

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXI

Mayo 1945

Núm. 204

La inmatriculación de fincas mediante el título público de su adquisición

La reforma parcial de la ley Hipotecaria, que tan sugestivos temas trae a la consideración de los juristas, ha abordado, con innovaciones dignas de estudio, el dificultoso problema de la inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad.

Desde la primitiva ley Hipotecaria se produjo en el articulado de nuestra histórica legislación cierto confusionismo sobre los medios inmatriculadores, problema de fundamental importancia, puesto que constituye el principio y presupuesto necesario para el desenvolvimiento pleno del sistema.

Esta falta de precisión en nuestra legislación dió lugar a que se admitieran una serie de medios inmatriculadores, no todos ellos justificados ni desarrollados con la disciplina científica que fuera de desear (1). El problema de inmatriculación de fincas en el Registro fué y es de una complejidad tan grande que excedió a las previsiones de los admirados autores de nuestra primitiva y genial ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861.

En esta Ley y sus posteriores reformas no se distinguieron entre los llamados corrientemente actos inscribibles, sin mucha exactitud técnica, los que son inmatriculadores, que tienen por fin incorporar al Registro de la Propiedad las fincas, elemento básico en nuestro sistema hipotecario como en los demás de carácter científico, y los

(1) Véanse *Principios hipotecarios*, de D. Jerónimo González.

propriamente hipotecarios que tienen como contenido la constitución, modificación, transmisión y extinción de derechos reales.

Quizá se piense que la inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad es problema simplemente de carácter transitorio.

No compartimos esta opinión, pues la norma que ha de regular la inmatriculación de fincas no se ha de limitar a determinar las disposiciones que han de regir las relaciones jurídicas existentes al producirse un cambio legislativo (1), sino que se dirige a incluir en el sistema hipotecario los derechos que, cualquiera que sea la fecha de la legislación vigente y sus cambios, han permanecido en el comercio jurídico extraregistral, cuestión de tal permanencia que requiere una norma en el contexto sustancial de la Ley.

Aun cuando se llegara a incorporar al Registro la totalidad de la propiedad inmobiliaria del país, ideal del legislador hipotecario que, como la estrella Polar, nunca se alcanza, pero que cotidianamente nos marca el Norte, no cabría considerar resuelto de forma definitiva el problema inmatriculador, pues la propiedad inscribible constantemente cambia, porque cambia también constantemente el carácter público o privado del destino de esa propiedad (2).

En la Ley de 30 de diciembre de 1944 se ha acometido el problema de inmatriculación de fincas con aciertos indiscutibles y con perfeccionamientos muy estimables.

Entre estos aciertos se encuentra el haber destinado un título, el décimo tercero, a la concordancia entre el Registro y la realidad, en el que se encuentran regulados, aunque no todos, los principales medios inmatriculadores, ordenación legal que se echaba de menos en la anterior legislación hipotecaria española.

Entre estos medios inmatriculadores se incluye el que se lleva a efecto por medio de los títulos públicos de adquisición de fincas.

Fuerte ha sido la crítica de algunos tratadistas en cuanto a este medio de inmatriculación y aun la propia exposición de motivos de la nueva Ley, tan justamente elogiada por su luminoso contenido y por su elegante forma, dice «que aun cuando el controvertido procedimiento inmatriculador del párrafo tercero del artículo 20 de la Ley anterior debería ser derogado, ya que, en pura doctrina, no ofrece todas las garantías indispensables a esta clase de expedientes,

(1) Federico de Castro: *Derecho civil español*, pág. 545.

(2) Serrano: *El Registro de la Propiedad suizo*, pág. 11.

se ha juzgado necesario mantenerle hasta que haya ingresado en el Registro gran masa de la propiedad, no inscrita todavía».

Séame permitido, sin más autoridad que la que puede prestar mi ya larga práctica profesional, que discrepe de aquellas críticas y de la respetabilísima exposición de motivos de la nueva Ley.

Es posible que en la más pura doctrina no fuera admisible más medio inmatriculador que el que estuviera revestido por las garantías máximas que confieren las normas procesales, en muchos casos, no las propias de la jurisdicción voluntaria, sino las de lo contencioso.

Pero si hemos de descender a la realidad de la vida del derecho, confesemos que el procedimiento inmatriculador por títulos públicos de adquisición de fincas ofrece, al menos, las mismas garantías que los otros medios de inmatriculación.

Los problemas hipotecarios han impuesto en nuestro país una especialización de muy precisos límites, por la que, sin agravio a la ilustración de otros organismos estatales, hay que proclamar que en la órbita de ejercicio profesional de Notarios y Registradores es donde se encuentran tratados con un cariño y escrupulosidad indiscutibles y de lo que no puede ser excepción, tanto en la doctrina como en la práctica, el de inmatriculación.

Por esta causa el procedimiento, que queda entregado a la honestidad y competencia de los citados funcionarios, no puede hacernos vacilar en su admisión ni dudar en su éxito.

La prueba de modo fehaciente de la adquisición de la finca por el transferente en fecha anterior a la del título que se inscribe, la constancia de las circunstancias esenciales de dicha adquisición anterior, el estudio detenido por parte del Notario de los antecedentes del documento que autoriza, la detenida busca de la finca en el Registro, la publicación de edictos y la suspensión de efectos durante dos años en contra de tercero de dichas inscripciones, han demostrado durante el tiempo que lleva en vigor el procedimiento que cuenta con garantías suficientes para la inmatriculación de fincas en la que nunca son de aplicación el rigorismo del sistema, porque en realidad se limita su finalidad a proporcionar registralmente un título de disposición al que inscribe (1).

(1) Jiménez Arnau: *Tratado de Legislación hipotecaria*, pág. 67.

Es cierto que el procedimiento se presta a combinaciones inadmisibles, defecto de que no se salvan los demás medios inmatriculadores y que obedece a causas muy hondas del sistema hipotecario español, más bien que a la falta de garantías para la inmatriculación.

Mientras la inscripción en el Registro no sea constitutiva y el Código civil consienta la creación de derechos reales sobre bienes inmuebles sin necesidad de documento público e inscripción en el Registro, por lo que ésta es simplemente declarativa y voluntaria, será posible la constante interrupción de la historia hipotecaria de la finca, la subsistencia de situaciones jurídicas en que el apremio de una solución, a veces justa y equitativa, aunque no legal, estimula el ingenio para vulnerar el sistema mejor concebido y no se podrá en definitiva, adoptar el procedimiento lógico y radical de inmatriculación de oficio, al que ha llegado el Código suizo a bases de una descripción exacta de la finca (1).

A esta causa fundamental se unen otras no menos importantes, como es el descuido de otorgantes y Notarios en la descripción de las fincas y la falta de concordancia del Registro con un Catastro más exacto, más en contacto con el medio rural, más aleccionador para el propietario, más económico y menos burocrático y fiscal que el actual.

Estas causas motivan principalmente la quiebra de este procedimiento inmatriculador y de los demás que se consideran preferibles por sus mayores garantías cuando éstas no han servido, hasta ahora, para neutralizar los efectos de aquéllos ni para considerar esos procedimientos como únicos aceptables en un sistema hipotecario ideal.

Suprimido el expediente posesorio, declarado el Juzgado de primera instancia como único competente para tramitar el expediente de dominio, con todos los inconvenientes de desplazamiento de los interesados a la cabeza de partido y los que se derivan del rigorismo, carestía y solemnidad de estrados y reducida la eficacia de las actas de notoriedad a la constancia en el Registro de los excesos de cabida de las fincas inscritas y a la reanudación del trámite sucesivo interrumpido, previa aprobación o ratificación judicial, la su-

(1) Serrano: *El Registro de la Propiedad suizo*, pág. 10.

presión de este medio de inmatriculación habría hecho difícilísimo el ingreso de fincas en el Registro, y con ello hubiera sido perenne el fracaso del sistema al quedar desplazado de él una gran masa de propiedad inmobiliaria.

Como algunas de las causas apuntadas se derivan de principios sustanciales del sistema hipotecario, mientras éste no varíe, no desaparecerán los defectos de que adolecen los medios inmatriculadores, ni deberá prescindirse de los hasta ahora existentes, como el de títulos públicos de adquisición de fincas que tiene tan remotos orígenes (1).

Ya la ley Hipotecaria de 1861, no obstante tomar como precedente inmediato del nuevo Registro los asientos de la antigua Contaduría de Hipotecas y regular el expediente de información poseatoria, admitió, en su artículo 20, aclarado por Real orden de 20 de febrero y 5 de marzo de 1863, los títulos de adquisición, de fecha anterior a 1 de enero de 1863, para inmatricular fincas.

Y el procedimiento ha sido mantenido, sin solución de continuidad, en las sucesivas reformas hipotecarias, como en la de 1869, en la que se consideraron inscribibles no sólo los títulos anteriores a 1 de enero de 1863, sino los posteriores, si constaba probado que el transferente adquirió su derecho con anterioridad a dicha fecha. Se exigió, además, por primera vez, que en el asiento solicitado se hicieran constar las circunstancias esenciales de la adquisición, tomando las de los documentos necesarios al efecto, y la importancia que se dió a este procedimiento de inmatriculación llegó a hacer olvidar el objetivo principal del artículo, que era el principio del trato sucesivo.

La de 1909, desvanecida la esperanza de que por la virtualidad del sistema ingresara en el Registro la totalidad de la propiedad inscribible, y para resolver la dificultad que ya existía en aquella época para la inscripción por títulos anteriores a 1 de enero de 1863, admitió como inscribibles los títulos públicos anteriores a 1 de enero de 1909 o que se justificara con documentos fehacientes la adquisición del derecho por el transferente con anterioridad a dicha

(1) Para más detalles de la historia en nuestra legislación del artículo 20 pueden verse las obras de Roca Sastre, Campuzano y Berauz y Lezón, sobre legislación hipotecaria, que contestan temas del cuestionario de oposiciones a Notarías.

fecha, pero suspendiendo los efectos de la inscripción contra tercero durante dos años.

Como dice Roca, esta reforma transformó la fecha tope de fórmula transitoria en garantía de sinceridad y dió carácter permanente al medio inmatriculador (1).

Las reformas de 1922 y 1932 se limitaron a cambiar la expresada fecha de 1 de enero de 1909, respectivamente, en la de 1 de enero de 1922 y de 1 de enero de 1932, y en el Reglamento de 23 de agosto de 1926, desenvolviendo el Real decreto-ley de 25 de junio de 1926 sobre redención de foros, se consideran inscribibles los documentos anteriores a 1 de enero de 1926.

La reforma llevada a efecto por Ley de 21 de junio de 1934, no obstante la oscura redacción que dió a los párrafos tercero y sexto del artículo 20, tuvo el acierto de suprimir la fijación de una fecha que determinaba de modo arbitrario, con censura de la generalidad de los autores, los títulos inscribibles como medio de inmatriculación.

La citada Ley, además de los requisitos que venían dispuestos por los anteriores, solamente exigió que se justificara la adquisición de la finca por el transferente con anterioridad a la fecha de la escritura, y la publicación de edictos por espacio de un mes en el tablón de anuncios del Ayuntamiento en que radique el inmueble, fiando en esta publicidad principalmente y en la escrupulosa busca en el Registro, para saber si la finca estaba o no inscrita a favor de otra persona, las garantías de procedimiento, que, no obstante su aparente audacia, no ha provocado en la práctica conflictos que aconsejen su supresión o enmienda.

La Ley de 30 de diciembre de 1944 ha regulado el procedimiento de inmatriculación de fincas mediante los documentos públicos de su adquisición en los artículos 347 y 352, bajo el título décimo tercero destinado a la concordancia del Registro con la realidad.

La reforma ha separado del artículo 20, destinado exclusivamente a regular el principio de trato sucesivo, todo lo relativo al procedimiento de inmatriculación, que en las leyes anteriores venía confundido con aquél, sin ninguna justificación.

La Ley de reforma ha corregido la defectuosa redacción que dió

(1) Roca Sastre: *Instituciones de Derecho hipotecario*, tomo I, pág. 172.

la Ley de 21 de junio de 1934 a los párrafos tercero y sexto del artículo 20 y ha perfeccionado el procedimiento, como veremos seguidamente.

Las correcciones de forma son las siguientes: 1.º Se ha dado un sentido afirmativo al procedimiento contra la forma de excepción con que venía redactado en las leyes anteriores, cuando la inmatriculación, lejos de ser algo excepcional al trato sucesivo, es el principio de su desenvolvimiento. 2.º Introduce por primera vez el término inmatriculación de fincas por documentos de adquisición que, como ha dicho el ilustre Notario de Madrid Sr. Sanz Fernández, era desconocido en nuestras leyes hipotecarias, aun cuando de uso corriente en la doctrina. 3.º Ha suprimido el adverbio «también» del tercer párrafo del artículo 20 anterior, cuya finalidad y significado nadie ha sabido explicarlo y, por tanto, hacía un tanto indescifrable el precepto. 4.º Se ha rectificado la redacción del párrafo sexto del artículo 20 anterior, suprimiendo el inciso «o la previa adquisición, si se trata de documentos públicos», para todos incomprendible y que parecía establecer una diferencia en la inmatriculación por escritura pública y por otra clase de documentos públicos sin fundamento ni finalidad conocida.

Las modificaciones de fondo que introducen los artículos 347 y 352 de la Ley de la reforma se pueden concretar a los siguientes extremos, que comentaremos concisamente:

En primer lugar, los expresados artículos autorizan la inmatriculación de fincas en el Registro de la Propiedad mediante los documentos públicos de su adquisición, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: 1.º Que se trate de títulos públicos de adquisición de fincas otorgadas por personas que hagan constar de modo fehaciente haber adquirido el derecho con anterioridad a la fecha de dichos artículos. 2.º Que el derecho a que aquéllos se refieren no esté inscrito a favor de otra persona. 3.º Que se publiquen edictos en el tablón de anuncios del Ayuntamiento en que radica la finca expedidos por el Registrador en vista de los documentos presentados.

En cuanto al primer requisito, la redacción del artículo, resolviendo las dudas suscitadas anteriormente, determina que no son inscribibles los documentos privados, ni siquiera todos los documentos públicos comprendidos en el artículo 1.216 del Código civil

y 596 de la Ley de Enjuiciamiento civil, sino los que por su naturaleza y por su destino sirven para la adquisición de fincas (1).

Por consiguiente, serán títulos aptos para la inmatriculación los comprendidos en el artículo 3.^º de la Ley en relación con el artículo 2.^º de la misma y en el artículo 45 de su Reglamento.

Es necesario que conste de modo fehaciente que el transferente adquirió su derecho con anterioridad a la fecha de la escritura que se inscribe, es decir, que la reforma que comentamos ha seguido, en este aspecto, lo dispuesto en la Ley de 21 de junio de 1934 al suprimir toda referencia a una fecha límite distinta a la de la escritura inmatriculable.

Pero en este interesante extremo la Ley de 30 de diciembre de 1944 ha ido más allá que las que le sirvieron de antecedente, incluso la de 1934, pues al bastar que conste en el título que se inscribe la adquisición anterior del transferente, entendemos que si de un modo expreso no se excluye de la fe notarial lo que conste en el título en relación con esa circunstancia, no será necesario que se acompañe ningún otro documento fehaciente para aprobar tal adquisición.

No se opone a esta interpretación el párrafo último del propio artículo 352, pues si es cierto que exige que se justifique la repetida adquisición del transferente con anterioridad a la fecha de la escritura, dado los términos del párrafo primero, hay que entender que para el legislador la constancia en el título inscribible de tal adquisición es bastaríte a dichos efectos.

Ni tampoco es incompatible esta interpretación con lo dispuesto en el apartado b) del artículo 347, porque sólo cuando no se contenga acreditado de modo fehaciente el título dispositivo del transferente o enajenante, procede complementar el título inscribible por acta de notoriedad, y, naturalmente, cuando haya títulos públicos o privados, pero fehacientes en cuanto a la fecha o se haga constar la adquisición anterior del transferente en título inscribible, se considerará acreditada ésta y será superflua el acta de notoriedad.

La prueba de la adquisición del transferente o enajenante ha de hacerse de modo fehaciente, entendiendo por fehaciente no la prue-

(1) Ventura y González: «La modificación de los párrafos 3.^º, 4.^º y 6.^º del artículo 20 de la Ley Hipotecaria». REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1934, pág. 517.

ba en juicio, como indica una rigurosa y correcta significación del término, ni siquiera la prueba plena de dicha adquisición, sino su indiscutible autenticidad en cuanto a la fecha, como han declarado las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de octubre y 26 de noviembre de 1925, no obstante encontrarse tal documento fehaciente o constancia de la escritura sometido a la calificación del Registrador, aun cuando limitada a dicho extremo y a las simples apariencias de su validez (1).

Como documento fehaciente pueden presentarse los títulos públicos, cualquiera que sea su clase, que prueben, a juicio del Registrador, la adquisición del derecho por el transferente; los documentos privados, cuya fecha haga prueba contra tercero, conforme el artículo 1.227 del Código civil, según se ha admitido tradicionalmente y es de esperar se sigan admitiendo por el futuro Reglamento Hipotecario y las actas de notoriedad, por las que se amplía la intervención notarial en este procedimiento inmatriculador (2).

El acta de notoriedad, como complemento del título inmatriculador, no se incluyó en el proyecto elaborado por la ponencia y constituye un acierto de la ley, puesto que ha de facilitar la inmatriculación cuando por desaparición de documentos es imposible su presentación ni la constancia en la escritura de la adquisición anterior, único caso en que debe ser de aplicación el acta de notoriedad, pues así lo impone la economía del procedimiento y el carácter supletorio que la da el párrafo b) del artículo 347 de la reforma.

El acta de notoriedad complementaria del título inmatriculador es la regulada en el artículo 209 del vigente Reglamento Notarial, reducida a los trámites imprescindibles, teniendo en cuenta que los más importantes de ellos serán suplidos por efecto de la inscripción que ha de practicarse en el Registro.

Esta acta, como los demás documentos complementadores, ha de

(1) Uriarte Berasátegui: «El artículo 20 de la Ley Hipotecaria», REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1934, pág. 596.

(2) No comprendemos, por esta razón, el artículo de D. Fernando Alvarez Suero, Notario de Jerez de los Caballeros, publicado en nuestra REVISTA del mes de febrero último, bajo el título «La concordancia entre el Registro y la realidad», en el que censura la reforma porque encarece y dificulta el procedimiento, sin añadirle garantía alguna, que si se logran en algún caso es evidente monosprecio para la institución notarial.

acreditar la adquisición del derecho del transferente con anterioridad de la fecha de la escritura que se inscribe; en ningún caso con posterioridad a dicha fecha y con anterioridad a la inscripción, como podría entenderse por la deficiente redacción del párrafo b) del artículo 347; que, a nuestro juicio, debe interpretarse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 352 de la propia ley, que es el que concreta y desenvuelve el medio de inmatriculación por los títulos públicos de adquisición.

En esta acta no deben cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 350 de la nueva ley, pues, destinadas las actas de notoriedad que se regulan en dicho artículo a la reanudación del trácto sucesivo interrumpido, se exigen en ellas determinados trámites, incluso la aprobación o ratificación judicial, innecesarios en un documento complementario de otro inscribible por un procedimiento exclusivamente notarial (1).

Por tratarse de un medio de inmatriculación, es necesario que la finca no se encuentre inscrita a favor de persona alguna, pero para el cumplimiento de tan esencial requisito no basta una concienzuda busca en el Registro; sería necesario contar con un Catastro en relación con nuestras oficinas y fiel reflejo de la realidad física de los inmuebles.

En cuanto a la publicidad de edictos, la ley de reforma hipotecaria no ha determinado, como se expresaba en el artículo 20 anterior, el tiempo que deben estar expuestos en el tablón de anuncios del Ayuntamiento en que radique la finca, sin duda porque ha considerado este detalle de orden reglamentario.

Según el vigente artículo 87 del Reglamento Hipotecario, los edictos autorizados por el Registrador han de reproducir el asiento practicado. Nos parece excesiva esta exigencia reglamentaria y has-

(1) El párrafo trigésimo del artículo 3.^o de la reforma de la Ley del Impuesto de Derechos reales, de 17 de marzo de 1945, declara exentas del pago de dicho Impuesto las actas de notoriedad para inmatriculación de fincas y reanudación del trácto sucesivo, en el caso de que se acredite haberlo satisfecho por el título alegado como fundamento de ellos y por los mismos bienes. Como no existen verdaderos casos de inmatriculación por actas de notoriedad, creemos que el precepto tributario es aplicable a las actas de notoriedad complementarias del título inmatriculador, así como a las que sirven para la reanudación del trácto sucesivo o para la inscripción de excesos de cabida.

ta contraproducente cuando se ha inscrito un título de numerosas fincas para su inmatriculación, pues la monótona repetición de idénticas palabras usadas en las inscripciones impide, sobre todo a personas no letradas, el conocimiento de las operaciones registrales llevadas a efecto.

Bastará una reproducción literal de la descripción de la finca y una relación, tan circunstanciada como estime conveniente el Registrador, del contenido de los asientos que se hacen públicos.

Para la mayor publicidad de los asientos quizá fuera conveniente exhibir los edictos en las aldeas o parroquias cuando en el Ayuntamiento se encuentren comprendidas otras entidades menores (1).

El tiempo de exhibición de los edictos se determinará en el Reglamento y conviene que se conceda un amplio período, prorrogable por el Registrador, a instancia del interesado, cuando media causa que justifique la gracia.

El párrafo 3.º del artículo 352 de la ley reformada podía haberse suprimido, puesto que se dispone en el último párrafo del artículo 347 que las inscripciones de inmatriculación, en general, cualquiera que sea el procedimiento empleado, no surtirán efectos contra terceros adquirentes hasta transcurridos dos años a partir de su fecha.

La discrepancia que existe entre los autores al interpretar este precepto es grande y justificada, pues el párrafo dice lo que ni quiso ni pudo decir, si su propósito no es derogar otros artículos de la propia ley y del Código civil, y, en cambio, no expresa lo que quizá fuera su principal o única finalidad ; por ello será conveniente que el Reglamento concrete el alcance del precepto.

Entendemos que el párrafo literalmente es inexacto, porque la inscripción de inmatriculación produce los siguientes efectos contra tercero, antes de los dos años a partir de su fecha : 1.º Los del artículo 17 y los importantísimos de los artículos 24 y 41 de la Ley, que por su carácter sustantivo no distingue entre partes y terceros, ni entre inscripciones de inmatriculación o hipotecarias ; 2.º Los del artículo 1.473 del Código civil, que por sus términos absolutos declara que pertenece la finca, en caso de doble venta, al adquirente

(1) Villares Picó : «La reforma del artículo 20». REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1935, pág. 87.

que antes la haya inscrito, pues, como dice Gayoso Arias, es un efecto de la inscripción instantáneo que se produce de una vez; 3.º La inscripción perjudica al tercero con derecho adquirido con posterioridad a la fecha (1).

Por la deficiente redacción del párrafo se ha opinado por Villares Picó que, pasados los dos años de la fecha de la inscripción de inmatriculación, el derecho inscrito no podrá ser controvertido por el tercero civil, a quien se podrá excepcionar, no obstante su mejor derecho, esta prescripción especial estatuida en la ley Hipotecaria (2).

Por el contrario, el párrafo citado no expresa con la debida claridad lo que es fundamental y quizá fuera su motivo determinante: Que el tercero hipotecario antes de los dos años de existencia de la inscripción de inmatriculación no podrá oponer al que impugne su derecho los privilegios que concede el sistema, salvo los de carácter sustantivo antes citados, que se dan a su favor, en todo caso, como a favor del inscribiente por inmatriculación.

La misma referencia al tercero que se hace en el párrafo citado se interpreta de modo muy diverso por los tratadistas, pues unos, como Roca, entienden que se refiere al tercero hipotecario, y otros, a nuestro modo de ver con más acierto, entienden que se refiere al tercero civil, a cuyo favor pende la acción de nulidad, rescisión o resolución.

El párrafo cuarto del artículo 352 de la Ley de 30 de diciembre de 1944, que sustituye al párrafo 6.º del artículo 20 de la Ley reformada, ha incluido en su contenido los dos casos en que procede tomar anotación preventiva: Uno, cuando no aparece inscrita la finca a favor de persona alguna y no se justifique la adquisición del transferente con anterioridad a la fecha del título que se inscribe, y otro, cuando en los documentos presentados no consten las circunstancias esenciales de la adquisición anterior, que venía siendo recogido en el Reglamento por omisión inexplicable de la Ley, ya que una

(1) Afirma la carencia total de efectos de la inscripción de inmatriculación el Sr. López de Haro, en su artículo «La tradición y el Registro. *Revista de Derecho Privado*, año 1929, pág. 97.

(2) Villares Picó: *Efectos de la inscripción*, pág. 27. Véanse sentencias del Tribunal Supremo de 2 de marzo y 26 de mayo de 1912, 13 de enero de 1916 y 25 de enero de 1917, citados por dicho autor.

y otra causa tienen la misma importancia y producen idénticas consecuencias registrales.

Por último, en el referido párrafo se ha suprimido el último inciso del apartado 6.^o del artículo 20, que ordenaba que no se podía inscribir ningún derecho real sin que constara previamente inscrito el dominio o la posesión a que aquél se refiera, precepto incorporado por primera vez al artículo en virtud de la Ley de 21 de junio de 1934, e inútil, puesto que repetía lo que ya estaba dispuesto en el artículo 228 de la ley Hipotecaria.

Esperemos que el futuro Reglamento Hipotecario desenvuelva con acierto los artículos 347 y 352 de la nueva Ley para facilitar este medio inmatriculador, sin mengua de la seguridad que debe dar el Registro de la Propiedad a los derechos que en él se inscriben, pues con ello se prestará un estimable servicio al régimen hipotecario y, en definitiva, a la vida jurídica española.

JOSÉ ALONSO FERNÁNDEZ.

De la Junta Directiva del Colegio Nacional
de Registradores de la Propiedad de España.

Apostillas a unos comentarios. La prescripción y el Registro

En la revista de *Derecho Privado* ha publicado el culto Notario de Madrid D. Angel Sanz un artículo interesantísimo sobre la reforma de la Ley Hipotecaria. El trabajo, de notable sistematización, técnica depurada y elevado tono científico, es una muestra de la cultura y preparación de su autor. Tiene muchos aciertos, que nos complacemos en señalar desde aquí. Conformes en que el expediente de dominio no debía de tener la limitación de dos años para producir efectos plenos ; de acuerdo en que eso no sucede cuando con él se reanuda el tracto ; suscribimos también la tesis de que no existen legítimas que no sean de parte alícuota, y tampoco sabemos de ningún caso en que el legitimario no tenga el camino expedito para entablar el juicio de testamentaría ; finísima y acertada la crítica que hace de las disposiciones que regulan en distinto sentido las declaraciones de obra nueva, según se hagan en escritura especial destinada a ese objeto o en títulos posteriores de transmisión. Tampoco nosotros alcanzamos la razón de esa diferencia, y nos preguntamos también : ¿ a qué hacer en el primero de los casos intervenir al contratista o al arquitecto ? ¿ Y en los espacios rústicos ?...

También de acuerdo en que los cuatro últimos apartados del artículo 8.º no tenían vida registral, aunque no lo estamos en negar fundamento a la excepción con relación a Galicia y Asturias, pues en esas regiones el caserío es una entidad agraria especialísima, que sirve a una economía completa y cerrada. Tiene, pues, una realidad física, jurídica y económica, y la tiene que tener registral.

También nos parece acertada la apreciación que hace del valor hipotecario del aplazamiento de pago.

Y al lado de esos aciertos, innegables, nos parece apasionada la

despiadada crítica que hace del artículo 355. Es posible que los Tribunales sigan desconociendo esta disposición ; pero no podemos olvidar que, en buena hermenéutica legal, las disposiciones posteriores derogan a las anteriores, y si por ese artículo 355 se ven afectadas algunas disposiciones del Código civil, no tendrán más remedio que replegarse a esta situación creada, por lo menos, en el aspecto legal.

Y vamos ya con el objeto principal de nuestro trabajo, que no es otro que combatir en cierto modo la interpretación que este ilustre comentarista da a la reforma de la Ley Hipotecaria, en cuanto al problema concreto de la prescripción y el Registro, que juzgamos asaz apasionada e influenciada, tal vez, por la postura que, con acierto y tesón, defendió en el seno de la Comisión de reforma de que formó parte.

Confesamos de antemano que el problema es complicado y espinoso, que es muy difícil abarcar en una síntesis precisa y justa los diversos intereses en juego ; pero, de todos modos, no nos resignamos a creer que con la reforma ha empeorado la situación del titular inscrito con relación al poseedor extrahipotecario, que ha prescrito su derecho, fuera del Registro.

¿Cómo hemos de conseguir nuestro objetivo ? Intentaremos situar el problema ; ya veremos después si el intento es superior a nuestras fuerzas. Para ello expondremos la tesis del señor Sanz ; luego reflejaremos la situación del problema en la legislación, en la jurisprudencia y en la doctrina al advenir la reforma ; después estudiaremos la reforma en relación con este problema ; y, por último, extraeremos las consecuencias que, a nuestro entender, se deducen de este estudio. Este es nuestro plan, y a él procuraremos concretarnos.

Pero antes de nada queremos dejar aquí sentado que la reforma, en general, nos parece loable, acertada y beneficiosa. No se ha dejado influenciar por las corrientes jurídicas extranjeras tan en boga, sino que ha procurado inspirarse en lo más rancio y tradicional de nuestro Derecho patrio. Es ese su primer acierto. Es moderada y ha querido recoger las conclusiones a que había llegado la jurisprudencia y la doctrina en puntos controvertidos (la inclusión de la buena fe en las características del tercero protegido, la valoración hipotecaria del aplazamiento de pago, etc.), y ello es su segundo gran acierto. Ha tratado de fortalecer la inscripción, pero sin llegar

a declararla obligatoria ni imprescriptible, y esto sí que es su definitivo acierto.

Desarrollemos nuestro plan. Sobre el problema de la prescripción y el Registro dice Sanz: «El problema más grave se ha planteado en la prescripción adquisitiva, en el que se distinguen las siguientes hipótesis: A) Prescripción adquisitiva *secundum tabulas*: es extraordinariamente favorecida como consecuencia de la legitimación registral que proclama el artículo 24. El titular registral tiene a su favor la presunción de que posee pública, pacífica e ininterrumpidamente y con buena fe, y la inscripción es considerada como justo título. Es dudoso si se establece para el título una regla jurídica inatacable, de forma que siempre, y sin posibilidad de impugnación, tenga la inscripción aquella consideración o que deba interpretarse que existe aquí una simple presunción *juris tantum*, susceptible de prueba en contrario. El nexo que, como se ha visto anteriormente, hay entre los artículos 24 y 35 lleva, a mi juicio, a esta última solución. (Normalmente no cabrá, sin embargo, prueba en contrario, salvo de falsedad, puesto que la inscripción no puede hacerse sin título. Sólo podrá plantearse el supuesto en caso de que la inscripción sea de inmatriculación y practicada por expediente de dominio o por acta de notoriedad.)

B) Prescripción adquisitiva *contra tabulas*. Recogiendo la distinción que establecía ley anterior, separa el artículo 36 una doble hipótesis: la de que haya terceros o no los haya. En el primer caso rige la Ley Hipotecaria; en el segundo no existe problema registral, pues rige íntegramente y sin modificación alguna el Código civil. El grave problema que plantea la usucapión *contra tabulas* se puede resolver con arreglo a dos criterios: 1.º Conceder preferencia al Registro, estimando que la prescripción—esté consumada o en curso—no puede perjudicar al titular inscrito que tenga la consideración de tercero; como consecuencia, en cada transmisión se opera una interrupción de la usucapión, si está en curso, o se la deja sin efecto si está consumada. 2.º Conceder preferencia a la realidad extraregistral, permitiendo que la prescripción, ya consumada o en curso, perjudique al tercero, siempre que éste sea titular de un derecho real que lleve consigo la posesión de la cosa; y, por tanto, la transmisión de la finca no dejará sin efecto la prescripción consumada, ni será causa de su interrupción si está en curso.

La ley reformada ha tomado una posición ecléctica ante esas dos posturas extremas y contradictorias: *a)* Usucapión ordinaria: *a'*) Si es titular del dominio o de algún derecho real limitado cuyo disfrute sea incompatible con la posesión o causa de la usucapión, pues a ese titular no le perjudica, en principio, la prescripción, a menos que se dé alguno de los casos siguientes: «*1.º Que el titular inscrito haya adquirido de mala fe o con culpa lata*», que se han de dar siempre—según este autor—, por pequeña que sea la diligencia empleada en averiguar el estado de las fincas o derechos adquiridos. «*2.º Cuando habiendo obrado de buena fe*»—es muy difícil que esto suceda, en opinión de este señor—y sin negligencia, consienta expresamente el estado posesorio, o, tácitamente, no pidiendo la posesión de la finca en el plazo de un año a contar de su adquisición.

Estas reglas se aplican por la ley en el supuesto de que la prescripción esté consumada o le falte un año para su consumación. Si se halla en curso, faltándole más de un año, solamente se establece la posibilidad de interrumpir del apartado segundo, ampliando el plazo a todo el tiempo que falte para la consumación. *No obstante, es de toda evidencia que la regla primera, referente a la mala fe y culpa lata, debe aplicarse también en este caso.*

Si es titular de un derecho real que no lleve consigo la posesión de la cosa (se refiere a las hipotecas), «no será en ningún caso perjudicado por la posesión».

De la prescripción extraordinaria no habla la ley, y de ello deduce que, como regida por el Código civil, se da siempre contra el Registro. En resumen, que, en opinión del señor Sanz, la reforma, en este aspecto, es un retroceso, pues la prescripción extraordinaria se da siempre, aun contra tercero, y la ordinaria se da cuando hay mala fe o culpa lata, y como estos dos supuestos se dan siempre, en su opinión, resulta que se da siempre también. ¿Qué hemos, pues, adelantado entonces?... Y ya que deja fuera del ámbito de los perjuicios a la hipoteca, ello será sólo provisionalmente; pues, si al ejecutar dicho derecho no hay postor en la subasta de la finca (de ser cierta la doctrina del señor Sanz, no le habrá nunca que la finca no esté poseída por el titular registral) el acreedor hipotecario, por adjudicación, se convierte en dueño, ¡ah!, entonces habrá empeorado su situación, pues contra él, ya dueño, se dará la prescripción ganada, y perderá el dominio y, por tanto, la hipoteca.

¿Cuál era la situación de la legislación, de la jurisprudencia y de la doctrina al advenir la reforma?

Las normas legales que ordenaban este problema eran los artículos 462, 1.949 y 1.959 del Código civil, y 34, 35 y 396 de la Ley Hipotecaria.

De esas disposiciones se deducía: 1.º Que, a los efectos de la prescripción en perjuicio de tercero, la posesión de inmuebles y derechos reales se pierde y transmite con arreglo a la Ley Hipotecaria. Se le da, pues, a esta ley una clara preferencia en la solución de este problema, y nótese que esta preferencia de la Ley Hipotecaria la establece precisamente el Código civil, no la ley.

2.º Que contra un título inscrito en el Registro no se dará la prescripción ordinaria en perjuicio de tercero, sino en virtud de otro título igualmente inscrito, debiendo empezar a correr el tiempo necesario para esta prescripción desde la inscripción del segundo. Es verdad que este supuesto, en la actualidad, no puede darse si se lleva bien el Registro; pero podía darse antes, cuando era posible inscribir la posesión estando el dominio inscrito a favor de otra persona.

3.º Que se prescriben el dominio y los derechos reales por la posesión no interrumpida durante treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe.

Esta era la doctrina del Código civil.

¿Y cuál era la de la Ley Hipotecaria? El artículo 34 decía: «Lo dispuesto en este artículo no será aplicable a la inscripción de la mera posesión, a menos que la prescripción haya convalidado y asegurado el derecho inscrito.» Esto quería decir que si alguien adquiría a título oneroso de quien tuviese inscrita tan sólo la posesión e inscribía su adquisición, a pesar de ello no era tercero protegido, en tanto la prescripción no se operase.

El 35 prescribía lo siguiente: «La prescripción que no requiera justo título (la extraordinaria) no perjudicará a tercero, si no se halla inscrita la posesión que ha de producirla.» Tampoco vemos medio de que en estos momentos entre en el Registro, bien llevado, una posesión contradictoria de una situación inscrita; por eso el tercero inscrito nada tenía que temer de una prescripción extraordinaria, que—según esta parte del artículo que acabamos de transcribir—nunca podía afectarle, a no ser que procediesen de situa-

ciones posesorias registradas en los tiempos en que eso era posible, aun en contradicción con otras inscripciones.

«Tampoco perjudicará a tercero la que requiera justo título (la ordinaria), si éste no se halla inscrito.» La misma doctrina del artículo 1.949 del Código civil. Y, por último, establecía dicho artículo lo siguiente: «En cuanto al dueño legítimo del inmueble o derecho que se está prescribiendo (tendrá que ser ésta la prescripción extraordinaria, pues, si no, no vemos cómo en contra del Registro puede haber título ni buena fe), se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación común.» Este párrafo es el que más ha complicado el problema y más dudas ha ofrecido a los comentaristas en su interpretación.

Y, por fin, el artículo 396 dice, en relación a este problema: «Las inscripciones de posesión perjudicarán o favorecerán a tercero desde su fecha, pero solamente en cuanto a los efectos que a la posesión se atribuyen en esta ley. La inscripción de posesión no impedirá a quien tuviere mejor derecho a la propiedad del inmueble, aunque su título no haya sido inscrito, el ejercicio de las acciones reivindicatorias procedentes para obtener la declaración de aquélla.»

En resumen: que de la legislación anterior, serenamente interpretada, se llegaba a las siguientes conclusiones: 1.^a El tercero protegido por la ley nada tenía que temer, pues no le afectaban ni la prescripción ordinaria ni la extraordinaria; 2.^a Al dueño legítimo del inmueble o derecho que se está prescribiendo sólo le afecta la prescripción extraordinaria, y 3.^a Que el adquirente, aun a título oneroso y con buena fe, del que sólo tenía inscrita la posesión no podía contar con la protección registral, mientras la prescripción no se operase.

Y la jurisprudencia, ¿a qué conclusiones ha llegado?...

La sentencia de 20 de diciembre de 1901 dijo que no era tercero ni el dueño legítimo del inmueble ni sus causahabientes por título *lucrativo* universal o singular, y la de 19 de enero de 1909 dijo que sí lo era el sucesor a título oneroso. La de 20 de octubre de 1908 en cierto aspecto considera terceros al dueño y a los poseedores. La de 27 de abril de 1906, en la que, a pesar de tratarse—según el criterio del Supremo—de cuestiones entre dueños y poseedores y de prescripción, se aplica la Ley Hipotecaria y no el Código civil. La de 4 de julio de 1928—citada por Villares Picó—establece el renan-

cimiento, en favor de terceros, del derecho prescrito, pero no cancelado. Las de 27 de diciembre de 1932 y 20 de octubre de 1941 —citadas por Roca—abundan en la misma tesis.

¿Y qué había dicho la doctrina? Dice Morell: «Nosotros creamos que el artículo 35 debe ser interpretado con arreglo a sus palabras, y, puesto que no distingue, tan dueño del inmueble o derecho real es el que lo fuese al empezar la prescripción como el que lo fuese al fin, y ya hubiese adquirido a título lucrativo o por título oneroso. Todos deben saber quién posee sus fincas y por qué las poseen, y son igualmente responsables de su abandono.» ¿Puede haber algo más contrario a la tesis registral? Va mucho más lejos que el Tribunal Supremo, que no considera tercero al dueño contra el que se está prescribiendo, pero sí a sus sucesores a título oneroso y con buena fe.

Y más adelante añade: «Si, pues, el dueño o la serie de dueños no son terceros, solamente puede aplicarse esa denominación a los que tengan algún derecho real distinto del dominio y constituido por el propietario legítimo sobre el inmueble o derecho que se prescribe.» Piensa, pues, Morell que, tanto el primer dueño como los sucesores, por título oneroso o lucrativo, no son terceros y les perjudica la prescripción. Y si lo son, en cambio, los propietarios de algún derecho real distinto del dominio y que traigan su causa de esos sucesivos dueños que no son terceros. ¿No es bien extraño que quien no tiene esa cualidad de tercero pueda transmitirla en cuanto no transmita todo su derecho, sino una parte?... No; a nuestro entender, el tercero del artículo 35 es el mismo tercero general del artículo 34, es decir, el adquirente a título oneroso y con buena fe de quien—según el Registro—le podía transmitir, que ha inscrito su adquisición, ya sea adquirente del dominio pleno, ya de algún derecho real sobre él; pues la otra interpretación, la de Morell, conduce al absurdo de que sea de peor condición el que tiene más derechos.

Villares Picó dice: «La inscripción, según el artículo 35, produce efectos relativos en cuanto al que tenga inscrito a su nombre el dominio u otro derecho real que, a la vez, otro esté poseyendo realmente y adquiriendo por prescripción, y produce efectos absolutos respecto al tercero que lo sea según el artículo 34 (nuestra tesis); es decir, que adquiera fundándose en el Registro, sin te-

ner conocimiento de la prescripción que su transferente haya dejado producir a favor de un poseedor de hecho.»

Este artículo 35 aparece para algunos tratadistas como muy oscuro, y para Galindo y Escosura, seguidos por Morell, tan caliginoso, que los llevó al desatino. A nuestro entender, está claro, dándonos cuenta de que conserva en los dos primeros párrafos algo que hoy no tiene posibilidad normal; párrafos que vienen redactados de cuando se permitía inscribir títulos contradictorios del dominio —hasta 1.^º de enero de 1875—y de cuando era posible inscribir la posesión aun hallándose inscrito el dominio a nombre de otra persona, según autorizaba el artículo 332 del Reglamento anterior, en relación con el artículo 402 de la Ley Hipotecaria reformada. Hoy es normalmente imposible pueda inscribir el poseedor sin título justo o con él, hallándose inscrito el mismo derecho a favor de otra persona. De suerte que, antes, el que adquiría por título oneroso de quien tenía inscrito el dominio de una finca habría de fijarse si la posesión de la misma estaba inscrita a nombre de otro y éste la adquiriese por prescripción. El tercero a que se refieren los dos primeros párrafos del artículo es el que adquiere a título oneroso, basándose en el Registro, como claramente lo dice el Tribunal Supremo en la sentencia de 19 de enero de 1909.

Y más adelante añade: «En cuanto átase al dueño de un inmueble o derecho real, según el Registro, y que, a su vez, otra persona le está poseyendo de hecho el mismo inmueble o derecho real, es de aplicación el Código civil y triunfa la prescripción; pero, en cuanto aparezca en el Registro un adquirente por título oneroso y a base del Registro, el presribente pierde su derecho adquirido por prescripción, sacrificándose ante el mejor derecho del tercero hipotecario. La sentencia del Supremo de 4 de julio de 1928 se acomoda a esta interpretación.» Y decimos nosotros, parodiando una frase célebre de D. Jerónimo González: ese presribente que se durmió en la almohada de la prescripción, y que con esa prescripción ganada no procuró una rectificación del Registro a su favor, a nadie tiene que llorarle que del juego del artículo 35—y en cabeza de un adquirente de buena fe y a título oneroso—renazca de nuevo ese derecho del primer dueño que juzgó muerto.

Y, por último, Roca Sastre, autor de la máxima autoridad en estos momentos, después de abundar en la misma tesis de Villares,

de que normalmente ni otro título ni otra posesión pueden entrar en el Registro habiendo ya una inscripción contradictoria anterior, dice: «Actualmente hay que interpretar el artículo 35 de la ley como si en el fondo estableciera las siguientes normas: 1.^a No será obstáculo para la prescripción (ordinaria o extraordinaria) de bienes inmuebles o derechos reales el que en el Registro aparezcan inscritos; 2.^a La prescripción no perjudica a tercero.»

De esto surgen los dos distintos problemas que aquí se plantean: uno, relacionado con el principio de legitimación con vistas al titular inscrito, y el otro, relativo al principio de fe pública o de protección registral de los adquirentes.

El primero es un problema entre partes; el segundo es un problema de terceros, o sea de tráfico jurídico.

a) Hay que afirmar que la prescripción adquisitiva actúa sobre bienes inscritos. En este punto la Ley Hipotecaria no innova nada, como no sea el exigir que el presribente que ha consumado la usucapión ataque también la inscripción de dominio, según dispone el artículo 24 de la ley. Fuera de esto, la usucapión actúa de acuerdo con el derecho civil. El titular inscrito y el presribente no son terceros: son partes, no con relación a un contrato, sino con relación a una situación que la usucapión entraña.

Si el presribente ha consumado la usucapión, entonces se produce la inexactitud registral, pues el Registro publica a un dueño que ha perdido el dominio—que adquirió el presribente—, que tiene una acción para obtener que se rectifique el Registro y para asegurar su derecho podrá pedir anotación de la demanda.

Y mientras la prescripción no se ha consumado, podrá el titular inscrito interrumpir la posesión a medio del artículo 41 y su procedimiento, impidiendo que se consume.

b) En cuanto a los terceros que traigan causa del titular inscrito pueden darse dos casos: Prescripción consumada y hecha constar en el Registro por una acción de rectificación, tanto el titular inscrito como sus sucesores que no hubiesen hecho constar su derecho en el Registro con anterioridad a esta rectificación registral, pierden su derecho; prescripción consumada no hecha constar en el Registro por acción de rectificación, a los terceros protegidos por la fe pública registral, no les afecta esa prescripción. Resulta, pues, que en cada transmisión de la finca o derecho en

usucapión, ésta queda interrumpida si está en curso, y queda sin efecto si está consumada. En este segundo caso el presribente no puede quejarse, porque en su mano estaba evitar este resultado entablando el correspondiente juicio y anotando la demanda. El Tribunal Supremo acepta esta doctrina (Sentencias de 19 de enero de 1909, 27 de diciembre de 1932, 20 de octubre de 1941).

En nuestro sistema la usucapión no perjudica a tercero. Ante él la usucapión consumada o que se esté consumando, es inexistente...

No hemos seguido a la letra su exposición por no hacer demasiado largo este trabajo.

En nuestra modestísima opinión, la usucapión extraordinaria no se da contra el tercero protegido por la fe pública registral; porque no se puede inscribir la posesión que la produce tal cual hoy está la ley. Se da, en cambio, contra el titular inscrito que no es tercero con relación al presribente. La ordinaria tampoco se da contra el tercero protegido (tampoco se puede inscribir su título), y vemos muy difícil que se dé contra el dueño. ¿Cómo sería posible contra un justo título inscrito en el Registro otro también justo y una buena fe que obrasen sobre la misma finca fuera del Registro?... Devolviendo el argumento de Sanz, diremos: «¿Cómo puede presumir de diligente el poseedor extrahipotecario que no se ha enterado que hay inscrito un título contradictorio de su situación posesoria?»

Tal era la situación de la legislación, de la jurisprudencia y de la doctrina al advenir la reforma. Es decir, aún había más, había unas garantías procesales en pro del derecho inscrito que, bien esgrimidas, con el juego del artículo 41, constituían una barrera casi infranqueable para que la prescripción afectase al titular inscrito. Por cierto que esas defensas procesales no han sido destacadas por los tratadistas más que incidentalmente y lo va a hacer el que estas líneas escribe que, en su actuación profesional, varias veces se abroqueló en ellas, con éxitos rotundos. Nos referimos a las que proporciona el juego del artículo 41 de la Ley Hipotecaria. Con arreglo a dicha norma, el titular inscrito pudo pedir la posesión judicial de la finca inscrita, y al oponerse el presribente en el procedimiento de los artículos 100 y 101 del Reglamento, alegando la prescripción a su favor, puede contestársele lo que se contestaba

por este modesto Letrado en pleito semejante, que por cierto fué tácitamente admitido por el compañero que dirigía la parte contraria y, desde luego, expresamente por el Juzgado en la sentencia. Decíamos entonces: «Se alega de adverso la prescripción como fundamento de las peticiones que se articulan, y nosotros decimos, «para poder alegar la prescripción, en este procedimiento, era necesario que ya estuviese declarada en una sentencia firme anterior. Y ello por varias razones: primero, porque este es un procedimiento especial con fines específicos y concretísimos; segundo, porque es de prueba limitada, y en él no puede darse la amplitud necesaria al debate, y tercero, porque sobre el mismo asunto puede volverse en juicio ordinario.» Y añadíamos: «Tal es el parecer también de insignes comentaristas de la Ley Hipotecaria.» Dice Campuzano: «*El contradictor de la presunción posesoria del Registro podrá alegar como título o causa de adquirir la prescripción, pero creemos que en el procedimiento especial que establece el Reglamento, desarrollando la doctrina del artículo 41, no puede hacerse la declaración de haberse prescrito el inmueble o derecho, por lo cual, cuando se alegue como título la prescripción por parte del poseedor extrahipotecario, dicha prescripción debe haber sido previamente declarada por los Tribunales.*»

En el mismo sentido se pronuncia López de Haro. Y es que la prescripción no puede producir efectos en relación al Registro, ni adquisitivos ni extintivos, si antes no ha sido declarada por sentencia ejecutoria. En este sentido dice Morell: «Para inscribir por prescripción es indispensable, por regla general, sentencia ejecutoria que la declare; y lo mismo para considerar extinguido un derecho por dicha causa y cancelarle en su consecuencia.»

La declaración de derechos adquiridos por prescripción, dice la Resolución de 27 de enero de 1868, es de exclusiva competencia de los Tribunales, y con arreglo a estos principios, sea cual fuere el número de años transcurridos para hacer constar en el Registro la extinción de un derecho, es indispensable el fallo ejecutorio. En el mismo sentido se expresan las Resoluciones de 16 de marzo del 81 y 21 de agosto del 95.» Y citaremos, por último, unas palabras del primer hipotecarista español, como acertadamente apellida a D. Jerónimo González el Sr. Sanz, y cuyo juicio compartimos en absoluto. Se refieren a las dificultades que ha de vencer el contra-

dictor del Registro. Son éstas: «Si los dos litigantes poseen de igual modo (uno *secundum tabulas* y el otro *contra tabulas*) 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 destruída por el contrario. Si las posesiones son de igual antigüedad, el *título inscrito desenvolverá su fuerza hipotecaria*, aunque sea meramente una información posesoria... Por último, si todas las condiciones fuesen iguales, se resolverá la cuestión a favor del titular inscrito, porque el artículo 41 exige se declare de *mejor condición la posesión que contradiga sus asientos si ha de ser atendida*. En resumen, la inscripción por sí sola no acredita apodicticamente el estado posesorio, *pero grava al adversario con una prueba difícil por virtud de las distintas presunciones que éste ha de destruir.*»

No se nos tachará, por tanto, de apasionados si, en síntesis objetiva del problema, perfilamos su situación, al advertir la reforma, en las siguientes conclusiones: 1.^a Ni la usucapión ordinaria ni la extraordinaria se daban contra el tercero protegido por la fe pública registral. 2.^a Contra el dueño, no tercero, es muy difícil que se diese la usucapión ordinaria por la dificultad de que el poseedor extraregistral ostentase justo título y buena fe en contra del titular inscrito; y 3.^a Contra ese titular inscrito, que no es tercero protegido por la *fides publica*, se da la usucapión extraordinaria, no sin antes destruir una serie de barreras procesales que, hábilmente esgrimidas, pueden constituir un obstáculo infranqueable.

Y la reforma, ¿cómo trata este problema?... Dedica a él los artículos 35, 36 y 41 en ciertos aspectos.

El artículo 35 mejora notablemente la posición registral, en la prescripción *secundum tabulas*, considerando como justo título la inscripción y se presumirá que el titular inscrito ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe durante la vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa. Establece, pues, que es la usucapión ordinaria la que se consigue a través del Registro.

Nos parece completamente equivocada la discusión que entabla el Sr. Sanz sobre si la presunción que sobre el título establece el artículo 35 de la nueva Ley es *juris tantum* o *juris et de jure*. A nuestro entender, no hay tal presunción, sino una afirmación ro-

tunda y categórica. Véanse si no las palabras de la Ley, que no son otras que las siguientes: «A los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito *será justo título la inscripción.*». No dice se presumirá título, o se considerará como título, sino *será título*. ¿Cómo puede sostenerse que esa afirmación implica una presunción de ninguna de las dos especies?...

¿Quid de la usucapión *contra tabulas*?... Tal problema le trata en el artículo 36, y en el aspecto de defensa procesal del Registro, contra ella, en el artículo 41. El artículo 36 dice: «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 poseída 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 consienta, expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente a la adquisición...

¿Cómo deben entenderse estas reglas?... A nuestro entender, ellas quieren decir que la prescripción, tanto la consumada como la consumable dentro del año, sólo puede afectar a tercero con mala fe o culpa lata, es decir, al tercero que no es tal tercero. Lo mismo exactamente que antes de la reforma, con la variación de penar la inacción del que consiente, sin hacer nada durante un año, que la prescripción se consume.

Y ¿a qué prescripción se refieren estas reglas, a la ordinaria o a la extraordinaria?... No lo dice la ley «*et ubi lex non distingui*»... Parece, pues, que se refiere a las dos, pero como nosotros estimamos imposible que contra el Registro se pueda ostentar buena fe ni justo título, no queda, a nuestro entender, como comprendida en estas reglas más que la usucapión extraordinaria. Tesis por completo opuesta a la del Sr. Sanz, que dice que se refieren a la ordinaria.

Sigue el artículo: «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 interrumpirla antes de su consumación total.»

Este párrafo confesamos que no le entendemos, porque nos preguntamós: ¿Cuándo se entiende que la prescripción está comenzada?... ¿Cuándo comienza la posesión?... Otra pregunta: ¿Qué se entiende por consumación total?... ¿Es que hay consumaciones que no son totales?...

Continúa el artículo: «En cuanto al que prescribe y al dueño del inmueble o derecho real que se está prescribiendo y a sus sucesores que no sean terceros, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación civil.» Esta doctrina ya estaba contenida en el artículo 35 antiguo con el añadido de señalar que hay sucesores del dueño que son terceros y otros que no lo son, en acatamiento a la jurisprudencia que consideraba terceros a los sucesores a título oneroso y no a los sucesores a título lucrativo, ya fuese universal o particular. No nos parece mal esta aclaración. Continúa: «Los derechos adquiridos a título oneroso y con buena fe que no lleven aprehenda facultad de inmediato disfrute del derecho sobre el cual se hubieren constituido, no se extinguirán por usucapión de éste. No es otra cosa, este párrafo, que la declaración de que, a los terceros titulares de un derecho que no implique posesión de la cosa, no les afecta su prescripción.» Nos recuerda la doctrina de Escosura y Morell que, en último caso, a estos derechos es a los que declaraban inatacables.

Sigue diciendo: «Tampoco se extinguirán los que impliquen aquella facultad cuando el disfrute de los mismos no fuere incompatible con la posesión o causa de la usucapión, o cuando siéndolo, reunen sus titulares las circunstancias y procedieron en la forma y plazos que determina el párrafo b) de este artículo.» ¿A qué situaciones jurídicas se refiere este párrafo?... No nos atrevemos a entrar en su análisis porque tememos perdernos, ya nos las irá concretando la Jurisprudencia.

Y, por último, el párrafo final dice: «La prescripción extintiva de derechos reales sobre cosa ajena, susceptibles de posesión o de protección posesoria, perjudica siempre al titular registral, aunque éste tenga condición de tercero.»

Parece que sanciona, con la pérdida de su derecho, al titular que

se duerme sobre la almonada de la inscripción y no utiliza los medios que la Ley pone a su disposición para hacerle efectivo.

Esta es la reforma en este punto concreto de la prescripción en relación con el Registro ; como se habrá podido deducir de nuestras observaciones, no hemos podido formar de ella un juicio lisonjero.

Es, a nuestro entender, oscura, incompleta en algunos extremos y minuciosamente detallista en otros. Tiene para nosotros el garrafal defecto de asimilar dos situaciones completamente distintas : la de la prescripción consumada y la en que falta un año para la consumación ; y la mediatizan tres obsesiones : la de la doctrina de la buena fe, la de la culpa lata y la de la consumación. Y, además de ello, no nos dice cuándo se puede tener por consumada una prescripción. ¿ Es que basta con el transcurso del tiempo, o es que es necesario, como nosotros pensamos, que una sentencia judicial la declara ?...

Pero, así y todo y con estos lunares, la doctrina tradicional se impone, y también, a través de esta reforma, se tiene que llegar a las mismas conclusiones de siempre. Tampoco ahora se dan la prescripción ordinaria ni la extraordinaria contra el tercero protegido por la fe pública registral ; tampoco ahora al poseedor extrahipotecario le será fácil—en nuestra opinión, ni posible—ostentar contra el Registro buena fe y justo título ; y también ahora a la prescripción extraordinaria, si ha de afectar al titular inscrito que no es tercero protegido, ha de ser después de salvar una serie de obstáculos y barreras procesales casi infranqueables.

Y es que así tenía que ser, pues si siempre se sacrifica el Registro a lo que sucede fuera de él, se habrá acabado con el Registro y con la propiedad ; pero también si se le hace hermético y no se deja un resquicio por el cual entren en él las realidades exteriores legítimas y debidamente declaradas, se habría creado una situación de violencia que terminaría por acabar con la Institución.

¿ Quid de las garantías procesales después de la reforma ?... Están, como decíamos, establecidas en el artículo 41, de un vigor y una fuerza extraordinariamente superior a la que tenían en la legislación anterior. Dice así : «Las acciones reales procedentes de derechos inmobiliarios inscritos podrán ejercitarse, mediante un procedimiento 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.

»A la persona o personas designadas por el propio titular como causantes del despojo o perturbación, se las emplazará para que, en el plazo de seis días, puedan personarse en autos.

»Si comparecieren, prestarán caución adecuada para responder de la devolución de frutos e indemnización de daños y perjuicios y pago de costas, y, verificado, se les concederá un plazo de diez días para formular demanda de contradicción.

»En caso de incomparecencia o de no cumplir con lo dispuesto en el párrafo anterior, se dictará auto acordando la práctica de cuantas diligencias sean necesarias para la plena efectividad del derecho inscrito.

»La demanda de contradicción se sustanciará por los trámites de los incidentes. Sólo podrá fundarse en cualesquiera de las causas siguientes :

»1.^a Falsedad de la certificación registral y omisión en ella de derechos o condiciones inscritas o constantes en el Registro que desvirtúen la acción ejercitada.

»2.^a Poseer el opositor la finca o disfrutar el derecho discutido por contrato u otra cualquiera relación jurídica directa con el último titular o con titulares anteriores o en virtud de *prescripción*, siempre que ésta deba de perjudicar a titular inscrito según el artículo 36.

»3.^a Que la finca o el derecho se encuentren inscritos a favor del opositor.

»4.^a No ser la finca inscrita la que realmente posea el opositor.

»Cualquiera otra reclamación se reservará para el juicio declarativo que corresponda, sin producir el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que establece este artículo.

»Si el titular registral no contesta a la demanda de contradicción, se dictará auto teniéndole por desistido del proceso de ejecución y por renunciante a la acción real ejercitada, sin perjuicio de poderla ejercitar en el juicio declarativo correspondiente.

»Las sentencias dictadas en estos procesos no producirán ex-

cepción de cosa juzgada, quedando a salvo el derecho en las partes a promover el juicio ordinario sobre la misma cuestión.»

En tres direcciones distintas actúan las garantías procesales establecidas en este artículo en defensa del derecho inscrito. También actúa como defensa del Registro, evitando oposiciones infundadas, la necesaria caución que ha de prestar el opositor. Primero, porque establecen un procedimiento de ejecución adecuado a conseguir la efectividad inmediata de ese derecho. Precisamente el fracaso del artículo 41 anterior fué originado por no haberle dotado de un procedimiento especial de ejecución, ya que al remitirle al procedimiento de los actos de jurisdicción voluntaria, se le descubrió el talón de Aquiles por donde había de llegarle el ataque; y la oposición, que enerva estos procedimientos, dió en tierra con esta garantía.

Por eso es digna de loa la reforma en este aspecto, que pone en manos del titular inscrito todos los medios que estime necesarios a la efectividad de su derecho. «Todas las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de la sentencia que recayere», dice el artículo.

Segundo, colocando al titular inscrito en postura de demandado, con todas las ventajas procesales que de esta postura se deducen. Y diremos aquí, a este respecto, que no consideramos acertada la observación de Sanz cuando dice que la prescripción actúa como excepción. No; ello será exacto cuando se la opone a quien nos exige el cumplimiento de una obligación extinguida por ese medio, pero no cuando se la opone al Registro, ya que para esgrimirla contra él, antes como ahora, ha tenido que ser declarada en sentencia judicial, previo el ejercicio de la oportuna acción.

Y tercero, limitando los motivos de oposición. El que no se encuentre en alguno de los cuatro casos en esta disposición establecidos, nada tiene que hacer contra el Registro en este procedimiento.

Uno de los motivos de oposición comprendidos en el número 2º es la prescripción ganada y que deba perjudicar al titular inscrito según el artículo 36. Y ¿basta el transcurso del tiempo y que se den las demás circunstancias, para que se pueda oponer esta prescripción al Registro, o es necesaria una declaración judicial previa y en procedimiento adecuado?... A nosotros no nos ofrece la menor duda la necesidad de este último requisito. Esa era la doctrina al

advenir la reforma, como antes hemos visto, y hoy, después de ella, subsisten todas y cada una de las razones que entonces la justificaban. Tampoco ahora puede dejarse el determinar si se ha dado o no la prescripción a la afirmación de la parte que quiere hacerla valer; tampoco ahora se puede declarar, en este procedimiento de fines concretísimos, de tasados motivos de oposición y de efectos provisionales; y tampoco la sentencia de ahora, como la de antes, produce excepción de cosa juzgada. ¿Qué se diría de una prescripción declarada sobre la que se podría volver en otro procedimiento?...

Llegamos al final de nuestro trabajo con las dudas y vacilaciones que teníamos al principio, notablemente aumentadas. Y es que este tema de la prescripción en relación con el Registro es de una sutileza y una dificultad muy superior a nuestras fuerzas. Pero, en fin, como lo que nos hemos propuesto es tan sólo llamar la atención sobre el tema a compañeros de superior preparación y cultura, si eso conseguimos, nos daremos por satisfechos.

JOSÉ AZPIAZU RUIZ.
Registrador de la Propiedad.

Vigencia y eficacia del «*Codex juris canonici*» en el ordenamiento jurídico español (*)

EL MATRIMONIO

Con lo dicho ya puede comprenderse cómo entendemos incorporada a nuestra legislación civil la parte del *Codex* referente al Derecho matrimonial y tramitación de las causas de divorcio, reconociéndose nuevamente la competencia de su jurisdicción en ese punto.

Derogadas por el Estado las funestas leyes republicanas del divorcio y del impropiamente llamado matrimonio civil, cuando se celebra entre católicos; interpretado, además, el artículo 42 del Código civil por la Orden de 10 de marzo de 1941 en el sentido que más se aproxima a la doctrina canónica sobre el matrimonio, no pueden ya surgir dudas serias acerca de la eficacia del *Codex* en este punto. Se ha vuelto al buen camino de los mejores tiempos de la Monarquía, que nunca debió abandonarse, y es clara la posición de los autores que han tratado detenidamente esta cuestión (1).

Al publicarse el *Codex* hubo algún autor que, fundándose en que, según el artículo 75 del C. c., "los requisitos, forma y solemnidades para la celebración del matrimonio canónico se rigen por las disposiciones de la Iglesia católica y del Santo Concilio de Trento, admitidas como leyes del reino", consideró esta disciplina vigente en España y declarada como tal por el artículo 43 del Concordato de 1850 (2). El propio Torrubiano, opuesto a la vigencia de la totalidad del *Codex*,

(*) Véase en número anterior de esta REVISTA.

(1) Además de De Diego: *Derecho civil*, tomo II, págs. 352-334, ed. 1929, han comentado, entre otros, las nuevas disposiciones sobre matrimonio, Eloy Montero y Lamas en *Revista de la Facultad de Derecho*, año I; Lamas sostiene que las palabras del preámbulo de la Orden de 10 de mayo de 1941 son una interpretación auténtica

(2) Citado por Torrubiano Ripoll.

no se atrevió a negarle en este punto valor. El P. Villada, esforzándose en dar a la frase del último artículo citado "disciplina de la Iglesia canónicamente vigente" una interpretación extensiva, decía que el adjetivo subrayado se habría de entender como aplicable a la disciplina canónica en vigor al tiempo de ser administrado y dirigido algo referente a lo previsto en el Concordato".

Pues bien: nosotros admitimos también en cuanto al matrimonio canónico el *Codex*. Vemos, sin embargo, un defecto de técnica jurídica en las expresiones de Torrubiano y del P. Villada. Creemos que lo más correcto es hablar de una incorporación o, mejor, reenvío de la ley civil a las leyes canónicas. Reenvío o incorporación formal, que deja subsistente las facultades del legislador para transformar dentro de su propio fuero sus propias normas; esta transformación queda *ipso facto* aceptada por la legislación que incorpora y reenvía. Las dificultades que pueda suscitar esta técnica, aplicadas en sentido inverso a la llamada "canonización de la ley civil" por la eclesiástica, no se presentan en nuestro caso, porque aquí no cabe hablar de incompetencia ni de leyes toleradas, etc. Al reenviar e incorporar el Estado las leyes de la Iglesia, hace una doble declaración: primero, la exclusiva competencia de la potestad espiritual en todo lo concerniente al matrimonio, como sacramento, y su propia incompetencia en este aspecto; segundo, su voluntad de cooperar con la Iglesia a establecer la disciplina canónica, que reconoce tan eficaz para la paz y armonía social, además de la tranquilidad de las conciencias, como lo hace expresamente nuestra ley de 23 de septiembre de 1939. Y no constituye ello una quimera. En otros países donde la legislación se ha desviado de su recto cauce, estos motivos de conciencia católica han provocado pleitos y discordias que la justicia se ha visto obligada a componer, dando satisfacción a los sentimientos cristianos de los fieles, que el sectarismo legal se negó a reconocer. Es interesante a este propósito la sentencia de la Sala tercera de la Corte Suprema de Méjico de 17 de diciembre de 1929, concediendo el divorcio a una mujer por injurias graves que le había inferido a su marido y consistentes en negarse a contraer matrimonio canónico después del civil como había prometido (1).

Sería, en efecto, absurdo que los matrimonios canónicos considerados nulos por el *Codex*, que ha modificado esta institución en lo que

(1) *Revista G. de Leg. y Jurisprudencia*, 1934.

no es de derecho divino, continuaran celebrándose en nuestra Patria conforme a una disciplina derogada por la autoridad competente. Este inconveniente está salvado en la teoría que vamos exponiendo, ya que aquí no se trata de una creación *ex novo*, de un derecho por parte del Estado, ni es necesaria una transformación del propio, sino sencillamente una aceptación de lo establecido en cualquier momento por otra autoridad sobre un punto que el Estado declara fuera de la esfera de su poder y abandona deliberadamente a otro. No se considera tampoco las normas canónicas como un apéndice de la ley civil, según dice Brniz, porque solamente permanecen intactas en el derecho que reenvía las normas formales, pudiendo, sin contradicción con ellos ni todo el sistema jurídico material, ser cambiada toda legislación objeto del reenvío.

La explicación de Ruffini (1), que como tesis de principio de Derecho público es la más simpática, en términos de derecho positivo, tiene el inconveniente de confundir el *deber ser* con el hecho. Sin duda que la Iglesia tiene poder para legislar acerca del matrimonio como *sacramento jure proprio*. Lo contrario nos precipitaría en las justas censuras y reprobaciones de aquélla. Pero, sin negarlo, es preciso tener en cuenta que no tratamos de discutir ese derecho sino de dar una interpretación del hecho del reconocimiento del mismo por parte del Estado y del alcance del valor que le da en su legislación civil. Y este extremo es el que quedaría sin explicar en la opinión de este autor.

EMANCIPACIÓN Y PROFESIÓN RELIGIOSA

No podremos agotar este tema tan vasto y complejo recorriendo una por una las instituciones y leyes que pueden rozar con las normas de la Iglesia. Un examen detenido nos llevaría mucho tiempo, del que no disponemos, y haría excesivamente prolijo este artículo. Pongamos, pues, fin, a nuestra investigación, abordando este último punto, que juzgamos de gran interés y tiene para nosotros peculiar atractivo y predilección.

El Código civil no incluye entre las causas de emancipación la de la profesión religiosa. La jurisprudencia ha ido aún más lejos, cerrando la puerta a la posibilidad de una interpretación extensiva del artículo

(1) Revista *Archivio Giuridico*, citada.

321, pues limita al matrimonio el sentido de la expresión *tomar estado para que la hija de familia menor de veinticinco años pueda dejar la casa paterna sin licencia de sus padres* (1). Esto puede ser un obstáculo para muchas jóvenes aspirantes a la vida religiosa, e indirectamente un perjuicio para la causa de la Iglesia, que ve en esas almas fervorosas la plenitud más excelsa y la realización más perfecta del ideario evangélico.

Aunque actualmente ha desaparecido en parte esta antinomia por la rebaja de edad a los veintiún años para obtener la mayoría en conformidad con el canon 851, todavía puede haber motivos de discrepancia, puesto que la profesión religiosa temporal puede hacerse a los dieciséis años, según el canon 573. Excepción honrosa la constituye el régimen foral aragonés, cuyo apéndice (art. 12) confirma la antigua ordenación de los fueros, que incluía la profesión religiosa, entre las causas por las cuales se puede abandonar la casa paterna o materna (2).

Aquí hay soluciones para todos los gustos entre los canonistas, desde los que, como D'Angelo, las consideran leyes supletorias de las canónicas, hasta los que, y esto es lo más frecuente, como Villada, Blat, Maroto y Cavagnis, dan preferencia a la ley canónica. Burón García (3) sostiene una opinión original a base de la vigencia de la disciplina tridentina no derogada por el artículo 1.976 del Código civil; cree también en la primacía de las disposiciones eclesiásticas. Ferreres aconseja a los menores que no entren en religión sin consentimiento de los padres, ante el temor de que éstos, acogiéndose al artículo 156 del Código civil, puedan invocar el auxilio de la autoridad temporal para que imponga los castigos y correcciones allí establecidos, temores que desvanece Villada. Reig y Casanova no se limitaba a sostener la prevalencia de la ley canónica, sino que incluso aconsejaba la resistencia en caso de imposición forzosa de la ley civil y pedía una resolución concreta sobre este punto (4). Prümmer sostiene, como principio, que la Iglesia no puede establecer leyes sobre las cosas civiles "pure civilibus", pero deja intacta la solución de nuestro caso (5).

Poco hemos de decir respecto a la opinión de Burón García. La par-

(1) *Sent. T. S. 19 febrero 1901.*

(2) Barrachina: *Derecho Foral Español*, tomo I, pág. 275, citado por *Ilustración del Clero*, 1919, pág. 332.

(3) Burón García: *Derecho Español...*, Valladolid, 1898.

(4) Reig Casanova: *Cuestiones canónicas*, Toledo, 1904, y *El estado religioso*.

(5) Prümmer: *Jus Canonicum*, tomo I.

te disciplinar del Concilio de Trento ha sido derogada por la propia Iglesia, aunque su espíritu late en la ley canónica vigente. El silencio del Código civil sobre la materia, mucho más cuando expresamente incorpora a sus disposiciones las entonces vigentes del dicho Concilio, es un dato en contra de esta tendencia. Los cambios introducidos en el sistema e instituciones públicas del Estado, a tiempo de promulgarse este Cuerpo legal, también pugnan contra la subsistencia de esas leyes. La misma inobservancia y el desuso pueden derogar una ley, sobre todo cuando el propio legislador tolera ese incumplimiento por parte de los súbditos. En nuestro caso hay más que una mera tolerancia, pues la sentencia citada es, nos atreveríamos a opinar, una manifestación indirecta sobre los intérpretes oficiales que abona nuestro parecer.

Ciertamente que por tratarse de materia tan estrechamente ligada a los intereses religiosos y espirituales, es la Iglesia, en principio, la que puede y debe legislar y juzgar sobre la racionabilidad o irracionabilidad del consentimiento paterno, y la justicia de los establecidos por el Estado. Pero ello no implica que de hecho tengan efectos civiles los cánones, y menos aún para derogar las leyes que les contradigan. Estamos en la misma vía muerta de Ruffini; lo que debe ser, no siempre es. El Juez, aunque su conciencia católica esté en pugna con la letra y el espíritu de una ley, se verá en la obligación de aplicarla, cuando no es una manifiesta violación del derecho divino.

Maroto dice que en tal caso debe y puede el magistrado eclesiástico prescindir de la ley civil, obrando como si no existiera. Esta resistencia pasiva, aconsejada también por Reig Casanova, es cuestión de prudencia, tacto y oportunidad. Si en ello no van males mayores, y la propia autoridad civil cierra los ojos, haciéndose también el sordo ante las reclamaciones de los ciudadanos, no hay grave inconveniente, y pueden tolerarse estas pequeñas rebeldías en atención a la justicia del mandato legal y la nobleza de los fines perseguidos por esas almas delicadas. Mas en caso de exigencia por parte de los padres o tutores, amparados en las fuerzas coactivas del Estado, dispuesto a utilizar sus recursos y a vengar los agravios que juzga inferidos a su honor, a causa de esta actitud de entereza y oposición a sus preceptos, será preciso someterse y evitar males posibles, a riesgo de comprometer una vocación que, si es firme, puede esperar breve plazo para dar satisfacción a sus aspiraciones piadosas.

En realidad, la cuestión está sin resolver, en un punto muerto. Si-

gue sin darse la ley o disposición que pedía el difunto Cardenal Reig citado. A nuestro juicio, apurando las consecuencias de la declaración del Concordato, en lo que ciertamente está vigente, conforme al apartado 9 del Convenio de 1941, podía corregirse esta laguna o silencio de la ley civil. El reconocimiento de los derechos de la Iglesia, para ser cabal, exige que en lo que es de su fuero exclusivo o predominante, se le conceda eficacia civil. Y en esto estamos con los canonistas, añadiendo, por lo que a nuestro ordenamiento estatal afecta, la eficacia positiva, expresamente declarada a nuestro juicio en un texto legal. Hoy, que por fortuna van desapareciendo tanto prejuicios, justo es que se borre uno más, siquiera no sea de los que mayores dificultades puede crear y ha creado, gracias a la prudencia y ecuanimidad de la jerarquía católica.

La colisión, más ficticia que verdadera, entre los derechos de los padres y de la conciencia o vocación religiosa de las hijas, creemos que ha de resolverse en favor de la sana libertad de éstas, que en nada merma el justo afecto y la reverencia filial hacia sus progenitores. Los motivos invocados por la sentencia de 19 de febrero de 1901 no merecen otra clasificación que el de frases altisonantes y huertas, cuando no une excesivo celo en defensa de una autoridad, cuyo más firme pilar son esos mismos sentimientos, tan desconocidos y menospreciados, ya que, mientras se niega o silencia el derecho de éstas a ingresar en un convento, pasados los tres meses de la negativa, pueden, en cambio, contraer matrimonio, según el artículo 47 del Código civil. La analogía de las situaciones pedía también idéntica solución jurídica, armonizando los derechos de la conciencia religiosa con el justo respeto a la potestad paterna a dirigir y encauzar la vida de sus hijos por los mayores recursos de conocimiento y prudencia que han de proporcionarles su edad y su experiencia.

Ante esa antinomia de nuestro derecho positivo, entre la amplitud de lo reconocido en el Concordato y las restricciones del Código civil y la jurisprudencia, creemos que debe prevalecer en buenos principios la vigencia de aquél. Una ley interior no puede modificar un pacto bilateral entre las dos supremas potestades. Por otra parte, y más correcta la legislación penal, omite señalar entre los delitos o faltas castigados el hecho de la profesión religiosa sin dicho consentimiento. No se podía, pues, perseguir criminalmente a ningún hijo que tal hiciera. Creemos, pues, que hasta tanto se corrija este defecto del Código civil,

y no habiendo más que una sentencia que interprete en sentido restrictivo aquél, podía sostenerse aún una interpretación más amplia de este artículo.

No hay conformidad entre los tratadistas acerca del valor de la jurisprudencia; pues De Buen opina que basta una sentencia para formarla, mientras que, a nuestro juicio, con más razón Castro Pérez y González Alguer exigen por lo menos dos sentencias concordantes. Como ni en este punto ni en cuanto al valor de la jurisprudencia en sí hay acuerdo, creemos que puede prosperar un recurso provocando una solución contradictoria a la establecida en la sentencia que hemos citado. Si en algo ha de influir en el ordenamiento jurídico, como en la misma interpretación de la ley, la orientación general de una política y sus principios operantes renovadores de la vida social e impulsores del Estado, no debe olvidarse que el actual ha incorporado a las bases reguladores de sus instituciones la doctrina católica como profesada por la mayoría de los españoles. El intérprete, en consonancia con esta marcha general del Estado, podría, a nuestro juicio, rectificar una interpretación injusta o equivocada, que no ha tenido ocasión de confirmarse, por otra sentencia del mismo alto Tribunal para que pueda sentar jurisprudencia.

Aquí damos por terminado este modesto trabajo. Muchas cuestiones quedan por examinar, otras no han podido tener un pleno desenvolvimiento. Tiene, pues, un carácter de provisionalidad y estudio parcial, que el apremio de otras tareas más urgentes nos impone. Ello ha querido más bien ser una invitación para que los especialistas revisen un tema de interés, lo completen, y, en lo que juzguen equivocado, nos rectifiquen. Por nuestra parte, con la venia de la revista, prometemos completar algo más, sobre todo en cuanto a testamentos, fideicomisos y capellanías, lo que ahora apenas queda iniciado.

M. PALOMAR.

Presbítero.

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

REGISTRO MERCANTIL. SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.

SU NATURALEZA JURÍDICA. SI SU RAZÓN SOCIAL HA DE FORMARSE EN LOS TÉRMINOS QUE EXIGE EL ARTÍCULO 126 DEL CÓDIGO DE COMERCIO. CÓMO HAN DE DETERMINARSE LOS BIENES APORTADOS. RESERVAS DE CAPITAL IMPUESTAS POR LAS LEYES ACTUALES. REDACCIÓN EN TÉRMINOS CONFUSOS SOBRE SI EL FALLECIMIENTO O INCAPACIDAD DE UN SOCIO ES O NO CAUSA DE DISOLUCIÓN. ABSORCIÓN O INCORPORACIÓN DE NEGOCIOS.

Resolución de 15 de enero de 1945. "B. O." de 18 de febrero.

En Valverde del Camino, el día 8 de febrero de 1944, el Notario don Diego Romero Pérez autorizó una escritura de constitución de Sociedad mercantil de responsabilidad limitada, en la que comparecieron don J. y don G. M. D., y en la que se hizo constar que, integrada por los comparecientes, se constituía una Sociedad de responsabilidad limitada, la cual se regiría por las estipulaciones consignadas en la escritura y por los preceptos del Código de Comercio aplicables, dedicados a las Compañías regulares colectivas; que la Compañía giraría bajo la razón social "Hijos de J. M. A., S. L.", y tendría por objeto principal explotar los negocios de fabricación de cortes para el calzado, almacén de pieles, primeras materias y utensilios necesarios a la industria de zapatería; que el capital sería de 200.000 pesetas, que los socios aportaban por mitad y estaría representado por los bienes de la propiedad de ambos socios, que se detallan: *a*), una casa habitación en la calle Peñas, hoy Francisco Romero, de Valverde, número 34, cuya descripción y linderos se determinan, así como su título de adquisición y cargas, y se valora su aportación a la sociedad en 9.000 pesetas; *b*), el resto del capital fijado lo constituyen: primero, una serie de máquinas, mobiliario y utilaje destinado a la fabricación de cortes aparados; segundo, existencias diversas en un almacén de pieles; y tercero, los créditos y efectivos resultantes de Caja y Cuentas corrientes; que todos estos elementos eran

conocidos por los dos socios y los aportaban por partes iguales, por ser copropietarios de ellos, y de común acuerdo los valoraron globalmente en la cifra de 191.000 pesetas, quedando así completado el capital social; que la personalidad y representación de la sociedad corresponderán, mancomunada y solidariamente, para toda clase de actos y negocios jurídicos, a los socios, salvo para los de dominio sobre inmuebles, en que será necesaria la actuación conjunta de ambos; que las ganancias líquidas que se obtengan en cada ejercicio pertenecerán a los socios, a prorrata de su participación social, reflejada en los asientos de contabilidad, pudiendo de común acuerdo determinar en cada ejercicio la parte de ganancias que cada uno pueda retirar y la que ha de ser imputada a su participación social, y las pérdidas, si las hubiere, se imputarán a cada uno en la misma proporción que las ganancias; que en el caso de fallecimiento o incapacidad de uno de los socios, sus herederos o representantes legítimos tendrán derecho al nombramiento de una persona que represente sus intereses dentro de la sociedad, la cual se limitará a inspeccionar las cuentas, sin poder inmiscuirse en la gerencia de la empresa ni llevar la representación; que cuando alguno de los hijos, varón o hembra, del socio fallecido o incapaz, llegue a la mayor edad, podrá representar en la sociedad la parte de intereses que le corresponda, con la plenitud de facultades que implica la cualidad de socio; que para poner en práctica lo dispuesto en los apartados relativos al grupo de herederos del fallecido o representantes del incapaz, no se podrá nombrar más que a una persona que represente sus intereses dentro de la sociedad; y que, no obstante lo acordado, los herederos o representantes expresados podrán retirarse de la sociedad, provocando su disolución con la mismas condiciones que se determinan en el apartado d) de la estipulación décimoquinta:

Presentada en el Registro Mercantil de Huelva la escritura anterior, fué calificada por nota del tenor literal siguiente: "No admitida la inscripción del precedente documento por observarse en él los defectos siguientes: primero, no formarse la razón social de la Compañía que por él se constituye, en los términos que exige el artículo 126 del Código de Comercio; segundo, no determinarse especialmente la naturaleza, número y valor de los diferentes bienes y derechos que, según el apartado B) de la estipulación séptima, se aportan a la sociedad, como parte del capital de ésta; tercero, porque al regular el

reparto de beneficios sociales no se han tenido en cuenta las reservas de capital que imponen las Leyes de 19 de septiembre de 1942 y 30 de diciembre de 1943; cuarto, porque dados los términos confusos en que está redactada la estipulación décimosexta, y el carecer ésta de un pacto expreso que así lo establezca, impiden conocer con certeza si el fallecimiento o incapacidad de un socio es o no causa de disolución de la sociedad; quinto, porque del contenido de la escritura, y en especial del referido apartado B) de la estipulación séptima, se desprende que la Compañía se constituye a base de la absorción o incorporación de un negocio que se venía explotando con anterioridad, echándose en falta en este caso la correspondiente autorización ministerial, que exige el artículo segundo de la Ley de 10 de noviembre de 1942. No se solicitó ni procede tomar anotación preventiva".

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, la Dirección revoca la nota del Registrador en cuanto a los cuatro primeros defectos apuntados, manifestando respecto del quinto que no afecta a las formalidades del instrumento público calificado.

Considerando que las sociedades de responsabilidad limitada, admitidas en el régimen jurídico español por una costumbre notarial, en algunos casos de tan atrevidos vuelos que quizá en lo futuro pueda dar origen a intervenciones legislativas, se encuentran centradas entre las sociedades colectivas, las compañías anónimas y las cuentas en participación, de las cuales toman elementos diversos más o menos compatibles con la armonía del conjunto, y adoptan con frecuencia una razón social de tipo personalista y, a veces, una denominación de carácter objetivo, por cuyo motivo no cabe poner en duda la justificación y suficiencia de la discutida designación de "Hijos de R. M. A., S. L.", que más bien se aproxima al modelo personalista que al modo de identificar las sociedades anónimas, sobre todo si se tiene en cuenta que los nombres y características civiles de las personas que la constituyen han de figurar en el Registro Mercantil, y que la posible existencia de otros hermanos de los socios o los efectos de una competencia desleal, si se produjera, no deben ser ventilados en un recurso de alcance tan limitado como el presente;

Considerando, en cuanto al segundo defecto, que en la escritura calificada no sólo se describe la finca aportada con arreglo a los preceptos de la reglamentación notarial, sino que se añade que "en la actualidad y en parte del Cortinal de la descrita casa hay construídos dos

departamentos destinados a fábrica, almacenes y oficinas", y que por lo que se refiere a la constitución del resto del capital social, exigir una descripción más detallada y minuciosa entorpecería las posibles aportaciones de universalidades de cosas y masas hereditarias, privaría de la conveniente flexibilidad a este aspecto del acto fundacional, y atendida la naturaleza y los caracteres de las cosas muebles íntimamente unidas con el negocio principal, no se alcanza qué beneficios podría reportar toda descripción en el sentido indicado, cuando los contratantes afirman en la escritura conocer todos los elementos que aportan, poseerlos con anticipación en el concepto de copropietarios y valorarlos de común acuerdo en la cifra global de 191.000 pesetas; y que el peligro de que el valor real de los objetos sea inferior al consignado, no parece que pueda conjurarse satisfactoriamente en la forma pretendida por el Registrador, mediante una valoración "in concreto" de cada uno de los elementos que se aportan, y por muy aconsejable que se estime la intervención de personas peritas en la materia y la consignación de una cláusula de garantía en cuya virtud los asociados respondan solidariamente de las aportaciones, no cabe conceder fuerza de Ley al Anteproyecto del Libro segundo del Código de Comercio, discutido en los años 1926-1927;

Considerando, respecto al tercer defecto, que según un concepto elemental la compañía no es más que una asociación de personas que aportan bienes o industrias para el logro de un beneficio pecuniario con vistas al provecho económico, y que el contrato fundamental que sirve de base a la distribución de las ganancias entre los socios se halla en la actualidad condicionado por la Ley de 19 de septiembre de 1942, ampliada por la de 6 de febrero de 1943, que ordena una reserva legal obligatoria, cuya observancia por las empresas que obtengan beneficios líquidos superiores al cuatro por ciento del capital social, se impone con carácter forzoso, como "jus cogens", cualesquiera que sean las estipulaciones contrarias que los socios hayan convenido en los estatutos al determinar las normas que han de gobernar y presidir la vida de la compañía, en cuanto la autonomía y libertad de los particulares para elaborarlas se halla presidida siempre por la Ley en los puntos esenciales, según se desprende de la Orden de 17 de abril de 1942, cuyo artículo segundo dispone que la obligación de constituir la reserva se funda en la mera existencia del beneficio, sin que sea necesario previo acuerdo de los socios o accionistas;

Considerando que aunque pudiera admitirse, como afirma el Registrador en el cuarto motivo de la nota, que la estipulación décimo-sexta, relativa al fallecimiento o incapacidad de uno de los socios está redactada en términos confusos, no carece de pacto expreso sobre si tales supuestos de carácter personal son o no causas de disolución de la Sociedad, como lo demuestra: 1.º Que el contexto de la repetida estipulación pone de manifiesto que ni la muerte ni la incapacidad provocan la disolución de la empresa; 2.º Que de otro modo no podría comprenderse la facultad reservada en el apartado *d*) a los herederos o representantes del socio fallecido o incapaz para "retirarse de la Sociedad, provocando su disolución", 3.º Que no aparecen incluidos aquellos hechos entre las causas de disolución enumeradas en la misma escritura calificada; aparte de que tampoco existe inconveniente en admitir, por acuerdo unánime de los fundadores, la transmisión "inter-vivos" o "mortis-causa" de las cuotas sociales en las Sociedades de responsabilidad limitada, no obstante el carácter familiar o de estrecha vinculación personal que en ocasiones pueden revestir;

Considerando, por último, que de conformidad con lo dispuesto en las Leyes de 19 de septiembre y 10 de noviembre de 1942, sobre la necesidad de que las Sociedades constituidas a base de la absorción de otras empresas o de la incorporación de negocios obtengan una autorización del Ministerio de Hacienda, la jurisprudencia de este Centro ha declarado que no existe inconveniente en que dicha autorización sea solicitada y obtenida con posterioridad al otorgamiento de la escritura de constitución social y, por tanto, si a pesar de la falta de datos e identidad de personas se concluyera que la nueva empresa se había constituido para la explotación de negocios antes pertenecientes a otra u otras, siempre resultaría evidente que el recurrente no puede discutir este defecto, puesto que no ha de reputarse falta de formalidad en el documento notarial.

* * *

A propósito de la Resolución de 16 de abril de 1942 (núm. 169 de esta REVISTA) escribíamos: "Resalta ante todo la decisión del Centro directivo de encuadrar en el primero de los considerandos transcritos la llamada Sociedad de responsabilidad limitada en el marco de las colectivas." Dicho considerando decía así: "Considerando que nuestro Código de Comercio exige que en la escritura de constitución de la So-

ciudad colectiva se consigne la duración de la Compañía, y *a este tipo responde la de responsabilidad limitada* objeto de la escritura pendiente del recurso." Y a continuación transcribíamos las afirmaciones del profesor Garrigues y del Notario Navarro Azpeitia, que consideran ser de aplicación a estas Sociedades de responsabilidad limitada lo preceptuado para las colectivas, salvo en lo que afecta a la limitación de la responsabilidad (art. 127 del Código de Comercio).

Pues bien, lo primero que encontramos en la presente Resolución es que el Centro directivo, volviendo de su acuerdo, expresa que estas Sociedades, admitidas en nuestro régimen jurídico por una costumbre notarial, "se encuentran centradas entre las Sociedades colectivas, las Compañías anónimas y las cuentas en participación", lo que—con toda sinceridad sea dicho—contribuirá a aumentar la ya un tanto anárquica práctica notarial que campea en esta materia de Sociedades limitadas.

Y teniendo a la vista la magnífica Resolución de 11 de agosto de 1943 (núm. 186 de la REVISTA)—en la que ya el Centro directivo afirma "el carácter de Sociedades de capitales que las limitadas comparten con las anónimas"—, hay que reconocer que sin que sea igual al presente aquel caso, "en que las 100.000 pesetas, parte del capital imputado a cada socio, sería desembolsado en metálico en los plazos, cuantía y condiciones que acuerde la Junta de sus componentes", tampoco en el que nos ocupa hay una valoración seria del patrimonio social que—admitida la figura social de responsabilidad limitada—garantice el interés de tercero, como quería aquella decisión, pues, como afirma el Registrador en su escrito de defensa, en ésta "el haber social no debe quedar determinado con palabras tan abstractas como las empleadas en la escritura calificada".

Por lo que respecta al tercer defecto, alega el Notario que teniendo las disposiciones legales que establecen las reservas de capital carácter de *derecho público*, era innecesario recargar con ellas la escritura fundacional. ¿No podría ésta calificarse de "pacto reservado", según el artículo 119 del Código de Comercio? Una vez más, hay que hacer aflorar el interés de los terceros que hayan de relacionarse con la Sociedad, a los que—apurando el argumento—únicamente podría decírseles lo de que "la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento" (art. 2.º, Código civil).

Pero aun encontrando adecuado lo argumentado por el Notario, resulta más técnico y exacto lo expresado por la Dirección, al decir

“que el contrato fundamental que sirve de base a la distribución de las ganancias entre los socios se halla condicionado por las leyes que ordenan una reserva legal obligatoria, que se impone con carácter forzoso, como *jus cogens*, esto es—decimos nosotros—como *derecho absoluto*, que no está a merced de la voluntad de los particulares, que nada tiene que ver con el *jus publicum*, según acertadamente señalara Ehrlich, *jus cogens* que influencia la mayoría del derecho de cosas y de familia, tan impreciso de calificar...”

ANOTACIÓN DE DEMANDA.—¿ES DE APLICACIÓN EL ARTÍCULO 24 DE LA LEY HIPOTECARIA CUANDO SE PRETENDE LA NULIDAD DE UNA PARTICIÓN? — PERSONAS CONTRA QUIENES DEBE DIRIGIRSE AQUÉLLA.

Resolución de 7 de marzo de 1945. “B. O.” de 6 de abril.

Formulada demanda contra tres señores para que se declarase la nulidad de una partición protocolada por el Notario de Madrid D. Rafael Núñez Lagos, y si esto no se declarase se ampliase a otros supuestos que no son del caso relacionar, y exponiéndose en otrosí que, corriendo grave peligro los bienes incluidos en el inventario del cuaderno particional, que se acompañaba, procedía acordar la anotación preventiva sobre los mismos, a lo que se accedió por el Juzgado de Primera Instancia de Andújar, dirigiendo el oportuno mandamiento al Registro de la misma ciudad; presentado que fué dicho mandamiento se puso a continuación la siguiente nota:

“Suspendida la anotación que se ordena en el precedente mandamiento, por observarse las faltas que siguen: 1.^a, no solicitarse especial y determinadamente, conforme a la Ley Hipotecaria, la nulidad o cancelación de las inscripciones donde conste el dominio de los inmuebles; 2.^a, no aparecer en el mandamiento, por lo menos, el nombre y apellidos del poseedor o propietario de las fincas sobre que verse la anotación; 3.^a, no resultar el carácter respecto de los indicados inmuebles con que hayan intervenido los demandados; 4.^a, hallarse los referidos predios inscritos a nombre de persona distinta de aquellas contra quienes la anotación ordenada se dirige. Parecen subsanables los indicados defectos y no se extiende anotación de suspensión por no haber sido pedida.”

Presentado nuevamente en el Registro el mandamiento con ciertas

adiciones, se suspendió otra vez por existir los mismos defectos expresados en la nota anterior, si bien, a instancia del presentante, se tomó anotación de suspensión.

Interpuesto recurso, la Dirección, con revocación del auto del Presidente de la Audiencia, confirma la nota del Registrador, declarando:

En cuanto al primer defecto, que lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley Hipotecaria sobre la necesidad de que, previamente o a la vez que se ejerciten acciones contradictorias del dominio de bienes inmuebles o derechos reales, se solicite la nulidad o cancelación de las inscripciones en que conste dicho dominio, no debe ser obstáculo en principio para la anotación preventiva de la demanda, toda vez que el orden del procedimiento y la atribución de las defensas procesales en primera instancia son de la incumbencia y responsabilidad del Juzgado y el Registrador ha de facilitar el cumplimiento de los mandatos judiciales, dejando a los Tribunales el resolver acerca de la nulidad de la partición discutida y el valorar en su justa medida el alcance y los efectos del indicado asiento.

Respecto del segundo defecto, que de las referidas diligencias practicadas, para mejor proveer, aparece evidente que en el momento de extender la nota calificadora los inmuebles figuraban inscritos en pleno dominio y libre disposición a favor de persona distinta de los demandados, como heredero de los cónyuges causantes de la partición, a quien se había hecho la adjudicación en el concepto de comisión para pago de deudas, de lo cual se infiere la existencia y naturaleza del defecto acertadamente calificado de subsanable en la nota recurrida.

Acerca del tercer defecto, que no puede desconocerse la conveniencia de que en casos análogos a los que motivan este recurso se dirija la demanda, cuando haya de surtir efectos en el Registro de la Propiedad, no sólo contra los albaceas comisarios, sino contra el heredero adjudicatario, para agotar de esta manera la plenitud del poder dispositivo y las facultades que existan sobre los bienes de que se trate; y promovida la demanda en el caso origen del recurso contra las personas que, según afirma el recurrente, tienen el carácter de comisarios-contadores, pero sin hacer constar expresamente la circunstancia, y no refiriéndose en manera alguna el mandamiento al adjudicatario para pago de deudas, es forzoso reconocer la existencia del defecto discutido y el obstáculo que, mientras no se subsane, encontrará el documento calificado.

Por último, que si bien los predios no figuran inscritos a nombre de los demandados, esta falta quedaría remediada al mismo tiempo que la analizada en el Considerando anterior, una vez que de modo auténtico y como ampliación de la demanda, y consiguientemente del mandamiento expedido por el Juzgado, se hagan constar el nombre y apellidos del heredero al favor del cual adjudicaron los comisarios-contadores-partidores todos los bienes hereditarios para pago de deudas que fueron inscritos después de ser despachada la consulta formulada por razón de la liquidación del impuesto de Derechos reales.

* * *

Como dice la Dirección en el primero de sus Considerandos—que transcribimos en este lugar para mayor claridad—, “los complejos antecedentes del recurso, el estado registral de los inmuebles reflejado por las diligencias para mejor proveer, la circunstancia de no figurar inscrita la escritura de partición en el momento de formalizar la demanda y la particularidad de no ser conocido en detalle el contenido de aquélla, aconsejan que se adopte un criterio tolerante para decidir sobre los problemas planteados con referencia a documentos que en la actualidad se hallan inscritos.”

Y en efecto, solamente así se explica que se estime en el tercero de los Considerandos—bien calificado como de subsanable el defecto de aparecer los bienes sobre los que se ha de tomar la medida precautoria a nombre de persona distinta de aquellas a quienes se demanda. Tanto más cuanto que a esas personas no se expresa en la demanda en calidad de qué se les demanda. Es posteriormente—en el escrito de interposición del recurso—cuando manifiesta el recurrente que lo fueron por su carácter de comisarios-contadores. Extremadamente benévolos fué el Registrador en su calificación, como el mismo Centro Directivo dió a entender.

Por cierto que éste, al confirmar en todos los extremos la nota, se olvida de que rechazó el primero de la misma, o sea el referente a la aplicabilidad al caso del artículo 24 de la Ley sustantiva.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO
Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 3 de marzo de 1942.

LOS LIQUIDADORES ESTÁN FACULTADOS PARA CALIFICAR LOS DOCUMENTOS CON ARREGLO A LA VERDADERA NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO O CONTRATO, Y NO TIENEN POR QUÉ ATENERSE NECESSARIAMENTE A LA INTERPRETACIÓN QUE A LA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA DEN LOS EJECUTORES DE ELLA, PERO TAMPoco DEBE PRESCINDIRSE DE ÉSTA MIENTRAS NO REBASEN SUS ATRIBUCIONES ESOS EJECUTORES Y MODIFIQUEN EN VEZ DE INTERPRETAR LA VOLUNTAD DEL TESTADOR.

LOS LEGADOS A DÍA CIERTO NO PUEDEN ESTIMARSE COMO SUJETOS A CONDICIÓN SUSPENSIVA, PERO A PESAR DE ELLO PROcede APLAZAR SU LIQUIDACIÓN CUANDO, FIJADA LA BASE LIQUIDABLE POR EL TESTADOR, PUEDE SUFRIR MODIFICACIÓN EN VIRTUD DE LO DISPUESTO EN EL MISMO TESTAMENTO, POR DEPENDER DE LA VENTA QUE DE LOS BIENES ADJUDICADOS A TAL EFECTO EN LA PARTICIÓN HA DE HACERSE DESPUÉS DEL FALLECIMIENTO DEL HEREDERO.

Antecedentes.—Bajo testamento ológrafo, y sin institución de heredero, falleció D. F. F., y después de instituir legatarios en cantidades determinadas a varios individuos, expresó literalmente lo siguiente: “Todo esto no siendo las 10.000 pesetas que repartirá ella misma—se refiere a la viuda—a los treinta días de faltar yo, lo demás, hasta que ella falte, y luego en partes iguales aumentar o disminuir. Sus albaceas, José Avello y Avello; segundo, Sabino García Avello...”

Dicho testamento ológrafo fué protocolizado y declarada heredera

abintestato la viuda, ya que, como va dicho, el testamento no contenía institución de heredero.

En acta notarial la viuda heredera y el albacea sobreviviente hicieron constar la interpretación que de común acuerdo daban al testamento, en esta forma: que lo que el testador quiso fué que las 10.000 pesetas dejadas a los pobres las reparta la viuda transcurridos los treinta días del fallecimiento del testador, y que respecto a las otras cantidades la intención fué dejarlas en concepto de legado a las personas que menciona, de tal manera que no se pagarán hasta que la viuda falte, y entonces el aumento o disminución de valor en los bienes que se adjudiquen al fallecimiento de la viuda para el pago de los legados se distribuirá entre los legatarios proporcionalmente.

Los legatarios aprobaron en escritura pública esa interpretación del testamento.

A la Oficina liquidadora se presentó una relación de bienes, describiendo los relictos al fallecimiento del causante y haciendo la liquidación de la sociedad conyugal y disponiendo el pago a la viuda de sus derechos como única heredera. Respecto a los legados, se paga el de 10.000 pesetas a los pobres, y en cuanto a los restantes, se adjudican a la viuda bienes en usufructo vitalicio por valor de 200.000 pesetas para que a su fallecimiento sus herederos los enajenen y se distribuya su importe entre los legatarios, y se solicitó que se aplazase la liquidación respecto a esos legados, excepto el de los pobres, hasta que ocurra dicho fallecimiento, por ser de cuantía desconocida hasta entonces y tener el carácter de legados a término, de cantidad a pagar en metálico.

La Oficina liquidadora, además de las liquidaciones correspondientes a la viuda, giró otras a los legatarios por el concepto de herencia en nuda propiedad y al tipo de extraños.

Esas liquidaciones por nuda propiedad fueron recurridas, por entender: que el liquidador carece de facultades, en casos como el presente, para interpretar un testamento en contra de la interpretación dada por los ejecutores testamentarios en la forma más perjudicial para los legatarios y después de aceptar éstos esa interpretación; que los legados cuestionados son de cuantía indeterminada por voluntad del finado, pues lo que él entendió fué que los bienes adscritos al pago de aquéllos aumentarían o disminuirían de valor durante la vida de la heredera y podían depreciarse por la venta obligada al fallecimiento de su espo-

sa, y de ahí el empleo de las palabras "y luego en partes iguales aumentar o disminuir", lo cual significa que cada legatario adquirió el derecho a un legado de cantidad a pagar en metálico, cuya cuantía no se conocerá hasta la venta de los bienes al fallecer la viuda, y en su consecuencia procedía el aplazamiento de la liquidación por no existir base cierta para la práctica de la misma, sin que quepa estimar causada una adquisición de nuda propiedad, porque ésta requiere que recaiga sobre bienes determinados cuya plena propiedad consolida el nudo propietario al fallecer el usufructuario, y en el caso no se da tal circunstancia, sino que se trata de legados de cantidad a término, conforme al artículo 805 del Código civil, en los que los instituídos son simplemente titulares de un derecho de crédito contra el heredero.

El Tribunal provincial Económico-Administrativo desestimó la reclamación, entendiendo que los legados discutidos implican la condición suspensiva del artículo 799 del Código civil, la cual ha de calificarse como término, y no como condición, creador de derechos transmisibles a los herederos del instituído desde el fallecimiento del testador, por lo que ha de aplicarse el artículo 57 del Reglamento del Impuesto, según el cual la condición que suspende solamente la ejecución de la disposición testamentaria, conforme a dicho artículo 799, no produce el efecto de aplazarse la liquidación, exigiéndose el impuesto como institución pura.

El Tribunal Central revocó el anterior acuerdo y acordó el aplazamiento de las liquidaciones giradas a los legatarios recurrentes hasta que, fallecida la viuda usufructuaria, pueda determinarse la cuantía de los legados.

Parte el Tribunal de la facultad que a los liquidadores conceden los artículos 41 y 156 para calificar los actos y contratos con arreglo a su naturaleza jurídica, y dice que contra ella, en términos generales, no es admisible de modo absoluto la doctrina de que aquéllos hayan de atenerse a lo que sobre división y adjudicación de una herencia acuerden los ejecutores testamentarios, pero, ello no obstante, en cada caso concreto han de examinarse las circunstancias especiales del mismo para aceptar o rechazar la interpretación dada a las disposiciones del causante al ejecutarlas, y esa interpretación debe aceptarse, siempre que no modifique aquellas disposiciones en vez de interpretarlas.

En el caso estudiado no ha habido tal extralimitación. La adquisición del derecho no está sujeta a condición suspensiva, o sea a un

suceso futuro e incierto del que la adquisición dependa, sino que su perfeccionamiento se subordina únicamente al cumplimiento de un término que necesariamente ha de venir, y por ello la institución es definitiva, estando adquirido desde luego el derecho por los legatarios y siendo transmisible, en caso de muerte, a sus herederos, incluso antes del cumplimiento del término.

Esto no obstante, sigue diciendo la Resolución de que tratamos, como los legados han de ser satisfechos una vez enajenados al fallecimiento de la heredera los bienes específicamente asignados para su pago, ello origina una evidente indeterminación respecto a la cuantía correspondiente a cada legatario y exige el aplazamiento de la práctica de las liquidaciones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 del Reglamento, en su apartado 3.º, que prevé el aplazamiento de la liquidación cuando a la Administración no le es posible por ningún concepto fijar el valor de los derechos y acciones transmitidos.

Comentarios.—La doctrina sentada por el Tribunal Central nos parece que está más dentro de una interpretación con criterio amplio que del que ordinariamente suele campear en sus decisiones. Nada hay que oponer a la doctrina que sienta al comentar la parte sustantiva civil, especialmente en cuanto aplica la interpretación comúnmente dada al discutido artículo 799 del Código civil sobre la llamada condición suspensiva de ejecución, impuesta a herederos y legatarios, pero sí nos parece que si bien es verdad que a los ejecutores testamentarios hay que reconocerles una razonable amplitud de interpretación de las disposiciones testamentarias, como en el caso ha ocurrido, y que con arreglo a ella obraron acertadamente los testamentarios de D. F. F. al traducir la intención que él tan confusamente expuso en su testamento, hay, ello no obstante, una segunda cuestión o punto de vista que es el que resalta la amplitud de criterio a que acabamos de referirnos, cual es de si realmente es de aplicación al caso el aplazamiento que el artículo 40 del Reglamento autoriza en determinadas circunstancias.

Este artículo prevé, en efecto, en su apartado 3.º, que cuando a la Administración no le sea posible, por ningún concepto, fijar el valor de bienes o derechos transmitidos, se aplace la liquidación; y esta imposibilidad es la que no vemos nosotros con claridad en este caso, porque no hay que creer que la fijación de que se trata haya de ser la exacta matemáticamente y la definitiva. No son escasos en número los casos en que el Reglamento manda que ante la dificultad de momento de

fijar con precisión la base liquidable, se determine por de pronto, de manera provisional, a reserva de la anterior fijación definitiva, como, por ejemplo, en los previstos en el artículo 51 para los suministros; y como en el que estudiamos había, efectivamente, determinados bienes adscritos para pagar en su día los legados, creemos que sin forzar la aplicación y el sentido de ese artículo 40 pudo ser mantenida la liquidación que por nuda propiedad giró a los legatarios la Oficina liquidadora, sin perjuicio de rectificarla en su día cuando, al fallecimiento de la heredera, fuesen vendidos tales bienes y se pudiese determinar exactamente su cuantía.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 8 de febrero de 1944.

LA ESCRITURA POR LA QUE UNA SOCIEDAD LEGALMENTE CONSTITUIDA EN ESPAÑA SE DOMICILIA EN EL EXTRANJERO NO PRODUCE ACTO SUJETO AL IMPUESTO, NI EN EL CONCEPTO DE DISOLUCIÓN NI EN EL DE TRANSFORMACIÓN.

Antecedentes.—Una sociedad domiciliada en Ceuta otorgó en esa localidad escritura pública en la que acordó cambiar su domicilio y fijarlo en Tetuán.

La Oficina liquidadora ante la que la escritura fué presentada entendió que el documento contenía el acto de modificación de sociedad por traslado de su domicilio al extranjero, que debía considerarse como una verdadera disolución de la misma, y giró la liquidación correspondiente al 0,60 por transformación de sociedad.

Interpuesto recurso ante el Tribunal Provincial, se alegó que ni en la Tarifa ni en el Reglamento del Impuesto existía precepto que autorizase tal calificación, ya que el artículo 19 del Reglamento se refiere a los actos de constitución, transformación, disolución, aumento o disminución de capital, etc., todos ellos ajenos al cambio de domicilio, puesto que su naturaleza, su forma, su objeto y su capital siguen inalterables y sin que, por otra parte, pueda pensarse en que dicho cambio suponga disolución de la entidad, porque ese motivo de disolución no figura entre los señalados en los artículos 221 y 222 del Código de Comercio.

El Tribunal Contencioso-Administrativo Provincial confirmó la liquidación, fundado en que la fijación del domicilio tiene una indu-

dable trascendencia para la determinación de la nacionalidad de las personas jurídicas, tanto que el cambio de aquél al extranjero acarrea la pérdida de esa nacionalidad, en virtud de lo dispuesto, *a contrario sensu*, en el artículo 28 del Código civil, lo cual implica la desaparición de la personalidad ante las leyes españolas, y esta desaparición da lugar, desde el punto de vista fiscal, a una hipótesis de disolución de sociedad; por todo lo cual fué acertada la exacción del impuesto, si bien el acto debió ser calificado de disolución de sociedad, en vez de modificación, como entendió la Oficina liquidadora.

Recurrido dicho acuerdo al Tribunal Central, éste revoca el fallo y declara nula la liquidación impugnada, y razona diciendo que el cambio de domicilio no supone ninguno de los dos conceptos de transformación o disolución gravados en el artículo 19 del Reglamento. El primero, porque el concepto transformación impone cambios de naturaleza o forma o variación de objeto o ampliación del mismo, conforme al apartado 14 del citado artículo 19, y ninguno de esos conceptos puede deducirse del simple cambio de domicilio; y en cuanto al otro concepto, o sea el de disolución, tampoco es admisible su aplicación, porque para que ella existiese sería menester que la hubieran acordado los socios, ya por cumplirse el plazo de duración de la sociedad o haber terminado el negocio que la motivó, o bien por quedar disuelta en virtud de las causas estipuladas al constituirla o de las preceptuadas en el Código de Comercio, o al menos que existiese el acuerdo de ponerla en liquidación.

En el caso actual, continúa diciendo el Tribunal, no solamente no existe acuerdo de disolución ni de poner en liquidación la sociedad, sino que, por el contrario, en la escritura de referencia se consigna que la sociedad de que se trata no sufre alteración alguna, salvo el cambio de domicilio.

Dice por último la Resolución que comentamos que, sin perjuicio de que el acto de que se trata no esté sujeto al impuesto, la sociedad queda sometida a las obligaciones tributarias que a las extranjeras impone el artículo 21 del Reglamento del Impuesto cuando operan en territorio donde el tributo es exigible, cuyas obligaciones deberá exigir a la reclamante la Oficina liquidadora.

Comentarios.—La solución dada al caso por el Tribunal Central nos parece perfectamente ajustada a derecho, porque el hecho de cambiar de domicilio una sociedad, aun siendo el cambio para fijarlo en el extranjero, ningún cambio ni aumento ni disminución supone en su

patrimonio, que sería lo que podría originar algunos de los actos que el artículo 19 somete a tributación.

Otra cosa es la obligación que para lo futuro contrae como sociedad extranjera operante en España, de acuerdo con lo que dispone el artículo 21. Para lo venidero tendrá que presentar anualmente sus balances para saber si el capital destinado a negociar en territorio sujeto al impuesto ha sufrido aumento en relación con el que en España tenía al adquirir la nacionalidad extranjera, cuyo aumento es el que producirá liquidación al tipo de 0,60 si en cuanto a él se constituye de nuevo en territorio donde el impuesto sea exigible; y de la misma manera ha de procederse en los años subsiguientes en cuanto a los nuevos aumentos de capitales que vuelvan a producirse.

Resolución del Tribunal Central de 15 de febrero de 1944.

El plazo de quince días que los Reglamentos de Procedimiento y del impuesto de Derechos reales establecen para interponer reclamaciones se computa desde que las liquidaciones se consideran notificadas por haberse girado dentro de los ocho días siguientes a la presentación de los documentos, cuando no haya de practicarse comprobación propiamente dicha; y no tiene este concepto la fijación de base en el caso de que se trate de valores mobiliarios y metálico, como lo prueba el hecho de que el artículo 64 del Reglamento, que determina lo que debe entenderse por base liquidable en cuanto a los efectos públicos y valores industriales, está comprendido en el capítulo V del Reglamento, y lo relativo a la comprobación de valores en el VI, en el que está contenido el artículo 80, que trata de los medios de comprobación, los cuales no son aplicables a dichos valores mobiliarios, así como está también comprendido en dicho capítulo VI el artículo 85, que es el que exige que la comprobación se notifique y que se liquide provisionalmente por el valor declarado caso de ser recurrida.

En definitiva, pues, cuando se trate simplemente de la transmisión de valores mobiliarios no son aplicables las normas relativas a los expedientes de comprobación y el plazo para recurrir contra las liquidaciones se cuenta en la forma al principio indicada.

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

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1945.—*Competencia.*

Nada puede significar la circunstancia de que una vez llegada a la estación de destino la cuba o cisterna, la Sociedad compradora extrajese de ella muestras después de hacer entrega, abonar los portes y desprecintar aquel envase, porque, además de no haberse hecho la venta sobre muestra, las de esta clase, a diferencia de las que se convienen a calidad de prueba o ensayo, no son ventas condicionadas, aunque puedan dar ocasión a la rehusa y juicio de peritos que se determinan en los artículos 327 del Código de Comercio y 2.127 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por lo que, mereciendo el concepto de perfectas, se tiene en ellas por realizada la entrega de las mercancías en el lugar donde, facturándose de cuenta y riesgo del comprador, ha de entenderse que fueron puestas a disposición del mismo.

SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1945.—*Sociedad: concepto y causa del contrato.*

El juzgador estima que los otorgantes quisieron constituirse en Sociedad para una explotación agropecuaria; que el demandante aportó al fondo social dos trozos de una dehesa que llevaba en arrendamiento y una dozava parte de ganado, y el otro contratante once dozavas partes de ganado y su actividad personal al frente de la explotación; que este mismo contratante, hoy demandado, asumió la dirección y administración del negocio de acuerdo con el demandante; y que las ganancias o pérdidas se habrían de repartir en dicha proporción de dozavas partes. Con estos antecedentes de hecho queda perfectamente configurado el contrato de Sociedad por la concurrencia de todos los requisitos esenciales que exige el artículo 1.665 en relación con el supuesto previsto en el artículo 1.692 del Código civil, sin que contradiga ni desvirtúe esta calificación jurídica la circunstancia de que el demandante haya percibido la renta asignada en el contrato social al arrendamiento que él aportó al fondo común, y en su virtud procede desestimar el motivo del recurso que alega infracción del citado artículo 1.665 y denuncia incompetencia de jurisdicción partiendo del supuesto erróneo de que los interesados otorgaron un contrato de arrendamiento o de subarriendo de finca rústica sometido en trámite de revisión a la Sala quinta del Tribunal Supremo.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 1.274 del Código civil el requisito esencial de la causa en el contrato de Sociedad se habrá de apreciar con miras a la utilidad o provecho que los socios esperan obtener merced a sus pres-

taciones—aportación de bienes o industria al fondo común que constituye el fin específico del negocio—, y en este sentido no hay en la Sociedad, objeto de litigio, la ilicitud de la causa que denuncia el cuarto motivo del recurso, pues nada hay opuesto a las leyes ni a la moral, prohibido por el artículo 1.275 del mismo Código, en el móvil de repartir las ganancias de una explotación agropecuaria a la que contribuyen los socios con sus respectivas aportaciones de bienes y actividad personal, que entran en el ámbito del comercio lícito, y si bien es cierto que a la finca rústica u objeto de la explotación se le asignó un valor en renta superior al que pagaba a la propietaria el socio que la disfrutaba en arrendamiento y en este concepto la puso a disposición de la Sociedad, es de tener en cuenta: 1.º Que la supervvaloración de la renta, como la carga que se traspasó a la comunidad, aparece aceptado por el demandado sin vicio demostrado en el consentimiento y no hay en nuestra legislación normas de derecho imperativo que restrinjan la autonomía de la voluntad en la materia, salvo que el mayor valor en renta adquiere proporciones desmedidas y vuelva el contrato leonino; 2.º Que el perjuicio originado a la Sociedad por la supervvaloración es de escasa monta en relación con el volumen del negocio social, y por lo tanto, el aspecto inmoral que pudiera revestir por razón de enriquecimiento de uno de los socios que así falta a los principios de buena fe y leal cooperación adquiere rango a lo sumo del móvil secundario o accidental que no invade ni contamina de ilicitud a todo el negocio jurídico, asistido de la aludida finalidad principal lícita, quedando así reducidos los efectos de la valoración excesiva a la nulidad del pacto que la estableció, como comprendida en el artículo 1.255 del Código civil, según fué estimado ya por la Saia sentenciadora al decretar la devolución por el actor al fondo social del plus de renta indebidamente percibido.

SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 1945.—*Incongruencia; nulidad de la constitución de un Consejo de familia y sus consecuencias.*

Habiéndose interesado en la demanda que el nuevo Consejo de familia que haya de constituirse como consecuencia de la declaración de nulidad del actual lo fuese en San Sebastián, extremo sobre el cual resolvió la sentencia de primera instancia, era forzoso que la Audiencia decidiera sobre dicho particular, y la sentencia de la Sala se limita a confirmar la del Juzgado en cuanto declaró nulos los acuerdos a que alude y a revocarla respecto de otros que determina; pero nada dice sobre el lugar donde haya de constituirse el futuro Consejo, y siendo así, es evidente que, al no decidir todas las cuestiones planteadas en el pleito, ha incidido en el motivo a que se contrae el número 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Entrando ya en la cuestión fundamental del presente recurso, a saber: el de la procedencia o improcedencia de la eliminación introducida por la sentencia recurrida de la declaración de nulidad de los acuerdos del Consejo que afecten a terceros, planteada en sus motivos primero y segundo, es indudable que, conforme al artículo 4.º del Código civil, tales acuerdos, como adoptados por un Consejo cuya constitución adolece de nulidad, según se declara en ambas sentencias: la de primera y la de segunda instancia, son también nulos en principio, quedando sólo por examinarse si por virtud de alguna disposición legal esa nulidad puede ser subsanada. Si bien el artículo 296 del Código civil, de indudable aplicación al caso, faculta a los Tribunales para

subsanar los vicios de que adolezca la constitución del Consejo de familia, reparando el error cometido en la constitución del Consejo, tal facultad está condicionada a dos circunstancias: que no haya intervenido dolo y que no se haya producido perjuicio a tercero, y como la sentencia de instancia establece con acierto que al constituirse dicho organismo se procedió dolosamente promoviendo su formación ante Juez incompetente, ocultando el estado civil de la incapacitada, y prescindiendo en absoluto de la intervención de su marido, es visto que no se dieron las condiciones precisas para que los Tribunales ejercitasen su facultad de subsanación, y por ello ha de estimarse que la sentencia recurrida infringió el artículo 4.^º del Código civil, al decretar dicha excepción, sin perjuicio, claro está, de la trascendencia que tal declaración genérica pueda tener respecto de terceros a virtud de otros preceptos legales por su especial naturaleza.

SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1945.—*Partición de la herencia, hecha por el testador.*

Si bien las legislaciones, para proveer a necesidades familiares, ventajas prácticas y anhelos muy legítimos, admiten la posibilidad de que los testadores todos, o cuando menos los ascendientes, realicen por sí mismos la distribución y partición de los bienes entre sus herederos, son muy diversos los sistemas mediante los cuales se ha disciplinado, por las leyes y por la doctrina, la institución de que se trata, cuyo funcionamiento y desarrollo plantea dificultades técnicas de verdadera monta, siendo de tener en cuenta, por lo que afecta al Derecho patrio, los siguientes antecedentes históricos y doctrinales, de gran interés para interpretar adecuadamente la norma que, en términos harto lacónicos, establece el artículo 1.056, apartado primero del Código civil: 1.^º Que el Derecho romano, independientemente de la forma testamentaria especial, para que el padre dispusiese de sus bienes en favor de sus hijos («testamentum inter liberos») admitió la partición de bienes del ascendiente entre sus hijos («divisio inter liberos») como un acto de sucesión hereditaria o última voluntad, pero que podía ser efectuado en forma diversa de la ordinaria y siempre—aun bajo el imperio de la novela 118 de Justiniano—con caracteres de gran simplicidad. 2.^º Que en el Derecho histórico de Castilla fué reconocida la partición hecha por el testador, con rasgos fundamentalmente análogos a los del Derecho romano, según lo demuestra claramente la Ley séptima, título primero, Partida sexta, y aun el texto de la Ley 9.^a, título 15 de la propia partida, en la que se estableció que «si el padre o el testador partie se él mismo la heredad en su vida entre sus herederos a su finamiento, si después que él finasse venciesen alguno dellos en juzgio, alguna de sus cosas que le vinieron en su parte, entonce los otros herederos non serían tenudos de fazerle enmienda alguna», pues lo aquí regulado significa, no una verdadera figura jurídica de partición «inter vivos», sino una forma de partición «mortis causa», hecha en vida y que producía sus efectos en el momento del «finamiento» del testador. 3.^º Que si bien los escritores más autorizados y seguidos en el Derecho anterior al Código civil admiten como lícita, por no haber ley que la prohibiera, la división mediante entrega en vida a los hijos de los bienes que habían de corresponderles, es de observar, de un lado, que dichos autores no exigían formalidades especiales para esa partición, cuyo efecto se ligaba, más que al título contractual, a la «traditio» de los bienes, y de otro, que esa partición se considera

raba revocable, salvo disposición expresa en contrario, pues se estimaba que no equivalía a una donación simple, sino a una disposición última que era revocable hasta la muerte. 4.^o Que fué el Código francés, seguido en este punto por muchos otros de los modernos europeos y americanos, el que con caracteres de novedad perfiló los rasgos de la que se ha llamado división «inter vivos», ya que, queriendo conciliar la tradición de las regiones de Derecho escrito, que habían conservado la partición de origen romano, con la de aquellas otras regiones que practicaban la institución de origen consuetudinario conocida con el nombre de abandono de bienes («demision de biens»), que era el acto por el cual una persona se despojaba en vida de la universalidad de su patrimonio en favor de sus herederos de sangre, pero conservando el derecho a recoger los bienes donados cuando lo juzgase oportuno, admitió dos formas distintas de la partición de bienes por el ascendiente: la clásica partición testamentaria o «testamento-partición» y la «donación-partición», forma esta última que sustituía a la «demision» del Derecho consuetudinario, aunque teniendo caracteres distintos, pues implica ahora una donación entre vivos acompañada de la partición de los bienes y revestida de la forma solemne y la naturaleza irrevocable que son propias de los actos de aquella clase, según se desprende del precepto claro contenido en el artículo 1.076 del citado Código francés, a cuyo tenor esas respectivas particiones hechas por actos «inter vivos» o testamentarios habrán de ajustarse a «las formalidades, condiciones y reglas prescritas para las donaciones «inter vivos» y para los testamentos». 5.^o Que el Código español no siguió apenas en esta materia las huellas del patrón napoleónico; y así se observa, en primer término, que da a la facultad de división mayor amplitud y flexibilidad que la que tiene en Derecho francés, sin duda para facilitar el logro de las finalidades prácticas de aquélla, tanto en lo que se refiere a los sujetos de la partición (admitiendo que todo testador, tenga o no herederos forzosos, pueda hacer la partición de sus bienes, e incluso que pueda ejercitarse ese derecho, en algunos casos por vía de la delegación, según resulta del artículo 831), como en lo que se refiere al contenido (otorgando al testador una amplia libertad, no sólo en la composición cualitativa de los lotes, permitida por el artículo 1.056, apartado segundo, sin sujeción a lo que disponen los artículos 1.061 y 1.062, sino también en la distribución valorativa, al admitir como medio normal único de impugnación la acción por lesión de la legítima y no la acción ordinaria de rescisión por lesión en más de la cuarta parte). 6.^o Que si bien el artículo 1.056 aludido del Código español admite que el causante pueda realizar partición de sus bienes de dos modos distintos, por acto «inter vivos» o por disposición de última voluntad, no se remite, como el Código napoleónico lo hace, en cuanto a la primera de estas modalidades, al régimen específico de las donaciones «inter vivos» ni permite entender que ese acto entre vivos a que el texto legal se refiere (y que quizás se entronca, más que con la fórmula de los Códigos extranjeros, con la de nuestra Ley 9.^a, título 15 de la Partida 6.^a, anteriormente citada) suponga un puro acto de esa naturaleza, ya que, en una técnica riguosa, para discriminar los actos «inter vivos» y los actos «mortis causa», hay que atender a su finalidad y al tiempo en que el acto o negocio ha de producir su efecto típico o definitivo, de tal modo que serán negocios «mortis causa» los destinados a regular las relaciones jurídicas después de la muerte del sujeto del negocio o de uno de sus sujetos, y sobre esta base, la división del patrimonio es fundamentalmente un acto «mortis

causa» que tiene clara finalidad socesoria, como lo confirma el propio artículo 1.056 de nuestro Código civil, al poner en todo caso como límite a la eficacia de la partición hecha por el testador el de no perjudicar la legítima de los herederos forzosos, siquiera se permita que este acto «mortis causa» vaya ligado, por una especie de yuxtaposición de elementos, a una declaración de voluntad emitida dentro del molde propio de los actos «inter vivos», sin perder por ello su naturaleza ni dar siquiera al negocio particional (complejo en cuanto a sus elementos integrantes, más no en cuanto a su naturaleza sustancial) el carácter mixto que suelen atribuir a la donación-partición los intérpretes del Código francés y del italiano de 1865, cuando tratando de fijar la fisonomía de esa institución (que alguna vez ha sido calificada de paradoja jurídica) dicen que en ella se descubren los caracteres substanciales de la donación «inter vivos» estrechísimamente combinados con los propios de la sucesión hereditaria que le sirve de causa. 7.º Que la doctrina científica patria más generalizada acomodándose a los precedentes de nuestro Derecho y fundándose, entre otras consideraciones, en la del lugar que la regulación de la partición hecha por el testador ocupa en el Código y la de la dicción de éste, referida premeditadamente al testador (no al difunto, como se decía en el artículo 899 del proyecto de 1851), entiende en el sentido expuesto que se trata en esencia de una pura división hereditaria, la cual, aunque pueda revestir dos formas, implica siempre un acto de última voluntad. 8.º Que siguiendo esa misma orientación, la doctrina de esta Sala tiene declarado que la facultad que concede el artículo 1.056 supone y requiere un testamento previo o ulterior en el que se disponga o se exprese el deseo de atemperarse a las normas de la ley, o sean las de la sucesión intestada (sentencias de 13 de junio de 1903 y 6 de marzo de 1917); que dicha facultad no obstaculiza la posible variación de la voluntad del causante durante su vida y el otorgamiento consiguiente de otro testamento que deje sin efecto el anterior y la división realizada (sentencias de 9 de junio de 1903 y 9 de julio de 1940), y que no obsta a la validez de la partición el haber sido hecha en documento privado, cuando en testamento posterior se refiere a ella el padre y no perjudica la legítima de los herederos forzosos (sentencia de 6 de marzo de 1917).

SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1945.—*Liquidación de la comunidad de gananciales.*

Si en régimen de comunidad, disuelto el matrimonio, la venta de bienes comunes por uno de los partícipes supone en principio falta de poder de disposición por incertidumbre del derecho que se pretende transmitir—lo que plantea un problema similar en algún aspecto a la venta de cosa posiblemente ajena—no se duda que la venta hecha por todos los interesados en la Sociedad es perfectamente válida desde el punto de vista de capacidad legal de los transmisentes con facultades de libre disposición de lo vendido, porque asumen la integridad del derecho a todos los bienes gananciales, y si esto ocurre en trance normal de indivisión, la misma regla habrá de regir la venta de bienes comunes por los herederos del cónyuge premuerto, cuando media la renuncia eficaz del superviviente a las ganancias, porque en esta hipótesis, que es la de autos, la comunidad desaparece y los bienes, que antes eran comunes, pasan a ser privativos de los herederos, entrando a formar parte de su propio y exclusivo patrimonio, del que son únicos titulares con pleno poder

de disposición, y la finalidad restringida de la liquidación de la Sociedad pierde en este supuesto toda razón de ser, porque nada hay que dividir. No obsta a la aplicación de esta doctrina el hecho de que existan acreedores de la comunidad legitimados para que se les pague con cargo a los gananciales en el período de liquidación, según prescribe el artículo 1.422 del Código civil, pues la afeción de los bienes comunes al pago de las deudas que este precepto establece, no significa vinculación de determinados bienes gananciales ni de todos en conjunto que impida su libre enajenación por el titular o titulares de la comunidad, sino que marca tan sólo el orden de prelación que se ha de seguir en el pago de acreedores en general antes de proceder a la división de las ganancias entre los partícipes, y con este fin el derecho preferente de los acreedores entre sí y frente al marido por razón de reintegro de su capital y a otros acreedores particulares de los cónyuges, autoriza al ejercicio de múltiples medios de defensa y seguridad del crédito que diligentemente usados garantizan la preferencia de tal derecho, ya persiguiendo los bienes comunes aún no enajenados, o los privativos del marido e incluso los de la mujer si fué administradora de la Sociedad, ya ejercitando acciones de tercería, de subrogación que autorizan los artículos 1.394 y 1.418 del Código civil, de concurrencia y prelación de créditos, de rescisión por fraude—no utilizada en este pleito—y de nulidad o anulabilidad por las causas que específicamente lo determinan, pero nunca a base exclusivamente de que antes de ser liquidada la Sociedad falte capacidad legal en los dos partícipes, o en el titular único por renuncia del otro, para vender los bienes comunes, pues no hay en la Ley precepto alguno que en este supuesto ampare la nulidad de la enajenación a instancia de acreedores de la comunidad, ya lo sean por derecho meramente personal, ya por derecho con garantía hipotecaria, a la que en todo caso no afectaría la enajenación de los bienes gravados, porque gravamen y finca son inseparables, cualquiera que sea el poseedor del inmueble. En efecto, que si bien los términos literales del artículo 1.428 en relación con el 1.030 del Código civil pudieran inducir a la apreciación de que existiendo acreedores de la Sociedad legal se ha de contar con su conformidad, juntamente con la de todos los interesados en aquélla para poder vender extrajudicialmente los bienes gananciales durante el período de liquidación, o a falta de conformidad mediante orden judicial y en subasta pública, se advierte, a poco que se medite, que la interpretación rígida y literal de dichos preceptos conduciría a consecuencias marcadamente funestas para la contratación, no justificadas ni por razón de responsabilidades a que debe ser aplicado el producto de enajenación de los gananciales, ni por falta de capacidad integral en quien tenga la plenitud del dominio, según se desprende también de las resoluciones de la Dirección de Registros de 30 de abril de 1908, 9 de enero de 1915 y aun del Considerando final de la de 19 de octubre de 1900, lo que se infiere además de la norma de libertad de contratación, a título oneroso, que al marido concede, durante el matrimonio, el artículo 1.412 del Código civil existen o no acreedores; norma con más razón aplicable al caso en que, disuelta la Sociedad legal, concurren a la venta de gananciales las dos partes interesadas o la que de ellas haya asumido todo el poder dominical, previa renuncia de la otra parte, por lo que será preciso restringir la aplicación de aquellos preceptos a supuestos distintos del de autos, como el de aceptación de herencia a beneficio de inventario o al de falta de acuerdo de los partícipes en los gananciales para la enajenación entre otros.

SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1945.—*Promesa de compraventa; artículo 3.º de la Ley de 1.º de abril de 1939.*

I. Al principio de julio de 1936, las partes se pusieron de acuerdo sobre los términos de un contrato de compraventa. No obstante, hasta el 24 de septiembre de 1937 no se transmitió la propiedad del inmueble. El precio no fué pagado tampoco hasta esta fecha y antes sólo había sido entregada por el actor una cantidad a cuenta. El comprador entró en posesión de la finca en el mes de septiembre de 1937, y únicamente desde entonces percibió los frutos. Hasta el repetido mes de septiembre de 1937 no se hizo constar por escrito la celebración del contrato. El Tribunal Supremo, interpretando el artículo 1.451 del Código civil y las sentencias del 11 de noviembre de 1943 y del 28 de marzo de 1944, configura estos hechos como un contrato de compraventa y no como una mera promesa de tal, porque, si de la consumación de un «pactum de contrahendo» se tratase, se habría operado tal consumación no mediante entrega de cosa y pago, sino con la prestación del asentimiento de las partes a cuanto fuese necesario para dar vida al contrato de compraventa, que antes no se había querido o no se había podido celebrar.

II. Ordenada por el artículo 3.º de la Ley de 1 de abril de 1939 la suspensión de las obligaciones nacidas de pactos perfeccionados bajo la dominación marxista, debe estimarse, según la tesis del recurso, que esta suspensión priva también de sus efectos probatorios a los documentos en que tales pactos constan. Mas esta alegación es inaceptable, porque si no cabe confundir la exigibilidad de las obligaciones con su prueba, no puede entenderse tampoco que las normas reguladoras de la primera encierran implícitamente y en idénticos términos la reglamentación de la segunda. Tampoco puede admitirse que por el solo hecho de haber sido confirmado bajo la dominación marxista un contrato celebrado antes del 18 de julio de 1936, afectan a tal contrato los efectos que con relación al cumplimiento de obligaciones establece el artículo 3.º de la Ley de 1 de abril de 1939, pues frente a esta tesis es de tener en cuenta que si bien la confirmación constituye un negocio jurídico nuevo, depende del anterior que lo motivó y al cual se refiere, obrando con efecto retroactivo. Por lo demás, circunscrita la ordenada suspensión a los pactos perfeccionados bajo el dominio marxista, es menester atenerse al momento de la perfección; y como no consta que las partes hubiesen subordinado la perfección del contrato al otorgamiento de la escritura, la fecha de la celebración del contrato es el principio de julio de 1936.

SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1945.—*Cambio de demanda.*

Aun cuando en el escrito de conclusiones de la parte demandada se hace referencia a la cuestión del domicilio de los demandados, ésta no puede entenderse planteada oportunamente desde el momento en que es en los escritos de la demanda, contestación, réplica y dúplica, donde se fijan definitivamente los pactos objeto del debate, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 524, 540 y 548 de la Ley procesal.

SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 1945.—*Estructura jurídica del pago; artículo 1.303 del Código civil.*

I. El Tribunal Supremo reafirma su doctrina, ya sentada en sentencia de 18 de noviembre de 1944, que el pago tiene en determinados casos carácter de negocio jurídico bilateral, principalmente cuando se trata de cobrar y cancelar deudas dinerarias garantizadas hipotecariamente.

II. Ya en sentencia de 13 de marzo de 1941 hubo de fijar esta Sala la interpretación amplia que requiere el artículo 1.303 del Código civil, cuyo espíritu es que en los casos de nulidad de un contrato cada parte devueiva lo que ha recibido, y no significa, por consiguiente, que a los efectos de la restitución del precio haya de suponerse que hay equivalencia entre las dos distintas unidades monetarias que por graves razones, y a virtud de diversas leyes, a partir de la de 12 de noviembre de 1936, se ha visto obligado a deslindar el Estado español, por lo cual el auto de la Sala de la Audiencia de Barcelona, dictado en trámites de ejecución acierta al declarar que las 75.000 pesetas que la parte recibió en enero de 1939, y que debe restituir y que fueron depositadas en el Banco de España, han de fijarse, según la ley del Desbloqueo, en 3.750 pesetas.

SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1945.—*Competencia (tercería).*

En relación con el artículo 55 de la Ley de Enjuiciamiento civil, el 1.534 de la misma establece la regla de competencia preferente para conocer de la demanda de tercería, a la que inspirándose en principios de unidad y economía procesal, asigna el concepto de incidencia del juicio ejecutivo en que ha de surtir efecto, y ordena que se substancie en pieza separada por los trámites del juicio declarativo, que corresponda a su cuantía, dando a entender evidentemente que sólo el Juez que conozca del procedimiento ejecutivo debe tramitar y resolver la tercería, en atención a que el buen orden de enjuiciar no admite duplicidad de actuación de Juzgados en asunto principal e incidencias, ni se concibe en competencia territorial que pueda dividirse la continencia de los autos poniendo en manos de un Juzgado el proceso originario de ejecución y en otro la pieza separada de tercería, que forma con aquél un todo orgánico. Ante la referida norma legal de competencia específica ceden las de carácter general, y especialmente la que en su favor invoca el Juzgado requerido por razón de haber acumulado el actor, de modo manifestamente arbitrario, varias acciones de tercería en una sola demanda, que habría de surtir efecto en autos ejecutivos que se siguen en diferentes Juzgados, y en su virtud procede decidir la cuestión de competencia en favor del Juzgado de Mérida, en cuanto la tercería haga referencia a los procedimientos de ejecución de que está conociendo. La complicación procesal provocada por acumulación en una sola demanda de acciones de tercería que competen a Juzgados distintos, se habrá de salvar remitiendo todas las actuaciones al de Mérida para que conozca de los autos de tercería que atañen al procedimiento sumario de la Ley hipotecaria y al de embargo de bienes dinamantes del pleito de mayor cuantía, en los que ya está actuando, y para que deduzca testimonio de la demanda de tercería ampliada, documentos y diligencias en la parte que se refieran a acciones en que el Juzgado número 2, de Sevilla, no ha sido requerido de inhibición, y le remita a dicho Juzgado de Sevilla, a fin de que continúe la tramitación de los autos testimoniados que sean de su competencia.

SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1945.—*Opción y promesa bilateral de venta.*

La sentencia recurrida, después de afirmar paladinamente que en el documento base de la acción se confirió al actor o a la persona que éste designase un derecho de opción de compra, que precisamente por tener esa naturaleza obligaba al prometente a no vender a nadie la cosa prometida durante el transcurso del plazo pactado (aspecto negativo de la obligación contraída), y a realizar la venta a favor del aceptante, si éste usaba dentro de tal plazo de su derecho de opción (aspecto positivo), se desvía en realidad de esta tesis cuando, a la hora de establecer las indeclinables consecuencias de esas afirmaciones, somete el contrato al régimen del artículo 1.451 del Código civil, sólo aplicable a la promesa de comprar y vender, y llega por ese camino a la conclusión de que el ejercicio del derecho de opción imponía al hoy recurrente la obligación de poner el precio a disposición de los vendedores dentro del plazo establecido en acatamiento a lo dispuesto por el artículo 1.451 del Código civil, de tal suerte que por no hacerlo quedase sin efecto el compromiso contraído y caducado el derecho expectante del actor. La sentencia recurrida no advierte que, pese a las dificultades que técnicamente existen para distinguir en muchos casos las promesas bilaterales y los respectivos contratos definitivos, está fuera de duda que la bilateralidad constituye su característica común, y puede por ello conducir a la resolución por incumplimiento de las obligaciones recíprocas, al paso que la opción, rectamente entendida, aparte su carácter preparatorio y consensual, es generalmente de condición unilateral, salvo el supuesto, que en el caso litigioso no se da, de que el beneficiario de la opción haya de pagar una prima al que la otorga; y tan interesante matiz diferencial no sólo pone de relieve la fundamental separación que existe entre opción y promesa de venta, ésta sometida al régimen específico del mencionado artículo, aquél sólo susceptible de ser amparado por las disposiciones generales que acerca de las obligaciones y contratos se contienen en los títulos 1.^º y 2.^º del Libro cuarto del Código civil, sino que muestra la imposibilidad de someterla a normas que no convienen a su esencia propia, ya que su perfección depende, por modo exclusivo, de la aceptación del optante, que realizada como fué dentro del plazo establecido, construye al titular del derecho al cumplimiento y fija definitivamente las recíprocas obligaciones que, sobre esta base, han de exigirse después, pero no precisamente en el plazo establecido, que atañe sólo a la necesidad de formalizar la aceptación en su transcurso.

SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1945.—*Irrenunciabilidad del recurso de casación contra laudos de amigables componedores.*

El contrato de compromiso es fuente inmediata del poder jurisdiccional atribuido a los amigables componedores, por cuanto los contratantes sustituyen el órgano estatal encargado de administrar justicia por Jueces privados a quienes someten la decisión de una determinada contienda civil; mas si en este aspecto el Estado abdica de un atributo de su soberanía, en aras de la autonomía de la voluntad, la inhibición no es absoluta, sino que, en todo caso, reserva a sus órganos jurisdiccionales la facultad de revisar, a instancia de parte y por el cauce de la casación, el laudo de los comunes amigos, con el designio de corregir posibles abusos en el ejercicio de su car-

go, tanto si rebasan los límites de tiempo o de materia controvertida fijados en el compromiso, como si deciden cuestiones no civiles, y aun aquellas que, revistiendo carácter civil, han sido excluidas específicamente por la Ley del juicio de amigable composición (art. 1.691, en relación con el 836 y 487 de la ley de Enjuiciamiento civil). Por ser así, contraría el orden público implícito en las referidas disposiciones legales de tipo jurisdiccional, y consiguientemente es nula, la cláusula E) de la escritura de compromiso otorgada el 14 de enero de 1944, en cuanto por ella aspiran los contratantes a que el laudo del amigable componedor adquiere firmeza, renunciando al efecto a toda intervención de los Tribunales ordinarios en función revisora del mismo, renuncia que no es permitida por los preceptos legales citados ni por los artículos 4.^º y 1.255 del Código civil, ni por la doctrina de esta Sala en sentencias de 20 de marzo y 20 de mayo de 1889, que no está en verdadera pugna con las declaraciones hechas en sentencias de 27 de marzo de 1925 y 15 de marzo de 1933, dictadas en procedimientos de arbitraje pericial, excluidos por la jurisprudencia de las normas restrictivas que regulan el juicio de amigable composición.

SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1945.—*Quebrantamiento de forma por haber dictado la sentencia Magistrados recusables.*

El presente recurso de casación por quebrantamiento de forma se interpone al amparo del número 7.^º del artículo 1.693 de la Ley Procesal, referente al caso de haber concurrido a dictar sentencia uno o más Jueces cuya recusación, fundada en causa legal e interpuesta en tiempo y forma, hubiese sido estimada o se hubiere denegado siendo procedente; pero es lo cierto que la infracción procesal alegada consiste en que, habiendo sido sustituido uno de los Magistrados de la Sala antes de celebrarse la vista, consignándose en la diligencia correspondiente por el Secretario haber hecho saber dicha sustitución al representante de la única parte que compareció a la vista, a la que no asistió la recurrente, la sentencia fué dictada dentro del plazo de tres días señalado por la Ley para dictar sentencia en las apelaciones de los juicios ejecutivos, pero antes de transcurrir el plazo de tres días marcados por el artículo 327, durante el cual deberá suspenderse la votación de la sentencia, a fin de que las partes puedan usar del derecho de recusación del Magistrado suplente, en el caso a que este último precepto se refiere, que es, precisamente, el de autos. El caso en cuestión no es análogo, ni siquiera semejante, a aquél a que se refiere el número 7.^º del artículo 1.693 de la Ley Procesal, puesto que no es lo mismo una recusación intentada en tiempo y forma que el posible ejercicio del derecho de recusación, siendo de notar por esta parte que la reclamante no hace la menor alusión a la existencia de una posible causa de recusación en el Magistrado sustituto ni afirma su propósito de recusarlo, pero, aunque se admitiese hipotéticamente la analogía entre uno y otro caso, impediría dar lugar al recurso la reiterada jurisprudencia de esta Sala, contenida, entre otras, en sentencias del 21 de marzo de 1891, 26 de mayo de 1906 y 3 de enero de 1941, según lo cual los motivos de casación útiles son los expresamente determinados por la Ley, no pudiendo ampliarse a otros por razones de analogía ni a *contrario sensu*.

VARIA

El Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Zaragoza D. Agustín Vicente y Gella ha publicado el tomo I de un *Curso de Derecho Mercantil comparado*, un volumen de 433 páginas, editado en Zaragoza. Tipografía "La Académica".

El trabajo del profesor Vicente y Gella es algo más que una mera ampliación y desarrollo del Manual, muy justamente difundido, que publicó hace unos quince años con el título de *Introducción al Derecho Mercantil comparado*, pues si bien es cierto que la claridad y sencillez que caracterizaban este trabajo se reiteran ahora, la finalidad en ambos es diversa; el primero formaba parte de una biblioteca de iniciación cultural, y el curso que acaba de aparecer, sin abandonar el carácter elemental y de valiosa síntesis, constituye un magnífico instrumento de trabajo para los estudiantes de nuestras Facultades de Derecho y además es una obra que podrá ser consultada con provecho por todos los prácticos que deseen adquirir una visión clara y precisa acerca de cualquiera de los temas doctrinales o legislativos planteados en el Derecho Mercantil de nuestros días.

Su obra consta de una parte preliminar o introducción consagrada al concepto e historia del Derecho Mercantil, por la que vemos que el autor mantiene la posición clásica del Derecho Mercantil objetivo frente a las concepciones subjetivistas que consideran el Derecho comercial como el propio de las empresas.

El contenido del Derecho Mercantil no corresponde al concepto del comercio en sentido económico. Lo integran, en primer término, los negocios o actividades cuya finalidad originaria es o ha sido hacer pasar la mercancía del productor al consumidor y el precio del segundo al primero. Las normas que surgieron en tales actividades se cobijaron bajo la rúbrica Derecho comercial, aunque más tarde ampliaron el círculo

de su aplicación a los no mercaderes. En la actualidad el Derecho Mercantil lo forman, además: 1.º Operaciones que si no tienen por objeto el cambio propiamente dicho, cooperan a su realización—comisión, depósito de mercancías, seguro de éstas, afianzamiento, préstamos mercantiles, etc.—. 2.º Actividades que, desenvueltas en el seno del comercio, son utilizadas por toda clase de personas— instituciones cambiarias, negocios de Banca, títulos de crédito, operaciones de Bolsa, seguros personales—. 3.º Contratos u operaciones a los que por analogía se atribuye la condición de actos de comercio—explotaciones de minas, empresas tipográficas, etc.—. 4.º El estatuto del comerciante profesional. 5.º Las reglas de liquidación de ciertos patrimonios cuando por ser titular el comerciante la Ley establece consecuencias desde el punto de vista sustantivo o procesal.

El capítulo II está dedicado al desenvolvimiento histórico y en él se exponen en forma muy sugestiva el nacimiento y desarrollo de las más importantes instituciones mercantiles.

El título I de la parte general comprende el estudio de las fuentes del Derecho Mercantil (cap. I), actos de comercio (II) y actividad comercial y comunidad mercantil (III). El título II se consagra al *comerciante y sus auxiliares* y tiene valor fundamental, porque en él se analiza la condición del comerciante, el comerciante individual (I), la sociedad mercantil en general (II); las sociedades colectivas comanditaria simple y de responsabilidad limitada (III); la sociedad anónima, su concepto, constitución, patrimonio y capital social, acciones, órganos de la sociedad anónima, normas de gestión (IV); la compañía comanditaria por acciones, sociedades de capital variable, sociedades civiles y extranjeras (V); transformación, fusión y liquidación de las sociedades mercantiles (VI); concentración de empresas (VII); reglas especiales por razón del tráfico ejercido por el comerciante, empresas de ferrocarriles y demás obras públicas, de seguros, almacenes generales de depósito, empresas de crédito, la Banca (VIII); mediadores (IX); obligaciones profesionales del comerciante (X), y la representación mercantil (XI).

El título III, sobre las cosas en Derecho Mercantil, ofrece también particular interés; tras una consideración particular de algunas de las cosas mercantiles (I) se estudian los títulos de crédito (II a V), materia sobre la que el autor había publicado ya una docta monografía.

No es posible en los reducidos límites de una recensión dar a conocer

ni siquiera a grandes rasgos el rico y jugoso contenido de la obra. Su documentación bibliográfica es selecta y bastante completa, sobre todo si se tienen en cuenta las dificultades del momento presente. Merece la pena, sin embargo, resaltar algunos pasajes en los que la sistemática de la exposición y el rigor técnico se ponen más de relieve. Tal acontece en el examen de los problemas de Banca y Bolsa, que resultan enfocados con una gran modernidad, en términos amenos, y cuyo estudio se desenvuelve con numerosas y precisas alusiones a las Bolsas oficiales y privadas extranjeras. Con el examen de la cuestiones que plantean en el Estado moderno las sociedades anónimas. Describe el autor, con mano maestra, cómo este tipo asociativo es el adecuado para reunir grandes capitales y llevar a cabo explotaciones de gran volumen. Por imperativos de orden económico, los ferrocarriles, la Banca, las grandes empresas, etc., adoptan esa ordenación. Insensiblemente, algunas actividades resultaron ejercidas por estas sociedades con un verdadero monopolio de hecho, aunque no legal, lo que dió lugar a abusos en más de una ocasión; el móvil de lucro de los accionistas resulta contrapuesto al interés de la colectividad y ello determina un ambiente de hostilidad, no precisamente contra las sociedades anónimas, sino contra la gran empresa en general, llegándose a solicitar la fiscalización por los Poderes públicos e incluso que tales actividades se sustraigan a la gestión privada, realizándose pura y simplemente por el Estado, la Provincia o el Municipio. Desde el punto de vista jurídico, se trata de saber si para todos los casos los organismos oficiales podrán realizar los mismos servicios con menor coste y mayor eficacia y si el ciudadano tendrá mayores garantías frente a aquéllos en casos de deficiencias presentes o futuras y aun de posibles abusos. Lo que ciertamente puede estimarse más que dudoso.

Por estas consideraciones se han puesto en juego modernamente las *sociedades de economía mixta*, forma de cooperación entre capitalistas y entidades oficiales. Orientación que ha servido en nuestra Patria para organizar la Compañía de Ferrocarriles del Oeste, el Monopolio de Petróleos y alguna otra, y que ha sido recogida por obra legislativa tan reciente como el Código civil italiano.

Por otra parte, si el interés de las compañías puede resultar opuesto a determinados socios, las legislaciones tienden a robustecer la posición de gerentes y administradores dándoles mayor independencia, incluso con relación a la Junta general. La protección de la minoría y del ac-

cionista individual constituye otro sector importantísimo de los problemas que suscita la ordenación de las sociedades de capitales.

Otros muchos temas son igualmente tratados con ponderación y acierto, así el discutidísimo problema de la concentración de empresas, cartels, trusts, filiales, la contabilidad mercantil, las sociedades de responsabilidad limitada, cuyos desarrollos en España son cada día mayores, siempre contrastan con una total ausencia de régimen jurídico. Estas empresas son en la inmensa mayoría de los casos de capital no muy elevado, y por intervenir en su administración todos o casi todos los interesados y tenerse en cuenta para formar parte de ellas los demás componentes, considera el autor que pueden equipararse a las colectivas, de las que tan sólo se diferencian por faltar en ellas la ilimitación de responsabilidad propia de las colectivas.

De la sencillez y valor didáctico de este *Curso de Derecho Mercantil* puede citarse como muestra la explicación dada sobre lo que es un Banco.

En primer lugar, se afirma que no hay posibilidad de deducir del texto positivo un concepto legal de la Banca, comercio que va, histórica, lógica y científicamente, unido a la idea de crédito. Los negocios de Banca son operaciones de crédito a contrapartida homogénea. La nota característica del comercio de Banca radica en actuar como intermediario al recibir, aceptar o conceder crédito. La mediación en la circulación del dinero resulta ser, pues, el elemento característico de la Banca.

En suma, si a las cualidades apuntadas se agrega el valor que tienen siempre los estudios de Derecho comparado, especialmente entre nosotros, por ser muy poco frecuentes, se comprenderá la contribución que representa el meritísimo trabajo del profesor Vicente y Gella para el Derecho Mercantil patrio.

S. M.

JOSÉ MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO: *Herencias en favor del alma en el Derecho español*.—Editorial “Revista de Derecho Privado”.

El autor, como Catedrático de Historia del Derecho, enfoca el problema con la preocupación de la dimensión histórica, repasando los

diversos momentos que forman los eslabones de la cadena del devenir y presentando en el marco de una institución concreta, la disciplina del pasado conectada con el actual.

Para conseguir tal finalidad estudia la cuota *pro anima* en el Derecho medieval y en el posterior a la recepción romano canónica, las *mandas pías* forzosas del Derecho moderno, las instituciones a nombre del alma en el período anterior al Código civil y, por último, las herencias y legados en el Derecho vigente.

No puede negarse que los desenvolvimientos son precisos y la erudición seria, pero hemos de confesar que el tema tiene raíces tan hondas que, en cierto modo, se sustraen a las corrientes populares generadoras de la norma jurídica y penetran en los más oscuros abismos teológicos.

Las indicaciones que en los libros del Antiguo Testamento se encuentran sobre el valor de las acciones benéficas aparecen enormemente reforzadas por el Eclesiástico (Sirach) "qui facit misericordiam offert sacrificium" (35-4), y sobre todo por la analogía célebre "ignem ardentem extinguit aqua et eleemosyna resistit peccatis" (3-30), y con toda solemnidad en las recomendaciones de Tobías moribundo a su hijo, "eleemosyna ab omni peccato et a morte liberat" (4-11).

En el Nuevo Testamento los textos sobre el valor meritorio y la energía expiatoria de la limosna se multiplican, y nada más natural que la aparición de las disposiciones a favor de la Iglesia, cuya finalidad va comprendida en las fórmulas "pro anima" "pro redemptione" "pro remedio animae" y, más tarde, "pro ablatione peccatorum". Los documentos de los primeros siglos repiten los textos bíblicos y las afirmaciones de los Doctores con poca originalidad, sobre todo la antigua sentencia "como el agua apaga el fuego, la limosna extingue los pecados".

En una órbita superior a la vida vulgar de nobles o plebeyos, y bajo la influencia de San Agustín y Gregorio el Magno, aparecen predicadores como Salviano de Marsella, que llegan hasta la imprudencia en sus ataques contra la avaricia y en la exposición de los medios para favorecer las donaciones y legados a la Iglesia.

La materia teológica se complica extraordinariamente con las distinciones de culpa, pena y satisfacción, las doctrinas del purgatorio, de la gracia y de las indulgencias y las luchas con el protestantismo, de suerte que la evolución del Derecho recibe sus primordiales influencias más de las jerarquías eclesiásticas que de las costumbres populares. Y sin embargo, acaso haya hecho bien el autor en prescindir de estos, por otra

parte, interesantes aspectos, para darnos un desarrollo español de las herencias a favor del alma.

En la exposición de las cuestiones doctrinales y prácticas relativas a los vigentes ordenamientos civil, hipotecario y fiscal, con que el autor termina, se recoge lo más interesante de la jurisprudencia, y no decimos que se agotan las fuentes, porque no hemos visto un comentario de la Real orden del Ministerio de la Gobernación de 9 de junio de 1894 (publicada en el *Boletín Oficial de la Diócesis de Madrid-Alcalá*), que ordena a los albaceas que entreguen al Sr. Obispo los bienes que se hubieren dejado para misas y sufragios, omitiendo las palabras *obras pías*.

NOTA NECROLOGICA

CLOVIS BEVILAQUA: 1859 a 1944

Clovis Bevilaqua era uno de los juristas más representativos del Brasil. Otro de los grandes autores americanos, el argentino Enrique Martínez Paz (1), no vacila al afirmar que Bevilaqua es el jurista más considerable que haya producido América en los últimos tiempos. Su importancia es doble: filosófica y jurídica.

En el campo de la "filosofía jurídica", Bevilaqua continúa la corriente positivista. El positivismo en el Brasil ha tenido distintas expresiones regionales; entre el positivismo matemático de la Escuela Militar de Río y el positivismo jurídico de Pernambuco hay una diferencia que ha creado todo un ambiente peculiar. La escuela de Derecho de Recife fué el núcleo principal del positivismo jurídico, y entre todos los personajes de la escuela ninguno lo representa mejor que Tobías Barreto de Menezes, cuya obra ejerce una influencia poderosa sobre Bevilaqua. Barreto proclama valientemente que saber Derecho no es recitar de memoria algunos títulos del *Corpus Iuris* o repetir algunos capítulos de Ahrens. El Derecho es el conjunto de las condiciones existenciales y evolucionales de la sociedad coactivamente aseguradas. La fuerza que no vence a la fuerza no se hace Derecho; el Derecho es la fuerza que mata la propia fuerza. Clovis Bevilaqua vino a la vida inte-

(1) En el *Boletín del Instituto de Derecho Civil* de la Universidad de Córdoba, año IX, núm. 3, 1944, pág. 11. Seguimos a este autor en nuestra nota.

lectual dentro del ambiente realista que se había creado en la escuela de Recife; así se explica su actitud positivista predominante. No obstante, Bevilaqua ensancha la concepción con un amplio sociologismo: Concibió una fórmula en la que cabían no sólo las raíces biológicas, sino las superestructuras que sobre ellas, como ramas o flores, venían a injertarse sobre el elemento natural. La concepción sociológica, cultural, sucedió al estrechísimo naturalismo de Barreto. A las brutalidades del egoísmo era posible sustituir un ideal de cultura que expresara de algún modo la emoción y el ideal humano. La perla no recuerda el molusco en cuya concha se engendró.

En el campo estrictamente jurídico Bevilaqua realiza una obra gigantesca: la codificación del Derecho brasileño. La particularidad y la dispersión de las leyes portuguesas y brasileñas imponían una tarea previa de coordinación. Para realizarla era preciso una mente sistemática que le imprimiera a todos esos materiales un sello de unidad; esta fué la obra inmensa que le tocó desempeñar en su patria a Teixeira de Freitas. Mas no pudo dejar concluída la codificación civil. El Gobierno del Brasil encargó dicha labor a Bevilaqua, entonces profesor de Derecho comparado en la Facultad de Derecho de Recife. El mismo Bevilaqua nos indica las fuentes y las características de su Código: "El Código civil brasileño funda varias corrientes de pensamientos: la tradición nacional, que remonta al Derecho portugués, en donde el Derecho romano ha recibido la influencia del Derecho germánico y del Derecho canónico; el prestigio del Código civil francés y la doctrina francesa; la influencia del Código civil y de la doctrina de Alemania, y las soluciones felices que se presentaban en los otros Códigos civiles, en particular el portugués, el italiano, el español, el argentino y también el del cantón de Zurich. La acción ejercida por el Derecho extranjero, sobre todo por la doctrina, da al Código civil brasileño la amplitud, la flexibilidad y el espíritu de su época, pero no le borran su individualidad, la fisonomía propia, sea que se lo considere como una obra técnica, creación de los juristas brasileños, sea que se lo examine como la expresión del Derecho civil brasileño, cuyos rasgos numerosos no permiten confundirlo con otro, particularmente en lo que se refiere al Derecho de familia y al de las sucesiones."

Al final, transcribimos del credo jurídico-político de Bevilaqua las siguientes profesiones de fe: "Creo en la moral, porque es la utilidad de cada uno y de todos, transformada en justicia y caridad; limpia a

las almas de inclinaciones inferiores, promueve la perfección de los espíritus, la firmeza del carácter, la bondad de los corazones... Creo en la justicia, porque es el Derecho iluminado por la moral, protegiendo a los buenos y útiles contra los malos y nocivos, para facilitar el múltiple desenvolvimiento de la vida social."

Obras de Bevilaqua.—I. *Filosofía del Derecho*: «Estudos de direito e economia política»; editor, H. Garnier, un vol. «Collectanea jurídico-literaria», Livraria Editora Freitas Bastos y Cia., un vol. publicado. «Juristas philosophos»; editor, José Luis da Fonseca Magalhaes, Baia, un vol. «Estudios jurídicos»; Editora Livraria Francisco Alve, un vol. «Literatura e direito», un volumen. «Soluções práticas de direito», Livraria Editora Freitas Bastos, tres volúmenes publicados.—II. *Sobre Derecho civil*: «Código civil comentado», en seis vols.; Editora Livraria Francisco Alves. «Theoria geral do direito civil», segunda edición, el mismo editor, un vol. «Em defesa do Projeto do Código civil brasileiro», el mismo editor, un vol. «Direito da família», séptima edición, Livraria Freitas Bastos. «Direito das obrigações», quinta ed., ídem. «Direito das coisas», ídem, dos vols. «Direito das sucessões», tercera ed., ídem. «Projeto de Código civil brasileiro», publicación oficial, un vol. «L'évolution du Droit civil du Brésil de 1869 a 1919». París, 1923.

Durante el mes de abril hemos recibido las entregas números 12 al 15, ambos inclusive, y en el de mayo, del 15 al 17, que contienen los pliegos 33 al 50, o sea 287 páginas, con las disposiciones insertas en los periódicos oficiales hasta el 29 de abril. Se continúa, por lo tanto, el mismo ritmo de rapidez y se logra tener al suscriptor siempre al día en las disposiciones legislativas de todo género. Hemos recibido, igualmente, el Índice progresivo de enero a abril, ambos inclusive. Por lo tanto, le basta al suscriptor con manejar el tomo "Índice 1930-44" y un solo apéndice (el primer cuatrimestre de 1945) para consultar cualquier disposición.

LA REDACCIÓN

