

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXIII

Enero 1947

Núm. 224

TEMAS DE INMATRICULACION (*)

Procedimientos inmatriculatorios

(Continuación.)

SUMARIO:

III.—Procedimiento registral:

- a) Documentos fehacientes para probar la anterior adquisición.
- b) Prueba posterior de la adquisición. Teoría de la confirmación y la convalidación.

IV.—Procedimiento mixto:

- a) Actas de notoriedad.
- b) Interpretaciones.
- c) Crítica.

V.—Inmatriculación administrativa:

- a) Examen en conjunto.
- b) Adjudicaciones de fincas a favor de la Hacienda pública.
- c) Expropiación forzosa.
- d) Certificaciones de dominio.
- e) Concesiones administrativas: Aguas públicas, minas, obras públicas, electricidad.

VI.—Inmatriculación de bienes de la Iglesia.

VII.—Inmatriculación por reinscripción.

III —PROCEDIMIENTO REGISTRAL.

- a) De modo expreso no regula la Ley este procedimiento, pero si se observa que el artículo 198 sólo exige el acta de notoriedad cuando en aquél no se acredite de modo fehaciente el título dispositivo del transmitente o enajenante, si bien es lo cierto que puede haber casos en que, no conteniendo el título público acreditado el referido extremo, el documento sea inscribible. Para ello basta aplicar el párrafo 2º del artículo 205 de la Ley reformada, en el que faculta al Re-

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

gistrador para tomar las circunstancias esenciales de la adquisición anterior de otros documentos presentados al efecto y distintas del título público inmatriculable. Como se puede apreciar, en este procedimiento el Notario no ha creado un título para su inmatriculación, sino que se ha limitado a la aplicación estrecha del artículo 174 del reglamento notarial, haciendo relación de los títulos de adquisición, por lo que, a falta de su presentación, afirmen los interesados bajo su responsabilidad. Y entonces surge, con líneas absolutamente precisas, un procedimiento inmatriculatorio cuya competencia radica exclusivamente en el Registrador, en funciones de Juez territorial. La constancia de modo fehaciente, de haber adquirido el derecho con anterioridad a la fecha de dichos títulos, se verifica ante el Registrador, que toma las circunstancias esenciales de la adquisición anterior de otros títulos distintos del principal y desde luego fehacientes.

Esta prueba ante el Registrador tiene, desde luego, una exclusión (censurable, a nuestro modo de ver): la prueba de testigos, admisible en el expediente de dominio y hasta cierto punto en las actas de notoriedad. Pero, en materia de prueba escrita, goza, a nuestro entender, el Registrador de una perfecta autonomía para juzgar con arreglo a la crítica racional y no con prueba tasada, la prueba escrita aportada por el transmitente. Es una verdadera función registral, en la que, como queda dicho, el Registrador actúa como Juez territorial, y conviene recordar que con ello no se hace sino aplicar la teoría general del procedimiento de inscripción en los libros del Registro, que, al decir de la resolución de 10 de abril de 1934, encuentra sus más fundamentales normas en la tramitación de los actos de jurisdicción voluntaria y no puede exigirse que la prueba aducida ante el Registrador se desenvuelva en forma contradictoria, sino que ha de ser practicada en documentos y manifestaciones que sean garantía suficiente de la legalidad del acto inscrito y de su autenticidad frente a tercero.

El procedimiento registral de inmatriculación sigue las normas generales de rogación, calificación, inscripción, a los que se agregan, basados en el principio del consentimiento, la certeza de que el titular es el verdadero dueño, a virtud de otros documentos, acogiéndose al principio *nemo dat quod non habet*.

Ya Díaz Moreno afirma que frecuentemente en el Registro es necesario acreditar un hecho o circunstancia, sin cuya realización no se tiene por perfecto e inmediatamente inscribible un título, y se llaman

documentos complementarios de los principales los que se emplean para aquel objeto. No son, por tanto, títulos, porque en ellos no funda su derecho la persona a cuyo favor ha de hacerse la inscripción.

La inmatriculación, en el procedimiento estrictamente registral, se reduce a la aportación y examen o calificación de estos documentos complementarios presentados.

Al discutirse la Ley de 1909 en el Senado, se planteó la duda de qué alcance tendría este examen, y el Sr. Lastres decía, contestando al Sr. Tormo: "El Registrador no tendrá que apreciar con criterio propio el documento anterior justificativo del derecho del transferente. Examinará el título y verá si reune las condiciones del Código civil, y si no tiene estas condiciones y no le merece fe, el Código civil determina lo que es documento fehaciente, y si es uno de éstos se estimará aplicable la Ley."

¿Y cuáles son estos documentos fehacientes?

En un principio, los privados no se estimaron fehacientes; sin embargo, el artículo 87 del reglamento, recogiendo la doctrina de un trabajo del Registrador D. Miguel Poole en la Junta Central de la Asociación de Registradores (1), admitió como fehacientes los privados a que se refiere el artículo 1.227 del Código civil.

Morell y Terry admite como documento fehaciente, los documentos privados y las particiones privadas con nota de haber satisfecho los derechos reales; las manifestaciones de bienes hereditarios con igual nota; en cuanto al Catastro, si acredita la inclusión en el mismo, fundándose, como debe ser, en documento aún no liquidado, a pesar del precepto que exige esta liquidación, ha de estimarse también como documento fehaciente a los efectos del artículo 87 del reglamento.

La Ley de Ultramar consideraba fehacientes las escrituras de arrendamiento de los diez últimos años, en las cuales se hiciere mención del título universal, las diligencias judiciales de posesión, apeo o deslinde y las sentencias en los interdictos.

La Orden de la Dirección de Registros de 30 de diciembre de 1909, que admitió la justificación del título del transferente mediante documentos fehacientes, dió origen a una variada jurisprudencia, de la que hemos de citar la resolución de 22 de marzo de 1911, según la

(1) Miguel Poole: «De la posibilidad de normalizar la titulación de la propiedad no inscrita». Memoria de la Junta Central de la Asociación de Registradores de la Propiedad de España, 1913.

cual las adquisiciones comprendidas en el artículo 21 de la Ley Hipotecaria exigen la presentación del título universal, el documento que justifique habersele sido transmitido el derecho, el fehaciente que justifique que se hallan comprendidos en éstos los bienes que se traten de inscribir, y, para justificar los transferentes su derecho, un documento del que expresamente resulte la adquisición de las fincas o inmuebles transmitidos.

Nosotros, en nuestro trabajo sobre la actual práctica jurídica en la inmatriculación, al amparo del párrafo 3º del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, citábamos la resolución de 4 de marzo de 1868, según la cual el hecho del fallecimiento determinaba en las sucesiones hereditarias la fecha de la adquisición, y por lo tanto ésta es la que hay que tener en cuenta para saber cuándo adquirió su derecho el transferente. En cuanto a la diversidad de opiniones recogidas por nosotros en el expresado trabajo, hoy han pasado a la historia ante los categóricos términos del art. 205.

Pueden citarse también la sentencia de 12 de febrero de 1886. el acto de conciliación con avenencia tiene autoridad de cosa juzgada. Lo convenido, pues, en dicho acto, puede servir de título del transferente.

También el documento privado no liquidado con nota de reintegro extendida por el Juez municipal con arreglo a la Ley del Timbre es fehaciente.

La resolución de 4 de mayo de 1926, según la cual, adjudicada la mitad de una finca a una heredera, es documento fehaciente el testamento de la esposa del causante, el hecho de que éste poseyó la finca desde la muerte de su mujer, unido al de que una mitad de la finca ya ha sido inscrita por igual procedimiento, determinan la posibilidad de la inscripción de la otra mitad, sin una prueba taxativa escrita, sólo por medios indirectos.

Se pregunta por los tratadistas, y nos inclinamos por un criterio benévolο a favor de la inmatriculación, si las certificaciones expedidas por los Colegios Notariales con arreglo a la Ley su reconstrucción con relación a protocolos destruidos, pueden servir de base al dominio del transferente.

También la práctica presenta el caso de la expresión de un título equivocado de la adquisición por el transferente y puede y debe rec-

tificarse por otra escritura posterior que, unida a la prueba oportuna, facilitaría la inmatriculación.

Es interesante, con relación al Catastro, la resolución de 23 de mayo de 1944, que establece que el procedimiento establecido en el párrafo 3.^o del artículo 20 de la Ley debe prevalecer cuando se trate de fincas identificadas y con linderos ciertos, que excluyen la posibilidad de perjuicio para tercero, identificación que resulta no sólo del croquis unido al título presentado sino del certificado del plano del Catastro parcelario que se aportó al Registro, y que poner en duda la validez de este documento oficial, que debe ser fiel reflejo de su matriz, equivaldría a negar la más mínima eficacia a lo establecido en el párrafo 2.^o del artículo 37 de la Ley de 23 de marzo de 1906 sobre Catastro parcelario, de indiscutible importancia a los efectos de facilitar la inmatriculación de las fincas rústicas.

b) Se ha discutido también si la prueba de la anterior adquisición puede ser posterior al título presentado.

El texto de la Ley exige sólo que se acredite de modo fehaciente el título dispositivo, o haber adquirido el derecho antes de la fecha del título público, o que se acredite mediante otros documentos al efecto, pero en ninguno de estos preceptos exige que la fecha del documento complementario sea anterior al título público. Y cabe preguntarse, ¿es aplicable la teoría de la convalidación del título del transferente con relación a la inmatriculación?

Si una persona transmite a otra diciendo que la adquirió de un tercero, en virtud de título que ha sufrido extravío, en la aplicación normal del sistema de trato sucesivo, si la finca estuviera inscrita, como excepción a la letra del artículo 17 de la Ley Hipotecaria se inscribiría, primero, la escritura en que ese tercero ratificara o convalidara el título que se dice destruido, a favor del transmitente, para inscribir luego la transmisión hecha por éste. ¿Qué motivo hay, pues, para negar la aplicación de este principio a la inmatriculación? A nuestro entender, ninguno; la ratificación hecha a favor del transmitente por quien a él le transmitió, renunciando a las acciones de impugnación que pudieran corresponderle, y si a ello se agrega cualquier otro medio de prueba por escrito, son garantía suficiente para la inmatriculación pretendida.

Un ejemplo aclarará este principio de confirmación, admirablemente estudiado por Cossío en sus "Lecciones de Derecho Hipoteca-

icio": "Si el transmitente manifiesta haber adquirido una finca por herencia de persona fallecida antes, como es natural, del otorgamiento de la escritura de venta, la confirmación o convalidación de la adjudicación al transmitente hecha por los restantes herederos surtirá los efectos de los artículos 657 y 1.068 del Código civil, retrotrayendo los efectos de esta adjudicación a la fecha del fallecimiento del causante. Así lo admitió la sentencia de 11 de junio de 1897.

Si una persona adquirió verbalmente de otra determinada finca y luego la transmite. ¿qué inconveniente hay en que, con posterioridad a esta segunda transmisión, se ratifique la venta verbal por documento posterior? Ninguno.

Esta doctrina de la convalidación ya fué admitida por la legislación inmobiliaria germana. Y así, Alfonso Falkenstein, en su trabajo estudiando la misma, dice que el artículo 40 de la Ley ordenadora del Registro inmobiliario mantiene el principio de tracto sucesivo formalmente, por ello, cuando contraviniendo dicho precepto, el que sin facultades jurídicas ha dispuesto de una cosa o de un derecho, si adquiere una u otra por título lucrativo u oneroso, subsana la falta de facultades dispositivas y se confirma el acto jurídico defectuoso y en el momento en que el enajenante adquiere la propiedad de la cosa ya transferida por él, pasa la totalidad del derecho *ipso iure* al adquirente (1).

Núñez Lago, en su valiosísima conferencia sobre el valor jurídico del documento notarial, estudia, diferenciándolas del "renovatio contractus" notarial, las escrituras de reconocimiento a que se refiere el artículo 1.224 del Código civil, que no exige su tenor literal ni sustancial, bastando una nueva indicación que determine con exactitud el acto o contrato que se confirma o reconoce y que pertenece al pasado, siendo la declaración del reconociente la misma del documento primordial, sin que quepa apartarse de aquélla ni por exceso ni por defecto. Y llega a la conclusión final de que siempre que en una escritura pública reconocemos documentos o negocios jurídicos anteriores, estamos en presencia de una escritura acogida a los supuestos y eficacia del artículo 1.224 del Código civil. En cambio, cuando las partes, sometiendo su conducta a la legislación notarial, como parte de la obligación de otorgar escritura que se redactará adaptándola y de

(1) Alfonso Falkenstein: «El procedimiento registral en la legislación inmobiliaria alemana». REVISTA CRÍTICA, 1932.

acuerdo con los pactos o convenios entre las partes, entonces se tratará de una verdadera "renovatio contractus", no sólo por mera voluntad de las partes sino por imperio y absorción de unas normas adjetivas formales de la legislación del documento público (1).

Debe ser, pues, estudiada con el cariño que la inmatriculación tiene, la convalidación de los títulos demostrativos del derecho del transferente, que no siempre es posible aportar en sí mismos.

Los demás requisitos comunes a todo procedimiento inmatriculario, a saber, publicidad a terceros interesados, busca previa a la inscripción y suspensión de efectos de la que se practique, son comunes al procedimiento notarial y los damos aquí por reproducidos.

IV. —PROCEDIMIENTO MIXTO.

a) El artículo 198 exige el acta de notoriedad cuando de otro modo no se pueda acreditar de modo fehaciente el título dispositivo del transmitente o enajenante. Desde luego, esta notoriedad del título anterior ha de ser pública, acorde con el principio "non potest ignorari quod publice notum sit" (no se puede ignorar lo que es de notoriedad pública).

Estas actas de notoriedad, de reciente abolengo notarial, han sido estudiadas magistralmente por el Notario Navarro Azpeitia en su *consciencia sobre "Actas de notoriedad"*, llegando a la conclusión de que son de aplicación que podría estimarse ilimitada, y si bien estudia las ya consagradas, recuerda la opinión de Aragónés Andrade, que admite se justifique la posesión de bienes inmuebles a efecto de su inscripción en el Registro de la Propiedad (2).

Roca Sastre, al estudiar la nueva Ley, recuerda que el proyecto remitido a las Cortes recogiendo el dictamen de la Comisión las admitía por sí solas como procedimiento inmatriculador.

Por razones que no son del caso, en las Cortes fué acogida esta propuesta con hostilidad, modificándose en el sentido de exigirse su unión al título público no inmatriculable, y se les dió un golpe de muerte recargándolas con trámites que no tenían razón de ser y que

(1) Núñez Lagos: «Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial».

(2) Navarro Azpeitia: «Actas de notoriedad». *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1945.

sólo revelan la oposición que en determinados sectores despertó (1).

Pero la primera duda que surge es la de si las actas notariales, exigidas como complemento del título público, son las reguladas por el artículo 203 o solamente las que regulan los artículos 209 del Reglamento notarial de 2 de junio de 1944.

En efecto, un estudio detenido de los artículos 198 y 203 establece una indubitable contradicción entre ellos. La primera es si lo que se inmatricula es el título público o el acta de notoriedad, puesto que lo que se inmatricula es el acta de notoriedad, con los requisitos del artículo 203 y aprobación del Juzgado de primera instancia, el extremo a acreditar en ella será el dominio del adquirente y no el del transferente, que es lo que parece exigir el artículo 198. Además, si para la reanudación del trámite sucesivo basta sólo, a pesar de su importantísimo alcance cancelatorio, el acta de notoriedad del artículo 203, ¿cómo exigir, además, un título público cuando simplemente se trate de inmatricular? ¿Por qué exigir este doble documento para la inmatriculación y no para la reanudación del trámite sucesivo?

No hay, pues, un precepto expreso (exceptuando la deleznable cita que el párrafo 6.^o del artículo 203 hace al caso A—finca no inscrita—del artículo 201) para estimar que el acta de notoriedad, rodeada de una tramitación minuciosa y con aprobación judicial por el artículo 203 de la Ley, que de modo claro es aplicable a la reanudación del trámite sucesivo, sea el acta de notoriedad a la que se refiere el apartado B del párrafo 2.^o del artículo 198 de la Ley, cuyo único extremo a justificar es el título dispositivo del transferente.

Sólo hay, pues, una coincidencia en la terminología jurídica empleada, pero estamos en absoluto de acuerdo con la doctrina sentada por el Registrador Alonso Fernández en su interesantísimo trabajo en REVISTA CRÍTICA sobre “La inmatriculación de fincas mediante el título público de su adquisición”, y en el cual dice que no es el acta de notoriedad a que se refiere el artículo 198 de la nueva Ley la del 203, sino la del artículo 209 del Reglamento notarial, reducida a trámites más precisos (2).

En este procedimiento inmatriculario se cumplen, como en los demás, los requisitos, después de haber sido extendida el acta de no-

(1) Roca Sastre: *La nueva ley de Reforma hipotecaria*, 1945.

(2) Alonso Fernández: «La inmatriculación de fincas mediante el título público de su adquisición». REVISTA CRÍTICA, 1945.

toriedad, justificativa del título del transferente, de practicarse la busca previa en los libros del Registro a la práctica del asiento y a darle a éste la debida publicidad mediante los edictos.

Estas inscripciones también tienen sus efectos suspendidos durante dos años.

La crítica que podemos hacer de este medio inmatriculario sería favorable si una interpretación racional y generalizada admitiera la afirmación del Sr. Alonso Fernández de que el acta de notoriedad se tramite con sujeción al Reglamento notarial. Pero si una interpretación estrecha, desprovista de toda visión de la realidad, se encastillara en aplicar a este medio inmatriculario el artículo 203 de la Ley con todo su largo cortejo de trámites, el precepto fracasará inexorablemente y será, incluso, postpuesto este medio al expediente de dominio.

Es muy de notar que el preámbulo que precede a la Ley de 1944 no hace indicación alguna de este medio inmatriculario, reseñando únicamente, el expediente de dominio y el estrictamente notarial.

El discurso pronunciado por el entonces ministro de Justicia, señor Aunós, en defensa del proyecto de Ley reformando esta materia dice únicamente que, aceptando antecedentes jurídicos patrios se admite también el acta de notoriedad como medio de inmatriculación.

Agrega que, *con ello, nada se innova*, y sólo se limitan únicamente a aceptar una corriente doctrinal indiscutible y preceptos vigentes en nuestro Derecho (1).

En las palabras de este discurso de que se aceptan antecedentes jurídicos patrios, de que *nada se innova* y de que se aceptan preceptos vigentes en nuestro Derecho, parece deducirse la confirmación de que este acta de notoriedad complementaria al título público es la que regulaba el Reglamento notarial. En cambio, afirma el propio ministro que son completamente nuevos los procedimientos de reanudación de la vida registral, con lo que parece darse a entender que el acta de notoriedad del artículo 203, precepto nuevo, es aplicable únicamente y por sí sola a la reanudación del trámite sucesivo.

Esperamos que en la redacción del nuevo reglamento aclare todos estos extremos.

Todo este estado de dudas tiene por única causa la modificación introducida por las Cortes a la redacción del artículo 347 (hoy 198).

(1) Edición de la Ley de 30 de diciembre de 1944. Separata del núm. 12 de *Justicia*, Boletín oficial del Ministerio de Justicia.

tal como iba redactado en el proyecto de ley y que de modo claro admitía tres procedimientos inmatriculatorios. el título público de la adquisición, el acta de notoriedad y el expediente de dominio.

V —INMATICULACIÓN ADMINISTRATIVA

a) No ha regulado la nueva Ley, y a nuestro entender no precisaba su regulación, puesto que el ámbito de la legislación inmobiliaria es tan extenso que forzosamente ha de presentar interferencias con otros derechos como el administrativo o el fiscal, aquellas inmatriculaciones especiales a virtud de título administrativo.

Y no las ha regulado porque la continua mutación del derecho administrativo, como el derecho estatal, exigiría una también continua modificación casuística de la legislación hipotecaria de raíces más profundas y mayor estabilidad.

Estos procedimientos inmatriculatorios administrativos son: las inscripciones a favor del Estado de los bienes adjudicados en expediente administrativo de apremio, las certificaciones administrativas de dominio, las de expropiación forzosa y los títulos de concesiones administrativas de aguas, minas, obras públicas, ferrocarriles, zona marítimo-terrestre, servidumbre de paso de corrientes eléctricas, etc.

Roca Sastre estima necesario que se aclare la ley reformada en el sentido de determinar si subsisten o no estos medios inmatriculatorios. Con todos los respetos que nos merece la opinión de tan ilustre tratadista, creemos que tal aclaración es innecesaria, ya que la Ley Hipotecaria no puede tener la aspiración de ser el código único que regule esta materia condicionada, por la legislación especial, y que, por lo tanto, son excepciones al principio general que siempre han tenido vida jurídica y no hay motivo para restársela ahora (1).

Estos medios inmatriculatorios presentan con relación a todos los expuestos un carácter excepcional: en ellos los requisitos inexcusables a todo procedimiento inmatriculatorio quedan reducidos. Así, no precisa análisis del derecho del transferente, en este caso el Estado, que por su posición privilegiada no necesita prueba y si sólo su afirmación de dominio, y ello lo confirma el mismo artículo 347 de la Ley de 1944, que permite *por excepción* (tales son las palabras de la ley) la inscrip-

(1) Roca Sastre: *La nueva ley*, etc., obra citada.

ción a favor del Estado, Provincia y Municipio y Corporaciones de derecho público, así como las de la Iglesia Católica. Este carácter excepcional del derecho de las citadas personas jurídicas o morales es asimismo aplicable a las transferencias o concesiones que de ellas deviven.

Tampoco precisa la publicación de edictos dando carácter de publicidad a la inscripción que se practique. Es requisito que nunca se ha exigido y que la nueva Ley tampoco exige.

En cambio, sí precisa el examen del registro antes de practicar la nueva inscripción, y al efecto podemos citar la teoría de la resolución de 7 de mayo de 1913, con relación a las minas que exige el examen previo de los índices y libros del Registro.

Estas inscripciones se duda si surtirán efecto contra terceros desde su práctica, ya que el del artículo 207, variando en esto la doctrina de la ley anterior, suspende en todo caso los efectos de las inscripciones de inmatriculación sin distinguir entre ellas contra terceros adquirentes, hasta transcurridos dos años a partir de su fecha. Para nosotros, pues, cualquier inmatriculación por el procedimiento administrativo tiene la misma limitación de toda inmatriculación en general.

Entrando ya en el examen detallado de los diferentes procedimientos administrativos, examinaremos los siguientes:

o

b) ADJUDICACIONES DE FINCAS A FAVOR DE LA HACIENDA PÚBLICA.

La circular de 6 de abril de 1911 recogió la doctrina de la resolución de la Dirección de Registros de 19 de octubre de 1910, que dado el carácter privilegiado de la Hacienda, excluyó del requisito de la previa inscripción las que se practicaren por adjudicación de bienes como término del expediente de apremio. Hoy el artículo 204 del Estatuto de Recaudación de 18 de diciembre de 1928, variando la doctrina del artículo 127 de la Instrucción de apremio de 26 de abril de 1900, estableció que las certificaciones de adjudicación a la Hacienda tienen la eficacia suficiente para producir la inscripción de los inmuebles adjudicados, tanto respecto de los inscritos a nombre del antiguo tenedor, cuanto de los que no lo estén a nombre de persona alguna.

Roca Sastre estima dudoso si pueden practicarse hoy tales inmatrili-

cuciones, y dice que sólo con criterio generoso cabe considerarlas como título público de adquisición de aquel medio inmatriculador (1).

Sin embargo, para nosotros subsiste el carácter excepcional de la Hacienda.

c) EXPROPIACIÓN FORZOSA.

Plantea la realidad jurídica un caso de duda con relación a las actas de ocupación de los inmuebles en los casos de expropiación forzosa: ¿Son inscribibles sin el requisito de la previa inscripción? Realmente la ley no está clara. Mas sí estimamos que, en definitiva, la ocupación de un inmueble por el Estado, Provincia o Municipio, es un derecho engendrado a favor de persona jurídica que gozan de un régimen excepcional en la inmatriculación y que resultaría innecesario negar alcance inmatriculador a tales actos, ya que en todo caso, irían sustituidas por las certificaciones de dominio que regula el artículo 206, cuya única variación sería de forma, puesto que nada añade que mejore la prueba del dominio de la persona jurídica inscribiente, nos decidimos por la afirmativa y, por tanto, por la inmatriculación cuando la finca no esté inscrita.

d) CERTIFICACIONES ADMINISTRATIVAS DE DOMINIO.

En esta materia la ley reformada, en su artículo 206, ha fijado una norma reguladora clara.

Como resumen de esta norma pueden sentarse las afirmaciones siguientes:

- 1.^a Esta inmatriculación tiene carácter excepcional.
- 2.^a Pueden acogerse a ella el Estado, la Provincia, el Municipio y las Corporaciones de derecho público, que forma parte de la organización de aquél.
- 3.^a Para usar de este medio excepcional precisa que carezcan de título escrito de dominio.
- 4.^a El derecho que se inscribe es el de dominio, ya que la posesión ha sido expulsada del registro.
- 5.^a La certificación correspondiente será librada por el funcionario a cuyo cargo esté la administración de los bienes, y aquí la ley ha suprimido las palabras del artículo 26 del Reglamento hipotecario

(1) Roca Sastre: *La nueva ley*, etc., obra citada.

de que dicho funcionario ejerza autoridad pública o tenga facultades de certificar.

6.^a Que precisa en la certificación se exprese, pero no que se justifique, el título de adquisición o el modo en que fueron adquiridos.

Estas inscripciones tiene también suspendidos sus efectos por dos años.

e) CONCESIONES ADMINISTRATIVAS

Amadeo de Fuenmayor, en su obra sobre "Revocación de la propiedad" dice que las concesiones de dominio público a los particulares se duda si son o no propiedad temporal, y recoge las opiniones de Fiuzzi (propiedad limitada en el tiempo y destinada a ser absorbida por el Estado); Planiol (uso concedido perpetuamente por un tiempo determinado); Ranilletti (constitutivas de derechos reales de servidumbre, no de propiedad). terminando por afirmar que esta es la opinión más aceptable para el derecho español (1).

Reduciendo el estudio al campo de la inmatriculación se ha planteado, en primer lugar, el problema de si es inscribible la cesión que de una concesión hace su dueño por sí sola, y a ello respondió la resolución de 20 de julio de 1914, inspirada en la doctrina inmatricularia de aquella época (exigencia de que el derecho fuera anterior a 1.^o de enero de 1909), afirmando que es indispensable la presentación del mismo título de la concesión para ser inscrito, inscribiendo luego la cesión.

Modificado el derecho inmatriculario por la ley de 1922, la resolución de 14 de diciembre de 1929 ya no opuso una negativa rotunda, sino que atisbó una posibilidad de inmatriculación de las de la cesión por el procedimiento notarial del artículo 20, hoy 205, al exigir que para que se practique la inscripción de concesiones por el procedimiento excepcional del artículo 20, no basta decir que son anteriores a 1.^o de enero de 1922, sino que hay que presentar el título correspondiente para justificarlo. De donde deducimos que, justificado dicho extremo, cabe la inmatriculación por aquel procedimiento excepcional.

Las concesiones de aguas inmatriculables son, desde luego, las de aprovechamiento de aguas públicas, ya que las aguas privadas ya formen de por sí una finca, ya figuren como accesorias del terreno en que

(1) Amadeo de Fuenmayor Champín: *La revocación de la propiedad*, 1941.

emergen, rige su inmatriculación por los procedimientos normales de expediente de dominio y título público.

Con relación a las concesiones de minas también hay que tener en cuenta la especial naturaleza de las mismas, que motiva una contratación minera especial de rasgos característicos, sobre todo la carbonífera (1).

Lo mismo podemos afirmar de las concesiones de obras públicas, ferrocarriles y aprovechamientos de la zona marítimo-terrestre, sujetas a sus respectivas legislaciones, que aquí no hemos de examinar.

Finalmente, la electricidad, cuya naturaleza ha sido estudiada por el Registrador Eduardo de Fuentes Cervera en su trabajo sobre "La naturaleza físico-jurídica de la electricidad", tiene la conexión con la materia inmatricularia de ser objeto de primera inscripción las líneas de conducción de energía eléctrica, cuyo derecho cristaliza en sus títulos de concesión (2).

VI.—INMATRICULACIÓN DE BIENES DE LA IGLESIA.

Es indudable que, como afirman Cance y Arquer, la Iglesia tiene derecho a ser propietaria de ciertos bienes temporales para la prosecución de los fines que le son propios (3).

Por esta razón, el *Codex Iuri Canonici*, promulgado el 27 de mayo de 1917, por la Constitución *Providentissima Mater* y declarado obligatorio a partir del 19 de mayo de 1918, establece:

La potestad de adquirir, retener y administrar los bienes temporales para la prosecución de los fines propios de la Iglesia, pertenece por derecho divino a la Iglesia Católica y a la Sede Apostólica (canon 1.495, párrafo 1.º), y la potestad de adquirir, retener y administrar, según los sagrados cánones, los bienes temporales pertenecen también por derecho eclesiástico: a) a las Iglesias particulares; b) a las demás personas morales que han recibido de la autoridad eclesiástica personalidad propia (o capacidad de poseer) por erección legítima (canon 1.495, párrafo 2.º).

(1) Jerónimo González: «Derecho hipotecario minero». *REVISTA CRÍTICA*, 1930.

(2) Eduardo de Fuentes Cervera: «Naturaleza físico-jurídica de la electricidad». *REVISTA CRÍTICA*, 1934.

(3) A. Cance y M. Arquer: *El Código de Derecho canónico*, I, pág. 924.

Por ello la nueva Ley en su artículo 206 aplica a la Iglesia Católica todo el procedimiento inmatriculario excepcional que queda expuesto con relación al Estado, con la misma limitación de los dos años en cuanto a los asientos que se practiquen.

Sin embargo, conviene señalar que este procedimiento será sólo aplicable a la Iglesia y corporaciones eclesiásticas, pero no a las órdenes religiosas o comunidades y demás personas morales eclesiásticas de carácter particular que rigen la inmatriculación de sus bienes por los medios normales del expediente de dominio y del título público de adquisición.

Roca Sastre duda si pueden inmatricularse las resoluciones judiciales recaídas en materia de bienes de capellánías colativo-familiares extinguido (R. D. 17 abrili 1925), y dice que sólo con criterio generoso cabe considerarlas como título público de adquisición (1).

VII.—INMATRICULACIÓN POR REINSCRIPCIÓN.

En los Registros reconstruidos hay otro modo de inmatricular la reinscripción de los títulos que constaron inscritos en el antiguo Registro destruido.

Esta reinscripción la autoriza el artículo 13 de la Ley de 15 de agosto de 1873, vigente por el artículo 1.^o y disposición final 1.^a de la Ley de reconstrucción para los Registros de la Propiedad destruidos de 5 de julio de 1938.

No precisa ni el examen del derecho del transferente ni la publicidad por medio de edictos, pero sí la busca previa para determinar, antes de inmatricular, que la finca no consta registrada a favor de persona alguna, por exigirlo el artículo 9.^o de la Ley citada de 1938.

En cuanto a sus efectos, los asientos de reinscripción no perjudican ni favorecen a terceros, sino desde su fecha, siéndoles aplicables a los títulos las demás disposiciones de la ley.

Las reinscripciones no tienen limitación de efectos, y los surten desde la fecha del asiento que se pratique.

(1) Roca Sastre: obra citada.

FE DE ERRATAS

En el trabajo "Temas de inmatriculación", publicado en el número 223 de la REVISTA, en la página 750, el párrafo segundo contiene diversas erratas, debiendo entenderse redactado así:

"Los efectos de la inmatriculación por dicho procedimiento (expediente de dominio), después de los incontables trámites seguidos, estaba sujeta por la Ley de 1944 a la suspensión por dos años, como los demás medios de inmatriculación. ¿Qué ventaja podía, pues, reportar al interesado haber seguido un procedimiento de mayor envergadura que el del artículo 352 de la Ley de 1944 (hoy 205)? Ninguna. La antigua Ley no establecía tal suspensión y era medio utilizable por aquellos propietarios que, para el ejercicio del crédito y caientes de titulación necesitaban acudir a entidades que no prestan sino sobre inmuebles inscritos ya en dominio, sin limitación. Se había cerrado, pues, el camino en acto de jurisdicción voluntaria para obtener una inmatriculación firme desde el primer día, a no ser que se recurriera al juicio ordinario. Por ello la Ley de 8 de febrero de 1946, en su artículo 207, excluye hoy de tal limitación de suspensión de efectos a las inscripciones practicadas a virtud de expediente de dominio. Falta saber si debe cancelarse la limitación que indudablemente se habrá hecho constar en las inscripciones practicadas desde la fecha de la vigencia de la ley de 1944 hasta la publicación de la Ley citada de 8 de febrero de 1946. Creemos que sí, pero a instancia de parte"

También en la página 753, la referencia al artículo 198 de la Ley debe entenderse al artículo 199, y la palabra "dispositivo" debe leerse "adquisitivo".

ANTONIO VENTURA-TRAVESET Y GONZÁLEZ,
Registrador de la Propiedad

A manera de réplica

En un trabajo, modelo de los de su clase, publicado en el número de agosto-septiembre de esta Revista, bajo el epígrafe «Más sobre los artículos 24 (38 Ley unificada) y 41 de la vigente Ley Hipotecaria», debido a la ágil pluma del culto Notario de Sama, señor Martínez-Corbalán, se me alude varias veces; y yo, que jamás rehuyo la polémica, voy a contestar en estilo casi telegráfico.

No me mueve a ello tanto el deseo de ratificarme en mi postura como el sincero placer que me produce el destacar los innegables aciertos que contiene esta disertación.

Se combate en ella, con fácil dialéctica, la frágil posición de Sanz en relación con la doctrina del artículo 41 de la nueva Ley Hipotecaria, y se llega a conclusiones diametralmente opuestas a las de este brillante y discutido comentarista. Ya en otro trabajo anterior sobre el mismo tema nos habían llamado poderosamente la atención las singulares dotes de exégeta de Martínez-Corbalán, dotes que en el trabajo que comentamos se vuelven a manifestar con tono más acusado.

Estamos conformes con él en que la mejor manera de llegar al sentido interno de la Ley es acudir a la exposición de motivos y a las explicaciones de los redactores. Por ello juzgamos lo mejor del trabajo ese engarce preciso de sus opiniones con las palabras de la exposición de motivos y con el pensamiento del Ministro, deducido de las consideraciones con las que presentó la Ley a las Cortes. Por esos parajes nos parece a nosotros que está el camino para llegar a la verdad.

Y a esos mojones que acotan el sendero que lleva directamente a conocer el espíritu y sentido de la Ley nosotros añadiríamos otro. Otro en el que no se ha pensado y que, a nuestro entender, es el faro más brillante y luminoso de los que alumbran el campo de la interpretación.

Nos referimos a los motivos de la reforma. Nos referimos a las razones de los fracasos de las reformas anteriores que hicieron necesaria la que comentamos. Una breve y serena meditación

sobre las razones de aquellos fracasos nos apartarían de tropezar en las mismas piedras.

Por eso no nos explicamos cómo Sanz, tan inteligente, tan sólidamente formado, tan experto para la polémica y la glosa, quiere volver a aquél fracasado procedimiento de jurisdicción voluntaria o a aquella posesión, *sin posesión*, que no otra cosa es esa posesión *sin lanzamiento*.

Es que no ha meditado en que el fracaso del anterior artículo 41 se produjo precisamente por haberle adscrito primero, al procedimiento de los actos de jurisdicción voluntaria, y después, al de los interdictos.

Decimos más, nos atrevemos a decir que la reforma que comentamos en esta parte de la Ley no hubiera sido necesaria si al primitivo artículo 41 se le hubiera dotado de un procedimiento adecuado y especial. ¡Pero se le vistió de traje ajeno!

Y con estas disquisiciones nos hemos apartado del tema. Volvamos a él.

Estamos conformes con Martínez-Corbalán en que la presunción posesoria debe referirse al derecho de poseer, al JUS POSSIDENDI, emanación y facultad del dominio. Si se refiriese al hecho de la posesión sería facilísimo destruirla por la prueba en contrario, ya que casi siempre que se acude al procedimiento del artículo 41 es porque el actor no tiene la posesión de hecho y al solo efecto de recabarla.

En la realidad, como dice muy bien Roca, «posee quien posee» y de nada serviría una presunción, que se vendría al suelo al primer soplo en contra.

Mucho tendríamos que censurar a los autores de la reforma si después de todo lo que se dijo y escribió sobre la innocuidad de tal presunción, referida al hecho de la posesión, en el interregno de 1909 a 1944, la resucitaban ahora con el propio alcance.

Por cierto que el autor de estas líneas ya sostuvo en un pleito sobre el artículo 41 en el año 1939 que la presunción posesoria se refería al derecho de poseer. Se dijo entonces: «En el procedimiento del artículo 41 no pueden admitirse otras alegaciones que las referentes al DERECHO DE POSEER.» Nos fundábamos entonces en el artículo 1.644 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que sólo permite, en los interdictos de adquirir, alegaciones sobre el derecho

a poserer y no sobre el hecho de la posesión; y llegábamos a esa conclusión pensando que para algo se había adoptado en la reforma del 27 el procedimiento de los interdictos de adquirir, único interdicto en el que se ventila el derecho a poseer y no el hecho de la posesión.

Conformes también en que en el procedimiento del artículo 41 actual no hay ninguna parte de jurisdicción voluntaria. Hay, si, una primera parte ejecutiva que puede o no provocar una contenciosa. Exactamente igual que en el procedimiento ejecutivo de los artículos 1.429 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento. Por eso nosotros, si bien reconocemos que no es un procedimiento ejecutivo puro, dijimos en otro trabajo que era un procedimiento ejecutivo *español*.

Pero donde nos unimos con verdadero entusiasmo a la tesis de Martínez-Corbalán es en aquella parte de su estudio en la que rechaza la postura de Sanz cuando éste dice que la simple aparición de un poseedor extrarregistral con título derivado directa o indirectamente del titular o titulares anteriores enerva el procedimiento, obligando al titular inscrito a acudir al juicio ordinario.

Tal tesis de Sanz, de acuerdo con Martínez-Corbalán, la reputamos insostenible y perturbadora.

¿De dónde saca Sanz esa conclusión? Porque las palabras del artículo son claras y con precisión establecen la facultad de oponerse para ese titular extrarregistral cuando deriva su derecho «por contrato u otra relación jurídica DIRECTA del mismo titular registral o de titulares anteriores». Pero aunque puede oponerse, no por eso paraliza el procedimiento. Eso no lo establece la Ley en ninguna parte.

Por cierto que no nos explicamos cómo se asocia Martínez-Corbalán a la tesis de Sanz, que defiende que cualquier derivación del titular o titulares anteriores, aun las que no son directas, pueden fundamentar una oposición en este procedimiento.

Nosotros disentimos de esa interpretación, pues entendemos que tal interpretación debe ser restrictiva, y entendemos también que la palabra «directa» está puesta ahí para limitar la oposición. No hay duda que es un mojón que acota el campo del debate. Si no, no tendría explicación.

Señalados los aciertos, vamos ya con la contestación. En rela-

ción con los problemas de la prescripción y de la buena fe disiente de nuestra opinión Martínez-Corbalán.

En un trabajo sobre el ámbito del procedimiento establecido en el artículo 41 de la nueva Ley Hipotecaria habíamos dicho nosotros que la prescripción oponible en este procedimiento tenía que haber sido declarada en un juicio ordinario anterior.

Y Martínez-Corbalán rechaza tal aserto, si bien no deja de reconocer que fué cierto antes de la reforma. Pues bien; decimos nosotros: Si esa postura fué cierta antes de la reforma, ¿es que no subsisten acaso las mismas razones para que lo siga siendo? ¿Es que aquel principio de Derecho: «*Ubi est eadem ratio, ibi eadem dispositio juris esse debet*», ya no es un auxiliar poderoso del exégeta?

Y no se diga que las palabras actuales del artículo autorizan tal interpretación, que si bien es cierto que la prescripción que debía perjudicar al titular inscrito, según el artículo 36, puede servir de apoyo a una demanda de contradicción, no lo es menos que dicha disposición se guarda muy bien de asegurar que esa prescripción se pueda declarar en el mismo procedimiento.

No queremos traer a cuenta las razones que en otros trabajos expusimos en apoyo de nuestra tesis; tampoco queremos reseñar otra vez unas sensatas frases, hijas de su experiencia profesional, del compañero La Rica, que comparte nuestra opinión; pero sí queremos argüir: ¿Es que sin esa declaración judicial hecha en adecuado procedimiento se puede decir que la prescripción existe? Y si no existe, porque le falta ese requisito que le da vida, y que puede decirse los comprende a todos—posesión, tiempo, buena fe—, que no son otra cosa que presupuestos de esa declaración judicial. ¿cómo se ha de poder oponer ni en este ni en ningún otro procedimiento?

Se dice de adverso: «Esa prescripción se declarará en la misma sentencia.» Y ahora preguntamos nosotros: Y antes de esa declaración de la sentencia, ¿existía la prescripción? ¿Tenía vida y producía efectos?

Pues si existía y producía efectos antes de tal declaración, después para nada la necesitaba; y si no vivía ni actuaba sin dicha declaración, ¿cómo se había podido fundar una demanda en ella?

Ahí quedan esos interrogantes que nosotros no hemos sabido contestar.

Si de esos obstáculos procesales pasamos a las perniciosas consecuencias que para la misma seguridad del dominio se producirían, de admitir una declaración de dominio por prescripción en un procedimiento que no produce excepción de cosa juzgada y puede ser revisada en otro procedimiento, entonces el panorama aun se ensombrece más, pues habrá necesidad de llegar a la conclusión de que hay dos clases de dominio en la legislación española: uno definitivo, indiscutible, capaz de producir una rectificación en el Registro; y otro provisional, revisable, incapaz de producir dicha rectificación. ¿No es bien peligroso andar así jugando con los conceptos fundamentales?

Tampoco comparte Martínez-Corbalán nuestra opinión de que contra el Registro no es posible la buena fe.

No vamos nosotros a traer ahora a la polémica lo que sobre tal problema dijo con frase feliz el culto y laborioso inspirador de esta reforma—nos referimos al Sr. Porcioles—, ni vamos a traer tampoco lo ya menos interesante que nosotros hemos venido diciendo sobre el mismo tema; tampoco queremos adelantar lo que en un trabajo, aun no publicado, sobre *la prescripción ordinaria y el Registro* decimos con relación a ese problema de la buena fe, pero sí queremos apostrofar a todos nuestros contrincantes con esta pregunta: Si es admisible la buena fe contra el Registro, ¿en qué consiste la publicidad registral y para qué sirve?

Y es que nosotros admitimos que pueda darse la buena fe contra el Registro; lo que no admitimos es que esa buena fe contra la Institución pueda aprovechar al que la tiene. También es posible la ignorancia de las leyes, pero esa ignorancia de las leyes no puede aprovechar al ignorante.

«El error o ignorancia de derecho a nadie favorece ni excusa.» (Sentencias de 20 de febrero de 1861 y 25 de octubre y 10 de diciembre de 1873.) O, como dice el artículo 2.^o del Código civil: «La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento.»

Terminamos nuestro trabajo felicitando al Sr. Martínez-Corbalán y estimulándole a que, de vez en cuando, nos regale con sus producciones.

JOSÉ AZPIAZU.

Registrador de la Propiedad.

La Ley de 13 de diciembre de 1943 (mayoría de edad civil) y sus repercusiones sobre el artículo 4.^º del Código de Comercio

- § I.—La ley de 13 de diciembre de 1943.—Nuestro propósito.
- § II.—La legalidad anterior—El artículo 4.^º del Código de Comercio, según ella.
- § III.—La legalidad vigente.—El artículo 4.^º del Código de Comercio a la luz de la misma.
- § IV.—Recapitulación.—Conclusión final
- § V.—Palabras finales.

§ I

En el «B. O. del Estado» del 15 de diciembre de 1943 apareció una ley sobre la fijación de la mayoría de edad civil, en cuyo artículo 1.^º se contenía la siguiente trascendental declaración: «*A los efectos civiles, la mayor edad empieza, para los españoles, a los veintiún años cumplidos.*»

Dan especial relevancia a esta ley las grandes repercusiones que produce en todas las ramas del Derecho, y el número y calidad de las cuestiones que viene a resolver; si bien es verdad que da nacimiento también a problemas de hermenéutica, ya que dejan de ser equivalentes las expresiones «mayoría de edad civil» y «veintitrés años» (1), pasando, en cambio, a serlo estas otras: «mayoría de edad civil» y «veintiún años».

(1) Ello provoca una primera cuestión. En nuestras leyes aparecen tales frases empleadas indiferentemente, lo que no importaba gran cosa cuando a los veintitrés años se obtenía la mayoría de edad, pero como ésta se alcanza ahora a los veintiuno, se ha roto la sinonimia y, en consecuencia, resulta indispensable un trabajo de revisión para determinar en cada caso el verdadero significado de la frase «veintitrés años» y averiguar si lo que fijaba era una edad como otra cualquiera o precisamente la edad de mayoría.

Parécenos, sin embargo, que dicha ley no ha sido objeto, por parte de nuestros entendidos, de toda la atención y el estudio que era de esperar. Sigue extrañándonos no encontrar los habituales extensos comentarios, que en revistas y publicaciones constituyen secuela ordinaria de las disposiciones legislativas de mayor relieve.

Varias veces hemos sentido la tentación de afrontar esa labor de comentario; mas por unos o por otros motivos, el caso es que continuamos sin haberlo hecho.

No ha sido, sin embargo, total nuestra abstención. Ya en la primavera del 45, al redactar nuestra tesis doctoral (que versa sobre Derecho penal) tuvimos ocasión de estudiar y resolver (1) uno de los aspectos concretos del problema, dedicando frases, no de alabanza precisamente, para el artículo 434 del Código punitivo actual (2), que continúa exigiendo en la mujer la edad de veintitrés años para poder ser víctima del delito de estupro.

Volvemos a la carga, aunque este trabajo de hoy carezca, igualmente, de anhelos de totalidad y pretenda tan sólo discurrir sobre otro aspecto, también concreto y determinado, del problema, si bien de una trascendencia incomparablemente mayor que la de aquel otro, que atrajo nuestra atención en el pasado año.

§ II

Sabido es que con anterioridad a la ley que nos ocupa la mayoría de edad civil se fijaba por el artículo 320 del Código civil en los veintitrés años cumplidos (3) y que, según el artículo 4.^º-1.^º del Código de Comercio, la mercantil se alcanzaba a los veintiuno. *Tal era la legalidad anterior a la actual.* Se daba, pues, en ella una diferencia de dos años entre ambas mayorías; diferencia que resultó sumamente perturbadora: fuente y origen de inacabables cuestiones y problemas.

(1) Basándonos en jurisprudencia ciertamente no escasa.

(2) De 23 de diciembre de 1944 («B. O.» de 13 de enero de 1945), posterior, por tanto, a la ley modificadora de la mayoría de edad civil.

(3) Esta edad de mayoría era la aplicable en las provincias sometidas al derecho común, porque en los territorios forales regían edades diversas, superiores unas (Cataluña y Navarra: veinticinco años) e inferiores otras (Aragón: veinte años, y aun menos, habiendo contraído matrimonio) a la fijada en el Código civil.

A la luz de tal legalidad estudiemos en este § II el contenido del artículo 4.^º del Código de Comercio en sus tres párrafos. Después, en el § III, veremos las variaciones producidas por la Ley de 1943.

El artículo en cuestión determina la capacidad legal necesaria para el ejercicio habitual del comercio. Según él, tal capacidad se obtiene por la concurrencia de estos tres requisitos: A) Haber cumplido la edad de veintiún años. B) No estar sujeto a la potestad del padre o de la madre ni a la autoridad marital. C) Tener la libre disposición de sus bienes.

Veamos.

A) El párrafo primero exige los veintiún años; ya lo dijimos. Aquí se establece una especial mayoría de edad mercantil, inferior en dos años a la civil. Las consecuencias, como iremos viendo, son trascendentales. Por ahora, sin embargo, no merece más comentario.

B) El párrafo segundo requiere:

a) No estar sometido a la patria potestad del padre o de la madre. Esto supone que para ejercer por sí mismo el comercio se necesita estar emancipado (1) por cualquiera de los procedimientos que admite el artículo 314 del Código civil. Se persigue que el comerciante tenga capacidad de obrar. Lo que ocurre es que tal objetivo no resulta logrado por la sola exigencia de este párrafo segundo. La capacidad del comerciante emancipado será plena si la emancipación se alcanzó por llegar a los veintitrés años (art. 314-1.^º del C. c., en relación con el 320-2.^º); pero en cambio seguirá siendo restringida si se obtuvo por los otros conductos (arts. 317, 59-3.^º y 50-3.^º; todos del C. c.). Tal es la consecuencia

(1) Estar emancipado, decimos. Ciero que la patria potestad se acaba también por la muerte del hijo, por la de los padres y por la adopción (artículo 167 del Código civil). Pero 1) En el primer caso no hay problema. 2) Tampoco en el segundo, pues el menor será puesto en tutela y caerá bajo la disposición del artículo 5.^º del Código de Comercio, que no le permite comerciar por sí mismo; en tal situación habrá de permanecer por lo menos hasta los dieciocho años, en que puede acogerse a la habilitación de edad (art. 323 del Código civil) y gozar de la capacidad general del emancipado (art. 324 del Código civil). 3) Ni lo hay tampoco en el supuesto tercero, porque el adoptado entra en la patria potestad del padre o madre adoptante (art. 154, 2.^º, del Código civil).

desagradable de esa perturbadora diferencia de dos años, a que en un comienzo aludíamos. Por causa de ella no tendrá el comerciante la plena capacidad de obrar hasta tanto llegue a los veintitrés años.

Pero es que no acaba en esto todo; considérese que aun siendo mayor de edad se puede estar bajo tutela (casos 2.^º, 3.^º y 4.^º del artículo 200 del C. c.). Así que para que este párrafo segundo resultase completo sería necesaria la alusión a la tutela. No se ha hecho así, y precisamente por ello (y sólo por ello, como veremos) ha sido preciso añadir un tercer párrafo, exigiendo la libre disposición de los bienes.

b) También incluye el párrafo segundo la necesidad de no estar sometida la mujer a la autoridad marital. Sin embargo, ello no pasa de ser un error del Código mercantil, que sólo dos artículos más adelante corrige, al decir que la mujer casada, mayor de veintiún años, puede ejercer el comercio con autorización de su marido (art. 6.^º del C. de C.). Se tratará de una capacidad condicionada; pero en fin de cuentas, capacidad. Piénsese cuán diferente es su situación de la de los incapaces (menores de veintiún años e incapacitados), a los cuales (art. 5.^º del C. de C.) sólo se les permite ejercer el comercio por medio de sus guardadores, pero no por sí mismos, ni aun con la autorización de aquéllos.

Decidimos, pues, hacer caso omiso de tal exigencia y tener por verdadera en este punto la doctrina del artículo 6.^º del Código de Comercio.

C) El requisito del párrafo tercero (tener la libre disposición de los bienes) presenta dos aspectos: incomprendible, el uno; justificado y loable, el otro. *De modo que no nos parece totalmente absurdo, injustificado e imposible el contenido de su exigencia.*

a) Resulta incomprendible dicho requisito puesto en relación con los mayores de veintiún años, pero menores de veintitrés; es decir, menores de edad (1), ya que tales personas no pueden por ningún procedimiento tener tal libre disposición ni aunque hayan sido emancipados (arts. 317 y concordantes del C. c.). Se trata de una declaración de todo punto inconciliable con la del párrafo primero, y que provoca un conflicto o desarmonía entre la legis-

(1) No se olvide que trabajamos aún sobre la legalidad anterior.

lación civil y la mercantil, para cuya resolución se arbitraron dos expedientes a cual más discutibles y violentos: primero, conceder de una manera general la autorización de que trata el artículo 317 del Código civil (1); segundo, el seguido por el Reglamento del Registro mercantil de 1919, cuyo artículo 92 admite que los mayores de veintiún años y menores de veintitrés, legalmente emancipados, puedan solicitar su inscripción como comerciantes individuales (2)

b) En cambio se justifica y comprende perfectamente el requisito del párrafo tercero por lo que hace a los mayores de veintitrés años, y como una consecuencia de que el párrafo segundo incluyó, sí, la sujeción inherente a la patria potestad, pero no citó la dímanante de la tutela de los mayores. Porque ocurre que al cumplir los veintitrés años se sale en todo caso de la patria potestad, efectivamente, pero ello no supone de modo necesario que se adquiera la libre disposición de los bienes. Puede el mayor de veintitrés años hallarse en cualquiera de las situaciones que (según los números 2.^o, 3.^o y 4.^o del art. 200 del C. c.) provocan la tutela, y es sabido que el tutelado carece no sólo de la libre disposición de sus bienes (argumento del art. 269-5.^o del C. c.), sino hasta de la administración de los mismos, que corresponde al tutor (artículo 264-4.^o del C. c.)

c) Repetimos que el párrafo tercero presenta dos facetas: inadmisible, la una; justificable, la otra.

El requisito que contiene resultaría superfluo (3) si se hubiera mencionado la tutela en el párrafo segundo, pues sólo para tal hipótesis es aplicable, y resultaría perfecto, sin necesidad de citar la tutela, si se hubiese fijado la mayoría de edad mercantil en los veintitrés años. Mas como no se han hecho ninguna de las dos cosas, ocurre que el requisito en cuestión: primero, sigue siendo

(1) Procedimiento sobre cuya validez habría tanto que hablar

(2) Adviértase, con todo, que el problema continúa en pie respecto de los comerciantes que no soliciten su inscripción, que es facultativa (art. 17 del Código de Comercio).

(3) Lo que no quiere decir que el artículo 4.^o quedara con ello perfecto, pues el comerciante mayor de veintiún años y menor de veintitrés, aun emancipado, seguiría careciendo de la libre disposición de sus bienes, precisamente por causa de la perturbadora diferencia de los dos años.

necesario por cuanto suple la omisión de la tutela; segundo, pero a la vez resulta contradictorio con el párrafo primero por causa del consabido desacuerdo existente entre las edades de mayoría civil y mercantil.

Ya se ve que *las soluciones para el problema que plantea este tercer párrafo* son dos: igualar las edades para alcanzar una y otra mayoría (1) o citar la tutela en el párrafo segundo como causa de incapacidad (2). Débese tener esto muy presente para poder entender bien la repercusión que sobre este párrafo tercero ha tenido la Ley del 43, que veremos más adelante.

§ III

Según dijimos al comienzo, en el «B. O. del Estado» del 15 de diciembre de 1943 apareció una *ley fijando la mayoría de edad civil en los veintiún años* (3). Empezó a regir el 1 de enero siguiente.

Como también anunciamos, dedicaremos este § III a discurrir sobre la suerte que han corrido cada uno de los párrafos del ar-

(1) A su vez, para lograr esto pueden seguirse dos caminos: elevar la mayoría de edad mercantil a los veintitrés años o rebajar la civil a los veintiuno. Casi no hay problema, sin embargo, la doctrina española y extranjera y la legislación comparada se deciden por la solución segunda, y el preámbulo de la Ley del 43 así lo reconoce como justificante.

(2) Véase la nota 3 de la página anterior

(3) Esta edad de mayoría se aplica no sólo a las provincias de Derecho común, sino a las forales también

Dicha «aplicación general» se desprende de la frase «para los españoles» que emplea el artículo 1.^º de la ley, como asimismo del contenido del artículo 3.^º, que deja subsistente lo dispuesto en el Apéndice Foral aragonés: «... pero entiéndense referidas a los veintiún años las citas relativas a los veinte años». Se fundamenta en el preámbulo la medida afirmándose que los varios preceptos legales existentes sobre la materia (en el Derecho común y en el foral) «carecen de justificación doctrinal y suscitan en la práctica múltiples dudas y perturbaciones», por lo que su derogación se ha reputado «no sólo conveniente, sino también justa y necesaria».

Es mucho, muchísimo, lo que supone para la causa de la unidad legislativa patria una conquista semejante en materia tan esencial.

título 4.^o del Código de Comercio por consecuencia de la mencionada ley (1).

A) El párrafo primero no resulta afectado en sí mismo, si bien ya quedan unificadas las dos edades de mayoría, resultando desde ahora equivalentes entre sí las expresiones «mayoría de edad civil» y «mayoría de edad mercantil», y ambas a esta otra. «veintiún años cumplidos». Aunque a propósito de este primer párrafo no se muestre a primera vista como muy importante, la reforma entraña una trascendencia extraordinaria, como vamos a ver inmediatamente.

B) a) Por la razón que expusimos más atrás prescindimos de la referencia que el párrafo segundo hace a la mujer casada, y a todos los efectos damos por desaparecida tal mención, considerando en este punto ortodoxa la doctrina del artículo 6.^o del Código de Comercio.

b) Hablemos, pues, del otro requisito que menciona el párrafo segundo: el de no estar sometido a la patria potestad del padre o de la madre; requisito que identificamos más atrás al de estar emancipado, pues no de otra forma (regla general) se podía salir del poder paterno a los veintiún años, cuando la mayoría de edad se obtenía a los veintitrés.

Pues bien; como ahora ya se es mayor de edad a los veintiún años, resulta que por el mero hecho de llenar el requisito primero del artículo 4.^o se alcanza también la mayoría de edad, y con ella la salida de la potestad del padre o de la madre (art. 154-1.^o, en relación con el 314-2.^o del C. c.) (2). ¿Qué quiere ello decir? Pues nada menos que el párrafo segundo ha pasado a ser perfectamente superfluo por razón de redundancia; la exigencia que

(1) Con ello no queremos decir que por una ley civil se modifique un artículo del Código de Comercio; tratamos únicamente de estudiar las consecuencias que por modo indirecto se han producido en el mencionado artículo mercantil por la aparición de tal ley. Sin embargo, el preámbulo de la misma reconoce que se ha tenido presente, al fijar la nueva edad de mayoría, «lo preceptuado en nuestro Código de Comercio».

(2) Al alcanzarse la mayoría de edad se hace el individuo plenamente capaz o entra en tutela; incluso esta tutela puede corresponder a los mismos padres (arts. 220, 227 y 230 del Código civil); pero, en todo caso, la patria potestad cesa

contiene resulta ya una repetición de la contenida en el primero, y por consiguiente innecesaria.

C) Más atención merece el párrafo tercero. Ya expusimos las dos soluciones que se presentaban para resolver el problema que plantea. Ello supuesto, ocurre que con la Ley del 43 se ha venido a proporcionar una de tales soluciones: la que citábamos en primer término, consistente en igualar las edades para alcanzar una y otra mayoría, y ello a su vez se ha llevado a cabo por el procedimiento de rebajar en dos años la civil hasta ponerla de acuerdo con la mercantil. La consecuencia ya la anunciábamos también, y es de la mayor importancia: la cita del requisito de la libre disposición resulta ahora justificada y a la vez ineludible, reconociendo como supuesto de aplicación el caso de aquellos que siendo mayores de edad carecen, sin embargo, de la libre disposición de sus bienes, o sean las personas a que aluden los números 2.^o, 3.^o y 4.^o del artículo 200 del Código civil.

Como una confirmación de todo ello debe entenderse la palabra «incapacitados» que figura en el artículo 5.^o del Código de Comercio, como concepto distinto del de «menores de veintiún años»; aquellos «incapacitados» son, indudablemente, los sujetos a tutela por causas distintas de la edad, a quienes acabamos de referirnos; y véase cómo no pueden ejercer el comercio por sí, sino mediante sus guardadores, o por factores.

De modo que sobre este tercer requisito del artículo 4.^o cabe concluir: a) Que no origina ya conflicto alguno con el párrafo 1.^o; b) Que, tras de haber estado siendo durante cincuenta y ocho años un imposible jurídico, es ahora precisamente cuando resulta posible exigir a las personas de veintiún años que tengan la libre disposición de sus bienes; c) Y, lo que es más aún, que resulta no sólo posible, sino de todo punto necesario e imprescindible, por consecuencia de no haberse incluido en el párrafo 2.^o la tutela por causas distintas de la edad.

§ IV

Hagamos una recapitulación de lo expuesto en el § III y podremos llegar a una conclusión final.

La suerte que, por obra y gracia de la Ley del 43, ha corrido cada uno de los tres párrafos de que se compone el artículo 4.^o del

Código de Comercio ha sido, en síntesis, la siguiente: a) El primero subsiste; b) El segundo desaparece, por superfluo (1); c) El tercero es precisamente ahora cuando se explica en su totalidad.

Quedan, pues, en pie dos requisitos: Ser mayor de edad y tener la libre disposición de los bienes. Ahora bien; considérese que el segundo de ellos comprende al primero; efectivamente: sólo tienen la libre disposición de sus bienes los mayores de edad (género próximo) no sujetos a tutela por enfermedad, prodigalidad o interdicción (última diferencia). Y pues sólo persisten dos requisitos, de los cuales el uno comprende al otro, puédese dar un paso más y suprimir al primero de ellos por causa de la redundancia. Con lo cual quedaría como único requisito inatacable el omnicomprendido de la libre disposición de los bienes. Y podría formularse la siguiente

CONCLUSIÓN FINAL.—Por causa de la Ley del 13 de diciembre de 1943, el artículo 4.^o del Código de Comercio ha de entenderse como si estuviera redactado así: «TENDRÁN CAPACIDAD LEGAL PARA EL EJERCICIO HABITUAL DEL COMERCIO LAS PERSONAS QUE TENGAN LA LIBRE DISPOSICIÓN DE SUS BIENES.»

§ V

Tal es la conclusión a que hemos llegado. Ella constituye nuestra opinión sobre la materia; bien o mal, hemos procurado fundamentarla citando continuamente los preceptos legales de que nos servíamos en cada momento. Ignoramos cuál sea el parecer de los demás, pues que no lo hemos consultado; huelga decir que no pretendemos imponerle el nuestro sino hasta la medida en que resulten ciertas las premisas utilizadas e irreprochables los razonamientos consiguientes.

En nuestra opinión, sin embargo, persistiremos en tanto alguien, con la debida argumentación, nos haga ver el error en que incurrimos.

VICENTE HURTADO MUÑOZ.
Doctor en Derecho

(1) No se olvide que hemos prescindido de la referencia a la mujer casada.

Las adjudicaciones en pago y para pago ante el Impuesto de Derechos reales

Estas líneas nos las sugiere el artículo que, bajo un epígrafe análogo al que las encabeza, apareció en el número correspondiente a agosto-septiembre de 1946 de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, firmado y desenvuelto brillantemente por el competente Registrador de la Propiedad D. Juan Ruiz Artacho

En él se nos alude en unos términos de consideración tal, que nos obliga a corresponder a ella con rendimiento y al mismo tiempo a contestar a todo aquello en que nuestros puntos de vista sobre el tema no son compartidos por el preopinante.

Aunque la cuestión de la verdadera naturaleza jurídica de esos dos conceptos—adjudicación de bienes en pago y adjudicación en comisión para pago—es muy sugestiva, no hemos de entrar en ella, primeramente porque nada diríamos que valiese la pena, volviendo a espigar donde han espigado ya con ojos penetrantes firmas tan prestigiosas como las de Roca Sastre, Lacal Fuentes y González Palomino, y en segundo lugar, porque nuestro objeto es más bien observar esa figura jurídica en cuanto es afectada por el Impuesto de derechos reales, y dentro de él analizar de nuevo los puntos de vista que tenemos expuestos en nuestro libro sobre ese Impuesto y en diversos trabajos publicados en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO y que no son compartidos por el señor Ruiz Artacho.

Mas aunque no terciemos en el debate, no queremos dejar de decir, siquiera sea de pasada, que estamos más cerca de la tesis del ilustre y penetrante jurista Sr. González Palomino que de los demás, incluyendo al propio Tribunal Supremo.

Dicho, pues, esto, vamos ya a enfrentarnos con los puntos de vista

que nuestro amable e ilustrado contrincante expone en su interesante y ponderado trabajo.

Empieza por decir que el Reglamento de derechos reales "sólo regula, al menos explícitamente, la adjudicación que se haga por vía de comisión o encargo para pagar deudas", y corrobora su afirmación con la cita de los números 5) y 10) del artículo 9.^º, del 4) del artículo 24 y del 13) del artículo 101; y a ello oponemos que no nos parece completamente convincente la cita, por cuanto, aparte de que la Tarifa, en su número 1, especifica el tipo aplicable a la *adjudicación en pago* o para pago, los apartados 1) y 10) del artículo 9.^º mencionan expresamente las adjudicaciones en pago y las mencionan también el artículo 19 en su apartado 18) y el 24 en el 4).

Dice después y a renglón seguido que para que en las sucesiones hereditarias se dé fiscalmente la adjudicación para pago, son necesarios dos requisitos: que existan deudas reglamentariamente deducibles y que el documento en que consten sea liquidado o declarado exento. Tal interpretación tampoco la podemos compartir sin distingos.

A nuestro entender, siempre que en una testamentaría se deducen deudas, se produce un acto de liquidación, independientemente de que sean o no sean deducibles reglamentariamente; de tal manera, que ese acto liquidable no depende para nada de que la deuda esté bien o mal deducida. Dicho de otra manera: la calificación de deducible tiene la transcendencia de que si la calificación es reglamentaria, la cantidad a que asciende la deuda será baja del caudal hereditario, y si no es deducible, conforme al Reglamento, no produce esa baja en el caudal.

¿Y cuál es la transcendencia fiscal de una u otra solución? Bien conocida es: si la deuda tiene el carácter de deducible, hace que la base liquidable por el concepto de herencia se reduzca en la misma cuantía que la deuda represente; y si no es deducible reglamentariamente, su importe sigue formando parte de la herencia y de la base o bases a que el caudal dé lugar, sin perjuicio de que, además, en ambos supuestos se gire sobre la base del mismo importe de la deuda una liquidación en pago o para pago. En pago, cuando se hace adjudicación de bienes, expresa con tal fin, y para pago, cuando la adjudicación se hace con tal objeto y también cuando nada se diga, ya que entonces nace necesariamente el acto deducido de adjudicación para pago.

Se dirá, y se dice frecuentemente en los recursos contra estos actos liquidables, que en tal supuesto hay duplicación de pago sobre la base

líquidable que la deuda represente, puesto que se liquida por herencia y además como adjudicación; y ello es verdad, con verdad solamente relativa: esa base o cantidad que la deuda represente, se liquida o grava efectivamente dos veces, pero sin que eso quiera decir que haya verdadera *duplicación de pago*, por la sencilla razón de que el verdadero concepto de la duplicación de pago no nace de que sobre una misma base se giren dos liquidaciones, sino que, además, se necesita que ambas sean por el mismo o análogo concepto.

Así, cuando el liquidador ve que al realizar los herederos una partición adjudican a uno de ellos bienes cuyo valor es superior al que representa su participación en el haber hereditario, tiene que dilucidar cuál sea la razón de ese exceso de adjudicación, y para ello ha de empezar por precisar el caudal hereditario propiamente dicho, civil y reglamentariamente.

Aquí es donde el problema empieza a formarse en relación con el aspecto que ahora nos ocupa. Los herederos o los partidores forman el caudal líquido partible descontando lo que estiman que son deudas del causante, y dicen: tanto de haber total y tanto de deudas, da un caudal partible equis, en el que a cada heredero le corresponden tantas pesetas, y, paralelamente, a uno de ellos le adjudican para pago de aquéllas su equivalente en bienes. Estos, sumados a los adjudicados por herencia, dan exactamente el total haber.

Ante esto el liquidador examina esas deudas, y si se encuentra con que no son deducibles conforme al Reglamento, determina un caudal partible por herencia mayor y una mayor participación en él de cada heredero, con la consiguiente consecuencia jurídico-fiscal de aumentar la base liquidable figurada en las respectivas hijuelas a esos herederos. Queda, pues, liquidada como herencia la cantidad figurada como deuda.

Pero, al mismo tiempo, ve también el liquidador que en la testamentaría se hace una adjudicación expresa de bienes para pago de tal deuda, sea a un tercero, sea a uno de los herederos, y, claro es, que de ese acto expreso no puede prescindir y tiene que aplicarle el Reglamento. ¿Cómo? Esa es la cuestión.

Si la adjudicación para pago se hace a un extraño, el problema no creemos que pueda ofrecer duda a nadie dentro de la técnica del Impuesto. Habrá que aplicar el número de la Tarifa que expresamente grava el acto, y no se podrá decir razonablemente que se ha duplicado el impuesto, aunque la misma base se grave dos veces, porque, fiscalmente y por

no ser deducible la deuda, los herederos adquirieron su importe y han de tributar como tales, con completa independencia de aquella otra tributación del adjudicatario.

Si este criterio jurídico-fiscal no se acepta, surge inmediatamente esta pregunta: ¿Para qué sirve entonces la distinción que el Reglamento hace con detalle y rigurosa precisión sobre deudas deducibles y no deducibles? Se nos dirá: para excluir su importe de la herencia cuando sean deducibles y para que quede incluido en ella cuando no lo sean. Muy bien, replicamos; pero en ese segundo supuesto, ¿qué hacer ante el acto expreso de adjudicación para pago, sea a un tercero, sea a uno de los herederos? ¿Cómo lo calificaremos?

Convendrán los contradictores en que reglamentariamente y de dentro de nuestra técnica jurídico-fiscal, la pregunta no tiene otra solución que la que nosotros le damos, el acto no puede ser encajado entre los exentos porque no está catalogado entre ellos, y no puede ser bautizado como no sujeto, porque éstos son los no tarificados y el de nuestro supuesto lo está, puesto que lo están las adjudicaciones expresas para pago. Luego la solución no puede ser otra que la de declararlo sujeto, porque ante el Impuesto el acto que no está exento y no es calificable de "no sujeto", está sometido al impuesto, es "acto sujeto".

Si la adjudicación se hace, no ya a un tercero extraño a la herencia, sino a uno de los herederos, entonces la solución brota lógica y llanamente aplicando los mismos principios que acabamos de indicar, sin necesidad de retorcerlos ni forzarlos, como vamos a ver.

Con ello entramos ya de lleno en la controversia que el ilustrado contrincante plantea oponiendo a nuestro criterio sobre el caso, el suyo propio, muy autorizado, y por añadidura avalado por el del Tribunal Económico-administrativo central en su Resolución de 7 de diciembre de 1943, de la cual nosotros nos ocupamos en el número de julio-agosto de 1945, de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, razonando respetuosamente un criterio opuesto al que en aquélla se sustenta.

Recordemos que estamos hablando en el supuesto de que las deudas de que se trate no sean deducibles reglamentariamente y, ello no obstante, se deducen y se hace adjudicación expresa de bienes para su pago a uno de los herederos en cuantía equivalente al importe de aquéllas, y supongamos también que el importe del haber hereditario era de 200 000 pesetas, que los herederos son dos y que la deuda es de 50 000 pesetas: cujos supuestos de hecho son análogos a los que tuvo en cuenta la

mencionada Resolución, y son también los que analiza nuestro amable contradictor.

La partición se hizo adjudicando a cada heredero, *en concepto de herencia*, bienes por valor de 75.000 pesetas, o sea a los dos 150.000 pesetas, y las 50.000 pesetas que restan hasta las 200.000, se adjudicaron a uno de ellos para pago.

La oficina liquidadora juzgó que al no ser deducida la deuda, la porción hereditaria de cada heredero era de 100.000 pesetas, y sobre tal base les giró sendas liquidaciones por herencia, y, además, como había una adjudicación en comisión para pago, hecha expresamente a uno de los herederos, a éste le practicó otra liquidación por tal concepto sobre la base de las expresadas 50.000 pesetas, cuya liquidación el Tribunal la estimó improcedente y la anuló, porque sobre ella recaía una inmotivada doble tributación.

Nosotros sostuvimos, y volvemos a sostenerlo ahora, a pesar de la autorizadísima opinión del Tribunal central y del considerable refuerzo que supone la del Sr. Ruiz Artacho, que la duplicación del tributo no afecta más que a 25.000 pesetas. Es decir, que la liquidación en concepto de adjudicación para pago girada al heredero a quien se le adjudicaron 50.000 pesetas por ese concepto, además de las 75.000 adjudicadas como heredero, no debió tener por base más que 25.000 pesetas, y que por lo mismo sobre las 25.000 restantes tributó como heredero y, además, como adjudicatario.

La razón nos parece transparente: precisamente por no ser deducible la deuda con arreglo a las normas que para el caso da el Reglamento, su porción *hereditaria* es de 100.000 pesetas, y sobre ellas debe tributar y tributó, efectivamente, por el tipo de herencia. Dicho de otra manera: adquiere como heredero y por ministerio de la ley bienes valorados en 100.000 pesetas, con independencia de todo pacto, y tributa por ellos como tal heredero, y, por consiguiente, sobre esos bienes no tiene por qué volver a tributar, aunque los propios herederos digan que en ellos adquiere 75.000 pesetas por herencia y que 25.000 pesetas—la mitad de las 50.000—las adquiere como adjudicatario. Esa manifestación y ese pacto, respecto a esa mitad, es intrascendente, supuesta la no deducción que el Reglamento impone.

Esto no es dudoso, pero tampoco lo es que ese heredero es adjudicatario expresamente de bienes por valor de 25.000 pesetas—la mitad

de las 50.000—que exceden en esa cifra de su participación en la herencia, y ante ello, ¿qué hacer con ese acto?

Recordando lo antes dicho, el liquidador forzosamente tendrá que encuadrarlo entre los exentos, los no sujetos o los sujetos; y como no es lo primero, porque no está comprendido entre los que el Reglamento califica de tales, ni entre los no sujetos, porque está tarifado, fatalmente tendrá que incluirlo entre los sujetos.

A esta conclusión sólo se puede oponer un argumento, tomado del mismo artículo del Sr Ruiz Artacho, y es éste: sobre esas 25.000 pesetas no tiene por qué pagar el mentado heredero adjudicatario, porque sobre ellas y por el concepto de herencia ya ha pagado el otro heredero, supuesto que cada uno de los dos tributó como heredero sobre 100.000 pesetas; pero el argumento palidece y se quiebra ante la consideración de que el pago que el Reglamento imponga a un contribuyente dentro de sus normas fiscales no puede aprovechar a otro que, fuera de ellas y a pesar de ellas, adquiere o es beneficiado por un acto tarificado, ya sea expreso o ya deducido.

El sentido interpretativo o el criterio que acabamos de exponer está patente en los artículos 9.º, apartado 9), y 19. apartado 18), cuando dicen que si al heredero, o al socio en caso de disolución de la sociedad, se les adjudican bienes que excedan del importe de sus respectivos haberes, como tales, el heredero "satisfará el impuesto por dicho exceso, sin perjuicio de que todos los herederos abonen el impuesto correspondiente a la transmisión hereditaria del mismo exceso". y al socio se le exigirá, "con independencia de lo que corresponda por la disolución, el impuesto correspondiente, bien a la adjudicación en pago de deudas, si hubiere pasivo, bien como adquisición de bienes muebles o inmuebles, según la clase de bienes que se transmitan, por el exceso que resulte de la cantidad a que como socio tenía derecho".

Bien claro está, a la vista de esos preceptos, que el criterio fiscal y también jurídico de ellos es el de que cada uno de esos adquirentes pague por los que el Reglamento supone que según la Ley le corresponde y que además tribute por lo que fuera o aparte de esa presunta adquisición legal le asignan los convenios que entre sí hacen los herederos o los socios. Es como si el Reglamento dijera, en esta herencia o en esta sociedad a cada participante le asigna la Ley cierta porción y sobre ella ha de tributar, aunque de hecho se le dé una porción menor, y ello ha de ser sin perjuicio de que, además, el copartícipe a quien

se le adjudique de más pague también por el exceso, no ya como socio o como heredero, sino por el concepto en que lo adquiera.

No se puede, pues, hablar de duplicación de pago, por la sencilla razón de que uno es el acto y la cuota que de la partición nace con arreglo a la Ley, y otro el de adjudicar a uno de los herederos una porción de bienes mayor de la que la misma Ley le da. Son actos perfectamente distintos y distintamente sometidos a tributación, ya se les califique o se les llame a ellos a título de "exceso de adjudicación", ya al de adjudicación para pago: y lo son, en definitiva, por la suprema y aplastante razón de que esa diferencia en más no la reciben a título de herencia, sino merced a un acto convencional de los propios herederos que queda dentro del ámbito del impuesto con completa independencia de aquélla.

Y este exceso no se fija arbitrariamente, como cree nuestro contrincante, sino teniendo en cuenta, de un lado, lo que la Ley les reconoce, y de otro, lo que ellos libremente se asignan. Estos términos de comparación, y no otros, son los que dan ese exceso o diferencia. Lo artificioso no es ese sistema, como aquél opina, lo artificioso y arbitrario es fijarlo según él propugna, teniendo exclusivamente en cuenta lo que los interesados determinan como herencia y deducir de ahí que lo que de eso excede es el exceso de adjudicación.

Las palabras que emplea son éstas: "Si los interesados dicen que el haber hereditario de *B* son 75 000 pesetas y que se le adjudican en total bienes que valen 125.000, la diferencia en más, de 50.000 pesetas, sería, indiscutiblemente, el exceso de adjudicación. ¿Por qué entonces—sigue diciendo—prescindir de esto y fijarlo artificiosamente recurriendo a la comparación entre el haber hereditario fijado al mismo heredero por el Liquidador y el valor total de los bienes adjudicados a aquél?"

No, replicamos: no hay tal fijación artificiosa, ni menos al arbitrio del Liquidador, del haber hereditario del heredero *B*, este haber lo fija en principio el derecho sustantivo y lo perfila, a los efectos tributarios, el Reglamento del Impuesto, y por lo mismo no se puede, con razón derecha, decir que es caprichoso ni arbitrario, y en cambio sí lo sería admitir que los herederos *ad libitum* pudiesen determinar lo que es herencia y lo que son deudas prescindiendo de lo que el Reglamento dispone en cuanto a ellas.

¡Medrado quedaría el Impuesto si los interesados en una herencia

pudiesen, sin vallas ni fronteras, determinar lo que es haber hereditario y lo que no lo es, sobre todo si de cargas, deudas y bajas se habla, máxime siempre que se tratase de sucesiones en las que los tipos de tarifa aplicables por el concepto de herencia fuesen superiores al 5 por 100, esto es, al de adjudicación!

Algunas otras apostillas nos sugiere el interesante trabajo del señor Ruiz Artacho, sobre todo en la parte de él dedicada a examinar lo que llama "el exceso de adjudicación": pero por no alargar estas notas prescindimos, al menos por hoy, de dialogar sobre ellas, no sin decir, para terminar, que la teoría de las presunciones, desarrollada eruditamente por el articulista, no juega para nada en la fijación de los excesos de adjudicación, por la potísima y definitiva razón de que su cuantía está objetivamente vallada y encuadrada, por un lado, en lo que la norma legal aplicable en cada caso asigna al heredero o al socio participante en la herencia o en el haber social, y por el otro, en lo que ellos mismos convencional y libremente se asignan.

JOSÉ M.^o RODRÍGUEZ VILLAMIL,
Abogado del Estado y del I. G. de Madrid

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

AUNQUE CONFORME A LA DOCTRINA TRADICIONAL SUSTENTADA POR EL CENTRO DIRECTIVO NO ES NECESARIA LA INTERVENCIÓN JUDICIAL PARA SOLEMNIZAR LA PARTICIÓN APROBADA POR EL CONSEJO DE FAMILIA, FALTANDO PRECISAMENTE ESTE IMPORTANTE REQUISITO, SUPLIDO, EN CIERTO MODO, POR EL ACUERDO U OPINIÓN UNÁNIME DEL MISMO DE SOMETER LAS OPERACIONES PARTICIONALES AL CONOCIMIENTO DE LA AUTORIDAD JUDICIAL. LA APROBACIÓN DE TALES OPERACIONES POR ÉSTA NO IMPLICA UN DEFECTO QUE IMPIDA EL ACCESO A LOS LIBROS REGISTRALES DEL CUADERNO PARTICIONAL DE TAL SUERTE APROBADO

Resolución de 3 de mayo de 1946. "B. O." de 10 de julio.

Practicadas unas operaciones particionales, en las cuales en nombre de unos herederos menores actuó el protutor, por la incompatibilidad de intereses de los mismos con el tutor—todos los cuales eran coherederos—, el consejo de familia de dichos menores, en sesión celebrada con la asistencia de todos sus componentes, acordó por unanimidad remitir para su aprobación a la autoridad judicial el cuaderno particional, el cual fué aprobado por auto del Juzgado de Primera Instancia número 12 de los de Madrid, haciendo referencia al acta de la citada sesión del consejo de familia, “tomando como acuerdo principal el de someter a la aprobación judicial el cuaderno particional”, que fué protocolado en la Notaría de D. Alejandro Santamaría.

La partición fué inscrita en los Registros de la Propiedad de Madrid (distritos del Norte y Mediodía), San Sebastián, Estella, Valmaseda, Azpeitia y Getafe, y presentada en el de Mediodía de Sevilla causó la siguiente nota: “Suspendida la inscripción de este documento

por observarse en el mismo los defectos siguientes: primero, que el tutor, y en este caso el protutor, no ha obtenido la autorización del consejo de familia para proceder a la división de la herencia, conforme al número 7.^º del artículo 269 del Código civil; segundo, porque la aprobación de la partición es de la exclusiva competencia del consejo de familia de los menores, y ha sido aprobada por la autoridad judicial.

Entablado recurso, la Dirección ratifica el auto del Presidente, revocatorio de la nota del Registrador.

Considerando que, sean cualesquiera los reparos que de *lege ferenda* puedan formularse a la organización de la tutela en el Derecho español, es indiscutible que la guarda de la persona y bienes de los que, no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos, ha sufrido en el Código civil una transformación radical, que restringiendo la intervención del Estado y de las autoridades judiciales en las funciones tutelares, ha buscado el principal apoyo de la institución en el elemento familiar, con la esperanza de que el espíritu religioso y económico que animaba al antiguo grupo parental pudiera contrarrestar las individualistas orientaciones del pensamiento moderno y las disolventes condiciones de la vida actual.

Considerando que a los expresados fines la Ley ha concentrado en el tutor y protutor, bajo la autoridad del consejo de familia, funciones análogas a las anteriormente intervenidas por los jueces de Primera Instancia y, con una amplia interpretación del número 7.^º del artículo 269, la doctrina de este Centro ha vigorizado la autorización que contiene en orden a la división de la herencia, con la repetida afirmación de que es innecesaria la aprobación judicial de las particiones formalizadas por el tutor y el consejo de familia, puesto que a los mismos confiere el Código civil todas las facultades que nuestra antigua legislación atribuía al Poder judicial.

Considerando que el consejo de familia aparece en los artículos 294 y siguientes como una junta permanente y solemnemente constituida por los designados a tal objeto en el testamento del padre o madre, por los parientes más inmediatos del menor o incapacitado o por las personas honradas que el Juez municipal nombre, prefiriendo a los amigos de los padres, y precisamente porque la Ley no admite vocales suplentes ni la jurisprudencia permite la delegación, ni los consejeros temporales encuentran aceptación, pueden darse con frecuencia casos en que a consecuencia de fallecimiento, remoción, excusa, alejamiento

o interés contradictorio, no sea posible celebrar las reuniones con número suficiente para tomar acuerdos.

Considerando que, ante la necesidad perentoria de proveer a la guarda y protección del menor, la práctica jurídica se ha inclinado hacia la línea de menor resistencia y ha aconsejado la reconstitución o complemento del consejo con nuevas personas a quienes no alcancen las prohibiciones o excusas legales y que, en lo posible, no deformen el tipo legítimo del órgano, ni traigan demasiadas influencias extrañas a la familia, ni trastornos la unidad de la tutela o la consecuente ejecución de los acuerdos adoptados.

Considerando que esta solución no es incompatible con los flexibles preceptos que regulan la constitución del consejo de familia, se armoniza con la rígida disposición contenida en el artículo 307 del repetido Cuerpo legal y facilita la intervención de los organismos tutelares en los asuntos del menor y en la buena administración de sus bienes, sin que abra la puerta a modificaciones arbitrarias de la representación legal, toda vez que los jueces municipales antes de proceder, según se haya pedido, al nombramiento de nuevos vocales deberán decidir sobre la situación jurídica correspondiente.

Considerando que, de acuerdo con lo anteriormente establecido y por ser el consejo de familia una institución eminentemente familiar que vigila como órgano supremo la marcha de la tutela, interviene en los asuntos de mayor interés y responsabilidad para el tutelado o su patrimonio y, en definitiva, cumple totalmente el amplio e importante cometido que le asignó el legislador cuando procedió a su implantación, es indudable que en su funcionamiento encuentra plena autonomía y sus acuerdos son ejecutorios, sin perjuicio, como es natural, de que puedan entablarse contra los mismos los recursos que la propia Ley establece para la defensa y salvaguardia de los posibles derechos lesionados.

Considerando que en el caso discutido concurren las particularidades siguientes: primera, el consejo adoptó por unanimidad el acuerdo de someter a la aprobación judicial la partición practicada, precisamente por las especiales circunstancias personales que se daban en algunos vocales y como medida precautoria que pudiera alejar toda sospecha de peligro o lesión para los menores interesados; segunda, la autoridad judicial, en el auto de aprobación de las operaciones particionales, hace expresa referencia al acta de la sesión celebrada por el

consejo en la que se tomó como principal dicho acuerdo, y tercera, de todo lo referido se deduce la necesidad de estimar válida en principio la resolución adoptada por el organismo tutelar y, como consecuencia de ello, la partición aprobada judicialmente.

Considerando que esta medida no está en contradicción con la doctrina tradicionalmente sustentada por este Centro Directivo, toda vez que si bien, según la misma, no es necesaria la intervención judicial para solemnizar la partición aprobada por el consejo de familia, en el caso objeto del recurso falta precisamente este importante requisito, que ha sido, en cierto modo, suplido por el acuerdo u opinión unánime de someter las operaciones partacionales al conocimiento de la autoridad judicial.

Considerando que no habría ningún inconveniente en que el consejo hubiera autorizado a su presidente para completar dicho organismo, mediante solicitud dirigida al Juez municipal competente y fundada en la incompatibilidad de los asistentes, pero desde el momento en que se ha buscado otra vía legitimadora y se ha obtenido la aprobación de la autoridad judicial a quien corresponde el conocimiento de las impugnaciones y la subsanación de cuanto por error incuria o mala se dejase de hacer el consejo, carece este Centro Directivo de facultades para anular las operaciones realizadas.

Considerando que este criterio concuerda con la posición que en la organización de la tutela ocupa el consejo de familia y no merma para nada sus amplias atribuciones, porque se mantiene en principio la obligatoriedad del acuerdo recaído y se permite que, al amparo del artículo 310 del Código civil, pueden recurrir contra la decisión que fué adoptada cualesquiera de las personas enumeradas en el mencionado precepto legal.

Considerando, finalmente, que la partición fué inscrita en siete Registros, y si bien resulta incuestionable que la calificación favorable no obliga para nada al titular apelante, que tiene plena autonomía para censurar el documento de la manera que estime conveniente, si resulta un elemento muy digno de ser tenido en cuenta, porque evidencia que, a juicio de la mayoría abrumadora de los funcionarios calificadores, el trámite seguido por el consejo no implica un defecto que impida el acceso a los libros registrales de la partición aprobada judicialmente.

* * *

Si buscásemos un modelo de ecuanimidad, flexibilidad, coordinación jurídica para fundamentar un acuerdo o un fallo, sin vacilación alguna acudiríamos a los considerandos de la resolución precedente.

¿Justa su solución? Sin duda. ¿Puramente ortodoxa su doctrina? En la primera parte del noveno de dichos considerandos se halla la esencia de todo. Centra impecablemente la cuestión, sin superarla —por ser ello imposible—, justificando la *línea de menor resistencia* (gráfica expresión empleada en otro lugar de la misma resolución, que nos apropiamos), que adopta de manera elegante, lo que le permite una fina alusión—en el considerando siguiente—a un precepto del Código: el artículo 310 . con omisión, en cambio, de aquellos otros que se citan en el auto presidencial cuando éste trata de deshacer la argumentación del Registrador, tan brillante en un principio como gris y débil al final, ola encrespada que viene a morir en dorada playa

REGISTRO MERCANTIL: AFIRMADA LA AUSENCIA DE UNA REGISTRA
MENTACIÓN ESPECÍFICA DE LAS SOCIEDADES LIMITADAS EN NUE
STRO DERECHO, NO SE ESTIMA CONVENIENTE IMPONER CON
CARÁCTER ABSOLUTO A LAS MISMAS LA NECESIDAD DE UNA RAZÓN
SOCIAL. LAS NORMAS LEGALES QUE ORDENAN LA RESERVA LEGAL
OBLIGATORIA SON DE OBSERVANCIA FORZOSA EN TODAS LAS EM
PRESAS QUE OBTENGAN BENEFICIOS LÍQUIDOS SUPERIORES AL
CUATRO POR CIENTO DEL CAPITAL SOCIAL, POR LO QUE DICHAS
NORMAS PREVALEcerán, CUALESQUIERA QUE SEAN LOS PACTOS
CONVENIDOS POR LOS SOCIOS AL FORMALIZAR LA CONSTITUCIÓN
DE LA COMPAÑÍA.

Resolución de 10 de mayo de 1946. "B. O." de 5 de agosto

El Notario de Aracena D. José Sánchez Somoano autorizó el 27 de julio de 1945 una escritura de constitución de Sociedad mercantil de responsabilidad limitada, en la que comparecieron don G. G. C. don R. P. M. y don R. M. S., quienes hicieron entrega al fideínter de los estatutos por que había de regirse dicha Sociedad; que los estatutos establecen en distintos artículos que la sociedad se constituirá conforme al artículo 117 del Código Mercantil (artículo 1.º); que tomará el nombre de Matadero de Sta. Lucía, S. L. Compañía de

Responsabilidad Limitada (artículo 3.º) : que se constituye por el tiempo que medie desde el 1º de octubre de 1945 "hasta igual fecha del año 1995, o sea cincuenta años a partir de la indicada fecha.—Podrá, no obstante, acordarse su disolución en Junta general y por mayoría de sus socios, necesitándose para ello el voto favorable al acuerdo de dos tercios de los accionistas como mínimo. Caso de que al finalizar dicho plazo de cincuenta años no se hubiese acordado la disolución de la Sociedad, se entenderá tácitamente prorrogado por otro igual plazo, y así sucesivamente" (artículo 4º) : y el artículo 25, que declara que "sobre los beneficios netos, deducción hecha de los gastos generales cargas sociales y amortizaciones, se deducirá un 20 por 100 para constitución de un fondo de reserva legal hasta tanto alcance la quinta parte del capital social. El sobrante será repartido entre los socios por partes iguales. No obstante, la Junta general de socios podrá acordar lo que mejor proceda. Las pérdidas que existieran serán repartidas entre los socios, también por partes iguales".

Presentada primera copia de dicha escritura en el Registro Mercantil de Huelva, fué calificada por el Registrador según nota del tenor siguiente: "No admitida la inscripción del precedente documento por los motivos siguientes: 1º Porque la Sociedad que por él se constituye carece de razón social, requisito éste que habrán de tener las sociedades limitadas y deberá hacerse constar en su respectiva inscripción por imperativo del artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil, que así incluye dichas sociedades en el grupo de las personalistas. criterio éste compartido por la Dirección General de los Registros en su Resolución de fecha 16 de abril de 1942 y en la escritura calificada se sustituye dicho requisito por una denominación objetiva, "Matadero Santa Lucía, S. L.", que es exclusiva de las sociedades anónimas o capitalistas, según los artículos 151 y 152 del Código de Comercio y 122 y 126 del Reglamento del Registro Mercantil, a más de que tal denominación puede implicar una competencia ilícita, toda vez que no existe medio legal de acreditar que no hay en España otra Sociedad así llamada. 2º Porque al señalar el plazo de duración de la sociedad se establece la posible prórroga tácita de aquél, contraviniendo así los principios fundamentales de nuestro sistema de Registros y especialmente la prohibición sancionada por el artículo 223 del Código de Comercio y corroborada por la Dirección General de los Registros en Resolución de fecha 16 de abril de 1942. 3º Porque al pactarse el reparto

de beneficios sociales no se respetan las reservas de capital que imponen las leyes de 19 de septiembre de 1942 y 30 de diciembre de 1943, por lo cual dicho pacto, por ilícito, es nulo, según el artículo 53 del Código de Comercio y los artículos 4º, 1º, 255 y 1 275 del Código civil. No se solicitó ni procede tomar anotación preventiva.

El Notario autorizante solicitó reforma de la calificación anterior en los puntos primero y tercero y subsidiariamente solicitó se tuviese por interpuesto el recurso gubernativo ante la Dirección General, al objeto de que se declarara que la escritura de referencia se halla extendida con arreglo a las formalidades legales declarando aquélla que dicha escritura no adolece de los defectos primero y tercero señalados en la nota del Registrador.

Considerando que por haber limitado el recurrente la petición de reforma de la calificación y el recurso interpuesto con carácter subsidiario, a los extremos primero y tercero de la nota, esta decisión ha de circunscribirse al estudio de las cuestiones comprendidas en los mismos apartados.

Considerando que la negativa a inscribir la sociedad mercantil de responsabilidad limitada constituida en escritura pública autorizada el 27 de julio de 1945 por el Notario de Aracena D. José Sánchez Somoano, se funda en primer lugar en la falta de una razón social que ha sido sustituida por la denominación objetiva "Matadero de Santa Lucía, S. L.", propia de las sociedades de capitales y que, según afirma el Registrador, puede dar lugar a una competencia ilícita.

Considerando que la razón social de las compañías constituye el medio de individualizarlas y denominarlas frente a los terceros y al público en general, cuya justificación debe buscarse en análogos fundamentos a los que determinan la necesidad del nombre en la persona natural, y si bien nuestro Código de Comercio, en armonía con las leyes comerciales de otras naciones, señala al enumerar los requisitos propios de las diversas formas de compañías reconocidas por el artículo 122, la razón social, como necesaria en la escritura de constitución de las regulares colectivas y comanditarias y por otra parte una mera denominación de las compañías anónimas adecuada al objeto u objetos de especulación escogido, lo hace sobre todo porque en aquellas empresas en las que los socios o una parte de ellos responden ilimitadamente de las obligaciones sociales, debe publicarse quiénes sean las personas sometidas a tales vínculos mientras que, en aquellas otras compa-

ñias en las que no resulta afectado del mismo modo el patrimonio personal de los socios, es decir, en las sociedades anónimas, la ley se limita a prescribir una especial denominación, siempre que esta no sea idéntica a la otra Compañía preexistente.

Considerando que el derecho extranjero se inclina a reconocer las compañías limitadas como un tipo intermedio entre las sociedades colectivas y las anónimas, y autoriza a los fundadores para que opten entre una denominación objetiva o una razón social integrada por los nombres de todos los socios o de parte de ellos y aun consiente el que puedan combinar ambos sistemas, con prohibición en todo caso de incluir en la razón social a personas extrañas a la Empresa.

Considerando que entre los antecedentes y trabajos de índole legislativa de nuestra patria relativos a las limitadas pueden mencionarse el proyecto elaborado por el Sr Roig Bergadá, cuyo artículo 9.^o afirma que adoptarán una denominación adecuada al objeto u objetos de la especulación que hubiesen elegido o una razón social formada con el nombre de uno o varios de sus socios, y el anteproyecto de reforma del Código de Comercio, redactado por la Comisión general de Codificación, el cual declara en el artículo 65, apartado 6.^o, que será uno de los requisitos de la escritura de constitución, la razón social a la que podráadirse la denominación que los socios convengan y que deberán ir inmediatamente seguidas por las palabras "compañía de responsabilidad limitada", que se consignarán de modo visible y sin abreviaturas en toda clase de publicaciones y documentos

Considerando que, en consecuencia de todo lo expuesto, afirmada la ausencia de una reglamentación específica de las sociedades limitadas en nuestro derecho, no se estima conveniente imponer con carácter absoluto a las mismas, la necesidad de una razón social porque ello, primero, equivaldría a adscribirle tipo de sociedades expresado a las sociedades personalistas con todas las consecuencias inherentes y a desconocer que aquéllas constituyen una figura intermedia entre las sociedades colectivas, las compañías anónimas y las mismas cuentas en participación de las que toman elementos diversos, y segundo, porque contrariaría las orientaciones advertidas en las legislaciones extranjeras y patria, sin otra base que la única declaración contenida en el artículo 108 del vigente Reglamento del Registro Mercantil.

Considerando que tampoco puede tomarse en cuenta el tercer defecto de la nota, sobre inobservancia de las Leyes de 19 de septiembre

de 1942 y 30 de diciembre de 1943, porque, según ya tiene declarado este Centro, las normas legales que ordenan la reserva legal obligatoria son de observancia forzosa, "jus cogens", en todas las empresas que obtengan beneficios líquidos superiores al 4 por 100 del capital social, y la autonomía y libertad de los socios para redactar los Estatutos está presidida siempre por la Ley en los puntos más esenciales, como se desprende del artículo segundo de la Orden de 17 de abril de 1942, por todo lo cual las normas contenidas en las indicadas Leyes prevalecerán, cualesquiera que sean los pactos convenidos por los socios al formalizar la constitución de la Compañía.

* * *

Cualquiera que sea la opinión que se sustente en el terreno doctrinal, en el campo del derecho positivo, nos enfrentamos con el artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil, de naturaleza sustantiva, como la de casi todos los artículos que contiene dicho Cuerpo reglamentario, en el que está contenida, en unión del brevíssimo título segundo del Código de Comercio, toda la legislación registral mercantil, cuyo artículo, al exigir que en la inscripción de la Sociedad de Responsabilidad Limitada se haga constar la *Razón Social*, no admite interpretaciones y es obligatorio.

Por otra parte, si dicho Reglamento, en su artículo 126, creó el Registro General de Sociedades Anónimas para evitar competencias ilícitas, y no creó el de Sociedades Limitadas, fué porque partió del supuesto de que éstas habrán de tener siempre *Razón Social*.

Los anteriores argumentos son del Registrador informante que —asimismo—, por lo que respecta al tercer defecto de su nota, aduce "que dejar a cargo de la función fiscal del Estado el velar por el cumplimiento de las leyes que imponen las reservas de capital, es olvidar el principio fundamental de legalidad y el deber de calificación establecido por el artículo 59 del repetido Reglamento".

Por nuestra parte, nos remitimos a las notas que pusimos a las Resoluciones de 16 de abril de 1942 y 15 de enero de 1945, que aparecen en los números 169 y 204 de esta REVISTA.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO.
Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 1946.—*Artículo 487 ley de Enjuiciamiento civil.*

No es cierto que en este laudo se les declara herederos abintestato de su padre, cuestión que, por otra parte, tampoco es de las que se refieren al estado civil de las personas, aunque en ella intervenga el Ministerio Fiscal.

Es indudable que el llamado Derecho social o del trabajo, que regula, entre otras materias, las reclamaciones contra los que comparecen en la obra de la producción como empresarios o asalariados, no por el carácter necesario de que frecuentemente aparece investido y que hace irrenunciables sus prescripciones en cuanto tienden a proteger al trabajador contra los abusos de la libertad contractual, pierde su carácter civil como no lo ha perdido en su esencia el Derecho mercantil por referirse a relaciones de índole privada, ni aparecen excluidos del Derecho civil normas que como varias de las que rigen la familia pertenecen al orden público, razones tanto más de tener en cuenta cuanto se trata de determinar el sentido del calificativo civil en una disposición como la del artículo 487 de la Ley de Enjuiciamiento que es de 1881, cuando el Derecho social no había adquirido ulterior desarrollo y por eso no hay motivo para suponer que el emplear dicha expresión se haya querido excluir del compromiso la materia social; pero es que, además, los artículos 435 y 459 del Código del Trabajo vigente en la materia, salvo en lo expresamente derogado como lo fueron en lo relativo a los accidentes del trabajo por diferentes disposiciones, la última la Ley de 6 de diciembre de 1941, expresamente reconocen a los interesados en los litigios de trabajo la facultad de someter sus diferencias a los amigables componedores, otorgándoles a la vez una acción de nulidad contra la decisión de éstos ante los Tribunales laborales

SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1946.—*Fideicomiso; tutela; prescripción.*

Con arreglo a la constitución once, título 42, libro 6.^o del Código de Justiniano y al párrafo 1.^o del fragmento 120, título 42, libro 30 del Digesto, enajenados los bienes que constituyen el fideicomiso, carece de acción para reclamarlos el fideicomisario si hubiese consentido la enajenación—consentimiento que en el caso controvertido prestó en representación del menor, ahora recurrente, su tutor, con autorización del consejo de familia—, esta-

bleciendo además la constitución tercera, título 74, libro 5.^o del citado Código, que si se han enajenado bienes de un menor, la acción que a éste corresponde para impugnar la enajenación se extingue por el transcurso del término de cinco años, a partir de la fecha en que el presunto perjudicado haya alcanzado la mayoría de edad, término que al presentarse la demanda había transcurrido con exceso; y si bien es cierto, como afirma el citado motivo, que el recurrente no podía reclamar la herencia relictiva en tanto viviese su madre, también es innegable que aun en vida de ésta y una vez llegado aquél a la mayoría de edad pudo impugnar la venta celebrada por su tutor, sin que, y bajo otro aspecto, quepa entender que en el orden patrimonial las facultades del tutor y del consejo de familia del recurrente se limitaban a los bienes que el mismo había heredado de su padre, porque si el objeto de la tutela de los menores es la guarda de su persona y bienes (artículo 199 del Código civil), si además el tutor representa al menor en todos los actos civiles, salvo los que por disposición expresa de la Ley pueda ejecutar por sí solo (art. 262 del mismo Código), y si, por último, el patrimonio constituye una unidad basada en la circunstancia de pertenecer una suma de derechos al mismo sujeto abarcando esa unidad todos los de carácter patrimonial, incluso aquellos que no hayan llegado a la perfección de su existencia jurídica, no podía darse por excluido de la esfera de acción del organismo tutelar del recurrente el derecho que pendiente de condición correspondía a éste en la herencia de P. B. S.; pero—aparte lo expuesto—no impugnada la afirmación de la Sala sentenciadora, según la cual en la fecha de interposición de la demanda llevaban los demandados más de treinta años poseyendo sin interrupción y en concepto de dueños las fincas reclamadas, esta sola circunstancia impediría acoger los citados motivos, dadas las normas establecidas en el Usatge *Omnes causaz* y en los artículos 1.957, 1.959 y 1.963 del Código civil.

SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE 1946.—*Promesa de venta.*

Como reiteradamente se ha dicho por esta Sala en numerosas sentencias, entre ellas con insuperable claridad en la de 15 de marzo del año último, si las partes que celebran un contrato, aun estando de acuerdo sobre los elementos esenciales de una compraventa, sólo se obligan a la prestación de un futuro consentimiento encaminado a celebrarla posteriormente, el contrato que convienen es simplemente el preparatorio de promesa de compraventa, cuyos efectos no pueden confundirse con este último; pero el cual no ocurre en el presente caso no sólo porque se conviene en la cosa objeto de la venta y en su precio, sino que al celebrar el convenio se entrega la finca de cuya venta se trata y el vendedor satisface varios plazos del precio convenido, por lo cual la compraventa no sólo se ha celebrado, sino que, además de perfeccionada, se ha consumado por ambas partes, y, al declararlo así la sentencia impugnada, calificando el cont. ato

que media entre los litigantes de compraventa con precio aplazado, no incurre en ninguna de las infracciones de ley que se señalan en el recurso, que parte del supuesto que lo convenido es una promesa de venta sujeta a condición suspensiva y resolutoria.

SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1946.—*Aval; error.*

o

Ante la alegación hecha por el demandado afirmando que suscribió como avalista la letra de cambio originaria de este pleito porque el librado y aceptante le hizo ver que se trataba de pura fórmula para la negociación de la letra, la sentencia recurrida, aun admitiendo que pudiera ser cierto el hecho alegado, estimó que no era constitutivo de error sustancial en el consentimiento prestado, y frente a esta apreciación se alza el primer motivo del recurso denunciando error de hecho, que el recurrente funda en la declaración de los testigos, sin tener en cuenta que ni la Sala de instancia niega el hecho alegado, ni en todo caso sería la información testifical el medio adecuado para acreditarlo en casación con el requisito de autenticidad que exige el núm 7º del artículo 1.692 de la Ley procesal.

En el mismo motivo primero se invoca, fundamentalmente, la infracción del artículo 1.266, en relación con el 1.261 del Código civil, por entender el recurrente que el hecho de haberle prometido el aceptante de la letra que ningún perjuicio le ocasionaría la firma por aval, determinaba la existencia de una maquinación insidiosa—dolo—, que anulaba el contrato por error en el consentimiento, y esta apreciación jurídica, en la que se involucran y asimilan los conceptos distintos de error y dolo, ha sido debidamente desestimada por la Sala sentenciadora, en atención a que no hay error sustancial en el consentimiento que da un comerciante, como el recurrente, al firmar por aval una letra de cambio, porque sabe la obligación de pago que contrae, y este razonamiento pudiera reforzarse jurídicamente teniendo en cuenta que el error invocado versaría sobre el móvil o motivo que determinó el afianzamiento de la letra, el cual no invalida el consentimiento si expresamente no ha sido elevado por los interesados a la categoría de causa o condición, aparte de que tanto el error como el dolo podrían esgrimirse en el caso de autos contra el aceptante, que es a quien se imputa la promesa de irresponsabilidad, pero no frente al actor y tomador de la letra que no ha intervenido en la formación del aval ni, por lo tanto, trascienden a él los posibles efectos jurídicos de un ofrecimiento verbal que por su exclusiva cuenta haya hecho el aceptante; por lo que procede desestimar este primer motivo del recurso.

La Sala de instancia declara la responsabilidad del avalista demandado por razón del capital e intereses de la letra de cambio pendientes de pago, pero al fijar la cuantía de lo adeudado incurrió en notorio error de hecho que es invocado en el segundo y último motivo del recurso, porque la propia certificación judicial que tuvo en cuenta la Sala no dice que la deuda por capital e intereses ascienda a 98.386,05 pesetas, como afirma el consi-

derando sexto de la sentencia recurrida, sino que lo que dice es que importa 99.350 pesetas, y como el Tribunal *a quo* declara probado que el acreedor-demandante tiene recibidas a cuenta 10.370 pesetas, que por aplicación del artículo 1.173 del Código civil habrán de imputarse al pago preferente de intereses y después al del capital, resulta evidente que por estos conceptos la deuda quedó reducida, por diferencia entre las dos cantidades últimamente citadas, a 88.980,05 pesetas, en vez de las 98.386,05 pesetas en que la Sala la fija, sin que por otra parte pueda admitirse en derecho que el avalista demandado venga obligado a satisfacer también los gastos judiciales producidos en pleito distinto que el actor de estos autos promovió anteriormente contra otro avalista de la misma letra, porque la garantía cambiaria externa para pago de la letra, que constituye la esencia del aval, sólo obliga, conforme a lo que dispone el artículo 487 del Código de Comercio, en el caso para el acreedor más favorable de que se haya suscrito en términos generales y sin limitación, a pagar la letra, pero no otras sumas que ni tienen su origen inmediato y directo en la cambiaria, ni son imputables al avalista-recurrente en concepto de gastos judiciales ocasionados en otro pleito, en el que no han sido parte; razones por las que procede por este último motivo la casación de la sentencia recurrida.

SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1946.—Censo *enfítetílico* (1)

La Constitución del emperador Zenón, ley primera, título 66 del libro 4º del Código de Justiniano, invocada por la parte recurrente como fundamento de derecho supletorio, a falta de norma directamente aplicable, para sostener su tesis de ser válido y eficaz el pacto de perpetuidad forzosa para el causatorio de la enfiteusis en Cataluña, no dispone por modo expreso la validez de dicho pacto ni se refiere para nada a él, y únicamente, por deducción argumenta aquella parte que, mandando dicha Constitución el cumplimiento firme, perpetua e ingenuamente, de todo lo convenido por escrito en enfiteusis, en tal mandato está comprendido el pacto escrito de perpetuidad.

Para aceptar la legitimidad de esa deducción habría que prescindir del enlace de un precepto particular con los demás reguladores de la propia institución; con los que en general regulaban la Propiedad de Derecho Romano y con los principios que informaban a unos y otros, enlace de imposible apreciación actualmente, porque dada la confusión que hasta Zenón, por lo menos, se padeció de la enfiteusis, con la venta unas veces y con el arrendamiento otras; la dualidad de tipos a que respondían el *jus enphiteuticum* y el *jus perpetuum*, no modificados hasta después, y el conocimiento borroso de sus respectivas características, sería aventurada la aplicación actual de una norma cuyo alcance preciso y exacto en orden a la cuestión de que se trata, nadie podría determinar, y eso para

(1) La Sentencia de 13 de julio de 1946 repite la doctrina sentada en esta Sentencia.

conceder eficacia, por deducción de la mal conocida norma, a un pacto contrario a los principios inspiradores de la regulación actual de la propiedad y a la conciencia colectiva de la región, al tiempo de convenirse, como después se dirá.

En ninguna legislación, y menos en el Derecho canónico, fundado como ninguno en la moral más pura, se ha reconocido la autonomía ilimitada e incondicionada de la voluntad hasta el punto de poder introducir en los contratos pactos contrarios a la moral y al orden público, y así, el principio *Pacta sunt servanda*, invocado en el recurso como inspirador en materia de contratación del Derecho canónico, supletorio de segundo orden en Cataluña, ha tenido siempre en este Derecho la limitación de no reconocer validez y eficacia a los pactos contrarios al Derecho divino, al mismo Canónico y aun a las disposiciones prohibitivas del Derecho civil, vigente en el territorio correspondiente.

Sean cualesquiera las opiniones que fundadamente puedan sostenerse respecto a los anteriores extremos, es incuestionable que los principios fundamentales de la regulación moral de la propiedad y de la contratación sobre la inmueble en Cataluña, y las aspiraciones de la colectividad y opiniones de los doctos desde la promulgación de las leyes desvinculadoras, desde 1811 y 1823, se orientaban hacia la conjunción de la propiedad indivisa con la ilimitada, constituyendo el dominio pleno, considerado a la razón como la relación perfecta del hombre con los bienes, ya que es la que le permite desplegar pleno poder sobre la naturaleza, estimándose los estados de división de las facultades integrantes del dominio entre varios sujetos, como meras situaciones transitorias, arbitradas para proporcionar los que tenían exceso de tierra o de capital, medios de trabajar a los que carecían de una o de otra cosa, terminando al cabo de más o menos tiempo, pero indefectiblemente en la reunión de las facultades dominicales de un titular, concepción a la cual repugnaba, por lo tanto, el pacto de división perpetua de esas facultades, sin esperanza, para el cultivador o industrial, de redimir su suelo de toda carga y servidumbre contra la voluntad del dueño directo.

Si la irredimibilidad del censo en cuestión no puede apoyarse en la Constitución del emperador Zenón, por carecer ésta de norma aplicable, ni en el principio *Pacta Sunt Servanda*, que en el Derecho canónico no puede amparar la obligatoriedad de un pacto rechazado por la conciencia colectiva, por contrario a los fines morales de la propiedad, forzoso es concluir que en la sentencia recurrida, al desconocerse la eficacia de dicho pacto en el caso de autos, no se infringieron ni la Constitución ni el principio invocados en el primer motivo del recurso.

Las diferentes leyes que a partir de las de 1811 y 1823 abolieron o declararon redimibles en todo el territorio nacional *todas las pensiones* que afectasen a la propiedad inmueble, y, por lo tanto, al censo enfitéutico en Cataluña, con la subsiguiente derogación y suspensión de algunas de ellas, crearon una situación de derecho expectante, dentro de la cual nació el

censo establecido por la escritura de 30 de enero de 1895, cuya regulación quedó sometida a las vicisitudes de dicha situación.

Tal situación jurídica, subsistente a la publicación del Código civil, fué aceptada por éste, ya se considerase que la regulación de la redención del censo en él contenida sustituyó a las leyes generales, derogadas unas y en suspenso otras, sobre redención forzosa de pensiones reales, o ya se entiende aplicable dicho Código en Cataluña por disposición de su artículo 12, como derecho supletorio, en defecto del Romano y del Canónico, carentes, según se ha dicho, de normas por cuya aplicación pudiera decidirse la cuestión debatida sobre validez o ineficacia del pacto de irredimibilidad del censo enfiteútico, lo que impone la conclusión de que la sentencia recurrida, estimando aplicable el Código civil, no ha infringido el citado artículo 12, invocado también como primer motivo del recurso.

No debe confundirse la analogía que, por la división de las facultades de usar y disponer, puede apreciarse entre la enfiteusis y el foro y demás derechos análogos, con la identidad entre esas instituciones, confusión en que ha incurrido la Sala de instancia, y que la ha llevado a la infracción de los preceptos legales contenidos en el párrafo tercero del artículo 1.611 del Código civil y en el primero del Real Decreto-Ley de 25 de junio de 1926, por su indebida aplicación al caso, y a la del párrafo primero del artículo 1.611 ya citado, por no haberse aplicado, con relación con el 1.651, infracciones invocadas como segundo motivo del recurso.

En efecto, que la enfiteusis y el foro y derechos similares son instituciones cuya analogía no pasa de la división de facultades indicada, pero entre los que hay profunda diferencia precisamente en lo que se refiere a la redención, que siendo característica de la enfiteusis, según la concepción moderna de ésta, porque su duración indefinida nunca puede terminar en la consolidación de ambos dominios en el censualista, si no es por el ejercicio de los derechos de comiso, de retracto o de sucesión irregular por muerte abintestato, sin herederos legítimos, del enfiteuta, no la había por su naturaleza y origen, en el foro y derechos análogos, de duración definida, aunque indeterminada, y cuya terminación natural debía ser siempre la consolidación de los dos dominios en el dueño directo al cabo del tiempo de duración pactado.

Esa diferencia fué la determinante de las distintas soluciones dadas en el Código civil al estado legal expectante creado por las citadas leyes y su derogación, disponiendo la redención forzosa para el censo a voluntad del censatario, aun contra pacto, en el artículo 1.608, aplicable y por disposición del mismo, a los censos existentes a la sazón, sin distinción entre los tres tipos definidos en los tres artículos precedentes: el primero de ellos el enfiteútico, regulando en preceptos posteriores la redención y aceptando en principio ésta, no por su naturaleza y origen, sino por razones de equidad y conveniencia social para los foros y gravámenes semejantes, pero dejando su regulación para esa disposición especial que fué el Decreto-ley de 25 de junio de 1926, que no se refiere, ni tenía por qué

referirse a la enfiteusis, ni puede aplicarse, sin infringir sus preceptos, para decidir cuestiones sobre redención de la enfiteusis en Cataluña, ni para la aplicación a los derechos a que se refiere sería competente la jurisdicción ordinaria, sino el Tribunal especial constituido al efecto; lo que impone la casación de la sentencia recurrida por el segundo motivo.

Todo lo expuesto soporta el contrato con la Ley de 31 de diciembre de 1945, promulgada, no para establecer como nueva solución el principio de redimibilidad de la enfiteusis y la nulidad del pacto contrario demandada, como se dice en el preámbulo de la Ley, «por la opinión pública, acorde con la de los censualistas y censatarios», sino para regular la forma y cuantía de la redención *en todos los casos*; para resolver graves problemas planteados en el orden hipotecario; por el enorme fraccionamiento de muchas fincas dadas en enfiteusis; por la confusión e indeterminación hipotecaria producida por las causas que se expresan, y para evitar situaciones anómalas, como las de pensiones con dominio redimido o dominio sin pensión, si bien, además de atender a todos esos problemas, ratifica ya en el artículo 21 la redimibilidad, a petición del censatario, de los censos pactados como irredimibles, declarando nulo el pacto de irredimibilidad, tanto para los censos futuros, como para los existentes a la publicación de la Ley, según epígrafe de su capítulo III, en el que está incluido el artículo 39, en que la declaración de nulidad se hace, y que sin dar efecto retroactivo a la Ley ha podido extenderse a los censos existentes, porque ya se habían declarado forzosamente redimibles, como antes se ha expuesto.

El motivo tercero, fundado en supuesta interpretación errónea del artículo 1.654 del Código civil, ni es estimable, porque no se concreta cuál sea la que ha debido darse ni las consecuencias legales para la resolución del pleito, de una interpretación distinta a la dada por la Sala sentenciadora, ni a esa resolución podría trascender consecuencia alguna, caso de que una interpretación distinta las tuviese, porque ninguna petición fundada en la disposición de dicho precepto legal se ha formulado por ninguna de las partes.

○

LA REDACCIÓN.

V A R I A

IGNACIO DE CASSO *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*

El ilustre Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Central y ex Director general de los Registros y del Notariado, D. Ignacio de Casso, acaba de publicar una obra que titula *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*.

Preocupado siempre por los problemas hipotecarios, cuya realidad ha vivido por razón del cargo que desempeñó, fué uno de los primeros profesores universitarios que abordó en la cátedra el estudio del Derecho Inmobiliario, publicando en tiempo ya lejano sus *Nociones de Derecho Hipotecario*.

La obra que comentamos supera a aquellas modestas *nociones* —exposición sumaria de algunas particularidades del derecho Registratral— y constituye en realidad un tratado completo, que agota la exposición del contenido de esta rama del Derecho.

Ofrece, además, la novedad de ser la primera obra adaptada al vigente texto refundido de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946, y si a ello se añade la amplia referencia bibliográfica que contiene y la completa jurisprudencia civil e hipotecaria que encierra, se comprenderá el alto valor de esta nueva publicación, escrita con la sencillez y claridad que habitualmente distinguen a su competente autor.

La sistemática de la obra es la siguiente: Una introducción dedicada al concepto del derecho Inmobiliario y del Registro de la Propiedad, seguida de diversas partes, subdivididas éstas en capítulos y algunos de éstos desglosados en secciones.

La parte primera trata de la historia del Registro de la Propiedad, señalando su evolución en general, los matices fundamentales de los sistemas extranjeros, el desenvolvimiento en nuestro Derecho patrio y el alcance de las últimas reformas introducidas.

La segunda se ocupa de "La teoría del derecho del Registro de la Propiedad" y comprende los clásicos principios hipotecarios, a lo que también denomina *presupuestos*, tanto en su contenido teórico como en el desarrollo legal.

La tercera comprende "Los elementos del Registro de la Propiedad", y estudia como tales al Registrador, en su calidad de funcionario, y atribuciones que le competen: la finca, los derechos reales inscribibles, los títulos inscribibles, los libros del Registro, dirección e inspección, asientos registrales y la extinción de derechos y cancelación de asientos.

Merece destacarse en esta parte el acabado estudio de la finca, unidad básica en nuestro sistema registral y cuyo verdadero concepto se halla huérfano de regulación legal.

La cuarta se dedica a "La hipoteca", y se subdivide en capítulos dedicados a la hipoteca en general, las legales, voluntarias normales, excepcionales, anormales no reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico y, finalmente, los procedimientos hipotecarios.

La quinta se refiere a la "Inexactitud del Registro y su rectificación", con el análisis del proceso de ejecución nacido de la inscripción y reflejado en el vigente artículo 41 de la Ley Hipotecaria.

La sexta trata de la liberación de gravámenes, y finalmente, la séptima comprende el estudio del "Crédito territorial en relación con el Registro de la Propiedad", materia sobre la que el culto profesor trabajó en anteriores ocasiones, publicando una moción y proyecto de Ley sobre movilización de la propiedad inmueble, trabajo premiado por la Cámara de la Propiedad Urbana de Sevilla.

En la citada parte se hace referencia a los institutos de crédito en general y a los problemas derivados de la llamada movilización de la propiedad.

Se insertan unos gráficos relativos al volumen de operaciones realizadas por el Banco Hipotecario de España, datos tomados de la última Memoria publicada por la citada entidad bancaria.

Por último, la obra va acompañada de una tabla de los textos legales citados en la misma y de un amplio índice que facilita extraordinariamente su manejo.

Su autor pone de relieve en el proemio la finalidad primordial perseguida, que no es otra sino proporcionar orientación y guía a los alumnos universitarios que por primera vez se enfrentan con el derecho Inmobiliario registral.

En efecto, la carencia absoluta de una obra sintética y de carácter general que marque a los escolares las directrices fundamentales y les

proporcione un caudal mínimo de conocimientos, les coloca después, al enfrentarles con obras de distinta finalidad—como son, por ejemplo, las ordinariamente adaptadas a cuestionarios de oposiciones—en la dítilísima situación de trabajar o moverse en un mundo jurídico nuevo, expuestos a la confusión de ideas y conceptos y ante la tarea abrumadora de estudiar una materia incomprensible.

Esta obra del profesor De Casso llena ese vacío y habrá de prestar a las futuras promociones universitarias el señalado servicio de constituir, juntamente con las explicaciones de la cátedra, una pieza fundamental para el estudio del derecho Inmobiliario. Quien la estudie a fondo encontrará un bagaje científico qué le permitirá abordar con paso seguro las más altas empresas.

Por consiguiente, puede sentirse satisfecho plenamente el maestro de haber logrado su propósito.

Además, esta rama del Derecho que estudia la obra adquiere cada día más vigor y su contenido se ve considerablemente ampliado. Quiérase o no, el Registro de la Propiedad desempeña una alta misión en el tráfico jurídico inmobiliario cada vez más creciente, y las últimas reformas de nuestra Ley Hipotecaria plantean problemas de vital importancia que el jurista no puede soslayar.

Registradores, Notarios y juristas se aprovecharán, pues, de esta valiosa aportación del ilustre Catedrático, que señala en todo momento con verdadero acierto y claridad las últimas posiciones de la ciencia jurídica inmobiliaria.

Por todo ello, felicitamos cordialmente al autor.

AMANDO GARCÍA ROYO, Juez de Primera Instancia. *Jurisprudencia sobre las leyes de arrendamientos rústicos.*—Gráficas Voluntad. Sociedad Limitada. Madrid.

Un tomito, que constituye un apéndice al *Tratado de Arrendamientos Rústicos*, del mismo autor; contiene las sentencias dictadas sobre la materia en 1945 y la doctrina legal de las pronunciadas en años anteriores, agrupándolas en consideración a los preceptos a que afecta esencialmente.

Es obra muy útil, no sólo para el personal de la judicatura que ha de entender en los pleitos sobre esta clase de arrendamientos, sino para los propietarios, arrendatarios y abogados en ejercicio.

PASCUAL GÓMEZ PÉREZ. Registrador de la Propiedad: *Ley Hipotecaria Texto refundido aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1946, comparado con el de la Ley de Reforma de 30 de diciembre de 1944 y con el de la de 16 de diciembre de 1909 y demás preceptos legales y reglamentarios que le han servido de precedentes.*

La obra del Sr Gómez Pérez, de evidente utilidad para cuantos se ocupan del estudio y aplicación del derecho Inmobiliario, revela una labor concienzuda de investigación, una paciencia de benedictino y un formidable trabajo de ordenación.

Por medio del sistema de doble columna, se inserta íntegramente en una de ellas el texto refundido, y frente a él, en la otra, titulada "Precedentes", únicamente aquellas palabras que han variado, precedidas y seguidas de las indispensables para enlazarlas con las que no han sido alteradas. Las variantes de la Ley de 1944 se indican al final de cada página por notas.

Contiene, además, las exposiciones de motivos de la Ley de 30 de diciembre de 1944 y del Decreto de 8 de febrero de 1946, y varios apéndices sobre precedentes y concordancias de los artículos del texto refundido; texto de la Exposición de Motivos de la Ley de 1944, con indicación del texto refundido a que se refieren; tabla de concordancias entre la Ley de 30 de diciembre de 1944, sus precedentes y el texto refundido; tabla de concordancias de los artículos de éste con los de la Ley de 1944; tabla de concordancias entre los artículos de la Ley Hipotecaria de 1909 con las de la de 1944, y texto refundido y preceptos reglamentarios de jerarquía legislativa que han sido trasladados al texto refundido y su concordancia, y un índice alfabético de materias.

Con los elementos de esta obra, enumerados someramente, tendrá, a no dudar, un favorable éxito de crítica y de librería.

LA REDACCIÓN.

JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS: *La idea de la justicia en la tradición filosófica del mundo occidental y en el pensamiento español* —Editorial Reus Madrid. 1946 100 páginas.

El más alto magistrado español, y uno de los mejores civilistas del mundo hispánico, inauguró el año judicial 1946-1947 con el

discurso que tenemos a la vista. La obra reune brillantez expositiva con erudición, sistema con profundidad filosófica y sabiduría humana.

I.—Definiciones de la justicia (1): Cicerón define la justicia: "animi affectio suum cuique tribuens". Ulpiano la describe: "Constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi." San Agustín ya emplea el término *virtud*: "justitia ea virtus est quae sua cuique distribuit". San Gregorio la considera como una de las cuatro virtudes que pueden servir de fundamento a las buenas obras. Según Santo Tomás de Aquino, la actividad propia de la justicia consiste en dar a cada cual lo suyo: "propius actus justitiae nihil aliud est quam reddere unicuique quod suum est" (*Summa Theol.* II, 2, q. 58, art. 11). El Rey Don Sancho se expresa acerca de la justicia, en su *Libro de los castigos*, como sigue: "Creed por cierto que una de las cosas por las que más se salvan las almas y se mantienen los cuerpos, y los reinos y los estados, y las tierras, es la justicia. Y justicia no entendáis que sea solamente matar hombres, sino dar a cada uno lo que merece, haciendo bien por bien y mal por mal. Y aun todos los que han podido hacer justicia deben agradecer más a Dios que les dé lugar para galardonar que para castigar." También el Rey Sabio, Don Alfonso X, dió un hermoso concepto de la justicia, definiéndola: "Raygada virtud que dura siempre en las voluntades de los omes justos, e da e comparte a cada uno su derecho igualmente." Luego ensalza su excelencia en los siguientes términos: "E porque ella es tan buena en sí, comprehende todas las otras virtudes principales." Para terminar con la definición de un autor contemporáneo, reproducimos la de James Goldschmidt: "La justicia como virtud, esto es, en sentido subjetivo, es aquella disposición de la voluntad que tiende a realizar la justicia en el sentido objetivo, es decir, la constitución de relaciones iguales entre las personas con respecto a la distribución de bienes y a la solución de conflictos."

II.—Clases de justicia (2): Desde Aristóteles se distinguen varias especies de justicia. En primer lugar, se halla en la *Etica a Nicómaco*

(1) Véanse: Mendizábal, *Tratado de Derecho natural* (Madrid, 1920), páginas 70, 71; Juan Beneyto Pérez, «Ideas políticas de la Edad Media» (en *Breviario del Pensamiento Español*), p. 29; José Corts Grau, *Principios de Derecho natural* (Editora Nacional, 1944), ps. 39 a 43; James Goldschmidt, *Problemas generales del Derecho* (Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944), páginas 22 a 42.

(1) Legaz y Lacambla, *Introducción a la ciencia del Derecho* (Bosch, 1943), ps. 413 y ss., y sobre todo, ps. 422, 423; Cathrein, *Filosofía del Dere-*

el sentido de la justicia como virtud universal, que procede directamente de Platón y subsiste en Cicerón y en la filosofía cristiana, principalmente en San Agustín y Santo Tomás, y llega, según Legaz y Lacambra, hasta Leibniz, en la época moderna. Pero Aristóteles estableció, además, una ulterior determinación de la idea de justicia, llegando a la afirmación de una justicia particular como logro del equilibrio entre los intereses de los socios de una sociedad. Dentro de esta justicia particular distingue Aristóteles entre la justicia distributiva y la correctiva o sinalagmática. La primera establece una proporción geométrica entre las prestaciones a y b de dos personas, A y B , por un lado, y los derechos a' y b' , por el otro lado, según la fórmula $a \cdot a' = b \cdot b'$. La justicia distributiva se basa, pues, en el principio de que prestaciones constituyen un título para derechos. La justicia correctiva, en cambio, estriba en el principio que deberes exigen prestaciones, y plasma en una proporción aritmética. En efecto, si una persona, A , tiene el deber a' , pero su prestación real a o es menos o es más que a' , la justicia correctiva tiene que establecer la prestación debida. Esta última justicia correctiva puede ser subdividida en commutativa, cuando se refiere estrictamente a las relaciones de cambio y judicial, cuando es necesaria la intervención del Juez para que en los casos de controversia prevalezca una cierta medida. Santo Tomás de Aquino, interpretando a Aristóteles, en el sentido de que éste admitió una justicia distributiva—“*directiva in distributionibus*”—y otra commutativa—“*in commutationibus*”—, y añadiendo por su parte el concepto de “*justitia legalis*” como sinónimo de virtud general, y por la cual “*homo concordat legi ordinanti actus omnium virtutum in bonum commune*”, ha dado lugar a la clásica división tripartita de la justicia: commutativa, que sería la que regula las relaciones contractuales; distributiva, que afecta al Estado en cuanto debe repartir justamente las cargas y los honores, y legal, que se refiere a los individuos en cuanto miembros del Estado, que deben contribuir a las cargas comunes y a cumplir lo prescrito en las leyes, según un criterio de igualdad. Modernamente se reconoce una nueva forma de justicia, que es la justicia social, de la que se ha dicho que significa el reconocimiento de que “por encima de las relaciones de coordinación y subordinación

cho (segunda ed., Madrid, Reus, 1926), ps 41 y ss., sobre todo, ps. 47 a 49; James Goldschmidt, l. c.; sobre Aristóteles, comp. Gustav Kafka, *Aristóteles* (Reinhardt, München, 1922), ps. 156 a 160.

entre la comunidad y sus miembros existe un principio supremo, un valor de integración de la vida social humana, que intuimos, a través de la naturaleza sociable del hombre, en todas las manifestaciones de la vida colectiva y con entera independencia de la organización estatal, antes de que se despierte la conciencia del deber ciudadano de contribuir a la conservación y a la prosperidad de la comunidad, y mucho antes de que el Estado, subordinando la actividad social espontánea mediante el imperio de la Ley, reparta las cargas públicas según la resistencia de cada súbdito y los bienes públicos según la dignidad y méritos" (Luño Peña, *La justicia social*). Las conclusiones a las cuales llega James Goldschmidt son las siguientes. "De lo expuesto resulta que las funciones distributivas de la jurisdicción penal y de la legislación tienen un carácter completamente distinto. Mientras ésta, atribuyendo derechos e imponiendo deberes, regula el *haber* de las personas, aquélla, retribuyendo delitos, regula el *ser* de los individuos. Por consiguiente, hay que subdividir la justicia *distributiva* en dos ramas: la justicia *atributiva*, cuya encarnación es la legislación, y la justicia *retributiva*, que se encarna en la jurisdicción penal. Esta segregación de la jurisdicción penal de la legislación la lleva, al mismo tiempo, a un paralelo correcto con la jurisdicción civil. Como ésta, tiene un carácter secundario; sólo que mientras que la jurisdicción civil protege los derechos atribuidos por la legislación, la jurisdicción penal inculca y sanciona los deberes impuestos por la misma."

III.—Función de la justicia (1). El papel de la justicia consiste en enjuiciar el valor o desvalor del Derecho positivo. No obstante, no todos los autores opinan así, ni los que así opinan coinciden entre sí acerca del criterio de la valoración:

1.º Opinión que niega la sumisión del Derecho a la justicia. Esta corriente doctrinal mantiene que el Derecho goza de completa independencia, por no existir ninguna clase de justicia como medida valorativa del mismo. Esta tesis posee, a su vez, dos desenvolvimientos:

a) Doctrina pesimista: La doctrina pesimista niega la existencia o la cognoscibilidad de la justicia, y reconoce sólo al Derecho positivo.

(1) Giorgio del Vecchio, *Filosofía del Derecho* (trad. y anotaciones por Recaséns Siches; Bosch, tomo I, 1929); ps. 419 a 525; Legaz y Lacambrà, I. c., ps. 424 a 437; Abate Maurice de Baets, *Las bases de la Moral y del Derecho* (Madrid, 1907); Max Ernst Mayer, *Filosofía del Derecho* (traducción Legaz y Lacambrà; Labor, 1937), ps 173 y ss.; Stammler, *Tratado de Filosofía del Derecho* (trad. Roces; Reus, 1930), ps. 240 y ss.

Ya Arquelao, filósofo de la escuela jónica, discípulo de Anaxágoras, afirmó que el Derecho no existe por naturaleza, sino sólo por la Ley. La misma doctrina fué sostenida también por los sofistas. La justicia, dice Trasimaco, es lo que conviene al más fuerte. El Derecho sería, pues, según certera observación de Del Vecchio, un mandato arbitrario, enteramente relativo y privado de autoridad intrínseca. Estas doctrinas fueron sostenidas en forma similar por los filósofos de la Academia Nueva (p. ej., por Carnéades de Cirene) y, en tiempos modernos, por Montaigne y Pascal. También Hobbes niega al Derecho un fundamento racional y cree que es sólo expresión de autoridad. El positivismo jurídico defiende idéntica doctrina. La "escuela de Viena", finalmente, llega al mismo resultado, puesto que considera a la justicia como un tema científicamente incognoscible.

b) Doctrina optimista: La doctrina optimista afirma, a diferencia de la tesis pesimista, la existencia de la justicia. Lo que niega, en cambio, es su idoneidad como criterio deontológico. La razón de esta su ineptitud reside en que la justicia se encuentra diluida en el Derecho positivo. El Derecho positivo está henchido de justicia. La tesis optimista, a su vez, puede ser racionalista o irracionalista. Hegel y sus secuaces, como por ejemplo Lasson y Binder, defienden la doctrina racionalista: lo que es, es racional; y lo que es racional, es. La justicia se encarna en los diferentes Derechos positivos. No se debe separar Derecho y justicia sino fusionarlos dialécticamente. La "Escuela histórica" mantiene la dirección irracional "No niega criterio e ideales de justicia, no incurre en un escepticismo absoluto frente al problema valorativo del Derecho. Todo el nervio ideológico de la escuela histórica está saturado por una actitud ideal; lo que sucede es que el único criterio de justicia está en la conciencia jurídica histórica. No hay, ni puede, ni debe haber más Derecho que el positivo que en cada momento y comunidad fragüe la conciencia popular. La Escuela histórica es irracionalista. La justicia es siempre el producto, *hic et nunc*, de la conciencia real del pueblo. Y esta conciencia no es soporte de actos racionales sino de instintos oscuros (pero certeros) de presentimientos infalibles." (Recasens Siches, 1. c., ps. 498, 499.)

2.º Opinión que afirma la sumisión del Derecho a la justicia. La mayoría de los autores valora el Derecho mediante un criterio superior. Este criterio puede consistir en un valor meramente humano, o, al contrario, en una revelación religiosa.

a) Justicia humana. Dentro de la justicia, humanamente concebida, hay que distinguir una dirección material y otra formal.

a') Dirección material: Esta dirección cree posible llegar a un concepto de justicia repleto de contenido. La Escuela de Derecho Natural Racionalista opina, por ejemplo, que la razón humana nos enseña qué actos son justos y cuáles son injustos. Forman parte de esta escuela Grocio, Pufendorf, Chr. Wolff, Vattel, etc. Mas esta escuela no había sido capaz de superar un casuismo de la razón. El llamado utilitarismo espera poder indicar de modo general lo que la razón enseña reconduciendo la justicia a la utilidad. Este sistema, ya delineado en forma primitiva por la escuela hedonista o cirenaica (fundada por Arístipo de Cirene), fué construído después de modo más amplio y más racional por Epicuro (que enseñó en Atenas desde 306 a 270 años de J. C.). Pero tal sistema obtuvo sus mayores desarrollos en la moderna filosofía inglesa, sea que predique la utilidad individual como Bentham (1748 - 1832) (1), sea que contemple la utilidad biológica de la especie, como Spencer (1820 a 1904), sea que se atenga a la utilidad colectiva, como John Stuart Mill (1809 a 1882). Otros autores recurren al sentimiento de lo justo, como ulterior criterio deontológico. Piénsese, por ejemplo, en Loening, Riezler o M. E. Mayer.

b') Dirección formal: Esta dirección arranca de Kant y se basa en una de sus ideas fundamentales: todo contenido es de origen empírico y de validez relativa; sólo los principios de ordenación son apriorísticos y de validez universal. La justicia es absolutamente válida. Por ende, ha de ser formal. Su ley general puede formularse de la siguiente manera. "Obra exteriormente de tal manera que el libre uso de tu albedrío pueda subsistir con la libertad de cada uno." Stammller sigue la trayectoria de Kant y establece principios formales en los cuales un Derecho justo debe inspirarse. Helos aquí:

- 1.º Principios de respeto
 - a) Una voluntad no debe quedar nunca a merced de lo que otro arbitrariamente disponga;
 - b) toda exigencia jurídica deberá ser de tal modo que en el obligado se siga viendo el prójimo.
- 2.º Principios de solidaridad:
 - a) Un individuo jurídicamente vinculado no debe nunca ser excluido de la comunidad por la arbitrariedad de otro.
 - b) todo poder de disposición otorgado por el Derecho sólo podrá excluir

(1) Véase sobre dicho filósofo, Eduardo J. Couture: *Presencia de Bentham* (Montevideo, 1946), estudio lleno de belleza literaria, profundidad de comprensión y nobleza de sentimientos.

a los demás de tal modo, que en el excluido se siga viendo el prójimo.

b) Justicia divina: La doctrina ortodoxa afirma que la justicia consiste en la conformidad del Derecho positivo con el Derecho natural, que, a su vez, es la participación del hombre en el plan divino de la creación. Todos los autores católicos, desde San Agustín, Santo Tomás y Suárez, hasta los más modernos, como Cathrein, Petraschek, Schilling, Renard, Delos, Lachances, Corts Grau, etc., opinan de esta forma

IV La justicia y conceptos afines: El Derecho positivo está sometido al criterio de la justicia. Pero en la vida política se aplican también con frecuencia diferentes valoraciones. Se califica una ley, por ejemplo, como justa, opinando, no obstante, que su aplicación a un caso concreto infringe la equidad. Al revés, se admite la injusticia de una ley, mas se sostiene su validez en holocausto a la seguridad jurídica. La equidad aspira a corregir, conforme ya enseña Aristóteles, los excesos del carácter abstracto del Derecho. La seguridad jurídica, en cambio, exige precisamente el mantenimiento del carácter abstracto "contra viento y marea". Equidad y seguridad jurídica parecen conceptos correctivos de la justicia. En efecto, autores como Radbruch sostienen que la justicia, la seguridad jurídica y la utilidad (la cual es considerada por Radbruch como el tercer factor) están en continua pugna. Nosotros, no obstante, opinamos que equidad y seguridad jurídica forman parte de la justicia, sin que por ello, en su seno, haya de producirse un insoluble conflicto. La justicia enfoca el caso individual formando, por ende, una auténtica unidad con el principio de equidad. La seguridad jurídica constituye, en cambio, el límite de la justicia. Sin embargo, este límite dimana orgánicamente de la justicia y no le ha sido impuesto desde fuera. Una ley demasiado abstracta y rígida resulta injusta en un grupo de casos y justa en otro. La equidad remedia la injusticia parcial. Pero no se olvide que la justicia debe crear un orden y ha de evitar, por ello, todo lo que puede llevar anejas perturbaciones. No obstante, la consideración de la seguridad jurídica, como la encontramos, por ejemplo, en las instituciones de la prescripción adquisitiva y extintiva, la cosa juzgada, la protección de la buena fe en la exactitud de los registros, etc., no infringe la justicia si es conocida o cognoscible de antemano por los interesados y éstos disponen de medios para prevenirla.

WERNER GOLDSCHMIDT