

REVISTA CRITICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

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

---

Año XXI

Noviembre 1945

Núm. 210

---

## Herederos legítimarios

Permítaseme llevar una cuartilla al interesante debate suscitado por los distinguidos compañeros Dávila y Roca Sastre con sus magistrales estudios sobre herederos y legítimarios, vueltos a nueva actualidad merced a la certera impugnación de Sols y al magnífico trabajo de Virgili Sorribes.

No precisa decir que tan corto espacio sólo permite muy breves observaciones sobre la conclusión más importante de las logradas por los mencionados compañeros.

Sin duda alguna, la más importante; porque si prevaleciera al amparo del prestigio científico de quienes la sostienen, actuaría como bomba atómica en el articulado del Código civil y en las prácticas profesionales y reduciría a polvo impalpable toda la construcción jurídica de las legítimas, elaborada con tanto esfuerzo a través de los siglos.

Todo a base de una supuesta pugna de intereses entre legítimarios y herederos, con absoluto sacrificio de los legítimarios.

Y también como desconcertante consecuencia de la bien lograda distinción entre ambas figuras, pues después de conseguida plenamente, con abundancia de razones incontrovertibles, se la niega en el momento de su mayor eficacia, cuando la diferenciación toma todo su valor al declarar aquéllas incompatibles en la misma persona.

Porque de nada servirán al legítimario las defensas de la Ley;

si al fin ha de pagar las deudas y obligaciones del causante con sus bienes propios, entre los cuales han de figurar, necesariamente, los adquiridos por la legítima.

Se trataría de un juego inocente, sin resultado práctico, por lo que es preferible sostener, frente a las premisas establecidas, que «el heredero viene a ocupar la total o idéntica posición jurídica del causante, haciendo suyos los bienes relictos *iure hereditario*, y frente a este título absorbente, comprensivo, enérgico y atrayente quedan inoperantes los demás títulos, que de otra suerte le atribuirían bienes de la herencia. Hay una concurrencia de dos causas adquisitivas (*ex duabus causis res eadē nobis adquirir*), y en su pugna vence la más enérgica, universal y totalitaria, cual es la de heredero, pues éste no puede ser al mismo tiempo *honoratus et oneratus*».

Son palabras de Róca, a las que hay que agregar estas otras de Dávila: «Donde hay herencia no hay legítima, y por ello heredero y legitimario no puede darse en la misma persona, de igual manera que nadie puede tener derechos contra sí mismo. El heredero es continuador del causante, y por ello asume toda su personalidad y patrimonio en lo que tiene de transmisible y representable. El legitimario es un pariente próximo que tiene derechos contra el causante mismo y por ello contra el heredero.»

Por último, Virgili Sorribes abunda en la misma opinión con estas frases: «*A) Deudas del causante: b) Impuestas en testamento:* Como heredero forzoso no responde de ellas, de forma que, como tal, hará suya la porción de bienes que en concepto de legítima la Ley le reserva. Ahora bien; como heredero voluntario responde de ellas con todos sus bienes (art. 1.003 del Código civil), y como lo recibido en concepto de legítima es suyo, también está afecto al pago de dichas deudas.»

Bien es verdad que se ofrece como recurso al legitimario, que a la vez es heredero, la aceptación de la legítima y la repudiación de la herencia.

Mas este recurso, dentro de nuestro Derecho positivo, no es tan viable como pudiera parecer, si nos atenemos al sentido literal del artículo 990 del Código, ausente en los razonamientos de los que admiten aquella hipótesis.

Pero no se trata de abordar este problema, sino de recordar la verdad bien sabida de que la legítima en nuestro Derecho positivo,

cualquiera que sea el sistema, romano o germánico, en el que la creamos inspirada, es una evidente prohibición de disponer.

Como porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la Ley a determinados herederos, llamados por eso herederos forzados, la define el artículo 806.

Precepto que trae a la memoria el artículo 4.<sup>º</sup> del mismo Código, conforme al cual son nulos los actos realizados contra lo dispuesto en la Ley, salvo los casos en que la misma Ley declare su validez.

De modo que el testador realiza un acto evidentemente nulo cuando dispone de sus bienes contraviniendo los preceptos prohibitivos que amparan las legítimas.

«*Nullum es negotium, nulla obligatio; nihil agitur, nihil actu est*», dijo Gayo y repiten todos los juristas.

Lo nulo no puede convalecer y carece de existencia ante el Derecho.

Por tanto, no puede ser prevista la adquisición por el heredero de obligaciones inexistentes.

El sucede al causante en las creadas válidamente, pero no en aquellas afectadas de nulidad por mandato expreso de la Ley.

Como dice Dávila, el heredero es continuador del causante y por ello asume toda su personalidad y patrimonio *en lo que tiene de transmisible y representable*.

Así se explica la perfecta convivencia en la práctica de heredero y legitimario, referidos a la misma persona, cuando el testador ha dispuesto de sus bienes más allá de los límites permitidos por la Ley.

Como legitimario invoca su título de adquirir, extraño a la voluntad del testador, y ejerce las acciones que le asisten para lograr la nulidad total o parcial de las mandas o legados, donaciones infeciosas, cargas y gravámenes que niegan o merman la legítima.

Como heredero cumple las obligaciones creadas en el testamento que mantenga su validez, por hallarse dentro de los límites marcados por el legislador a la facultad de libre disposición.

No hay, pues, entre heredero y legitimario pugna de intereses ni choque dramático.

PASCUAL LÁCAL,  
Notario

# La inscripción registral y el problema de sus requisitos formales<sup>(1)</sup>

## C. EFECTOS JURÍDICOS DE LA INSCRIPCIÓN (2).

La inscripción registral, una vez que logra su firmeza, es fuente originadora de muy especiales efectos jurídicos. Tales efectos alcanzan: *a la propia inscripción en cuanto asiento, al titular del derecho inscrito* y a los que de él traen causa jurídica: *a los terceros*.

a) *Efectos de la inscripción en cuanto simple acto jurídico.*— Como ya quedó dicho y demostrado, la inscripción registral constituye la expresión formal de declaración de voluntad de un órgano jurisdiccional del Estado. Y en consecuencia.

a') Proclama una situación jurídica inmobiliaria de modo *definitivo y completo*. Vincula al Registrador que la ha dictado, sometiéndole a responsabilidad. Y se consideran dictadas tan luego como han sido autorizadas con la firma del Registrador (arts. 229 de la Ley y 293 del Reglamento hipotecario).

b') Le es institucional la nota de *invariabilidad*. Una vez dictadas, no se pueden variar ni modificar. Sólo a través de procedimiento de nulidad, por vicio en el fondo o en la forma de la inscripción, cabe su modificación. Y ello a través de asiento cancelatorio o destructor de la inscripción anulada (arts. 77 y 79 de la Ley).

(1) Véase el número 208 de esta REVISTA.

(2) El problema de los efectos jurídicos que produce la inscripción es de una importancia capital, dentro de la técnica registral inmobiliaria. Y tratarlo aquí, con la amplitud que merece, daría a este trabajo proporciones innecesariamente desorbitadas. Al fin que perseguimos basta un trazado esquemático de la cuestión, una cuasi enunciación del problema, que actúe a modo de premisa lógica en que puedan apoyarse los razonamientos inspiradores de la tesis objeto del presente estudio.

c') Es de interés público su *transcendental fuerza de obligar*. La seguridad del comercio jurídico exige que los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales del Estado deban ser aceptados como actos de autoridad que sancionen en todo caso la eficacia y utilidad de la función jurisdiccional. "Los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales, y producen todos sus efectos mientras no se declare su nulidad" (art. 51 del Reglamento hipotecario).

b) *Efectos de la inscripción con relación al titular inscrito*.—En relación con el titular inscrito, los efectos de la inscripción se traducen en determinadas presunciones legales, sobre las cuales se apoya toda la técnica constructiva de la tutela registral.

a') *Figura en primer lugar la presunción de exactitud del Registro*, expresión del valor sustantivo que la inscripción merece dentro de un régimen jurídico registral de riguroso desenvolvimiento técnico, y que nuestra vigente Ley hipotecaria desarrolla a través del artículo 41 de modo imperfecto y confuso. De acuerdo con su progenie germánica, la presunción de exactitud registral equivale a reconocer que *si un derecho está inscrito se presume que existe y pertenece a aquél a cuyo favor está inscrito*. Y a "sensu contrario": que *si un derecho está cancelado, se presume que no existe*.

En nuestro Derecho, el principio ha sido intuído, palpado, pero expuesto y desarrollado con manifiesta imprecisión técnica. Las reiterativas vacilaciones del legislador y el funesto afán de desembocar en soluciones eclécticas y transaccionales, impidieron que el principio fuese desarrollado en nuestro ordenamiento positivo con la concreción y exactitud debidas. Porque ni a través del artículo 41 de la Ley, ni de la indecisa declaración del artículo 97 de la misma, aparece una exacta y precisa formulación del llamado principio de legitimación registral, en el que cristaliza toda la fuerza operante de la presunción de exactitud. Con una mayor precisión se produce el artículo 24, confirmación y complemento técnico de la presunción legal estatuida en el artículo 41 de modo impreciso y desvaído. Y ello se explica si recordamos que tales artículos, aunque distanciados en la sistemática expositiva de la Ley, fueron en la de 21 de abril de 1909 los artículos 15 y 16, correlativos ante la unidad del propósito que en ellos se contenía. Si la inscripción registral actúa a modo de investidura, es apariencia de la existencia de derechos, lógica es la consecuencia de que no puede destruirse el derecho sin destruir previamente o a la vez la apariencia del mismo, la inscripción.

No obstante las consideraciones expuestas, justo es afirmar que una recta interpretación de los referidos preceptos se orienta hoy, unánimemente, hacia su originaria técnica inspiradora (1).

b') *La presunción posesoria.*—La fuerza legitimadora de la inscripción, la presunción de que al titular inscrito corresponde o pertenece el derecho registrado, ofrece como consecuencia la llamada presunción posesoria. *Se presume que quien tiene inscrito el dominio de bienes o derechos reales inmobiliarios tiene la posesión de los mismos y goza de las protecciones posesorias que asisten al dueño*

Ello equivale al reconocimiento de que la posesión es, natural y normalmente, la exteriorización del derecho de propiedad, "una posición avanzada de la propiedá" (2), y que la protección posesoria es un complemento necesario de la protección de la propiedad.

La formulación de la presunción posesoria registral a través del artículo 41 de nuestra Ley hipotecaria también está lograda con la imprecisión técnica inevitable en un precepto, cuyas variadas redacciones obedecieron a tan bruscos cambios de criterio en la concepción y desarrollo del problema. No obstante, en su actual y vigente redacción cabe entender formulada la presunción posesoria registral con *relativa exactitud*. Como afirma el preámbulo del Real decreto-ley de 13 de junio de 1927, que diera su actual redacción al artículo 41 de la Ley, "la inscripción, como investidura solemne, declara frente a todos quién se halla legitimado como propietario o titular, y ordena al Juez que *prima facie* le considere como poseedor de buena fe" (3).

Las consecuencias prácticas de la presunción registral se traducen,

(1) Como aplicación del principio de legitimación, se estudia el llamado procedimiento de *tercería registral* establecido en el párrafo 2º del artículo 24 y que la general incomprendión e indiferencia hacia el Derecho inmobiliario registral ha limitado tanto el área de su aplicación y el éxito de sus resultados. Ver *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Ramón María Roca, t. II, pág. 271.

(2) *La posesión*, Rodolfo Von Ihering, versión española de A. Posada. Madrid. Editorial Reus. 1926.

(3) La corriente doctrinal inspiradora del artículo 41 en su última y vigente redacción, quizás explique la valoración procesal que para aquel legislador mereciera la presunción posesoria que el precepto reconoce en beneficio del titular inscrito. En nuestra opinión, tal presunción es algo más que una conjeta o mera prueba judicial, a primera vista o *prima facie*. La seguridad de las situaciones jurídicas a las que puede servir de apoyo exige una valoración más sustantiva de la presunción posesoria registral, no tanto en razón a sus fines cuanto a sus específicos efectos jurídicos procesales.

como es sabido, en ciertas y concretas ventajas procesales para el propietario inscrito. Su titularidad inscrita le releva de toda prueba y por sí sola tiene la suficiente fuerza para hacer efectivas y ejecutorias las defensas procesales de su *presunta posesión*, imponiendo al contradictor la carga de cualquier prueba en que se pretendiese apoyar oposición al ejercicio de los derechos inherentes a la titularidad registral.

c) *Efectos de la inscripción con respecto a terceros.*—La presunción de exactitud del Registro alcanza en su transcendencia jurídica a cuantos sujetos traigan su causa del titular inscrito, a los terceros, que en la fe pública registral han de apoyar la seguridad de las relaciones del tráfico. Institucionalmente, naturalmente, la inscripción ha de proporcionar plena garantía de firmeza y legitimidad en las transmisiones. Tal ha de ser el contenido de la fe pública del Registro. Frente a terceras personas que no intervinieron en la relación jurídica inscrita, la inscripción actúa a modo de fuerte presunción legal que garantiza la existencia, rango, contenido y titularidad de los derechos reales inmobiliarios registrados. Y ello de un modo definitivo y permanente. En tanto la inscripción no sea cancelada, el contenido registral se presume totalmente exacto. Su concordancia con la realidad jurídica se reputa completa. Así lo exige la seguridad y firmeza del tráfico inmobiliario.

En nuestro Derecho, como es sabido, el principio de fe pública registral no se formula como tal. Concebido con timidez y en un tono menor por los legisladores de 1861, a través de una serie de artículos de la Ley se advierten sus reflejos y se contienen diversas aplicaciones del mismo, que permiten llegar a la conclusión de que la protección del tercero en nuestro Derecho es el concepto equivalente o correlativo al de fe pública registral del Derecho germánico.

A modo de formulación de principio, el artículo 23 de la vigente Ley consagra el valor y alcance de la fe pública registral en minúscula e impropiamente negativa. *Al tercero, de modo exclusivo le afecta lo que consta en el Registro. Lo que no consta inscrito—aun debiendo ser registrado—no puede perjudicar a su derecho.* El Registro da al tercero la seguridad negativa de no afectarle o perjudicarle *aquellos que en el Registro no aparezca*.

Y a modo de derivaciones o aplicaciones del principio de fe pública registral, cabe señalar en nuestro Derecho positivo:

a) La inscripción registral confiere la titularidad de disposición, garantiza la preexistencia del derecho en el patrimonio del disponente.

Sólo el titular inscrito goza del *derecho de transmisibilidad* hipotecaria o según el Registro (art. 20 de la Ley).

b) La inscripción imprime carácter a los derechos inscritos; les da *rango hipotecario*. Y provoca, frente a terceros, el cierre del Registro para aquellos títulos de igual o anterior fecha al ya inscrito, anotado o presentado, y por los cuales se transmita o grave el mismo derecho (artículo 17 de la Ley).

c) La fe pública registral garantiza la *firmeza de los actos dispositivos sobre un derecho inscrito*. Los actos o contratos inscritos sólo pueden ser afectados de nulidad por causas o títulos que consten registrados (arts. 33 y 34 de la Ley).

d) La fuerza legitimadora de la inscripción se manifiesta, igualmente, frente a acciones rescisorias o resolutorias que no consten claramente en el Registro (arts. 36, 37 y 38 de la Ley).

e) La inscripción registral es garantía de perdurabilidad o *subsistencia del derecho inscrito*, mientras no se cancele. La cancelación destruye, en cuanto a terceros, esta presunción (arts. 77 y 97 de la Ley).

#### D. CONCLUSIONES CRÍTICAS.

De cuanto ha quedado expuesto, fácilmente pueden ser deducidas fundamentales conclusiones, que la índole de este trabajo aconseja formular sucintamente. Lo contrario fuera dar una extensión al mismo a todas luces desproporcionada.

Es la primera y esencial que al asiento de inscripción es institucional la observancia de determinados requisitos formales. Si en el asiento de inscripción cristaliza toda la actividad que el órgano registral desarrolla en el ejercicio de su especialísima función, evidentemente ha de admitirse que a la inscripción registral, en cuanto hecho o acto jurídico, le es institucional un riguroso formalismo. La forma es un requisito "ad solemnitatem" del asiento de inscripción. Su específica naturaleza jurídica impone determinados requisitos formales, signos exteriores que solemnicen su existencia y los cuales han de reputarse indispensables para que la inscripción sea válida.

En segundo lugar, ha de admitirse como postulado indeclinable que la técnica formalista de la inscripción registral debe apoyarse, necesariamente, sobre aquellos principios que son institucionales y rectores del

régimen jurídico de la propiedad inmobiliaria, considerado en su unidad. El aspecto procesalista de la cuestión se ofrece así con cierto valor adjetivo y complementario. La técnica formal de la inscripción ha de ser concebida al servicio y realización de aquellos fines institucionales del sistema registral que justifican la propia existencia del asiento.

Sobre tales bases cabe plantear el problema de los requisitos formales de la inscripción registral.

## II

### REQUISITOS FORMALES DE LA INSCRIPCIÓN.

El problema de los requisitos formales de la inscripción registral es una vieja cuestión, ya casi olvidada y falta de actualidad. Su propio carácter secundario, de una parte, y una inexplicable inercia legislativa, de otro lado, han sido la causa de que el formulismo de los asientos registrales se conserve hoy en nuestro ordenamiento positivo con estilo anticuado y anodino.

Esta persistencia de anticuadas formas ha sido observada con espíritu poco crítico y con lamentable indiferencia. Y, en consecuencia, poco o nada se ha hecho en pro de la superación de ese vetusto rigor formalista de los asientos de inscripción, de acuerdo con las exigencias de los tiempos y con la evolución y perfeccionamiento de la moderna técnica registral.

Por ello estimamos de verdadera necesidad el provocar un resurgimiento del viejo problema. Al estudio y consideración del jurista ha de ofrecerse con interés y hasta con saludable conveniencia la oportunidad de estimular y proteger orientaciones nuevas o remozadas de tema tan importante.

Pero al orientar semejante pretensión hacia cauces de positivas realizaciones es obligado y esencial tener presente:

1.<sup>o</sup> Que en los sistemas de Registro de desenvolvimiento técnico, *la finca* es la “*unidad fundamental, permanente y estable*” de las relaciones jurídicas inmobiliarias, lo que cumplidamente justifica las razones lógicas de organizar y construir toda la técnica formal de la inscripción sobre la finca como base, como entidad individualizada.

2.<sup>o</sup> Que la sustancia o contenido de la inscripción registral la in-

egra una relación jurídica patrimonial cuyo objeto es el inmueble inmatriculado.

Dos elementos esenciales constituyen, pues, el substrato básico de la inscripción registral: el elemento físico, *la finca*, y el elemento jurídico, *los derechos sobre la finca*.

A. *La finca*.—Con elocuente unanimidad se reconoce que todo el complejo de las relaciones jurídicas patrimoniales gira alrededor de esta tangible verdad: *la seguridad y firmeza de los derechos sobre la cosa se apoya, "ab initio", sobre la certeza de que la cosa existe*. Con la misma fuerza lógica que la premisa engendra la conclusión, *la certidumbre de existencia de la cosa garantiza la realidad de los derechos sobre la misma*. Y la seguridad de existencia física en las cosas del mundo exterior solo se logra a través de un procedimiento de identificación que permita localizarlas en su individualidad. Pero la técnica de este procedimiento no la proporciona el Registro de la Propiedad. Los sistemas de Registro constituyen una parcial realización del principio llamado de la *especialidad o determinación*. Y exigen como substrato de su técnica, exclusivamente jurídica, una prueba o aseguramiento de que la finca constituye la base real y efectiva de las relaciones jurídicas constatadas.

Si la vida tabular ha de ser una fiel expresión de la realidad jurídica, la *razón primera* para que el principio sea efectivo es la seguridad de que la finca existe y que las características de su identificación en los libros corresponde a las verdaderas y reales circunstancias físicas de los inmuebles inmatriculados.

Institucionalmente, pues, el Registro de la Propiedad sólo ofrece garantías a los derechos inmobiliarios inscritos. La presunción de exactitud no alcanza a la identificación física de la finca. He aquí el vacío que la técnica registral no puede llenar con los medios exclusivamente jurídicos de que dispone. El fundamental problema de la identificación o individualización de la finca, en cuanto punto de convergencia de todos los derechos registrables, es de la exclusiva competencia de la técnica catastral. Como elocuentemente previene la ley del Catastro parcelario en España, de 23 de marzo de 1906, al Catastro como institución corresponde la específica finalidad de poder representar y determinar la propiedad territorial en forma aprovechable para toda clase de aplicaciones sociales, económicas y jurídicas. El Catastro viene así a suministrar cuantas indicaciones y datos individuales son precisos para comprobar la real existencia del derecho de propiedad. De donde se sigue la

evidente y palpable necesidad de coincidencia y conexión entre los Libros de la Propiedad Inmobiliaria y un buen Catastro jurídico, esto es, no exclusivamente inspirado en criterios fiscales.

Ya la Junta creada por el Real decreto de 9 de octubre de 1902, y que, presidida por D. José Echegaray, redactó el proyecto de ley del Catastro parcelario de España, que más tarde llegó a ser la ley fundamental de 1906, concretamente estableció entre sus destacadas y esenciales finalidades: *que el Catastro y el Registro de la Propiedad fueran instituciones hermanas. Y que el Catastro se aproveche para titular e inscribir las fincas en la forma más sencilla posible y como elemento coadyuvante al fomento del crédito territorial*

La realización legislativa de tan sabias aspiraciones aún no llegó. A ello contribuyeron, sin duda, la frecuente desorientación de nuestra política nacional sobre el Catastro y las dificultades técnicas de mantener, en consecuencia, un armónico criterio de unidad legislativa sobre la materia. Pese a las sabias orientaciones que actualmente se imprimen a la ordenación catastral en España por el ingeniero agrónomo Sr. García-Badell (1), nos hallamos aún muy lejos de la feliz realización de un Catastro jurídico.

Y, en consecuencia, el fundamental problema de identificar la finca pervive en nuestra positiva legislación hipotecaria, sin haber conseguido siquiera los términos de su planteamiento. Seguimos como hace tres cuartos de siglo. Por ello resalta la conveniencia de salvar los peligros e incertidumbres de tal laguna legislativa, si bien la empresa sólo quepa ser acometida con los escasos e insuficientes medios de que dispone una disciplina exclusivamente jurídica.

No debiera inscribirse ninguna finca sino de acuerdo con la certificación catastral. Pero ante la imposibilidad legal de realización de tan perfecto ideal, y aun respetando el criterio que inspira nuestro sistema de hacer girar la inscripción sobre el título, de cuyo extracto se nutre el contenido de la misma, hemos de convenir en que existen posibilidades de una más ordenada reglamentación de los requisitos formales de la inscripción. Y ello de modo que la coincidencia y conexión con el Catastro parcelario pueda ser un hecho el día en que esta institución logre carta de naturaleza en todo el territorio nacional.

(1) *El Catastro y la Riqueza Rústica en España*, Gabriel García-Badell. Obra editada por la Sección de Publicaciones del Ministerio de Agricultura.

Si en el Registro de la Propiedad se *inmatriculan fincas* y se *inscriben derechos*, lógica es la conclusión de que el Registro debe ser organizado sobre esta base jurídica. El Registro ha de comprender, naturalmente, estas dos secciones:

- a) De inmatriculación de fincas.
- b) De inscripción de derechos sobre fincas ya inmatriculadas.

a) *La inmatriculación de fincas* (1).—Los libros de inmatriculación deben ser del sistema de encasillado. Y en ellos cabe consignar cuantos datos exigiría la técnica catastral a través de las diferentes operaciones necesarias a la formación del Catastro jurídico y fiscal. Siguiendo al ilustre ingeniero agrónomo D. Enrique Alcaraz (2), para la definición o individualización catastral del inmueble se precisan tres clases de operaciones:

- a') *Jurídicas o de identificación.*
  - a'') Deslinde contradictorio.
  - b'') Amojonamiento.
- b') *De técnica topográfica.*
  - a'') Enlace geométrico interior de los mojones.
  - b'') Mensura.
- c') *Económicas.*
  - a'') Valoración pericial.

Salvo aquellos datos planimétricos de impropia constatación en los Libros de la Propiedad, todos los demás pueden y deben ser los que, precisamente, se consignen en el encasillado de la hoja registral correspondiente a cada finca. Con tal procedimiento de identificación e individualización de la finca en los Libros de la Propiedad, ganará el siste-

(1) Es conveniente advertir que las consideraciones que siguen no guardan relación con los llamados medios de inmatriculación, esto es, con la naturaleza y clase de los títulos formales a través de los cuales tengan acceso al Registro las situaciones jurídicas inmobiliarias, previa inmatriculación de las fincas que constituyen su objeto. Nuestro estudio—insistimos—se contrae, concretamente, al aspecto formal del problema de inmatriculación, a la forma que estimamos más adecuada a los asientos de inmatriculación, fuere cual fuere el título que origine la operación registral.

(2) *Medios rápidos, seguros y económicos para llevar a cabo los Catastros con las mayores ventajas para el Estado y los particulares.* Memoria del IX Congreso Internacional de Agricultura, 1911.

ma en exactitud, en precisión, en sencillez y en utilidad práctica. A poco que se medite sobre ello, surge la evidencia de la afirmación.

Deficiente, por tanto, se nos ofrece la afirmación del artículo 9.<sup>o</sup> de nuestra Ley hipotecaria—complementado por el 61 del Reglamento vigente—de que los asientos de inscripción deben expresar la *naturaleza, situación y linderos* de los inmuebles objeto de la inscripción o a los cuales afecte el derecho que deba inscribirse y su *medida superficial, nombre y número, si constare (?)* del título.

La identificación de los inmuebles jamás podrá ser lograda de modo completo y exacto bajo el patrocinio del citado precepto. Ni los requisitos o circunstancias identificadores enumerados en él son todos los necesarios, ni el procedimiento adoptado para su fijación tiene valor técnico aceptable. Desde el punto y hora que los requisitos de identificación de las fincas se consignan en los títulos inscribibles por la sola *declaración de los interesados*, la subsiguiente identificación de las mismas en el Registro resulta carente de las más elementales garantías de realidad y de certidumbre. En nuestro positivo ordenamiento registral no existen medios técnicos que inmunicen la inscripción contra los errores u omisiones que con referencia a la identificación de las fincas pudiesen contener los títulos inscribibles. Por eso la fe pública registral no puede desarrollar su técnica fuerza operante en relación con los datos identificadores del inmueble.

Resulta, pues, de toda evidencia que la descripción de los inmuebles en los asientos de inscripción, tal y como se formula en nuestro vigente sistema, constituye la base más falsa y deleznable sobre la cual pudiera apoyarse la técnica constructiva formal de las inscripciones. De donde se sigue que una evolución en los métodos de identificar registralmente la *unidad hipotecaria* se ofrece a la consideración del jurista con caracteres de apremiante necesidad, satisfacer y realizar la cual presenta, afortunadamente, perspectivas de no lejano optimismo. Una reglamentación del problema con más perfecta sistemática que la actual, podría ser lograda con apoyo en el citado precepto legal y bajo esta triple inspiración: economía y precisión en los requisitos identificadores, exactitud en los datos de identificación y uniformidad en el modo de llevar los libros de inmatriculación. En la armónica conjugación de tales elementos radica el éxito y la eficacia de una buena técnica ordenadora del viejo problema de la inmatriculación registral de fincas.

B. *La inscripción de derechos sobre la finca.* — Reiteradamente

hemos afirmado que el contenido de la inscripción registral, su fondo, se contrae de modo exclusivo a la constatación de situaciones jurídicas inmobiliarias con existencia cierta y efectiva. Porque conviene no olvidar que las manifestaciones biológicas del dominio y de los demás derechos reales inmobiliarios se producen fuera del Registro. Y que la técnica registral atiende sólo a su aseguramiento, sólo garantiza su legitimidad y su exactitud a través de su efectiva constatación en los libros del Registro. Los asientos de inscripción, pues—entendida ésta en su acepción técnica más pura—, sólo a los *derechos inmobiliarios* pueden referirse. De donde se sigue que los llamados asientos de inmatriculación—que al sólo ingreso de la finca en la vida tabular pueden y deben contraerse—no son inscripciones propiamente dichas. Su contenido se refiere esencialmente a la constatación de un hecho: *la existencia física del inmueble inmatriculado*. Por ello se afirma, y con razón, que la fe pública registral es inoperante con respecto a esta clase de asientos. La fe pública del Registro sólo ofrece garantías tutelares a las situaciones jurídicas inmobiliarias, pero no al estado físico de las fincas que constituyen su objeto. Sobre esta base, *exclusivamente jurídica*, habrán de apoyarse los principios inspiradores del formalismo de la inscripción registral, sea cual sea la orientación de su técnica constructiva. Y, por tanto, a la llamada inscripción de derechos, a la verdadera y auténtica inscripción, afecta de modo esencial y exclusivo el problema de la fijación de sus requisitos formales.

Partimos, pues, de la base de que la inscripción es un acto jurídico de naturaleza eminentemente formal—recordada por los artículos 344 y 345 de nuestra vigente Ley hipotecaria—y que su *técnica procesal o formalista* ha de procurar un armónico ensamblaje con los principios fundamentales y rectores del sistema registral considerado en su total unidad. Sobre tales afirmaciones de principio se nos ofrece conveniente, y hasta necesario, establecer que un ordenado formalismo de las inscripciones registrales ha de estar caracterizado por estas tres cualidades: *claridad, precisión y brevedad* de los asientos. Y que tales notas han de verse cumplidas con riguroso criterio de *uniformidad*.

Pero antes de intentar la fijación de bases ordenadoras del formalismo en los asientos de inscripción, estimamos preciso el planteamiento de algunas cuestiones previas:

Primera. Aceptamos el sistema inscripcional español o en extracto —contrapuesto al germánico o de encasillado—como aquel que con

más exactitud y acierto se acomoda y adapta a la técnica, más perfecta, del sistema llamado de la inscripción.

En efecto: en los sistemas de la *transcripción*, en los cuales los asientos registrales no son sino una copia más o menos parcial y más o menos literal del título inscribible, la forma en tales asientos es algo circunstancial y de menor cuantía. La inscripción tiene tan sólo un valor "ad probationem" en cuanto al hecho jurídico registral. Y la sustantividad de los derechos inscritos, en consecuencia, no puede ser un valor de emergencia, que se apoye en la rigurosa observancia de los requisitos formales de la inscripción.

En los sistemas de la *inscripción*, por el contrario, la forma tiene un valor esencial. El propio valor sustantivo del asiento registral impone la rigurosidad de su solemnización y el control de la observancia de las formas. Si la constatación registral es la última fase del proceso de registración de las situaciones jurídicas inmobiliarias sometidas al régimen de Registro, bien consecuente a la naturaleza jurídica del acto inscripcional es la característica de su *formalidad*. Para la técnica general del sistema, la función registral, en razón a su propia naturaleza, es fuente originadora de actos jurídicos *típicamente formales*.

Segunda. Es contrario a una buena técnica formalista inscripcional el admitir como principio la *variedad de asientos*, proclamada por los artículos 50 y 61 de nuestro Reglamento hipotecario. La distinción entre inscripciones *extensas* y *concisas* o entre inscripciones *primeras* y *posteriores* no tiene razón de ser. O sobran requisitos y circunstancias formales a las llamadas inscripciones extensas, o sobran las llamadas inscripciones concisas o en extracto. Para que la fe pública registral pueda desarrollar íntegramente su innata fuerza operante, la inscripción ha de ser *uniforme*. La afirmación del artículo 93 del vigente Reglamento hipotecario, excluyendo a las llamadas inscripciones concisas del principio de la *nulidad formal*, regulada en el artículo 30 de la Ley, significa el reconocimiento de esta verdad. El establecimiento de un principio de aplicación general, y a renglón seguido el reconocimiento de excepciones al mismo, indica a todas luces la inexactitud o la deficiencia de la regla general establecida. De donde se sigue que unos mismos requisitos de forma deben ser exigidos para toda clase de asientos.

Aceptado el principio de la economía en las formas, éste debe ser aplicado con criterio de unidad. El quid de la cuestión habrá de estar, pues, en establecer *fórmulas breves, precisas y claras*, que procuren una

completa y definitiva constatación registral de las situaciones jurídicas inmobiliarias. Y que aplicadas y realizadas con riguroso criterio de uniformidad, permitan que sea eficiente el juego técnico de garantías legales en favor de los derechos inscritos.

Tercera. Contradice a la naturaleza jurídica formal de la inscripción registral cualquier interferente requisito de tipo fiscal.

Admitimos el elemental principio de auxilio a la gestión fiscal y reconocemos el fundamento de su interés público. Y aceptamos, por ello, que el órgano registral actúe a modo de elemento coadyuvante a la gestión de los organismos fiscales, si bien nos parezca un tanto radical e impreciso el alcance de las *prohibiciones y responsabilidades* que imponen al respecto los artículos 245 y 248 de nuestra vigente Ley hipotecaria, a cuyos específicos fines, exclusivamente jurídicos, parece que repugnan afirmaciones de ese tipo.

Los primeros párrafos del citado artículo 248 de la Ley, en relación con el número 13 del artículo 61 del vigente Reglamento hipotecario, llevan la formulación del principio de auxilio fiscal a términos de *ilógicas e inútiles* consecuencias que, en nuestra opinión, desnaturalizan la técnica formal de la inscripción. Ni la fe pública registral puede extenderse a los datos fiscales que contiene el asiento, ni el imperativo legal puede ser operante en relación con los equivocados pronunciamientos que contiene al respecto. Tales afirmaciones suenan a hueco, a vacío. Por ello estimamos lo correcto que la técnica formalista inscripcional se desprenda definitivamente de ese lastre inútil y estrambótico que hace referencia al cumplimiento de determinados deberes fiscales por parte del titular que inscribe y al preceptivo y superfluo trámite de archivo en la oficina del Registro, de documentos totalmente ajenos a ella y tan necesarios—por otra parte—a los propios interesados.

Sentadas las precedentes afirmaciones, a modo de verdadero sustitando al tradicional complejo de requisitos formales que todavía nos ofrece la técnica actual, a cinco elementos o grupos de circunstancias pueden quedar reducidos los requisitos formales que estimamos indispensables al asiento de inscripción registral:

a) *Circunstancias que hacen relación a la finca.* — Con relación a la finca, la inscripción de derechos sobre ella sólo exige un mínimo de requisitos identificadores: aquellos que se refieren a su *naturaleza*, a su *situación* y a su *valoración*, a través de la oportuna referencia de

todo ello, con el correspondiente asiento de inmatriculación obrante en el libro especial

Es elemental y, por tanto, innecesario de explicar más detenidamente, que el *número de inmatriculación* de la finca habrá de ser *el mismo con que se opere sobre ella en los libros de inscripciones*.

b) *Circunstancias que hacen referencia a los sujetos o personas intervinientes en la relación jurídica que se inscribe*

a') Lo mismo con respecto al titular registral que transfiere o grava, que con respecto al adquirente de la nueva titularidad, la inscripción deberá expresar necesariamente sus *nombres, apellidos, estado civil*—con expresa identificación del cónyuge, si fuere casado—, *edad, profesión y domicilio o vecindad*. Las corporaciones o personas jurídicas se designarán por el nombre con que fuesen conocidas, expresándose además su domicilio y el nombre y circunstancias personales de quien actúe en su representación.

b') En relación con la persona que transfiere o grava, se hará constar además, y sucintamente, la preexistencia en su patrimonio del derecho con que se opera y la causa o razón jurídica en que se apoya su titularidad de disposición, especificando los datos de su necesaria y previa inscripción.

c) *Circunstancias relativas al derecho que es objeto y contenido esencial de la inscripción*

Como acertadamente afirma Morell (1), son las referentes a su *naturaleza, extensión, condiciones y cargas* de cualquiera especie que sobre el mismo puedan pesar—ya provengan de su anterior constatación registral o se originen a consecuencia del acto o negocio que produce la inscripción que ahora se practica—y *también su valor*.

d) *Circunstancias referentes al título o documento inscribible.*

Se contraen a la naturaleza instrumental o clase del título que se inscribe, a la consignación de la fecha, de su autorización, y a la identificación de la autoridad, funcionario o tribunal que lo autorizó.

Las simples referencias a la suerte o destino del título que se inscribe, o de los documentos que pudiesen complementarlo—a que alude el número 11 del artículo 61 del Reglamento hipotecario—debieran ser más propiamente objeto de marginación en el asiento correspondiente del libro Diario. Se trata de operaciones secundarias o de mero trámite.

(1) *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*. Madrid, 1927; t. II, pág. 143.

## El formalismo en el Derecho inmobiliario debe ser constitutivo o «ad-substantiam»

El Derecho, al regular las manifestaciones de la actividad del hombre, debe tener en cuenta que hay actividades que, por sí o por el objeto en que recaen, exigen, para evitar vaguedad o inseguridad jurídicas, formas prefijadas obligatorias cuyo incumplimiento cause la nulidad o inexistencia, la ineeficacia, de los actos o manifestaciones.

Así lo vemos en la regulación de los actos de última voluntad, que forzosamente habrán de revestir, so pena de nulidad absoluta, alguna de las varias formas prefijadas para los testamentos.

Vemos que este formalismo de las sucesiones *mortis causa* se cumple sin que se resienta la libertad ni se añore la soltura de manifestar de cualquier manera la voluntad para después de la muerte.

En el Derecho inmobiliario las manifestaciones de la voluntad deben constatarse con formas prefijadas obligatorias, por recaer sobre inmuebles que son trozos del territorio nacional, que perduran a través de los siglos, y por tanto, es de interés general la continuidad de sus respectivos historiales, que anuden el presente con el pasado y den seguridad firme para vincular el futuro.

Respecto de los bienes muebles no interesa tanto su historial jurídico, porque no es larga su duración y, por tanto, no sería práctico exigir formas prefijadas en su tráfico, y por esto, en el Derecho mercantil hay más libertad de formas.

La continuidad del historial jurídico de los inmuebles sólo la viabilidad de formas solemnes prefijadas puede asegurarla. Dice Ihering que "todo pueblo que ha sabido practicar el verdadero culto de la libertad ha sentido instintivamente el valor de la forma y ha comprendido que en sus formas poseía, no algo puramente exterior, sino el *palladium* de su libertad". Nosotros decimos que libertad, a este

respecto, quiere decir seguridad. Nadie es tan libre como cuando va seguro de que no ha de pasarle nada.

Dice el rector de la Universidad de Compostela, Dr. Legaz: "al fin y al cabo, donde existe una forma prefijada el arbitrio no tiene nada que hacer. Sin formas previas la libertad tiende a la licencia, con ellas se ordena y disciplina y, por tanto, se fortalece".

"Cuando el formalismo tiene un punto de arranque sólido en el medo de ser de un pueblo, su subsistencia puede significar algo así como el imperio de la razón histórica frente al de un intelecto abstracto y disolvente de las realidades vitales". Quiere decir el Dr. Legaz que el formalismo representa una garantía de la libertad, y así, decía Ihering que "en Roma el período de floración de la libertad romana marca también el imperio del más inexorable rigor en la forma y que, al decaer el imperio, va desapareciendo la libertad, y las formas y las fórmulas del viejo Derecho siguen la misma suerte. Aquel formalismo del Derecho romano tenía arraigo en la sociedad, que no lo realizaba como una traba enojosa, sino que lo vivía como forma auténtica de su existencia".

Es preciso distinguir dos clases de formalismos: 1.º, un formalismo como sistema que implique un materialismo jurídico estrecho, que ahogue el tráfico en la malla de un ritualismo muchas veces innecesario por razón de la materia, un formalismo, pues, vacío de vitalidad, una actitud o fachada de escepticismo ante valores sustanciales; 2.º, un formalismo que somete a formas prefijadas ciertas manifestaciones de la actividad humana que, por su naturaleza o por el objeto a que se refieren, requieren una constatación autenticada que determine su existencia. "forma dat esse rei": y, como dice Ihering, "la forma es el contenido, desde el punto de vista de su visibilidad. La forma supone siempre el contenido, y viceversa. No existe voluntad jurídica si no se le puede reconocer, y no se le puede reconocer si no se manifiesta de alguna forma de las prefijadas. Una voluntad sin forma será cual cuchillo sin hoja ni mango".

El formalismo en este sentido es una actitud sana y fecunda que tiene en cuenta la fragilidad de las realidades social-vitales, es el Derecho reforzando la seguridad jurídica en las relaciones, cuya continuidad histórica es útil trascienda a la comunidad, seguridad que no se consigue con el desenfreno, sino con la disciplina que el Derecho impone por medio de las formas establecidas, que produce una educación juri-

dica del pueblo y desarrolla en los hombres el sentido de la responsabilidad de sus actos y evita la frivolidad con que se contraen vínculos u obligaciones cuyo alcance es muchas veces dudoso y da lugar a la contienda judicial.

Las ventajas de este formalismo superan en mucho a sus inconvenientes. La forma autenticada tiene, por de pronto, una ventaja de carácter general: manifiesta claramente el carácter jurídico de los hechos, pudiendo decirse "que la forma es para los actos jurídicos lo que el cuño para la moneda, y así como el cuño excusa la comprobación en cada caso del título y peso de la moneda, es decir, de su valor, así también la forma autenticada de los actos ahorra al Juez enojosas investigaciones sobre la voluntad de las partes en cada caso".

La libertad no sufre con el formalismo en el segundo sentido, porque la libertad, en su buen sentido, es más que la desvinculación, la espontaneidad radical de una vida disciplinada por determinadas formas. La libertad del individuo no consiste en hacer lo que le dé la gana y como le venga en gana, sino en determinarse o no a obrar, pero a obrar como esté establecido por la Ley: yo puedo determinarme o no a hacer testamento; pero, de hacerlo, he de valerme forzosamente de alguna de las formas prefijadas y seguirla con rigor. Yo puedo determinarme o no a comprar una finca: pero, si me decido, debo registrar mi compra, bajo nulidad, para que todos y cada uno sepan quién es el titular del dominio de un trozo de suelo nacional y, además, para que yo tenga la completa seguridad de que el Derecho sólo a mí me reconoce como dueño. En estos actos he obrado con libertad, es decir, espontáneamente, disciplinado y con firme seguridad. La paloma vuela libremente. ¿verdad?: sí, pero sólo puede volar mediante la resistencia que le ofrece el aire, sin esta resistencia, sin estas limitaciones del aire, la paloma se hundiría en el vacío, como se hunde el hombre sin someterse a formas, entregado a una libertad de tipo renacentista o liberal. Es decir, cuando vive en un régimen en que predomina el sentido espiritualista o de formas libres de los actos, como el sentido espiritualista de nuestro Ordenamiento de Alcalá, cuyos resultados en el Derecho inmobiliario veremos luego, y como el sentido espiritualista del Código de Napoleón y de los Códigos de los países que se dejaron influir por aquél.

## EL RENACIMIENTO CONTRIBUYÓ AL SISTEMA ESPIRITUALISTA

El Renacimiento exaltó el valor del individuo, la acción del individuo; endiosó la razón del individuo, creía en la inmensidad de las posibilidades del individuo. Le parecía que el individuo era capaz de alcanzarlo todo por sí solo: podía llegar a conocerlo todo hasta el misterio. Este endiosamiento de la razón del individuo ha conducido a la crítica de todo lo existente; a poner en tela de juicio todos los valores. Vino el libre examen y con la crítica surgió la duda y, con ella el escepticismo. Devino el ambiente liberal y la época de Rousseau en lo político, y de Adam Smith en lo económico. Se seguía pregonando el concepto que del individuo tenía el Renacimiento y se proclamaba: "el individuo es libre y no debe estar sometido a formas; él lo puede todo". Y surge el *laisser faire, laissez passer* jurídico y económico el régimen liberal. Pero, con tanta crítica, ya no se tenía fe en la razón y no era ya la diosa razón del individuo o de la *élite* la que decidía las cuestiones de la vida y los destinos del pueblo, sino que era la voluntad del individuo, unida al mayor número de voluntades de los demás individuos; era lo que quiera que fuese la voluntad de la mitad más uno. Surge con esto la democracia, basada en la voluntad de la suma de individuos. Y aquí se unen dos principios antagónicos: el principio liberal, basado en el alto concepto del individuo, derivado del Renacimiento, y el principio democrático, opuesto al anterior, por estar basado, no en el individuo, por lo que por sí vale, sino en la voluntad de las masas. Mas estos dos principios han de ser los punitales para la organización de la vida económica, política y jurídica de los pueblos. En el orden económico regía principalmente, el principio liberal de que el hombre es libre, dejarle que haga lo que quiera y lo que pueda, con las menores limitaciones posibles. Con estos supuestos ideales habrá de predominar en el Derecho privado el principio espiritualista de la libertad de formas, que plasmó en el Código civil francés y en el Derecho de aquellas naciones que admitieron la influencia del Código de Napoleón, como nuestro Código civil, que contiene el régimen de formas libres, según el artículo 1.278, si bien establece algunas formas obligatorias prefijadas, cual sucede en materia de testamentos y para algunas otras figuras jurídicas, como las capitulaciones matrimoniales, donaciones de bienes inmuebles, hipoteca, etc.; y establece,

además, el sistema ecléctico de formas, según el artículo 1.279, que comprende la facultad, no la obligación, por parte de los otorgantes, de hacer uso de formas autenticadas.

Régimen de formas libres era el establecido por nuestro Ordenamiento de Alcalá, dado en 1348 por Alfonso XI, poco partidario de las formas y de las limitaciones del Derecho, y así como por donde quiera que fuese con su hueste iba dejando lúgubre rastro de cabezas cortadas de cuantos le estorbaban, un buen día acordó establecer la libertad de formas, y en el título XVI disponía que "siempre que aparezca, que uno se ha querido obligar a otro, quedará obligado".

Esta libertad de formas, aplicada al tráfico de los bienes inmuebles, pronto se ha convertido en licencia, y la situación jurídica de los inmuebles es sumamente caótica, cuyos inconvenientes los exponen las Cortes de Toledo, y que dieron lugar a la pragmática de 1539, de pocos efectos, y el *mare magnum* en el Derecho inmobiliario subsiste a través de los siglos, hasta el pasado, en que los legisladores lo ponen de relieve y hacen patente la necesidad de un régimen inmobiliario de formas auténticas. En el preámbulo del Decreto de 8 de agosto de 1855 se expone bien claro el estado jurídico de los inmuebles: "pocas reformas en el orden jurídico y económico son de más interés y urgencia que la de las Leyes Hipotecarias (querían referirse a todo el Derecho inmobiliario). Las actuales se hallan condenadas por la ciencia y por la opinión, porque ni garantizan suficientemente la propiedad, ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan en sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza, ni moderan el interés del dinero, ni facilitan su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni dan la debida seguridad a los que sobre aquella garantía prestan sus capitales". Se le decía a aquella Comisión que se debía formar un verdadero Código de la propiedad inmueble y que "se establecieran formalidades exteriores para la traslación de la propiedad y de los demás derechos en la cosa". O sea, que se establecieran formas prefijadas para la transmisión de la propiedad inmueble.

En el siglo pasado, y al respecto del régimen inmobiliario, se apuntaban en España dos influencias: una, el sentido espiritualista de la libertad de formas, emanada del régimen liberal, que pesaba enormemente en los técnicos del Derecho; y otra, la corriente germánica, por pocos conocida, de un sistema inmobiliario científico y totalmente nuevo para los países latinos. Estas dos corrientes, una espiritualista y otra

formalista, se pusieron en debate en aquella Comisión de 1846 encargada de estudiar la Ley de Bases para el Código civil que había confeccionado la Comisión de 1843: una de cuyas bases, la 52, redactada por D. Claudio Antón de Luzuriaga, establecía un formalismo constitutivo inmobiliario en estos términos: "para que produzcan efecto los títulos constitutivos y traslativos del dominio, tanto universales como particulares, ha de ser preciso la toma de razón en el registro público".

La Ponencia encargada de estudiar esta base estaba formada por D. Florencio García Goyena, D. Juan Bravo Murillo y el citado don Claudio Antón de Luzuriaga. García Goyena defendía el sentido espiritualista, sobre todo para los efectos entre las partes. Luzuriaga defendía su base 52, de tendencia germana: ante la discusión de estos dos criterios diametralmente opuestos parece como si mediase el otro ponente, Bravo Murillo, exponiendo un criterio ecléctico, que luego perduró en la Ley Hipotecaria y en el Código civil, o sea, que para efectos entre las partes prevaleciera el criterio de García Goyena y para terceros se admitía el criterio de Luzuriaga. Conforme con este eclecticismo, Luzuriaga cambió su base, de efectos constitutivos, por otra que decía "para que produzcan efecto en cuanto a tercero los títulos constitutivos y traslativos del dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón de bienes raíces en el registro público". Esta base fué luego el puntal de nuestro régimen inmobiliario, que estableció, no un formalismo constitutivo obligatorio, sino fórmulas prefijadas, no obligatorias, sino facultativas, a las que se podían acoger los interesados en la constitución, transmisión, modificación o extinción del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles.

Naturalmente, en la discusión de esta base ha mediado, para darle término, una transacción de dos criterios opuestos, y, como sucede en toda transacción, se hace ésta con pérdida de la esencia de los elementos reñidos y sale una cosa híbrida, generalmente; y así vemos que la redacción que últimamente hizo de la base Luzuriaga tiene un sentido opuesto a su primera redacción que había hecho en la Comisión de 1843: decía en la base primitiva que para que produzcan efecto los títulos há de ser preciso la toma de razón: no habría adquisición sin toma de razón; sería un formalismo *ab sustantiam*. Y en la base reformada con la transacción quería decir que para que produzcan efecto los títulos inmobiliarios contra los terceros que adquieran mediante formas libres, era precisa la toma de razón en el Registro. En esta base

hibrida se refería Luzuriaga al tercero civil, con título no registrado, dando con ello a entender que se admitían dos clases de forma de adquisición: una, de formas libres, para los que no les interese la seguridad absoluta en la adquisición y que les basta, como a nuestros primitivos antepasados, apoyarse en la posesión material; y otra, de formas autenticadas registrales, para los que deseen ser titulares del dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, preferidos ante el Derecho.

Si los autores de la Ley Hipotecaria y las Cortes que la discutieron y aprobaron hubieran tenido muy presente la situación caótica del régimen jurídico de los inmuebles arrastrada por los siglos y expuesta con precisión en el citado preámbulo del Decreto de 1855; si hubieran apreciado que la naturaleza de los bienes inmuebles, para ser objeto de las relaciones jurídicas dominicales, exige continuación histórica y una clara visibilidad de su respectiva situación jurídica, por ser bienes que perduran a través de los siglos y cuya utilidad no es exclusiva del individuo (titular que dura sólo unos cuantos años y luego pasa la titularidad a las generaciones futuras), sino que tiene un predominio de bien común, hubiera prevalecido el contenido de la base 52 de Luzuriaga tal como primeramente la había redactado y se hubiera establecido un modo de adquirir único en la constitución, transmisión, modificación, extinción de los derechos reales inmuebles y hubiera sido luego incorporada al Código civil, y estoy seguro que hubiera arraigado el formalismo registral como arraigó el formalismo de los actos de última voluntad.

Es preciso que los órganos legislativos tengan presente al legislador sobre Derecho inmobiliario que en la realidad jurídica las circunstancias históricas de la vida social influyen decisivamente sobre la configuración de las diversas instituciones jurídicas y sobre la forma de las mismas, según la naturaleza del objeto a que se refieren.

El predominio del formalismo o del espiritualismo equivale en Derecho al predominio, en el primer caso, de lo abstracto, de lo general o genérico, al predominio de lo social; y en el segundo caso equivale al predominio de lo concreto, de lo individual, de lo lugareño. Así, la forma prefijada para los actos jurídicos es forma abstracta, que se impone desde fuera, por la Ley, que le confiere existencia propia para que, ligándose al acto individual o de las partes, le dé a éste existencia oficial, actualizándose la norma abstracta o genérica en el acto concreto, con efectos absolutos o más absolutos, *erga omnes*. La forma libre en

los actos jurídicos es, en cambio, forma individual y lugareña, que se resume por entero en tal acto jurídico concreto, sin trascendencia oficial casi siempre, con el cual nace y muere, no siendo otra cosa que su mismo contenido, hecho visible, con más o menos perfección, pero sin existencia propia e independiente y de efectos relativos, a veces sólo entre las partes.

Hoy las circunstancias de la vida social no son las mismas del último siglo, en que predominó el individualismo, teniendo las instituciones jurídicas de entonces también un matiz individualista, y así destacaba el sistema espiritualista, en virtud del cual las partes podían obligarse de cualquier forma, sin mirar a la trascendencia social. Hoy, en cambio, cabe afirmar que el ambiente es propicio al predominio formalista. Hoy tenemos más tara que en él siglo pasado para concebir el Derecho como formalismo que disciplina la vida humana, dándole a ésta forma, no en lo que tiene de individual e intransferible, sino en cuanto es vida social o colectiva, prefijando, en materia inmobiliaria, formas con valor de norma, frente a las formas libres emanadas del capricho y del arbitrio de las personas que hayan de ser parte en la constitución, transmisión, modificación o extinción de los derechos reales sobre inmuebles.

Este formalismo no perjudica la libertad. Pero entiéndase que nosotros no nos referimos a la libertad existencial o metafísica que signifique facultad o deseo de andar suelto, sin trabas y sin vínculos; nos referimos a la libertad jurídica. Para hacer posible la convivencia humana, para un buen ordenamiento de la sociedad actual, que es cada vez más compleja, más objetiva, el Derecho coarta esta libertad existencial y devuelve, como recompensa, la libertad jurídica de las personas. Ser libre jurídicamente significa seguridad y eficacia en el obrar jurídico, y se traduce en dignidad de la persona o sujeto del derecho.

El formalismo, que supone mayor actividad legislativa, aumenta la tutela que se confiere, *a priori*, al sujeto del derecho en el desenvolvimiento de sus situaciones jurídicas. Lo contrario sucede con la libertad de formas, con el sistema espiritualista, en que la situación jurídica, revestida de forma raquíctica, no está tutelada, *a priori*, por la Ley, confiriendo derecho exclusivo al sujeto, porque puede surgir otra persona con mejor derecho, quizá por haber hecho uso de mejor forma, y la única tutela que el titular endeble puede hallar *a priori* en la Ley es que ésta obligue a un respeto provisional, en tanto no aparezca otro

titular con mejor derecho, y que, *a posteriori*, resuelva definitivamente la jurisprudencia, en caso de colisión. Es decir, que en un sistema formalista la seguridad en el tráfico se halla, *a priori*, en la Ley, que prefija la forma garantizadora y de ella deviene la eficacia; y, por el contrario, en un sistema espiritualista o de libertad de formas, la seguridad, *erga omnes, juris et de jure*, no existe hasta que la jurisprudencia diga la última palabra.

Ahora que tenemos un Estado fuerte basado en una ética de disciplina y, por tanto, con tendencia a un ordenamiento de seguridad categórica, es momento propicio para la implantación de un régimen inmobiliario de formalismo sustancial, no admitiendo la diversidad de formas raquícticas que permite el Código civil, que dan lugar al estado caótico en las relaciones sobre los bienes inmuebles, admirablemente reflejada en el preámbulo del Decreto de 1855: pues, aunque ha mejorado mucho con el Registro de la Propiedad, sobre todo en las regiones donde predomina el régimen registral, en otras zonas de España subsiste el mismo estado de incertidumbre que en 1855, porque ha tenido más arraigo el artículo 1.278 del Código civil que la Legislación Hipotecaria, ha triunfado el uso de formas raquícticas, fomentadas por los zurupetos que inducen a las partes a que prefieran la economía del momento a la seguridad de que su derecho sea el primero ante la Ley, sin estimar la tranquilidad de estar libre de pleitos.

Dcía Santo Tomás (nunca son viejos los pensamientos tomistas) . "Todo lo que se ordena a un determinado fin debe hallarse proporcionado a ese fin. El fin que la Ley persigue es el bien común, pues, como hemos oido decir a San Isidoro, "se establece no para fomento de interés privado, sino para común utilidad de los ciudadanos". Por consiguiente, debe tener aquella proporción que demanda el bien común."

La Ley debe establecerse, como también dice el Santo de Aquino, más que para los que espontáneamente cumplen lo que interesa al bien común, para compelir a los que se resisten a realizar el bien que persigue la Ley. Y el fin que persigue la Ley Inmobiliaria debe ser la seguridad en el tráfico jurídico sobre los bienes inmuebles, a base de una categórica determinación de la titularidad de los derechos, y no se conseguirá totalmente en tanto no se establezca un formulismo *ab substantiam*. Hoy la propiedad rústica puede soportar como ninguna el mayor coste que puede suponer el formalismo, si es que éste resulta más caro que los documentos que hacen los zurupetos, que yo digo que no.

## LA NUEVA REFORMA DE LA LEY HIPOTECARIA

Acaba de ser aprobada la reforma de la Ley Hipotecaria. En ella se da un buen paso hacia el formalismo sustancial en el régimen inmobiliario.

Si en la realidad se cumple el sentido de la reforma, explicado en su exposición de motivos, podemos decir que tenemos un régimen inmobiliario de los más perfectos.

Ahora están en la Ley, establecidos categóricamente, los principios básicos siguientes:

1º El principio de legitimación, que exime de la prueba al titular del derecho inscrito, en virtud de la presunción de que la inscripción es exacta e integra, y así, el artículo 24 establece que "a todos los efectos legales se presumirá que todo derecho real inscrito en el Registro existe y pertenece a su titular en la forma determinada por el asiento registral respectivo. En igual forma se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos". Y como consecuencia de esto, subsiste lo que antes establecía el artículo 24 de la Ley Hipotecaria.

Para reforzar más el principio de legitimación, se dice en el artículo 25 que "los asientos del Registro, en cuanto se refieren a los derechos reales inscribibles, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley". La inexactitud se habrá de declarar de acuerdo con lo establecido en los artículos 30, 32 y 33. También se funda en el principio de legitimación el artículo 35, que dice que "a los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito será justo título la inscripción, y se presumirá que aquél ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe, durante el tiempo de la vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa". La inscripción, según este artículo, produce respecto a todos la prescripción ordinaria a virtud del principio de legitimación. Si fuera sólo a efectos del tercero hipotecario, no hacía falta este artículo, porque bastaban el 34 y el 36. Las inscripciones, pues, según el artículo 35, tendrán la virtud de ser justo título, aunque haya sido hecha mediante título inexistente o de nulidad absoluta, que llegue a ser inscrito por no aparentar los vicios de inexistencia o de nulidad; por ejemplo, una venta

simulada, y que tales títulos defectuosos no podrían servir de justo título.

Para dar realidad al principio de legitimación se dice en el artículo 41: "Las acciones reales procedentes de derechos inmobiliarios, inscritos, podrán ejercitarse mediante un proceso de ejecución contra todos los que no inscribieron sus títulos y se opongan al derecho inscrito o perturben su ejercicio, siempre que por certificación del Registro se acredite la vigencia sin contradicción alguna del asiento correspondiente.

"El Juzgado, a instancia del titular, adoptará las medidas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar en todo caso el cumplimiento de la sentencia que recayere.

"Se emplazará a los causantes del despojo o perturbación para que, mediante caución, en un plazo de seis días, formulen demanda de contradicción, pero basándose tan sólo en las causas que determine dicho artículo 41."

2.º EL PRINCIPIO DE LA FE PÚBLICA REGISTRAL —La reforma establece este principio, purificado con la clara exigencia de la buena fe por parte del tercero, pero que se le presume siempre mientras no se pruebe lo contrario (art. 34), y, apuntalado tal principio con el cierre del Registro a la posesión como hecho (art. 23), con la supresión de la eficacia de las menciones de derechos susceptibles de inscripción separada y especial (art. 29): con la determinación de lo que debe entenderse por inexactitud del Registro y de los medios para conseguir la rectificación de la inexactitud (arts. 30, 32 y 33); con la supresión de las hipotecas legales, tácitas, que aún existían en nuestro régimen (artículo 158).

El principio de la fe pública registral se establece, pues, en el artículo 34 y en otros artículos. En el 34 se dice que el tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.

Se suprimen los demás párrafos que contenía el artículo 34 de antes. Se agrega; además de la presunción de la buena fe, que los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviese su causante o transferente. Por tanto, si éste era tercero hipotecario, lo seguirá siendo el adquirente por título gratuito.

El último párrafo del artículo 33 dice que en ningún caso la rectificación del Registro perjudicará los derechos adquiridos por tercero a título oneroso de buena fe, durante la vigencia del asiento que se declare inexacto.

El artículo 36 regula los efectos de la prescripción que no es tabular, la producida fuera del Registro, y dice que "frente a titulares inscritos que tengan la condición de terceros con arreglo al artículo 34, sólo prevalecerá la prescripción adquisitiva consumada o la que pueda consumarse dentro del año siguiente a su adquisición en los dos supuestos siguientes:

a) Cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseído de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente.

b) Siempre que, no habiendo conocido ni podido conocer, según las normas anteriores, tal posesión de hecho en el tiempo de la adquisición, el adquirente inscrito la consiente expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente a la adquisición..

La prescripción comenzada perjudicará al titular inscrito si éste no la interrumpe en la forma y plazos antes indicados y sin perjuicio de que pueda también interrumpirla antes de su consumación.

En cuanto al que prescribe y al dueño del inmueble o derecho real que se está prescribiendo y a sus sucesores que no tengan la consideración de terceros, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación civil.

Si se trata de prescripción ordinaria se aviene mal este precepto con el artículo 35 porque es preciso que haya otro poseedor ajeno al registro que tenga justo título y buena fe, y no podrá poseer con buena fe quien conozca o pueda conocer que hay un titular registral y, por tanto, en caso de colisión tendrá que prevalecer la prescripción tabular.

Dice el último párrafo del artículo 36 que la prescripción extintiva de derechos reales sobre cosa ajena susceptible de posesión o de protección posesoria perjudicará siempre al titular registral, aunque éste tenga la condición de tercero.

Con el artículo 36 se tiende a que el titular registral esté en contacto con sus fincas sin dejarlas poseer por persona extraña al registro en concepto de dueño, y así el subadquirente por título oneroso debe procurar por los medios racionales averiguar quien posee de hecho la finca a ad-

quirir, y si la posee alguien a título de dueño distinto del transferente, hacer uso del artículo 41. Encontramos, pues, acertado que la prescripción extrarregional afecte al tercero hipotecario para que éste procure contratar sobre el terreno y ver si el transferente posee realmente lo que transmite.

El artículo 157 dice que la hipoteca subsistirá en cuanto a tercero mientras no se cancele la inscripción.

3.<sup>o</sup> OBLIGATORIEDAD INDIRECTA DE LA INSCRIPCIÓN.—La reforma admite en principio la propiedad no inscrita sobre inmueble, pero los titulares de la misma tendrán que inscribir sus títulos para el ejercicio de los derechos reales (incluso el dominio) sobre los bienes inmuebles. El legislador no quiso por ahora suprimir expresamente la adquisición, la modificación o la extinción de derechos reales sobre inmuebles por medio de títulos no inscritos, pero, según se dice en la exposición de motivos, "en consideración a que no le es dable al Estado inhibirse de la tutela de los derechos inmobiliarios, se ha concedido a la inscripción una mayor substantividad y reformado los artículos 355 y 356, de suerte que constituyen el primer paso de tipo coercitivo para la desaparición de la discrepancia antes aludida". O sea, un paso coercitivo para que desaparezca la clase de propiedad no inscrita, "y se tendrá la seguridad de que las declaraciones judiciales o administrativas descansan sobre la base sólida y segura del Registro de la Propiedad".

"Si no se concede (se dice en dicha exposición) a la inscripción carácter constitutivo se le da, en cambio, tan singular substantividad en los aspectos civil y procesal, que sólo las relaciones inscritas surtirán plena eficacia legal."

El primer párrafo del artículo 355 establece una prohibición con carácter general y dice: "los Juzgados y Tribunales ordinarios y especiales, los Consejos y las Oficinas del Estado, Provincia o Municipio, no admitirán ningún documento o escritura por el cual se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan, derechos reales sujetos a inscripción, si antes no se tomó de ellos razón en el Registro". Los derechos reales sujetos a inscripción son los derechos sobre bienes inmuebles, según se dice en la aludida exposición de motivos: son los derechos o títulos a que aluden los artículos 2.<sup>o</sup> y 5.<sup>o</sup> de la Ley Hipotecaria que dicen, "se inscribirán en el Registro..." —Los Juzgados, Tribunales y Oficinas a los que se ordena, con carácter coercitivo, que no se admitan los documentos y escrituras no inscritos son todas aquellas Oficinas

donde se pretenda ejercitar los derechos no inscritos, incluso las Notarías, que son Oficinas públicas del Estado, donde los transmitentes pretenderán ejercitar la facultad de disponer, cuando presenten documentos para acreditar su derecho, y por ello los Notarios no podrán admitir tales documentos no inscritos, excepto en los casos a que se refieren los artículos 356 y 357; o sea cuando sean presentados con el objeto de corroborar otro título posterior que haya de inscribirse o para ejercitar la acción de rectificación, según el artículo 33, por ejemplo, para la inmatriculación de la finca, para seguir el trámite sucesivo, en el caso de que el transmitente tenga pendiente de inscripción su título: pero el Notario debe hacer constar en la escritura que autorice que fué admitido a tales fines el título no inscrito del transferente, para estar a salvo de no actuar contra la prohibición comprendida en el artículo 353.

De modo que, ateniéndose a los artículos 355, 356 y 357, los documentos privados, por ejemplo, resultarán *bloqueados*, toda vez que los efectos que pueda conferirles el Código civil no habrán de tener realidad ante los Juzgados, Tribunales y Oficinas (excepto cuando se presenten a satisfacer el impuesto o para fines tributarios) porque no podrán ser admitidos, si antes no se tomó de ellos razón en el Registro, y como mientras sean privados, no son inscribibles, carecerán de viabilidad, sin que puedan sus titulares acogerse a la excepción comprendida en el artículo 357, que dice que "también podrá admitirse el documento expresado en el artículo anterior cuando se presente para pedir la declaración de nulidad y consiguiente cancelación de algún asiento que impida verificar la inscripción de aquel documento". Pero, como el documento privado no es inscribible por sí mismo, no tendrá eficacia para poder pedir la nulidad y consiguiente cancelación del asiento, de no pretender a la vez la elevación a escritura pública.

Se puede decir, pues, que, con la reforma los documentos privados no atribuyen acción a sus titulares mientras no se eleven a escrituras públicas y se tome de éstas luego razón en el Registro.

MANUEL VILLARES PICÓ.

Registrador de la Propiedad.

## «Las anotaciones preventivas tomadas por imposibilidad del Registrador»...

EN LOS REGISTROS DESTRUÍDOS Y QUE EN OTRO CASO SERÍAN INSCRIPCIONES, ¿SON APTAS PARA PODER PEDIR, CON BASE EN ELLAS, LA POSESIÓN JUDICIAL DE LA FINCA A QUE SE REFIEREN, DE ACUERDO CON LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 41 DE LA LEY HIPOTECARIA?

Traemos este problema a la REVISTA después de haberle llevado a los Tribunales, en los que fué apreciado de modo diverso y contradictorio por el Juzgado de instancia y por la Audiencia, y sin que por la naturaleza del procedimiento pudiésemos llevar el asunto al Supremo. Bien lo sentimos, pues nos hubiera tranquilizado en grado sumo que sobre tal problema se hubiese pronunciado tan alto Tribunal, disipando nuestras dudas.

Diremos también que el problema no le hemos visto tratado por los comentaristas de Derecho Hipotecario que tenemos a la vista (Morell, Roca, Gayoso, Díaz Moreno, etc.), y que suponemos que no habrá sido tratado concretamente. No tiene ello nada de particular, puesto que se trata de un problema de derecho transitorio, ya que hoy, por la reconstitución de los Registros destruidos, todas estas anotaciones deben estar convertidas en inscripciones.

De todos modos, el problema puede resurgir en cualquier tiempo, y nosotros, al alumbrarle, damos ocasión a que los aficionados a estos estudios se pronuncien sobre él.

Y aunque en el pleito se discutieron otros extremos relacionados con el ámbito del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, que no se referían concretamente al problema enunciado, vamos a extractar brevemente el asunto y traer aquí el esquema del pleito, para que sea posible una visión objetiva y global.

En este extracto-esquema hemos de reseñar los principales argumentos esgrimidos por las partes, con una brevíssima referencia de los hechos.

Son éstos como sigue:

A adquiere en 1912 de su padre, por herencia, en escritura de partición, un lote de monte, que no inscribió.

B adquiere en 1916, por compra en escritura pública, un trozo de monte colindante con el trozo de A, y en parte confundido con él. Tampoco inscribe. Así las cosas, y luego de ser quemado el Registro, A pide anotación preventiva de su adquisición, con base en la orden de 3 de febrero de 1937, que permitía tales operaciones en los Registros destruidos, en tanto no fuese acordada su reconstitución.

Tal título hubiera producido en otro caso, y en tiempos normales, una inscripción al amparo del párrafo tercero del artículo 20 de la Ley Hipotecaria. Dicha anotación se hizo con el exclusivo objeto de pedir la posesión judicial de la finca, al amparo del artículo 41 de la Ley y de los artículos 100 y 101 del Reglamento.

Se pretendía con ello que B hiciese dejación en favor de A de la zona intermedia entre los dos montes, que estaba comprendida en los dos títulos, y que ambos propietarios sosténían les pertenecía.

Y, en efecto, A, con base en su anotación y por el procedimiento indicado, pidió la posesión judicial de su monte, tal cual aparecía descrito en su escritura de 1912.

Se justificaba tal petición en los tres argumentos siguientes:

a) Unas palabras de la exposición de motivos (esa exposición de motivos que ha hecho famosa la Ley y a sus redactores). Son éstas: "Fuera de estos casos (o sea de las anotaciones de derechos personales, antiguas hipotecas judiciales), las anotaciones preventivas son precursoras de la inscripción y hacen que ésta surta sus efectos desde la fecha que aquéllas llevan." Y se añadía en el escrito: sus efectos, todos sus efectos, y entre ellos el de poder pedir la posesión judicial.

b) La doctrina establecida por el Tribunal Supremo en sentencia de 2 de marzo de 1910, contenida en estas frases: "Las anotaciones preventivas de derechos, por ser precursoras de inscripciones definitivas, producen los efectos de éstas y desde la fecha de la anotación misma". Los efectos, dice, todos los efectos, y entre ellos el de poder pedir la posesión judicial.

c) El artículo 14 de la ley de 15 agosto 1873 sobre reconstruc-

ción de Registros, que deja en suspenso, mientras dura la reconstrucción, los efectos negativos, no los positivos de la inscripción o *anotación*.

Estos argumentos convencieron al Juzgado de instancia, que decretó la posesión judicial a favor de A.

Contra tal posesión reacciona B, y en su escrito de oposición pide se deje sin efecto, y, en consecuencia, se le entregue a él tal posesión. Y, cosa singular, en este escrito de oposición se acepta la tesis de que las anotaciones preventivas, precursoras de una inscripción, producen los efectos de éstas mientras subsisten, y por tanto, les es de aplicar el artículo 41; pero, conforme con esa doctrina, se alegó mejor derecho a la posesión y el dominio adquirido por prescripción.

En trámite oportuno se contesta por A oponiéndose a la pretensión articulada de adverso y pidiendo la confirmación de la posesión obtenida. Se esgrimen como fundamentales argumentos los siguientes:

1.<sup>º</sup> Que desde que A obtuvo la posesión de la finca, anteriormente poseída por B, existen dos poseedores actuales, y por tanto, en el juicio posesorio debe vencer el poseedor más antiguo, conforme al artículo 445 del Código civil.

2.<sup>º</sup> Que esta mayor antigüedad en la posesión se ha de determinar por los títulos que respectivamente ostenten, ya que la única posesión que cuenta, a los efectos de tal artículo, es la posesión con título.

3.<sup>º</sup> Que para vencer a la posesión derivada del Registro hay que pedir y conseguir la nulidad y cancelación de la anotación, de acuerdo con el artículo 24 de la Ley Hipotecaria. Así lo prescribe también la sentencia de 20 de mayo de 1925. Dice así: "Que si bien es cierto que la presunción establecida por el artículo 41 admite prueba en contrario por ser *juris tantum*, no lo es menos que esa prueba no puede admitirse en autos voluntarios, sino en los declarativos que correspondan en los cuales se pida además la cancelación del asiento discutido conforme ordena el artículo 24, todo ello como lógica consecuencia del *fin* perseguido por los mencionados artículos 24 y 41, dirigidos a garantizar, de un modo rápido y seguro, el *derecho inscrito en el Registro*." Y se añadía: "Pues si bien es verdad que dicha sentencia es anterior a la reforma del artículo 41, no lo es menos que dicha reforma se redujo a concretar los motivos de oposición, dejando, en lo demás, intacta la doctrina, y esos mismos fines de seguridad y protección siguen siendo los fundamentos de esos artículos."

Por fin, el Supremo, después de dudas y vacilaciones, en esta lumi-

nosa sentencia establece la buena doctrina. El Registro *prima facie* representa una situación de privilegio no invatacable, pero con exigencia ineludible de que este ataque se verifique en el procedimiento adecuado, con toda clase de garantías, interesando, al propio tiempo, la rectificación de la inexactitud registral. Ello acabaría con las desarmonías entre el Registro y la realidad jurídica exterior.

Y apurando los razonamientos, se citaban unas palabras de don Jerónimo González en el número de junio del '27 de la REVISTA DE DERECHO INMOBILIARIO que parecen confirmar esta tesis. Dicen así: "En todas estas hipótesis (se refiere a las hipótesis de oposición a la presunción posesoria de la inscripción que establece el art. 41), el contradictor pedirá, con arreglo al artículo 24, la declaración de su derecho y la *nullidad de su inscripción*, con mayor o menor comodidad, según se trate de procedimientos *inter partes*, o contra tercero, y según se alegue la existencia de dolo o se presume la *bueno fe*. Mientras no pruebe sus alegaciones, sea demandante o demandado, la balanza de la justicia se inclinará del lado del titular inscrito, aunque no se halle en el pleno y pacífico goce de las fincas." Y se cerraba el argumento con estas palabras. Lo contrario sería dejar en el Registro una inscripción capitidisminuida, que conservaría facultades de enajenación y gravamen para el titular; ¡ah!, pero que ni él ni sus sucesores intenten la posesión y con ello el disfrute de la finca, pues ese derecho, el más interesante, el de más utilidad, estaría reservado al contradictor del Registro. Y este contradictor del Registro y poseedor de la finca no podría, en cambio, enajenarla, pues su título de enajenación, al llegar al Registro, se encontraría con la barrera infranqueable del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que haría que el Registrador denegase su inscripción. ¿No es esto absurdo y contrario a la armonía que debe haber entre el Registro y la realidad? Fin principal que se propuso conseguir la reforma del artículo 41..

Se replicó por B en el acto del juicio con dos principales argumentos: 1º Que la posesión de hecho vence al Registro Apoya este argumento en unas palabras de D. Jerónimo González al poner un ejemplo en explicación del juego procesal, dentro del ámbito del artículo 41. Son éstas: "Por ejemplo, si el titular inscrito ha abandonado la finca, la ha cedido, o no ha reclamado dentro del año, se verá derrotado por su contrincante en el posesorio."

2º Que su posesión, por ser de más de treinta años, ha producido

el dominio por usucapión, y ese dominio debe vencer a la inscripción.

Frente a esos argumentos replicó A lo siguiente: En relación al primero, dijo: "Para llegar a la conclusión que en esas palabras sienta y que, como luego veremos, no explican su pensamiento, era preciso que el artículo 41 dijera: "O que existe un poseedor de mejor condición a tenor del artículo 460", y no como dice: "O que existe un poseedor de mejor condición a tenor del artículo 445." Pues da la casualidad que este artículo nos habla del poseedor actual, de dos poseedores, del más antiguo, del que presenta título, y para nada nos habla del abandono, ni de la cesión, ni del poseedor por más de un año." Y se añadía: "El pensamiento de D. Jerónimo González no es el que revelan estas palabras" ¿Dónde estarían entonces los privilegios de la inscripción, la posición desventajosa del adversario del Registro y las presunciones a su favor que el adversario ha de destruir en prueba difícil de que él nos habla . ?

Para que el pensamiento quede completo vamos a transcribir enteras sus palabras. Dicen así: "La concepción del artículo 445, como hace notar Sánchez Román, no es completa en cuanto se refiere al hecho, no al derecho de posesión, cuando éste sea de la misma naturaleza, pero desde este último punto de vista pueden aplicarse las reglas del citado artículo con toda propiedad para resolver el conflicto; entre la posesión actual y la que se haya perdido con arreglo al artículo 460 del Código civil; 2.º Entre poseedores actuales de la misma antigüedad, y 3.º Entre los que sean de la misma antigüedad y tengan o no título: por ejemplo, si el titular inscrito ha abandonado la finca, la ha cedido o no ha reclamado dentro del año se verá derrotado por el contrincante en el posesorio. Si los dos litigantes poseen de igual modo, es decir, contradictoriamente (jeste sí que es el caso de autos!) Discusión de linderos, cuestión de límites, contradicción, en una palabra), deberá atenderse a la antigüedad de la posesión y el titular tendrá la presunción del Registro a su favor y de sus causantes, mientras no sea destruido por el contrario. 3.º Si las posesiones son de igual antigüedad, el título inscrito desenvolverá su fuerza hipotecaria, aunque sea meramente una información posesoria conforme a la nueva redacción que al artículo 101 del Reglamento ha dado el Real decreto de 21 de julio de 1927. Por último, si todas las condiciones fuesen iguales, se resolverá la contienda a favor del titular, según el Registro, porque el artículo 41 exige se declare de mejor condición la posesión del que contradiga sus

asentos si ha de ser atendida. En resumen, la inscripción por sí sola no acredita apodícticamente el estado posesorio, pero grava al adversario con una prueba difícil por virtud de las distintas presunciones que éste ha de destruir." Y comentaba A de su cosecha: "Estas son sus palabras. No creemos que con arreglo a ellas, examinadas en conjunto, se nos pueda discutir el papel de vencedores."

Frente al segundo argumento se sostuvo por A que la prescripción no puede decretarse en este procedimiento, y para poder alegarla en él era necesario que ya estuviese decretada en una sentencia firme anterior. Y ello porque este es un procedimiento especial con fines específicos y concretísimos; porque es de prueba limitada; porque sobre el mismo asunto puede volverse en juicio ordinario. Se añadía en defensa de esa tesis las opiniones conformes de Morell, Campuzano y López de Haro, y se citaban como de aplicación varias resoluciones de la Dirección de Registros conforme con esa doctrina, tales como las de 27 de enero del 68, 16 de marzo del 81 y 21 de agosto del 95.

El Juez de instancia confirmó en la sesión a A. Sin vacilación alguna aceptó la tesis de que desde que el poseedor tabular pide la posesión judicial y se accede a su petición, hay dos poseedores actuales: el poseedor de hecho, extraregistral, y el que con base en una inscripción pidió y obtuvo la posesión judicial. Esto sentado, y con arreglo al segundo supuesto del artículo 445 del Código civil, debe vencer el poseedor más antiguo, que no puede ser otro en este procedimiento que el que presentó título más antiguo, en este caso, el poseedor según el Registro.

Respecto de la tesis motivo de estas líneas, nada dice la sentencia. El Juez no se creyó en el caso de discurrir sobre ella, una vez que las partes se manifestaron conformes en su admisión.

Se apeló de la sentencia. Y en la vista de la apelación se cambia de táctica y se alega por B que a las anotaciones por imposibilidad del Registrador, como la que juega en estos autos, no le es de aplicar el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, y no procede mantener la posesión dada con base en una de estas anotaciones. Se fundamentó esta nueva postura en el artículo 70 de la Ley Hipotecaria, que dice: "Cuando la anotación preventiva de un derecho se convierte en inscripción definitiva del mismo, surtirá ésta sus efectos desde la fecha de la anotación." De este artículo deduce el alegante que hasta que la anotación preventiva se convierta en inscripción, no produce efecto alguno.

En dicha vista, A, un poco sorprendido de ese cambio de postura, repitió su argumentación: aquellas palabras de la exposición de motivos, aquella sentencia de 2 de marzo de 1910, aquella doctrina derivada del artículo 14 de la Ley de 1873 . . y, como nuevos argumentos, los que se derivan de una sentencia de 9 de julio de 1897, en interpretación del artículo 70 de la Ley y del móvil de la Orden de 3 de febrero de 1937 que autorizó estas anotaciones. Dice la sentencia: "Esta eventualidad—la de no haberse aún convertido la anotación en inscripción—no priva al dueño o poseedor de la finca anotada del ejercicio de sus derechos, interim, no se realice." Así tenía que ser, pues, de lo contrario, hasta tanto que esa eventualidad se realice, la anotación no produciría ningún efecto. Y se añadía: "El móvil de la Orden de 3 de febrero de 1937 que autoriza estas anotaciones, en tanto no se dicte la Ley de Reconstitución, no es otro que el de evitar la paralización del juego hipotecario y arbitrar medios de que estas anotaciones puedan producir los efectos de la inscripción durante este interregno."

Decímos nosotros: Si estos asientos son provisionales, transitorios y no producen ningún efecto, ¿para qué sirven?

La Audiencia, en una sentencia de 11 considerandos, que no vamos a reseñar aquí porque haríamos interminable este artículo, ya de suyo farragoso, acoge la tesis de B y sienta la doctrina de que las tales anotaciones no producen los efectos de la inscripción y que no les es de aplicar el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, debiendo revocarse, por tanto, la posesión amparada por el Juzgado.

Sus dos argumentos básicos son estos: a) La interpretación dada por B al artículo 70 de la Ley Hipotecaria, aceptada con todas sus consecuencias; y b) Las palabras del artículo 41 de la Ley Hipotecaria que hablan de inscripción y no de anotación.

Ahí quedó la cosa. Como se trataba de un procedimiento que no admite el recurso de casación, nos quedamos sin saber el pensamiento del Supremo sobre tal interpretación.

Y ahora preguntamos nosotros: ¿Fué ésta acertada?

A nuestro entender, no. Para nosotros siguen en pie los poderosos argumentos que se derivan de aquellas luminosas palabras de la exposición de motivos. "Las anotaciones preventivas, precursoras de la inscripción—la de autos—, hacen que ésta surta sus efectos desde la fecha que aquéllas llevan: la impecable doctrina establecida en la sentencia de 2 de marzo de 1910 cuando dice: "Las anotaciones preventivas de

los derechos—la nuestra—por ser precursoras de inscripciones definitivas, *producen los efectos de éstas y desde la fecha de la anotación misma*"; la no menos acertada establecida por la sentencia de 9 de julio de 1897, en interpretación del artículo 70 de la Ley Hipotecaria, contenida en estas palabras: "Esta eventualidad no priva al dueño o poseedor de la finca *anotada* del ejercicio de sus *derechos*, ínterin no se realice."

Y ese otro argumento, sacado de las palabras del artículo 41, nos parece aún más deleznable. Es verdad que ese artículo, como el 24, hablan de inscripción y no de anotación, pero no es menos cierto que esas anotaciones, mientras subsisten, producen los efectos de la inscripción, y si ello es así, no hay más remedio que concluir aplicando esos artículos a estas anotaciones.

¿Cómo ven el problema los autores españoles?

Ya dijimos que no les hemos visto estudiando concretamente, pero de lo que dicen con relación a las anotaciones preventivas de derechos reales tomadas por defectos subsanables, o por imposibilidad del Registrador, podemos deducir su pensamiento.

Dice Díaz Moreno: "Siendo la referida anotación preventiva un asiento intermedio entre el de presentación y la inscripción del respectivo título, tiene, mientras subsiste, todo el valor que haya de tener la inscripción misma."

Dice Morell en el comentario del artículo 70 de la Ley Hipotecaria, al analizar la conversión en inscripción de las anotaciones: "En tal caso, la inscripción se enlaza con la anotación, *toma de ella su fuerza*, y por lo mismo sus efectos arrancan desde la fecha de la anotación."

Y el moderno y ya famoso tratadista Roca, al hablar de las anotaciones tomadas por defectos subsanables, idénticas en efectos a las por imposibilidad del Registrador, dice: "Consideradas en sí mismas tienen el juego propio del asiento de presentación, del cual no son más que simples prolongaciones, pero en el fondo vienen a ser verdaderas *inscripciones*, si bien siempre de carácter provisional y transitorio." Y más adelante añade: "Estas anotaciones, mientras subsisten, surten en general los mismos efectos que producirían los asientos de inscripción, y esto tanto si se consideran como una prolongación o prórroga de los efectos del asiento de presentación, como si se reputan verdaderas anticipaciones o entes registrales precursores de los asientos a que en definitiva tienden" "El título objeto de las mismas es como si estuviera per-

fectivamente registrado, consolidándose o deviniendo definitivo este efecto, se procede a la conversión de dicha anotación y extinguiéndose o desapareciendo este efecto si por no procederse a tal conversión la anotación caduca." Así podríamos ir citando autores, todos los cuales coinciden en atribuir a estas anotaciones, mientras subsisten, los efectos de la inscripción.

Pues bien, si ello es así, ¿cómo puede decirse que no les es de aplicar la doctrina del artículo 41? De ser esa la interpretación, tendrían que decir al unísono los autores, la jurisprudencia y la misma exposición de motivos: Estas anotaciones, mientras subsisten, producen los mismos efectos que las inscripciones, *menos el especial y concreto establecido en el artículo 41*.

Tampoco la reciente reforma de la Ley Hipotecaria resuelve el problema, pues nos habla en el artículo 41 de las acciones reales procedentes de derechos inmobiliarios *inscritos* y no de los solamente anotados. ¿Es que los excluye?

A nuestro entender no se le puede dar ese alcance a las palabras de ese artículo si ha de dársele algún contenido a la tesis de que esas anotaciones, mientras subsisten, producen los mismos efectos que las inscripciones.

Los mismos efectos dice la doctrina, los mismos efectos dijo la exposición de motivos de la Ley, los mismos efectos ha dicho la Jurisprudencia.

Y si son los mismos efectos, tienen que ser también todos los efectos, de no haber, como no hay, una exclusión especial respecto de algunos

*Ubi lex non distinguit non distinguere debemus*

JOSÉ AZPIAZU RUIZ.  
Registrador de la Propiedad

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

CANCELACIÓN DE HIPOTECA A FAVOR DEL BANCO HIPOTECARIO,  
OTORGADA POR UN APODERADO DEL COMITÉ DIRECTIVO DE DICHO  
BANCO QUE ACTUABA DURANTE LA DOMINACIÓN MARXISTA POR  
LA SUSPENSIÓN EN SUS FUNCIONES DE TODOS LOS ELEMENTOS  
DIRECTIVOS ANTERIORES.

*Resolución de 8 de junio de 1945. "B. O." de 9 de septiembre.*

En 3 de enero de 1936 determinada Sociedad recibió del Banco Hipotecario un préstamo de 283.000 pesetas, por término de cincuenta años, constituyendo hipoteca a favor del mismo sobre una casa sita en Madrid. Habiendo solicitado de dicho Banco la cancelación de la hipoteca previo abono de su importe, se practicó por aquél la liquidación de reembolso, que arrojó un saldo total de 326.963 pesetas 25 céntimos, cuyo pago fué efectuado por determinado señor el 11 de abril de 1936. En consecuencia de todo ello, el 18 de abril de 1938 compareció ante el Notario de Madrid D. Federico Fernández Ruiz un apoderado del Presidente del Comité Directivo del Banco Hipotecario de España y, por tanto, en representación de éste, según poder que al efecto le fué conferido, cuyo testimonio se inserta al final de la escritura relacionada y del que resulta fué un señor, "como Vicepresidente del Comité Directivo, en representación del Banco Hipotecario de España, fué autorizado para los fines del mandato, por acuerdo del Comité Directivo del propio Banco: que por consecuencia de la suspensión en sus funciones de todos los elementos directivos anteriores, fué nombrado con carácter transitorio, asumiendo todas las funciones que correspondían a los organismos suspensos, según dispuso el Decreto de 6 de agosto de 1936, publicado en la Gaceta de Madrid el 8 del mismo mes y año",

y confirió al apoderado al principio expresado, entre otras numerosas facultades, la de firmar la escritura de cancelación de hipoteca en los casos de reembolso de préstamos hipotecarios, cuyo apoderado, por virtud de tal facultad y en consecuencia de hallarse el Banco Hipotecario totalmente reintegrado del capital e intereses del préstamo relacionado, expedía el correspondiente recibo y carta de pago, daba por extinguido el derecho real de hipoteca y consentía que se cancelase.

Presentada dicha escritura en el Registro del Mediodía de Madrid, fué estampada a su pie la siguiente nota, fecha 18 de diciembre de 1944: "Denegada la inscripción del precedente documento, porque tanto el acto que comprende como el acuerdo que lo origina o de que dimana son nulos y sin valor ni eficacia conforme al Decreto-ley de 29 de diciembre de 1937".

Interpuesto recurso, la Dirección con revocación del auto presidencial y de la nota del Registrador, declara inscribible la escritura calificada;

Considerando que la dominación marxista produjo en los órdenes jurídico y económico gravísimas alteraciones y quebraños, y el Poder legítimo, al mismo tiempo que liberaba el suelo patrio tuvo que enfrentarse desde el primer momento con la imperiosa necesidad de buscar iemedios adecuados para salvar las difíciles situaciones planteadas, dictando para ello disposiciones enérgicas que, inspiradas en un principio por el supremo propósito de defender a todo trance la economía nacional, fueron gradualmente, a tenor de las necesidades sentidas, atenuándose, hasta que, felizmente terminada la guerra, pudieron abordarse en toda su complejidad, por medio de Leyes especiales, las soluciones de los problemas sólo resueltos, parcialmente;

Considerando que a este propósito defensivo antes citado responde el Decreto-ley de 29 de diciembre de 1937, cuyo artículo tercero declaró nulos y sin ningún valor los actos, decisiones o acuerdos de los Consejos, Comités, Directores, Apoderados y Administradores designados al amparo de disposiciones ilegales emanadas de los llamados Gobiernos que funcionaron en la época roja, así como los actos y contratos realizados o consentidos por tales ilegítimas representaciones, con la finalidad de impedir que se adueñaran los citados organismos de los patrimonios sociales, y sobre todo de los bienes radicantes en el extranjero, al amparo de las ficticias entidades que reemplazaban a las verdaderas personas jurídicas;

Considerando que sobre el alcance y eficacia que haya de darse al repetido Decreto versa exclusivamente este recurso, porque es el punto en el que centra el Registrador su calificación, y por lo tanto, habrá de ser examinado con la extensión y detenimiento que su importancia requiere;

Considerando que para aquilatar el valor que pueda tener en el caso discutido la referida disposición legal, es oportuno tener en cuenta los razonamientos siguientes: a), que, conforme ha declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de diciembre de 1942, la misma radical amplitud de los términos empleados que no ha sido mantenida en disposiciones posteriores, y que como enérgica medida de prevención rebasa en cierto modo la finalidad principal perseguida, según se desprende del propio preámbulo y de los artículos primero y segundo, exige en caso de duda una interpretación restrictiva. b), que cuando se trata de aplicar este Decreto, siete años después de su promulgación, no puede desconocerse que tuvo una finalidad transitoria, que han cambiado radicalmente las circunstancias que lo motivaron, que han sido superadas las dificultades económicas derivadas de la inflación monetaria y que mantener en la actualidad su total vigencia entrañaría una grave perturbación; c), que a mayor abundamiento, leyes tan cualificadas como las de 7 de diciembre de 1939—reguladora del desbloqueo—, 5 de noviembre de 1940—denominada de contratación en zona roja—, y en general las relativas a moratorias y reposición de saldos, atenúan su rigorismo, y lejos de partir de la nulidad radical consignada en el mismo, presuponen la validez y eficacia de tales actos, aunque buscan en sus respectivos textos soluciones flexibles para paliar la gravedad de los daños producidos;

Considerando que sin necesidad de entrar en la discusión—porque este punto no ha sido planteado en la nota—de si es posible aplicar a un Comité directivo designado por el Gobierno y cuyo nombramiento se publicó en la *Gaceta de Madrid*, la teoría que regula la validez y eficacia respecto a las empresas, de los actos ejecutados por los gestores sin mandato nombrados bajo el dominio marxista, interesa poner de relieve que el perjuicio que haya podido causar a la entidad bancaria el pago en moneda depreciada y que fué aceptado por el Comité entonces en funciones directivas, tiene por verdadera causa la inflación que se produjo durante la dominación roja, y esta clase de perjuicios sólo encuentra su remedio adecuado en las revalorizaciones previstas en Le-

ycs especiales para casos taxativos, y que no pueden ser objeto de ampliaciones extensivas, pues ello significaría olvidar—como tiene declarado la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 1943—que los preceptos legales y la jurisprudencia que regulan las situaciones ordinarias de la vida contractual, sólo tienen aplicación supletoria o complementaria de la legislación especial que rige las situaciones anormales derivadas de una guerra civil, y si se admitieran, mediante una interpretación forzada del artículo 1.753 del Código civil y de la regla de enriquecimiento torticero, nuevos casos de revalorización de la moneda roja no incluidos en el texto de la Ley del Desbloqueo, se iría abiertamente contra el espíritu y alcance de la misma, bien claramente expresados en su preámbulo;

Considerando que el Banco Hipotecario de España, al amparo de la referida Ley de 7 de diciembre de 1939, pudo ejercitarse, y al parecer ejercitó, las acciones concedidas para casos como el discutido, las cuales tendrán su desenvolvimiento adecuado en la jurisdicción especial y producirán, en el supuesto de prosperar, todos sus naturales efectos y consecuencias;

Considerando que la cancelación que ahora se trata de inscribir no perjudica la revisión que se haya intentado, pues el artículo 38 de la Ley tantas veces citada, y que encabeza el capítulo que trata de la revisión, presupone que el pago fué realizado con el fin de extinguir, amortizar o redimir el principal del préstamo; y el artículo 41, que determina los efectos que produce el acuerdo de revisión, preceptúa en su apartado c) que podrá renacer el derecho del acreedor con todas sus características, si bien subordinado a lo que se dispone en los apartados siguientes;

Considerando que esta Resolución, en definitiva, no prejuzga nada sobre la ejecución de la sentencia firme de revisión que en su día pudiera dictarse, bien se apoye en la no condición de tercero hipotecario del comprador del inmueble hipotecado, bien en que tenía conocimiento de los gravámenes hipotecarios por que fueron consignados en la parte expositiva de la escritura o en que se había reservado parte del precio para extinguirlos, o, en fin, en cualquier otra causa que los Tribunales ante quien se tramite el procedimiento correspondiente apreciarán debidamente, a fin de determinar la eficacia y alcance de su fallo.

No planteó el Registrador en su nota el punto acaso neurálgico de la cuestión, esto es, el referente a la posibilidad de aplicar a un Comité directivo designado por el Gobierno y cuyo nombramiento se publicó en la *Gaceta de Madrid*, la teoría que regula la validez y eficacia respecto a las empresas de los actos ejecutados por los gestores sin mandato nombrados bajo el dominio marxista.

Y sobre lo que indica al respecto el Centro Directivo, interesa recordar las palabras conque finalizó la Conferencia que sobre dicho tema dió el 21 de abril de 1941 en el Colegio Notarial de Barcelona D. Rafael Núñez Lagos—Notario de rara y original cultura—: “Toda la caducidad y prescripción de derechos—expresa—, todos los beneficios concedidos al tercero, adquirente a título oneroso por la Ley Hipotecaria o por la posesión de buena fe, todos los privilegios de los títulos de crédito, buscan antes que la equidad individualizada la seguridad del tráfico, la estabilidad de las relaciones económicas y jurídicas y la protección a los terceros que contratan basados en apariencias o presunciones legitimadoras. Es preferible que padezca la equidad a que se perturbe la estabilidad jurídica...”

RESTO DE FINCA PRIMITIVA O MATRIZ.—UNA BUENA PRÁCTICA NOTARIAL ACONSEJA LA DESCRIPCIÓN HIPOTECARIA. NO SÓLO DE LA PARTE SEGREGADA, SINO DEL EXPRESADO RESTO DE FINCA MATRIZ O PRIMITIVA.

*Resolución de 20 de junio de 1945 "B. O." de 22 de septiembre*

Ante el Notario de Jerez de la Frontera D. Francisco González Bautista, se otorgó una escritura de partición, por la que — entre otras — se adjudicaba a los dos herederos una participación en una finca, respecto de la cual, es decir, de la finca, después de describirse, se añadía: “En la fecha en que la adquirió el hijo del causante tenía una cabida de 4 hectáreas, 80 áreas y 86 centiáreas; mas como dicho hijo enajenó de tal finca, segregándola, una porción de 1 hectárea, 54 áreas y 28 centiáreas, quedó reducida a una cabida de 3 hectáreas, 26 áreas y 58 centiáreas, si bien según los asientos del Registro tiene 3 hectáreas, 7 áreas, 58 centiáreas.

Presentada primera copia de dicha escritura en el Registro de Jerez

de la Frontera, se suspendió en cuanto a la citada participación de finca, "porque estando reducida su primitiva superficie en virtud de la segregación que el título relaciona, se describe con los linderos que tenía antes de la misma".

Entablado recurso por el interesado, la Dirección ratifica el auto presidencial y nota del Registrador, declarando "que si bien ha de reconocerse que la aplicación de los artículos 59 y 60 del Reglamento hipotecario, en el sentido de describir con todo rigor solamente la parte que se separe o segregue de una finca, haciendo breve mención de esta circunstancia, al margen de la inscripción antigua, puede engendrar situaciones parecidas a la examinada, que es necesario aclarar en tiempo oportuno para poner el Registro en consonancia con la realidad jurídica y favorecer la identificación de los asientos con las superficies deslindadas formalmente, para conseguir tal objeto, una buena práctica notarial aconseja la descripción hipotecaria, no sólo de la parte segregada, sino del resto de la finca primitiva, sin perjuicio de que en el Registro se extienda la nota reglamentaria en términos claros y precisos".

#### MODIFICACIÓN DE HIPOTECA.

*Resolución de 12 de julio de 1945. "B. O." de 27 de septiembre.*

Ante el Notario de Antequera, D. Rafael García Reparaz, se otorgó escritura en la que se expuso y resulta: 1.º Que once años antes se había otorgado otra por los comparecientes, mediante la cual y en garantía de un préstamo de 30.000 pesetas, por plazo de seis años y al 7 por 100 de interés, uno de aquéllos hipotecó al otro determinada finca. 2.º Que por fallecimiento de la esposa del deudor, al practicar la partición de sus bienes, la finca hipotecada fué dividida en tres, que fueron adjudicadas al viudo, que las inscribió. 3.º Que de estas nuevas fincas se segregaron diversas parcelas, que fueron vendidas a distintos compradores. 4.º Que, como consecuencia de las segregaciones practicadas, quedaban como restos de fincas otras que se describían. 5.º Que el propietario agrupaba las fincas que eran restos después de practicadas las segregaciones para constituir otra nueva, que asimismo se describe. 6.º Y final, que por todo lo expuesto, la acreedora declaraba liberadas

de la hipoteca las porciones de la primitiva finca hipotecada, y estimando suficiente la nueva finca descrita, sobre ella continuaria pesando íntegramente la hipoteca.

Presentado el documento en el Registro del partido, se inscribió en cuanto a las segregaciones, descripciones de restos y unificaciones de fincas, practicándose igualmente las cancelaciones de hipoteca respecto a las fincas segregadas. Suspendiéndose por lo que se refiere a la hipoteca "por no quedar ésta constituida o concretarse sobre el resto de la finca, como erróneamente se dice en la escritura, pues por las diferentes segregaciones practicadas, las que, después de constituir nuevas fincas se agrupan, formando nueva finca hipotecaria en el Registro, ha desaparecido hipotecariamente la primitiva finca, y estando el plazo de la hipoteca vencido, se omite en el documento objeto de calificación la duración o plazo y demás condiciones de la obligación, requisitos necesarios para verificar con el consentimiento que ha prestado la acreedora, la inscripción de la hipoteca en la nueva finca formada."

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, la Dirección, confirmando el auto apelado, revoca la nota del Registrador.

Considerando que el único problema a dilucidar en este recurso consiste en determinar si puede reputarse subsistente la hipoteca sobre la nueva finca, constituida después de practicadas todas las operaciones a que la escritura hace referencia, y que son. a). división de la primitiva finca hipotecada en tres. b). de estas nuevas fincas se segregaron diversas parcelas, que fueron vendidas a distintos compradores; c). descripción de los restos de fincas que quedaron como consecuencia de las segregaciones practicadas, y d). agrupación de las fincas-restos para formar otra nueva.

Considerando que sobre esta nueva finca—denominada resto en la escritura—, sin duda para designar así la resultante después de efectuadas todas las operaciones antes aludidas, conviene la acreedora que continuará pesando la hipoteca, y cualquiera que sea la denominación que se adopte para designarla (resto, nueva finca o finca agrupada), es indudable que no pueden surgir dudas acerca de su identidad, porque en la propia escritura se especifica que la hipoteca continuará gravando la finca a que hace referencia el apartado 11, en el cual se describe con todos los requisitos necesarios la nueva finca resultante de la agrupación;

Considerando que el principio de la indivisibilidad de la hipoteca

consagrado en nuestra legislación hipotecaria puede sufrir atenuaciones al permitir a las partes el artículo 123 de la Ley que renuncien a las consecuencias que del mismo se derivan, y como en todo momento es facultad del acreedor limitar objetivamente su garantía a la finca o fincas resultantes de la división, su voluntad, claramente manifestada en este sentido, no debe encontrar obstáculos y sí producir sus naturales efectos y consecuencias, sobre todo cuando por la inexistencia de terceros hipotecarios se eliminan los graves riesgos que puede entrañar la conducta del acreedor, al centrar toda la responsabilidad dimanante de la hipoteca en un solo trozo de la finca, sobre el que pudieran existir otros gravámenes hipotecarios que se verían notoriamente afectados por tal determinación;

Considerando que, según ha declarado este Centro directivo en Resolución de 23 de febrero de 1929, "el acto en cuya virtud se transmite una finca como libre de cargas por prestar el acreedor su consentimiento a la liberación no implica la constitución de una hipoteca sobre el resto de finca que sigue gravada, y así lo admite la práctica notarial cotidiana al conceder plenos poderes al acreedor hipotecario para que cancele la responsabilidad de una finca que, con otras varias, resultado de la división de un antiguo predio, garantiza en cierto modo solidariamente el primitivo crédito", doctrina de exacta aplicación al caso discutido, porque si bien en la escritura de venta que motivó dicha Resolución compareció el acreedor, que era quien compraba la finca segregada, para consentir que la hipoteca continuara gravando el resto de la finca después de practicadas las segregaciones, y en el caso ahora discutido el consentimiento se ha prestado con posterioridad a las ventas efectuadas, la finalidad perseguida es idéntica y debe producir en uno y otro caso análogos efectos, como lo corrobora la propia nota recurrida que al señalar las operaciones realizadas enumera la de: "cancelación de la hipoteca respecto a las fincas segregadas";

Considerando que el criterio sustentado por el Registrador de que estando vencido el plazo de la hipoteca se omite en la escritura su duración y demás condiciones de la obligación, y ello impide su inscripción, no puede ser mantenido por los razonamientos siguientes: Primero, porque se estima extinguido el gravamen cuando en realidad sólo se ha concretado su afección en un inmueble determinado, con el expreso consentimiento del acreedor; segundo, porque aun estando vencido el plazo para reclamar el crédito, tal circunstancia no impide que la

obligación y el derecho real de garantía sigan vigentes, y que a instancia de la parte interesada se pongan en juego cuantos resortes le confieren, para resarcirse del capital prestado; y tercero, porque el artículo 59 del Reglamento hipotecario, que en su párrafo segundo regula el supuesto de agrupación de fincas, exige que en la nueva inscripción se expresen, juntamente con la procedencia de las mismas, los gravámenes que tuvieren con anterioridad, y resulta incuestionable que no habiéndose cancelado la hipoteca, respecto de los trozos agrupados, tal gravamen deberá reputarse subsistente en la nueva finca formada.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO.

Registrador de la Propiedad.

# Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 6 de junio de 1944.*

LAS SUBVENCIONES EN METÁLICO, OTORGADAS POR EL ESTADO A FAVOR DE UNA ENTIDAD DOMICILIADA EN TERRITORIO FORAL ESTÁN EXENTAS DEL IMPUESTO DE DERECHOS REALES, CONFORME A LO DISPUESTO EN EL REGLAMENTO EN EL ARTÍCULO 2.<sup>º</sup>. APARTADO 1), REGLA 2.<sup>a</sup>

*Antecedentes.*—La Sociedad M. G. viene disfrutando desde el año 1918 de una subvención del Estado como concesionaria de cierto ferrocarril con arreglo al R. D. de 22 de septiembre de 1917, y al hacer efectiva en la Caja de Depósitos una de las anualidades, le fué girada liquidación por el impuesto de Derechos reales por el concepto de transmisión de bienes muebles al tipo de 2,50 por 100.

La Entidad subvencionada entabló recurso exponiendo que el acto fué acertadamente calificado de subvención; pero que le alcanza la exención del impuesto contenida en el artículo 2.<sup>º</sup>, regla 2.<sup>a</sup> del Reglamento del Impuesto por tratarse de una adquisición de bienes muebles en la que el adquirente tiene derecho al régimen foral.

La recurrente justificó documentalmente su condición de aforada y el Tribunal central acogió la reclamación estimando que el acto constituye una subvención, equiparada reglamentariamente a una transmisión de bienes muebles conforme al artículo 24 del Reglamento, y en tal sentido sometida al tipo de tributación del 2,50 por 100; pero que le es aplicable la exención a que los citados preceptos se refieren, según los cuales continuarán exceptuados del impuesto de Derechos.

reales los actos y contratos referentes a bienes muebles cualquiera que sea el lugar en que se hallan situados, cuando el causante en las herencias o el adquiriente en los contratos, tengan derecho al régimen foral, extremo este que se da en la reclamante por estar domiciliada en Pamplona.

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 6 de junio de 1944.*

EL ACTO DE MANIFESTACIÓN EN UNA ESCRITURA PÚBLICA DE LA CONSTRUCCIÓN Y PROPIEDAD DE UN BUQUE, BAJO LA DIRECCIÓN DE UN CARPINTERO DE RIBERA, SIN QUE CONSTE QUE ÉSTE APORTRARA LOS MATERIALES NI QUE MEDIO CONTRATO ESCRITO ENTRE EL PROPIETARIO Y EL CARPINTERO CONSTRUCTOR, NO ES ACTO SUJETO A TRIBUTACIÓN POR EL IMPUESTO DE DERECHOS REALES

*Antecedentes.*—Por medio de escritura notarial, D. J. V. hizo constar la declaración de propiedad de un buque, hecho construir a sus expensas bajo la dirección de un carpintero de Ribera, que había de ser inscrito en los correspondientes registros de Marina, expresando para ello todas las circunstancias y características, y su valoración de 275.000 pesetas.

Presentada tal escritura a liquidación del impuesto de Derechos reales fué girada una liquidación a nombre del declarante por el concepto "muebles" núm. 46 de la tarifa del 2,50 por 100, y contra esa liquidación entabló el D. J. V. reclamación económico-administrativa alegando que la escritura de manifestación de propiedad está exenta del impuesto y que para que la expresada liquidación fuera procedente era preciso que el contratista hubiere suministrado la totalidad de los materiales, los que en el caso, habían sido facilitados por el armador recurrente, así como la maquinaria y la caldera; que el contratista se dedicara habitualmente a la confección de obras análogas, y que la obra contratada hubiera de ejecutarse y quedara incorporada a una cosa propiedad del contratista, cuyas circunstancias, dice el reclamante, no se dan en el supuesto discutido.

El Tribunal provincial Económico-Administrativo desestimó la reclamación, y entablada apelación se reforzó la anterior argumentación diciendo que la escritura en cuestión contenía una declaración unilateral,

análoga a la que formaliza el propietario de una casa de nueva construcción; que para que el contrato mixto de obras con suministro se liquide al 2,50 por 100 se necesita que el contratista ponga la totalidad de los materiales, y que aun en el supuesto de que hubiere facilitado la madera, no cabría la misma suposición en cuanto a los elementos mecánicos del buque y habría que reducir la base liquidable al valor del casco, fijado por el ingeniero naval inspector en 105.000 pesetas, por todo lo cual se terminó pidiendo la anulación de la liquidación, o, en otro caso, que se gire liquidación al 0,60 por 100 como contrato de ejecución de obras sobre dicha base reducida.

El Tribunal central estima que el acto contenido en la calendada escritura es unilateral y mera declaración de propiedad del barco sin intervención del constructor, por lo cual carece por sí solo de la naturaleza contractual bastante para originar jurídicamente el impuesto conforme al artículo 44 del Reglamento, y como por otra parte tampoco se hace referencia en la escritura a contrato alguno, celebrado por el constructor y el propietario, que conste en documento suscrito por ambas partes, hay que deducir, a falta de otras pruebas, que las convenciones celebradas están exentas del impuesto, según el artículo 3.<sup>º</sup> número 5.<sup>º</sup> de la Ley, sin perjuicio de la acción investigadora que la Oficina liquidadora pueda promover.

*Comentarios.*—Son dos cuestiones las que en la resolución comentada se involucran, y que, sin embargo, son perfectamente separables y autónomas desde el punto de vista jurídico y también fiscal, con lo cual su estudio, a los efectos del impuesto, es mucho más sencillo. Una cosa es la manifestación de propiedad contenida en la escritura, perfectamente análoga e incluso idéntica, como hizo notar el recurrente al entablar la apelación ante el Tribunal central, a la manifestación de propiedad de obra nueva por el dueño de un solar en el que se construye un edificio, y otra muy distinta son las relaciones contractuales que pueden haber mediado entre el dueño y los ejecutores de lo construido, las cuales podrán haber sido las simplemente laborales entre el que da trabajo y el que lo presta, o las que nacen de un contrato de ejecución de obras con sus distintas modalidades de suministro de materiales y demás características susceptibles de adjetivar el contrato y hacer que deba calificarse de "ejecución de obras", de "contrato mixto" o de "compraventa", según los artículos 18 y 25 del Reglamento.

Hecha esa diversificación, la cuestión nos parece perfectamente clara.

la simple escritura de manifestación de propiedad de obra nueva, no es liquidable porque no es acto sujeto al impuesto. Podrán estarlo los que originaron la obra nueva, pero para ello será necesario, sin perjuicio de declarar no sujeta la escritura de manifestación de propiedad o de obra nueva, demostrar que existieron los contratos generadores de ésta y que se exteriorizaron y solemnizaron documentalmente, promoviendo, en su caso, el correspondiente expediente de investigación.

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 13 de junio de 1944.*

LA DEUDA RECONOCIDA POR EL CAUSANTE A FAVOR DE UN LEGATARIO EN SU TESTAMENTO NO ES DEDUCIBLE AUNQUE, ADEMÁS, MEDIE UN DOCUMENTO PRIVADO SUSCRITO POR EL CAUSANTE Y EL LEGATARIO.

*Antecedentes.*—La causante, en su testamento, nombró heredera a una sobrina carnal, y reconoció deber a doña R. M. y M. 120.000 pesetas por los servicios que le había prestado durante veinticuatro años, ordenando que para su pago se le adjudicasen en concepto de legado determinados bienes y facultando a la legataria y acreedora para que si el valor de la deuda fuese inferior al de los bienes, quede el legado subsistente en cuanto a la diferencia.

Presentada a liquidación del impuesto la testamentaría, en ella aparece deducida la deuda de 120.000 pesetas y el resto de la herencia distribuído entre la heredera y la legataria, y como justificante de la deuda se acompañó un documento privado suscrito por la testadora y la legataria justificando la deuda y sus circunstancias; y una escritura pública, de fecha posterior al fallecimiento de la testadora, en la que la sobrina heredera y la legataria reconocen la autenticidad del documento privado y la certeza de la deuda y también que ésta ha sido pagada por la heredera.

La oficina liquidadora estimó que no era deducible la mencionada deuda y liquidó a nombre de la heredera por los bienes heredados y a la legataria por el importe total de los bienes legados al tipo de extraños.

Esta segunda liquidación fué recurrida, por estimar la legataria y supuesta acreedora que debieran haberse girado dos liquidaciones, una en el concepto de adjudicación en pago por el importe de la

deuda, al 5 por 100, y otra por el tipo correspondiente de la herencia, sobre la base de la diferencia entre la cantidad debida y el valor de los bienes legados, y razonó tal pretensión diciendo que tanto el documento privado como la mencionada escritura pública justificaban plenamente la existencia de la deuda y eran suficientes para promover la acción ejecutiva, a tenor del artículo 101 del Reglamento del Impuesto, en relación con el 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Tanto el Tribunal Económico-Administrativo Provincial como el Central desestiman el recurso, porque los documentos alegados no reúnen los requisitos que el artículo 101 exige: el documento privado, porque carece de autenticidad y no es ejecutivo, como exige el párrafo 1.º del artículo 101 del Reglamento, y en cuanto a la mencionada escritura ratificando la deuda, porque la eficacia de la escritura en estos casos está supeditada en el apartado 3.º del citado artículo 101 a que la deuda no aparezca contraída a favor de herederos o legatarios.

La doctrina sentada es tan clara que hace innecesario todo comentario.

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 13 de junio de 1944.*

LA TASACIÓN PERICIAL ES UN MEDIO EXTRAORDINARIO DE COMPROBACIÓN QUE DEBE SER ACORDADO POR LA OFICINA LIQUIDADORA, Y NO PUEDE ACORDARLA DE OFICIO EL TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO PROVINCIAL Y, SEGÚN EL RESULTADO DE ELLA Y SUPUESTO EL AUMENTO DE BASE OBTENIDO, ORDENAR AL LIQUIDADOR QUE GIRE LIQUIDACIÓN COMPLEMENTARIA.

*Antecedentes.* — Ante la correspondiente oficina liquidadora fué presentada una partición de bienes, entre los cuales se comprendían dos camionetas valoradas en 6.000 y 8.000 pesetas, entre otros bienes. Esas dos valoraciones fueron elevadas, respectivamente, en el expediente de comprobación de 20.000 y 18.000 pesetas, sin que conste el medio comprobatorio empleado ni que fuera notificado el resultado de tal comprobación.

Girada la liquidación, fué ésta recurrida, alegando por diversos razonamientos, que no hay para qué reseñar, que el verdadero valor de

las camionetas era el asignado en la partición, que a ese valor debía atenerse la Administración y que el Tribunal podrá acordar la valoración por peritos.

A la reclamación se unieron documentos probatorios, y el Tribunal Provincial, en definitiva, acordó, para mejor proveer, que por el ingeniero industrial afecto a la Delegación de Hacienda se tasasen pericialmente los expresados vehículos, el cual les fijó el valor de 21.000 y 18.000 pesetas, respectivamente, hecho lo cual el Tribunal resolvió desestimando la reclamación y acordando que el expediente volviese a la oficina liquidadora y que ésta practicase la oportuna liquidación complementariamente, teniendo en cuenta la aludida peritación.

El Tribunal Central revocó el anterior acuerdo y anuló tanto la tasación pericial como las liquidaciones prácticas, acordando además que se realice la comprobación de valores por un medio reglamentario, como lo es el contrato de seguros, y, en su caso, que la oficina liquidadora acuda al medio extraordinario de la tasación pericial.

Para resolver así el Tribunal tuvo en cuenta que la tasación pericial es medio extraordinario de comprobación y que a él sólo puede acudirse, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 81 del Reglamento, cuando, siendo aplicables alguno de los ordinarios, no produzcan, a juicio de la Administración, el verdadero valor de los bienes; cuando algún precepto reglamentario lo determine, y cuando los interesados lo soliciten y no acepten el valor que, previa comprobación, hubiese fijado a los bienes la Administración. A lo que el Tribunal Central añadió que no hay precepto reglamentario alguno que prescriba la tasación pericial para fijar la base liquidable de los bienes de que se trata; y como ninguna de esas premisas del artículo 81 se da y, por otra parte, el acuerdo de la práctica de la tasación pericial es atribución privativa de la oficina liquidadora y, por añadidura, tiene trámites de ineludible observancia prescritos en los artículos 90 y siguientes, es claro que el informe técnico que el Tribunal Provincial aceptó y el mismo acuerdo por éste tomado carecen de eficacia y validez reglamentaria.

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 20 de junio de 1944.*

LAS CUESTIONES DISCUTIDAS EN VÍA ECONÓMICO-ADMINISTRATIVA Y PRODUCIDAS EN UNA LIQUIDACIÓN PROVISIONAL NO PUEDEN REPRODUCIRSE AL DISCUTIR POSTERIORMENTE UNA LIQUIDACIÓN DEFINITIVA, AUNQUE AQUÉLLA HAYA SIDO DESESTIMADA POR EXTEMPORÁNEA. SÍ PUEDE, EN CAMBIO, DISCUTIRSE SI NO FUÉ IMPUGNADA.

LA CAPITALIZACIÓN AL 5 POR 100 EFECTUADA EN UNA LIQUIDACIÓN PROVISIONAL NO PUEDE REVISARSE Y HACERLA AL 4 POR 100 AL PRACTICAR LA LIQUIDACIÓN DEFINITIVA, AUNQUE ÉSTA SE VERIFIQUE DESPUÉS DE ESTAR VIGENTE LA LEY DE REFORMA TRIBUTARIA DE 1940, SIEMPRE QUE SE TRATE DE LOS MISMOS BIENES, Y SEAN LOS MISMOS LOS MEDIOS DE COMPROBACIÓN EMPLEADOS.

*Antecedentes.*—Presentadas a liquidación las herencias de dos causantes y liquidadas antes de la publicación de la Ley de Reforma Tributaria, fueron capitalizados los líquidos imponibles al 5 por 100. Recurrida la comprobación, la reclamación se desestimó por extemporánea.

Con posterioridad a la vigencia de dicha Ley se presentó documento de liquidación definitiva de las mismas herencias y se realizó nueva comprobación, aplicando la capitalización al 4 por 100, lo que dió un considerable aumento en la base liquidable.

La base de comprobación y las liquidaciones giradas fueron recurridas, y el Tribunal Provincial sólo resolvió en cuanto a la base de comprobación, fundado en que las dos cuestiones no podían ser objeto del mismo expediente, conforme al artículo 23 del Reglamento de Procedimiento, y en cuanto a aquélla, dijo que la capitalización al 4 por 100 era la procedente, porque tanto la transitoria 1.<sup>a</sup> de la Ley del Impuesto como la de Reforma Tributaria dicen que debe ser aplicada a las bases que se liquiden después del 23 de diciembre de 1940, y además, porque, según la misma transitoria, la nueva Ley del Impuesto ha de aplicarse a los actos y contratos anteriores si la nueva Ley es más gravosa, cuando los documentos se presenten a liquidación fuera de plazo, como efectivamente se presentaron en el caso, ya que

la liquidación definitiva fué pedida después de haber transcurrido un año de la provisional, sin que contra este argumento quepa decir que la reclamación económico-administrativa anterior entablada contra la liquidación provisional, interrumpió el plazo, porque tal recurso no versó sobre la transmisión de bienes o derechos, como exige el artículo 113 del Reglamento.

El Tribunal Central revoca el fallo anterior y deja sin efecto la capitalización al 4 por 100 y anula las liquidaciones que como consecuencia de ella se habían girado, y dice que la interrupción de plazos de presentación prevista en el artículo 113 citado no la origina el recurso económico-administrativo, porque éste no se refiere, como el artículo exige, a litigio sobre la transmisión de bienes o derechos, y respecto a que la presentación dentro del plazo de moratoria impida la aplicación de aumentos en la base, por aplicación de preceptos posteriores a la fecha en que se causó el acto, tampoco lo considera argumento, porque las moratorias no tienen más fin que condonar multas y recargos y no se refieren a bases tributarias y tipos de tarifa.

Ello no obstante, no admite que la comprobación efectuada en la liquidación provisional antes de entrar en vigor la Ley de Reforma Tributaria, capitalizando el líquido imponible al 5 por 100, pueda ser modificada al girar la liquidación definitiva posterior a dicha Ley, aplicando la capitalización del 4 por 100 cuando, como en el caso ocurre, se trata de los mismos bienes y de igual medio comprobatorio, porque si bien el artículo 118 faculta para revisar de oficio la liquidación provisional al practicar la definitiva, ello supone que se trate de distinta comprobación y de otros medios comprobatorios.

Finalmente, respecto a la aplicación de la mencionada Ley en cuanto a capitalizar al 4 por 100, entiende que no lo permite la disposición transitoria 1.<sup>a</sup> de la Ley del Impuesto, porque ésta previene que esa capitalización se aplique a las bases que se liquiden a partir del 23 de diciembre de 1940, fecha de vigencia de la Ley de Reforma Tributaria, y como en el caso actual no hay nuevas bases que liquidar, obvio es que no hay para qué tratar de nueva capitalización; a cuya conclusión llega también a la vista de la misma transitoria cuando ésta dice que los preceptos de la vigente Ley, y entre ellos los de la capitalización al 4 por 100, se aplicarán a los actos y contratos causados con anterioridad al 23 de diciembre de 1940 que se presenten a liquidación fuera de los plazos reglamentarios y sus prórrogas, siempre que en

virtud de sus disposiciones hayan de practicarse liquidaciones de cuantía superior a las procedentes, conforme a la legislación anterior, puesto que tal precepto se refiere exclusivamente a la presentación de un acto o contrato fuera del plazo reglamentario, y por consiguiente, nada tiene que ver con la presentación con finalidad distinta, cual es la de la liquidación definitiva, siquiera se realice fuera del plazo especial para ello señalado, con tanta mayor razón cuanto que la presentación fuera de ese plazo específico—el de un año, como es sabido, a contar desde la provisional, más los dos meses después del requerimiento de la Administración—tiene su sanción, también específica, consistente en el 10 por 100 de las cuotas de las liquidaciones giradas en la liquidación provisional, según previene el artículo 120 del Reglamento.

*Comentarios.*—Por vía de sencillo comentario, solamente añadiremos por nuestra cuenta que nos parece interesante y acertada la aplicación que hace la resolución comentada del artículo 113, al decir que entre las causas de suspensión de plazos por consecuencia de litigio no están comprendidos los recursos que se entablen ante el Tribunal Económico-Administrativo, y diremos también que es merecedora de destacarse la tesis del Tribunal Central en cuanto a que las Leyes sobre moratorias, o sea sobre condonación de multas y recargos, no pueden obstar a la aplicación de aumentos en la base liquidable establecidos en disposiciones posteriores a la fecha en que se causó el acto liquidable, siquiera ello contradiga el principio general de la irretroactividad de las Leyes, cuya tesis es reafirmación del criterio ya sentado por el mismo Tribunal—creemos que por primera vez—en resolución de fecha 2 de febrero de 1943.

JOSÉ M.<sup>o</sup> RODRÍGUEZ VILLAMIL..

Abogado del Estado y del I. C.  
de Madrid

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Especial

SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1945.—*Alcance de la sumisión a árbitros en lo que a actos de administración se refiere.*

Los derechos y obligaciones que nacen y derivan de la administración y mejor disfrute de la cosa común no son confundibles con los de propiedad y dominio sobre las participaciones que los interesados en la comunidad puedan alegar y ostentar; y como el artículo 398 del Código civil no se refiere a estos últimos derechos, sino a los primeros, no debe jugar en la decisión de este litigio, que tiene por objeto, únicamente, obtener frente a los demandados el reconocimiento de determinados actos y contratos, y cómo consecuencia de este reconocimiento la declaración de que a la demandante corresponde cierta participación o cuota en la comunidad y es acreedora de sus condóminos por las cantidades que indica, no relacionadas con actos de administración ni de mejor disfrute de la cosa común; de lo cual también resulta que la cuestión litigiosa se suscita, no entre la comunidad y un participé, que es lo previsto en los Estatutos, sino entre partícipes solamente. En consecuencia que, aun aceptando el juicio de validez y eficacia que de tan repetido Estatuto formula el Tribunal de instancia, es indiscutible que éste, al establecer como único fundamento de su fallo que por virtud del mismo Estatuto se relaciona con el artículo 398 del Código civil, la demandante y recurrida viene obligada a someter a la decisión de amigables componedores el alcance y efectos de actos y contratos no referentes a la administración de la comunidad, interpreta y aplica indebidamente el expresado precepto legal, así como también el citado artículo estatutario, en relación con los 1.092, 1.254, 1.255, 1.258 y 1.281 del mismo Código.

SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1945.—*Posición jurídica del tercer poseedor.*

La sentencia de que se trata, al establecer que la reconstitución de los autos del procedimiento sumario no se pidió y que el actor pudo solicitarla, no infringe el Decreto de 23 de febrero de 1940 sobre reconstitución de actuaciones judiciales, en contra de lo que arguyen los herederos del señor P., y hoy, al no haberla instado, no pueden alegar indefensión a pretexto de que su causante no fué parte en aquél, porque le estaba permitido el serlo por lo dispuesto en los artículos 131 y 132 de la Ley Hipotecaria, pues bien se le

estime como parte principal o como parte interveniente, dado lo limitado de las peticiones que le son permitidas en el mismo, lo cierto es que el tercero poseedor está legitimado perfectamente para actuar en este proceso de ejecución, que aun dirigido principalmente contra los bienes hipotecados le afecta sobremanera, porque esos bienes son los suyos y viene a sustituir al deudor; por ello, una vez personado en aquél, tienen que entenderse con él las diligencias sucesivas y le es dable llegar, como ha ocurrido en este caso, hasta solicitar su nulidad, lo que le confiere el derecho a instar como parte la reconstitución del mismo si ha desaparecido, toda vez que el artículo 3.<sup>º</sup> de este Decreto conoce facultades al Juez para poderle tener como tal con arreglo a los 131 y 132 de la Ley antes citada, y si le hubiera faltado entonces éxito y para lograrla es cuando tendría derecho a utilizar las razones que ahora esgrimen los recurrentes, sin que las excusase tampoco ni la circunstancia de no tener copias de traslados o actuaciones, porque el artículo 7.<sup>º</sup> del Decreto da el remedio para suplirlo cuando ello ocurre; todo ello con independencia de que la nulidad pretendida no puede acordarse, porque, como dice el Tribunal sentenciador, ello implica la reposición del procedimiento al momento en que se cometió la falta para continuarlo, lo que resulta imposible en este caso.

SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1945.—*Derecho de abstención.*

La indiscutida calidad de privilegiado del crédito del Banco de España, que, en conformidad con lo que va apreciado, autorizaba a éste a retener los valores que le servían de garantía y a hacerse pago con el producto de la venta de los mismos en la cuantía suficiente para ello con independencia de la suspensión de pagos del deudor, a la que se abstuvo de acudir, y sin someterse al acuerdo de los demás acreedores desprovistos de todo derecho a la prenda, no comprendida en la relación de bienes del suspenso por no haberse reclamado mediante el pago del crédito al que afectaba, no pudo perderse por no haber pedido el Banco acreedor, dentro del plazo que fija el artículo 11 de la Ley de 26 de julio de 1922, que se incluyera en la relación de los que tienen derecho de abstención, formada por los Interventores en el expediente, porque, además de que ni el citado precepto ni otro alguno sancionan con la pérdida y caducidad que el recurrente supone, el hecho de que un acreedor del suspenso e insolvente definitivo no reclame su crédito con garantía de prenda se incluya entre los que dan derecho de abstenerse de concurrir a la Junta de acreedores, la inclusión o exclusión del mismo en el indicado concepto carece de toda eficacia para privar a quienes en virtud de un contrato de prenda se encuentran asistidos del derecho, que expresamente las reconoce la Ley, de no aportar aquélla a la masa de bienes de su deudor y de hacerse pago con el importe de la misma, que es en lo que su privilegio consiste.

SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1945.—*Prescripción de la obligación contractual de indemnizar daños producidos por un accidente, en Marruecos.*

Resulta aplicable el artículo 199 del Código de Obligaciones y Contratos.

**SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1945.—*Estado de hijo natural.***

La sentencia expone la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia, la cual requiere la realización de actos que muestren con evidencia la voluntad paterna o de la familia, en su caso (sentencia de 7 de noviembre de 1896), la voluntad firme, espontánea y resuelta (sentencia de 24 de enero de 1920), la constancia y perseverancia en el ánimo, sin solución de continuidad (sentencia de 19 de enero de 1920), declaraciones que en fecha más próxima han cristalizado en las sentencias de 3 de julio y 28 de noviembre de 1941, en que, a pesar de denegarse el reconocimiento por circunstancias específicas de hecho a que en ambas resoluciones se alude con toda claridad, cuida de explicar en la primera la diferencia sustancial que existe entre la declaración de voluntad expresa por escrito y el reconocimiento presunto, inducido de determinados actos humanos, derivando en la segunda la posesión de estado de un conjunto o serie de actos notorios reiterados, que por su naturaleza y circunstancias determinan una situación de hecho de carácter permanente, acreditativa de voluntad, sin que sea lícito confundirla con la derivada de actos que en mayor o menor grado puedan revelar el convencimiento de una persona respecto a su paternidad, el hecho de admitir al hijo en la familia.

**SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1945.—*Desahucio de un precarista.***

El desahucio no prospera cuando versa sobre algo más que la resolución del contrato (en los casos de arrendamiento) o que la sencilla restitución de un estado posesorio que «prima facie» no aparezca incontrovertible.

**SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1945.—*Sociedad Anónima.***

La deficiencia de nuestro actual ordenamiento jurídico en materia de sociedades anónimas y la circunstancia de que sea permitida la constitución de estas sociedades sin intervención gubernativa ni judicial y su funcionamiento sin órganos de inspección y vigilancia y con sumisión absoluta al voto de la mayoría de los socios, obliga a los tribunales de justicia, cuando son requeridos en función de tutela para juzgar del proceder de las Juntas generales, tanto ordinarias como extraordinarias, a concentrar la mayor atención en los problemas que les sean sometidos para así lograr que prevalezca la más rigurosa observancia de los estatutos reguladores de la actividad social.

El artículo 18 del estatuto por que se rige la Sociedad Metalgráfica establece que tendrán derecho de asistencia a las Juntas generales todos los accionistas que con tres días de anticipación al en que éstas deban celebrarse hayan depositado «sus acciones» en la Caja social o en el establecimiento de crédito que consigne la convocatoria, y el artículo 19 agrega que el derecho de asistencia a las Juntas generales podrá delegarse en otro accionista por carta dirigida al presidente, y estos preceptos, de los cuales el segundo fué adicionado en la reforma estatutaria realizada el 31 de marzo de 1931, revelan claramente que a las Juntas generales sólo puede asistirse con acciones propias o mediante representación conferida por accionistas, a medio de carta dirigida al Presidente de la Sociedad, y como según el artículo 121 en relación

con el 151, ambos del Código de Comercio, las escrituras sociales son de obligatoria observancia en las Sociedades anónimas, en todo lo referente a la celebración de las Juntas generales, los mencionados preceptos estatutarios son de decisiva importancia para resolver el particular este de la nulidad del acuerdo de la Sociedad Metalgráfica. Las actas de las Juntas generales de esta Sociedad de 16 de noviembre de 1940 y 24 de marzo de 1941 en relación con las certificaciones que en período de prueba expidió el agente de Cambio y Bolsa D. J. S., documento de autenticidad negada, acreditan que D. Manuel Gancedo R. asistió a la primera de estas Juntas y actuó de escrutador con 10 acciones propias adquiridas el día 12 del mismo mes de noviembre de 1940 y con 467 más; que de éstas últimas, 200 pertenecían a la Sociedad Previsores del Porvenir, 242 a D. Florencio Puig V. y las 25 restantes a D. Luis Oller Tintoré, y que ninguno de estos tres propietarios de acciones otorgaron su representación al Gancedo en la forma estatutaria antes dicha, y también revelan los mismos documentos que el otro escrutador D. Juan Antonio García M. Quirós asistió a la indicada Junta con 173 acciones, de la cuales diez había adquirido el 12 del repetido mes de noviembre y las 163 restantes pertenecían al D. Luis Oller, que tampoco le tenía conferida su representación estatutariamente; y como según la propia acta de 16 de noviembre de 1940 figuraron en la votación 780 acciones y se abstuvieron 96, el acuerdo fué adoptado por 60 votos válidos que no constituyen la mayoría que exige el artículo 17 de los Estatutos para deliberar sobre proposiciones que presenten los accionistas en el acto de la celebración de las Juntas; y en consecuencia, es obligado entender que el acuerdo que acredita la repetida acta de revocación del Consejo de Administración es nulo y que la sentencia recurrida al no apreciar este motivo de impugnación sobre el cual la representación de la Sociedad demandada guarda absoluto silencio en todo el debate, incide en error de derecho por infracción del artículo 1.218 del Código civil en relación con los artículos 35, 36 y 37 del mismo cuerpo legal, del artículo 121 del Código de Comercio y con los artículos 17, 18, 19 y 25 del Estatuto social.

En las Sociedades Anónimas el título representativo de las acciones al portador es el documento adecuado para hacer valer los derechos de accionistas y para transmitirlos a otro y como el ejercicio de estos derechos va unido a la posesión del título y a su literalidad, no es posible juzgar la eficacia y valor del mismo prescindiendo de circunstancias que no figuren en él; de lo cual es consecuencia que, por reconocerse en el debate que las acciones de la Sociedad demandada números 606 al 1.000 fueron emitidas y suscritas, que los títulos representativos de estas acciones carecen de la firma del presidente del Consejo de Administración y de fecha, que los títulos números 801 al 1.000 continúan unidos a sus matrices y que éstas no se encuentran en poder de la Sociedad, es obligado el imponer a ésta la subsanación de tales faltas mediante la expedición de nuevos títulos con todos los requisitos estatutarios; sin que a ello deba obstar los actos de aquietamiento de los socios y de la Sociedad mientras todos actuaron en un ambiente familiar porque estos actos no tienen el alcance de una renuncia a la subsanación, más inadmisible si se tiene presente que tal renuncia tendría el alcance de privar al documento de prerrogativas tan importantes como la de su transmisibilidad por la simple tradición y la de obtener en caso necesario despacho de ejecución para el cobro de Cupones vencidos y no pagados y al no reconocerlo así el Tribunal a quo infringe el artículo 121 del Código de Comercio, en relación con el 5.º y el 8.

de los Estatutos sociales, que determinan los requisitos con que han de ser expedidos estos títulos.

**SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 1945 —*Sumisión; sus requisitos.***

El negocio jurídico de sumisión, al que nuestra Ley de Enjuiciamiento civil concede valor preferente para modificar y determinar el régimen de la competencia territorial, exige como requisitos muy destacados, de una parte, que la indicación del Juzgado o Tribunal se haga por ambos interesados o litigantes (artículos 56 y 57 de la citada Ley), y de otro lado, que esa indicación, en el caso de la sumisión expresa, se haga señalando «con toda precisión» el Juez o Tribunal al que se quiere tener por competente para conocer de una determinada materia litigiosa (art. 57), y es indudable que faltan estas condiciones cuando se deja al arbitrio de una de las partes la elección del órgano jurisdiccional, tanto porque en este supuesto la designación ya no procede, en realidad, de ambos litigantes, cuanto porque no queda precisado de antemano, cual es el Juez o Tribunal que adquiere la competencia. La jurisprudencia de esta Sala ha sancionado con gran reiteración tales principios y ha establecido de modo especial, en sentencia de 8 de junio de 1943, que el requisito de la precisa designación del Juez a quien las partes se sometan, no se cumple en aquellos casos de designación alternativa que ha de ser concretada, no por elección de cualquiera de los interesados, sino por arbitrio solamente de una de las partes, ya que en tal evento, sobre infringirse la norma de igualdad que en general preside la contratación, se crea una situación imprecisa e incierta para el otro interesado, no titular del derecho de elección, si es que necesita y pretende formular demanda.

**SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1945 —*Puede el demandado, fuera del caso de reconvenCIÓN, convertirse en demandante?***

A fin de resolver el problema que a través de sus varios motivos plantea este recurso de casación, con la vista puesta en las muy calificadas circunstancias que en el caso concreto concurren, es preciso subrayar, ante todo: A) Que el proceso de cuya ejecución se trata, fué promovido a nombre de la Compañía de Ferrocarriles Andaluces, mediante demanda formulada en 3 de julio de 1931, cuyas pretensiones se enderezaban a lograr, primordialmente, la declaración de existencia de un contrato de adquisición de material ferroviario en desuso, que negaba entonces el demandado y hoy recurrente D. Miguel Casals Carles, y en segundo término, la condena al cumplimiento de dicha convención que, a tenor de la súplica le obligaba a hacerse cargo, previo pago, de la mercancía adquirida a razón de 500 toneladas mensuales como mínimo. B) Que con oposición constante del Sr. Casals, logró éste en la primera instancia una resolución absolutoria que en parte fué revocada, por la que en segunda instancia y con fecha 4 de octubre de 1934 dictó la Audiencia de Barcelona, la que hubo de declarar que el Sr. Casals Carles estaba obligado a cumplir en sus propios y precisos términos el contrato de que se deja hecha mención, mas no aquietó al Casals con semejante declaración y condena, promovió recurso de casación por infracción de Ley, que fué desestimado por sentencia que este Tribunal dictó en 13 de junio de 1936. C) Que remitidas las

actuaciones al Juzgado de procedencia en 22 de enero de 1937, no se solicitó ejecución de sentencia; y en este estado y con fecha de 1.<sup>o</sup> de enero de 1941, el vencido en el pleito hubo de pedirla, con la pretensión de que la Compañía fuese requerida para que cumpliese el contrato, previo el pago del valor de la mercancía por él adquirida—que no consiguió—si bien para el caso de incumplimiento formuló relación de daños y perjuicios que ascendían, según el cálculo que hizo, a la suma de 2.334.385,50 pesetas, integrada por una partida de 59.385,35 pesetas, que suman todas las costas del pleito precedente, que Casals se vió obligado a pagar, y el resto el montante de los perjuicios que por el incumplimiento dijo sufrir con independencia de esos gastos judiciales. D) Que suscitado un incidente a ese propósito, cuya suerte no interesa a los fines del recurso, la Compañía formuló más tarde una demanda incidental de previo y especial pronunciamiento, que detuvo el curso de la ejecución en la que tras de alegar que todo el material ferroviario objeto de aquel contrato había desaparecido durante el dominio murxista, por circunstancias ajenas a su designio, y que por implicar fuerza mayor, no le eran imputables, solicitó en definitiva se declarase que el fallo cuya ejecución se pedía otorgaba a la Compañía actora un derecho a exigir la obligación frente al obligado a cumplirla, a cuyo derecho le era dado renunciar, o alternativamente, que aquella entidad no venía obligada a entregar el material objeto del contrato, por existir circunstancias de fuerza mayor, previstas en los artículos 331 y 333 del Código de Comercio, lo que obstante a que se reclamase la indemnización solicitada, y E) Que la sentencia resolutoria de esa demanda incidental que, por razones que en ella se expresan, acogió el primero de los pedimentos formulados y excusó pronunciamiento sobre el segundo, se ha traído a casación por diversos motivos. Aunque no es discutible, como tesis genérica, la afirmación de que la ejecución de las resoluciones judiciales puede ser solicitada por cualquiera de los litigantes, atendido el interés que en la ejecución puedan tener, y no falten algunas declaraciones jurisprudenciales que por razón de la omra accipiendo facultan al deudor para pedir el cumplimiento (sentencia de 19 de mayo de 1894) o legitiman a quien fué llamado e intervino en un proceso para solicitar, en caso de absolución, la cancelación de un embargo que le perjudica (que es el caso de la sentencia de 16 de marzo de 1893), no puede negarse que, normalmente, el proceso de ejecución está trazado sobre la base de que el vencedor en la litis, al usar del título que la misma procura (la sentencia), actúa contra el condenado (frase de inequivoco alcance que recogen los artículos 921, 924, 929 y 946) o contra el deudor (según la expresión que emplean los artículos 923, 932 y 947) sin perjuicio de que uno y otro puedan liberarse de sus consecuencias, entregando o consignando las cosas debidas, o asfianzando las responsabilidades derivadas inmediata o mediáticamente de la sentencia. En el caso que está ahora en trámite de discusión pretende el demandado, vencido en el proceso, obtener por obra de los artículos 923 y 924 de la Ley procesal civil una crecida indemnización que excede en más de un millón de pesetas de la que hubiese tenido que entregar si en su sazón hubiese cumplido lo que ofreció; y aunque, por obra de la aplicación de aquellos principios generales, pudiera entenderse que tiene interés en el cumplimiento con el legítimo propósito de liberarse de los efectos de la condena recaída en perjuicio suyo, no es admisible que pretenda (de lo que en síntesis se trata) accionar contra su acreedor en trámite de ejecución de un proceso que no promovió y en que, además, fué vencido, e imputarle perjuicios que no derivarían como de

su causa de lo resuelto en el proceso, sino de una circunstancia sobrevenida, ajena a lo que en él se resolvió, lo que implicaría un trueque anormal de posiciones procesales que no se compadecen con el sentido y alcance bien elocuentes de las normas reguladoras de la ejecución de sentencias de condena cuando versen sobre obligaciones de hacer o de no hacer. Por esta fundamental razón no es atendible el primero de los motivos del recurso en que se sostiene la tesis de que las sentencias no son renunciables en cuanto en ellas se reconocen recíprocos derechos, que lo mismo pueden hacer valer el actor que el demandado y que por ello no es dado declinar en perjuicio de éste con infracción del párrafo segundo del artículo 4.<sup>o</sup> del Código civil; porque de lo que aquí se trata no es precisamente establecer ese problema, sino lo que es muy distinto, de precisar si en trance de ejecución de una sentencia, cuya virtualidad y alcance no se discute, puede el demandado reclamar perjuicios por hechos ajenos a los que sirvieron de base al proceso en que la sentencia se pronunció, y que nacen, como se deja demostrado, de circunstancias sobrevenidas y extrañas totalmente a la litis precursora de la ejecución.

#### SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 1945.—*Retracto.*

No puede olvidarse que la apreciación de la suficiencia o insuficiencia de los títulos para hacer posible el retracto es facultad discrecional de los Tribunales, sólo condicionada por el designio de procurar alguna justificación, en ningún caso tan cumplida y rigurosa que pueda frustrar por lo agobiante del plazo para retraer las legítimas expectativas de los actores; lo que explica que en algunas sentencias como las de 20 de marzo de 1915 y 16 de octubre de 1917 se haya dicho, con no poco fundamento, que en casación no puede revisarse normalmente el juicio que acerca de su ineficacia haya podido formar el Tribunal *ca quo*.

## Tribunal Especial de contratación en zona roja

#### AUTO DE 5 DE MAYO DE 1945—*Jurisdicción ordinaria y especial; tramitación de la reconvenCIÓN.*

Al dictar el legislador las normas que constituyen el contenido especial de la Ley de 5 de noviembre de 1940, partió del supuesto de la validez de los contratos celebrados en tiempo y zonas de dominio rojo, en los que no hubieran concurrido las circunstancias que señala como determinantes de su anulabilidad, y no atrajo al conocimiento de la jurisdicción especial también que creaba el de tales contratos en lo relativo a su cumplimiento, ni tampoco de manera excluyente las cuestiones relativas a su nulidad por vicios en el consentimiento prestado por uno de los contratantes, sino que la propia Ley declaró en su artículo 25 que sus preceptos no se oponen a la subsistencia de las acciones ordinarias derivadas del derecho común, estableciendo así en favor de quienes demanden que sea declarada la nulidad de uno de los contratos a que se alude, la facultad de optar entre el ejercicio, por los trámites

de los incidentes, señalado en el artículo 19, de las acciones especiales, y de las ordinarias sometidas a la tramitación correspondiente a la misma, de donde se sigue que si el interesado en la nulidad promueve su demanda en un juicio declarativo ordinario, según le autoriza su derecho de opción, aunque entre los preceptos de derecho común que invoque haga cita de alguno de los de la Ley especial, la competencia para conocer en grado de apelación de lo resuelto dentro de un pleito de la indicada clase no corresponderá nunca a este Tribunal, cuya jurisdicción funcional se encuentra limitada por su Ley normativa.

Conforme a esta fundamental apreciación, bien pudo D. E. G. E. ejercitarse, como lo hizo, ante la jurisdicción ordinaria, la acción de que se creía asistida para lograr el cumplimiento de un contrato celebrado en el tiempo y zona dichas, y tampoco cabe dudar que el demandado D. C. L. tenía facultad, otorgada por el artículo 542 de la Ley de Enjuiciamiento civil, para proponer reconvenCIÓN encaminada a que se declarase nulo, como suscrito por intimidación, el documento fundamental de la demanda, dejando al hacerlo así, sometida aquélla a la misma jurisdicción que de ésta entendía, y excluyéndola de esta especial, según lo previsto y autorizado por el artículo 26 que antes se cita; mas lo que carece de licitud y viabilidad procesal es que por haberse tramitado la reconvenCIÓN, de manera oficiosa, como incidente dentro del mismo juicio declarativo de mayor cuantía en el que fué propuesta, con apartamiento de lo ordenado en el artículo 544 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que dispone que la demanda reconvenicional ha de discutirse al propio tiempo y en la misma forma que la cuestión principal del pleito y ser resuelta, con ésta en la sentencia definitiva, se atribuya a este Tribunal una competencia de que carece para conocer en apelación de una materia que, como queda dicho, forma parte de la sometida a la jurisdicción ordinaria; porque es elemental que en un mismo pleito no pueden entender dos jurisdicciones distintas, y así el artículo 55 de la Ley procesal preceptúa que los Jueces y Tribunales que tengan competencia para conocer de un pleito la tendrán también para las excepciones que en él se propongan, para la reconvenCIÓN en los casos que proceda y para todas sus incidencias.

LA REDACCIÓN.

## V A R I A

ANTONIO TRUYOL SERRA (Doctor en Derecho): *El Derecho y el Estado en San Agustín*.—Editorial Revista de Derecho Privado.

Una aportación de juventud a los estudios agustinianos españoles, que con algún retraso van colocándose al nivel de las magistrales investigaciones de Lucken, Baumgartner, Dawson, Eibl y Mausbach.

Las poderosas facultades del «Águila de Hipona», cuyo prodigioso talento y enorme corazón nadie pone en duda, se desenvuelven con tanto fuego y atrevimiento que a veces es difícil reducir a su justo valor las expresiones un tanto exageradas que en sus polémicas empleara. Así, Fonssegrive, en su monumental obra sobre la historia y desenvolvimiento del concepto del libre albedrío, hace notar que San Agustín, al combatir a los maniqueos, se aproxima a los discípulos de Pelagio; y al impugnar las doctrinas pelagiianas parece recordar sus antiguas inclinaciones hacia el maniqueísmo.

El autor se hace cargo de estas dificultades, y principia por situar al Santo en el marco histórico en que vivió, estudiando los que llama supuestos antropológicos del pensamiento agustiniano. Enfoca después los elementos dispersos en la ingente producción literaria, que, sin formar una construcción sistemática, proyectan la experiencia personal de San Agustín y, como auténtica filosofía de la conversión, giran alrededor del concepto supremo de Dios, influídos por el dogma del pecado original. Pero no es el Dios de San Agustín, como el de Aristóteles, un motor inmóvil e impasible, sino el Ser personal, creador, principio de belleza y supremo bien. El universo, organizado según las ideas divinas, es un ser ordenado, y la noción del orden atribuye a cada cosa su lugar. El mal sólo aparece como una limitación de la bondad natural de las co-

sas. Principio regulativo que reduce a unidad los elementos singulares es la ley eterna que rige el movimiento de todos los seres que integran el Cosmos y que ante la razón humana se convierte en mandato o prohibición éticos. Como coronación y complemento del orden natural, la gracia contrarresta los efectos del pecado y restaura al hombre caído. En el corazón lleva éste los preceptos fundamentales de la ley natural, pero cuando las concupiscencias debilitaron la luz de la conciencia, hubo de promulgarse la ley escrita.

La doctrina de San Agustín sobre lo que hoy pudiéramos llamar justificación del Estado ha sido objeto de las más diversas interpretaciones: la pesimista lo estima fruto del pecado; la optimista, como institución natural; la ecléctica, como resultado de la culpa y remedio contra ella. Utilizando las valiosísimas aportaciones de los últimos decenios y sus meditaciones personales, el autor llega a la conclusión de que, según la concepción cristiana, vigorosamente expresada por San Agustín, «la Providencia sabe valerse de las propias limitaciones del orden natural para la realización de sus fines sobrenaturales, inescrutables para el hombre; por ello da el poder tanto a los buenos como a los malos, premiando o castigando así a los pueblos, y el Estado, entidad, en principio, neutral en la lucha entre la ciudad de Dios y la ciudad terrena, y que asegura una zona de convivencia entre los miembros de una y otra esfera común de las cosas indispensables a la vida temporal, aparece como una pieza necesaria del plan divino de la creación».

Tanto por la lealtad de la investigación como por las copiosas fuentes utilizadas y la claridad de la exposición, el trabajo del señor Truyol merece la atención de cuantos intenten profundizar en la materia.

*El Código penal alemán.* Parte general, con las modificaciones posteriores, traducido al español, con aclaraciones, notas y concordancias, por MARCELO FINZI y RICARDO C. NÚÑEZ, con un prólogo del Dr. ENRIQUE MARTÍNEZ PAZ.—Córdoba (República Argentina), 1945; 251 páginas.

El benemérito Instituto de Derecho Compáradode la Universidad Nacional de Córdoba, en la Argentina, bajo la dirección del

ilustre jurisconsulto Dr. Enrique Martínez Paz (1), acaba de dar a la publicidad la pulcra traducción de la parte general del Código penal alemán del 15 de mayo de 1871. La versión castellana se debe a las prestigiosas plumas de Marcelo Finzi y de Ricardo C. Núñez (2). Los traductores tienen en cuenta las modificaciones del Derecho penal alemán hasta la Ley de 28 de junio de 1935. La obra contiene, a título de introducción, un prólogo del Dr. Enrique Martínez Paz, una exposición aclaratoria del Dr. Marcelo Finzi y un ensayo sobre la vinculación entre el Código penal argentino de 1922 y el Código penal alemán del Dr. Ricardo. C. Núñez.

La traducción que tenemos a la vista reviste alto valor científico. En ella late un fanático espíritu de fidelidad hacia el original, y ella puede vanagloriarse de constituir un modelo dentro de su género. Su valor práctico es igualmente muy grande, ya que una concienzuda versión castellana del Código penal alemán es la llave a las traducciones de las obras de Liszt-Schmidt y de Mezger acerca del Derecho penal alemán.

#### *Estudios jurídicos portugueses.*

La editorial «Hispánica» ha reunido en este volumen un estudio del profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Coimbra, Luís Cabral y Moncada, sobre «Derecho positivo y ciencia del Derecho»; un discurso del profesor de Derecho civil en la misma Universidad, Adriano Paes da Silva, que desenvuelve interesantes notas relativas al «Valor práctico de los conceptos y de la construcción jurídica»; la comunicación presentada al Congreso luso-español de 1942 por Alfonso Rodríguez Queiró, representante de las nuevas generaciones que profundizan el Derecho político, sobre «Ciencia del Derecho y Filosofía del Derecho», y dos trabajos del catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Lisboa, Marcello Caetano, que llevan por título, respectivamente, «Naturaleza y fundamento de la potestad disciplinaria» y «El Municipio en la reforma administrativa».

(1) Véase REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1945, 374.

(2) Véase REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1945, 78 y 79.

Como hace notar el prologuista, Sr. Ruiz del Castillo, conocemos poco o incluso desconocemos a nuestros vecinos y nos esforzamos en identificar lo más culto con lo más lejano.

Los peligros comunes corridos en estos últimos tiempos y las tristes lecciones recibidas en la guerra mundial han aproximado a españoles y portugueses, y cuanto contribuya a restablecer una colaboración, que en ningún tiempo debimos abandonar, y a poner de relieve nuestras profundas afinidades y arraigadas tradiciones encontrará una cordial acogida en los profesionales del Derecho.

LA REDACCIÓN.