

# REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XX

Enero de 1944

Núm. 188

## Derecho Inmobiliario Registral

El llamado Derecho inmobiliario es comúnmente definido como un conjunto de normas que *hacen referencia* o que *se aplican* a los derechos sobre bienes inmuebles. Es conocidísima la definición de Oliver: "Conjunto sistemático de reglas o preceptos legales *acerca* de los derechos constituídos sobre cosa raíz o inmueble." Con pequeñas variantes, a esta fórmula hacen referencia casi todas las definiciones conocidas. Y las que mayor exactitud del concepto pretenden lograr precisan, además, que tales normas regulan la constitución, modificación, transmisión y extinción de los derechos reales inmobiliarios.

¿Es posible conocer a través de tales formulaciones cuál sea el alcance y exacto contenido de esta moderna disciplina? Dada la vaguedad e imprecisión que se advierte en los intentos definidores de nuestros tratadistas, la respuesta ha de ser negativa. Porque, como acertadamente dice un ilustre autor (1), "estos conceptos no dan una idea exacta del Derecho Inmobiliario. Este no abarca toda la materia jurídica relativa a inmuebles, pues tan sólo desenvuelve una parte de la misma: la referente a la *movilidad, cambio o dinamismo* de los derechos reales inmobiliarios".

Si toda definición es una proposición que ha de fijar con claridad y exactitud los caracteres genéricos y diferenciales de determinada materia, bien cierto es que los intentos expositivos de nuestros autores no han logrado la perfección lógica rigurosamente exigible, y, en consecuencia, no nos han dado la noción clara, precisa y completa de lo que

(1) Ramón María Roca Sastre *Instituciones de Derecho hipotecario*.

sea el Derecho Inmobiliario. Henos aquí, pues, ante un problema de cierta trascendencia. Porque resulta verdaderamente extraño que en trabajos de especialización se haya incurrido con tanta persistencia en esta falta de precisión al definir el concepto. ¿Qué razones podrán explicarnos tan raro fenómeno?

No pretendemos dogmatizar. Ni mucho menos dar una solución definitiva al problema. Sólo aspiramos a movernos con cierto desembarazo dentro del enmarañado ambiente en que se desenvuelve esta moderna rama del Derecho Privado, a ver luz en ese condenable conceptismo que nosotros encontramos en las definiciones de nuestros tratadistas (1). Y al efecto, de la siguiente forma vamos a plantear la cuestión:

A) Razones y circunstancias explicativas del advenimiento de esta especializada disciplina.

B) Posibilidades técnicas de su real autonomía y diferenciación.

C)Cuál sea su adecuada denominación.

\* \* \*

A) Es un fenómeno social de realización frecuente el que los movimientos legislativos y codificadores se nos ofrezcan como el eco que reproduce la voz más avanzada de la ciencia jurídica. Con referencia al moderno *Derecho Inmobiliario*, el fenómeno es una original excepción. En el mundo de la ciencia del Derecho, se le ha dado la beligerancia de disciplina autónoma muy posteriormente a la aparición de las llamadas *Leyes hipotecarias*.

Han nacido éstas a impulsos cada vez más acusados de la realidad jurídica, impuestos por la naturaleza especial del comercio sobre inmuebles. Prescindiendo del mayor o menor rango y valor que las cosas inmuebles hayan tenido en un pasado histórico, es lo cierto que su específica naturaleza ha terminado por imponer una tónica especial al comercio sobre tales bienes. Arraigó en la conciencia jurídica con incontenible fuerza esta palpable verdad: *que a las manifestaciones biológicas del dominio y de los demás derechos reales, cuando recaen sobre cosas inmuebles, le es institucional su pública manifestación de existencia*. La natural trascendencia de todo derecho real sólo así puede ser un hecho cierto.

(1) No es menos conceptuoso y vago el lenguaje de los tratadistas extranjeros Fuchs lo define «conjunto de normas jurídicas aplicables a las fincas»

En efecto: sabido es que de todos los derechos subjetivos de tipo patrimonial ocupan lugar preeminente los llamados derechos reales. Son éstos, según fórmula sintética del romanista Sohm, "aquellos derechos privados que atribuyen un derecho de inmediata dominación sobre una cosa frente a cualquiera". Destacan en esta afortunada definición los tres caracteres esenciales que integran el contenido de los derechos reales. A saber:

- a) El poder autónomo del sujeto sobre la cosa como medio eficaz para satisfacer sus necesidades económicas.
- b) El ejercicio de este poder de modo directo, sin servirse de la voluntad intermedia de otro sujeto
- c) La garantía *erga omnes* que el orden jurídico concede a estas relaciones de contenido económico.

De lo expuesto se deduce que la existencia de los derechos reales, manifestada a través de su ejercicio, exige por parte del cuerpo social, en su consideración de genérico sujeto pasivo de la nacida relación jurídica, el deber natural de no invadir la esfera de actividad del titular del derecho. Y para que esta convicción de obligatoriedad surja en los terceros, para que la garantía jurídica pueda ser eficiente, es lógicamente indispensable que la relación jurídica patrimonial ha de haber trascendido del área minúscula en que se desenvuelven los sujetos intervinientes en la misma al círculo de mayor radio en que ya actúan o puedan actuar los terceros. La existencia de los derechos reales ha de ser conocida para ser respetada. La publicidad de los mismos es, pues, un elemento consustancial a su naturaleza jurídica.

Cuando del tráfico de bienes muebles se trata, su trascendencia es, naturalmente, un hecho a través del instituto de la tradición, que en las manifestaciones posesorias hace descansar el ostensible ejercicio de los derechos.

Pero cuando este tráfico se refiere a los bienes inmuebles, la tradición, aun en sus modernas formas simbólicas, es instrumento insuficiente al servicio de la publicidad. Esta hay que ordenarla y administrarla en formas de mayor perfección técnica. La *publicidad*, institucional a los derechos reales inmobiliarios, ha de ser concebida como el *dogma inspirador* de todo un sistema que *haga eficiente la natural trascendencia de los derechos reales y un hecho cierto la necesaria preexistencia del derecho en poder del disponente*.

Bajo esta casi exclusiva inspiración nacen en nuestra Patria las pri-

meras Leyes Hipotecarias. Es allá, en el siglo XV, cuando en nuestra legislación positiva surgen las primeras creaciones del Registro, a través de las que se rinde tributo a la publicidad de ciertos hechos jurídicos que a los bienes inmuebles se refieren. Lento es el proceso elaborativo de esa legislación registral, en cuyo histórico camino existen hitos de relevante trascendencia y entre los que destaca la célebre Real Pragmática de 1768, dada por Carlos III, que estableció los Oficios o Contadurías de Hipotecas en las cabezas de partido, concretó el modo de llevar estas Oficinas y ordenó que en ellas se inscribieran "todos los instrumentos de imposiciones, ventas y redenciones de censos o tributos, ventas de bienes raíces o considerados tales que constaran gravados con alguna carga, fianzas en que se hipotecaran especialmente tales bienes, escrituras de mayorazgos u obras pías y, en general, todos los que tuvieran hipoteca especial y expresa o gravamen, con expresión de ellos o su liberación y redención". Y como ansiado final del camino emprendido, se nos ofrece la Ley Hipotecaria de 1861, que implantó en España el Registro Público y General de la Propiedad Inmueble como organismo técnico y ejecutor del moderno sistema de publicidad, a través del cual se pretende hacer una realidad su ambiciosa finalidad creadora de asegurar el tráfico inmobiliario y favorecer y facilitar el crédito territorial. Aspiraciones y finalidades que no surgen tan sólo impuestas por una razón utilitaria del propio tráfico, sino que las inspira esencialmente un superior interés público.

Pero es el caso que la Ley Hipotecaria de 1861 tiene una razón de existencia del más significativo interés. Es una de las llamadas leyes especiales, de aplicación general, tan propias de su época, de aquel período de elaboración legislativa en el que, ante las dificultades de alumbramiento de un Código civil, surgen los cuerpos legales del Derecho Privado como ramas desgajadas bruscamente del viejo tronco del Derecho Civil. La aparición de la primera Ley Hipotecaria es uno de tantos hechos históricos que públicamente atestiguan el resonante atasco que la tendencia a la unificación de nuestro Derecho Civil sufriera por aquel entonces.

Es antecedente inmediato de la Ley Hipotecaria de 1861 el proyecto de Código civil de 1851, obra fundamental de nuestra historia jurídica, que marca el punto culminante de la tendencia a la unificación del Derecho y a su obra codificadora. El proyecto de Código civil de 1851 no es sólo el antecedente inmediato de la Ley Hipotecaria en

el tiempo. Lo es también en los conceptos, en los principios y en las construcciones del moderno sistema que la Ley implantó en nuestra Patria. Hasta el punto que el contenido de la Ley se ofrece al estudio y consideración del jurista como materia desglosada del Código civil, como lo que fué en realidad.

Conocida es la suerte que cupo al Proyecto de Código de 1851 que la Comisión General de Codificación envió al Gobierno. Pese a la excelente acogida que la doctrina dispensó al Proyecto, el Gobierno no quiso aceptarlo, y por Real decreto de 12 de junio de aquel mismo año decidió abrir una información para que los Tribunales del Reino, Colegios de Abogados y Facultades de Derecho pudieran formular las observaciones que el Proyecto le sugiriese.

El acuerdo tiene todas las trazas de una disimulada dilación. Bien elocuente es, al efecto, el Real decreto de 8 de agosto de 1855, por el que el Gobierno se dirigió a la Comisión de Códigos encargándole la urgente elaboración de una Ley Hipotecaria y al que precede una motivada exposición dirigida a S. M. la Reina, en la que se decía: "Pocas reformas en el orden civil y económico son de más interés y urgencia que la de las Leyes Hipotecarias. Las actuales se hallan condenadas por la ciencia y por la opinión, porque *ni garantizan suficientemente la propiedad ni ejercen saludable influencia en la prosperidad pública, ni asientan sobre sólidas bases el crédito territorial, ni dan actividad a la circulación de la riqueza* . . . Hubieran, sin duda, estas consideraciones producido hace ya tiempo la reforma a no haberse creído que el Código civil era el lugar más oportuno para verificarlo, y nada habría que oponer a este aserto si las *dificilísimas cuestiones que tiene que resolver en la diversidad de leyes civiles de los antiguos Estados que han venido a formar la Monarquía permitieran* llevar en breve término a las Cortes el proyecto del Código civil "

Bien claramente acusan tales palabras que al ambicioso empeño de que un mismo Código civil rigiera en toda la Monarquía se opuso una fuerza imposible de frenar: era la sistemática oposición de los representantes de las regiones forales. Si la oposición de los foralistas al espíritu unificador y centralista del Proyecto de 1851 no hubiese sido una fuerza obstruccionista de ciego y tenaz empuje, en un Código civil hubiesen plasmado mucho antes los avances y conquistas de la Ley. Por ello, ante el fracaso de la empresa que pretendía llevar a feliz rea-

lidad la publicación del Código civil, hubo de aceptar la única solución posible: la de publicar una Ley especial cuyo ámbito de aplicación fuese general para todo el territorio patrio y cuyo contenido habría de estar integrado por los títulos correspondientes del Proyecto del Código fracasado.

Estos son los hechos ciertos que registra la Historia y de los que se deducen estas dos conclusiones:

a) Que la Ley Hipotecaria de 1861, como disciplina autónoma surgió a la vida ocasionalmente, en razón a las circunstancias históricas que quedan reseñadas. No fué el fruto de ideales concebidos y realizados por una política de gobierno o por una razonada ambición de la ciencia jurídica.

b) Que a su primitivo carácter de componente de un Código general debe su significado de disciplina reguladora del tráfico jurídico inmobiliario.

\* \* \*

B) El 8 de febrero de 1861 es una fecha trascendentalmente histórica en nuestro ordenamiento civil. Marca la instauración de un nuevo régimen jurídico de la propiedad inmueble. Su tráfico o comercio se somete para lo sucesivo al sistema de la publicidad. Hacia dos únicos rumbos cabía orientar este tráfico: la publicidad o el silencio, la ocultación, la clandestinidad. Nuestros legisladores de 1861 decidida y estusiastamente se acogieron al primero y bajo su inspiración dieron la Carta Constitucional al nuevo régimen. Y aunque su instauración no fué total y completa, el paso decisivo, la consagración del principio, estaba hecha.

La promulgación de la Ley origina, además, el surgimiento de una corriente doctrinal que estudia y desenvuelve la flamante disciplina con todas las características de una verdadera especialización, y en la que pueden percibirse tres épocas bien diferenciadas que pudiéramos llamar: de los *Comentaristas* o *Glosadores de la Ley*, de las *Contestaciones* y de los *Tratados* o del *Derecho Científico*.

a) En 1862 aparece el primer estudio especializado sobre la materia. Gómez de la Serna, que intervino personalmente en la preparación de la Ley, publica su conocida obra "La Ley Hipotecaria, Comentada y Concordada con la Legislación anterior Española y Ex-

tranjera" (1). Dicha obra inicia una serie de trabajos harto conocidos y cuyo alcance se limita al comentario, a la exégesis más o menos documentada de los artículos de la Ley. El texto legal, su valiosa y autorizada Exposición de Motivos, los conocidos debates de la Comisión de Codificación y, en último término, la naciente Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Tribunal Supremo, son la fuente de conocimiento de estos primeros trabajos de especialización. Como se ve, material suficiente para lograr una necesaria diferenciación entre el Derecho Hipotecario como legislación positiva y un incipiente cuerpo de doctrina.

En esta primera época destaca la obra de D. Bienvenido Oliver "Derecho Inmobiliario Español", aparecida en 1892, de más acabada técnica que la de sus predecesores y a la que se debe el haber introducido en nuestra terminología jurídica la denominación más extendida y usada de esta moderna rama del Derecho.

En general, repetimos, todos estos trabajos de los comentaristas se contraen a *desentrañar la mejor inteligencia de la Ley* (2), y a lo más, a tímidas apreciaciones de comparación con el Derecho germánico, en el que se inspira la modernidad del sistema. La sistemática de estos trabajos es, pues, generalmente, la de la propia Ley objeto de su estudio. Y la fijación del concepto de esta especializada materia o disciplina es, generalmente, eludida. La propia fórmula de Oliver no es, concretamente, una verdadera definición.

b) Existe una segunda época, que pudiéramos llamar de las *Contestaciones*. La inician los Cuestionarios de las oposiciones a Notarías determinadas y al Cuerpo de Aspirantes a Registradores de la Propiedad, que incluyen estos estudios hipotecarios con el carácter de una verdadera especialización.

Ajustándose a la sistemática que imponen tales Programas o Cuestionarios, se producen una serie de trabajos sobre la materia muy dignos de alabanza y cuya aparición marca un indiscutible progreso en los estudios de esta disciplina. Y aunque la obligada sujeción al determi-

(1) En 1852 se publica *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil*, por el Excmo. Sr. D. Florencio García Goyena, en los que Antón de Luzuriaga intervino redactando el capítulo dedicado al Registro público y al ordenamiento de las hipotecas, que puede estimarse—en lo referente a esta especializada materia—como el primer ensayo de Derecho hipotecario español.

(2) Galindo y Escosura: *Comentarios a la Legislación hipotecaria* Madrid, 1880. Prólogo a la primera edición.

nado orden expositivo que imponen los Cuestionarios limita extraordinariamente la iniciativa y el alcance de los trabajos, sacrificando al valor pedagógico de los temas su desenvolvimiento científico, es indudable que, considerados en su conjunto, dieron un impulso muy marcado a la investigación y al estudio del Derecho Hipotecario.

En esta época ya es más fácil encontrar definiciones de esta rama jurídica, si bien todas ellas vienen a coincidir con la fórmula definidora de D. Bienvenido Oliver. Se sigue conociendo esta rama del Derecho como *un conjunto de normas acerca de los derechos reales sobre los bienes inmuebles*.

c) Existe, por fin, una tercera época que llega hasta nuestros días y que pudiéramos llamar del *Derecho científico*. La inician, juntamente con los trabajos de D. Rafael Atard, los *Estudios de Derecho hipotecario*, de D. Jerónimo González, y los *Principios hipotecarios*, de este mismo ilustre Profesor.

Alguien ha dicho que lo mismo que en la naturaleza física, en la vida del espíritu existe una suprema Ley de Conservación. En el mundo de las ideas, también, nada se adquiere ni nada se destruye. La vida nos ofrece un inagotable manantial de conocimientos que, en aparente estado de sedimentación, constituyen el objetivo inmediato de la investigación y del estudio. No se inventó nada; sólo se dió manifiesta vida a lo que en estado latente ya existía, como anterior creación de la Providencia. De ahí las leyes de la evolución y del progreso.

Esta moderna rama del Derecho conoció también el momento decisivo que marca la curva de su evolución. Lo fija la aparición de los *Principios hipotecarios*, que son a modo de la primera piedra, de los sólidos cimientos sobre los cuales habrán de construirse en adelante cuantas progresivas edificaciones puedan devenir en nuestro ordenamiento y en nuestra doctrina. No será posible desconocer la existencia de los *Principios hipotecarios* cuando de la investigación y del estudio de esta rama del Derecho se trate.

Y si el pensamiento científico es la justa y adecuada ordenación de los conocimientos apoyada en los principios de la razón, el discurrir sobre la materia objeto de esta disciplina jurídica, apoyándonos en esos primeros principios sobre los cuales ha de cimentarse la técnica constructiva, nos abre el camino a la elaboración del Derecho científico. Reconocida la realidad sustantiva de esta disciplina, no puede haber inconvenientes para que la Ciencia jurídica la considere como una



rama especial. Su contenido y sus fines pueden ser objeto de una ordenada y sistemática exposición que se apoya en el conjunto de principios o verdades que inspiran su real existencia.

A partir de 1931, en que aparecen los *Principios hipotecarios*, de D. Jerónimo González (1), pocas obras han engrosado nuestra moderna bibliografía hasta llegar a las recientes, *Tratado de Legislación hipotecaria* e *Instituciones de Derecho hipotecario*, de los Registradores de la Propiedad Enrique Jiménez Arnau y Ramón María Roca Sastre. Aunque en el desarrollo de estas obras se pretende alcanzar una libertad de movimientos en su exposición propia del Derecho científico, es lo cierto que el haber amoldado su sistemática a los Cuestionarios de las oposiciones a Notarías determinadas ha reducido, sin duda, el elevado nivel conquistado. No obstante, nadie podrá discutir que han contribuido a lograr un formidable triunfo para la ciencia jurídica española.

Concretándonos al objetivo principal que aquí nos mueve, hemos de afirmar que en esta última época del Derecho científico, las definiciones que de esta moderna rama del Derecho se nos dan siguen caracterizadas por la vaguedad e imprecisión de que adolecen todas las anteriores.

Pero, frente a esta imprecisión y vaguedad, un dato curioso e interesante destaca: la coincidencia con que todos los modernos tratadistas españoles, al titular sus trabajos, han eliminado de la denominación el término *inmobiliario* para ser sustituido por el de *hipotecario*, al uso tradicional e histórico de nuestra legislación positiva.

¿Por qué esta coincidente restauración de un nombre ya desechado de la moderna técnica, pese a su popularidad, en razón a su específico y restringido alcance? Parece como si a los modernos tratadistas españoles les uniese en esta coincidencia un mismo y negativo aglutinante: la premeditada supresión del término *inmobiliario* de la denominación dada a esta moderna rama jurídica.

\* \* \*

C) Evolutivamente hemos llegado, pues, a un grado tal de dife-

(1) Con anterioridad a esta fecha, REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO ya había publicado diferentes trabajos del propio autor relativos a los distintos principios informantes de los modernos sistemas registrales, con el carácter de verdaderas monografías sobre la materia y cuya recopilación fué lograda por la Asociación de Registradores de la Propiedad como homenaje a tan ilustre maestro.

renciación de la materia inmobiliaria, que no es posible desconocer un hecho cierto y unánimemente aceptado: la *sustantividad de esta rama jurídica*.

Del estudio de su contenido bien claramente se desprende que el llamado Derecho Inmobiliario lo constituyen un conjunto de normas que si bien se refieren a los derechos sobre bienes inmuebles, concretamente, esta referencia se contrae a su tráfico, a su comercio, a sus manifestaciones biológicas. Por consiguiente, no pecan de error los conocidos intentos definidores de esta moderna disciplina, sino de vaguedad, de imprecisión, según acabamos de decir.

Basta consultar el índice de la Ley para comprobar que, además de una regulación minuciosa del derecho real de hipoteca, integran su contenido un conjunto de *normas reguladoras de la propiedad y de los derechos reales que la modifican o gravan, pero a través del Registro*, así como ciertas referencias a la capacidad civil de las personas en orden a la libre disposición de los bienes. Sus normas, en conclusión, no modifican ni alteran el Estatuto jurídico de la propiedad inmobiliaria y de los demás derechos reales sobre las cosas inmuebles. El adecuado ordenamiento de su tráfico sigue siendo parte integrante del tronco común del Derecho civil, única disciplina que regula la anatomía y biología de los derechos reales, su estructuración y funcionamiento. Por eso se ha dicho, y con razón quizás, que la enunciación de la Ley pudo ser la más precisa y exacta de "Ley del Registro de la Propiedad inmueble y de sus modificaciones y gravámenes" (1).

A mayor abundamiento, es prudente recordar que con motivo de la discusión del Proyecto de Ley Hipotecaria en el Senado, un ilustre jurisconsulto y Magistrado del Tribunal Supremo (2) decía, al respecto, en sesión celebrada el 24 de noviembre de 1860, que "*esta Ley, no tanto se puede llamar Ley Hipotecaria, como Ley de Seguridad de la Propiedad y de los demás derechos en la cosa*".

Henos aquí, sin duda, ante el verdadero nudo de la cuestión: cuando la investigación y el estudio de la legislación hipotecaria ha producido un verdadero cuerpo de doctrina, cristalizado en sustantivas creaciones científicas, *hemos denominado a la nueva disciplina con un apelativo inexacto, incompleto y de equívoca valoración*.

Es un hecho cierto que el nombre propio dado a la Ley era de

(1) Sánchez Román. *Derecho civil español común y foral*, t. III.

(2) D. Juan Martín Carramolino: *Diario de Sesiones*

ambiciones más reducidas que las que refleja su contenido. No hay más que examinar el índice de sus capítulos para comprobarlo. Integran la Ley, como ya hemos dicho, a más de una minuciosa regulación del derecho real de hipoteca, una serie de normas referentes a la legitimación de aquellos hechos jurídicos que se refieren al tráfico inmobiliario, a la vez que al desarrollo de la fe pública registral. Ello es reflejo de las aspiraciones de sus propios redactores, influenciados, a su vez, por el criterio del Gobierno, a quien correspondió exclusivamente la idea de publicar la "*Ley de Hipotecas o de Aseguración de la Propiedad Territorial*". Ello explica que D. Francisco de Cárdenas, miembro de la Comisión de Codificación, la calificara, desorbitadamente, de *especie de Código de la Propiedad Territorial* (1). Y probablemente a idénticas razones se deba el que D. Bienvenido Oliver designase a la moderna disciplina con el nombre de Derecho Inmobiliario.

Y la posterior aceptación incondicional de esta denominación ha sido, sin duda, la causa de la vaguedad e imprecisión con que suele definirse a esta rama del Derecho. Porque en la conciencia de profanos y peritos está que las normas integrantes de esta disciplina se contraen exclusivamente a la seguridad y garantía de las transmisiones y a la facilitación del crédito territorial, a través de la inscripción en el Registro de la Propiedad de aquellos hechos jurídicos que son originadores del tráfico.

Por ello, al concretar los conocimientos y quererlos sintetizar en una fórmula definidora que reúna las características de clara, precisa y completa, no cabe—en nuestra modesta opinión—designar a la nueva disciplina con la denominación de *Derecho Inmobiliario*. Gramatical y lógicamente hablando, el Derecho Inmobiliario es de un contenido mucho más amplio e impreciso: habrían de integrarlo, ciertamente, un conjunto de normas referentes a los bienes inmuebles. Pero si se piensa en la variedad de aspectos desde los cuales caben ser considerados los bienes inmuebles y las relaciones jurídicas en las que entran como objeto, fácilmente se deduce que con la denominación de *Derecho Inmobiliario* no hemos identificado nada. Tan amplio y genérico resulta el concepto, que encontramos la locución totalmente vacía. En consecuencia, ¿cuál debe ser el nombre propio adecuado? ¿Qué términos pueden darnos la idea exacta, el tecnicismo preciso que nos identifique esta diferenciada disciplina?

(1) *Memoria histórica de los trabajos de la Comisión de Codificación*. Madrid, 1871.

Dado el valor institucional del Registro en la técnica de los modernos sistemas de publicidad, no es posible desconocer la trascendencia de esta circunstancia en la elaboración del concepto de esta moderna rama jurídica. Hasta el punto de que ello es lo que tipifica al llamado *Derecho Inmobiliario*, lo que nos da su última y caracterizada diferenciación. Por ello, cremos que *Derecho Inmobiliario Registral* es la adecuada denominación de esta disciplina (1). Tal nombre propio es el que nos puede reflejar su contenido y el que, asimismo, puede darnos la proyección de su técnico concepto: *sistemático conjunto de normas que aseguran y garantizan el tráfico jurídico de los bienes inmuebles a través del Registro de la Propiedad* (2).

A la investigación y al estudio en el amplio campo de esta moderna disciplina debe entrarse totalmente libre de supersticiones. Si el nombre que la técnica definitivamente consagre para designar esta especializada disciplina responde exactamente a su contenido y a la utilidad y justicia de sus fines, habremos dado un paso decisivo para desprendernos del enojoso lastre de incomprensiones y prejuicios que—al decir de don Jerónimo González—han “enquistado el sistema como una producción patológica de la vida jurídica nacional”.

RAFAEL CHINCHILLA Y RUEDA.

Registrador de la Propiedad

(1) Coincide en esta apreciación Ramón María Roca Sastre. Obra citada.

(2) D. Bartolomé Menchén entiende que en esta moderna rama jurídica cabe distinguir entre el Derecho Inmobiliario Registral o tabular y el Derecho Inmobiliario extrarregistral o extratabular, según comprenda normas referentes a bienes inmuebles inscritos o no en el Registro de la Propiedad. No compartimos este respetable criterio

Ver REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1940, pág. 691.

# La voluntad privada y la génesis de los derechos subjetivos

I.—Introducción.—Romanticismo y clasicismo en el Derecho.—La limitación de nuestro objetivo.—El sistema general de las doctrinas.—La escuela del individualismo francés.—Su corrección en la “ética de la solidaridad”.—Las consecuencias.

Persiguiendo un tema distinto, el del “romanticismo en el Derecho”, hemos venido a enfrentarnos, por una simple superación de planos, con ciertas ideas permanentes siempre en la investigación doctrinal de nuestras disciplinas. Un salto ascendente en la escala de las ideas, nos arrastra de lo adjetivo a lo sustantivo; de lo que se proponía ser una exposición de doctrinas ya casi históricas—en la denominación y en la cronología—a la meditación de las ideas fundamentales que determinaron el nacimiento de las Escuelas. Y así, la lectura de una polémica sobre cuestiones históricojurídicas nos ha tentado a nosotros, no a terciar en ella, que sería inoportuna inmodestia, pero sí a ordenar unas notas de fin más informativo que investigador.

En 1928, el profesor Bonnetcase daba a la imprenta un estudio cuyo título (“Science du Droit et Romanticisme. Le conflit des conceptions juridiques en France de 1880 à l'heure actuelle”) (1) significaba bien a las claras su contenido históricojurídico. Creyendo descubrir ciertos caracteres comunes en diversos autores enfrentados con los problemas de la elaboración del Derecho, los agrupaba bajo esa denominación también común de románticos. Y he aquí que otro profesor francés, Paul Cuhe, en un estudio crítico de la obra de Bonnetcase, publicado un año más tarde, imputaba a éste nada menos

(1) París, Sirey, 1928.

que "haber inventado el romanticismo jurídico, probablemente para darse la satisfacción de combatirlo" (1).

La respuesta del aludido no podía hacerse esperar, y pocas fechas más tarde sale por los fueros de su obra, comenzando por la afirmación de no corresponderle la paternidad "ni de la palabra ni de la cosa" (2), y que testimonio de ello dan las numerosas publicaciones anteriores a 1928 que, en distintos idiomas, dan fe de la preexistencia de ambas (3).

Aparte la resonancia ulterior de la cuestión en sí misma (4)—que nosotros sólo a título de inciso justificativo inicial hemos utilizado—, queda nuestro interés por ella limitado en un cierto sentido, el del romanticismo jurídico como posición doctrinal—superada o no—en la cuestión final del valor de la personalidad y la voluntad privadas en la jerarquía de las fuentes de originación de los derechos subjetivos.

De siempre las posiciones clásicas son o subjetivismo o estatismo. Personalidad y voluntad privadas con poder propio e inmanente de creación, o preexistencia de la norma objetiva, voluntad del Estado, fuente mediata y última de esa creación.

Fácil es, pues, observar cómo la cuestión, remontándose, excede del campo propio del derecho privado para acceder al del público o al más amplio de la filosofía jurídica. No es nuestro propósito, sin

(1) Paul Cuche. "A la recherche du fondement du Droit. Y a-t-il un romantisme juridique?". en *Rev. Trim. Droit civil*. Sirey. París, 1929; páginas 56-72 y especialmente 68.

(2) Julien Bonnecase: El mismo título entrecomillado que el trabajo de Cuche; también en *Rev. T. D. C.*, t. 28, pág. 359 y siguientes.

(3) Tal vez sea el propio Cuche quien tenga razón al repudiar el exceso de citas, en cuanto revelan, en su opinión, la defectuosa asimilación de la materia sobre que se escribe; pero el carácter puramente informativo de nuestras cuartillas creemos nos obliga a hacer una referencia bibliográfica del tema, por si interesase a algún lector. Por lo que se refiere al vocablo, vid. el artículo de Seillière: "Le romantisme juridique", en *Journal des Débats*, de 28-III-1928; y sobre el tema Bourges: *Le romantisme juridique. Synthèse traditionnelle du Droit. Critique des idées modernes*, 1922; Carl Schmitt. *Romantisme politique y Théorie politique du romantisme*, 1919 y 1920; Jousaïn: *Romantisme et politique*, 1924; Ernest Seillière: *Pour le centenaire du romantisme. Un examen de conscience*, 1927; G. Ripert: *Abus ou relativité des droits. A propos de l'ouvrage de Josserand: De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1929.

(4) Entre otros, Felipe Battaglia: "Romanticismo giuridico", *Riv. Int. di fil. del dir.*, enero-febrero 1929, F. I., págs. 119 a 126; F. P. W.: "The science of law and romanticism", *The Journal of comparative legislation and international law*, vol. XI, 1.ª parte, febrero 1929, págs. 172-73; Simonius: "Neuere Methodenlehre und Rechtsphilosophie in Frankreich", *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Band XLVIII, Basel 1929, págs. 1 a 30.

embargo, entrar en ellos. Pero no podemos soslayar una rápida exposición de sistema, indispensable a toda ulterior consideración

La escuela clásica del Derecho natural sabido es que vincula la existencia y creación de los derechos subjetivos privados a la norma última tope en sí misma que es la voluntad de Dios. El margen de actuación de la voluntad y la personalidad humanas quedan así limitados por el Derecho natural divino. Nada puede existir fuera de él, y lo que existe, en él se fundamenta.

El nacimiento del iusnaturalismo laico hace tambalearse ese fundamento último y se inicia el período doctrinal del individualismo fin en sí mismo. Es la época de las Declaraciones americanas y francesa de derechos que desemboca, para el Derecho privado, en la conocida doctrina "de las esferas de actuación tangente" a que alude Ihering, y que hace aún pocos años impulsaba la preocupación del profesor yugoslavo Péritch (1).

Pero esta metafísica, que debía alimentar toda la filosofía política del siglo XVIII, defensora a ultranza del hombre, principio y fin del Derecho, del hombre investido por la Naturaleza de unos derechos absolutos inherentes a su propia personalidad, anteriores y superiores al Estado mismo, pierde; luego de algunos años, toda su fortaleza que sólo era explicable en función de sus estrechas afinidades con el individualismo político triunfante. Y es que, en efecto, si el hombre se desvincula—para la construcción doctrinal siquiera—de su último origen, Dios; si no es un producto de creación divina que le inviste de esos derechos *inherentes a la existencia de un alma de fin trascendente*, el hombre carece de ellos porque de nada puede derivarlos.

Ello explica cómo, al compás decadente de ese individualismo político, se va agostando también la exuberancia de ese individualismo jurídico privado. Porque, aun prescindiendo de esa concatenación históricopolítica; operando con razones exclusivamente jurídicas, conduce también al absurdo. Hemos aludido a la doctrina de los círculos tangentes de actuación. ¿Cómo han de funcionar, *si no es aislados*,

(1) Jivoín Péritch: "La volonté des particuliers comme creatrice de Droits privés", *R. T. D. C.*, t. 28, pág. 5 y siguientes. Especialmente: "Se compara la vida privada de los particulares a círculos en los cuales éstos pueden moverse libremente, yendo del centro a la periferia y de ella al centro. Estos círculos se tocan solamente, sin cortarse, porque, de otro modo, el particular estaría más o menos limitado en su libertad de movimiento; es decir, no sería dueño de su propio círculo. He aquí lo que se llama la autonomía de los particulares en materia de derechos privados."

en el orden jurídico general? Ello es monstruoso. El Derecho es por esencia regla de conducta social, y ese no relacionarse las esferas jurídico-individuales, acabaría por hacer su existencia inútil. Y si, por otra parte, se admite por necesaria la coexistencia de esas esferas individuales protectoras de intereses privados, ¿cómo mantener una interdependencia entre ellas que no se funde en lo injusto? ¿Cómo evitar que el interés más poderoso destruya al menos dotado? Tal vez la respuesta se encuentre para algunos en razones simplemente morales; pero aparte ser la Moral un elemento extraño a una pura técnica jurídica, es que su inclusión en la categoría de norma objetiva última encierra el evidente peligro que por una hipertrofia de su ámbito anule, al absorberlo, al Derecho.

Es el problema mismo de la obligatoriedad de la norma que, si no procede de Dios, y coacciona al individuo, ha de tener necesariamente un fundamento de su fortaleza distinto de Aquél y de éste. Y poco a poco va tomando cuerpo entre los juristas alemanes la doctrina de una "fuente misteriosa de energía jurídica", origen de ese sistema de imperativos que es el Derecho, y a la cual el sujeto jurídico no pueda negar el poder. Es el "Volksgeist", cuyo nacimiento político sitúa Cuche en el desastre de Iéna (1) y que transporta Savigny a la ciencia jurídica. La norma objetiva obligatoria y fuente—por lo menos mediata—del poder creador de la voluntad va a fundamentarse en la conciencia popular, en el espíritu de la comunidad que la crea por el esfuerzo impalpable de estímulos internos: sentimientos, necesidades y aspiraciones. Y la consecuencia inmediata: el legislador, el magistrado y el jurista son sólo intérpretes de ellas (2). Nace así la Escuela histórica del Derecho, rediviva recientemente en las orientaciones del nuevo Derecho alemán.

Estamos ya en presencia del grupo de doctrinas que volviendo a situar el fundamento último del poder de la voluntad fuera de ella, se apartan del iusnaturalismo divino y han sido denominadas de orientación "social". Es en Francia el "realismo jurídico, que representa Duguit con la idea de la solidaridad, que le ha valido ser incluido por Bonnet (3) entre los juristas románticos con verdadero y pro-

(1) P. Cuche: Op. cit., pág. 64.

(2) Ibid: *Ils son aux écoutes du Droit qui se crée; tout au plus peuvent-ils prétendre qu'ils occupent et grâce à leur culture, ils en ont une perception plus nette que le commun des mortels.*

(3) "Y a-t-il, etc.", *Rev. T. D. C.*, t. 28, pág. 370.



fundo estupor de Cuche. La colaboración social impone a la actividad privada límites que no pueden ser ya, en la inquietud de los teóricos, los brotes fragmentarios del llamado orden público tal como se concibe en los Códigos de modelo postrevolucionario.

Y ciertamente que la significación de Duguit en el conjunto de las doctrinas es compleja. Aun recientemente se hacía eco el profesor Castro de cierta interpretación política que fuera a aquél atribuida a la vista de su posición estrictamente jurídica y que carece de visos de verosimilitud (1). Tal vez la causa de ello se encuentre en que el profesor francés, sin llegar a profesar en el campo monista, en relación con el problema *ius publicum*, *ius privatum*, aunaba ambos derechos en la común fase de transformación actual, caracterizada, en su sentir, por esa fórmula igual, "un sistema realista reemplaza a otro anterior metafísico e individualista" (2). Para justificar su posición, trata Duguit de sintetizar, no sin intención crítica, la doctrina individualista en general, aunque sin desconocer su desdoblamiento en las dos direcciones tradicionales: la francesa clásica (3) y la subjetivista alemana (4). En ambas constata cómo el poder de las convenciones voluntarias nace de sí mismas y ni siquiera se piensa en justificarlas en un precepto superior a no ser el de la ley que garantiza su ejecución. "Reconocida como autónoma la persona humana, todo acto de poder que de ella emane y que no se traduzca en un acto material contrario al Derecho, debe ser protegido. La voluntad es protegida en sí y por sí, sólo porque es una voluntad" (5).

Y en su construcción esto es insostenible, porque la idea de la solidaridad necesaria se impone con fuerza "real" a toda otra construcción metafísica. "Es decir, que la noción de deber reemplaza a la de derecho", dice apostillando a Comte. "*El yo pienso, luego existo*", es falso; el hombre no puede vivir solo, sino estando en comunicación con los demás. Así, aquel célebre entinema se convierte en éste: "Yo pienso como unidad del conglomerado social, luego el grupo social existe." El hombre no vive si no es respetada la solidaridad social;

(1) F. de Castro: *Derecho civil de España*, parte general, t. I, pág. 66.

(2) L. Duguit: *Les transformations du Droit Public*, introd., pág. 40.

(3) Duguit: "La doctrina individualista francesa". Conferencia en la Universidad de Madrid, en el ciclo de noviembre 1923, edit. con el título común de *Pragmatismo jurídico*, por Beltrán; Madrid: pág. 71 y siguientes.

(4) Ibid.: *La doctrina subjetivista alemana*, pág. 88 y siguientes.

(5) Idem: *Traité de D. Constit.*, 3 ed., t. I, pág. 366..

luego hay que obrar conforme al mantenimiento de la solidaridad del grupo en que se está colocado." He aquí la dura explicación del profesor de Burdeos al lamento jeremíaco de Rousseau, sobre la esclavitud del hombre. Que, desde luego, existe. Pero por razones de necesidad "El fundamento de la solidaridad es una obligación de conformarse a la necesidad de esa misma solidaridad. *Ya no hay poder de voluntad, sino sumisión a las necesidades solidarias* del grupo en que el hombre vive" (1).

Así parece entroncarse la posición de Duguit con las doctrinas que sitúan el origen del poder de la voluntad en la ordinación de los derechos subjetivos, fuera de ella misma. Pero nada puede afirmarse definitivo en torno a este autor, porque más tarde, al explicar la génesis social de la regla jurídica superior, adivínase, a través de la ardorosa vinculación de ésta, a una "disciplina social espontánea", que por razones tal vez excedentes del campo de lo puramente jurídico no llega a abandonar radicalmente ese individualismo que combate. En el fondo, él ataca a un individualismo físico de trascendencia jurídica, no al voluntarismo jurídico de origen individual (2).

Pero no cabe duda que en un punto coincide con el llamado romanticismo jurídico: en la asimilación de la regla de derecho a la costumbre, fundamentadas ambas, no en principios, sino en hechos aceptados y sancionados por la colectividad.

Alguna fórmula transaccional puede hallarse en la propia Francia, a través del intento de Saleilles de coordinar la doctrina de la autonomía voluntaria con la del principio superior objetivo. En su sentir, no puede hablarse de un poder de voluntad individual de contenido indeterminado, sino de "un poder de querer el contenido del Derecho" (3), y en este sentido habla él de una autonomía de la voluntad "puesta al servicio del Derecho" (4). Y ciertamente que la posición es original. Pero será, si se quiere, eso, una posición nueva, transaccional desde nuestro punto de vista; pero no una dirección más en la doctrina clásica del individualismo francés. Y ello sin tener en cuenta la contradicción que representa, aun dentro del discurso del propio Saleilles, referirse a una autonomía voluntaria al servicio de normas

(1) Duguit: Op. cit., pág. 102.

(2) Vid. como explicación a esta confusa terminología. Op. cit., página 206.

(3) Saleilles: *De la personnalité juridique*. París. 1910. pág. 482.

(4) Idem, pág. 543.

superiores inderogables, cuando poco antes se ha aludido "al poder de voluntades que funcionan por ellas mismas" (1).

Y transaccional también, aunque rebasando en altura y en espacio la posición de Duguit, es la doctrina de la "concepción orgánica del individuo", que "organizado en la corporación (dato social) supera su carácter atómico privado", sin que por ello quede vinculado a la voluntad autocrática del Estado, porque el antagonismo recíproco entre ambos queda suprimido y resuelto en una unidad e identidad *institucional absoluta* (2). Y así Volpicelli, integrando una y otra concepciones en la figura de la institución, viene a parar a la misma posición "social" que sostiene el realismo de Duguit.

Damos por esto terminada la exposición de las doctrinas francesas—la tradicional y su moderna corrección social—, sin pretender por ello haber agotado el tema. Muy al contrario, prometimos ocuparnos sólo de uno de sus aspectos (3), el que interesaba a nuestro objetivo actual y a él nos hemos limitado. Pero antes de pasar adelante no queremos soslayar una conclusión provisional extraída de la simple meditación del conjunto. Y es lo antinómico que resulta que habiendo sido Francia la creadora del absolutismo político moderno no llegase éste a trascender al campo jurídico privado en cuanto a nosotros nos ocupa, al menos, y que, por el contrario, de la reacción política individualista contra aquél sólo va restando ya su consecuencia jurídica probada.

En sucesivos artículos trataremos de exponer la posición tradicional alemana—tradicional y "nueva"—en torno a nuestro problema y terminaremos con la de nuestros propios maestros clásicos.

ARTURO GALLARDO RUEDA

Registrador de la Propiedad  
y del Instituto «Francisco de Vitoria».

(1) Soleilles: Op. cit., pág. 618.

(2) Volpicelli: *La teoría dell'identità*, págs. 16 y 24.

(3) Sobre los problemas de la voluntad y el derecho subjetivo, ver la amplia exposición (doctrina y bibliografía) en Démogue: *Tratado de la parte general de las Obligaciones*, t. I, pág. 80 y siguientes; Pezniol: *T. élémentaire*, 10.<sup>a</sup> edición, 1925, t. I, pág. 105 y siguientes; Colin y Capitant: *Cours élémentaire*, 1923, t. I, págs. 62-64 y siguientes.

## Alcance y sentido del párrafo octavo de la Disposición transitoria tercera, apartado B) de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 28 de junio de 1940, a la luz de la interpretación lógica, histórica, auténtica y sistemática

Al examinar un precepto de marcado carácter económico social, cual es el presente, no podemos evitar un pensamiento de filosofía constituyente: "La paz pública sólo puede descansar y estar segura cuando el respeto recíproco encuentra apoyo y defensa en aquellos que su misión es sustentarla y defenderla."

Esto lo comprendieron bien los pueblos que en la Historia fueron realidades, y la visión retrospectiva de su vida nos lo afirma incontestablemente. Y así, cuando móviles extraños los desconectaron de su fin, surgió la bancarrota espiritual, la pérdida de autoridad, y, lo que es más grave, la falta de fe en la cosa pública, y con ello el hundimiento de sus pueblos, a los que consciente o inconscientemente se les había inoculado la peor de las enfermedades: el escepticismo. Por eso suscribimos la afirmación kantiana de que la norma jurídica, en su doble aspecto constituyente y constituído, de hipótesis y consecuencia, es el único medio de mantener el orden de los pueblos cuando, verificado su supuesto, se cumple su consecuencia.

Así discurriendo, venimos al precepto comentado. El párrafo octavo de esta Disposición transitoria tercera, apartado B), dice literalmente: "Los plazos de renta contractual que venzan durante la sustanciación del pleito deberán ser consignados, bajo pena de tener por desistido de la reclamación o del recurso al arrendatario o aparcero." Ahora bien: este mandato legal no distingue, su interpretación gramatical es clara. Y en una visión lógica del mismo, su carácter absoluto se afirma.

El párrafo octavo es parte integrante de la Disposición transitoria tercera, y ésta ha venido a reabsorber toda la jurisdicción arrendaticia, distinguiendo en su apartado A) la jurisdicción actuarial y comprendiendo en su apartado B) preceptos mixtos, adjetivo-sustantivos.

Vistos estos preceptos hacia el norte de la obligación de consignar, distingue el apartado A) tres clases de procedimientos: primero, desahucios; segundo, embargos, intervenciones y aseguramientos, tercero, todos los demás que no sean los anteriores. En el procedimiento de la primera clase o desahucio, lo permite seguir rigiéndose por el régimen anterior de la Ley Procesal civil. Esta subsistencia del régimen anterior en este punto es lógica, ya que siendo cuestiones de decisión rápida y revistiendo también carácter preciso y de brevedad la Ley de Enjuiciamiento, permisiva siempre del procedimiento ordinario y amplio, así debió procederse. La obligación de consignar el párrafo octavo de la Ley comentada quedaba cumplido al determinar los artículos 1.566, 1.567 y 1.718 no solamente la obligación del arrendatario de acreditar en todas las instancias el pago de las rentas vencidas, para deducir judicialmente su derecho, sino el mandato conminatorio de tenerle por desistido de su acción y firme en su caso la resolución recurrida cuando deja de pagar los plazos que vencieren en lo sucesivo. Hay, pues, perfecta armonía entre la regla primera del apartado A) y el párrafo octavo del apartado B), ambos de la Disposición transitoria comentada.

En los procedimientos o cuestiones de la segunda clase, embargos, intervenciones y aseguramientos, dado su carácter puramente ejecutivo, es lógico que los abandone a la Ley de Enjuiciamiento, y su misma naturaleza nos releva de explicarlo.

Por lo que respecta a los procedimientos de la tercera clase, o sea "los juicios no comprendidos en las dos normas anteriores", es decir, todos los demás, bien sean retractos u otras cuestiones arrendaticias, les señala un procedimiento especial, y ello por el matiz delicado de las cuestiones que son su objeto. Estas cuestiones tienen que someterse a las prescripciones que señala la Disposición transitoria tercera, porque, como de procedimiento, son de orden público e inderogables por los contendientes.

Si, pues, los preceptos de la Disposición transitoria tercera, en sus dos apartados A) y B), son absolutos y terminantes, ¿qué fundamento legal puede tener cualquier opinión doctrinal o jurisprudencial

que así no lo entendiera? Ninguno, absolutamente ninguno. Porque si el párrafo octavo, ordenatorio de la consignación, es integrante de un mandato legal que no distingue, a él debemos atenernos, en obligado respecto a la Ley. Por eso no podemos compartir la opinión del ilustre tratadista Sr. Bellón, el cual sostiene la vigencia, en este punto, del artículo 54 de la Ley de 15 de marzo de 1935, que nosotros estimamos derogado y reabsorbido por el párrafo octavo, apartado B), Disposición transitoria tercera de la Ley posterior de 28 de julio del año 1940. El artículo 54 de la Ley de 1935, que el Sr. Bellón estima subsistente, decía así: "En los casos en que se discuta la cuantía de la renta o la participación del propietario, el arrendatario o aparcerero deberá consignar previamente la pactada, de la cual podrá disponer el arrendador. En los casos de reducción o condonación comprendidos en el artículo 8.º, el Juez podrá autorizar al arrendatario para que consigne sólo una parte o dispensarle totalmente de consignar. Los plazos de renta contractual que venzan durante la sustanciación del pleito deberán ser consignados, bajo pena de tener por desistido de la reclamación o del recurso al arrendatario o aparcerero."

Véase, pues, que tal artículo reducía los casos de obligación de consignar a los de discusión de cuantía de renta o participación del propietario, reducción o condonación. Pues bien: aceptando axiomas de interpretación, la Ley posterior y sobre la misma materia deroga la anterior, y ello por razones de evidencia que relevan de explicación.

Nosotros, y a la luz de los preceptos vigentes que hemos examinado, estimamos que el artículo 54 de la Ley quedó subsumido en el párrafo octavo de la disposición comentada.

Por otra parte, los temores del ilustre tratadista Sr. Bellón, de que se simulen litigios para eludir el pago de la renta en los casos del artículo 54 de la Ley de 1935, ¿no existen en todas las cuestiones arrendaticias que se planteen, y en particular en el retracto?

¿Qué sucedería si, interpretando en el sentido que lo hace el tratadista citado, se plantease un retracto infundado por arrendatario que fuera insolvente? Sencillamente, que el propietario quedaría burlado, pues habría estado sin percibir la renta, y como "inri" quedaba privado de un derecho a las rentas que, como derivado del de propiedad, fué protegido en tiempos pasados con hipoteca tácita, y hoy con la preferencia del artículo 1.922 del Código civil. Y no se diga que el importe de los plazos que vencieron de renta están comprendidos en

los desembolsos legales de los artículos 1.518 y 1.519 del Código civil, ya que tales artículos refiérense solamente a los derechos que nacen del contrato de venta, que es completamente distinto del de arrendamiento, el cual subsiste durante el pleito y aun después, dentro de los plazos de duración que, según los casos, señalan las leyes de arrendamientos, aunque el retracto prospere.

Pues bien, si el derecho a la renta por el propietario, y correlativa obligación de pago por el arrendatario, nacen del arrendamiento, y éste es un contrato bilateral, y está presidido por el principio básico del artículo 1.124 del Código civil, condensador de la bilateralidad de las obligaciones recíprocas, cuyo incumplimiento por una de las partes produce "ipso jure" la resolución del vínculo cuando lo pide el favorecido, y el retracto o cualquier otra acción entablada por el arrendatario tiene su base en su calidad de tal, es obvio que resuelto el vínculo, perdería su calidad de arrendatario y, en consecuencia, los derechos inherentes al mismo, entre otros el de retracto del artículo 16 de la Ley de 1935.

Moralmente, no sería muy defendible que el arrendatario incumplidor de sus obligaciones legales hiciera valer la existencia del arrendamiento para ejercitar cualquier acción, por ejemplo, la retractual, y lo desconociera para eximirse del pago de las rentas correspondientes.

Por eso, aunque desconectáramos el fin de las indemnizaciones legales del retracto y quisiéramos aplicarlas al arrendamiento, y ver una garantía de las rentas que vencieren durante el pleito en el previo depósito del precio de la venta, ¿cómo garantizaría este precio las rentas impagadas cuando, por provenir de un préstamo o de cualquier otro título anterior y preferente, se produjese una tercería?

El Sr. Bellón tiene, como fundamento principal de la subsistencia del artículo 54 de la Ley de 1935, su temor de que con conflictos temerarios se eluda el pago.

Nos parecen justos tales temores, pero como existen igualmente en el retracto y en cualquier reclamación arrendaticia, sería injusto que no se les garantizara en la misma forma, y esto es lo que ha hecho la Disposición transitoria tercera en el párrafo octavo de su apartado B), obligando a consignar *en todos los casos*, con lo cual, más que derogación del artículo 54 de la Ley de 15 de marzo de 1935, existe una reabsorción de sus preceptos y, en consecuencia, continúan vigentes.

pero como unos de los tantos que en materia arrendaticia pueden producirse.

Réstanos hacer la salvedad que nuestra modesta opinión no es ni quiere ser reflejo de la bondad de una u otra política agraria, sino de la necesidad, que consideramos fundamental, de respetar la competencia de los diversos poderes y cumplir la Ley establecida, si no se quiere caer en la inestabilidad pública.

JUAN JOSÉ MARTÍNEZ COLUBI.

Registrador de la Propiedad  
Abogado del Ilustre Colegio de La Coruña.



## Repercusiones registrales de la nueva ordenación ferroviaria

El nuevo régimen que para los ferrocarriles de vía ancha normal se establece por la Ley de Bases de ordenación ferroviaria y de transportes por carretera de 24 de enero de 1941, al adelantar la fecha de la reversión de la Concesión al 1 de febrero de dicho año, no ostenta sólo carácter jurídicoadministrativo, sino muy interesante desde el punto de vista inmobiliarioregistral, si bien, como trataremos de estudiar, este segundo aspecto es fundamentalmente influenciado por normas de Derecho público.

Estudiada por D. Jerónimo González en esta REVISTA CRÍTICA (agosto y septiembre de 1942) la cuestión relativa al porvenir de las obligaciones hipotecarias como consecuencia del rescate anejo a la Ley de 1941, y dada una solución al problema por la Ley de 27 de febrero último sobre pago del precio del rescate de las Compañías concesionarias de ferrocarriles y conversión voluntaria del valor de sus acciones y obligaciones en títulos de la Deuda amortizable del Estado; el objeto de nuestro estudio es encaminado a examinar repercusiones de orden registral ante la nueva situación creada por la reversión al Estado de las concesiones ferroviarias a las que afecta inmediatamente la indicada Ley de Bases.

TITULARIDAD REGISTRAL HASTA FEBRERO DE 1941.—Regulada la inscripción de las concesiones de caminos de hierro por la Real Orden de 26 de febrero de 1867. En la legalidad vigente se contiene su reflejo inmobiliario registral en los artículos 62 y siguientes del Reglamento Hipotecario. Inspirando la concesión de la unidad ferroviaria al Real Decreto de 28 de junio de 1918.

Pero aquí únicamente nos interesa destacar:

a) El titular registral es la entidad concesionaria.

b) La finca plasmada en el folio se desvía, por su específica naturaleza, de la finca normal; es la concesión el objeto de la relación jurídica. Como dice D. Jerónimo González: "Estamos más bien en presencia de un derecho de construir y explotar, nacido de un contrato celebrado con el Estado ("jure-gestionis"), que se subordina en su desenvolvimiento al poder soberano ("jure-imperii") que del Derecho público recibe, autoridad, privilegios y protección, y que en la órbita del Derecho privado puede ser calificado de derecho real inmobiliario.

c) La concesión tiene por objeto una universalidad formada por elementos distintos, que no se individualizan sino en su integración resultante.

d) La garantía del asiento hipotecario, no obstante ostentar el carácter de inscripción, y como tal, expresivo de permanencia, está determinado en su efectucción por notas de temporalidad; el lapso de tiempo de su existencia, campo de acción limitado para las relaciones jurídicas del concesionario. La caducidad de la concesión arrastra la desaparición de las distintas titularidades, que llevan en sí una vida predeterminada.

La protección de Registro es condicionada, en cuanto a su grado de intensidad, por la naturaleza y caracteres del derecho que en él se contiene. La reversión a la entidad concedente paraliza la protección de los principios que configuran las defensas probantes de la inscripción, no sólo en relación al principio legitimador, emanación de la autenticidad inherente al sistema, sino del principio que podemos estimar, con filiación, desenvolvimiento e incontrovertible estructura registral: el de *fides publica*.

Se produce en cierto modo una situación parecida a la constancia registral de una condición resolutoria: la reserva autenticada que supone el número 1.º del artículo 37 de la Ley Hipotecaria, afecta al tercer adquirente. La existencia del plazo de la concesión durante diez o más años anuncia a los terceros adquirentes de una futura resolución de la adquisición realizada o del gravamen del que aparecen como titulares.

NUEVO RÉGIMEN FERROVIARIO.—Como ya apuntamos anteriormente, con arreglo a la fundamental Ley de 24 de enero de 1941, para todas las líneas férreas españolas de ancho normal de servicio y uso público, explotadas por Compañías concesionarias, cualquiera que sea la fecha de vencimiento de la concesión, se adelanta al día 1 de febrero

de dicho año la consolidación de la plena propiedad por el Estado, entrando éste, en el indicado día, en el goce de dichos ferrocarriles.

Estamos en presencia de una transformación del régimen jurídico-patrimonial de bienes, que antes eran *de dominio público, cuyo uso y disfrute concede el Estado a una entidad o empresa, y ahora son bienes afectos únicamente a un fin público.*

En el anterior régimen jurídico existía un valor económico, caracterizado por el derecho exclusivo y excluyente de explotación que el Código civil, en el número 10 de artículo 334, le asigna la condición jurídica de bien inmueble, y adecuado, por tanto, para su incorporación registral. En la actual legalidad, dicha catalogación de bienes es contraria a todo elemento económico de carácter privado, toda vez que la concesión, en los ferrocarriles de vía ancha normal, desaparece en virtud de actuación netamente de Derecho público por parte del Estado.

Queda afirmado este aspecto interesantísimo, que nos llevará a consecuencias de valor desde el punto de vista registral, como veremos más adelante.

Con la denominación de *Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles* se regula jurídicamente el organismo encargado de adquirir la concesión de los ferrocarriles sujetos a reversión, teniendo la misión de explotarlos en régimen de empresa industrial.

Se configura su naturaleza administrativa en la base 4.<sup>a</sup> de la Ley, en los siguientes términos: "La Red Nacional de los Ferrocarriles Españoles tendrá personalidad jurídica propia y distinta de la del Estado; en el ejercicio de sus funciones peculiares disfrutará de autonomía administrativa, sin sujetarse a la Ley de Administración y Contabilidad del Estado; estará regida y administrada por un Consejo de Administración, que tendrá a su cargo la gestión, dirección y administración de los ferrocarriles que integran la Red Nacional."

El Decreto de 11 de julio de 1941 establece el carácter del organismo gestor de los ferrocarriles rescatados, en la forma siguiente: "La Red Nacional de Ferrocarriles Españoles, que es propiedad del Estado, constituye un patrimonio dotado de personalidad jurídica propia y distinta de la de aquél en el ejercicio de sus funciones peculiares."

Requieren aprobación del Ministerio de Obras Públicas los acuerdos del Consejo de Administración relativos, entre otros actos, "... c) 'Las adquisiciones de bienes inmuebles, cualquiera que sea su importe.'"

NATURALEZA JURÍDICOADMINISTRATIVA DE LA R. E. N. F. E.— Los ferrocarriles constituyen una de las direcciones del Estado en su actuación teleológica. Es un servicio público no sólo por la necesidad general a satisfacer, sino por hacerse ostensible un régimen jurídico especial, de servicio público, o régimen jurídico administrativo, tan exactamente destacado por Gastón Jezé, como elemento primordial en la concepción del servicio público.

La gestión del servicio público puede hacerse directamente por el mismo Estado o encomendar su realización a organismos no totalmente desligados de la persona moral de derecho público expresada, pero con personalidad diferenciada de la general de la Administración.

Para descongestionar la compleja actuación funcional del Estado moderno, se atribuye personalidad delimitada a ciertos servicios públicos, con autonomía de gestión, organización y proyección de sus medios personales, reales y jurídicos, para la realización del fin, fundamento y razón de ser de su existencia. Paralelamente a la personificación (siguiendo a Royo Villanova), se precisa de un patrimonio diferenciado del general de la Administración pública, que constituye la patrimonialización del servicio público descentralizado.

De los preceptos que indicamos anteriormente y de las notas que hemos esbozado en relación a la descentralización administrativa de servicios públicos, llegamos a configurar jurídicamente a la R. E. N. F. E. como el *organismo gestor que, con personalidad distinta de la general de la Administración pública, sin perder su cualidad de elemento integrante de ella, con patrimonio afecta al fin a cumplir y con régimen jurídico especial, satisface los fines específicos del transporte ferroviario.*

TITULARIDAD DE LOS FERROCARRILES DESDE 1 DE FEBRERO DE 1941.—Ya dejamos expresado anteriormente que desde la citada fecha el titular de los ferrocarriles de vía ancha normal es el Estado, representado por la R. E. N. F. E., y ello lleva consigo consecuencias de hondo valor jurídico:

- a) La titularidad pasa de la entidad concesionaria al Estado.
- b) No cabe hablar del valor económico, de naturaleza similar a la de un derecho real, que antes existía en la concesión asimilada a los inmuebles por naturaleza.
- c) Se produce la extinción de la finca concesión y de los diferentes derechos de que ella es soporte económico. Se está en el caso de su constancia registral en virtud de la cancelación.

d) Hasta tanto no se constate en el folio hipotecario la extinción de la concesión, existe una discordancia entre la realidad tabular, que acredita la existencia de fincas y titularidades, y la realidad extraña al folio hipotecario, donde la finca y derechos son extinguidos.

CONSISTENCIA REGISTRAL DE LA CANCELACIÓN.—La cancelación de las inscripciones de las concesiones ferroviarias reúne las siguientes notas:

a) Es cancelación total, toda vez que la extinción del derecho tiene dicho carácter, siendo de aplicación el número 2.º del artículo 79 de la Ley Hipotecaria.

¿Es admisible la subsistencia del derecho, siquiera sea atribuido al nuevo titular R. E. N. F. E. (artículo 77 de la Ley Hipotecaria)? Ello no lo creemos posible, como veremos más adelante. En todo caso, una buena técnica exige proceder a la cancelación total de la inscripción de un derecho extinguido. Más exactamente pudiéramos hablar de extinción del inmueble por asimilación, concesión administrativa (núm. 1.º del artículo 79 citado).

b) La cancelación se produce prescindiendo del consentimiento del titular en el Registro. No rigen los artículos 82 y 83 de la Ley Hipotecaria al ser un caso claro de cancelación automática contenida en el artículo 150 del Reglamento hipotecario, si bien el término caducidad no lo creo del todo exacto, toda vez que aún no había transcurrido el plazo fijado para la reversión; más bien es un caso típico de actuación de derecho público, que exige una subordinación, congelándose (valga la expresión) las defensas hipotecarias, institucionalmente de carácter privado.

TÍTULO ADECUADO PARA LA PRÁCTICA DE LA CANCELACIÓN.—Forzosamente hay que catalogarle entre los administrativos, si bien con los requisitos de autenticidad exigidos por nuestro ordenamiento hipotecario. Creemos pudiera llenar su finalidad la certificación expedida por dicho organismo (R. E. N. F. E.), la cual se presentaría en el Registro de la Propiedad correspondiente a la inscripción principal, y, por analogía con lo prevenido en el artículo 63 del Reglamento hipotecario, el Registrador expediría certificación para la cancelación en los Registros donde se practicaron las inscripciones de referencia.

FORMA DE HACERSE LA CANCELACIÓN.—Dado el carácter de derecho público de la reversión, su aspecto de ordenación general, constituyendo el nuevo estatuto jurídico ferroviario, es suficiente, a nuestro

juicio, la forma de nota marginal, que pudiera estar concebida en estos o parecidos términos:

*"La inscripción adjunta queda cancelada en su totalidad por haber ordenado su reversión al Estado por medio de su organismo de gestión (aquí habrá que referirse a la R. E. N. F. E.) la Ley de 24 de enero de 1941, ordenándose la cancelación de la presente inscripción principal y de las de referencia en certificación expedida por ..., presentada en este Registro el , a las . horas , según asiento , folio Diario. Dicha certificación, que acredita acto no sujeto al impuesto de Derechos reales, según nota ..., etc. ..., la dejo archivada en su correspondiente legajo, expidiendo certificación a los efectos de las oportunas cancelaciones en otros Registros..."*

De modo análogo se verificarán las cancelaciones en las inscripciones de referencia, siendo suficiente para la cancelación de los derechos de hipoteca y otros gravámenes la referencia a la nota marginal de cancelación de la inscripción principal o de la inscripción de referencia.

ACCESO AL REGISTRO DE LA R. E. N. F. E.—Hay que plantear en los siguientes términos la cuestión: como consecuencia del nuevo régimen instaurado en la Ley de 1941, ¿la atribución de los ferrocarriles al Estado por medio de su organismo R. E. N. F. E. puede originar un asiento en el Registro?

Aunque contestáramos afirmativamente, no creo posible admitir que la nueva adquisición tenga como inmediato antecedente la anterior inscripción a favor de la entidad concesionaria ya extinguida. No es un eslabón en el tracto, o "transferencia del dominio o derecho real inscrito." (art. 77 de la Ley Hipotecaria). En tal caso, la inscripción necesariamente había de ser de inmatriculación, toda vez que al ser extinguida la finca concesión por el asiento cancelatorio, no puede enlazarse con la nueva titularidad, que supone el nacimiento de un derecho.

Pero es preciso estudiar un problema previo ante la nueva situación creada. Ello es: si es posible verificar la inscripción a favor de la R. E. N. F. E., que, de ser factible, tendría carácter inmatriculador.

Quedó sentado anteriormente que la transformación operada en la ley de rescate es profunda desde el punto de vista patrimonial. La adquisición por el Estado de un grupo de ferrocarriles (los de vía ancha inferior al normal continúan en igual situación, sin afectarles la nueva ordenación, y a ellos no nos referimos) desvirtúa y borra en su integridad el valor económico privado, de contextura y naturaleza coincidentes

con el derecho real; son, como dijimos antes, bienes afectos directamente a un servicio público. Su regulación y tratamiento jurídico es incumbencia del Derecho público. El Derecho privado es carente de eficacia a este respecto. Más aún: sería un enorme contrasentido aplicar sus normas. La clasificación que en Derecho Administrativo se hace de los bienes de dominio público (1.º, bienes de dominio y uso público; 2.º, bienes de dominio público y uso sólo del Estado), es de interés a nuestro objeto. Los primeros son los bienes comunes, donde es posible concurrencia de diferentes disfrutes, sin atribuir especialmente a nadie un valor económico. Los segundos son los bienes que el Estado dedica a cumplir determinados fines, sin posibilidad de disfrute distinto que por el propio Estado.

Los ferrocarriles, a nuestro juicio, ocupan una situación intermedia. Más exacto que conceptuarlos como bienes de dominio público es estimarlos como elementos materiales del servicio público, transporte ferroviario. Es muy corriente entre nuestros hipotecaristas la tesis de la inscribibilidad de los bienes de dominio público que no sean de uso público. Por nuestra parte, mantenemos la siguiente posición:

Donde existen bienes de dominio público o servicio público, es inconcebible hablar de inscripción. Que en la práctica se haga, que se afirme ser frecuente inscribir esta clase de bienes a favor de los diferentes ramos administrativos, no quiere decir que sea adecuado acudir en estos casos al procedimiento registral.

Es principio inconcuso que el Registro recibe en el asiento los derechos reales, o situaciones jurídico inmobiliarias, con formación y viabilidad ajena al folio hipotecario. Se dice exactamente que la función del Registro es de garantía a lo ya creado. Una vez incorporado el derecho en el asiento, se hacen ostensibles los dos principios a los que ya aludimos: 1.º, el de legitimación, que tiene efectividad en todo caso, lo mismo respecto al que es parte que en relación al tercero; 2.º, el de fe pública, de gran fuerza intensiva, pero poco extensiva y de condiciones restrictivas en cuanto a las personas que reciben sus beneficios.

Pensemos en la inscripción de bienes afectos a un servicio público en general, y concretamente de los ferrocarriles.

La presunción de que el Estado es titular de un ferrocarril no la obtiene por la inscripción. La autodeterminación, el régimen jurídico especial de derecho público, es más que suficiente para garantizarle. Si incluso cuando el Estado en la desamortización se despojó de su *impe-*

*rium*, adquiriendo la tonalidad de persona moral de Derecho privado, y, por tanto, se sometió a las prescripciones de dicho ordenamiento, prescindió en ocasiones de la fuerza protectora que para el particular representaban los principios de publicidad y especialidad, motivando la fórmula ecléctica que nuestra Ley Hipotecaria, en su reforma de 1909, consignó en la última regla del artículo 34, si el Estado tuvo esa actuación aun siendo persona moral de derecho privado, ¿qué cabrá decir cuando aparece revestido de su potestad y privilegios de derecho público?

Si el principio legitimador es innecesario en los bienes afectos a un fin público, con mayor motivo podemos encontrar no admisible la eficacia probante de la *fides-publica*. Este principio es consecuencia directa del tráfico jurídico sobre inmuebles y está proyectado para su protección, y siendo los bienes que nos ocupan *extra-comercium*, hasta tanto no sean desafectados del fin público son refractarios a diferente titularidad. De igual forma que en otro orden de cosas ni la patria potestad puede transmitirse, ni la autoridad marital delegarse, ni ser susceptible de coparticipación, y ello es así porque no hay valor patrimonial, sino fin institucional.

El argumento de que estos bienes deben inscribirse para defender unos ramos administrativos de otros, lo creemos falto de exactitud. Aparte de que esta idea de lucha pugna con el sentido unitario del Estado, donde se percibe un solo poder y distintas funciones o potestades, no entendemos por qué se logra una fortaleza defensiva en la inscripción, de gran valor en las relaciones jurídicoprivadas e inexistente en las de derecho público.

Argumentos legales para nuestra tesis los tenemos, y de gran valor, en los números 1.º y 2.º del artículo 12 del Reglamento hipotecario en su relación con el artículo 13.

Fundamento favorable al acceso de estos bienes al Registro de la Propiedad lo es una palabra del número 5.º del artículo 26 del Reglamento hipotecario; al referirse expresamente, entre las circunstancias de las certificaciones posesorias, a la indicación del *servicio público u objeto* a que estuviere destinada la finca; declaración indudablemente contraria al artículo 12, pero que en su colocación, y al no implicar una declaración de principio, no debe admitirse pueda prevalecer, no sólo por el artículo 12, sino por todas las razones que exponemos anteriormente.



Puede aducirse aparentemente otro precepto reglamentario que puede fortalecer la tesis de la inscripción de estos bienes: el artículo 42 del Reglamento hipotecario, el cual se refiere a la inscripción de los *montes públicos no enajenables*. Si bien es de estimar, para justificar este precepto, que la naturaleza física y económica de los montes, por la delimitación de otras fincas que le circunden de propiedad privada, pueden llenar exigencias del principio de especialidad, si bien la inscripción de los montes públicos no enajenables, como en los derechos de uso y habitación, sólo es aplicable una modalidad de la publicidad en sentido material: la legitimación.

De todas formas, la declaración del expresado artículo 42 puede estimarse como un supuesto excepcional al criterio general expresado en el artículo 12.

Llegamos a la conclusión de que, a nuestro juicio, el acceso al Registro del Estado por medio de su servicio descentralizado R. E. N. F. E. no lo creemos adecuado al nuevo régimen ferroviario ni a la garantía exclusivamente de derechos privados contenidos en la inscripción, y ello a su vez nos lleva a afirmar que la extinción de la finca, concesión ferroviaria, supone una parcial simplificación de nuestros preceptos hipotecarios concernientes a la inscripción de concesiones ferroviarias, los cuales se dictaron precisamente para garantizar las obligaciones al portador que fueron emitidas por dichas entidades, cuya hipoteca tampoco puede darse en los ferrocarriles a quienes afecta la reversión.

La posición por nosotros sustentada es la seguida por la legislación francesa e italiana. Aunque queremos hacer constar que no tiene otro alcance que una mera apreciación personal, que doy a la publicidad en la creencia de que el objeto de este trabajo reviste interés práctico en virtud del nuevo régimen hipotecario, de hondas repercusiones para nuestro sistema inmobiliario registral.

JOSÉ MARÍA LÓPEZ TORRES

Registrador de la Propiedad.

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

EL TUTOR, PROTUTOR Y CONSEJO DE FAMILIA COMPENDIAN HOY LAS ATRIBUCIONES TODAS QUE LA ANTIGUA LEGISLACIÓN CIVIL ATRIBUÍA AL PODER JUDICIAL PARA LA AUTORIZACIÓN DE LOS ACTOS QUE TRASPASAN LOS LÍMITES DE LA PURA Y SIMPLE ADMINISTRACIÓN, CUAL ES LA PARTICIÓN. ÉSTA, A DIFERENCIA DE LOS CONTRATOS CONMUTATIVOS EN LOS QUE LAS PARTES TIENDEN A LA ESPECULACIÓN O AL LUCRO, TIENE COMO FINALIDAD ESPECÍFICA PONER TÉRMINO A LA COMUNIDAD ENTRE COHEREDEROS Y PRATICAR UNA LIQUIDACIÓN, CON LA QUE SE PROCURA QUE CADA INTERESADO OBTENGA AQUELLO A QUE TIENE DERECHO. FINALMENTE, NO COMPETE A LOS REGISTRADORES QUEBRANTAR LA EFICACIA DE LOS CONTRATOS QUE PUEDAN SER RESCINDIBLES POR LESIÓN.

*Resolución de 30 de octubre de 1943. "B. O." de 28 de noviembre.*

Por el Notario de La Rambla, D. Juan Puig Lázaro, se autorizó, en 17 de julio de 1940, una escritura de aceptación de bienes y división de herencia, en la cual se inventariaron: a), una casa valorada en 3.500 pesetas; b), el dominio útil de un olivar, valorado en 350 pesetas; c), el dominio útil de otro olivar, valorado en 550 pesetas, y d), el dominio útil de otro, que se valoró en 310 pesetas; o sea con una estimación total de bienes de 4.710 pesetas. Los interesados eran tres partes con derecho a heredar testamentariamente por igual: dos hijos de los causantes y los nietos, en representación de otro hijo fallecido; adjudicándose a uno de los hijos las fincas a) y b), con un valor de 3.850 pesetas; al otro, la finca c), con un valor de 550 pesetas, y por último a los nietos—que eran cinco—, por iguales partes

indivisas, la finca d), por su valor de 310 pesetas. Uno de éstos era menor de edad y estuvo representado por el protutor, en atención al opuesto interés del tutor para concurrir, expresamente autorizado por el Consejo de Familia.

Presentada en el Registro de La Rambla la hijuela formada a los últimos, el Registrador denegó su inscripción por el defecto insubsanable de no haber cumplido lo que dispone el artículo 1.061 del Código civil y estar interesado en la partición, como heredero, una menor de edad, a la que se adjudica en unión de sus hermanos, en un caudal inventariado de 4.710 pesetas, la cantidad de 310 pesetas, sin abono de las cuantiosas diferencias en metálico, ni explicación de cuáles sean las razones de esta diferencia entre unos y otros herederos.

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, la Dirección, con revocación del auto del Presidente de la Audiencia, que había confirmado la nota del Registrador, ha declarado que la escritura se halla extendida con sujeción a las prescripciones y formalidades legales.

Considerando que para decidir este recurso debe tenerse en cuenta que la nota calificadora se limita a imputar a la escritura de partición el defecto no subsanable de incumplir el artículo 1.061 del Código civil y subraya la gran desproporción entre lo adjudicado a un heredero menor de edad y el caudal relicto, sin que haya abono en metálico de las cuantiosas diferencias entre los interesados ni se razone el porqué de ellas.

Considerando que si el artículo 269 del Código civil establece que el tutor necesita la autorización del Consejo de Familia para proceder a la división de la herencia o de cosa poseída en común por el menor o incapacitado, la jurisprudencia de este Centro, al apreciar el sentido y alcance de esta autorización, ha reconocido que no se trata de una mera fórmula, sino, por el contrario, el precepto impone una íntima y estrecha solidaridad al tutor y al Consejo en cuanto al contrato particional, y como los demás apartados del mismo artículo hacen del tutor un órgano ejecutivo de la voluntad del Consejo, según se pone de relieve en los artículos 270, 271 y 274 del mismo Código, respecto de la enajenación y transacción, de modo que parece de suma conveniencia que el Consejo, ultimada la partición, la apruebe, o bien que al dar la autorización fije las bases o instrucciones a que el tutor rigurosamente debe ceñirse.

Considerando que este último criterio ha sido observado con fide-

lidad en la escritura recurrida, puesto que en aquélla el protutor interviene en nombre y representación de la menor, por razón del interés incompatible del tutor y en virtud de acuerdo unánime del Consejo de Familia que le facultó para ello y para que "la pupila quede satisfecha de su participación en dichas sucesiones, mediante adjudicación de una quinta parte indivisa con sus hermanos en el dominio útil de una suerte estacada de olivar", cuyas características coinciden con las de la finca adjudicada, y, por tanto, procede reputar cumplidas todas las formalidades externas necesarias, según la Legislación vigente, ya que, en primer término, el Código civil confía la protección y defensa de los menores sujetos a tutela al tutor, protutor y al Consejo de Familia, quienes compendian las atribuciones todas que la antigua Legislación civil atribuía al Poder judicial para la autorización de los actos que traspasan los límites de la pura y simple administración, y en segundo lugar, los términos claros, categóricos y expresivos empleados por el Consejo no dejan lugar a dudas de ninguna clase, cubren todas las responsabilidades y deben estimarse plenamente eficaces y completos, sin necesidad de que las razones o fundamentos del acuerdo tengan que reflejarse en las certificaciones y trascender al exterior.

Considerando que consecuente con nuestro Derecho histórico, que reglamentaba la partición de herencia bajo el signo de la igualdad y, a diferencia de los contratos conmutativos en los que las partes tienden a la especulación o al lucro, admitía como finalidad específica del convenio particional la de poner término a la comunidad entre coherederos y practicar una liquidación en la que se procuraba que cada interesado obtuviese aquello a que tiene derecho, el artículo 1.061 del Código civil ordena que se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada heredero cosas de la misma naturaleza, calidad o especie, y como lo primero no pudo hacerse en el caso del recurso, porque en el inventario figura una sola finca urbana, y respecto a lo segundo, cualquiera que sea la apariencia más o menos equitativa de la distribución, se adjudicó a la menor un elemento patrimonial proindiviso y por iguales partes con sus hermanos mayores y capaces, no puede negarse a los interesados la facultad de resolver los problemas planteados en la forma que estimaron procedente.

Considerando que el cuaderno particional, proceso comprensivo de una serie de operaciones que empiezan por fijar el activo y el pasivo

de la herencia y concluyen por la adjudicación de las respectivas particiones, no suele contener la cuenta de administración cuando se refiere a un período largo, y no puede sostenerse que su omisión en el documento calificado constituya defecto subsanable, máxime si se tiene presente que, en realidad, se han liquidado dos herencias, una de ellas exenta del impuesto de sucesión por haber prescrito la acción administrativa, procurando mantener la independencia de los respectivos patrimonios, y, por otra parte, el Consejo afirma que el asunto es sobradamente conocido por todos los vocales y por la menor, mayor de veintidós años, que asistió a la reunión.

Considerando que la declaración de que son rescindibles los contratos celebrados por el tutor sin autorización del Consejo de Familia, siempre que los representados hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas, y la contenida en el artículo 1.074 del mismo Cuerpo legal, con referencia a las particiones hereditarias, resultan de notoria inaplicación en el presente caso, porque la escritura particional fué precedida de la autorización del Consejo, que reúne las características ya apuntadas, y porque, además, no son atribuciones de los Registradores, sino de la iniciativa de las partes interesadas y de la competencia exclusiva de los Tribunales de Justicia, quebrantar la eficacia de los contratos que puedan ser rescindibles por lesión, ni consignar en la inscripción particularidades que puedan poner en juego las acciones rescisorias contra lo dispuesto en el párrafo 4.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

\* \* \*

Comprendemos las dudas y vacilaciones del Registrador implicado en el recurso precedente. Realmente, es extraordinaria la autorización de una escritura de partición en la que al único menor interesado en ella no se le atribuyan bienes suficientes para cubrir su legítima. Y esto sin compensación ni explicación en supuesto al efecto.

Con su habitual maestría e inspirándose en ese su sentido realista que preside sus decisiones, ha cuidado la Dirección de hacer resaltar en el tercero de los considerandos trascritos el acuerdo unánime del Consejo de Familia de que "la pupila quede satisfecha de su participación en dichas sucesiones, mediante adjudicación de una quinta parte indivisa con sus hermanos en el dominio útil de una suerte estacada de olivar", cuyas características coinciden con las de la finca adjudicada. Con

ello queda cumplido el artículo 269 del Código civil y puede reputarse de inoperante la alegación que del 275 del mismo Cuerpo legal hace el Registrador en defensa de su calificación. Si a esto añadimos las circunstancias de la casi mayoría de edad—veintiún años—de la menor, el que pudo ser perfectamente habilitada para el caso—art. 322—y la escasa cuantía de las herencias, nos explicamos sobradamente el razonamiento de los considerandos.

Acaso la nota del Registrador debió precisar la evidente vulneración de las legítimas de la menor y sus hermanos—coherederos en las adjudicaciones—, en vez de exponer las cuantiosas diferencias dinerarias padecidas en aquéllas. Aunque su resultado, creemos, hubiera sido idéntico.

Refiriéndose al artículo 1.056 del Código civil, dice Roca Sastre que la partición hecha por el testador no debe sujetarse a la regla de igualdad de los artículos 1.061 y 1.062 del mismo, conforme a lo que preceptúa el párrafo 2.º de dicho artículo. Luego, a *sensu contrario*, sí deben sujetarse las demás. Por último, eso de que el artículo 1.061 es de carácter facultativo, según alegó el Notario, conforme a la interpretación dada al mismo por el Tribunal Supremo en su ya antigua sentencia de 16 de junio de 1902, creemos debe llevar, al menos, aneja la correlativa equivalencia de la compensación, lo que olvidó en absoluto aquel funcionario.

PERSONALIDAD DEL NOTARIO PARA RECURRIR. EL AUTORIZANTE DE UNA ESCRITURA LA TIENE CUANDO LA NEGATIVA A INSCRIBIR SE BASA EN OBSTÁCULOS DIMANANTES DEL REGISTRO, SI DE LA MISMA SE DESPRENDE QUE CONOCÍA EL ESTADO REGISTRAL DE LOS INMUEBLES CUYA INMATRICULACIÓN SE SOLICITÓ EN EL DOCUMENTO CALIFICADOR, INVOCANDO AL EFECTO EL ARTÍCULO 20 DE LA LEY HIPOTECARIA.

*Resolución de 2 de noviembre de 1943. "B. O." de 3 de diciembre.*

Por el Notario de Villaró, D. Mario de Zubiaga, se autorizó determinada escritura de donación por la que, con referencia a una de las fincas que comprendía, se solicitó su inscripción en los términos siguientes: "Que por igual título de donación hecha por los mismos sus pa-

dres, don F. A. y doña A. A., en la propia fecha de 28 de enero de 1888, adquirió también su finado esposo la finca radicante en jurisdicción de Orozco, de cabida 2 hectáreas 50' áreas, lindante, por el Norte, con monte de D. Isidro Olavarria, y por los demás lados, con terrenos comunales del valle de Orozco. Vale 1.000 pesetas y se carece, en cuanto a esta finca, de título escrito e inscribible, por lo que se solicita su inscripción al amparo del párrafo 3.º del artículo 20 de la Ley Hipotecaria y en los términos prevenidos en el artículo 87 de su Reglamento."

Presentada primera copia de la misma en el Registro de Bilbao, se denegó la inscripción de dicha finca al amparo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, por no justificarse las circunstancias esenciales de la adquisición anterior, toda vez que de una parte se manifiesta que se carece de título escrito, y de otra se incurre en la contradicción de acompañar la escritura de donación a favor del causante—que, según su fecha y demás circunstancias, debía ser el título adquisitivo—, en la que no se comprende la finca de referencia, por lo que se está en el caso de aplicar las disposiciones del título XIV de la Ley.

Interpuesto recurso por el Notario autorizante y habiéndole negado el Registrador personalidad para recurrir, por no estar fundada la nota en defectos del título o en motivos que afecten a su decoro profesional, la Dirección, con revocación del auto del Presidente de la Audiencia, que estimó carecía el recurrente de personalidad, se la concede por las razones del enunciamiento, añadiendo—en un segundo considerando—que la trascendencia del problema planteado por la calificación y la controversia doctrinal sobre la interpretación del párrafo 6.º del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, impiden a este Centro hacer uso de las facultades de entrar en el fondo del asunto, que en algún caso ha ejercitado por economía procesal, y aconsejan que se agoten los recursos y alegaciones de los interesados y, sobre todo, que no se prescinda de lo que pueda resolver el Presidente de la Audiencia.

PERSONALIDAD DEL NOTARIO PARA INTERPONER RECURSO GUBERNATIVO. SE HALLA LEGITIMADO PARA HACERLO CUANDO DE LA NOTA DEL REGISTRADOR SUSPENDIENDO EL DOCUMENTO POR AQUEL AUTORIZADO SE DESPRENDE\* TUVO EN CUENTA DETERMINADA ACTA EN LA QUE APARECEN LAS DISTINTAS DENOMINACIONES DE LA SOCIEDAD, PUNTO CARDINAL DEL DEBATE, SOBRE LA CUAL CENTRÓ ASIMISMO SU CALIFICACIÓN EL REGISTRADOR.

*Resolución de 5 de noviembre de 1943. "B. O." de 11 de diciembre.*

Por el Notario de Santander, D. Ignacio Alonso Linares, se autorizó, el 26 de noviembre de 1941, una escritura por la que el Director Gerente de "Canteras de Escobedo, Bezanilla y Peña", Sociedad de responsabilidad limitada, facultado al efecto, vendió a determinada señora una finca formada por agrupación de otras ocho, en precio de 80.000 pesetas.

Presentada en el Registro, fué suspendida su inscripción por falta de previa inscripción a nombre de la Sociedad vendedora, toda vez que tres parcelas inscritas figuran a nombre de la Sociedad "Canteras de Escobedo, Entrecanales, Bezanilla y Peña", distinta de la que vende.

Interpuesto recurso por el Notario autorizante de la escritura calificada, y habiéndole negado el Registrador personalidad para recurrir, porque la suspensión no la motivaron defectos del instrumento público, sino obstáculos procedentes de los asientos del Registro, lo que confirmó el Presidente de la Audiencia, la Dirección, con revocación del auto apelado, declara la personalidad de aquel funcionario,

Considerando que el Notario recurrente, al redactar la escritura de 26 de noviembre de 1941, no sólo conocía las modificaciones de nombre y estructura introducidas en la Sociedad de responsabilidad limitada Canteras de Escobedo, Bezanilla, Entrecanales y Peña, sino que se refiere al acta de 16 de octubre de 1941, en que aparece al lado de aquella denominación la de "Canteras de Escobedo, Bezanilla y Peña", para justificar la comparecencia de los representantes de la misma; y como sobre estos documentos *centra* el Registrador la nota que suspende el asiento por falta de inscripción previa, debe reconocerse que el Notario se halla legitimado para interponer el recurso gubernativo; y

Considerando que en el mismo se plantea una de las cuestiones que



más preocupan en la actualidad a los mercantilistas y encargados de la fe pública, o sea la relativa a la transformación de Sociedades sin alteración de su personalidad, cuya trascendencia excepcional impide a este Centro hacer uso de las facultades que en algún caso, y por economía procesal ha ejercitado, de entrar en el fondo del asunto, no desflorado por la decisión del Presidente de la Audiencia Territorial.

HIPOTECA DE RED DE ALUMBRADO ELÉCTRICO. ¿ES NECESARIA SU PREVIA INSCRIPCIÓN ESPECIAL O, RELACIONADA EN LA DE OTRA FINCA. PUEDE CONSIDERARSE COMO FORMANDO PARTE DE LA MISMA, HACIÉNDOSE EXTENSIVA A ELLA LA HIPOTECA SOBRE ESE INMUEBLE CONSTITUIDA?

*Resolución de 19 de noviembre de 1943. "B. O." de 21 de diciembre.*

Ante el Notario de Zamora D. Raimundo Themudo se otorgó escritura por la que D. A. L. vendió a D. E. E. y D. J. V. una fábrica electroharinera, con unas parcelas de terreno, pozo, maquinaria, utensilios y artefactos inherentes a la misma, y la red de distribución para el alumbrado de Villafáfila, quienes adquirieron en la proporción de dos terceras partes el primero y una tercera parte el segundo. Los compradores se hicieron cargo de una hipoteca que gravaba la finca a favor del Banco de España, compareciendo a más el director de la sucursal del mismo en Zamora para cancelar otra hipoteca constituida sobre una casa de dicha capital y convenir con los adquirentes de la finca que nos ocupa en que las cantidades de que respondía la hipoteca que se cancelaba las garantizase en lo sucesivo la fábrica electroharinera, a cuyo efecto se amplió la hipoteca, fijando las cantidades que por principal, intereses y costas quedaban afectas las participaciones indivisas de los repetidos adquirentes de aquélla.

Presentada la escritura en el Registro de Villalpando, se denegó su inscripción por falta de la previa de la red de alumbrado de Villafáfila y cambiarse el sentido de la finca inscrita y gravada, consignándose otros tres defectos que omitimos por haber sido rechazados por el Presidente de la Audiencia, y al no ser apelados por el Registrador no han sido objeto de decisión por parte del Centro directivo.

Entablado recurso por el Notario autorizante, la Dirección, con revocación del auto apelado, confirmatorio—en cuanto al defecto rese-

ñado—de la nota del Registrador, y luego de reclamar a éste, para mejor proveer, certificaciones literales de las inscripciones en que se describe la finca fábrica electroharinera, de cuya tercera de orden resulta: “D. L. T., mayor de edad, soltero, propietario y vecino de Villafáfila, es dueño de esta finca, con la maquinaria descrita, con más la red de distribución para el alumbrado de Villafáfila, cuya red se compone (etcétera; sigue su descripción), cual consta de los asientos anteriores, y ahora la vende, con todos sus accesorios y maquinaria indicados, a D. ”, ha resuelto lo siguiente:

Que aportadas a este recurso, para mejor proveer, las certificaciones literales referentes al asunto discutido, aparece la mencionada red formando parte del contenido del inmueble hipotecado, pues su descripción, indicaciones, elementos de que consta, etc., son datos que permiten unirla económica y jurídicamente al predio como una de tantas *qualitates prædiorum*, y aunque la fe pública registral no actúa en estos casos y sobre los muebles incorporados con la plenitud que de ordinario alcanzan en su desenvolvimiento normal, porque el Registro no puede garantizar las complejas situaciones jurídicas que nacen de ese estado de hecho, sí permite, en cambio, dar a conocer la presunta extensión y alcance del dominio, de tal suerte que el acreedor hipotecario podrá apreciar los límites del derecho que le ampara y extender el alcance de la hipoteca a los bienes ya descritos en el Registro de una manera peculiar, y cuyo valor en muchos casos será el principal móvil que le induce a la aceptación de la hipoteca.

Que para realizar la inscripción solicitada, el Registrador no necesita plantear ni discutir los problemas relativos a si existen derechos de superficie, cargas o servidumbres sobre los predios a quienes afectan posibles perjuicios para los dueños de los mismos, necesidad del consentimiento de éstos, etc., sino que limitando su función calificadora al examen del contenido del título presentado, deberá resolver solamente si procede o no la constitución de la hipoteca por estimar inscrita la red, sin preocuparse de cuáles sean las relaciones jurídicas que acaso existan entre los propietarios de la electroharinera y los dueños de otras fincas, inscritas o no, y que en nada resultaran perjudicados por la descripción de predio dominante cuando proceda la aplicación de los artículos 13 y 30 de la Ley Hipotecaria.

Que en el caso discutido, sobre la fábrica electroharinera, que se describía como parte de la finca y formando una explotación industrial

con la repetida red, se había constituido una primera hipoteca por escritura otorgada ante el Notario Sr. Balbontín, y en el título objeto de este recurso vuelve a constituirse una nueva hipoteca sobre la misma finca, descrita de análoga manera en las dos escrituras, por lo que no puede prosperar la afirmación del Registrador de que se altera ahora su descripción, pues existe a este respecto identidad absoluta entre los dos documentos autorizados.

Que en la legislación patria no existe un concepto técnicamente elaborado de las partes integrantes y accesorias, pero puede descubrirse un criterio análogo respecto de las últimas en las llamadas cosas inmuebles por destino, especificadas en los números 4, 5, 6, 7 y 9 del artículo 334 del Código civil; y por lo que hace referencia a la hipoteca, los artículos 110 y siguientes de la Ley permiten la extensión a tales pertenencias, si media pacto expreso para ello.

Y que el criterio permisivo de considerar extensiva la hipoteca a los bienes registrados en la manera especial que lo está la red de alumbrado de Villafáfila—que mientras no constituya un gravamen real o se transforme en una concesión administrativa no puede ser objeto de inscripción especial y separada—, robustece considerablemente el crédito territorial y, en definitiva, supone un favorable desarrollo para la industria, una fuente de recursos para los necesitados de numerario y una garantía más firme y sólida para los acreedores.

G. CÁNOVAS COUTIÑO.

Registrador de la Propiedad.

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Especial

SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1943.—*Casación respecto a un laudo.*

La determinación de si existe o no laudo por incomparecencia de uno de los amigables componedores ante el Notario autorizante, o si, compareciendo los tres, uno se negase a firmar, es cuestión que afecta a la validez intrínseca del laudo, la cual no puede ser objeto de recurso de casación, ya que, por imperativo del número 3.º del art. 1.691 de la Ley de Enjuiciamiento civil, sólo cabe este recurso por haberse dictado el laudo fuera del plazo o resuelto en el mismo puntos no sometidos a su decisión, según reiterada doctrina, fundada por este Sala, entre otras sentencias, en la de 11 de abril de 1932, conforme a la cual, el procedimiento adecuado para que se dictara la nulidad de la escritura de laudo es el juicio ordinario regulado en el art. 829 de la Ley de Enjuiciamiento civil, criterio que generalmente preside la jurisprudencia, toda vez que la mayor parte de la que existe sobre laudo no firmado por uno de los tres amigables componedores, ha sido producida resolviendo recursos de casación interpuestos contra sentencias dictadas en juicios ordinarios en que se ventilaban casos de duda sobre validez o nulidad de laudo, de todo lo cual se desprende la improcedencia de este motivo del recurso.

SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1943.—*Régimen procesal en los territorios españoles del Golfo de Guinea.*

El pleito se ajustó a los trámites del juicio ordinario de menor cuantía, en debido acatamiento a las disposiciones contenidas en las Reales Ordenes de 23 de julio de 1902 y 31 de mayo de 1928, que establecieron un régimen especial para el ejercicio de la acción judicial en los territorios españoles del Golfo de Guinea, vigente en la época en que el pleito se sustanció en las dos instancias, aun cuando después

haya sido modificado por la Ley de 22 de diciembre de 1938, comprensiva del Estatuto orgánico de la Administración de Justicia europea en los citados territorios, mas como la segunda de las citadas Reales Ordenes, al dar una nueva redacción a los artículos 7.º y 8.º de la primera, tuvo como una de sus finalidades, según se pone de relieve en los considerandos que le sirven de preámbulo, admitir la procedencia del recurso de casación con respecto a aquella clase de juicios, es visto que no cabe aplicar al presente recurso la causa de inadmisión a que se refiere el número 3.º del art. 1.729, en relación con el 1.694 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

SENTENCIA DE 2 DE NOVIEMBRE DE 1943.—*Excepciones del inquilino.*

Conjugadas las disposiciones del Decreto de 29 de diciembre de 1931, por un lado, y el art. 2.º, párrafo 2.º, de la Ley de 9 de junio de 1939, y las de la Orden del Ministerio de Justicia de 12 de febrero de 1940, por el otro lado, resulta: 1.º Que el demandado puede evitar el desahucio alegando y probando la excepción de inhabitabilidad o consignando el descubierto, y puede también utilizar conjuntamente ambos medios de defensa, siendo lógico que en este último supuesto se dé preferencia de alegación y decisión a la excepción de inhabitabilidad como cuestión principal y excluyente, por innecesario, del pago por consignación, que pasa a ser medio subsidiario de defensa y sólo subsidiariamente se rige por la norma del art. 4.º del Decreto de 31 de diciembre de 1931; y 2.º Que esta misma norma y la del artículo 1.579 de la Ley de Enjuiciamiento civil dejan de tener aplicación en cuanto al orden de proceder, pues el juicio ha de continuar por sus reglas de tramitación específicas, no obstante la consignación, y las pruebas no han de quedar limitadas al cauce estrecho del citado art. 1.579, sino que se harán extensivas a los extremos previstos en la Orden de 12 de febrero de 1940.

SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 1943.—*Juicio sucesorio.*

El examen de los preceptos dedicados en nuestra Ley de Enjuiciamiento civil a la regulación del proceso sucesorio, conduce a la conclusión de que su finalidad es la liquidación y división del caudal relictivo, reduciendo en lo posible la intervención judicial, siguiéndose en consecuencia que, una vez acreditada en el juicio de testamentaría la

realización de operaciones divisorias legalmente practicadas fuera de él, resulta improcedente continuar su sustanciación por hallarse cumplida la indicada finalidad; y a ello no obsta la existencia del derecho que a promover el juicio tienen los herederos, aun en el caso de haber designado el causante contadores partidores, porque, como declaró esta Sala en sentencia de 3 de diciembre de 1931, aquel derecho está subordinado al que corresponde al testador de hacer por sí o encomendar a otra persona la partición de sus bienes, sin otras limitaciones que las de no perjudicar las legítimas ni conferir el encargo a alguno de los coherederos. Presentada en el caso de autos, en el juicio de testamentaría, una copia fehaciente del cuaderno particional formado por los contadores en cumplimiento de la voluntad de la testadora, surge la necesidad de sobreseer el proceso, pues ni la apertura de éste cohibe las atribuciones de aquéllos para practicar extrajudicialmente las operaciones divisorias—como también tiene declarado esta Sala en sentencia de 18 de mayo de 1933—, ni tal doctrina, rectamente aplicada por el Tribunal “a quo”, infringe el art. 807 del Código civil, ya que los herederos forzosos pueden promover la defensa de sus derechos en el juicio correspondiente. Si, por las razones expuestas, se impone la desestimación de los dos primeros motivos del recurso, es de la misma manera evidente que tampoco el quinto de los invocados puede prevalecer, porque siendo indispensable para la eficaz alegación de la existencia de cosa juzgada, el carácter de firme en la resolución cuya autoridad se invoca, es visto que no habiendo alcanzado tal carácter en la fecha de protocolización de las operaciones divisorias el proveído en que se acordó el aplazamiento de la intervención de los contadores, basta esta sola consideración, no combatida en el recurso—y aun prescindiendo de que se trataba de una mera providencia—, para excluir la existencia de cosa juzgada, así como la supuesta vulneración de los arts. 1.251 y 1.252 del Código civil.

SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1943.—*Promesa de venta.*

El motivo primero de este recurso, al señalar como infringido el artículo 1.451 del Código civil por no haber la Sala concedido sus efectos propios a una promesa bilateral de compra y venta que, como tal, mediando conformidad en la cosa y en el precio, queda confundida con la auténtica compraventa, sin que exista el más leve matiz

de diferenciación, carece de toda eficacia para producir la casación del fallo recurrido, pues es de observar: 1.º Que la interpretación del apuntado texto de nuestro Código civil, a la luz de un criterio *histórico*, no abona la tesis de la asimilación absoluta de la promesa bilateral de comprar y vender a la compraventa verdadera y propia, pues si bien el Código francés, resolviendo una antigua cuestión, declaró en su art. 1.589 que la promesa de venta equivale a la venta cuando haya consentimiento recíproco de las partes sobre la cosa y el precio, y esta norma pasó al proyecto español de 1851, en cuyo artículo 1.373 se establecía que “la promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, equivale a un contrato perfecto de compraventa”, ya los *Motivos y comentarios* redactados por la Presidencia de la Comisión elaboradora de dicho Proyecto, y que constituían una interpretación auténtica de su espíritu y disposiciones, por haber sido discutidos y aprobados por la Sección, se cuidaban de resaltar alguna importante diferencia que separa en todo caso la promesa de vender y la venta misma; lo cual, acaso, ha podido ser causa de que el definitivo Código patrio diese una nueva redacción al precepto, en la que queda abandonado aquel principio tajante que sólo con aclaraciones que lo desvirtuaban parecía estar sostenido. 2.º Que tampoco la interpretación *lógica* es favorable a la tesis de referencia, pues aparte de que el respeto a la voluntad de los contratantes, piedra angular del derecho de la contratación, exige distinguir del contrato definitivo la mera promesa, cuando pueda probarse que aquéllos, al prometer comprar y vender, quisieron excluir los efectos de la compraventa actual, es bien notorio que el apartado segundo del propio art. 1.451, al disciplinar los efectos de la promesa de compra y venta en caso de incumplimiento de la misma, aplicando a este respecto, no las reglas de la compraventa, sino las generales relativas a las obligaciones y contratos, descarta el criterio de equiparación e identidad entre ambas figuras jurídicas. 3.º Que, en conclusión, a falta de una norma tan explícita cual la indicada del Derecho francés, hay que aceptar en el nuestro, como más racional y fundada, la concepción de la promesa bilateral de comprar y vender como un contrato preparatorio—o “precontrato”, como también, con técnica más moderna, pero menos acertada, se le designa—, que tiene por objeto la futura celebración de un contrato de compraventa y cuyos efectos no pueden coincidir en absoluto con los de la venta actual y

definitiva; idea ésta que tiene su reflejo en múltiples decisiones de esta Sala, y especialmente en la sentencia de 14 de noviembre de 1927, que ve en dicha promesa una modalidad contractual, preparatoria de la compraventa y referida a un hecho futuro.

El último motivo aduce la infracción de los arts. 1.451 y 1.504 del Código civil, fundada en que la circunstancia de no haber llegado el demandado y presunto comprador a hacer efectivo el resto del precio pactado, no justifica en ningún caso—tanto si se acepta la existencia de una promesa bilateral de compraventa recíprocamente aceptada, como si se admite haberse llegado a perfeccionar el contrato mismo de compraventa—la resolución del contrato decretada por el fallo, ya que el primero de los citados preceptos sólo otorga a los contratantes el derecho “para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato” y no la resolución directa e inmediata, y el segundo viene a eliminar toda posibilidad de pacto comisorio en la venta de inmuebles, permitiendo el pago, aun cumplido el plazo estipulado para realizarlo, en tanto no haya sido previamente requerido el comprador, notarial o judicialmente, para el pago mismo; pero fácilmente se advierte que esta argumentación es insostenible y priva de viabilidad al motivo; en primer lugar, porque ya esta Sala, dando al art. 1.451 del Código civil la única interpretación que demandan su texto, su espíritu y su conciliación armónica con los demás preceptos que integran el sistema legal, ha declarado en sentencia de 14 de noviembre de 1927 que el apartado 2.º de dicho artículo autoriza la resolución del contrato preparatoria de promesa de venta, tanto en el caso de incumplimiento forzoso como en el de incumplimiento voluntario, con sujeción a las reglas generales de las obligaciones, entre las cuales se encuentran las del artículo 1.124; en segundo lugar, porque admitida, a virtud de las razones ya expuestas, la distinción entre el contrato preliminar de promesa y el definitivo de compraventa, constantemente reconocida por la jurisprudencia, carece de beligerancia en el caso de estos autos, relativo a un contrato calificado como de promesa por el sentenciador, el art. 1.504 del Código civil, expresivo de una particularidad especialmente establecida para el contrato de compraventa y que no es aplicable, según declaró la sentencia de 7 de octubre de 1896, cuando no se trata de un verdadero convenio de esta última clase en que se haya aplazado la entrega del precio; y en tercero y último lugar, porque en ningún caso sería admisible la inter-



pretación que da el recurrente al requisito del requerimiento previsto en este art. 1.504, toda vez que esta Sala tiene declarado, en sentencias de 3 de julio de 1917 y 30 de mayo de 1942, que dicho requerimiento, atendido su fin, que es el de obstar formalmente al pago hecho fuera del término convenido y por constituir antecedente de la disolución del vínculo contractual, tiene el valor de una intimación referida no al pago del precio, sino a que se allane el comprador a resolver la obligación y a no poner obstáculo a este modo de extinguirla.

\* \* \*

Para una clara comprensión del problema de la promesa de compraventa, conviene distinguir los siguientes casos:

1.º *Promesa unilateral de compra o de venta.*—Entendemos por esta figura la declaración unilateral de una persona de estar dispuesta a comprar o de vender una cosa determinada a un precio determinado durante un tiempo determinado, no dirigiéndose esta declaración jurídicamente a ningún individuo determinado. Para resolver acerca de la admisibilidad de esta figura hemos de delimitar la “pollicitatio”, por un lado, y la oferta con exclusión de la revocabilidad, por otro lado. El art. 1.089 del Código civil no menciona la voluntad unilateral como fuente de obligaciones, con lo cual queda excluida del Derecho positivo la obligatoriedad de la “pollicitatio” (1). En cambio, si se considera admisible una oferta en la que el que la hace, renuncia a su revocación durante un tiempo determinado (2). Ahora bien, si el contenido de la “pollicitatio” consiste en el ofrecimiento de aceptar una determinada declaración, aquélla y la oferta, con exclusión de la revocabilidad, pueden fácilmente confundirse. Sin embargo, cabe un criterio distintivo: la “pollicitatio” no se dirige a una persona determinada; la mencionada oferta sí que debe dirigirse a un determinado destinatario. Este criterio no excluye en absoluto la oferta “ad incertam personam”; excluye sólo aquella oferta “ad incertam personam” que renuncia a la revocabilidad. Por lo demás, la oferta “ad incertam personam” resulta perfectamente admisible, aunque no queremos dejar de mencionar la siguiente opinión de Garrigues (3): “En la práctica es difícil decidir si en estas ofertas “ad incertam personam”

(1) Garrigues: *Curso de Derecho mercantil*, II, vol. I. Madrid, 1940, 21, IV, 2, página 75.

(2) Garrigues. L. c., 3, pág. 75

(3) L. c., 1, pág. 75.

hay verdaderas propuestas de contrato o simples invitaciones para que el público haga sus ofertas." El resultado es que la promesa unilateral de comprar o de vender una cosa determinada a un precio determinado durante un tiempo determinado, dirigida a la colectividad; es nula (1).

2.º *Contrato de promesa de comprar o de vender.*—A diferencia de la promesa unilateral, pueden las partes, mediante declaraciones bilaterales, obligarse a comprar o a vender, o a comprar y a vender, una cosa determinada a un precio determinado. Si el contrato de promesa obliga sólo a una de las partes contratantes, sea a comprar, sea a vender, se habla de un contrato de opción, que, según el contenido de la obligación, da inversamente un derecho a vender o a comprar. El contrato de opción es bilateral desde el punto de vista de las declaraciones de voluntad que le engendran; mas es unilateral desde el punto de vista de las obligaciones producidas. Puesto que la bilateralidad de las declaraciones es consustancial con su carácter contractual, nos referimos en lo que sigue al segundo punto de vista y hablamos, por ende, del contrato de promesa de compraventa unilateral. Si, en cambio, una de las partes se compromete a vender y la otra a comprar, o viceversa, debemos hablar dentro de la misma terminología de un contrato de promesa de compraventa bilateral. Como la sentencia que tenemos a la vista trata de esta última hipótesis, empecemos con ella nuestro examen crítico

a) Contrato bilateral de promesa de compraventa: en primer lugar, hemos de indagar la posibilidad lógicopsicológica de distinguir el contrato bilateral de promesa de compraventa del mismo contrato de compraventa. En segundo lugar, estudiaremos la reglamentación del contrato bilateral de promesa de compraventa en el Derecho español.

aa) Diferencia entre el contrato bilateral de promesa de compraventa del contrato bilateral de compraventa: Fenomenológicamente pueden distinguirse dos situaciones vitales diversas. Las partes pueden estar dispuestas a vender y a comprar, tanto desde el punto de vista del "velle" como desde el punto de vista del "posse"; entonces celebrarán un contrato de compraventa. Pero también puede ocurrir que las partes todavía, o no estén por completo resueltas, o no estén por com-

(1) Enneccerus-Nipperdey (*Allgemeiner Teil*, ed. 13, 1931, Marburg, § 152, II, 1) definen la opción como el derecho de aceptar una oferta hecha con un plazo. Pero no debe perderse de vista que la distinción entre *pollicitatio* y oferta con plazo no posee importancia práctica en el Derecho alemán por admitir expresamente (657 Código civil alemán) la primera.

pleto capaces de realizar las mutuas prestaciones, queriendo, sin embargo, vincularse ya de cierto modo en este aspecto. En esta hipótesis celebrarán meramente el contrato preparatorio bilateral de promesa. En este caso, una acertada interpretación del precontrato dará como resultado el que las partes no querrán obligarse a efectuar las prestaciones a todo precio, sino sólo a indemnizar a la otra parte los perjuicios que el incumplimiento de la prestación "in natura" le hubiera podido producir.

De la sentencia transcrita resulta que el demandado ya había efectuado un pago parcial del precio. Este hecho nos parece incompatible con la tesis del Supremo Tribunal de que nos encontramos en presencia de un precontrato.

bb) Reglamentación del contrato bilateral de promesa de compraventa en el Derecho español: a) Admisibilidad del mismo. En el Código civil se admite expresamente la licitud de dicho precontrato en el art. 1.451 (1). Esta disposición constituye un desarrollo del artículo 1.589, párrafo 1.º, del Código civil francés, del que "no anda muy lejos", según gráfica expresión de Clemente de Diego (l. c., página 326). Ahora bien: en el Derecho francés se discute de si el artículo 1.589 contempla el contrato unilateral o el contrato bilateral de promesa, o de si disciplina ambas clases de contratos, y parece que el origen histórico del precepto milita a favor de la primera de las tres tesis expuestas (2). No obstante, no es menos cierto que la doctrina francesa refirió desde el principio el mencionado artículo al contrato bilateral de promesa de compraventa (v. Planiol-Ripert, l. c.), y en esta forma pasó la prescripción al Derecho español. La sentencia que tenemos a la vista corrobora esta opinión. b) Reglamentación del contrato bilateral de promesa de compraventa en el Derecho español: En el Derecho francés anterior al Código civil existía una "grosse controverse" (Planiol-Ripert, l. c., núm. 1.406, págs. 523, 524), consistente en saber de si la negación del promitente de cumplir le obligaba meramente a indemnizar al otro contratante o de si podía superarse su negación por una condena judicial sustitutiva de la declaración de voluntad retenida. El Código civil francés resuelve esta discu-

(1) Véase la exposición aun clásica de la materia en Clemente de Diego, *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral* (Madrid, 1919, t. IV, págs. 322 a 335).

(2) Véase en este sentido Planiol-Ripert *Traité élémentaire de Droit civil* (Paris, 1931, t. II, núm. 1.400, págs. 521 y 522).

sión en el segundo sentido, y he aquí el significado de las célebres palabras: "La promesse de vente vaut vente." El desarrollo histórico del artículo 1.451 del Código civil español, expuesto magistralmente en la sentencia transcrita, demuestra que en este punto, y más conforme con el "telos" económico del precontrato de compraventa, el incumplimiento del promitente sólo da lugar a una indemnización de perjuicios y daños. La doctrina establecida por el Tribunal Supremo en nuestra sentencia está en perfecto acuerdo con la del 9 de julio de 1940 (REVISTA CRÍTICA, 1940, págs. 605 y sigs.), que sostiene idéntico criterio en un precontrato de sociedad. Las condenas, frecuentes en la práctica, de otorgar un documento público con arreglo al artículo 1.279 del Código civil, no constituyen una prueba en contrario, ya que las declaraciones de voluntad, engendradoras del contrato, preceden a aquéllas, tratándose en ellas meramente de la formalización de un contrato antecedente. Tampoco puede deducirse un argumento contrario del artículo 1.514, párrafo 2.º, de la ley de Enjuiciamiento civil, puesto que la mal llamada venta en subasta pública es en verdad una expropiación forzosa (1). La doctrina del Tribunal Supremo se ve, finalmente, corroborada por Clemente de Diego, que (l. c., p. 330) se pregunta: "Condenado el promitente a celebrar el contrato definitivo, ¿puede el Juez condenarle a la ejecución de ese contrato definitivo? Esto ya no, porque éste todavía no está formalizado por los interesados y el Juez no puede sustituirse a la voluntad de ellos" (2). Estemos, no obstante, prevenidos contra una posible confusión: una cosa es que el incumplimiento del contrato produce, según la voluntad de las partes, una condena a pagar perjuicios y daños, y otra muy distinta es que el incumplimiento de la condena a hacer algo se interpreta con arreglo a la ley de Enjuiciamiento civil (art. 924, párrafo 1.º, última hipótesis), como opción de pagar perjuicios y daños. Nos hallamos aquí en presencia de la primera hipótesis.

b) Contrato unilateral de promesa de comprar o de vender: Como

(1) Véase REVISTA CRÍTICA, 1942, págs. 113 y 114; sobre la sustitución de una declaración de voluntad por una sentencia, l. c., 1940, págs. 607 y 608

Sustituciones de declaraciones de voluntad por resoluciones judiciales se llevan a cabo en la jurisdicción voluntaria, véanse artículos 2.175 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil.

(2) Bien es verdad que Clemente de Diego exceptúa el caso de una disposición legal contraria y dice: «Parece que se acepta por el Código civil español por el artículo 1.451.» Mas esta concepción es errónea. Tiene relación con el hecho de que Clemente de Diego acerca el artículo 1.451 del Código civil español demasiado al artículo 1.589 del Código civil francés.

en esta hipótesis, a diferencia de la anterior, no existe ninguna duda sobre su posibilidad lógico-psicológica, ya que el contrato de opción es infinitamente más frecuente que el contrato bilateral de promesa de compraventa, podemos iniciar en el acto el estudio de su reglamentación en el Derecho español.

aa) Su admisibilidad: El contrato de opción, expresamente previsto, por ejemplo, en el Derecho suizo (Código civil, arts. 683 y 959; Código de Obligaciones, art. 216), disfruta, sin duda alguna, de carta de naturaleza en el Derecho español, sea sencillamente en virtud del principio de la autonomía de las partes (art. 1.255 C. c.), sea al amparo del artículo 1.451 del Código civil o al del Reglamento del impuesto de Derechos reales (1). Finalmente, merece mención la sentencia del 31 de enero de 1921.

bb) Naturaleza jurídica: La opción existe en dos formas: la opción directa y la opción mediatoria. En ambos casos se celebra un contrato entre el promitente (u optatario) y el que recibe la promesa. En la opción directa, el que recibe la promesa es a la par, necesariamente, el optante, mientras que puede transmitir dicho derecho en la opción mediatoria. Saldaña (l. c., p. 741) defiende esta posibilidad de transmisión y enumera a su favor las opiniones coincidentes de Gayoso y Ossorio. la reglamentación en el Reglamento del impuesto de Derechos reales y el Derecho suizo.

cc) Efectos: no puede caber duda de que los efectos del contrato de opción no pueden ser más fuertes que los del contrato bilateral de promesa, ya que en el último hay intercambio de promesas, mientras que en el contrato unilateral de opción no hay sino una sola promesa. Por tanto, el incumplimiento de la promesa del optatario sólo puede producir la obligación de indemnizar perjuicios y daños, pero nunca la de celebrar el contrato de compraventa mediante condena judicial.

dd) Una llamada de atención: sin entrar en un detenido estudio de la cuestión, queremos hacer hincapié en una dificultad que no nos parece hasta ahora lo bastante indagada: nos referimos al problema de la causa en el contrato de opción. ¿Cuál es la causa de la vinculación del optatario? ¿Con qué derecho puede suponerse la gratuidad de tal promesa? Y si no es gratuita, ¿cuál es la contraprestación? Los

(1) Véanse, por ejemplo, Saldaña: «La opción» (REVISTA CRÍTICA, 1928, 737 y sigs.); Jerónimo González (l. c., 1932, 188 y sigs.); Roca Sastre: *Instituciones de Derecho inmobiliario* (Bosch), 1941, I, págs. 376 y sigs.; Enrique Jiménez Arnáu: *Tratado de Legislación hipotecaria* (Madrid, 1941, I, 108 y sigs.).

partidarios del carácter de la opción como derecho real (Roca Sastre, Giménez Arnáu, l. c.) han de exigir como "forma ad solemnitatem" de la opción gratuita el documento público (arts. 633, 334, número 10, l. c.). De lo dicho bajo cc), puede desprenderse que nosotros consideramos la opción como derecho meramente personal.

SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1943.—*Inhibitoria*.

Al promoverse por la Compañía M. F., en 13 de diciembre de 1941, la cuestión de competencia ante el Juzgado de Primera instancia de Cádiz la tramitación del asunto principal seguido ante el Juzgado de igual clase de Vigo, no había llegado a período de sentencia, constando en dichos autos el planteamiento de competencia tanto por el despacho telegráfico en que lo anunciaba el Juzgado de Cádiz, recibido por el de Vigo en 30 de dicho mes de diciembre, como por la devolución del exhorto dirigido a Cádiz para la notificación personal de la sentencia a la entidad demandada, dando como razón para su no cumplimiento el planteamiento de la cuestión de competencia ante el Juzgado exhortado; de todo lo que aparece que la competencia fué promovida ante el Juzgado de Cádiz mucho antes de dictarse sentencia por el de Vigo y que la situación procesal en que se encontrase el asunto principal, cuando llegó el requerimiento de inhibición, el 15 de abril de 1942, con todos los requisitos exigidos por el artículo 88 de la ley de Enjuiciamiento civil, tuvo su causa en la tramitación de la inhibitoria, y, denegado en un principio por el Juzgado acceder al requerimiento, hubo de ser apelado el auto, y una vez revocado por la Audiencia de Sevilla en 21 de julio de 1942, pudo tener efecto el requerimiento en forma al Juzgado de Vigo.

Según reiterada doctrina de esta Sala, entre otras sentencias en las de 7 de septiembre de 1927 y 5 de junio de 1934, la prohibición del artículo 76 de la ley de Enjuiciamiento civil no se refiere a las inhibitorias propuestas antes de recaer sentencia, y aunque el oficio inhibitorio se haya recibido después, ha de entenderse en beneficio del litigante de buena fe, a quien no pueden ni deben perjudicar las dilaciones propias de la tramitación de la inhibitoria hasta la remisión del oficio de requerimiento con el testimonio y todos los requisitos que exige el artículo 88 de dicha ley, doctrina que no es aplicable al interesado, que por su negligencia dejó que se hiciera firme la sentencia.

SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1943.—*Valor probatorio de los libros mercantiles.*

El documento privado como expresión de un acto constitutivo de obligación, criterio inspirador del art. 1.230 del Código civil y de los demás que el mismo Cuerpo legal dedica a este medio de prueba, es el suscrito por la parte contra quien se alega o por otra persona a su nombre y dirigido a quien lo invoca que una vez reconocido o autenticado por los medios que el Código indica, adquiere rango de prueba plena contra el obligado; y como los asientos de los libros de contabilidad de los comerciantes no reúnen tales condiciones, ya que los contratos no son objeto de asientos en dichos libros, el valor probatorio de éstos, regulado por preceptos especiales, no alcanza a acreditar directamente actos jurídicos, sino hechos materiales de carácter patrimonial.

---

## Tribunal Especial de contratación en zona roja

SENTENCIA NÚM 35, DEL 6 DE NOVIEMBRE DE 1943.—*Relaciones entre el Colegio de Notarios y los mismos.*

Impuesta por el Gobierno rojo a todos los Notarios la obligación de sostener a sus empleados y dependientes en los puestos que ocupaban, y a los Colegios notariales la de satisfacer los sueldos de los mismos en los casos posibles de insolvencia de aquéllos, hubo de acordar la Junta Directiva de Madrid, en sesión de 23 de enero de 1937, ante la ineludible necesidad de hecho a que le sometía el imperio de la anormalidad dominante, y en uso de la facultad que reglamentariamente le asistía como representante y gestor de los intereses corporativos, que el Colegio haría los indicados pagos en calidad de anticipos reintegrables, según pudieran, por los Notarios que lo solicitasen, y al acordarlo así no creó ninguna obligación que al amparo de disposiciones emanadas del poder ilegítimo pesase sobre los Notarios, sino dió facilidades a éstos para que cumpliesen la ya establecida por la disposición a que antes se alude, que aunque notoriamente ilegal por su origen, tenía una indudable realidad coactiva en el tiempo y lugar en los que fué dictada.

SENTENCIA NÚM. 37, DEL 15 DE NOVIEMBRE DE 1943.—*Falta de recursos no produce la nulidad de los negocios hechos para remediarla.*

El actor sustenta su pretensión, relativa a que se declare nulo el contrato de venta de la casa , que otorgaron los litigantes con fecha 28 de mayo de 1938, en la sustancial alegación de haber sido perseguido por sus ideales derechistas y por ocultar el paradero del dueño de la finca que administraba, obligándole a ausentarse varias veces de su domicilio para esconderse, como asimismo en que le fué incautada una finca de su propiedad, dejándole sin recursos, por cuyas continuas necesidades y coacciones e intimidaciones, y en momento en que era más angustiosa su situación, vendió la casa objeto del contrato; hechos éstos que por sí solos, aun en el supuesto de que fuesen reales y ciertos, puesto que en conjunto probatorio no aparece demostrada la falta de recursos económicos del demandante, ni que al tiempo de celebrarse el contrato sufriera persecuciones ni fuese víctima de intimidaciones y coacciones—conforme queda sentado en las apreciaciones aceptadas del inferior—, no son determinantes de ninguna de las circunstancias de anulabilidad de contratos señaladas en el artículo 2.º de la citada ley especial, dado que por el contexto literal de la exposición que de los mismos se hace en la demanda, se entiende de manera clara y terminante que las aludidas coacciones e intimidaciones—alegadas sin expresar los actos en que consistieran, lo que ya impide calificar su suficiencia—lo fueron con absoluta independencia de la celebración del contrato y sin que al logro de ésta tendiesen, e igualmente las necesidades económicas que tuviera el actor no fueron provocadas con la finalidad de que vendiese la casa, y si lo hizo no fué ante presión extraña encaminada a que prestase un consentimiento contrario a su voluntad, sino para atenderlas, lo que si bien sería en todo caso razón o motivo que le indujese a otorgar el contrato, no implicaba que dejasen de concurrir en éste todos los requisitos esenciales para su validez, y siendo ello así, es manifiesto el acierto del inferior al desestimar la demanda y la consiguiente absolución del demandado.

LA REDACCIÓN.



# Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

*Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 3 de junio de 1941.*

LA AUTORIZACIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LO CONTENCIOSO, PREVENIDA EN EL ART. 61 DEL REGLAMENTO DEL IMPUESTO DE DERECHOS REALES PARA COMPROBAR EL VALOR DE LOS BIENES EN LOS CASOS DE ADQUISICIÓN EN SUBASTA PÚBLICA, NO ES NECESARIA CUANDO LOS BIENES SE ADJUDICAN AL ACREEDOR EJECUTANTE POR LOS DOS TERCIOS DE LA TASACIÓN DESPUÉS DE DECLARADAS DESIERTAS LAS DOS SUBASTAS EN EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO ORDINARIO, PORQUE EN TALES CASOS LA ADQUISICIÓN NO SE REALIZA MEDIANTE SUBASTA Y, POR CONSIGUIENTE, ES MEDIO ADECUADO DE COMPROBACIÓN EL VALOR ASIGNADO A LOS EFECTOS DEL ART. 130 DE LA LEY HIPOTECARIA.

*Antecedentes.*—Promovida demanda ejecutiva por la cantidad de 300.000 pesetas de principal y 30.000 para costas, se despachó mandamiento de ejecución y se embargaron bienes, especialmente hipotecados, los cuales habían sido valorados por ejecutante y ejecutado en la escritura de constitución de hipoteca, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 130 de la Ley Hipotecaria, en la cantidad de 390.000 pesetas.

Dictada sentencia de remate se procedió a la ejecución por la vía de apremio, se sacaron a subasta los bienes hipotecados por el valor que en la escritura de hipoteca se les había asignado, y después de haber quedado desiertas las dos subastas, el acreedor demandante pidió que se

le adjudicasen dichos bienes por los dos tercios del valor que había servido de tipo para la segunda y que se ordenase la cancelación de la hipoteca en cuestión y la de las inscripciones y anotaciones posteriores.

En definitiva, el Juzgado acordó la adjudicación por la cantidad de ciento noventa y cinco mil doscientas cincuenta pesetas, y la Oficina liquidadora, al serle presentado el testimonio del auto de adjudicación, practicó comprobación de valores y fijó la base liquidable en pesetas 390.500, que era, como va dicho, el valor asignado a los bienes en la escritura de constitución de hipoteca.

Esta computación de la base liquidable fué impugnada ante el Tribunal provincial alegando que las fincas hipotecadas en 1931 habían desmerecido notablemente hasta el momento de ser adjudicadas en 1939 a causa de deficiencias en el cultivo especial a que venían dedicadas, y que, por otra parte, la comprobación de valores realizada por la Abogacía del Estado no estaba autorizada en el caso por el párrafo 2) del art. 61 del Reglamento; haciéndose más patente el error sufrido si se tenía en cuenta que el valor comprobado se fijó por el señalado para la subasta en la escritura de constitución de hipoteca, según el art. 130 de la Ley Hipotecaria, cuyo precepto no es aplicable al procedimiento judicial ordinario de la Ley de Enjuiciamiento civil. Además se alegó que el ejecutante no tenía el carácter de comprador, sino de adjudicatario, conforme al art. 1.504 de aquella ley procesal, ya que ese precepto no exige la escritura de venta y sí solamente la adjudicación, y en conclusión se pidió que se anulase el acto de comprobación impugnado y se declarase que la base liquidable debía ser el importe de la adjudicación, de conformidad con lo establecido en el párrafo 2) del citado artículo 61 del Reglamento del Impuesto.

Tanto el Tribunal provincial como el Central desestimaron el recurso, diciendo que si bien dicho precepto establece que la base liquidable en las adjudicaciones realizadas mediante subasta pública judicial o administrativa será el precio de adjudicación al adquirente, esto debe ser interpretado en el sentido de que solamente será aplicable cuando la adquisición tenga lugar en la forma de subasta que el mismo precepto establece. Y como el supuesto no se da, ya que la adquisición no se realizó por ese medio, sino como consecuencia de la facultad concedida al ejecutante en el art. 1.505 de la Ley de Enjuiciamiento civil para pedir la adjudicación una vez declarada desierta la segunda subasta, es claro, dice el Tribunal Central, que la Oficina liquidadora aplicó rec-

tamente los artículos 61, párrafo segundo, y 80 del Reglamento al ejercitar el derecho de comprobación sin obtener previamente la autorización de la Dirección de lo Contencioso, puesto que esa autorización es preceptiva sólo cuando se trata de transmisiones realizadas mediante subasta.

Por último, el Tribunal termina diciendo que desde el momento en que la Oficina liquidadora utilizó como medio comprobatorio en una transmisión de finca hipotecada el valor asignado a ella para el caso de subasta por los mismos interesados, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 130 de la Ley Hipotecaria, surge la imposibilidad reglamentaria de que el recurso prospere, porque contra este medio ordinario de comprobación, establecido en el art. 80 del Reglamento, apartado 3), no cabe la alzada, según previene el apartado 7) del art. 85 del mismo Reglamento.

*Comentarios.*—Compartimos la procedencia de la conclusión definitiva a que llega la Resolución que estudiamos, es decir, que creemos que la valoración comprobatoria de la base liquidable fué la procedente reglamentariamente, pero no en fuerza de los dos argumentos empleados, los cuales nos parece que la tienen muy diferente, ya que el segundo es mucho menos concluyente que el primero. Este, siquiera conduzca a una interpretación muy restrictiva del apartado 2) del art. 61, es, sin duda, eficaz, porque lo que ese apartado quiere es que el precio de la subasta sea el que realmente juegue papel decisivo para valorar la transmisión e impida todo otro medio comprobatorio sin autorización de la Dirección general de lo Contencioso, aunque no se nos oculta que a esa interpretación tan restrictiva se le puede oponer el fuerte pero de que el hecho de haber quedado desiertas las dos subastas demuestra claramente que el valor real de las fincas no era ni mucho menos el de la primitiva tasación, ni siquiera el señalado para la segunda subasta. Esto es verdad, pero también lo es que tampoco sería razonable dar por bueno el valor empírico y arbitrario nacido de la aplicación de una norma meramente procesal cual es la del art. 1.505 de la Ley Procesal, y conforme a ella tomar como base las dos terceras partes del valor dado a las fincas para la segunda subasta. Esto, evidentemente, no equivale a la adquisición mediante subasta, prevista en el mencionado apartado 2) del art. 61.

En cambio, el argumento esgrimido en segundo lugar por el Tribunal Central con apoyo en el apartado 7) del art. 85 del Reglamento

es más vulnerable. Dice que el valor comprobado por ciertos medios, y entre ellos el de la valoración dada por los interesados a los efectos del art. 130 de la Ley Hipotecaria, no es recurrible, y así es, en efecto, pero hay que tener en cuenta que esa prohibición no dice ni quiere decir que no se pueda atacar y discutir la licitud del medio empleado para comprobar en un caso concreto como el presente, en el que la discusión se basa en la aplicación de otro precepto reglamentario, para cuya discusión no puede servir de obstáculo el aludido art. 85. Es decir, por ejemplo, que si en una subasta pública se hubiera comprobado, sin autorización de la Dirección acudiendo al mencionado medio de comprobación, es evidente que el contribuyente podría discutir la procedencia de la aplicación de tal medio comprobatorio. El estudio de la jurisprudencia del mismo Tribunal confirma nuestro aserto, y prueba de ello son las variadas Resoluciones dictadas por él sobre las condiciones que se requieren para que el valor asignado a las fincas hipotecadas sea medio ordinario de comprobación aplicable, lo cual quiere decir que su aplicación fué objeto de discusión.

*Resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 17 de junio de 1941.*

A LOS EFECTOS FISCALES NO CONSTITUYE TRANSFORMACIÓN DE SOCIEDAD LA AMPLIACIÓN DE LA ESFERA DE ACCIÓN DE UNA ANÓNIMA SIEMPRE QUE NO IMPLIQUE CAMBIO DE NATURALEZA O DE FORMA NI VARIACIÓN DE OBJETO POR EL QUE SE COMPRENDAN OPERACIONES PROPIAS DE OTRA CLASE DE SOCIEDADES.

*Antecedentes.*—Constituída una sociedad anónima con la denominación "Cooperativa de Fabricantes de Caucho aglomerado", se modificó en una escritura de 1935, en la cual, con el mismo carácter de mercantil anónima, se denominó "Fabricantes de Suelas de caucho aglomerado", y se estableció en los Estatutos que "el objeto principal de esta sociedad será la fabricación y venta de suelas de caucho aglomerado para calzado y cuantas actividades, así industriales como mercantiles, se relacionen con esta industria, pudiendo fundar, adquirir en propiedad o arrendamiento toda clase de establecimientos, maquinaria, primeras materias y útiles destinados a tal fin".

En el año 1940 sufre una nueva modificación, conservando la misma característica de mercantil anónima, y se determina su objeto en los nuevos Estatutos, diciendo que "el objeto principal de esta sociedad será la fabricación y venta de toda clase de artículos de caucho y sus derivados y cuantas actividades, así industriales como mercantiles, se relacionan con esta industria, pudiendo fundar, adquirir en propiedad o arrendamiento toda clase de establecimientos, maquinarias, primeras materias, patentes y marcas y útiles destinados a tal fin".

En la escritura de modificación se ampliaba el capital social, quedando en cartera las acciones correspondientes, y presentada aquélla a liquidación de derechos reales, la Oficina liquidadora entendió que había el concepto fiscal de modificación de sociedad, y giró liquidación por el concepto sociedades sobre la base del capital que la entidad tenía en circulación al acordar la modificación de sus Estatutos.

La liquidación fué recurrida alegando que si bien el apartado 14) del art. 19 del Reglamento del Impuesto declara sujeta al pago la transformación de sociedad por cambio de naturaleza o de forma, por variación de objeto o por ampliación del mismo para comprender en él facultades u operaciones que no sean de las atribuídas a las sociedades de su clase en el Código de Comercio, ello no obstante, el caso discutido no está comprendido en tal precepto, porque ni la naturaleza ni la forma de la sociedad cambiaron, ni tampoco el objeto. Este, dicen los reclamantes, continuó siendo esencialmente el mismo, o sea la fabricación y venta de productos de caucho y cuantas actividades se relacionan con esos productos, como se decía ya en los primitivos Estatutos sociales; y en cuanto a la inclusión en los nuevos de las palabras "patentes y marcas", no supone alteración del expresado objeto social. Por otra parte, continúan diciendo, la modificación discutida tampoco puede considerarse como caso de ampliación del objeto social "para comprender en él facultades u operaciones que no sean de las atribuídas a las sociedades de su género por el Código de Comercio", como dice dicho apartado 14), puesto que dicha modificación no envuelve la constitución de ninguna de las otras clases de sociedades a que se refiere el artículo 123 del Código de Comercio, ni ha ampliado el objeto social a actividades comprendidas en sociedades de otras clases.

Los recurrentes terminaron reforzando su tesis con la cita de varias sentencias del Tribunal Supremo en relación con el caso.

Tanto la Oficina liquidadora como el Tribunal Provincial Econó-

mico Administrativo—aquella al informar—entendieron que era tan amplia la variación del objeto social que constituía un claro caso de transformación, consistente en pasar de la fabricación y venta de suelas de caucho aglomerado para el calzado a la fabricación y venta de toda clase de artículos de caucho y sus derivados.

El Tribunal Central revoca el fallo del Tribunal inferior y dice que el caso no es el de transformación de sociedad comprendido en el mencionado apartado 14) del art. 19 del Reglamento.

En la modificación de que se trata—dice la resolución que examinamos—no hubo cambio de naturaleza o forma, y después examina los otros dos conceptos que, según el aludido apartado, encierran el concepto fiscal de transformación, esto es, el de “variación del objeto” y el de “ampliación del mismo”.

Respecto del primero entiende que el examen comparativo de las escrituras de 1935 y 1940 demuestra que la índole de las operaciones sociales no ha cambiado, puesto que continúan siendo las de fabricación y venta de artículos de caucho, aunque tales operaciones sean más amplias después de la reforma estatutaria; y en cuanto a la ampliación de facultades, tampoco cabe estimarla como productora de acto liquidable, porque tal ampliación no atribuye a la sociedad facultades de distinta índole de las que ya realizaba y propias de cualquiera de las otras sociedades que el citado artículo 123 menciona.

El Tribunal, por fin, analiza las sentencias invocadas y dice que no son de aplicación al caso porque los resueltos en ellas se referían a sociedades constituidas con objeto o negocio determinado, y las modificaciones en ellas introducidas eran trascendentales y comprendían negocios distintos.

*Comentarios.*—Decimos en primer término que esta Resolución resuelve el caso con gran ponderación jurídica y con criterio no tan legalista y fiscal como en otras ocasiones.

El problema está en interpretar el inciso del apartado 14) cuando dice que hay transformación de sociedad “por variación de objeto o por ampliación del mismo para comprender en él facultades u operaciones que no sean de las atribuidas a las sociedades de su clase por el Código de Comercio”.

El artículo de ese cuerpo legal a que el Reglamento se refiere es el 123, y éste califica a las sociedades, por la índole de sus operaciones, en siete grupos definidos específicamente, pero tras ellos comprende en el

último apartado "otras especies de sociedades, siempre que sus pactos sean lícitos y su fin la industria o el comercio"; y de aquí nos parece que surge una grave dificultad para interpretar el aludido inciso del Reglamento, porque dentro de esas "otras especies" cabrán innumerables sociedades que no sean ninguna de las de los siete números precedentes, y que, aunque varíen de objeto o lo amplíen no realizarán operaciones "que no sean de las atribuidas a las de su clase por el Código de Comercio".

La dificultad no parece baladí y no tiene otra solución que separar los conceptos "variación de objeto" y "ampliación de facultades", entendiendo por variación el cambio radical de objeto y por ampliación liquidable no la que se refiere simplemente a comprender los negocios primitivos y otros nuevos más o menos relacionados con los anteriores, sino la que entre esos negocios nuevos abarca alguno de los contenidos en esos siete primeros números o grupos del art. 123 del Código.

Según eso, la fabricación de caucho para suelas del calzado, extendida después a cualquiera otra finalidad, como en el caso propuesto, no producirá acto liquidable de transformación de sociedad, pero sí lo producirá si en vez de seguir aquella fabricación se dedicase a otra actividad, aunque no fuese de las específicas que ese art. 123 señala.

JOSÉ M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ-VILLAMIL.  
Abogado del Estado y del I. C. de Madrid

## Segunda Semana de Derecho Aragonés

Una de las virtudes más destacadas de los aragoneses es la de la perseverancia. La literatura fácil de todos los géneros—del chascarrillo hasta el teatro—llama a esta virtud, peyorativamente, testarudez, obstinación, tozudería. No es cosa de hacer aquí un ensayo sobre el error o el acierto de estos calificativos al hacer la reseña de la Segunda Semana de Derecho Aragonés. Si hablamos de perseverancia, es para poner de relieve el éxito y el interés que ha acompañado las reuniones del pasado verano en Jaca, muy superiores, a los de 1942, en que se celebró la Primera Semana. Es, desde luego, el primer paso, el más difícil. Pero ¡cuántos esfuerzos quedan estancados después de este primer paso!

Los jurisconsultos aragoneses han dado ya el segundo, y con firmeza. De la perseverancia de la región cabe esperar la continuidad en esta labor, que no es, como pudiera parecer a muchos observadores superficiales, una tarea separatista o excesivamente localista. Ninguna región con más espíritu de unidad nacional, desde Don Fernando el Católico hasta aquí, que la aragonesa. Pero el sincero propósito unificador no impide que se estudien y se estimen las instituciones del Derecho aragonés—acaso el más original entre los peninsulares—y que se cuente con sus aportaciones para la unificación total del Derecho civil patrio, si tal es la finalidad que apetece la política legislativa actual.

\* \* \*

Presidió las sesiones de la Segunda Semana el catedrático de Derecho y rector de la Universidad cesaraugustana, D. Miguel Sancho Izquierdo, que pronunció el discurso inaugural. El de clausura estuvo a cargo del catedrático de la Universidad de Madrid y académico de la de Ciencias Morales y Políticas D. José Gascón y Marín, quien disertó sobre “El Derecho aragonés y el nuevo orden internacional”.



El núcleo principal de la Semana (sin que esta afirmación suponga demérito para las comunicaciones presentadas, interesantes casi todas y todas ampliamente discutidas y debatidas) lo constituyó la información hecha por D. José Lorente Sanz y la ponencia oficial de los señores Palá Mediano (notario) y Martín-Ballesteros (fiscal).

"Avance del resultado de la encuesta sobre la observancia actual del Derecho civil aragonés", por el abogado del Estado Sr. Lorente Sanz.

Este mismo ponente leyó en la sesión inaugural de la Primera Semana del Derecho Aragonés una comunicación titulada "Idea de una encuesta sobre observancia actual del Derecho civil aragonés". El proyecto que encerraba esta comunicación fué bien acogido en la Primera Semana, y, como consecuencia, el Consejo de Estudios de Derecho aragonés asumió la tarea de realizarla, nombrando ponente para dirigirla al propio Sr. Lorente.

Se redactó un cuestionario con 146 preguntas, que se dirigió a los profesionales del Derecho residentes en Aragón.

El Sr. Lorente da cuenta somera de las respuestas recibidas y anticipa, como avance del resultado de la encuesta, que ha proporcionado considerables e importantes datos inéditos sobre nuestra vida jurídica.

La encuesta sigue abierta. "Hay que ampliarla en número de contestaciones, mejorarla en su contenido, renovarla, depurarla." "La encuesta, pues, se perfeccionará y constituirá, durante cierto tiempo, un instrumento vivo de investigación." "Porque una consecuencia de este trabajo de la encuesta, que algunos habrán calificado de mero pasatiempo y otros de ridícula pedantería, es que nos hemos convencido de que esta forma de investigación jurídica no sólo es viable, sino fecunda, y que es posible extenderla a otros campos distintos del Derecho foral, dentro de Aragón, como el Derecho de Aguas, el régimen de arrendamientos y explotaciones agrícolas, etc., y aun a otras esferas de hechos sociales distintas de la jurídica. Y quiero creer que podría ensayarse fuera de Aragón, en otras regiones, con igual o mayor fruto."

La ponencia oficial de los Sres. Palá y M.-Ballesteros respondía al tema "El sujeto de derecho en el ordenamiento jurídico aragonés", de una gran amplitud. Al desarrollarlo ampliamente (la ponencia constituye un folleto de 70 páginas en 4.º mayor), se ha expurgado con meticulosidad las fuentes del Derecho aragonés y se ha examinado minuciosamente las opiniones de los comentaristas.

Así resulta en cuanto al sujeto individual un trabajo sumamente

completo, en que se estudian los *status* (*libertatis, civitatis, familiæ*), que aunque nos parezcan hoy, en lo relativo al *status libertatis*, como un delicioso anacronismo, habida cuenta del cambio producido en las condiciones sociales, son muestra de cómo se entendió siempre y se exaltó en Aragón la libertad civil.

Por lo que se refiere al *status familiæ*, recordar hoy las disposiciones del Derecho aragonés tiene una enorme actualidad, pues la familia tiende a convertirse en uno de los núcleos fundamentales de la vida política, y sabida es la robustez que la familia tuvo en el Derecho aragonés, que matizó perfectamente las jerarquías y los derechos familiares de los diversos componentes del grupo (a cuyo estudio dedica especial cuidado la ponencia), señor o jefe, hijos, mujer, parientes célibes, otros parientes hijos no legítimos (adoptados, donados y criados).

Examina la ponencia las cuestiones relativas a regionalidad, comarcalidad o vecindad. Y entre las circunstancias que afectan a la capacidad estudia la edad, el sexo y la ausencia con todo detalle y mayor amplitud que la que dedica a otras causas modificativas (enfermedad, prodigalidad, crimen o delito y religión no católica).

En la consideración del sujeto colectivo, y a pesar de que la doctrina de las personas jurídicas es de formación relativamente reciente, se estudian como sujetos colectivos las comunidades o *consorcios* típicos del Derecho aragonés: el consorcio conyugal, el foral y el doméstico. Estos dos últimos aparecen claramente diferenciados en su origen y en su extensión, aunque se ponga de relieve la existencia entre los tres consorcios de elementos comunes, de los que acaso el mayor interés es el de que la titularidad de los bienes consorciales corresponde colectivamente a todos los consortes, sin atribución de cuotas ideales o partes intelectuales.

Más de treinta semanistas concurrieron a la discusión de esta ponencia, a la que se dedicó un buen espacio de tiempo en cada sesión de la Semana.

\* \* \*

Damos a continuación una breve referencia (no cabe otra cosa en los límites de esta crónica) de las comunicaciones presentadas y discutidas.

ALFONSO GARCÍA GALLO: *Las observancias de Jacobo del Hospital.*

El Consejo de Estudios encargó al Sr. García Gallo, profesor de Historia del Derecho en la Universidad de Valencia, una conferencia sobre Jacobo del Hospital, ilustre jurisconsulto zaragozano que floreció en la primera mitad del siglo XIV, fué lugarteniente del Justicia y autor de unas observancias que gozaron de gran renombre.

El conferenciante, que ha transcrito íntegramente la obra de Micer Jaime Espital, dió a conocer su contenido y valor y la preparación científica del autor.

El *Anuario de Historia del Derecho español* publicará en breve un trabajo extenso del Sr. García Gallo sobre la materia.

LUIS MARTÍN-BALLESTEROS Y COSTEA: *El problema metodológico en el Derecho aragonés.*

El comunicante sugiere la idea de formular unas normas de investigación para que todos los estudiosos de nuestro Derecho tuvieran un solo método de trabajo.

De entre las distintas escuelas metodológicas, escoge el autor como más adecuada la llamada "jurisprudencia de intereses".

"A la restauración del viejo cuadro de nuestro histórico Derecho aragonés, repintado en el Apéndice foral, debemos previamente establecer un método que determine si deben llenarse los claros y barbarismos libremente y por quien quiera ("vel æquitatem ad naturalem sensum"), o por quien diga matemáticamente las líneas interrumpidas (lo que el texto dice o debe decir), o por quien mejor opere con conceptos (jurisprudencia constructiva), o mejor aún, por quien llene aquellos huecos y haga resaltar la pintura extraña con líneas y tonos acordes a la época y situación en que el cuadro se restaura."

JUAN MUÑOZ SALILLAS: *Consideraciones sobre la codificación en Aragón.*

El comunicante hace una crítica del Apéndice aragonés al Código civil y lamenta se haya derogado el cuerpo legal de fueros y observancias por un texto fragmentario y lleno de lagunas que, sin respetar los principios tradicionales, no nos aproxima al Código civil.

Propugna articular de nuevo nuestra legislación foral con las instituciones que deben quedar vigentes, y que sea nombrada al efecto una ponencia integrada por abogados aragoneses.

JOSÉ LORENTE SANZ: *Proyección de la mayoría de edad aragonesa en las relaciones de Derecho público.*

Muchos de los problemas que trata esta comunicación han perdido actualidad por la promulgación de una ley sobre unificación de la mayoría de edad. Pero quedan muchos en pie, y en todo caso una magistral exposición de principios que siempre será útil.

Interesa reproducir del trabajo del Sr. Lorente algunos fragmentos que fijan exactamente la posición del Consejo de Estudios, que dirige.

"Ambicionamos la unificación del Derecho español como un "desideratum" que no discutimos, y entendemos el Derecho foral como punto de arranque para estudiar materiales y fórmulas que puedan aportarse al Derecho español unificado. Pues bien: en la unificación de las normas sobre mayoría de edad de los españoles podrá aprovecharse la posición aragonesa, caracterizada por la *anticipación*."

"Más arriba se ha aludido ligeramente a la actual sobreestimación de los valores juveniles. Importa tanto al Derecho público como al Derecho privado español recibir en sus textos legales dicha tendencia. Hay un territorio, dentro de la Nación, que le ofrece su experiencia multisecular en esta materia. Estamos, pues, en presencia de una institución aragonesa que puede ser acogida en la legislación general."

"Y aceptada la tesis de que no hay motivo para que sea una la mayoría de edad de Derecho público y otra la de Derecho privado, la proyección de la mayoría de edad aragonesa habrá conseguido su máximo alcance en el Derecho patrio."

JULIO ORTEGA SAN IÑIGO: *Ut minor XX annorum.*

Extraemos de la comunicación del Sr. Ortega los siguientes fragmentos, que tienen ahora más actualidad:

"Es muy interesante esta institución aragonesa de la mayoría de los catorce años, porque tal y como se practicó en Aragón en los tiempos más remotos, podría trasplantarse a toda España."

"La mayoría de edad, como la viudedad y otras instituciones de

nuestro antiguo Derecho, todavía aparecen hoy, a pesar de su vejez, tan atrayentes, que si llega a realizarse el sueño de que unas mismas leyes rijan en todo el territorio nacional, abrigamos la confianza de que figurarían en el Código general que se hiciera, porque están muy de acuerdo con ese algo inconfundible que es común a todos los españoles y flota sobre todas las diferencias que se quiera atribuirles por su geografía o por su historia, que es hoy la de toda España por la feliz unión de los Reyes Católicos."

LORENZO VIDAL TOLOSANA: *La edad para el ejercicio legal del comercio.*

Pregunta el comunicante: los aragoneses que por haber cumplido los veinte años ostentan plena mayoría de edad y capacidad civil completa, ¿podrán ejercer el comercio antes de los veintiuno?

El Sr. Vidal propugna la solución afirmativa.

El problema desaparece con la nueva ley, que unifica la mayoría de edad en España. Es interesante recordar, como hace el autor, que el Código de Comercio de 1829 fijó la mayoría mercantil en los veinte años, pues tratando de unificar la edad para ejercer el comercio, buscó entre los diferentes Derechos hispánicos la edad más baja para evitar problemas como el estudiado por el Sr. Vidal Tolosana.

FRANCISCO PALA MEDIANO: *Los señores mayores en la familia alto-aragonesa.*

El nombramiento de heredero (institución hereditaria contractual) aparece y persiste en los protocolos notariales del Alto Aragón desde hace varios siglos, conservando, a través de las mixtificaciones de una técnica muchas veces impropia, sus rasgos fisonómicos fundamentales.

Los instituyentes se reservan casi siempre "el señorío mayor, el usufructo y la administración de sus bienes."

Algunos niegan a la frase *señorío mayor* todo contenido jurídico y la hacen equivalente a la reserva de los derechos de usufructo y administración. (Proyectos de Apéndice aragonés de 1904 y 1923.)

"No podemos admitir—dice el comunicante—que una frase usada tradicionalmente durante siglos carezca de sentido, y no podemos negárselo por la única razón de que no responda a la terminología del

Derecho justiano que domina aún en la enseñanza y en la dogmática del Derecho moderno."

Limita el autor su estudio a la investigación de la naturaleza del *señorío mayor*, como una aportación al estudio de la institución hereditaria contractual en Aragón, y estudia las necesidades económicas y sociales que satisface el nombramiento de heredero y que justifican la persistencia de la institución. Explica cómo estas necesidades no pueden satisfacerse con la donación en ninguna de sus formas de donación *reservato usufructo*, donación condicional, donación *si voluero* y otras especies de la *donatio omnium bonorum* del Derecho justiniano.

La institución se presenta en la vida jurídica con modalidades varias y casi siempre unida a otros pactos o instituciones en correspondencia más o menos fuerte. El pacto o modalidad más común es la vida en *consorcio* de instituyentes e instituido, atribuyendo a éste una participación en la dirección del patrimonio familiar.

La posición jurídica del heredero contractual en el consorcio altoaragonés recuerda al autor las figuras del *rex designatus* del Derecho franco y del obispo coadjutor con derecho de sucesión en el Derecho canónico.

Analizando la situación jurídica de instituyentes e instituido y los derechos y obligaciones nacidos del consorcio familiar, llega, entre otras, a las siguientes conclusiones:

"El señorío sobre los bienes de un patrimonio objeto de nombramiento de heredero en contrato es la titularidad del dominio, no un derecho real en cosa ajena."

"El señorío mayor, que supone la existencia de una comunidad familiar (consorcio doméstico), comprende la jefatura de la familia (autoridad sobre todos los consortes), y la titularidad dominical, sobre todo el patrimonio familiar."

"La reserva del señorío mayor en el nombramiento de heredero revela la existencia de una institución hereditaria contractual y rechaza la calificación de donación." "Por el contrario, la reserva del derecho de usufructo y de la facultad de administrar, sin retención del señorío mayor, indica la posible existencia de la donación en sus diferentes formas o modalidades."

PEDRO DE LA FUENTE PERTEGAZ: *La tutela legítima en Aragón. Pluralidad tutelar en Aragón.*

Las comunicaciones del Fiscal del territorio de Zaragoza tratan de llevar el principio de *troncalidad* a la organización de la tutela en Aragón, aplicando los residuos que han sobrevivido en el Apéndice del antiguo cuerpo legal de fueros y observancias.

Sus conclusiones son muy prácticas y aleccionadoras para los Juzgados municipales, ante los cuales se constituyen los organismos tutelares.

JOSÉ MARÍA DE LASALA SAMPER: *La inmutabilidad del régimen económico matrimonial aragonés en el tiempo y en el espacio.*

El comunicante plantea las siguientes conclusiones:

a) ¿Debe aplicarse la legislación anterior al Apéndice sobre régimen económico conyugal a los matrimonios contraídos antes de la entrada en vigor?

b) ¿Debe aplicarse la ley regional o foral que tuviera el marido al tiempo de contraer matrimonio al citado régimen económico, aunque haya variado su vecindad o regionalidad posteriormente?

Estudia el comunicante tales problemas—muchas veces olvidados por los prácticos—en la doctrina y en el Derecho positivo, sosteniendo las soluciones afirmativas.

“El régimen económico del matrimonio—dice—es una situación jurídica absolutamente indivisible o que no puede dividirse sin incurrir en verdaderos contrasentidos jurídicos, y aunque sólo sea por esto, hay que presumir en el legislador la intención de mantener para esta clase de situaciones la vigencia de la ley anterior, abrogada para mientras dure la situación en curso.”

Distingue el Sr. Lasala el estatuto legal y las leyes contractuales, y afirma que la regla de supervivencia de la ley antigua o de la ley del matrimonio afecta solamente a las citadas leyes contractuales, entre las cuales no pueden incluirse las disposiciones que se refieren simplemente al “modo de ejercicio” de los derechos establecidos o derivados del contrato o a los “efectos del contrato para terceros”.

MANUEL DE LASALA LLANAS: *La viudedad aragonesa en el Derecho interregional.*

La autoridad del profesor Lasala da gran valor a las siguientes conclusiones de su trabajo, que le parecen incontestables:

1.º El cónyuge viudo aragonés tiene viudedad sobre bienes del premuerto sitos en territorios o provincias de diferente legislación civil.

2.º No la tiene el cónyuge viudo no aragonés sobre bienes raíces del premuerto, aunque estén sitos en Aragón.

El prestigio del tratadista aragonés Franco de Villalba, cuando la doctrina estatutaria aún dominaba por completo en el Derecho internacional privado, ha mantenido en muchos casos la tesis contraria.

SANTIAGO PELAYO HORE: *Problemas de la viudedad foral.*

Estudia el Sr. Pelayo la naturaleza jurídica, histórica y actual de la viudedad; la viudedad y el Registro de la Propiedad; la viudedad y las alteraciones del régimen económico del matrimonio.

Resume la primera parte de su estudio en la siguiente conclusión: la viudedad foral, expectante o consumada, tiene eficacia extraterritorial y corresponde a los aragoneses aun cuando las fincas estén sitas fuera de Aragón.

En la segunda parte examina el autor los conflictos que se presentan entre la *reserva legal* del derecho expectante de viudedad y la falta de publicidad registral de tal derecho.

Estima que la reserva es un caso de publicidad legal que debe prevalecer en principio contra el contenido negativo del Registro; pero ante las dificultades que surgen en la práctica (nosotros diríamos más bien el desconocimiento del Derecho aragonés), propone establecer en relación a *tercero* presunciones favorables o contrarias a la viudedad no inscrita.

Acaba el apartado tercero de su comunicación con la conclusión de que el régimen económico del matrimonio se regula por la ley del marido y varía al variar tal ley. Reconoce el Sr. Pelayo que la doctrina predominante es contraria a su tesis, pero se mantiene en ella por razones prácticas y fundamentalmente por la dificultad de conocer en un momento dado el régimen económico de determinado matrimonio.

Propone que en el documento de identidad que ha de sustituir a la



cédula personal se haga constar el régimen común o foral del interesado.

La propuesta tuvo favorable acogida, ampliada con la de creación de un registro central de regímenes matrimoniales.

LEONARDO CAMÓN AZNAR: *De la extensión de la viudedad legal a todos los frutos pendientes de recolección al fallecimiento del cónyuge premuerto.*

El Cuerpo legal de Fueros y Observancias y el Apéndice foral consideran comunes y sujetos a división los frutos *aparentes* (la oliva en flor, la mies en yerba y la uva en agraz) y los pendientes al tiempo de disolverse la sociedad conyugal.

Al comunicante le parece dudosa tal interpretación del Derecho antiguo, y propone la reforma del Apéndice para recoger la tesis que resulta del título de su comunicación.

FEDERICO HUERTA SAN JUAN: *Usufructo viudal en establecimientos mercantiles e industriales.*

Observa el comunicante que aun en los casos de viudedad legal (reducida a los bienes inmuebles) sigue el cónyuge sobreviviente al frente del establecimiento mercantil o industrial.

Propone el autor dar el carácter de sitios o raíces a tales establecimientos, con lo que se manifiesta una vez más el deseo de extender la viudedad aragonesa a todo el caudal del cónyuge premuerto.

JESÚS ACEDO: *Notas sobre el "agermanamiento" o casamiento al más viviente.*

El pacto aparece en las capitulaciones en estos o parecidos términos:

"Si uno de los capitulantes falleciere sin sucesión el sobreviviente será heredero universal de todos los bienes del premuerto; pero si hubiere hijos del matrimonio, uno de ellos será el heredero, aquel que el padre y la madre designen, o el que de ambos cónyuges sobreviva. Si los dos fallecieren sin hacer la designación, ésta será realizada por dos parientes varones de cada rama, resolviendo en caso de discordia el Párroco del lugar."

¿Cuál será la situación jurídica que se produzca en el caso de que el hijo único habido en el matrimonio fallezca en estado de soltero

y abintestato con posterioridad a uno de los padres sobreviviéndole el otro?

El comunicante sostiene, para el caso que plantea, la eficacia del agermanamiento.

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO: *Notas para el estudio de la "promissio sine causa" en los Fueros de Aragón.*

Modestamente titula el joven letrado Sr. Lacruz su comunicación, que es un acabado y minucioso estudio del negocio jurídico abstracto en el Derecho aragonés.

Poco se ha hecho sobre el derecho de obligaciones en el medioevo español y menos en Aragón, donde parece que nuestro antiguo ordenamiento tiene grandes lagunas.

El trabajo del comunicante demuestra el ancho campo abierto a los investigadores y el olvido padecido en el Cuaderno foral, que no contiene precepto alguno sobre la materia.

Ni la promesa verbal de donar, obligatoria mediante la prueba de la justa causa, ni la promesa abstracta han pasado al Apéndice.

El autor sigue con gran competencia la evolución de estas dos instituciones en Aragón y defiende la validez de la promesa abstracta en el Cuerpo legal derogado, impugnando la tesis de la anulabilidad en base a la inexistencia o ilicitud del negocio fundamental defendida por Riera ("La promesa abstracta de deuda en el antiguo Derecho de Aragón". *Revista de Derecho privado*, XXVI, pág. 43).

El trabajo del Sr. Lacruz revela una sólida preparación para la investigación jurídica y una vocación decidida por este género de estudios.

LEONARDO CAMÓN AZNAR: *Del derecho a exigir la colocación de rejas y redes en las ventanas o huecos de pared medianera.*

Sigue el autor la doctrina dominante de que tal derecho no prescribe nunca y de que hace falta un *acto obstativo* para que se inicie el término de prescripción adquisitiva de una servidumbre voluntaria.

LORENZO VIDAL TOLOSANA: *Retracto gentilicio en Aragón. Cuestiones prácticas.*

Muy interesantes las planteadas y resueltas por el comunicante.

Es original la planteada para resolver si la fecha de la anotación

preventiva en el Registro de la Propiedad por defecto subsanable es equivalente a la inscripción para determinar el comienzo del plazo del retracto. El autor se inclina por la solución afirmativa, basándose en que la anotación es una inscripción *potencial* y que publica el acto con todas las circunstancias de la venta y en el propio *lugar* donde debiera ser practicada la inscripción.

AURELIO IBÁÑEZ CEREZO: *La legítima foral.—Minimum de ella.*

El notario de Caspe se pregunta cuál es el *mínimum* de la legítima foral, pues en algunos testamentos autorizados por Párroco se señala a algún hijo la legítima foral, sin expresión de cantidad o bienes, y muchas veces los testadores manifiestan en sus instrucciones que se proponen dejar a un hijo “lo menos que permita la ley”.

La legítima de los diez sueldos jaqueses (cinco por muebles y cinco por sitios) es simplemente una frase expresiva de la libertad de testar.

El autor pide la fijación del *mínimum* de legítima, y hace cálculos en relación al valor actual de la moneda y su poder adquisitivo.

AURELIO IBÁÑEZ CEREZO: *El testamento mancomunado.*

En la I Semana, el Sr. Lorente Sanz presentó una comunicación sobre el mismo tema, que constituye una monografía completa y acabada.

El trabajo del Sr. Ibáñez Cerezo plantea problemas prácticos que le sugiere la práctica diaria de su profesión de Notario.

MANUEL GARCÍA ATANCE: *Revocación del testamento mancomunado.*

Califica de monstruoso el art. 19 del Apéndice foral, que “no solamente no es aragonés, sino que es contrario al Derecho aragonés, y que ha sido concebido con tanta desgracia que deja sin garantía lo que quiere garantizar y sin auxilio ni amparo muchas veces a quienes quiere proteger”.

Propugna la vuelta al Derecho antiguo en la materia objeto de su trabajo.

FELIPE ARAGÜES PÉREZ: *Troncalidad y legitimidad.*

Sostiene la tesis de que la sucesión troncal aragonesa supone necesariamente la legitimidad de la línea parental que la motive.

FELIPE ARAGÜES PÉREZ: *Algunas consideraciones sobre la regla 4.ª del art. 39 del Apéndice foral.*

La regla que comenta el comunicante ha limitado de manera extraordinaria el principio de troncalidad en la sucesión intestada. Se atiende solamente a la persona de quien el causante hubo los bienes, prescindiendo de transmisiones anteriores.

El autor plantea el problema en las instituciones recíprocas de los cónyuges aragoneses, con disposición de *residuo* a favor de otras personas.

MANUEL SOLANO NAVARRO: *Tres cuestiones prácticas sobre legítima y aseguramiento de dote.*

ENRIQUE GIMÉNEZ ARNAU  
Registrador de la Propiedad.

# V A R I A

ERNST BELING: *Derecho procesal penal*. (Trad. por Miguel Fenech. Labor. Barcelona, 1943, págs. 437.)

Al catedrático de la Universidad de Granada, Miguel Fenech, debemos la pulcra traducción de la obra clásica de Beling. La edición española ha sido enriquecida por informaciones de Heinrich Henkel acerca de innovaciones del Derecho procesal alemán (1), por un prólogo de Leonardo Prieto, y "last not least" por anotaciones de Fenech, que arrojan luz sobre uno y otro punto teórico importante, esbozando a la par siluetas del Derecho procesal penal patrio.

Destaquemos en lo que sigue unos puntos de vista interesantes del catedrático de Munich. El "*objeto procesal*" es el asunto de la vida en torno del cual gira el proceso y cuya resolución (mediante decisión sobre el fondo) constituye la tarea propia del proceso. El objeto procesal es meramente algo pensado, un asunto hipotético, ya que la realidad de tal objeto es el tema del proceso. La teoría del objeto procesal es de gran importancia práctica, sobre todo en la cuestión de la litispendencia y en la de la cosa juzgada. Para delimitar, por ejemplo, debidamente el alcance del principio "ne bis in ídem", hay que saber lo que ha sido objeto del primer proceso penal. En el problema de los *presupuestos de la acción*, Beling distingue, en primer lugar, el "jus procedendi" y el "jus puniendi" y correlativamente los supuestos de la perseguibilidad y los de la punibilidad. "El derecho a la acción penal es completamente diferente del "jus puniendi" (que pertenece al Derecho penal material). Se distinguen: a) Respecto a los presupuestos porque

(1) Anotemos la última novedad la ley del Reich sobre los Tribunales de Menores del 6 de noviembre de 1943. (Véase sobre la misma Klemer, en *Deutsches Recht*, 1943, páginas 1161 y sigs.)

depende de las condiciones formales de la perseguibilidad y sólo de éstas, mientras que el "jus puniendi" depende sólo del acto punible y de las condiciones de punibilidad. b) Respecto al contenido, porque el derecho de la acción penal no se encamina hacia la pena, ni siquiera hacia una actividad condenatoria del tribunal, sino meramente hacia el desarrollo reglado, a que se dicte una resolución judicial sobre el objeto procesal. Por razón del derecho a la acción penal, el Estado "qua" tribunal está obligado a comunicar al querellante si el inculcado es punible. Esta obligación se cumple mediante una actividad encaminada a la decisión sobre el fondo; luego, por la resolución misma, prescindiendo de si es condenatoria o absolutoria. c) La persona obligada frente al titular del derecho a la acción penal no es el "autor" o el inculcado. Ambos no son ni siquiera capaces de satisfacer el contenido del derecho a la acción penal. El deudor es más bien el mismo Estado "qua" tribunal, único que reúne condiciones para proceder contra el inculcado. d) El titular del derecho a la acción penal puede ser diferente del titular del "jus puniendi". En los delitos perseguibles sólo a instancia de parte (y que no deben confundirse con los "delicta privata"), el Estado es el titular del "jus puniendi", mientras que el derecho a querellar lo posee una persona particular. A consecuencia de la separación entre punibilidad ("jus puniendi") y perseguibilidad (derecho a la acción penal), existe la posibilidad de que un inculcado sea perseguible, pero no punible, y viceversa (ps. 72, 73). En segundo lugar distingue Beling, dentro de las condiciones de la perseguibilidad, los requisitos atinentes al proceso concreto, llamados "presupuestos procesales" (en sentido estricto), y los demás, denominados "presupuestos para el derecho a la acción penal" (en sentido estricto). La estructuración del proceso penal puede obedecer a diferentes principios: el principio acusatorio y el principio de investigación oficial. "El primero condiciona la intervención del poder estatal a una solicitud particular de protección jurídica (sea de parte de la víctima o de otra persona legitimada de manera determinada, sea "cujuslibet ex populo": acción popular). Puede hablarse, por tanto, del "principio de iniciativa particular". El principio de investigación oficial exige la intervención estatal de oficio. Dentro del ámbito de principio de investigación oficial se distingue si la intervención estatal debe ser judicial (principio inquisitivo) o si ha de establecerse una autoridad estatal especial como encargada de

las acusaciones, siendo ésta la que exija de los tribunales la protección jurídica (principio acusatorio formal, o principio de investigación oficial mediante acusación formal). El principio inquisitivo se opone rigurosamente al principio acusatorio. El principio de investigación formal con acusación formal se asemeja al principio acusatorio, de modo que en ambos el tribunal debe esperar una súplica; diferenciándose de él por el hecho de que la misma comunidad organizada se encarga del papel de acusador" (24, 25). La sutil distinción entre *testigos* y *peritos* halla en Beling un diáfano tratamiento: "Las declaraciones de terceros, de que hace uso el tribunal, pueden ser: 1.º De naturaleza sencilla: comunicación de un hecho percibido, y 2.º De naturaleza compleja: declaración sobre un hecho, no a base de percepciones, sino a base de una conclusión de normas de experiencia. La primera clase de declaración se denomina "testimonio"; la segunda, "dictamen". Las funciones procesales respectivas se llaman "testigos" y "peritos" (p. 223).

Reiteramos nuestra alegría sobre el hecho de que, por medio de la traducción que tenemos a la vista, la vida científica de Ernst Beling —hasta ahora conocida en España sólo desde el punto de vista penal— se abra al público español también desde el ángulo procesal penal.

DR. PASCUAL MARTÍN PÉREZ: *Sobre la naturaleza jurídica de la posesión en el Derecho español.*

Si la posesión ha sido comparada con Proteo, por la facilidad con que cambia de figura, la discusión sobre su naturaleza sigue, como en los buenos tiempos romanistas, atrayendo sobre todo a los jóvenes que se atreven a enfocar con entusiasmo los problemas no resueltos por los juristas de mayor renombre.

La posesión está apoyada en hechos materiales, o, si se quiere, en fenómenos sociales, pero coloca al poseedor en una privilegiada situación jurídica (*Rechtsposition*), favorece la adquisición de unos derechos, el ejercicio de otros y la transmisión de los llamados reales; engendra presunciones de gran alcance sustantivo y procesal; sustituye lo sustancial por las apariencias, y, lo que es más grave, se transmite *inter-vivos* y *mortis-causa*; cuenta con protecciones específicas; es amparada con acciones peculiares o con las que se ejercitan contra el

enriquecimiento torticero ¿Qué la falta para ser ella misma un Derecho?

Para el autor , todo. La distancia lógica o conceptual entre ambos es infranqueable. "Los imperativos jurídicos—dice—son condicionados, o sea que presuponen para su aplicación ciertos estados de hecho, que en este caso son los provocados por el hecho de posesión, protegido jurídicamente, pero cuya protección no la convierte por sí sola en un Derecho. Hay posesión allí donde hay una situación de hecho suficiente para establecer la independencia económica del poseedor. Dicha situación de hecho (el texto coloca estas palabras entre dos comas, que acaso sobren) se enlaza, por lo general, con un título jurídico que la caracteriza; pero también puede enlazarse con un puro acto de violencia o de resistencia."

En cuanto al engañador aspecto procesal, no se debe "confundir el hecho o derecho engendrador de la acción con la tutela definitiva o meramente provisional, como en nuestro caso, que le sea concedida por el Derecho objetivo."

El artículo, publicado en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (septiembre de 1943) y luego en impresión separada, tiene la limpieza y gracia de los años juveniles, así como la sólida erudición de los buenos estudiantes.

LA REDACCIÓN.