

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXIII

Febrero 1947

Núm. 225

TEMAS ACTUALES

Dos conferencias notables

- I. LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA, SU VALOR JURÍDICO.—
Conferencia de D. Ramón Feced Gress, en el Colegio Notarial de Valencia.

El ilustre Colegio Notarial de Valencia ha inaugurado su curso de 1947 con una conferencia en la que el Registrador de la Propiedad y Notario, D. Ramón Feced Gress, ha abordado un tema de extraordinario interés para la vida jurídica nacional, no circunscrito solamente a los sectores notarial e hipotecario, sino inserto en la esfera jurisdiccional del procedimiento civil.

Un tema casi soslayado por los tratadistas, que suelen consumir su talento en discusiones bizantinas, ya sobre cuestiones domiciliarias, ya sobre problemas meramente teóricos, que la práctica no reproduce jamás. Un tema que ni la Ley ni la jurisprudencia han configurado, por su parte, en sus debidos contornos ni regulado con sus precisos efectos. Un tema, en fin, vivo y palpitante, de gran importancia en el orden judicial, pues se traduce en poner al servicio de los intereses de la justicia, procurando la eficacia de sus fallos, lo que nuestro llorado Jerónimo González denominaba «indefinida potencialidad del sistema de Registro».

La anotación preventiva de demanda es el medio que la técnica del Registro ofrece a los intereses jurídicos, reconocidos jurisdiccionalmente mediante sentencias firmes, para asegurar su eficacia anticipadamente, es decir, antes de que la sentencia se dicte por los

órganos judiciales competentes. Sin ese medio, sutil e ingenioso, los litigios referentes a bienes inmuebles y a derechos reales inmobiliarios resultarían casi siempre estériles, infructuosos, y los litigantes tendrían que desistir de ejercitar sus acciones, aun convencidos de su derecho, en el umbral mismo de la litis, para no hacer impensas inútiles, perdiendo tiempo, energías y pecunia en conseguir una sentencia que después no podrá cumplirse.

Anotación preventiva en general.—La magistral conferencia de Ramón Feced—pronunciada sin consultar una sola nota, con esa «difícil facilidad» de quien domina los resortes de la oratoria—, comenzó por una exposición clara y científica del moderno concepto de la anotación preventiva en general. Puso de relieve la dificultad de encerrar en una definición unitaria la proteica variedad de asientos regulados en nuestros textos legales con esa denominación genérica.

Las relaciones jurídicas anotables no tienen acceso íntegro al Registro y no producen asientos definitivos ni plenitud de efectos. Nuestra legislación incluye en el común denominador de anotaciones preventivas supuestos muy diversos y situaciones jurídicas carentes de homogeneidad. No define la anotación; se limita a enumerar los titulares o personas que pueden pedirla, y es fácil observar, sin necesidad de ulterior estudio, las profundas diferencias que separan unos derechos anotables de otros.

La Exposición de Motivos de la primitiva Ley Hipotecaria, norte seguro de interpretación de la misma y su más certero comentario, explica la finalidad tripartita del asiento de anotación: en unos casos, asegurar las resultas de un juicio; en otros, garantizar derechos existentes, pero no definitivos, y, finalmente, en otros, asegurar los efectos de los títulos defectuosos para cuando, subsanados, sean inscritos. No obstante esta superficialidad conceptual, que mira no a la naturaleza jurídica de la anotación, sino a sus efectos protectores, la mayoría de los autores se han inspirado en el texto clásico para formular la definición de esta clase de asientos registrales.

Cita las definiciones de Sánchez Román, Campuzano, Díez Moreno, Gayoso, Morell, Aragonés, Pantoja, Jiménez Arnau, Roca Sastre, etc., que confirman su tesis, y expone las ingeniosas teorías de Capó Bonafoux, que ha estudiado la anotación preven-

tiva desde un punto de vista original (de mera publicidad y constitutivas).

Expone a continuación las diversas clasificaciones de estos asientos provisionales, ora atendiendo a las relaciones jurídicas garantizadas, ora a las entidades registrales a que afectan, ya a su origen o fuentes de donde provienen, ya a sus efectos en la técnica registral, y pasa seguidamente a ocuparse, en concreto, de las anotaciones preventivas de demanda.

Anotaciones de demanda.—Centra su estudio en las anotaciones a que se refiere el número 1.º del artículo 42 del texto refundido de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946, concedidas al que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real, y las incluye, atendiendo a la relación jurídica garantizada, entre las que aseguran derechos reales que, por cualquier causa, no pueden inscribirse, y atendiendo a las entidades registrales, en cualquiera de los grupos admitidos por los tratadistas, ya que pueden afectar lo mismo a una finca que a un derecho o una universalidad patrimonial.

Por su origen, estas anotaciones son siempre *judiciales*, por decretarse por el órgano jurisdiccional competente, y son *rogadas* por depender de la voluntad del actor.

Expone brevemente sus precedentes históricos, desde el «pignus judicial» o prenda pretoria, pasando por las «annotatios» de que habla la Pragmática de Don Pedro III, dictada en 1339, y la «vía de asentamiento», establecida en el Fuero Real, hasta llegar a las llamadas «hipotecas judiciales», que son el antecedente más inmediato de las anotaciones preventivas judiciales, reconocido expresamente por la Exposición de Motivos.

Según ésta, la finalidad de la anotación de demanda es que sea respetada la administración de justicia, evitando que se eludan las sentencias, haciendo el demandado, con actos propios, imposible la ejecución de un fallo y adoptando precauciones que impidan al litigante hacer imposible en su día el cumplimiento de una sentencia. La anotación de demanda impide que surja un tercero, adquirente oneroso de buena fe, que pueda invocar a su favor la irrevocabilidad de adquisición que le conceden los efectos propios del sistema registral.

La anotación de demanda es siempre rogada: la ha de pedir el actor, sin que el Juez pueda decretarla de oficio, y se puede pedir en el momento de presentar la demanda o después. ¿Cabe pedirla después de dictada sentencia en primera instancia? Feced, con Roca Sastre, creen que no hay inconveniente, fundados en el artículo 390 de la Ley de Enjuiciamiento civil. No es, por el contrario, anotable la demanda o reclamación hecha en acto de conciliación.

La petición del actor ha de basarse en documento, «bastante al prudente arbitrio del juzgador».

La demanda, acto constitutivo de la relación jurídicoprocesal, en cuya virtud el actor hace patente su voluntad de invocar el órgano jurisdiccional del Estado para obtener la declaración de un derecho que la Ley, norma objetiva, le reconoce frente al demandado, constituye, según expresión de Carnelutti, a modo de un silogismo, cuya conclusión es el pedimento o súplica que, si es exacta, constituye el alma de la sentencia que recaiga. Pero desde que se constituye la relación jurídicoprocesal con la admisión de la demanda hasta que se resuelve la litis con la sentencia firme, media un lapso de tiempo, lo que, en opinión de dicho procesalista, es un inconveniente. Esto da lugar, según dice Chiovenda, a que, cuando la sentencia admite la demanda, la Ley actúe como si ello ocurriese en el momento de presentarse aquélla, sin que la duración del proceso, más o menos prolongada, obre en detrimento de los intereses del actor. Y esto obliga a la necesaria retroactividad del fallo, llevada hasta el momento inicial de la demanda. Y para tal finalidad el legislador ha de arbitrar medios o medidas cautelares, aunque sean provisionales, en tanto se sustancie el proceso, para asegurar la efectividad de la resolución judicial. Tales medidas tienden a prevenir las repercusiones perjudiciales de la demora en el pronunciamiento de la sentencia. Descartados los procesos cautelares de designio conservativo, interesa fijar la atención en los que tienen un fin «innovador», cuando los resultados de un proceso de cognición o de ejecución pueden comprometerse si en la debida sazón no se produce una situación de hecho que permita esperar el fallo con entera confianza desde el punto de vista de su resultado práctico.

Según Feced, se puede constituir con el proceso cautelar y, en

menor escala, con las simples medidas cautelares, una figura autónoma, que, nacida del proceso ordinario de cognición, proyecte su radio de acción fuera del ámbito procesal, en función aseguradora y provisional de las relaciones jurídicas controvertidas y pendientes de reconocimiento o de desestimación en la sentencia. A esta figura, dotada de autonomía, pertenece la anotación preventiva de demanda. Por ello, afirma con razón Roca Sastre que, cuando una demanda se anota, aunque ejercite una acción o derecho real, no se anota éste, sino la «instancia judicial», la vertencia del juicio, en suma, una *entidad procesal*. Si la sentencia niega la petición del actor, la entidad procesal, proyectada en el Registro en forma de anotación preventiva, acabada su función cautelar, es innecesaria, queda extinguida y se cancela. Si la sentencia reconoce o declara el derecho del actor, conforme a lo pedido en la demanda, la anotación también desaparece, pero es para dar paso a la inscripción o cancelación definitivas, que sean procedentes con arreglo al fallo, que retrotrae su efectividad hasta el momento liminar del litigio.

La anotación de demanda no es convertible.—Esto lleva al conferenciante a tratar de la conversión de la anotación. En general, *convertir* una anotación significa transformarla en un asiento de inscripción definitiva. Pero esto, que sucede y se aprecia claramente en las anotaciones por defecto subsanable, cuando éste se subsana, no puede tener lugar tratándose de anotaciones de demanda. Para Morell, no existe conversión propiamente dicha de la anotación de demanda en inscripción, sino más bien inscripción especial de la sentencia y cancelación resultante de la misma. También, a juicio de Roca Sastre, se requiere cierto esfuerzo para poder hablar de conversión de la anotación de demanda cuando se obtenga sentencia favorable. La conversión debe practicarse cuando se convierte en definitivo el derecho anotado—verbigracia, en las anotaciones por defecto, en las de legado, etc.—, pero en la anotación de demanda no existe, en rigor, anotado derecho real alguno, sino simplemente la instancia judicial. Cuando recae sentencia firme y se inscribe la ejecutoria, la anotación deviene inútil, queda agotada su función específica de reserva de rango de la sentencia recaída, y debe cancelarse por confusión de derechos.

Demandas anotables.—¿Qué demandas son anotables? O dicho

de otro modo: ¿qué derechos puestos en ejercicio mediante la acción correspondiente pueden ingresar en el Registro por la puerta de la anotación? Es éste uno de los problemas de mayor importancia. La trayectoria de la doctrina jurisprudencial y de la opinión científica, ha sido francamente amplificadora de la rigidez del precepto legal. Deben ser anotadas las demandas en que se ejerciten acciones susceptibles en su desenvolvimiento de provocar una modificación jurídica real en favor del demandante.

Pero es necesario aquilatar bien los casos en que deba concederse la anotación de demanda, pues constituye un arma de dos filos, y si el restringirla demasiado puede poner en peligro la ejecución de muchos fallos judiciales, el ampliar con exceso su concesión puede originar injustificados perjuicios a los propietarios demandados.

Por eso, la Sentencia de 12 de diciembre de 1929 sostuvo que la anotación no debe concederse en otros casos que los expresamente consignados en el número 1.º del artículo 42, y respecto de cuya procedencia debe restringirse la facultad de los interesados para pedirla, y la de los Jueces para decretarla, conforme al criterio de la Exposición de Motivos de la Ley, que es preciso sustentar actualmente, porque la anotación limita la libre facultad del propietario del inmueble para disponer, entorpece la libre contratación, etc., razón por la cual no debe acordarse sino en aquellos casos en que, por razones muy justificadas de orden social o de conveniencia pública, se hallan establecidas en la Ley, y comoquiera que en el artículo 42 no está comprendido el derecho personal, no deben anotarse las demandas en que éste se ejercite.

Pero la diferenciación entre las acciones personales y las acciones reales, tan clara en teoría, no es sencilla en la práctica. En este punto, Feced hace un sutil estudio de la acción y de su naturaleza jurídica, que le acredita de fino procesalista. La acción es, desde luego, el medio único de poner en movimiento la intervención jurisdiccional. Nuestra doctrina tradicional ligaba la idea de acción con la lesión de un derecho y la consideraba potencialmente contenida en el derecho subjetivo. Para Manresa, acción y derecho son correlativos y se hallan en la relación de medio a fin. El derecho es anterior a la acción; pero cuando se reclama su efectividad, surge ésta, que viene a ser el propio derecho reaccio-

nando. Mas las tendencias procesalistas modernas reputan a la acción como un «derecho autónomo», frente a la concepción civilista, que la consideraba como el propio derecho en ejercicio.

Para calificar la acción ejercitada y determinar si es de las susceptibles de producir una anotación de demanda, hay que atender, no a la denominación de la acción, a su nomenclatura conforme a las reminiscencias romanas, sino a su íntima esencia, revelada por sus tres elementos: sujetos (*eadem personae*), objeto (*eadem re*) y título (*eadem causa petendi*).

Ateniéndose a la estricta letra del artículo 42, sólo podrían anotarse las demandas en que se ejercitase alguna acción real, como la reivindicatoria, confesoria o negatoria, etc.; pero, afortunadamente, la jurisprudencia de la Dirección General ha admitido la ampliación del concepto y ha abierto amplios horizontes que permiten llevar al Registro, en forma de anotación, demandas en las que se ejercitan diversas clases de acción. Principalmente, se ha franqueado el acceso a las demandas en que se ejercite un *jus ad rem*, categoría intermedia entre el derecho personal y el derecho real, caracterizada por una vocación hacia la cosa.

Este concepto intermedio no destruye, en opinión de Díez Pastor, la oposición fundamental entre los derechos personales y los derechos reales, porque es un concepto dinámico, un derecho en devenir, que de suyo no representa sino una fase transitoria en el proceso de adquisición de los derechos reales. En este sentido, todo derecho personal encaminado al señorío de una cosa, puede revestir naturaleza similar a la real mediante la anotación en el Registro. Las vocaciones al derecho real son titularidades que atribuyen al sujeto la obtención de la posesión o la utilidad económica de una cosa determinada que aún no tiene, una especie de llamada al derecho real hacia el que caminan.

Las acciones que ejercitan *jus ad rem* han sido declaradas anotables en diversas Resoluciones. La de 19 de julio de 1934 declaró que las anotaciones, unas veces consagran y otras crean un verdadero *jus ad rem* actual, que ascenderá a la categoría de *jus in re* o se cancelará según triunfe o no el derecho que defiende. La de 13 de febrero de 1929 declara que en el número 1.º del artículo 42 se hallan comprendidas tanto las demandas fundadas sobre una acción real, como las que se apoyan sobre un título que se refiera di-

rectamente a las fincas o derechos inscritos o implique una verdadera e inmediata vocación a los mismos. La de 9 de agosto de 1943 dice que no solamente se ha permitido la anotación de acciones reales, sino también a los titulares de una vocación o *jus ad rem*, siempre que se trate de obtener una inscripción definitiva, con las ventajas de prioridad que el asiento de presentación y la anotación solicitada confieren. Y la de 4 de julio de 1919 enseña que las demandas, a veces, tienen por principal objeto poner en armonía la realidad con el Registro, provocando una resolución declarativa de los Tribunales que mire a lo pasado y rectifique el contenido de un asiento registral; y otras veces se dirige a la constitución de una situación jurídica que mira a lo porvenir y se apoya en una mera vocación al derecho real, fijada por título o causa suficiente. Las de la primera clase tienen por objeto asegurar registralmente un derecho o situación real ya existente o bien asegurar una pretensión dirigida a conseguir una modificación jurídica real, y tiene la naturaleza del asiento de contradicción del Derecho germánico. Este asiento de contradicción, agrega Feced, es, según la certera frase de Heck, como un signo de interrogación añadido al contenido del Registro, y aunque no existe regulado en nuestra legislación de modo especial y con ese nombre, lo cierto es que desempeña una función muy aproximada a la suya la anotación de demanda en los casos a que se refiere el artículo 38 del nuevo texto refundido, antiguo artículo 24 de la Ley anterior, y el número 1.º del artículo 42.

Las anotaciones de la segunda clase se refieren a una situación real potencial o de vocación, a un derecho real, a una pretensión que puede conducir a la adquisición del dominio o la constitución, modificación, etc., de un derecho real.

Ejemplo de las anotaciones del primer grupo son las demandas contra el titular inscrito, formuladas por los que hayan adquirido por usucapión el dominio del inmueble, o las que se encaminen a obtener la cancelación de un censo vigente en el Registro, pero cancelado por cualquier causa extrarregistral. Ejemplo de las del segundo grupo es la demanda por la que el actor reclame se le transfiera una finca que ha comprado, sin que se haya efectuado la tradición ni otorgado instrumento público.

En síntesis, concluye Feced, el asiento de contradicción, o sea

las anotaciones del primer grupo, *protestan*; las anotaciones de demanda del segundo grupo, *profetizan*.

Enumeración de algunas anotaciones de demanda.—Como consecuencia de los avances de la jurisprudencia, existen numerosos supuestos de procedencia de la anotación de demanda. El conferenciante enumera las siguientes:

1.^a Las definidas concretamente en el número 1.º del artículo 42. Aquí Feced encomia a la Comisión redactora del texto refundido, que, recogiendo enseñanzas de la jurisprudencia, a lo que le obligaba el mandato categórico de las Cortes, quiso ampliar y amplió en su ponencia el contenido de ese artículo, fracasando en su propósito por la injustificada oposición del Consejo de Estado. «De esperar es—agrega el conferenciante—que el Reglamento lleve a cabo esa necesaria ampliación, que en la práctica han sancionado ya los Jueces y Tribunales.»

2.^a Las del artículo 38 de la Ley, verdadero asiento de contradicción, y de los artículos 102 y 182 del Reglamento de 1915.

3.^a Las de demandas en que se reclame la legítima. (Resolución de 23 de septiembre de 1912.)

4.^a Las de demandas de ampliación de hipoteca por intereses.

5.^a Las tomadas para dar a conocer que se ha pedido la inscripción de un expediente de dominio. Claro es que cuando este expediente sea para inmatricular una finca, sólo podrá tomarse anotación de suspensión, y, por regla general, carecerá de finalidad; sí la puede tener cuando el expediente tenga por objeto reanudar el tracto interrumpido.

6.^a Las de demandas en que se pida la revocación de donaciones conforme al artículo 649 del Código civil.

7.^a Las de demandas de nulidad de testamento, con la consiguiente declaración de que los bienes corresponden a los herederos abintestato. (Resolución de 1.º de mayo de 1901.)

8.^a Las demandas en que se pida la elevación a escritura pública de un documento privado que se relacione con bienes o derechos reales inscritos. (Resolución de 9 de junio de 1922.)

9.^a Las demandas en que se ejercite la acción pauliana o de rescisión de los actos otorgados por el deudor en fraude de sus acreedores.

Después de estudiar con detenimiento si es o no anotable la

demanda en que se pida el cumplimiento de una promesa de venta, que Feced, contra la opinión de Roca Sastre, resuelve negativamente, pasa a ocuparse de las demandas de tanteo y retracto.

Al retracto convencional se le atribuye plenamente carácter de derecho real, puesto que el vendedor podrá ejercerlo contra todo poseedor que traiga causa del comprador, y por ello, las demandas en que se ejerciten son claramente anotables.

Los retractos legales, que suelen revestir un significado social, como en las leyes de arriendos, tanto rústicos como en la novísima reguladora de los urbanos, implican verdaderos derechos limitativos del dominio, por lo menos del *jus disponendi* del dueño, y actúan siempre con la máxima energía respecto a terceros. Ante esos retractos se detienen, paralizando sus efectos, ciertos principios hipotecarios, como el de la fe pública registral o legitimación absoluta. Las demandas en que se ejercite alguno de estos retractos legales, son también anotables, aunque quizá resulte superflua la anotación, pues el retracto actúa como condición resolutoria y constituye una de las excepciones admitidas por el artículo 37 de la Ley a la irrevocabilidad de las inscripciones en favor de tercero.

En cuanto al tanteo, si se ha configurado como verdadero derecho real, como limitación del *jus disponendi* del titular inscrito, no como simple promesa de venta, es también anotable, a través de la demanda en que se ejercite.

Respecto al derecho de opción, Feced lo considera como un derecho real limitado, de los denominados de adquisición, que atribuye al titular la facultad de adquirir con ciertas condiciones la propiedad de una cosa. Este derecho es de tipo preventivo y suele tener en su origen carácter personal, pero asciende a la categoría de real en su aplicación. Cabe perfectamente construir la opción con la tipicidad propia de los derechos reales, y tan es así, que en el nuevo Reglamento Hipotecario se autoriza, por vez primera en nuestra legislación, de modo expreso, aunque con ciertas limitaciones y bajo determinados supuestos, la inscripción del derecho de opción. Cree, por tanto, Feced que las demandas en que se ejercite este derecho son también anotables, y así lo evidencian casos prácticos conocidos en su experiencia profesional.

Finalmente, se refiere el conferenciante a las demandas en que se exija la constitución de hipoteca en documento público, caso no

muy insólito, pues es corriente que en contratos privados preparatorios se estipulen todas las condiciones y requisitos necesarios para la válida constitución de ese derecho real, obligándose a elevarlo a instrumento público, y luego sea necesario demandar para efectividad de esa obligación. Considera también anotables estas demandas, si bien subordinados sus efectos solamente respecto a terceros adquirentes con título adquisitivo posterior a la anotación.

Efectos de las anotaciones preventivas de demanda.—Para estudiar estos efectos conviene distinguir las tres fases de su subsistencia: a) Cuando aún no ha recaído sentencia firme en el juicio en que se han decretado. b) Cuando recae sentencia firme absolutoria del demandado. c) Cuando recae sentencia firme condenatoria de éste, o sea cuando prospera la demanda del actor y la sentencia equivale al título constitutivo del derecho reclamado.

En tanto se sustancia el juicio, y la anotación subsiste, asegura los efectos de la sentencia que pueda recaer, según la Exposición de Motivos y un inciso del artículo 43 de la Ley. Reserva, además, un puesto en el Registro para garantizar la retroacción de los efectos de la sentencia a la fecha de la anotación, o sea que determina anticipadamente los límites dentro de los cuales pueden ser desenvueltos, con efectos retroactivos, los pronunciamientos del fallo. (En este sentido, el artículo 69 de la Ley.) Esto por lo que se refiere al titular de la anotación, o sea al demandante. En lo que se refiere al titular del derecho inscrito sobre el que recae la anotación, ésta no cierra el Registro y, por tanto, no impide los actos dispositivos del titular.

Cuando recae sentencia absolutoria del demandado, queda sin efecto la anotación, pierde su razón de ser y procede la cancelación. Así lo ordena el artículo 164 del Reglamento de 1915. Al caso de sentencia absolutoria se equiparan los de desistimiento del actor o de caducidad de la instancia. (Esta caducidad procesal no debe confundirse con la caducidad puramente registral de la anotación establecida en la última reforma de la Ley Hipotecaria.)

Cuando, por el contrario, la sentencia accede a la petición del demandante y el derecho reclamado por éste se convierte en definitivo, el fallo se convierte en causa jurídica y título adquisitivo o extintivo según los casos, y sus efectos deben retrotraerse a la fecha de la anotación.

Este tercer supuesto es el que más interés ofrece, y en su estudio es donde surgen las mayores dificultades. ¿Qué efectos produce la anotación en estos casos respecto a los actos de enajenación o gravamen realizados por el dueño de la finca o derecho sobre que recae la anotación y que se inscribieron con posterioridad a ésta?

Para determinar sus efectos conviene diferenciar dos supuestos: A) Asientos practicados en el Registro después de la anotación en virtud de títulos también posteriores a ésta. B) Asientos practicados después de la anotación, pero en virtud de títulos de fecha anterior a ésta.

En el primer supuesto, las opiniones de los tratadistas, los preceptos legales y las doctrinas jurisprudenciales están conformes en los efectos cancelatorios, destructores, que la anotación de demanda produce, cuando la sentencia accede a ésta, sobre los asientos de enajenación o gravamen inscritos posteriormente y causados por títulos también posteriores. Rige, en plenitud de aplicación, el artículo 71 de la Ley y entran en juego, con su implacable lógica, los principios hipotecarios. A los adquirentes les advertía explícitamente el Registro, por el altavoz de la anotación, la posible causa de resolución, nulidad o revocación de su derecho, y han de sufrir las consecuencias cuando el derecho anunciado por la demanda cristaliza en una sentencia firme. Claro es que tal cancelación de asientos posteriores hay que referirla exclusivamente a los que sean incompatibles con el derecho reconocido por la resolución judicial. La cancelación es automática, y no se requiere el consentimiento expreso ni presunto de los titulares perjudicados. Así, la Resolución de 30 de mayo de 1934 dijo que «la sentencia que pone término al pleito provoca la cancelación automática de las enajenaciones posteriores al modo de una condición resolutoria expresa».

En el segundo supuesto, el problema se presenta más complejo y a veces la doctrina ha sustentado opiniones contrarias. La generalidad de los autores se inclina a creer que, tratándose de títulos anteriores a la anotación e inscritos después de ésta, los asientos que hayan producido no deben ser cancelados aunque se dicte sentencia confirmatoria de la demanda anotada. Cita Feced opiniones de Roan, Roca Sastre, Bérnago, Morell y Barrachina en este sentido. Pero el fino instinto jurídico del conferenciante se alarma ante las consecuencias que produciría la tesis sustentada por estos ju-

ristas si fuese cierta en absoluto. Hay casos, reconoce Feced, en que la anotación de demanda, cuando la sentencia la confirma, tiene que surtir efectos contra los títulos anteriores a la anotación, pero inscritos en el Registro después de ésta. Las demandas en que se ejerciten acciones de retracto legal, por ejemplo, cuando la sentencia declare haber lugar a ellas, tiene que perjudicar a los títulos de transmisión o gravamen inscritos después de la anotación, sean anteriores o posteriores a la fecha de ésta. Si A. vende a B., que inscribe en el Registro, y B. vende a C. que no inscribe, y D. presenta demanda de retracto dentro del plazo legal, por ser colindante contra el primer comprador B., y anota la demanda, poco le puede importar que el segundo comprador, C, inscriba su título anterior con posterioridad a la anotación; la sentencia que declare haber lugar al retracto, determinará forzosamente la cancelación de la inscripción de C. Cita Feced la interesantísima Resolución de 29 de octubre de 1946, que confirma, aunque por otros motivos, esta tesis. Pero, además, si el título anterior a la anotación, no inscrito, no pudiese, en ningún caso, ser perjudicado por la anotación cuando se inscriba posteriormente a ésta, se producirían graves quebrantos a la administración de justicia, pues a los demandados de mala fe les bastaría otorgar títulos transmisivos o de gravamen antes de la fecha de la anotación, y guardarlos en su gaveta, sin llevarlos al Registro hasta el momento oportuno (cuando vaya a pronunciarse sentencia), y entonces ésta resultaría estéril y el actor habría de emprender de nuevo litigio contra ese adquirente, que no dió importancia al principio de prioridad registral...

Por ello, Feced ha encontrado opiniones distintas a las defendidas por los antes citados hipotecaristas, en otros juristas, como Pérez y Alguer, Díaz Moreno, Gayoso Arias, que admiten, en ciertos casos, la cancelación de inscripciones posteriores a la anotación de demanda, aunque se hayan producido en virtud de títulos anteriores. Tal debe ocurrir en los casos en que las demandas anotadas sean reivindicatorias de propiedad o de las comprendidas en el artículo 38 de la Ley refundida.

Ante las diversas interpretaciones doctrinales, los perfiles harto desdibujados de la naturaleza jurídica de la anotación de demanda, la ausencia de doctrina jurisprudencial, clara y reiterada, y la confusión reinante en los conceptos de cancelación y conversión de la

dida cautelar, que debe otorgarse por los Tribunales en los casos admitidos por la Ley, el Reglamento y la jurisprudencia. Los Jueces, dentro del amplio arbitrio que la doctrina jurisprudencial les concede, exigirán para concederle la presentación de un documento escrito y examinarán la naturaleza jurídica de la acción ejercitada y del derecho que se reclame. Han de tender a concederla en los supuestos en que, sin la anotación, peligre la efectividad de la posible sentencia condenatoria, y a denegarla siempre que la acción ejercitada no se proyecte en función de señorío directo sobre bienes inmuebles o derechos reales.

b) La autoridad judicial que decrete la anotación de demanda ha de examinar con acierto, no sólo si esa medida cautelar es adecuada, sino también la entidad y cuantía de los perjuicios que su concesión pueda irrogar al demandado, si resultare absuelto. El Reglamento anterior obligaba al demandante a consignar el ofrecimiento de indemnizar los daños y perjuicios que de la anotación pudieran derivarse para el demandado. El nuevo Reglamento, más práctico y eficaz, concede al Juez la facultad de poder exigir al actor la caución que estime adecuada. Esto es justo, pues la anotación es un arma de dos filos, y puede originar quebrantos a veces irreparables, y por el prestigio de la función judicial, ha de evitarse que se convierta en instrumento de expoliación en manos de litigantes o curiales de mala fe.

c) No pueden quedar sometidas a idénticos efectos todas las anotaciones de demandas, pues éstas son de muy diversas clases, y no deben medirse por el mismo rasero. Es aconsejable que se atienda, para graduar sus efectos registrales, a la naturaleza jurídica de la acción generadora del proceso de cognición y al derecho real, declarado o constituido en la sentencia.

d) Las sentencias generadas por acciones reivindicatorias o declarativas de propiedad, las que declaren la nulidad o cancelación del asiento vigente en el Registro a favor del demandado (artículo 38 de la Ley) y las que se funden en acciones resolutorias, revocatorias o rescisorias, que consten explícitamente en el Registro (art. 37), deben estar protegidas con plenitud de efectos por los principios que informan nuestro sistema, y, en consecuencia, cuando sean conformes con las peticiones formuladas en la demanda anotada, deben ser cumplidas íntegramente y tener fuerza

cancelatoria de todos los asientos registrales posteriores a la anotación, siempre que sean incompatibles y cualquiera que sea la fecha del título que los haya producido.

e) En cambio, las anotaciones de demandas en que se haya ejercitado un *jus ad rem*, una vocación al derecho real, que sólo se constituye con la sentencia, deben tener una eficacia más limitada, y no podrán producir automáticamente la cancelación sino de los actos y contratos otorgados e inscritos en el Registro con posterioridad a la fecha de la anotación, sin perjuicio de que el actor pueda acudir al especial procedimiento incidental de cancelación de los asientos fundados en títulos anteriores, establecidos como plausible innovación en el novísimo Reglamento hipotecario.

II. LA HIPOTECA EN GARANTÍA DE RENTAS O PRESTACIONES PERIÓDICAS. SUS PROBLEMAS.—*Conferencia de D. Pedro Cabello de la Sota, en la Academia Matritense del Notariado.*

Por feliz coincidencia, pocos días después de inaugurar un Registrador el Curso de Conferencias del Colegio Notarial de Valencia, otro Registrador ocupó brillantemente la prestigiosa cátedra de la Academia Matritense del Notariado. Y califico de feliz esta coincidencia, porque ya va siendo hora de que la colectividad hipotecaria salga de la atonía y postración de estos últimos años, y demuestre con trabajos positivos que todavía conserva individualidades sobresalientes, capaces de continuar el brillante historial de pretéritos tiempos. Ciertamente que hoy carecemos de nombres tan destacados como Calderón Neira, Aragonés, Díaz Moreno, Morell, Gayoso, Pazos, Campuzano y tantos otros que, al prestigiarse, prestigiaron el Cuerpo a que pertenecían; pero, gracias a Dios, tampoco estamos tan paupérrimos que hayamos de acudir a ajenas puertas, solicitando por caridad una limosna de ciencia jurídica o de técnica inmobiliaria. Posee el Cuerpo de Registradores jóvenes y entusiastas profesionales, que sólo necesitan de estímulo y cooperación para demostrar su preparación, su cultura y su ingenio, puestos al servicio de la «buena causa», que no puede ser otra —y el proclamarlo yo es innecesario— que la defensa de unas instituciones tan progresivas y necesarias al bien común, como son el sistema de Registro y la titulación pública, hoy combatidos con

más impremeditación que razón por quienes han olvidado demasiado pronto los inconvenientes del régimen anterior a 1861 y los grandes beneficios de todas clases que se derivaron en nuestra Patria del moderno sistema inmobiliario.

Prueba de que esas individualidades existen—y no quiero citar nombres, aunque podría hacerlo con abundante pluralidad, para no incurrir en involuntarias omisiones—, es lo ocurrido con Pedro Cabello de la Sota. Trabajador infatigable, enamorado como el que más de la institución del Registro, dotado de gran cultura jurídica, en la que se aúnan los conocimientos teóricos con las enseñanzas de una práctica profesional vivida con gran intensidad, Cabello no había tenido oportunidad de dar a conocer públicamente su valía.

Los que, como el autor de estas líneas, le conocimos en los felices años universitarios y compartimos con él desvelos y trabajos en alguna Comisión casi legislativa (1), no ignorábamos su positivo valer, y esperábamos impacientes el día en que pudiera demostrarlo de modo más notorio. La oportunidad llegó con la redacción del nuevo Reglamento hipotecario, para la que otro Registrador por muchos títulos ilustre (2), quiso contar con la colaboración de Pedro Cabello. Y, en esa labor, algo oscura, quizá fatigosa, paciente, desde luego, y de seguro poco agradecida, Pedro Cabello ha sido un colaborador inapreciable. Su capacidad de trabajo, su memoria, su cultura, su agilidad mental, puestas a contribución en la común labor, han brillado en sus múltiples intervenciones y ha sido apreciada en su justo valor por todos los juristas, algunos muy insignes y destacados, que integraron aquella Comisión redactora (3).

Y tras el arduo trabajo en la preparación del Reglamento, no

(1) Me refiero a la que en el seno del Colegio de Registradores redactó en 1935 la ponencia del Reglamento de personal auxiliar, que sirvió de base a las posteriores disposiciones del Gobierno sobre la materia.

(2) Dejo nombrado a Eduardo López Palop, que nunca ha olvidado, a pesar de los años, los altos cargos y la incesante labor, su vieja obra hipotecaria.

(3) Entre los redactores del nuevo Reglamento, aparte del nunca bastante alabado D. Jerónimo González y de los brillantes Notarios Sáez y Bér-gamo, debo mencionar a un Registrador, tan competente y culto como modesto, que viene realizando una fecunda labor en la Dirección General de los Registros y del Notariado: me refiero a D. Román Iglesias Amado.

bien ultimada la redacción de éste, viene la conferencia en el Colegio Notarial de Madrid a corroborar, de modo solemne y público, los merecimientos de Pedro Cabello y su robusta personalidad científica. Fué el tema de su conferencia el análisis, denso y profundo, de los problemas que suscita la hipoteca en garantía de rentas y prestaciones periódicas, innovada por la denominada Ley de Reforma Hipotecaria de 1944, y regulada después en el vigente texto refundido, de 8 de febrero de 1946. La conferencia de Cabello constituye una acabada monografía sobre la materia, que quedará como obra de consulta indispensable para cuantos deseen conocer esa nueva modalidad hipotecaria.

Precedentes.—Comenzó el conferenciante por exponer los antecedentes históricos de la hipoteca en garantía de rentas. Citó como precedente el artículo 788 del Código civil, que admite la hipoteca para garantizar la obligación o carga perpetua de invertir ciertas cantidades periódicamente en obras benéficas, como dotes para doncellas pobres, pensiones para estudiantes o en favor de los pobres, etc., precepto con génesis remota en las cuotas *pro anima* en favor de la Iglesia de los Fueros medievales, transformada después en los legados *ad pías causas* y cristalizadas posteriormente en las «mandas pías forzosas» de las Pragmáticas de los siglos xvii y xviii. El artículo 788 configura, indudablemente, una verdadera carga real, sin duda, por influjo del Derecho intermedio, que, bajo un ambiente desconocedor de una diferenciación enérgica entre el campo real y el obligacional, y con fuerte predominio del *ius ad rem*, admitía la posibilidad de que la voluntad atribuyera efectos reales a ciertas situaciones de prestación periódica, especialmente a las rentas y cargas de la tierra.

Halla Cabello otro precedente en los artículos 1.802 y 1.803 del Código, que tratan del contrato aleatorio de renta vitalicia, de carácter oneroso, ya que la obligación que se constituye es de naturaleza personal, y la hipoteca que la garantice no necesita señalamiento de capital, pues basta fijar la cuantía de la renta, el período en que ha de ser satisfecha y el tiempo de su duración. Cita, asimismo, como antecedentes las disposiciones relativas a los censos de los artículos 1.604 y siguientes del Código civil; los artículos 88 a 91 de la Ley Hipotecaria, referentes al derecho del legatario de rentas o pensiones periódicas para exigir hipotecas en

ciertos supuestos; los artículos 114, 115, 117 y 147 de dicha Ley, relativos a la responsabilidad máxima de las fincas hipotecarias, por razón de intereses; el artículo 135 de la misma, regulador del caso de que el pago del capital deba hacerse en plazos diferentes y venciére alguno sin ser satisfecho; el artículo 187 de igual Ley, atinente a la hipoteca constituida para garantizar el capital representado por las rentas o prestaciones perpetuas integrantes de la dote que se hubieren enajenado, y, finalmente, la doctrina de la Resolución de 30 de junio de 1933, que autoriza la cancelación de la hipoteca, garantizadora de una pensión vitalicia con sólo justificar la muerte del pensionista.

Entre los precedentes del Derecho extranjero, cita Cabello las cargas reales (*Reallasten*) y la renta territorial (*Retenschul*), del B. G. B. alemán; y la carga territorial (*Reallast*) y la carta de renta (*Grundlasten*), del Código civil suizo, examinando detenidamente sus respectivas características y notas diferenciales, lo que le lleva a la conclusión de que en nuestro Derecho histórico y en nuestra legislación actual existían elementos suficientes para construir la figura de la hipoteca de rentas sin necesidad de acudir a precedentes extraños.

Naturaleza de esta hipoteca.—Señala tres tendencias en la doctrina: la de que esta hipoteca es de carácter accesorio, con la normal dualidad y separación del crédito y el derecho real; la de que, aun siendo normalmente accesorio, puede también constituirse como carga real, con desaparición de la responsabilidad personal desde el primer momento, y la que atribuye a esta hipoteca el juego propio de las prestaciones censales, uniéndose el débito a la responsabilidad real, como en la deuda rentaria germánica. Cabello se inclina a la tendencia moderna, que concede más alcance a la responsabilidad real que a la personal, pues admite que, aun manteniendo la accesoriedad de la hipoteca, pueda limitarse la responsabilidad a la finca hipotecada. «En el matrimonio indisoluble del crédito y la hipoteca—dice con gracia el conferenciante—antes mandaba el marido, pero hoy manda la mujer, como en casi todos los matrimonios.»

Con las nuevas formas de hipoteca creadas en nuestra legislación vigente, la clasificación tripartita, esbozada por Jerónimo González, según prepondere el elemento obligacional o el elemento real

(hipoteca de seguridad, hipoteca normal e hipoteca independiente), habrá de convertirse en cuatripartita, por introducirse la hipoteca de responsabilidad limitada y la de rentas y prestaciones periódicas, como un miembro más de la clasificación, emplazado entre la hipoteca normal y la hipoteca independiente. La razón es que se tiende a que no puedan bifurcarse el crédito personal y el crédito real o mantenerlos inseparablemente unidos durante toda la vida de la relación jurídica.

En este sentido, para demostrar el arraigo de la doctrina que considera la hipoteca como accesorio en su constitución, pero principal e independiente del crédito, absorbiéndole o anulándole en su efectividad, analiza la Sentencia de 22 de noviembre de 1943 y las contrapuestas teorías de «la prestación» y «la acción directa» en la ejecución hipotecaria, que, en definitiva, no son tan opuestas, pues ambas se centran sobre la responsabilidad real y dan de lado, como si no existiese, a la personal.

Constitución de la hipoteca.—La hipoteca de rentas puede constituirse por actos «intervivos» o «mortis causa», a título oneroso o lucrativo. La prestación o renta aseguradas han de ser temporales; el texto del artículo 157 de la Ley y del 248 del Reglamento excluyen la posibilidad de asegurar prestaciones perpetuas con esta clase de hipoteca.

Principalmente, podrán constituirse: a), hipotecas unilaterales, que garanticen, con obligación personal del donatario, heredero o legatario o sin ella, el pago de una pensión o renta, de naturaleza temporal; b), hipotecas en garantía de rentas vitalicias; c), hipotecas de amortización y en garantía de pago del precio aplazado; d), hipotecas contractuales por diversas causas, como deudas alimenticias, y hasta obligaciones personalísimas que hayan de cumplirse con periodicidad durante cierto tiempo.

Al examinar las hipotecas de rentas constituídas unilateralmente, Cabello estudia detenidamente la discusión relativa a la hipoteca testamentaria. El nuevo Reglamento no deja ya lugar a dudas respecto a la admisión, en nuestro Derecho, de la hipoteca constituida por testamento. A tenor del artículo 248, cuando estas hipotecas (las que garantizan rentas o prestaciones) se constituyeren en actos de última voluntad, será título suficiente para inscribirlas el testamento acompañado de los certificados de defunción del testador y del Re-

gistro general de actos de última voluntad. La aceptación del pensionista o beneficiario de la prestación podrá otorgarse en la escritura particional de la herencia o en otra escritura. Cabello subraya la duda de si esta aceptación será necesaria cuando la partición se verifique por Comisario, y se inclina por la contestación afirmativa.

También puede constituirse esta clase de hipotecas con el pacto de limitación de responsabilidad, y esto, aunque se hubiere constituido por actos intervivos, pero unilateralmente por el constituyente, pues a estos casos se aplica la doctrina de los contratos de adhesión regulados en el Reglamento Notarial, y se considera equivalente a esta adhesión la aceptación del pensionista o beneficiario.

Asimismo opina el conferenciante que la forma hipotecaria regulada por el artículo 157 de la Ley es aplicable a las denominadas «hipotecas de amortización» y a las constituidas en garantía del precio aplazado. Las hipotecas de amortización españolas, muy diferentes de las germánicas, son utilizadas preferentemente por el Banco Hipotecario de España (1) y otras Sociedades de crédito inmobiliario y es su característica que el capital, intereses, comisión, etcétera, se abonen en cierto número de años mediante cuotas de reembolso periódicas e iguales, obtenidas por cálculo matemático, de modo que al satisfacerse el último plazo queda satisfecha la totalidad del débito. Como la característica de la nueva hipoteca ren-

(1) Indudablemente, el pago de los semestres al Banco Hipotecario, por ejemplo, equivale al pago de prestaciones periódicas; y en este sentido creo posible que dicha entidad crediticia pudiera constituir sus préstamos con la modalidad propia de las nuevas hipotecas en garantía de rentas, siempre que se pactase que la falta de pago de una de estas prestaciones semestrales no implicase la obligación de reembolsar la totalidad del capital prestado. La sugerencia de Cabello es de gran importancia, y puede engendrar desenvolvimientos de máximo interés. Quizá, si se llevase a la práctica su idea, se favoreciese el crédito territorial, por las facilidades de la ejecución hipotecaria, ya que el Banco siempre opera a base de primera hipoteca y que el quedar subsistente ésta, después de la ejecución, para seguir asegurando el pago de las prestaciones o semestres pendientes, facilitaría la adquisición en las subastas judiciales de las fincas hipotecadas, por la minoración del precio de remate, y, asimismo, el constituir de este modo las hipotecas del Banco dejaría un gran margen para la constitución de segundas y ulteriores hipotecas, sin perjuicio para aquella entidad y con beneficio evidente para los prestatarios y para el crédito inmobiliario en general.

taria no es la pensión o prestación sin crédito ni la inexistencia de capital, sino que la obligación no consiste en la entrega del capital de una sola vez, no parece haber dificultad en que las hipotecas de amortización se sujeten a esa nueva modalidad, a condición de que no se pacte que vencido y no satisfecho algún pago periódico puede exigirse el reembolso del total adeudado. Por la misma razón opina Cabello que podría aplicarse esta modalidad a la garantía de los precios aplazados (1).

Requisitos de la constitución.—Además de los generales a toda obligación y a toda hipoteca exigidos por el Código civil y por la Ley Hipotecaria, deberá hacerse constar en la escritura de constitución de esta clase de hipotecas: a) El acto o contrato por el que se hubiere constituido las rentas, pensiones o prestaciones periódicas; b) El que estas rentas, pensiones o prestaciones se satisfagan periódicamente; c) El plazo, modo o forma en que deben satisfacerse; d) La fecha en que deba satisfacerse la última o, en otro caso, el evento o condición que determine su extinción. Habrá, además, de determinarse: a) La persona a cuyo favor se establece la hipoteca, la que la constituye y la obligada al pago, si fuese distinta al constituyente; b) La cuantía de la pensión determinada en dinero, con reducción a metálico si la prestación fuere en especie o personalísima; c) El tiempo de duración o, en su caso, la persona sobre cuya vida se constituya; d) Los vencimientos de la pensión y el lugar del pago; e) La valoración de la pensión (fijación de un capital) a efectos de ejecución por hipoteca preferente, expropiación forzosa, etcétera. Sobre este particular no se oculta al conferenciante que la opinión unánime de los comentaristas, la jurisprudencia, la letra del artículo 157 y hasta las razones que lo motivaron, son contrarios a que se determine capital alguno en esta clase de hipotecas; pero cree que aunque no sea obligatorio, sí es conveniente el consignarlo.

Efectos de la hipoteca.—Cabello señala los siguientes: a) Que esta hipoteca puede ejecutarse mediante el procedimiento judicial sumario; b) Que la hipoteca, aunque se ejecute, no se extingue, sino

(1) Más difícil parece la aplicación de la modalidad rentaria a la hipoteca en garantía del precio aplazado, pues los plazos suelen ser pocos y breves, y los vendedores se opondrán a transformar, limitándole, su derecho a percibir un capital (precio) en tres o cuatro fracciones o de una vez, mediante la enajenación de la finca, si se incumple alguno de los plazos.

que subsiste, en disposición de volver a ejecutarse si fuere necesario ; c) Que la adquisición del inmueble lleva consigo para el rematante la obligación de pago de la pensión, la asunción de la deuda personal de pleno derecho.

Transmisión de la finca hipotecada.—Constituida normalmente la hipoteca, el débito personal y la responsabilidad real se unen en el titular de la finca, sin bifurcación posible, en caso de transmisión. El adquirente de la finca, tercer poseedor de la misma, asume con la responsabilidad real adherida a la finca, el débito personal de la obligación asegurada. La Ley se refiere de modo expreso a los «terceros». Si el adquirente no lo fuese, por adquirir a título gratuito, también asumiría la deuda como causahabiente del deudor.

La igualdad de trato con el acreedor por pensiones atrasadas de censo a que se refiere el artículo 116 de la Ley, que puede exigir hipoteca aunque haya sido transferida la finca a otra persona, es evidente ; y se llega a la consecuencia de que esta hipoteca rentaria tiene el juego propio de las prestaciones censales.

La Ley impone al rematante no sólo la sucesión en la responsabilidad real de la hipoteca, sino la subrogación personal de pago de las pensiones o prestaciones. Si el obligado es persona distinta del dueño, ¿quedará liberado de la obligación? Para Cabello se impone la respuesta afirmativa, porque la unión forzosa del crédito y la hipoteca en todo adquirente de la finca, aun cuando al nacer la hipoteca estuvieren bifurcados, lleva a la consecuencia indeclinable de que el deudor queda liberado respecto al acreedor hipotecario, porque la Ley localiza la responsabilidad personal, de pleno derecho, en el adquirente de la finca. Claro es que, en estos casos, el deudor personal responderá por vía obligacional al hipotecante del perjuicio sufrido.

Subsistencia de la hipoteca.—Si esta clase de hipotecas no aseguran ningún capital, al menos directamente, sino tan sólo rentas o prestaciones periódicas, es lógico que las aseguren hasta el fin y no mueran, en tanto la obligación de satisfacerlas continúe subsistente. La duda de si subsiste o no la cantidad fijada para costas, después de la primera ejecución de la hipoteca, debe contestarse afirmativamente, no sólo por la razón apuntada por Sanz de que como obligación accesoria debe correr la suerte de la principal, sino tam-

bién por el principio de integridad de la hipoteca mientras no se cancele lo establecido en el artículo 122 de la Ley.

Pensiones vencidas y no satisfechas.—En el Derecho suizo cada prestación deviene deuda personal del propietario tres años después de la época en que fueren exigibles y cesan entonces de ser aseguradas por el inmueble. En el alemán, la doctrina es diferente: el propietario es deudor personal de la prestación vencida, y el adquirente no responde más que de las vencidas después de su adquisición.

En el artículo 157 de nuestra Ley las reglas pueden reducirse a dos: a) Están aseguradas con la hipoteca todas las prestaciones vencidas y no satisfechas, aunque la finca haya pasado a manos de un tercer poseedor, siendo aplicable, por tanto, íntegramente el artículo 116 de la Ley (1); b) Cuando exista algún titular de Derecho real inscrito, que no sea titular del dominio, rige el artículo 114; para las pensiones que excedan de los tres años, puede reclamarse también sobre la finca, pero sin perjudicar el derecho de estos titulares.

Ejecución de la hipoteca.—La Ley autoriza al acreedor para ejecutar estas hipotecas por el procedimiento sumario hipotecario, en atención sin duda a la supremacía adquirida por la acción real; pero no hay que olvidar que el artículo 130 de la misma Ley exige que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo en la subasta y un domicilio, que fijará el deudor, para la práctica de requerimientos y notificaciones.

El cumplimiento de estos requisitos ofrece dificultades cuando la hipoteca de rentas se constituya unilateralmente por actos *inter vivos* o *mortis causa*. La determinación del tipo de subasta exige concurrencia de voluntades y el señalamiento de domicilio es privativo del deudor: ¿podrá estimarse que el testador o el donante tienen facultad para señalar por sí solos ambas circunstancias si no hubiere deudor? Parece indudable que, al autorizar la Ley la ejecución de estas hipotecas por ese procedimiento, conceda implícitamente facultades al constituyente para señalar aquellos requisitos.

(1) Esta afirmación de Cabello es consecuencia de seguir la opinión de Roca Sastre y atribuir a estas hipotecas el juego propio de los censos.

Claro que el señalamiento de un domicilio, cuando la prestación se imponga sobre la finca como carga real, sin que exista ni pueda conocerse un deudor personal, será una ficción, pero una ficción válida, como tantas otras impuestas por consideraciones sociales o jurídicas.

Cuando se expropie la finca hipotecada y cuando se ejecute una hipoteca preferente habrá de determinarse el valor de la hipoteca, así como el destino del capital representado por la valoración. También habrá de valorarse la hipoteca, en razón de la subsistencia de la misma, cuando se ejecute una hipoteca posterior o se ejecute la propia hipoteca en garantía de rentas; en estos casos, el valor habrá que deducirle del precio del remate.

No haber resuelto estas cuestiones constituye, a juicio de Cabello, uno de los más graves errores del artículo 157 y quizá también de la Comisión redactora del nuevo Reglamento, si bien ésta, que se ocupó detenidamente del problema, no creyó de su competencia la resolución del mismo, atribuible al legislador o a la Autoridad judicial. Esto no obstante, es preciso apuntar algunas soluciones posibles, aunque sea a título de opinión personal.

Angel Sanz ha expuesto cuatro procedimientos posibles de valoración: a) Sumar el importe de las pensiones de tres años y considerar la suma como valor de la hipoteca; b) Capitalizar la pensión por el tipo de la renta líquida que produzca la finca subastada; c) Capitalizar por las reglas relativas al impuesto de Derechos reales, o sea, capitalizar una anualidad al 4 por 100, tomando del capital resultante la base que corresponda a la edad del pensionista; d) Capitalizar con arreglo a las tablas aprobadas por el Instituto Nacional de Previsión para las pensiones vitalicias. Sanz se inclina por la tercera solución, pero Cabello cree que, no existiendo solución legal, la cuestión ha de quedar al arbitrio del Juez.

Ejecutada una hipoteca preferente y pagado el crédito del actor, el sobrante, si lo hubiere, se depositará en el Establecimiento público destinado al efecto, a disposición del interesado a quien corresponda. Si ese sobrante existe, y hubiere un titular de hipoteca de renta con derecho a él, ¿cómo deberá procederse? Cabello señala cuatro situaciones: 1.^a Que el constituyente o los contratantes hubieren previsto el destino del capital: deberán cumplirse las instrucciones oportunas; 2.^a Que se llegue a un acuerdo entre deudor y

acreedor: en tal caso, con arreglo a dicho convenio, se distribuirá el importe del depósito; 3.^a Dejar intacto el depósito para responder de las pensiones hasta agotarse en sucesivos pagos; 4.^a Inversión del importe en valores del Estado, para evitar la improductividad del capital.

La Ley no da norma alguna sobre este punto, y el Reglamento no se ha atrevido a afrontar el problema.

Extinción de la hipoteca.—Además de las causas generales de extinción de la hipoteca ordinaria, existen algunas particularidades dignas de mención

La Ley, según advirtió Roca Sastre, omite la posibilidad de *redención* de estas cargas hipotecarias. El Reglamento determina de modo claro que han de ser siempre temporales, con lo que se amonora, a la vez que el campo de aplicación de esta modalidad hipotecaria, los inconvenientes de no poder ser redimidas. Cabello se inclina a que pueda pactarse, al constituir la hipoteca, la forma de redención.

Puede también extinguirse la hipoteca por *renuncia*. La unión íntima de la deuda personal y la responsabilidad real no impide que el perceptor de la renta o prestación renuncie a la garantía hipotecaria, dejando viva la obligación personal, excepto si se hubiere constituido la hipoteca con pacto de limitación de responsabilidad.

Asimismo, es causa de extinción de la hipoteca la *confusión de derechos*, cuando la finca se adjudique al perceptor de la pensión o éste la adquiera por cualquier otro título.

Y, finalmente, será causa de extinción de la hipoteca la *pérdida* del inmueble hipotecado, como ocurre en tal evento con toda carga real.

Cancelación de estas hipotecas.—La ordena el párrafo final del artículo 157, inspirado en la doctrina de la Resolución de 30 de junio de 1933, fundada en que al extinguirse la obligación principal desaparece la accesorio y en que la Ley debe favorecer la cancelación de las inscripciones que carezcan de eficacia.

El artículo 157 establece una excepción en la doctrina general de la cancelación de las hipotecas. Para que la hipoteca se cancele sin consentimiento de su titular, han de concurrir, sin embargo, determinados requisitos: a) Que hayan transcurrido seis meses, o el plazo menor de cinco años pactado por los constituyentes, desde la

fecha en que, a tenor de lo consignado en el Registro, debiera haberse satisfecho la última pensión o prestación; b) Que no exista en el Registro asiento alguno que indique haberse modificado el contrato o formulado reclamación sobre el pago de las prestaciones no satisfechas; c) Que no se trate de una hipoteca de amortización en garantía de un crédito hipotecario, pues el artículo 179 del nuevo Reglamento exige escritura cancelatoria; d) Que lo solicite el titular del inmueble, entendiendo por tal lo mismo el usufructuario que el nudo propietario, el dueño del dominio directo que el del útil, pero sin que pueda solicitarlo un titular de un derecho real inscrito sobre la misma finca, pues Cabello interpreta restrictivamente este precepto (1); e) Que se acompañe el documento acreditativo de la fecha determinante para considerar extinguida la obligación o que se ha cumplido el evento o condición de que dependía su extinción.

Hasta aquí, en rápida síntesis, el contenido de la conferencia de Pedro Cabello. La complejidad de la materia, la sutileza de la argumentación y la frecuente referencia a textos legales, quizá hayan impedido al auditor el darse cabal cuenta del pensamiento íntegro del conferenciante. Cuando en los Anales de la Academia Matritense del Notariado se publique el texto completo, sin las voluntarias mutilaciones de una lectura abreviada, resaltarán el mérito de tan acabado estudio; y ya para lo futuro quedará como una obra clásica de obligada consulta para cuantos quieran estudiar la nueva modalidad hipotecaria aseguradora de rentas y prestaciones periódicas.

RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL.

Doctor en Derecho. Registrador de la Propiedad.

(1) La expresión literal del precepto legal autoriza, desde luego, esta interpretación restrictiva, aunque realmente no se advierta qué razón tuvo el legislador para no permitir que los titulares de hipotecas o derechos reales soliciten la cancelación.

PROBLEMAS DEL IMPUESTO DE DERECHOS REALES

La reforma del Impuesto de Derechos reales. El fraccionamiento y la prórroga de pago en este Impuesto

I

La reforma del impuesto de Derechos reales, realizada por la Ley de 31 de diciembre de 1946, aparte de la elevación de los tipos de la Tarifa en un 20 por 100, algo más en uno de dichos tipos, por la necesidad de redondear el porcentaje, no contiene, en realidad, otra novedad de importancia que la de reducir a diez años el plazo de quince que el último párrafo del artículo 26 de la anterior señalaban para la prescripción del derecho del Estado a liquidar el impuesto.

Tal como queda redactado el artículo 13 de dicha Ley, esa prescripción alcanza al derecho de liquidar, al de practicar las liquidaciones de los documentos presentados y al de exigir el pago del impuesto liquidado. Esta modificación, como la moratoria (que, por excepción, no se ha establecido en la Ley de Presupuestos de este año), es realmente de importancia y beneficio extraordinario para el contribuyente, pero no deja de observarse que este y aquel beneficio lo son para el contribuyente que por reserva, malicia, negligencia u otra causa cualquiera, no presenta los documentos a liquidar o no paga el impuesto de los ya liquidados, mientras que la nueva elevación de las Tarifas, como las elevaciones anteriores, en alza constante, afecta a todos los contribuyentes, incluso a los de buena fe.

El alza actual incluye a las personas jurídicas y al absurdo impuesto sobre el caudal relicto, del cual ya dijimos, y nada tenemos que variar (1) que es un engendro, simulación de un aumento en las tarifas corrientes, pero que, por la forma en que está constituido, es mucho más molesto y mucho más dado a conflictos entre los contribuyentes que le han de satisfacer.

Es de observar que en la nueva redacción del artículo 45, la excepción del número 2 en cuanto a la rebaja de 2.000 pesetas en

(1) Véase el número 201 de esta REVISTA.

el capital computable al caudal relicto, se ha suprimido, y en cambio se declaran exentas del pago del impuesto por dicho caudal las herencias en que no exceda de esa suma dicho caudal.

En el trabajo a que antes hemos hecho referencia decíamos que la exención contenida en el apartado c) del artículo 3.º de la Ley de 17 de marzo de 1945, referente a las transmisiones a título de compraventa de fincas urbanas de nueva planta que se verifiquen durante su construcción o dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que se solicite la licencia de alquiler o de habitabilidad, era beneficiosa y atrevida, pero que, como otras que también lo fueron, no perduraría mucho tiempo en vigor. Esta Ley, que suprime tal excepción, ha venido a dar la razón a nuestra experiencia, pues ahora, como cuando la Ley de 1900 y la reforma hipotecaria de 1909, y como en otras muchas ocasiones, los beneficios concedidos en relación a los impuestos de Derechos reales y Timbre, desaparecen apenas comienzan a notarse las ventajas de un otorgamiento; es una realidad tan lamentable como cierta.

La constante alza de los tipos de la Tarifa llega a límites realmente extraordinarios; porque como el Estado, que decreta y cobra este impuesto, obliga también a pagar el del Timbre y a dar forma a los actos y contratos que han de tener constancia en los Registros públicos, si al que paga el 52 por 100 por herencia, y el 11 por 100 por caudal relicto, se le añade el Timbre y los honorarios de Notaría y Registro de la Propiedad, y si por su desgracia se ve obligado a incoar, además, algún expediente de nombramiento de defensor y aprobación judicial, no sabemos qué podrá quedarle del caudal heredado. Los que, por haber liquidado muchos años, hemos tenido relación personal y directa con los contribuyentes, sabemos bien de las dificultades que a éstos crea el hermetismo y la dureza de esta tributación.

II

Nuestro impuesto de Derechos reales no puede reputarse de suave en demasía, no sólo por los tipos de la Tarifa a que acabamos de hacer mención, sino por las sanciones, la investigación y ciertos detalles del procedimiento, agobiantes para el contribuyente, y que, por el exceso de desconfianza peculiar a todas las leyes españolas de carácter económico, resultan muchas veces injustos. No

obstante, dentro del articulado de la Ley y de los preceptos del Reglamento que la desarrollan, aparecen algunos puntitos de luz en los que parece arrojarse un cable de salvación para que a unos se les dispense del pago en ciertos casos, y a otros se les den grandes facilidades para poder pagar.

Entre estos preceptos se cuentan todos los referentes a exenciones, y también los que se contraen al fraccionamiento y prórroga de pago, de los cuales nos vamos a ocupar.

El pago del impuesto de Derechos reales en forma fraccionada es tema de muy acusado interés, no precisamente por la modestia de su actual desenvolvimiento, debido a las condiciones particularísimas en que se concedió, sino más bien por los más felices resultados que futuras ampliaciones y facilidades pudieran suponer.

Sabido es que ese fraccionamiento de pago del impuesto se estableció en la reforma tributaria de 1920, y los que, por haber formado parte de la Junta Central de la Asociación de Registradores de la Propiedad que actuaba en aquella fecha, colaboramos en esa parte de aquella reforma, sabemos también que tal innovación se realizó más bien a título de ensayo, para que, en caso de éxito, pudiera tener sucesivas ampliaciones.

Hasta la Ley de 17 de marzo de 1945 no han tenido variación alguna los preceptos de la de 1924, pero en ésta sí han sufrido importantes ampliaciones, aunque éstas distan mucho de las posibilidades que tales preceptos pudieran tener. El hermetismo primitivo quedó muy modificado; ya cabe el fraccionamiento de pago en todas las sucesiones hereditarias, cualquiera que sea la cuota aplicable a la cantidad liquidada, en cinco anualidades, como máximo, y aparte de la garantía hipotecaria de los bienes de la herencia y de la posibilidad de hipoteca especial, en el caso de que aquéllos no puedan ser hipotecados, se establece la feliz innovación de la garantía bancaria. Las palabras «en cinco anualidades, como máximo», que emplea la Ley, hacen suponer que el fraccionamiento puede concederse también en menos de cinco anualidades. ¿Cuándo? ¿En qué casos? ¿Quién determina el número de esas anualidades? Nada dice la Ley, y habrá que esperar a que el nuevo Reglamento aclare o desarrolle ese precepto.

Subsiste, para poder acogerse al beneficio del fraccionamiento, la necesidad: 1.º, de que en la herencia o en la porción adjudi-

cada al heredero que lo solicite, no existan metálico, valores mobiliarios u otros bienes muebles de fácil realización; 2.º, de que se solicite antes de expirar el plazo reglamentario de pago, y 3.º, de que sea posible afectar las cosas objeto del impuesto a la hipoteca legal consignada en el artículo 168 de la Ley Hipotecaria, o, en otro caso, se garantice el pago mediante hipoteca especial o garantía bancaria.

Como, a pesar de las deficiencias del actual Reglamento del impuesto, que ya señalamos en otro trabajo anterior (1), aún no se ha publicado otro que esté, además, en consonancia con la nueva Ley, claro es que el afianzamiento del pago fraccionado por medio de garantía hipotecaria no tiene el necesario desenvolvimiento, y queda sólo ese precepto aislado y escueto, que ignoramos cómo se aplicará. Las otras dos clases de garantías tienen su natural desarrollo en los artículos 134 al 136 del Reglamento; más bien pudiéramos decir que estos artículos se contraen sólo al caso de hipoteca sobre los bienes de la herencia, pues en el de constitución de tal hipoteca sobre bienes distintos, habrá de regirse por las disposiciones generales sobre la hipoteca voluntaria (párrafo tercero del artículo 135).

Examinemos las condiciones que la Ley exige para otorgar el fraccionamiento de pago.

Es la primera la de que en la herencia o en la porción adjudicada al heredero que solicite el aplazamiento, no existan metálico, valores mobiliarios u otros bienes muebles de fácil realización o fueran insuficientes para el abono de toda la cuota liquidada.

¿Es absoluta esta exigencia? No; conforme al otro párrafo del mismo artículo, el Director general de lo Contencioso puede; discrecionalmente, dispensar ese requisito, aun existiendo esa clase de bienes, si se justifica que el inmediato pago implicaría para el peticionario un grave quebranto para el normal desenvolvimiento de los negocios de carácter industrial, mercantil o de explotación agrícola. Pues bien, si en esos casos puede prescindirse la regla general, en atención a no lesionar intereses particulares, ¿por qué no extender el beneficio a todos los casos en que se pida? El pago inmediato puede causar perjuicios y lesionar intereses, aunque

(1) Véase el número 201 de esta REVISTA.

ellos no afecten a negocios de esas clases o de clase alguna, pues no todo son negocios en la vida, y como si se pide el fraccionamiento, arrojando gastos y molestias, es porque no conviene pagar en seguida, y como el Estado nada pierde, sino que gana los intereses de demora correspondientes a la cuota fraccionada, sería justo acordar el fraccionamiento por las Oficinas liquidadoras, siempre que se pidiera y se cumplieran los demás requisitos legales reglamentarios.

Nada hay que objetar al segundo requisito, que es natural y justo.

En cuanto al tercero, hay que relacionar el precepto legal con los reglamentarios de los repetidos artículos. De ellos resulta que el caso de garantía bancaria es aún impreciso, a falta de un precepto reglamentario que regule su desenvolvimiento, y que la hipoteca sobre bienes distintos de los de la herencia, como ha de acomodarse a las reglas de cualquier hipoteca voluntaria, las dilaciones y gastos que naturalmente lleva consigo la hace poco viable. Queda, pues, realmente sólo la solución de hipoteca sobre los bienes de la herencia. Los trámites a que se sujeta esta concesión de fraccionamiento son, como dijimos en el trabajo antes mencionado, si de garantía absoluta para el Fisco, costoso, dilatorio y molesto para el contribuyente. Quizás en los casos de liquidaciones provisionales no haya otro medio mejor de garantía; pero tratándose de las herencias que consten en documentos públicos, inscribibles, por tanto, independientemente de las dificultades que pudieran surgir del Registro, quizás cupiera adoptarse otro más sencillo procedimiento.

Para ello podría recurrirse al señalado en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, en concordancia con el 87 de su Reglamento, aún hoy vigente. Los edictos a que hacen referencia los dos artículos mencionados deberán devolverse al Registrador de la Propiedad, con certificación del Secretario del Ayuntamiento, justificativa de haberse hecho la publicación en la forma indicada...; transcurridos tres meses desde la fecha de la inscripción, sin acreditarse haber cumplido ese requisito, se cancelará de oficio la inscripción, por nota marginal.

Aplicando esos preceptos al caso en cuestión, solicitado el fraccionamiento del pago del impuesto en las herencias para cuya li-

quidación se presente un documento público, se acordaría, expidiendo la certificación en la forma reglamentaria y entregándola con los documentos al interesado, previo el pago del primer plazo, para su inscripción en el Registro de la Propiedad. Si dentro del de noventa días hábiles no se devolvía a la Oficina liquidadora el documento y la certificación del liquidador con la nota de dicha inscripción, se exigiría la totalidad de la cuota liquidada, con la multa por falta de pago y los correspondientes intereses de demora. Devueltos dichos documentos con las referidas notas de inscripción, se tomaría razón en el expediente, al que se uniría la certificación mencionada.

La inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad podía hacerse por nota, como ahora se verifica, o en el mismo asiento referente a la herencia, puesto que los dos documentos se han de presentar juntos y pudieran también incluirse en el mismo asiento del Diario.

Este sistema ahorraría la certificación previa del Registro de la Propiedad y daría noventa días de plazo no sólo para inscribir, sino para subsanar posibles defectos de previa inscripción o de otra naturaleza. Para la cancelación y para los casos de quedar sin efecto el fraccionamiento, no habría que variar las disposiciones actuales. Y hemos de insistir en lo que ya dijimos en otra ocasión: no hay razón alguna para que la inscripción de la hipoteca en favor del Estado sea *de oficio*, es decir, gratis, porque esa tendencia a dar facilidades a costa de los funcionarios que viven únicamente de sus honorarios de arancel, es, por parte del Fisco, tan cómoda como injusta, y es además un poco egoísta, pues no sólo aquél no da el ejemplo sacrificándose en parte, sino que le da de lo contrario, ya que la concesión del aplazamiento se hace con el recargo de los intereses de demora.

III

El fraccionamiento de pago en los documentos referentes a contratos intervivos pudiera contraerse a las cesiones, compraventas y permutas de bienes inmuebles por otros de igual clase, números 14, 15, 50 y 52 de la actual Tarifa, cuya cuota es el 6 por 100. La concesión habría de otorgarse en todos los casos en que se pudiera, en las mismas condiciones que para las sucesiones hereditarias.

Entendemos que no hay razón alguna para esa distinción que la Ley actual hace entre el que adquiere por herencia y el que lo hace por contrato; si esa concesión se otorga para favorecer al contribuyente, sin perjuicio alguno para el Fisco, no puede pensarse que siempre el que hereda está en más difícil situación económica que el que compra. La adquisición de bienes por contrato puede tener las mismas complejidades de índole económica que la que procede de adquisición hereditaria; hay algún caso que debiera ser típico para el fraccionamiento de pago, cual es el de la compra a plazos. No cabe duda de que el que adquiere así, es porque no puede o no le conviene pagar al contado, y no dejaría de ser lógico en ese caso que la exención del impuesto se realizara a solicitud del contribuyente, sólo al tiempo de abono de cada plazo o entrega del importe comprobado de él.

IV

• La disposición del artículo 24 de la Ley actual es terminante: las Oficinas liquidadoras pueden acordar, a solicitud de los interesados, el aplazamiento, por término de seis meses, del pago de las liquidaciones practicadas por causa de muerte, con los mismos requisitos de que no existan en la herencia metálico, valores o bienes muebles de fácil realización, o sean insuficientes para el pago que se exige para el fraccionamiento.

Este precepto, de fácil aplicación en la práctica, precisamente por no estar obstaculizado por trámites y exigencias que le dificulten, tiene su contrapartida en otro párrafo del mismo artículo, que para el aplazamiento de pago por herencia en nuda propiedad exige que sea el Director general de lo Contencioso el que otorgue el aplazamiento y se presente declaración jurada de carecer de bienes bastantes para realizarle sin grave detrimento de sus intereses, con los demás requisitos de garantía exigidos para los casos de fraccionamiento.

Claro es que esta disposición supone un avance sobre la de la Ley anterior, que exigía que el nudo propietario declarara bajo juramento carecer de toda clase de bienes; pero, así y todo, contrasta la dificultad que establece este precepto con la facilidad que da el anterior. Hay que tener en cuenta que el que hereda en nuda propiedad, no adquiere de momento nada tangible, incluso puede

no adquirirlo nunca, si muere antes que el usufructuario, y el hecho de que el pago perjudique a sus negocios, realmente nada tiene que ver con el derecho que adquiere. ¿No sería lógico que esa concesión pudieran también otorgarla, como en el caso anterior, las Oficinas liquidadoras con las mismas garantías de pago establecidas?

No vemos la razón de la diferencia, ni vemos tampoco por qué se conservan esas anacrónicas declaraciones juradas, que nada garantizan ni a nada conducen. Es conservar una ficción y conservarla en una Ley recientemente aprobada; si en algún caso el mandato ha de ajustarse a la realidad, es cuando se trata de preceptos de índole económica, y más especialmente tributaria.

Como ya dijimos al ocuparnos del fraccionamiento de pago, no sería difícil ni perjudicial para el Erario extender a las adquisiciones intervivos que dejamos señaladas, las disposiciones que en cuanto a aplazamiento de pago hacen relación a los *mortis causa*; porque cuantas más facilidades dé el Erario para el pago de sus exacciones, redundarán indirectamente en su propio beneficio, no sólo porque el alivio de las cargas y el desahogo económico de sus ciudadanos no puede serle indiferente, sino porque conviene ir desechando el fantasma del Estado enemigo y sustituirle por el Estado amparador y protector, doblemente ahora que sus funciones se multiplican y extienden a todas las manifestaciones de riqueza y de vida en el territorio nacional y a todas las más recónditas actividades de sus súbditos.

En orden a este impuesto, es de desear que el nuevo Reglamento, cuya publicación parece próxima, corrija defectos y dé facilidades en el orden procesal, único a que puede abarcar su esfera de acción.

JULIÁN ABEJÓN.

La reforma del tiempo de prescripción en el Impuesto de Derechos reales

La Ley de 31 de diciembre del pasado año 1946, que modifica determinadas contribuciones e impuestos, establece en su artículo 13, respecto a los derechos reales y sobre transmisión de bienes,

«el plazo de diez años para la prescripción del derecho de la Administración a liquidar este impuesto», reduciendo el de quince años, hasta ahora en vigor.

Y como regla de derecho transitorio, añade en el artículo 17: «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.»

Aunque las disposiciones precedentes parece que, dada su claridad no necesitan de interpretación, voy a tratar de fijar, en breve paráfrasis, el sentido de las mismas, desvaneciendo dos cuestiones que pueden suscitar.

* * *

Se refiere la primera a la fecha del acto o contrato objeto de prescripción.

Hay quien sostiene que la prescripción de quince años debe aplicarse a los actos o contratos causados o celebrados antes de 1.º de enero de 1947, y la de diez años a los nacidos a partir de esta fecha.

Esta solución, que sería la correcta con el criterio de la más rigurosa irretroactividad, pugna con la interpretación: a), gramatical, y b), lógica, de la regla transitoria preinserta.

a) Si el tiempo de diez años señalado en lo sucesivo para la prescripción, ha de empezar a regir desde 1.º de enero de 1947, *cualquiera que sea la fecha del acto o contrato*, parece claro que se ha de aplicar a los nacidos antes de 1.º de enero de 1947. De otra suerte no tendrían sentido las palabras subrayadas.

b) Sentado el principio general de la irretroactividad en el párrafo primero del artículo 17 (1), si el legislador hubiera querido comprender en dicho principio la disposición relativa a la reducción del tiempo de prescripción, holgaría este otro párrafo especial o tercero, que si ha de tener algún valor, no puede ser otro que el de ser una excepción del principio general del párrafo primero.

* * *

(1) Para comodidad del lector, transcribo dicho párrafo: «Los preceptos anteriores, en cuanto modifiquen las disposiciones hasta ahora en vigor relativas a los impuestos de derechos reales y sobre transmisiones de bienes, se aplicarán a los actos y contratos causados o celebrados a partir del día 1 de enero de 1947.»

Pero entiendo, además, que lo tajante de la expresión *cualquiera que sea la fecha del acto o contrato*, obliga a incluir, en el cómputo del tiempo transcurrido, el comprendido entre el 18 de julio de 1936 y el 1.º de abril de 1939, quedando así suprimido el párrafo tercero de la disposición final del actual Reglamento (1), si es que dicho párrafo no estaba ya derogado, como vamos a ver :

Para ello conviene distinguir : A) Entre los actos y contratos anteriores al 18 de julio de 1936 ; y B) Los comprendidos entre esta fecha y el 1.º de abril de 1939.

A) En cuanto a los primeros, la Ley de 13 de julio de 1940 suspendió los plazos de prescripción con retroacción al 17 de julio de 1936, entendiéndose cesada la interrupción el 1.º de abril de 1939, cuya doctrina fué recogida en el aludido párrafo tercero de la disposición final del vigente Reglamento del Impuesto de Derechos reales de 29 de marzo de 1941.

B) La Ley de 26 de mayo de 1938, aunque de manera harto imprecisa, colocó en estado de suspensión «el cumplimiento de sus obligaciones fiscales a los contribuyentes directamente afectados por la dominación marxista o por las acciones de guerra».

Posteriormente quedó declarada y ratificada—adquirió forma de unidad—esta suspensión en la Ley económica de 30 de diciembre de 1939, al disponer en su artículo 7.º : «La moratoria que por el artículo anterior se otorga a los contribuyentes y deudores a la Hacienda pública, no supone fijación de término al estado de suspensión en que se encuentra la cobranza de las contribuciones e impuestos devengados bajo el dominio marxista.»

Por último, la citada Ley de 13 de julio de 1940, que suspendió los plazos de prescripción, además de establecer, respecto a los actos y contratos anteriores a 18 de julio de 1936, lo que en el apartado A) quedó expuesto, añadió en el artículo 3.º que «los plazos... que debieran haberse iniciado durante el transcurso del tiempo que media entre el 18 de julio de 1936 y el 1.º de abril de 1939, no empezarán a computarse hasta el día siguiente al de esta última fecha».

(1) Dice así: «Los plazos establecidos en los artículos 141 y 143 de este reglamento se entenderán interrumpidos durante el tiempo señalado entre el 18 de julio de 1936 y el 1.º de abril de 1939, de conformidad con lo dispuesto en la ley de 13 de julio de 1940.»

Así las cosas, se dictó la Ley de 26 de septiembre de 1941 y la Orden de igual fecha, para el debido cumplimiento de lo preceptuado en la Ley, incorporando el período que nos ocupa a la normalidad fiscal.

Dice la Ley en lo que interesa :

«Artículo 1.º Se declara extinguido el estado de suspensión en que se encuentra la cobranza de las contribuciones e impuestos estatales devengados bajo el dominio marxista y al que se refiere el artículo 7.º de la Ley económica de 30 de diciembre de 1939, cualquiera que fuese la causa de dicha suspensión.

»Artículo 2.º Queda también restablecida la acción de la Administración en orden a los tributos devengados bajo igual dominio y que no se encuentren prescritos ; pero sin que este restablecimiento suponga novación ni modificación del plazo legal de prescripción, iniciado en cada caso con la fecha del devengo del tributo respectivo.»

Y añade la Orden :

«XI. *Restablecimiento de la acción administrativa.*—De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.º de la Ley, desde la publicación de la presente Orden continuarán ejerciendo las Delegaciones de Hacienda su inmanente acción gestora y de inspección respecto de los tributos devengados bajo el mando rojo, cuyo período de dominio contará como integrante de los plazos de prescripción establecidos para las diferentes contribuciones e impuestos.»

Resulta patente, dados los términos de los preceptos que acabo de transcribir, que al tomar en consideración el Estado, a efectos fiscales, la existencia del período rojo, lo hizo en sus dos aspectos activo y pasivo. Y si sujetó a tributación los actos y contratos nacidos en dicho período desde el momento de su nacimiento (1), estableció la contrapartida de que pudieran beneficiarse de la prescripción también desde el mismo momento.

Desapareció, pues, el período rojo en lo que tenía de solución de continuidad, sobre la que había que saltar a efectos de la prescripción, no sólo en cuanto a los tributos devengados durante dicho período, sino también respecto a los anteriores al mismo.

(1) Paso por alto, porque no interesa al tema, el plazo de tres meses que se concedió, situando durante el mismo en período voluntario las diferentes contribuciones e impuestos.

Abona este criterio, de un lado, la interpretación gramatical de la regla XI transcripta, cuya última parte, al disponer que tal período contará como integrante de los plazos de prescripción establecidos para las diferentes contribuciones e impuestos, lo hace en términos tan absolutos, que no parece lícito subordinarlo a la primera, en que habla de los devengados bajo el mando rojo.

Pero si esto no fuera suficiente, existe, además y sobre todo, la consideración de que otra cosa conduciría al absurdo de quedar establecido un plazo de prescripción más corto para los tributos devengados durante el llamado período rojo, que para los anteriores a él, con quebranto del principio de que donde hay la misma razón, debe haber la misma regla.

Y así, por ejemplo, una herencia sujeta al impuesto, causada en agosto de 1936, estaría prescripta en el actual 1947 por el transcurso de los diez años, o en agosto de 1951, antes de la reforma, mientras otra causada un año antes, o sea en agosto de 1935, no estaría prescripta hasta el 1948 ó el 53; es decir, un año y ocho meses largos después.

Y como la Ley de 26 de septiembre de 1941, que rehabilitó el período rojo, es posterior al Reglamento del Impuesto, publicado en 29 de marzo de 1941, es por lo que he dicho antes que debe considerarse derogado el párrafo tercero de la disposición final de dicho Reglamento. Derogación que ha venido a confirmar y robustecer el artículo 17 de la Ley de 31 de diciembre de 1946 al establecer que los diez años de prescripción empezarán a regir desde 1.º de enero de 1947, *cualquiera que sea la fecha del acto o contrato*; sin que sea lícito hacer distinciones cuando la Ley no las hace, y sin olvidar, además, que la disposición posterior deroga la anterior, aunque se omita la cláusula de estilo derogatoria.

Por todo ello siento la conclusión de que el llamado período rojo, como tiempo de excepción, ha desaparecido totalmente a efectos de la prescripción del impuesto de Derechos reales.

E. MARTÍNEZ MORA.

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

LOS ASIENTOS REGISTRALES ESTÁN BAJO LA SALVAGUARDIA DE LOS TRIBUNALES Y, ACERTADA O ERRÓNEAMENTE EXTENDIDOS, PRODUCEN TODOS SUS EFECTOS MIENTRAS NO SE DECLARE JUDICIALMENTE SU NULIDAD. SIN QUE ÉSTA PUEDA SER PREJUZGADA NI DECRETADA POR LOS SENCILLOS TRÁMITES DE UN RECURSO GUBERNATIVO.

Resolución de 8 de mayo de 1946. "B. O." de 20 de julio.

Presentada en el Registro de Ceuta una escritura de segregación y venta de una parcela de terreno, sita en el campo exterior de dicha ciudad, el Registrador no admitió su inscripción por estar la finca de la que se hacía la segregación y venta afecta a una prohibición de enajenar, impuesta por el Alto Comisario de España en Marruecos.

Interpuesto recurso, la Dirección, confirmando el auto presidencial, ratificatorio de la nota del Registrador y no obstante la comunicación de éste al Centro Directivo de no existir ya inconveniente en inscribir la referida escritura por haberse levantado la prohibición de enajenar de la finca matriz, ha declarado sin perjuicio de que, por analogía con lo establecido en los artículos 86 y 131 del Reglamento Hipotecario, puede ser nuevamente calificada e inscrita, si así procede, la escritura cuya inscripción se rechazó, lo que en extracto aparece en el encabezamiento.

* * *

Recomendamos la total lectura de la resolución en atención a lo curioso de sus antecedentes, brillantemente expuestos por el Registrador.

EN CASO ALGUNO LOS REGISTRADORES—COMO LOS DEMÁS FUNCIONARIOS PÚBLICOS—DEBEN ADMITIR DOCUMENTOS QUE CAREZCAN DEL TIMBRE CORRESPONDIENTE. EN CAMBIO, COMO REITERADAMENTE TIENE DECLARADO EL CENTRO DIRECTIVO, SÓLO COMPETENTE A LOS MISMOS EXIGIR QUE EN LOS SUJETOS A INSCRIPCIÓN FIGURE LA NOTA DE PAGO, APLAZAMIENTO, EXENCIÓN O NO SUJECCIÓN, EXTENDIDA POR LA OFICINA LIQUIDADORA. FINALMENTE, EN TODO DOCUMENTO REFERENTE A LA TRANSMISIÓN DE FINCAS INSCRITAS DEBE CONSTAR NOTA EXTENDIDA POR LA DELEGACIÓN DE HACIENDA RESPECTIVA, SIEMPRE QUE HUBIERA SIDO PRESENTADO EN UNA OFICINA LIQUIDADORA DE CAPITAL DE PROVINCIA.

Resolución de 15 de julio de 1946. "B. O." de 11 de septiembre.

Presentada en el Registro de Almería una instancia, extendida en papel común, así como dos escritos dirigidos al Abogado del Estado (en los que el mismo estampó nota de prescripción para liquidar el impuesto) y un testimonio del Secretario del Juzgado de Primera Instancia del distrito de San Sebastián, de dicha capital, comprensivo de diversas sentencias, también expedido en papel común, conducentes todos ellos a inscribir bienes procedentes de una fundación y cesión de la mitad de los mismos, el Registrador, tras practicar el asiento de presentación, los devuelve al interesado: 1.º, porque, extendidos en papel común la instancia y testimonio judicial que se acompaña, han de ser reintegrados con arreglo a la vigente Ley del Timbre; 2.º, porque en dicha instancia no consta por nota de la Oficina Liquidadora competente haber sido satisfecho el impuesto de Derechos reales correspondiente, y 3.º, porque, asimismo, carece de la nota extendida por la Delegación de Hacienda que exige el artículo 17 de la Ley de Reforma Tributaria de 16 de diciembre de 1940.

Interpuesto recurso, la Dirección confirma el auto apelado (que ratificó en absoluto la nota del Registrador), en cuanto a los defectos primero y tercero de los señalados, y lo revoca respecto del segundo, por lo que en extracto se expresa en el encabezamiento

REPERCUSIONES REGISTRALES QUE PRODUCE EL EJERCICIO CON ÉXITO DE LA ACCIÓN DE RETRACTO LEGAL. EL DE COLINDANTES PRESENTA ALGUNOS PERFILES PROPIOS DE AQUELLOS DERECHOS QUE SE ATRIBUYEN A UNA PERSONA POR SU CUALIDAD DE TITULAR DE UN FUNDO DETERMINADO. EFECTOS DE LA ANOTACIÓN DE DEMANDA.

Resolución de 29 de octubre de 1946. "B. O." de 7 de enero de 1947.

Por escritura autorizada ante el Notario de Valencia don Rafael Pastor Antón el 14 de diciembre de 1942, don E. M. vendió a don S. N. por precio de 5.000 pesetas, que confesó tener recibidas, una finca rústica en término de Manises, de cabida de 28 áreas 53 centiáreas, inscribiéndose la escritura el día 25 del siguiente mes de enero. El día 14 del propio mes de enero de 1943, doña J. R. promovió, ante el Juzgado de Primera Instancia de Torrente, demanda de retracto contra el comprador de la finca relacionada, don S. N., fundándose en el derecho de colindante, expidiéndose por el Juzgado el oportuno mandamiento para la práctica de la anotación de dicha demanda, el cual fué presentado en el Registro a las trece horas del día 19 de enero del mismo año 1943. Por escritura autorizada ante el Notario de Valencia don Rafael Pastor Antón el 2 de enero de 1943, don S. N. hipotecó la finca a don M. V., en garantía de un préstamo de 35.000 pesetas, intereses de un año al 6 por 100 y 3 000 pesetas para costas, y esta escritura fué presentada en el Registro a las doce horas y treinta minutos del día 22 de enero del repetido año de 1943.

Seguido por todos sus trámites el juicio de retracto de colindante, el Juzgado dictó sentencia el 14 de abril de 1944, dando lugar al retracto, y condenando al demandado don S. N. a otorgar a favor de la demandante, doña J. R., escritura de venta de la finca en cuestión, lo cual se llevó a efecto en Burjasot el día 8 de mayo de 1944 ante el Notario del distrito de Godella, don Antonio Cervera Sanz, causando dicha escritura la correspondiente inscripción en el Registro.

Con estos antecedentes, el Procurador don Víctorio Macías Sánchez, como mandatario de doña J. R., dirigió una instancia al Registrador de la Propiedad de Moncada, a la que acompañó testimonio literal de la sentencia recaída en el juicio de retracto, y después de ex-

poner los hechos acaecidos alegó: que la hipoteca constituida sobre la finca por la escritura del día 2 de enero de 1943 es indudable que sólo pudo imponerse al amparo del número 10 del artículo 107 de la Ley Hipotecaria y con las restricciones que en el mismo se determinan, toda vez que afectaba a bienes con la consideración de litigiosos, porque cuando dicha escritura de hipoteca fué presentada en el Registro, constaba ya la anotación preventiva de la demanda de retracto y, por consiguiente, la hipoteca debía quedar supeditada a las resultas del pleito; que era cierto que la escritura de préstamo se formalizó antes de la interposición y consiguiente anotación de la demanda; pero también es verdad que el caso discutido se refiere, no a establecer preferencia entre dos acreedores impacientes, sino a la prioridad entre la anotación de una demanda dominical y la constitución, mediante su indispensable inscripción, de una hipoteca, cuya subsistencia equivaldría a la desaparición de la finca, puesto que asegura 38.000 pesetas sobre bienes que acaban de adquirirse por 5 000; que la inscripción de la hipoteca es constitutiva en nuestro derecho, y con anterioridad a ese momento existiría un contrato de préstamo—verdadero o simulado, con causa o sin ella—, pero en modo alguno pudo nacer el derecho real de hipoteca; que si el prestamista, no obstante conocer la existencia de la anotación de demanda, optó por constituir la hipoteca, fué con los riesgos consiguientes; que por todo ello se estaba en el caso de aplicar la regla quinta del artículo 151 del Reglamento Hipotecario, y que, en consecuencia, solicitaba que se llevase a efecto la cancelación de la hipoteca, en vista de la sentencia ejecutoria recaída en el pleito iniciado por la demanda anotada.

Al pie de la referida instancia el Registrador consignó la siguiente nota: "Presentada la precedente instancia, en unión de la sentencia firme de retracto que en la misma se cita, a las diez horas de hoy, según el asiento 228, al folio 34 del tomo 13 del Diario, se deniega la cancelación de inscripción de hipoteca que en ella se solicita por observarse los siguientes defectos: 1.º No acreditarse el pago o exención del impuesto de Derechos reales. 2.º No ser de aplicación a la cancelación solicitada el párrafo quinto del artículo 151 del Reglamento Hipotecario, en relación con el número 10 del artículo 107 de la Ley, ya que, si bien la escritura de hipoteca otorgada en 2 de enero de 1943 se inscribió en este Registro con posterioridad a la anotación de la demanda de retracto, no pudo tener el acreedor conocimiento de un liti-

gio, cuya demanda fué admitida por el Juzgado de Torrente el 16 de enero del mismo año, y el mandamiento ordenando su anotación fué presentado en este Registro el 19 del mismo mes, con posterioridad, por tanto, a aquel otorgamiento, por lo que se estima que no pueden perjudicar al acreedor hipotecario las consecuencias de un pleito que aun no existía ni se había anotado cuando se otorgó el contrato de hipoteca cuya inscripción se pretende cancelar sin el consentimiento de dicho acreedor. Este último defecto se estima insubsanable."

Entablado recurso por el expresado Procurador en cuanto al segundo defecto señalado en la nota, pues reconocía la existencia del primero, la Dirección confirma el auto apelado, desestimatorio de dicho segundo defecto: mediante la magistral doctrina siguiente:

Que por haber consentido el recurrente el auto del Presidente de la Audiencia, que estimó el primer defecto señalado en la nota, ha de circunscribirse esta resolución al examen de la cuestión comprendida en el número segundo de la misma.

Que el otorgamiento de una escritura pública produce desde el primer momento efectos autenticadores, de los cuales no se debe prescindir al apreciar los derechos y las obligaciones de los contratantes, su buena fe y el carácter litigioso de los bienes y también para la exacta determinación de cuándo nacen los derechos reales comprendidos en el título.

Que, centrada la discusión sobre si los bienes tenían o no el carácter de litigiosos, ha sido, en cierto modo, silenciada la importante cuestión de los efectos y repercusiones registrales que produce el ejercicio con éxito de la acción de retracto legal, materia de extraordinario relieve en el campo hipotecario por las peculiares características que encierra y las consecuencias que provoca.

Que el retracto legal de colindantes presenta algunos perfiles propios de aquellos derechos que se atribuyen a una persona por su cualidad de titular de un fundo determinado, y que en nuestro ordenamiento jurídico puede clasificarse, sin duda entre los derechos reales, por lo cual quien lo ejercite podrá obtener, al amparo del número primero del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, las garantías provisionarias que la anotación concede, más enérgicas que las otorgadas a los simples derechos de crédito que también fueron anotados.

Que el derecho de retracto legal como limitación del dominio obra siempre con la máxima eficacia frente a los terceros adquirentes del

inmueble, hasta el punto de que respecto del mismo no actúan ciertos principios hipotecarios, básicos en nuestro sistema, como el de fe pública registral, que se paraliza, y en definitiva quedan inermes los enérgicos resortes de defensa que la inscripción lleva de ordinario consigo, todo lo cual constituye la excepción unánimemente reconocida y declarada por el artículo 37 de la Ley Hipotecaria en su número tercero.

Que uno de los más esenciales efectos de la anotación de la demanda de retracto es el de permitir la adquisición de la finca objeto del derecho, libre de las cargas y gravámenes inscritos con posterioridad a la anotación, y ello, unido a que la hipoteca alcanza plena efectividad "erga omnes" mediante su inscripción, produce como resultado que la expresada anotación de demanda, prevalezca con todas sus peculiares consecuencias sobre una inscripción posterior.

Que la anterior argumentación sería suficiente para que prosperase la tesis del recurrente; pero desde el momento en que han sido discutidos por ambas partes los efectos que produce una anotación de demanda en general, se impone un breve examen de esta materia.

Que, como afirmó la Exposición de motivos de nuestra primitiva Ley Hipotecaria, las anotaciones no transforman la naturaleza de los derechos que garantizan, y si bien es cierto que no todas las reguladas en el artículo 42 tienen el mismo carácter ni producen, por consiguiente, idénticos efectos, sí conviene destacar que las de demanda amparan el derecho que se ejercita, publican una posible causa de rescisión o resolución y, cuando menos, aseguran al demandante la efectividad de la sentencia que en su día se dicte, porque lo contrario equivaldría a hacer ilusoria la acción entablada e inútil la garantía adoptada, siempre con grave daño para el prestigio y autoridad de la decisión judicial.

Y que este criterio concuerda con la posición adoptada por este Centro Directivo, quien al tratar en anteriores ocasiones de los efectos que produce esta anotación, ha sentado las siguientes conclusiones: a), la anotación preventiva obtenida por el que demande en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de un derecho real inscribible, asegura la acción ejercitada ante los Tribunales en forma completa, participa del carácter de una carta registrada, sin gozar de la sustantividad hipotecaria: condiciona un derecho inscribible, sin las ventajas especiales que la inscripción concede a los derechos inscritos bajo condición, y, en fin, determina anticipadamente los límites dentro de los cuales pueden ser

desenvueltos retroactivamente los efectos de un fallo judicial (Resolución de 4 de julio de 1919); b), estas anotaciones, por lo menos, garantizan que en lo futuro podrá practicarse una inscripción o cancelación, sin temor a los derechos adquiridos e inscritos con posterioridad (Resolución de 21 de diciembre de 1925), y c), que, anotada preventivamente una demanda y vendidas las fincas con posterioridad, la sentencia que pone término al pleito provoca la cancelación automática de las inscripciones que produjeron la venta, al modo de una condición resolutoria expresa (Resolución de 30 de mayo de 1934).

* * *

Centrada la discusión sobre si los bienes tenían o no el carácter de litigiosos, se olvidó—por recurrente y recurrido—la naturaleza del retracto legal y los efectos del ejercicio de su acción en el Registro.

Con estas palabras encauza el ilustre Centro Directivo el problema, llegando a su fondo de manera insuperable, de suerte tal que apenas si se puede añadir nada a lo por él expresado en sus admirables considerandos.

Gayoso Arias, al comentar el artículo 37 de la Ley Hipotecaria, con ese atisbo genial que le caracterizaba, y oponiéndose a Morell, que trataba de justificar la innovación del párrafo 2.º de dicho artículo, por el corto término en que puede ejercitarse el retracto, decía que para que perjudique la acción del mismo basta que conste en el Registro su causa, como la comunidad de la finca, su colindancia, o que se trate de dominio directo o del útil, sin que precise esté inscrito el derecho del retrayente, ni se diga siquiera quién es el colindante o el comunero, etc. (*Nociones de Legislación Hipotecaria*, tomo II, páginas 177 y 178). Pues, como dice en otro lugar (pág. 19 de igual tomo), los derechos de tanteo y retracto legal no se inscriben, al menos especialmente. Quedan inscritos al inscribirse el censo, la comunidad, etcétera, a que por Ley van anejos.

Son, en suma, de aquellos derechos—como bellamente expresa el Centro Directivo—que se atribuyen a una persona por su cualidad de titular de un fundo determinado.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1946.—*Ley de desbloqueo y seguro.*

El recurso sostiene que el Tribunal *a quo* infringe, por indebida aplicación, la Ley de desbloqueo, artículos 12, 37 y 58 e), basándose sustancialmente en que la obligación que reclama es anterior al 1.º de julio de 1936, y porque, además, refiriéndose el artículo 37 a prestaciones dinerarias efectivamente recibidas bajo dominio marxista, desde el momento en que es incuestionable que la actora no ha recibido ninguna prestación dineraria de la «Mutua Industrial y Comercial de Barcelona», la inaplicación de tal precepto es notoria, y, por ende, la de los artículos 12 y 58 de la propia Ley, cuya pertinencia va íntimamente ligada a la aplicabilidad del artículo 37. Estos razonamientos carecen de eficacia a los fines de casación. *Primero*, porque la circunstancia de que las pólizas originarias del seguro sean, como lo son, anteriores al 1.º de julio de 1936 no obsta a la aplicación correcta que de los preceptos de la Ley de Desbloqueo hace el fallo recurrido, no sólo porque el caso litigioso no encaja en ninguno de los comprendidos en el artículo 36, sino porque conocido el siniestro en la época en que Barcelona estaba sometida al régimen marxista, la fecha del contrato es ineficaz a los efectos perseguidos por el recurso, debiendo atenderse a la de su cumplimiento. *Segundo*, porque si las obligaciones extrabancarias de pago han de regularse por el capítulo cuarto de la Ley de Desbloqueo y el párrafo segundo de dicha Ley comprende especialmente, dentro de las prevenciones del primero, las obligaciones, sin distinción, de los aseguradores, no cabe excluir del ámbito de tal precepto la forma en que la Sala practica la valoración de la cantidad reclamada, puesto que subsistiendo para la Mutua la obligación de hacer frente y cubrir los riesgos del siniestro en tanto la entidad asegurada se hallase al corriente en el pago de sus cuotas, es llano que tales prestaciones recibidas por la Mutua, bajo el régimen marxista, y abonadas naturalmente en moneda roja constituyen la causa determinante de satisfacer la cantidad importe de los daños con el porcentaje de reducción a que hace referencia el artículo 10, apartado d).

SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1946.—*Retracto*.

Por disposición del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en las sentencias se han de hacer no solamente las declaraciones pretendidas oportunamente en el pleito, sino también las que esas pretensiones exijan para su perfección y eficacia, según su naturaleza y circunstancias. La mera declaración de haber lugar al retracto convencional no es por sí sola eficaz para que la propiedad de la cosa objeto del retracto pase del primitivo comprador al retrayente, pues la sentencia judicial no figura entre los medios de transmitir la propiedad reconocidos en el artículo 609 del Código civil, y así la declaración de la obligación de la demandada de otorgar escritura de venta a la actora, hecha en la sentencia recurrida, era exigida por la de haber lugar al retracto para la eficacia de ésta. Ni el artículo 1.507 ni el 1.518 del Código civil establece modo distinto de transmitir la propiedad que los consignados en el 609 citado; ni el tercero de la Ley Hipotecaria hace otra cosa que determinar en general los medios en que deben constar los títulos inscribibles en el Registro para poder ser inscritos, pero sin distinguir cuáles sean aquellos en que deben constar cada uno de esos títulos, para determinar lo cual es preciso acudir a las disposiciones legales que señalan los medios propios para exteriorizar auténticamente cada uno de esos títulos, según su distinta naturaleza, por lo que la sentencia recurrida, al declarar la obligación de otorgar la escritura, no ha infringido ninguna de las disposiciones citadas. Declarado procedente el retracto y debiendo mediar por imposición de la realidad un plazo indeterminable, por de pronto, desde que esa declaración sea firme hasta el otorgamiento de la escritura, plazo durante el cual la demandada había de continuar disfrutando de la finca, objeto del retracto y de la parte del precio aplazado, doble disfrute contrario a la justicia conmutativa, la sentencia recurrida le distribuyó entre demandante y demandada, no como la primera había solicitado expresamente en su demanda, declarando obligada a la demandada a entregarle los frutos que produzca la finca desde la interposición de la demanda, sino los intereses del precio aplazado, al tanto por ciento convenido, concediéndole menos de lo pedido, supuesta la equivalencia entre frutos e intereses, puesto que los frutos son los de toda la finca y los intereses sólo de parte del precio, y en lo que, por lo tanto, no hay incongruencia con la pretensión deducida.

SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1946.—*Artículo 325 Código de Comercio*.

En el motivo primero del recurso se denuncian la infracción de los artículos 1.106 y 1.107 del Código Civil y la interpretación errónea del 329 del Código de Comercio, alegando que para absolver de la demanda se funda el fallo recurrido en que no se ha acreditado plenamente la existencia de los perjuicios cuya indemnización se reclama, a pesar de haberse

probado con diversos documentos la diferencia de precios entre el convenido en el contrato y el que tenía la mercancía en el lugar y tiempo en que debió ser entregada, añadiendo dicho motivo que el artículo 329 del Código de Comercio admite la posibilidad de reclamar el daño abstracto como previsto en una compraventa mercantil y, por tanto, indemnizable con arreglo a los citados preceptos del Código Civil, invocando en apoyo de su argumentación los artículos 363 y 371 del Código de Comercio y los criterios inspiradores de diversas legislaciones extranjeras para sentar la tesis de que la prueba del alza de los precios—circunstancia que concurrió en el caso litigioso—es equivalente a la prueba de la realidad del perjuicio, ya que hecha una venta a un comerciante se presume que el propósito de éste es revender la mercancía para obtener un lucro en la diferencia de precios, y sosteniendo en el motivo segundo del recurso que la sentencia incide en infracción del artículo 325 del Código de Comercio porque al definir dicho precepto la compraventa mercantil y establecer como uno de los requisitos esenciales de la misma el ánimo de lucrarse en la reventa, debe seguirse como consecuencia que hallándose implícita en la aludida definición el propósito de revender queda automáticamente demostrado el perjuicio cuando los precios de la reventa habían de ser superiores a los de la compra y faltó la entrega de la mercancía, siguiéndose de las aludidas alegaciones que el problema fundamental ahora planteado estriba en determinar si con arreglo a nuestra legislación mercantil se presume que un artículo de comercio cotizado en el mercado o que tiene un precio corriente habría sido vendido en dicho precio y puede, en consecuencia, el comprador exigir del vendedor como indemnización de perjuicios, caso de incumplimiento del contrato por parte del segundo, la cantidad en que este precio exceda del convenido.

Si en la regulación del contrato de transporte los artículos 363 y 371 del Código de Comercio, al fijar el *quantum* de la indemnización en los casos de abandono de la mercancía por retraso del porteador se inspiran en el criterio que el recurso sustenta, es lo cierto que, establecidos los indicados preceptos como singulares para un determinado contrato, no existe base legal que autorice a extender su criterio a casos diferentes del previsto en ellos, pues ordenando en el artículo 50 del mismo Código que los contratos mercantiles se regirán en todo lo no expresamente establecido en el mismo o en leyes especiales por las disposiciones del derecho común, lógico es entender—cualquiera que sea la solución dada al problema en otras legislaciones—que, a falta de normas singulares reguladoras de las consecuencias del incumplimiento del contrato de compraventa mercantil, el mencionado artículo 50 impone como aplicable los del derecho común y, por tanto, partiendo de lo dispuesto en los artículos 1.106 y 1.107 del Código Civil, preciso se hace atenerse a la doctrina general reiteradamente establecida por esta Sala, según la cual la existencia y cuantía de los daños y perjuicios constituyen cuestiones de hecho cuya solución corresponde a los Tribunales apreciando la prueba practicada (sentencias de 10 de julio de 1928

y 31 de marzo de 1930), siendo igualmente cuestión de hecho la de determinar si se da o no el nexo causal entre el incumplimiento del contrato y los perjuicios cuya indemnización se reclame (sentencias de 10 de febrero de 1922 y 25 de abril de 1924) y sin que el incumplimiento de la obligación por sí solo implique ni suponga la existencia del juicio al efecto de relevar de la prueba de éste (sentencias de 17 de marzo de 1910 y 17 de febrero de 1921), doctrina la de las aludidas sentencias—entre otras muchas que podrían citarse—no contradicha por las dos que en apoyo de su tesis cita el primer motivo del recurso, pues ninguna de éstas establece el principio de la automática previsibilidad del perjuicio, sino que ambas se inspiran en el criterio de que las cuestiones relativas a existencia del mismo e indemnización de su importe son de la apreciación del juzgador de instancia, como expresamente reconoce la primera de las invocadas, o sea la de 14 de octubre de 1905, siendo de tener en cuenta que la segunda de dichas sentencias—la de 29 de noviembre de 1926—no se refiere a un caso de compraventa mercantil y sin que huelgue, bajo otro aspecto, advertir que en el presente recurso no se impugnan las apreciaciones de la Sala sentenciadora por la vía señalada en el número 7.º del artículo 1.602 de la Ley procesal.

Al fijar el artículo 325 del Código de Comercio el concepto de la compraventa mercantil destaca la importancia del móvil subjetivo que inspira al comprador al celebrarla, y si bien es cierto que alguna moderna doctrina científica ve en la causa del contrato no sólo el fin abstracto y permanente del mismo (móvil específico), sino la finalidad concreta perseguida por las partes e incorporada al acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad (móvil impulsivo), resulta inadmisibles entender que con arreglo a nuestro Derecho la intención meramente subjetiva que lleva a celebrar una compraventa mercantil es suficiente por sí sola para eximir al comprador de demostrar la existencia y cuantía de los perjuicios derivados del incumplimiento en que haya incurrido el vendedor, pues esta tesis se halla en pugna con el criterio inspirador de la reiterada jurisprudencia establecida por esta Sala en aplicación de los artículos 1.106 y 1.107 del Código Civil, a que antes se ha hecho referencia, en cuanto a la obligación de demostrar la existencia y cuantía de los daños y perjuicios, porque admitida como regla general la del cómputo abstracto de los mismos, quedaría el comprador liberado de la carga de la prueba y recaería ésta sobre el vendedor, quien, para eximirse del pago de la cantidad reclamada, debería necesariamente demostrar que el producto de la reventa no hubiera llegado a alcanzar el importe señalado por el primero.

SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1946.—*Litis consorcio necesario.*

No puede aceptarse, como alega la recurrente, que no sea preciso ejercitar la acción en este pleito contra D. L., pues la acción para pedir la nulidad de un documento tiene que dirigirse necesariamente contra todas las personas cuyos derechos atañe, aunque no hayan intervenido en su otorgamiento, como especialmente determina para las particiones testamen-

tarias la sentencia de esta Sala de 5 de noviembre de 1918, sin que justifique la falta de tal citación lo manifestado por la recurrente de que la declaración de nulidad de la partición no lesiona los derechos del heredero D. L., porque eso, que es erróneo en general, lo es más especialmente en el caso objeto de este pleito, en que se pretende tal anulación precisamente para poder demostrar la certeza de la causa de desheredación de ese heredero que invoca el testador y con el fin por parte de la demandante de que se prive a aquél de la herencia y, por consiguiente, están rectamente aplicados el artículo 1.252 del Código Civil y principio jurídico citado. Nada obsta para que se estime el defecto en el ejercicio de la acción en que se basa el Considerando anterior el que la demandante sea hija y heredera del heredero no demandado y que éste haya fallecido en el curso de la apelación, según consta únicamente por el Considerando tercero de la sentencia recurrida, en primer término, porque esa defectuosa dirección de la acción se cometió en la demanda antes del fallecimiento, y además porque de la cláusula cuarta del testamento aparece que los herederos del fallecido no son sólo la recurrente, sino también sus padres, y no consta en autos que su padre haya fallecido.

SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1946.—*Precario.*

Las sentencias citadas en el tercer motivo vienen en esencia a declarar: que el precario significa posesión meramente tolerada por el dueño, sin título para ello y sin pagar merced; posesión por lo tanto graciosa, revocable, que se convierte en abusiva y da lugar al desahucio cuando falta la tolerancia y el dueño no quiere seguir favoreciendo en aquella forma al que disfruta la posesión; y que existe también el precario cuando el ocupante no tiene título alguno aceptable de tenencia que destruya la presunción de que sólo se posee por tolerancia; y toda esta doctrina legal ha sido perfectamente aplicada en la sentencia impugnada, pues los hechos que en ella se dan por probados acreditan, como tantas veces se ha dicho, que el demandado no tiene título alguno para la posesión y que la ha disfrutado por tolerancia del inquilino mientras éste estuvo dispuesto a dejarle voluntariamente el piso, continuando por ende abusivamente en contra de su deseo desde que no quiere hacerle tal beneficio, siendo el remedio legal adecuado a esta situación el lanzamiento que acuerda la sentencia.

SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1946.—*Artículos 1.105, 1.124, 1.283 Código Civil.*

En la sentencia recurrida se establecen como hechos probados, de realidad no impugnada, que terminada la construcción del frontón en el mes de agosto de 1937, tiempo convenido para comenzar el goce y uso de dicho edificio para destinarlo al juego de pelota vasca, por el demandante como arrendatario, por virtud del contrato celebrado con los demandados en 31 de marzo de 1936, e imposibilitado aquél de recibir a tal efecto el frontón

construido por hallarse a la sazón en Madrid comunicado con Salamanca, a causa de la guerra, los nombrados arrendadores ante la imposibilidad de entregar el frontón al arrendatario, por la causa expresada, decidieron comenzar, como comenzaron efectivamente y continuaron hasta la actualidad, por su cuenta la explotación del frontón con el mismo destino, negándose a entregarle al actor, cuando éste, después de liberado Madrid, les requirió para ello notarialmente el 25 de abril de 1939. De estos hechos la Sala sentenciadora deduce con notorio acierto, como primeras consecuencias en derecho, que ni el actor contrajo responsabilidad alguna por el incumplimiento de la obligación que por el contrato le incumbía de recibir el frontón y dedicarle desde su terminación al juego de pelota vasca; ni los arrendadores infringieron sus obligaciones por la explotación directa de este negocio en el frontón, puesto que a la conducta de ambas partes contratantes es aplicable el artículo 1.105 del Código Civil por el suceso imprevisto e inevitable para ellos de la guerra civil. A partir de estas primeras deducciones jurídicas no se llega en la sentencia recurrida a las necesarias conclusiones de que, si bien el incumplimiento de su obligación por el arrendatario, no origina para él ninguna responsabilidad por los daños y perjuicios causados a los arrendadores por ese incumplimiento, éste produce en todo caso, respecto a las obligaciones recíprocas de aquéllos, el efecto, determinado en el artículo 1.124 del Código Civil, atribuyéndoles la facultad de resolverlas como hicieron los arrendadores, por voluntad, implícitamente supuesta en sus actos de explotación directa del juego de pelota en el frontón, única razón que justifica la proposición de la sentencia recurrida de que los arrendadores no quebrantaron el contrato con su explotación directa, ya que esta proposición es contradictoria con la de la subsistencia indefinida de las obligaciones nacidas del contrato, sólo respecto a las de los arrendadores, pese al incumplimiento de las del arrendatario, siquiera fuese por un suceso imprevisto e inevitable. Admitida, pues, la instalación y explotación del negocio juego de pelota en el frontón como facultad y derechos de los arrendadores, con cuyo ejercicio resolvieron implícitamente las obligaciones nacidas del contrato de arrendamiento exclusivo del edificio destinado a frontón, al dar nueva vida a ese contrato como hace la sentencia recurrida, se entiende comprendida en el mismo por imposición de la realidad una cosa como es el negocio de juego de pelota establecido y organizado por los arrendadores, diferente de aquella sobre la que los interesados se propusieron contratar que era como se ha dicho exclusivamente el edificio, con lo que se ha infringido la prohibición del artículo 1.283 del Código Civil.

SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1946.—«*Rei vindication*»: fuentes del Derecho e hijos ilegítimos.

La sentencia reitera la doctrina sentada por la del 21 de febrero de 1941, según la cual la tutela del derecho de propiedad se desenvuelve y actúa a través de dos distintas acciones enlazadas y frecuentemente confundi-

das en nuestro Derecho, a saber: la clásica y la propia acción reivindicatoria que sirve de medio para la protección del dominio frente a una posesión o detentación posesoria, y la acción de mera declaración o constitución de la propiedad, que no exige que el demandado sea poseedor y tiene como finalidad el que se declara que el actor es propietario de la cosa.

Queda eliminada la supuesta infracción que se atribuye a la sentencia del artículo 6.º del Código Civil relativo a las fuentes del Derecho, por aludirse en la sentencia a textos de la Sagrada Escritura que pueden estimarse referentes a la diferencia entre hijos naturales y los legítimos, puesto que no ha de pensarse por ello que la sentencia recurrida pretende asignar a aquéllos el rango de fuentes del Derecho y si sólo dar a su decisión una apoyatura moral y religiosa, señalando la diversidad de consideración que merecen los que en nuestras antiguas leyes los llaman «hijos de beneficio» y los hijos de uniones que, además de no haber sido santificadas por el Sacramento, suponen la violación de normas morales, básicas de la organización social, a la que responde una diversidad de tratamiento en el Derecho de sucesiones, norma fundamental de la familia, cuyo espíritu quedaría gravemente conculcado si prevalecieran en casos como el presente soluciones contrarias a la formulada en la sentencia objeto del recurso.

SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1946.—*Cuestión de hecho.*

La determinación de si quien otorga un negocio lo hace a nombre propio o como apoderado de un tercero es una cuestión de hecho reservada a la apreciación del Tribunal de instancia (sentencia de 23 de mayo de 1935).

SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1946.—*Indemnización de daños.*

Declarado por la Sala sentenciadora que concurren en esta litis los requisitos precisos para imputar a la Sociedad demandada la obligación de indemnizar, y afirmándose asimismo que al actor le ha quedado, como consecuencia de las lesiones, un defecto funcional para la marcha y la estática que, por su profesión de viajante de comercio, supone una merma de un 20 por 100 en su capacidad para el trabajo, como quiera que la sentencia recurrida, no obstante reconocer la existencia y realidad del perjuicio irrogado, no condena a su resarcimiento, es obvio que ha incidido en las infracciones de los artículos 1.089 y 1.902 del Código Civil en relación con el 1.106 determinante del concepto genérico de toda indemnización, extensiva no sólo al valor de la pérdida sufrida, sino a la ganancia dejada de obtener, por lo que es notorio que no se aplican con acierto los antedichos preceptos cuando el fallo se limita a otorgar la indemnización de los gastos causados por la curación de las lesiones, y se omite la correspondiente al defecto funcional, productor de una incapacidad paladinamente reconocida. No cabe cohonestar tal omisión a pretexto de que justificada la existencia

y realidad del perjuicio irrogado no lo está su cuantía con la debida precisión; porque existiendo siempre la obligación de reparar el daño causado, sin limitaciones que no autoriza el artículo 1.902, concorde con el 1.106, es llano, que si la fijación económica de los perjuicios no es posible practicarla siguiendo las reglas usuales—y así acontece cuando se trata de compensar daños morales o que afecten a la pérdida de la vida o integridad corporal—ha de valorarse por el juzgador de modo discrecional, sin sujeción a pruebas de tipo objetivo, y en atención sólo a circunstancias y necesidades del caso concreto, como tiene declarado, con reiteración, esta Sala, entre otras sentencias en la de 24 de diciembre de 1941.

SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1946.—*Retracto*.

Entendido el dominio como señorío abstracto y unitario sobre una cosa, y no como suma de las facultades que le son propias, de las que puede verse privado el propietario temporalmente sin que por ello se pierda la integridad potencial determinante de la posibilidad de la recuperación efectiva de todas las facultades dominicales, se comprende bien que la venta de la nuda propiedad de una finca con reserva del usufructo vitalicio no supone una desintegración del dominio, pues éste pasa totalmente al nudo propietario, y el usufructo reservado constituye mero gravamen o derecho real en cosa de ajena pertenencia, que es el concepto que en nuestro derecho esencialmente inspirado en el derecho romano, le asigna el artículo 467 del Código Civil.

La Sala sentenciadora se aparta del criterio expuesto al estimar que no es procedente el retracto de colindantes cuando la enajenación versa sobre la nuda propiedad y el vendedor se reserva el usufructo vitalicio, porque en este supuesto, dice la Audiencia, se transmite un derecho de propiedad incompleta, falta de virtualidad para la consolidación de los dominios directo y útil, pero es obvio, de una parte, que el usufructuario no es titular de un dominio dividido, sino de un derecho real de goce o gravamen del dominio único y abstracto, y de otra, que hay posibilidad perfecta de que el retrayente de la nuda propiedad se subrogue en todos los derechos y obligaciones del comprador, según se infiere de las sentencias de 7 de noviembre de 1925 y 5 de junio de 1929, entre otras, frente a la de 24 de enero de 1928, con la perspectiva de que al producirse la llamada consolidación, o más técnicamente, liberación del dominio por estimación del usufructo se pueda unir el cultivo de unas parcelas de mínima extensión, concurriendo así el requisito esencial del retracto (subrogación), juntamente con la finalidad específica del de colindantes (supresión del minifundio).

Aunque el recurrente no impugna la aludida tesis del Tribunal de instancia, sino que se adhiere a ella, y esto pudiera impedir, en méritos al rigor formulista de la casación, que se dejase sin efecto el fallo recurrido, siempre sería de estimar la procedencia del primer motivo del recurso, porque en él se denuncia, y no lo desconoce la Audiencia, que la acción del retracto va encaminada a la subrogación, no en la nuda propiedad, sino

en el dominio absoluto y libre de la finca vendida, que quedó liberada por la muerte de la usufructuaria antes de ser entablada la demanda, y así cae por su base *de facto*, toda la construcción jurídica a este respecto de la Sala sentenciadora, que ha infringido evidentemente, por no aplicación, los artículos 1.521 y 1.523 del Código Civil que el recurrente cita en dicho primer motivo.

Indudablemente no ofrece el mismo contenido económico el dominio gravado con un derecho real que el dominio liberado, y por ello es de notoria justicia que si el retrayente pretende subrogarse en los derechos y obligaciones del comprador de la nuda propiedad cuando éste es ya dueño absoluto de la finca liberada por extinción del usufructo, le satisfaga el precio de la nuda propiedad, y el mayor valor que por la liberación haya adquirido la finca, pues de otra suerte se produciría un enriquecimiento injusto por el retrayente a costa del comprador de la nuda propiedad, que ha tenido que desembolsar el capital precio de venta manteniéndolo improductivo prácticamente durante la vida del usufructuario, para recuperarlo, sin ningún incremento, vencido el periodo de duración resolutorio del usufructo reservado; pero es lo cierto que, conjugados los artículos 1.525 y 1.518 del Código Civil en relación con el 1.618 de la Ley procesal, el retrayente cumple la Ley reembolsando o consignando el precio de venta conocido—en el caso de autos el de la nuda propiedad—y otra cantidad racionalmente suficiente para atender a gastos y pagos legítimos expresados en el citado artículo 1.518, y en este último concepto de reintegro legítimo y desconocido por el retrayente al formular la demanda cabe catalogar el incremento económico de la finca por extinción del usufructo; de donde resulta que consignadas 700 pesetas como precio de la nuda propiedad y otras 700 para gastos y pagos legítimos, el retrayente ha cumplido la obligación que la Ley le impone en punto a reembolso o a consignación, y al no entenderlo así la Sala sentenciadora ha infringido también el artículo 1.518 del Código Civil, invocado en el segundo y último motivo del recurso.

SENTENCIA DE 6 DE DICIEMBRE DE 1946.—*Incompetencia de jurisdicción.*

En este recurso, no ajustado estrictamente a la formalidad o rito exigido por el párrafo último del artículo 1.720 de la Ley procesal, se impugna el auto recurrido partiendo sustancialmente del supuesto inexacto de que el Tribunal de instancia fundó la declaración de incompetencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de la demanda en la apreciación jurídica de que eran contratos administrativos los celebrados entre los agricultores y los fabricantes de harinas, cuando lo cierto es que la Audiencia se abstuvo acertadamente de examinar y calificar dichos contratos por no ser objeto directo, sino mero antecedente, de la controversia judicial entablada, que directa e inmediatamente va encaminada a que por vía judicial ordinaria se declare que la Administración Pública carece de atribuciones para conocer de las incidencias surgidas en los contratos de compraventa celebrados en el año 1936 entre agricultores y fabricantes de harinas sobre trigos

inmovilizados, o en otros términos, que se deje sin efecto una resolución del Ministerio de Agricultura, por la que se mandó requerir a los fabricantes de harinas para que ingresaran en la Sección Agronómica el importe del trigo que les fué entregado por los agricultores, cuestión ésta litigiosa que el auto recurrido estima de naturaleza administrativa, al margen de la jurisdicción ordinaria, porque se trata de revisar acuerdos de la Administración en funciones de Poder Público.

Para enfocar debidamente el caso litigioso, conviene entresacar de la demanda inicial de estos autos los siguientes antecedentes: Primero, que por exceso de trigo inmovilizado en manos de los agricultores, éstos solicitaron el auxilio del Estado para que diesen salida al producto que tenían almacenado; segundo, que el Estado adoptó medidas para la movilización de los trigos y dictó normas con arreglo a las cuales los fabricantes de harinas debían adquirir de los agricultores dichas mercancías y los panaderos, a su vez, adquirirían y aplicarían con preferencia la harina procedente de aquella movilización de trigos; tercero, que en el curso de este régimen triguero, sobrevino la guerra civil, y a su terminación los agricultores exigieron a los fabricantes el precio del trigo que les habían entregado, rehusando el pago los fabricantes por considerar que la fuerza mayor dimanante de la guerra los eximía de tal obligación de abonar el precio de venta; y cuarto, que en esta situación, la Subsecretaría del Ministerio de Agricultura mandó requerir de pago a los fabricantes, y éstos recurrieron contra lo resuelto ante el Ministerio de Agricultura, que desestimó la reclamación de los fabricantes por resolución de 2 de julio de 1942.

Con estos antecedentes se aprecia claramente que por la demanda inicial de este pleito se pretende que sea revisado y anulado un acuerdo de la Administración, como Poder del Estado, en función de defensa de los intereses nacionales, lo que entra de lleno en la órbita del derecho público y puede ser impugnado por vía gubernativa y contenciosoadministrativa si procediere, pero en modo alguno por vía judicial ordinaria, que tiene limitada su esfera de acción en lo civil al conocimiento de negocios de derecho privado, bien entre particulares, o entre ellos y la Administración del Estado en funciones de persona jurídica, y es evidente que el tema planteado en el pleito no es de derecho privado, porque no versa sobre validez y eficacia de los contratos de compraventa de trigos que celebraron agricultores y fabricantes en régimen de autonomía restringida por normas de la Administración Pública, ni han sido llamados al pleito los agricultores contratantes, sino que la demanda va dirigida exclusivamente contra la Administración del Estado y tiende esencial y directamente a que se deje sin efecto su actuación como Poder, y no como persona jurídica contratante; por lo que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2.º, 3.º y 4.º de la Ley sobre Organización del Poder judicial y el 51 de la de Enjuiciamiento Civil, procede desestimar el presente recurso.

SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1946.—*Mandato*.

El Tribunal Supremo declara que el corredor de fincas tiene derecho a percibir su retribución en virtud del artículo 1.711 del Código Civil, si el contrato de compraventa llega a perfeccionarse, aunque más tarde se rescindiera.

SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1946.—*Ley de desbloqueo*.

Conforme al espíritu de la ley de 7 de diciembre de 1939 es notorio que ésta trató de evitar la enorme inflación que habría de producirse al fusionarse las dos comunidades de pago que durante la guerra civil coexistieron en España, a cuyo efecto adoptó medidas defensivas de la moneda nacional y procuró, a su vez, impedir con carácter más secundario el desequilibrio que en los patrimonios particulares hubiera podido ocasionar la falta de una transformación proporcional al valor en relación entre las prestaciones dinerarias o por precio de bienes pactadas bajo dominio marxista y su posterior efectividad en moneda nacional; y, esto establecido, como por el carácter primordial de defensora de la economía nacional, la referida ley está por encima de los intereses particulares, es obvio que su derecho es de naturaleza necesaria y, consiguientemente, inderogable a virtud del principio de la autonomía de la voluntad, por lo cual, como ya tiene declarado esta Sala en sentencia de 2 de abril último, es evidente que no puede quedar al arbitrio de los contratantes el tipo de reducción de la moneda marxista a la nacional y, por consecuencia, en principio, no son factibles pactos que desvirtúen las normas legales de conversión de moneda en moneda. No obstante lo expuesto, cuando el precio de los bienes transferidos se señala ya en moneda nacional, como en tal caso falta la valoración de esos bienes en moneda marxista que posibilite su transformación al denominador moneda nacional, no cabe la reducción que la ley de desbloqueo previene, por defecto de uno de los términos inexcusables para establecer la relación, y, por tanto, probado documentalmente por declaración de la Sala, no impugnada, que las partes convinieron directamente el pago de las 50.000 pesetas en billetes de la España nacional, es llana que el supuesto a que se refiere este recurso no se halla comprendido dentro del ámbito de la tan repetida ley.

SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1946.—*Libros de comercio: valor probatorio*.

El Tribunal Supremo declara que los libros de contabilidad carecen de eficacia plena frente a los demandados, puesto que no actúan en este pleito como comerciantes, sino como particulares. Además, hay que tener en cuenta que las normas sobre graduación de la fuerza probatoria de los libros de los comerciantes contenidas en el artículo 48 del Código de Comercio pueden quedar desvirtuadas por los resultados que ofrezcan otros elementos probatorios apreciados en conjunto, según dijo ya esta Sala en sentencias como las de 18 de enero de 1896, 14 de diciembre de 1923 y 4 de enero de 1927, que es precisamente lo que ocurre en el caso enjuiciado.

LA REDACCIÓN.

Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 13 de marzo de 1945.

LA PARTICIPACION GENÉRICA EN EL HABER DE UNA SOCIEDAD TIENE EL CONCEPTO LEGAL DE BIENES MUEBLES Y, CONSIGUIENTEMENTE, LA TRANSMISIÓN DE ELLA A TÍTULO ONEROSO DEBE TRIBUTAR DE LA MISMA MANERA QUE LOS DE ESA NATURALEZA, AUN EN EL CASO DE QUE EN EL ACTIVO SOCIAL FIGUREN INMUEBLES.

Antecedentes.—Se constituyó una Sociedad limitada con diez socios y un capital de 100.000 pesetas, distribuido en diez participaciones iguales, las que, por sucesivas modificaciones, quedaron distribuidas de esta manera: tres novenas partes a D. A. R. y las restantes a otros individuos.

Así las cosas, el Sr. A. R. vendió su participación a la propia Sociedad en escritura pública y en la cantidad de 200.000 pesetas, y el Liquidador del impuesto de Derechos reales, teniendo en cuenta que en el activo social figuraba un inmueble valorado en 198.005,41 pesetas, liquidó aplicando el tipo del 5 por 100 por el concepto de compraventa.

Tal liquidación fué recurrida alegando que el hecho de que en el activo social figurase un inmueble no era razón bastante para aplicar el tipo de compraventa de inmuebles, ya que la propiedad inmobiliaria de la Compañía no había sido objeto de transmisión; que para que exista transmisión de inmuebles es menester que por la consiguiente tradición pueda causarse la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad conforme al artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, y la escritura en cuestión no producía ese efec-

to; que para la calificación de los bienes hay que atenerse a los artículos 334 al 336 del Código civil, y en ellos no se comprenden los enajenados, debiendo calificarse de muebles de acuerdo con el artículo 335 del mismo texto legal; que el concepto liquidable era el de disolución de Sociedad, de acuerdo con lo preceptuado en el Reglamento del Impuesto en el artículo 19, párrafo 12, en relación con el 11, según los que tributará como disolución de Sociedad la reducción de capital mediante la compra o adquisición por la misma de sus propias acciones; que a ese mismo resultado se llega aplicando el párrafo 6.º del artículo 20 del propio Reglamento, puesto que dice que la transmisión por escritura pública de acciones, obligaciones u otros valores emitidos por las Sociedades mercantiles o industriales tributará al 0,60, y que de no prevalecer lo antedicho, el acto caería de lleno en el artículo 24 como transmisión por contrato de bienes muebles no exceptuados o de derechos que tengan ese concepto y no figuren en otra disposición del mismo Reglamento, y habría de aplicarse el tipo liquidable de 2,50 por 100.

A todos estos argumentos el Tribunal P. J. E. A. opuso que en las Sociedades limitadas, a diferencia de las anónimas, los derechos de socio a ellas inherentes no tienen expresión en ningún título ni valor negociable. Lo que en el caso se hizo fué ceder la participación social, sí, pero eso equivale a ceder la parte alícuota que ella representa en el conjunto de los bienes y derechos de la Sociedad, y como en él se comprendían inmuebles, estaba claro que la transmisión afectaba a inmuebles y clara también la necesidad de aplicarse el artículo 47 del Reglamento, que manda que cuando en un contrato y por precio único se transmitan muebles e inmuebles sin especificación, se aplique el tipo correspondiente a los segundos.

El Tribunal Central adopta la solución de calificar la mencionada participación como bienes muebles y aplica el tipo de liquidación que a éstos corresponde en las transmisiones onerosas, esto es, el del 2,50 por 100.

Dice que el artículo 45 del Reglamento manda que se esté a lo que el Código civil o el Derecho administrativo dispongan sobre calificación de los bienes; y al no estar las acciones ni las participaciones en Sociedades mercantiles entre los bienes que el ar-

título 334 de aquel Cuerpo legal califica de inmuebles, han de conceptuarse muebles, y no sólo por ese artículo, sino además por lo que el 335 ordena al decir que se reputarán muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en aquel otro artículo y también porque a esa misma conclusión se llega atendiendo a la propia naturaleza de las participaciones de que se trata.

La tesis la refuerza con la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1925, que dice que los términos interés, derecho y participación en una Compañía significan, jurídica y gramaticalmente, cosa inmaterial de un valor económico positivo, y siendo la personalidad de los socios distinta de la persona colectiva formada por la Sociedad, los bienes de ésta no pertenecen, en parte determinada, al socio, sino íntegramente a la Sociedad, y mientras ésta no se disuelva, el socio no tiene otros derechos que los de participar en los beneficios y los de usar de aquellas facultades inherentes a su condición de socio, sin derecho alguno de propiedad sobre el acervo social.

Este es el criterio—añade—desenvuelto en la Exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 al razonar el porqué las acciones de Compañías mercantiles, aunque sean nominativas, no tienen registralmente el concepto de inmuebles y declarar en su artículo 4.º que tales acciones no son inmuebles, cuyo criterio sostiene la nueva Ley Hipotecaria, invocando en el mismo artículo el argumento del artículo 334 del Código civil antes expuesto.

Por lo tanto, termina diciendo, mientras la participación de los socios no se concrete mediante la liquidación y adjudicación del haber social, debe reputarse mueble, y su transmisión en este caso liquidarse como tal, aplicando el artículo 24 del Reglamento.

Comentarios.—Reputamos muy interesante el problema que la Resolución que comentamos plantea, tanto desde el punto de vista civil como por lo que se refiere a los efectos de la liquidación del Impuesto.

A nosotros, que no escribimos como civilistas, de un lado porque no lo somos, y de otro, porque el problema lo vemos colocándonos en el plano del comentarista del Impuesto de Derechos reales, nos parece que no está suficientemente esclarecido en puros principios de Derecho civil y mercantil y con la vista puesta en esos artículos 334 al 336 del Código civil. Creemos que no estuvo

en la mente de sus redactores como lo estuvo en la de los ilustres autores de la Exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861, pero, bien entendido, que éstos, como ellos mismos dicen, no lo afrontaron desde el punto de vista estrictamente del Derecho civil, sino desde el hipotecario, porque «no corresponde a la Ley Hipotecaria—dicen—definir y clasificar las diferentes clases de bienes que comprende por regla general la división de éstos en muebles y raíces». Es decir, que ellos, si bien se plantearon el problema, no lo estudiaron y resolvieron más que en el aspecto de si las acciones, sean nominativas o al portador, pueden o no ser inscriptibles, decidiéndose por la negativa aunque representen derechos sobre bienes inmuebles cuando la respectiva Sociedad los posea. En tal caso, dice la Exposición de motivos, «podría dudarse si realmente les corresponde esta clasificación», pero «la índole de las Sociedades por acciones se opone a darles semejante carácter, el carácter comercial prevalece en ellas y aglomerar las formalidades para su transmisión es desnaturalizarlas»; y añade: «Podrán poseer bienes inmuebles, pero aunque por ser éstos de la Sociedad *son de todos los socios en común*, no puede en rigor decirse que están representados por las acciones: las acciones sólo representan una parte alícuota de todo el capital social, sin determinación de los bienes en que consiste, ya sean raíces, ya muebles, ya cosas incorporales.»

Aunque la cita es larga, la transcribimos completa porque de ella queremos deducir, primero, que, efectivamente, los justamente celebrados autores de la Exposición de motivos no entraron en el fondo civil de la cuestión, y segundo, que dan un argumento de mucha fuerza en contra de los que sostienen que las acciones de una Sociedad, tanto si son nominativas como al portador, deben ser conceptuadas como bienes muebles, y en contra, por lo tanto, de la tesis de la Resolución del Tribunal Central que venimos comentando, y en contra, asimismo, de la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1925, invocada por el propio Tribunal Central.

El argumento es éste: la Exposición de motivos dice categóricamente que aunque la Sociedad posea bienes inmuebles, aun siendo de la Sociedad, «son de todos los socios en común»; luego, de aquí hay que deducir que si *son de todos los socios en común*,

quiebra la argumentación de la sentencia del Tribunal Supremo, arriba invocada por el Tribunal Central y en la que éste hace especial hincapié para llegar a la conclusión de que los derechos que los socios tienen en la Sociedad a que pertenecen han de ser calificados como de naturaleza mueble, incluso en el caso de que todos o parte de los bienes de la misma sean raíces. Y quiebra el argumento porque si, como la Exposición de motivos dice, los bienes son de todos los socios en común, el que dispone de su participación en la Sociedad y la cede o de cualquier manera la transmite, es evidente que cede o transmite su participación en el dominio de una cosa inmueble siempre que 'el acervo social' se componga en todo o en parte de cosas inmuebles; y esto independientemente de que esa participación esté simbolizada por una acción y de que ésta sea nominativa o al portador o que no adopte tal simbolismo, como no lo adopta normalmente en una Sociedad civil o en una mercantil colectiva. Si, según la tesis de la Exposición de motivos aludida, el socio es, en relación al haber social, un comunero, tan comunero es cuando transmite la parte alícuota indivisa que se llama «acción», como cuando transmite la parte alícuota, indivisa también, que pueda corresponderle en el dominio en común de una casa con otros condóminos.

El natural desenvolvimiento de la cuestión nos ha llevado insensiblemente al campo de los civilistas aun sin ostentar, como hemos hecho notar anteriormente, esa especialización, y ya en ese camino, no será inoportuno recordar aquí el notable trabajo del muy ilustre comentarista Sr. Roca-Sastre sobre la «Naturaleza jurídica de la aportación social», aparecido en el número de la *Revista de Legislación y Jurisprudencia* del pasado abril. El recuerdo viene perfectamente a cuento, porque la opinión del autor, larga y eruditamente razonada, viene a coincidir con la de los eminentes redactores de la reperida Exposición de motivos en cuanto a la tesis de que los bienes de las Sociedades *son de todos los socios en común* o, como dice el preclaro autor, el acto de aportación de bienes a una Sociedad no es acto de transmisión onerosa, «sino un acto de comunicación de bienes», cuyo criterio ciertamente que lo avalan tanto el Código civil como el mercantil cuando en varios de sus artículos como, por ejemplo, el 1.665 del primero y el 116 del segundo dicen que el contrato de Sociedad o Compañía es aquel por

el que dos o más personas se obligan a *poner en común* bienes o industria.

Tal concepción choca, como se ve, con la corriente sobre la figura jurídica «Sociedad», y parece a primera vista que puede tener no poca trascendencia, no ya para el Derecho civil y mercantil, sino especialmente para el Impuesto de Derechos reales. Así es, efectivamente; este concepto de Sociedad que supone que las aportaciones que a ellas se hacen no son verdaderas enajenaciones, sino más bien una comunicación de bienes, en opinión de Roca Sastre, o una puesta de bienes en común, como claramente se desprende de la definición del contrato de Sociedad que los dos Códigos fundamentales sustantivos nos dan y como opinan los firmantes de la Exposición de motivos tiene para los efectos fiscales de la liquidación del Impuesto de Derechos reales indudable trascendencia. Sería necesario revisar y concordar varios de los conceptos que hoy contiene el artículo 19 del Reglamento si al fin llega a prevalecer en la doctrina esa nueva concepción de la figura jurídica que el contrato de Sociedad engendra, particularmente los que se refieren a los conceptos de Sociedad universal y particular de bienes y ganancias—artículos 1.672 a 1.678 del Código civil—y a la comunidad porque, como claramente se ve, esa nueva visión del problema borra o, por lo menos, hace que se acorten las distancias entre los clásicos matices diferenciales entre esas distintas figuras jurídicas.

El tema origina no pocas sugerencias, que no es hora de tratar aquí con motivo del simple comentario de una Resolución. Queda, pues, sencillamente enunciado, a reserva de más amplio desenvolvimiento en su día y en su momento.

Digamos para terminar, y ya en concreto en cuanto a la liquidación que fué objeto de discusión, que la solución dada al caso por el Tribunal Central, de acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de enero de 1925, solamente con muchas reservas la admitimos, porque, en puros principios, la tesis de que quien cede la participación que tiene en una Sociedad, dueña de inmuebles, cede una cosa de naturaleza «mueble» ofrece muy serios reparos.

El problema encierra aún otro interesante matiz dentro del Reglamento del Impuesto, cual es el de la antinomia del párrafo 9) del artículo 19 con el párrafo 6) del artículo 20, ambos del mismo

Reglamento; el matiz es éste: ¿Por qué la cesión de la participación en una Sociedad se liquida—apartado 9)—como tal cesión y la transmisión de una o más acciones de una Sociedad mercantil en documento público tributa—apartado 6)—por el concepto de Sociedad al 0,60? Quede aquí, por hoy, el interrogante.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 20 de marzo de 1945.

LA EXENCIÓN DEL IMPUESTO DE LAS ADQUISICIONES DE BIENES MUEBLES POR EL ESTADO NO DEPENDE DE QUE LA ADQUISICIÓN SE REALICE POR GESTIÓN DIRECTA, SIN CONCURSO NI SUBASTA, PUESTO QUE EL QUE SE LLENEN O NO ESAS FORMALIDADES SOLAMENTE AFECTA A LOS REQUISITOS QUE HAN DE CUMPLIRSE EN UNO U OTRO CASO Y NO A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO. EN TODO CASO EL VENDEDOR HA DE APORTAR LA PRUEBA QUE ACREDITE LA EXENCIÓN, SO PENA DE APLICAR LA PRESUNCIÓN DE QUE EL ACTO ESTÁ SUJETO A TRIBUTACIÓN.

Antecedentes.—Al ser presentados al cobro ciertos libramientos que una Sociedad que había suministrado material a un Centro ministerial, la Abogacía del Estado en la Caja general de Depósitos, giró liquidación por el Impuesto de Derechos Reales por el concepto de bienes muebles, aplicando el tipo del 2,50 por 100.

Recurrida la liquidación, se alegó que el contrato se originó por gestión directa y se acompañaron varias facturas correspondientes a otros tantos pedidos del Centro directivo adquirente, como única prueba.

La reclamación fué desestimada por el Tribunal Central, con apoyo en los artículos 25, apartado 6.º, y 24 en relación con el 48, todos del Reglamento, que se refieren a la venta al Estado de materiales u otros bienes muebles que no puedan calificarse de suministros y a la sujeción al impuesto de las transmisiones de bienes muebles por el contrato y con carácter de perpetuidad.

Contra esas normas nada dice el hecho de que la compra nazca por gestión directa, sin recurso, ni subasta, ni publicidad, porque esas formalidades no pasan de ser requisitos que han de ser observados, en sus respectivos casos, en la contratación que el Estado realiza, y no afectan a la naturaleza jurídica del contrato, ni mucho

menos a la exención del impuesto, puesto que el artículo 6.º del Reglamento no menciona esos requisitos como productos de exención.

Por otra parte, la Sociedad reclamante se abstuvo de toda prueba, en cuanto a las circunstancias del contrato, que pudieran servir de fundamento a la exención pretendida, y con ello infringió el principio procesal del artículo 63 del Reglamento de Procedimiento, que impone al reclamante la obligación de probar su derecho, lo cual trae como consecuencia que la Administración aplique la presunción general de sujeción al Impuesto.

La conclusión a que llega el Tribunal en esta Resolución, nos parece fundada y reglamentaria, porque, aparte de la falta de prueba, el que la contratación administrativa requiera unas u otras formalidades para ser perfecta, nada dice en pro ni en contra de la exención del acto al impuesto.

Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1946.

EL HECHO DE QUE UNA FUNDACIÓN ESTÉ RELEVADA DE RENDIR CUENTAS AL PROTECTORADO, NO ES MOTIVO PARA DENEGAR LA EXENCIÓN, SUPUESTO QUE SE DEN LOS REQUISITOS A QUE EL ARTÍCULO 2.º DE LA INSTRUCCIÓN DE BENEFICENCIA DE 14 DE MARZO SE REFIERE.

Antecedentes.—En disposición testamentaria se constituyó una Fundación denominada «San Enrique», con la finalidad de repartir anualmente determinadas cantidades en premios a obreros pobres, viudas modestas, estudiantes pobres, etc., constituyéndose el correspondiente Patronato de que sería presidente el Arzobispo de Valencia, con un capital importante en valores del Estado, cuya Fundación fué clasificada de beneficencia particular, con la sola obligación, por parte del Patronato, de declarar solemnemente el cumplimiento de las cargas con arreglo a la moral y a las leyes.

Se solicitó la exención del impuesto de personas jurídicas, con arreglo al artículo 269 del Reglamento respectivo, y la Dirección General de lo Contencioso la denegó en 9 de abril de 1932, por la razón de que, aunque el fin fundacional era benéfico, no constaba el requisito de la adscripción directa e inmediata de los bienes a la realización del mismo, por no haber sido convertidos los valores en inscripciones nominativas e intransferibles.

Reproducida la petición de exención y acreditada dicha conversión la misma Dirección General, con fecha 27 de marzo de 1935, denegó de nuevo la exención, fundándose en que el Patronato estaba fuera de la fiscalización del Protectorado del Gobierno al estar exento de rendir cuentas.

Planteadas la demanda ante la Sala tercera, en unión de la declaración solemne del Arzobispado de estar cumplidas fielmente las cargas fundacionales, por haberse destinado íntegramente los productos de los bienes a los fines ordenados en el testamento institucional, la Sala revoca el acuerdo impugnado, y dice que la Fundación está de lleno dentro de la exención, letra F) del artículo 44 de la Ley, y del número 8.º del artículo 264 del Reglamento, que dicen que gozan de exención los bienes que de una manera directa e inmediata, y sin interposición de personas, se hallan adscritos a un fin benéfico de los enumerados en el artículo 2.º del Real decreto de 14 de marzo de 1899, requisitos que, indudablemente, se dan en el caso, ya que, acreditada la adscripción, desapareció la razón de la denegación acordada primeramente por la Dirección General.

En cuanto al segundo acuerdo denegatorio, dice la Sala que no se puede deducir que no hay fiscalización del hecho de que el Patronato esté relevado de rendir cuentas y meramente obligado a declarar solemnemente el cumplimiento de los fines fundacionales, porque ello no impide, de acuerdo con el artículo 6.º de la Instrucción y Real decreto de 14 de marzo de 1899, que la Administración pueda exigir justificación del cumplimiento dicho.

Añade, por fin, la sentencia que si la tesis del acuerdo impugnado prosperase, resultaría, en definitiva, que se daba vida a una causa denegatoria de exención no prevista en la Ley, al suponer que la relevación de rendir cuentas equivale a no adscribir los bienes al fin fundacional, lo cual sería tanto como introducir un requisito nuevo para que la exención se produzca, sin que tal requisito lo establezca la Ley, entrometiéndose así la Administración en funciones legislativas que no le están atribuidas por aquélla.

La precedente argumentación nos parece tan decisiva y concluyente, que nos releva de todo comentario.

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ-VILLAMIL.

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

V A R I A

EDUARDO J. COUTURE, Catedrático de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de Montevideo: *Las garantías constitucionales del proceso civil.*—«Ediar», Sociedad Anónima. Editores.—Buenos Aires, 1946.

Esta *separata* de los estudios de Derecho Procesal, en honor de Hugo Alsina, se propone mostrar—como dice el propio autor—en qué medida el Código de procedimiento civil y sus leyes complementarias son el texto que reglamenta la garantía de Justicia contenida en la Constitución. Constituye, por lo tanto, este estudio, la pretensión de realizar un ensayo de política legislativa procesal, con el fin de armonizar los principios democráticos recogidos en las Constituciones de los países americanos con los principios fundamentales de sus leyes rituarias. Examina así, y a modo de ejemplo, cómo el proceso escrito que domina en la casi totalidad de los países de origen hispanoamericano restringe el principio de publicidad, esencial en un sistema democrático de Gobierno; cómo el nombramiento de Jueces por el Poder Ejecutivo es contrario al principio de Montesquieu de la División de Poderes; cómo el costo de la Justicia es contrario al principio de la igualdad ante la Ley de todos los hombres, «sin más diferencia que la de sus talentos o sus virtudes». De la Constitución a la Ley no debe mediar sino un desenvolvimiento por medio de un proceso sistemático, que recoja en la última, con toda fidelidad, los derechos cívicos fundamentales otorgados por la Constitución. Realmente posee la lectura de este trabajo del docto Catedrático de la Facultad de Montevideo un gran interés para los estudios de Derecho Procesal en nuestra Patria, puesto que recoge y analiza detenidamente instituciones esenciales del Derecho Procesal Civil, las cuales configuran en el rango de derecho cívico, a

que hemos aludido anteriormente. Tales son los estudios que realiza sobre la acción, la excepción, los actos procesales, que él llama, siguiendo la terminología de James Goldschmidt, de obtención, y los de organización judicial con sus principios de independencia, autoridad y responsabilidad de los Jueces.

La obra que reseñamos consta de seis capítulos bien diferenciados y de una introducción a modo de exposición de motivos de esta teoría política del proceso civil. En el capítulo primero trata del concepto de acción, el que en definitiva, según Couture, constituye una forma típica del Derecho Constitucional de petición. La acción ha tenido, a lo largo de su desenvolvimiento doctrinario, tres significados diferentes: la acción como *jus persequendi in judicio*; la acción como derecho de movimiento, *Casqué et armé en guerre*, y la acción como poder jurídico del individuo de requerir de la Jurisdicción la prestación de cuanto es menester para reintegrarle o asegurarle efectivamente el goce de su derecho violado, resistido o en estado de incertidumbre. Comparando esta concepción con el artículo 29 de su texto constitucional, llega a la consecuencia de que la acción viene a ser una especie dentro del género de los derechos de petición. Consecuencia de ello es que la Ley procesal, que por razones de hecho o de derecho prohibiera el acceso al Tribunal, sería una ley inconstitucional. Estudiando el derecho de accionar, llega a un nuevo estudio del concepto de responsabilidad. Si las partes tienen asegurada su libertad de requerir la protección de la autoridad, y ésta no puede, aunque sea infundada, rechazarla hasta el momento procesal de la resolución judicial oportuna, es natural que el litigante peche con los riesgos que dicho hecho comporta. Por último, es interesante señalar que para Couture la responsabilidad procesal abarca los siguientes órdenes: la responsabilidad procesal propiamente dicha, consistente en el pago de los gastos del juicio; la responsabilidad civil del litigante malicioso; la responsabilidad por el litigio fraudulento y, por último, la responsabilidad administrativa de los profesionales que actúan en el litigio. En el capítulo segundo estudia la excepción comparativamente con el derecho de defensa en juicio a través de los principios de *Law of the land* y *due process of law*. El *judicium per legem terrae* constituye en el derecho moderno la garantía de la ley preexistente, que asegura, junto con el del Juez competente, la realización de un principio de

carácter fundamental o cívico. Para Couture, la excepción no es un contraderecho. El excepcionante no aduce ningún derecho subjetivo contrario al del actor; aduce apenas que el derecho aducido por el actor no le crea ningún ligamen jurídico. El no pide nada contra el actor; pide solamente su libertad. En el capítulo tercero examina en forma analítica cuáles son los actos procesales que afectan o son indiferentes al principio «del debido proceso legal». Y así trata de la garantía de «su día ante el Tribunal», la de «defensa en juicio», de «petición» de «afirmación», de «prueba» y la de «igualdad de las partes» ante los actos procesales, cuya dificultad encuentra en los problemas económicos que el proceso suscita, y da reglas con las cuales dicha situación desaparecería, llegando, en definitiva, a lo que Vaz Ferreira llama soluciones de igualdad por compensación.

El capítulo cuarto trata de la sentencia y de la jurisdicción. En su apartado «Constitución, ley y sentencia», llega a sentar este principio: «el texto dispositivo de la sentencia debe ser fiel al texto dispositivo de la ley, y el texto dispositivo de la ley debe ser fiel al texto dispositivo de la Constitución».

En la parte de «Constitución y ley orgánica del Poder Judicial» de que es objeto el capítulo quinto, examina fundamentalmente el problema de la elección del Juez. Couture configura la sentencia como una operación humana de la inteligencia y de la voluntad; el valor, pues, de la misma será el que pueda atribuirse a esa inteligencia y a esa voluntad; valdrá en definitiva lo que el Juez que la dicte valga *como hombre*, en su más profundo significado intelectual y moral. De la elección de esos hombres depende, por lo tanto, la suerte de la Justicia. Pero dicha elección tiene que estar amparada en su iniciación y en su desarrollo por las garantías de independencia, autoridad y responsabilidad.

En el capítulo sexto recapitula sobre la base de la siguiente pregunta: ¿Responden los Códigos de procedimiento civil americanos al pensamiento democrático de su Constitución? Expone Couture que aunque sus Códigos fueron sancionados pocas décadas después de sus Constituciones, al haber sido ordenadas éstas mirando hacia el futuro y su procedimiento mirando hacia el pasado, el conjunto de soluciones dadas por los textos procedimentales legales, no se corresponden en su gran mayoría con los principios fundamentales de la norma primaria kelsiana.

Esta obrita, por su exposición amena, elevación de conceptos, método expositivo y corrección de léxico, se lee con gran interés, y aunque los problemas que aborda están estudiados teniendo en cuenta un ordenamiento jurídico distinto que el nuestro, y sobre todo una organización política no paragonable, el estudio que realiza de instituciones fundamentales de todo ordenamiento procesal, ofrece un gran interés al jurista español. Señala además la conveniencia de no apartarse totalmente, dirección que siguen algunos de nuestros mejores procesalistas, de los problemas filosóficos y políticos que entrañan los conceptos fundamentales de todo ordenamiento jurídico.

PEDRO ARAGONESES ALONSO,
Juez Comarcal.

F. CANDIL : *La cláusula «rebus sic stantibus»*.—Estudio de Derecho Español.—Madrid, 1946.

La «Observación» transcripta al principio del libro que tenemos a la vista, establece lo que sigue: «Esta monografía fué publicada y leída en forma de discurso en la solemne apertura de curso de la Universidad de Sevilla, en octubre de 1942. Aunque la tirada que de ella se hizo fué superior a la corriente en esta clase de trabajos, resultó insuficiente para atender la demanda de ejemplares, solicitados sin interrupción por los que sienten curiosidad por esta clase de estudios. Esto nos obliga, previa autorización del Rectorado, a ordenar una nueva edición, en la que, conservando las líneas generales del primer escrito, añadimos algunas referencias y datos conocidos con posterioridad, que harán más clara y completa la primera redacción.»

En esta REVISTA CRÍTICA (1943, págs. 418 a 420) se hizo una reseña de la primera edición de la importante monografía de Candil, y el autor de la misma reafirmó más tarde sus ideas sobre la verdadera naturaleza de la célebre cláusula (véase Werner Goldschmidt, «Los puntos de conexión», en *Información Jurídica*, número 42, noviembre de 1946, página 28). Por ello, nos contentamos con repetir brevemente en este lugar que opinamos que el *problema de la cláusula «rebus sic stantibus» es un problema de identidad de contrato*. El Derecho no es un mero conjunto de normas abstractas o individuales, imperturbables por las mutaciones de la realidad a

que se refieren. El Derecho es más bien «dirigir la conducta humana en su interferencia intersubjetiva» (véanse nuestros trabajos en esta REVISTA CRÍTICA, 1942, págs. 691, 747 a 749, 760, 823; ibídem, 1943, págs. 287 y 288, y «Comentarios acerca de la Filosofía jurídica del profesor Cossío», en *Revista Jurídica de Cataluña*, año XLIII, vol. 44, pág. 15). En otras palabras: El Derecho es la conducta directiva de la convivencia social. Esta conducta directiva se lleva a cabo mediante la prescripción de ejemplos por medio de imperativos, o mediante la realización de ejemplos, pudiendo revestir esta última, o la forma de la obediencia, o la de una actividad autónoma ejemplar. Del Derecho hay que distinguir la Ciencia del Derecho, que consiste en la descripción del Derecho mediante normas, siendo normas imperativos pensados por terceros, o sea pensados por otras personas que el autor y el destinatario del imperativo. Ahora bien, el contrato no normativo consiste en el conjunto de los imperativos formulados por las partes de común acuerdo, por un lado, y la realidad social de cuya ordenación se trate, por el otro. El contrato puede, por ende, desaparecer, tanto por la desaparición de los imperativos (por ejemplo, por novación), como por la de la realidad social, caso este último que ocurre si las circunstancias cambian de manera radical.

WERNER GOLDSCHMIDT.