

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XIX

Agosto de 1943

Núm. 183

Breves reflexiones sobre el dogma de la inscripción ⁽¹⁾

El principio llamado de la inscripción es uno de los más importantes dogmas registrales. A través de su realización se consigue lógica y cumplidamente esa garantía de seguridad en el tráfico jurídico inmobiliario que se nos ofrece como el fin primordial que persiguen los modernos sistemas de publicidad. Si el Registro de la Propiedad es el órgano ejecutivo del nuevo régimen jurídico inmobiliario, para que este órgano desarrolle su función eficazmente es indispensable atribuirle como primera y esencial facultad la de someter a la esfera de su específica soberanía a ese tráfico inmobiliario, para garantizar y fortalecer el cual ha sido creado. Todo el comercio jurídico sobre inmuebles ha de proyectarse sobre el Registro; debe verse reflejado a través de la registración, entendida en su técnico concepto de expresión formal y auténtica que en los libros del Registro existe de aquellos hechos jurídicos que son generadores de la constitución, modificación, transmisión o extinción de los derechos reales sobre bienes inmuebles. Cabe, pues, en consecuencia, la siguiente formulación racional del principio de inscripción en su más abstracta consideración de dogma: *la inscripción es un presupuesto necesario del tráfico jurídico inmobiliario.*

Sabido es que el moderno Derecho inmobiliario es una rama del Derecho civil cuyo contenido lo integran adecuadas medidas de se-

(1) Pese a la abundante literatura que sobre el tema se ha producido, en gran parte recogida por las ilustradas páginas de REVISTA CRÍTICA, es muy cierto que su relevante y trascendental importancia le hace en cualquier momento de una elocuente actualidad. A mayor abundamiento, la Prensa diaria recoge y comenta estos días plausibles ansias renovadoras de nuestra legislación inmobiliaria, entusiastamente alentadas desde el Ministerio de Justicia. Ello nos mueve a estas breves reflexiones sobre tan interesante problema, harto conocido aunque no estudiado exhaustivamente

guridad y protección al comercio sobre inmuebles. Sólo comprende las manifestaciones biológicas de los derechos reales inmobiliarios. Sus normas se refieren a los bienes inmuebles sólo en cuanto son objeto de tráfico. Por ello, si el tráfico jurídico, en sí mismo considerado, tiene su ordenamiento adecuado en el Derecho civil, y el Derecho registral inmobiliario no tiene más finalidad que asegurar este comercio sobre inmuebles, rodeando los actos y negocios que lo integran de eficaces garantías, fácil es comprender que la registración se nos ofrezca en los regímenes de publicidad como la última fase de las operaciones que dan existencia efectiva a una relación jurídica patrimonial.

En el desarrollo técnico del principio sobresale como nota esencial el carácter constitutivo de la inscripción. Ella es elemento integral del proceso enajenativo de inmuebles. De un modo definitivo nos ofrece la pública garantía de existencia de una relación jurídica inmobiliaria. Sin que la inscripción en el Registro se produzca, no se entiende perfectamente lograda la transmisión de bienes, sea cual sea el acto o causa generadora de tal mutación o cambio. De ahí el trascendental valor de la inscripción y sus naturales efectos jurídicos, consagrados por la técnica a través de dos fuertes presunciones registrales: las de legitimación del derecho inscrito y de fe pública registral, que algunos elevan a la categoría de principios informantes del sistema.

Pero esta valoración lógica del principio de la inscripción no es bastante por sí sola para decidir una orientación legislativa. Sería desacertado que el ordenamiento jurídico pretendiera valorar el alcance y efectos de la inscripción sobre una base exclusivamente racional. La Ley es un ordenamiento de la razón, pero logrado por vía inductiva. Siempre ha de ser respetuosa con la exacta observación de la realidad. Ir contra ella o desconocerla sería el error más destacado de cualquier disciplina. Por ello, el tener presente cómo se desenvuelve en la realidad el tráfico inmobiliario es punto concreto cuya observación nos impone una prudente reflexión sobre la materia.

Si observamos detenidamente cualquier relación jurídica patrimonial, veremos que el fenómeno de la mutación o cambio de bienes que caracteriza su contenido económico se nos ofrece como el último momento de todo el complejo hecho transmisorio. Desde la clásica teoría del título y el modo hasta la moderna germánica, que considera la transmisión como un contrato abstracto, es casi unánime el criterio que ve en toda adquisición derivativa de bienes la coincidencia de dos momentos bien diferenciados, el acuerdo de transmisión y la entrega de

la cosa. Y la entrega, ese último jalón del fenómeno transmisorio, puede ser provocada de dos maneras:

- a) Por una manifestación de voluntad.
- b) Por ministerio de la Ley.

En el primer grupo hemos de considerar comprendida la masa copiosa de los llamados negocios jurídicos, de aquellos actos en los que la manifestación de voluntad tiene por sí misma la fuerza suficiente para provocar y decidir la transmisión. A ella se llega como efectiva realización de un cambio patrimonial que la voluntad del sujeto provoca, como el efecto jurídico apetecido y al que se concede la adecuada protección por el derecho objetivo. Por ello, no hay dificultad técnica alguna que impida afirmar que la inscripción es el requisito formal que en definitiva exige el ordenamiento jurídico para que la transmisión se entienda consumada. La inscripción se nos ofrece así como un típico valor constitutivo, como requisito legal determinante de la transmisión que proclama *erga omnes* la existencia de un acto transmisorio perfectamente consumado.

En las relaciones jurídicas patrimoniales en las cuales se opera el cambio de bienes por ministerio de la Ley, el fenómeno de la transmisión se produce de modo diferente. Al tráfico jurídico se llega con ocasión de satisfacer necesidades económicas que son las que en definitiva inspiran el trueque o cambio de valores. Ellas son las que provocan en la voluntad de los sujetos la variada y abundante serie de los negocios jurídicos. Pero a veces un principio de interés público determina que la apropiación de bienes y valores sea efectiva, con independencia de la fuerza motivadora de las manifestaciones de voluntad, sin esperar a que los requisitos formales y técnicos exigidos por el ordenamiento decidan frente a terceros el fenómeno de la transmisión. La sucesión hereditaria, los decretos judiciales, las resoluciones administrativas y los pronunciamientos legales son, indudablemente, causa o razón jurídica que puede provocar una transmisión de bienes, y ello con tal fuerza, que por ministerio de la Ley se entiendan decretadas independientemente de cualquier requisito formal de publicidad. Un principio de interés público ampara la realización efectiva de la transmisión, y el hecho lleva en sí mismo energías suficientes para tener por consumada la misma. Pero bien se advierte que si tales actos jurídicos llevan en sí, por ministerio de la ley, energías suficientes para provocar y consumar la transmisión de bienes, ello sólo tiene pública manifestación de existencia entre los sujetos intervinientes en la nueva relación jurídica pa-

trimonial creada. Los terceros, esa masa social anónima que como sujeto pasivo viene obligado a respetar el ejercicio de los derechos reales y a los cuales alcanza la natural trascendencia de toda situación jurídica real, no puede tenerse por notificada de la transmisión realizada. Falta, en tales casos, el medio técnico adecuado de pública notificación al cuerpo social. Y la inscripción se nos ofrece, entonces, como una inmediata necesidad que impone y hace sentir el principio cardinal de la publicidad registral inspirador de todo el tráfico inmobiliario. De donde se concluye que sea cual sea el elemento informante de la transmisión de bienes, la *inscripción es necesaria siempre*, como presupuesto técnico del tráfico jurídico inmobiliario.

En el Derecho inmobiliario alemán, de un tradicional apego al principio de la inscripción, se distingue ésta en sus dos consabidas categorías de constitutiva y declarativa, que, respectivamente, corresponden a la constatación de actos jurídicos reales que devienen provocados por las dos fuerzas motrices de toda adquisición de bienes: la voluntad y la ley. La inscripción se llama *constitutiva* ante fenómenos jurídicos frente a los cuales la manifestación de voluntad es la fuerza creadora de la transmisión, y que en sí misma lleva energías suficientes para que la mutación o cambio patrimonial sea lograda. Ella equivale a la tradición o entrega. Pero cuando no sea así, cuando la manifestación de voluntad no sirve más que para provocar que la fuerza expansiva de la ley actúe, entonces el cambio patrimonial se opera porque un principio de interés público inspira el fuerte pronunciamiento legal, y la inscripción en tal caso se llama *declarativa* porque su natural efecto es la pública notificación de existencia de una relación jurídica patrimonial ya consumada por ministerio de la ley.

Nosotros entendemos que tal aplicación del principio de inscripción es de un rigorismo técnico exagerado. Sin negarle su efectivo interés, no podemos conceder un valor absoluto a tales apreciaciones. Dentro de nuestro general ordenamiento, es evidente que el dogma de la inscripción puede ser concebido y aplicado en forma técnica diferente.

Para la técnica alemana, que ha llegado a distinguir con cierto radicalismo los negocios obligacionales de los de disposición, hasta el punto de que el hecho de la transmisión es considerado como un negocio abstracto que, cuando lo motiva una manifestación de voluntad, plasma en el llamado acuerdo o contrato real (*Einigung*), expresión auténtica del consentimiento para la inscripción registral, fácil es admitir la existencia de la inscripción constitutiva entendida como requisito

o elemento integrante, estructural u orgánico de la transmisión. Pero si observamos el fenómeno libres de prejuicios, despreocupados del atractivo que nos despierten originales construcciones jurídicas, hemos de advertir que la inscripción registral es elemento ajeno al fenómeno transitorio, que ella sólo es una medida de seguridad concebida exclusivamente como instrumento técnico al servicio de un régimen jurídico de publicidad en las transmisiones. La inscripción pertenece a la disciplina registral, cuyo fin es garantizar con adecuadas medidas de seguridad todo el tráfico jurídico inmobiliario. Los fenómenos de transmisión de bienes se reflejan a través de los asientos registrales una vez perfeccionados como actos o negocios del comercio. En el propio tráfico nacen y adquieren sus peculiares características de viabilidad, y sólo cuando su existencia es un hecho cierto y consumado se proyectan sobre el Registro. Por ello, a nuestro modo de ver, aceptando la técnica expresión germánica ya tan extendida y arraigada, la inscripción es siempre *constitutiva*, sea cual sea el elemento informante de la transmisión, pero entendiendo el concepto como equivalente de *necesaria* para que el requisito de la publicidad, inherente al tráfico inmobiliario, sea cumplido. Esto es, que *la inscripción se entiende constitutiva de la absoluta eficacia de la transmisión*. Ella concederá al dueño la plena y eficaz titularidad de disposición y a su vez servirá de pública notificación al Cuerpo social de que una situación jurídica real ha sido perfectamente consumada.

La realidad impone este razonamiento. Porque por fuerte que sea el imperativo legal, el fenómeno de la tradición, en cuanto expresión técnica del desplazamiento de la posesión, lleva inherente a su tangibilidad la fuerza de la evidencia, de lo que entra por los ojos. En efecto, A vende a B una finca y no inscribe, pero media tradición y B entra en posesión del inmueble comprado. La operación no está perfectamente terminada, le falta el cumplimiento de un requisito legal de forma, elevado a esencial por el ordenamiento jurídico, pero es lo cierto que B adquiere la cosa efectivamente, la posee, la disfruta y hasta puede disponer de ella, siquiera sea a través de los limitados procedimientos que la clandestinidad le permita, y hasta puede encontrar quien compre, aun con tales inconvenientes. No hablemos de la posibilidad de una transmisión hereditaria, de una incautación legal, de un embargo judicial, etc. Mientras B no haya tenido que recurrir a ejercitar acciones, a utilizar las defensas normales de su derecho de propietario, no habrá notado los defectos legales iniciales

a su acto adquisitivo. La realidad, más fuerte que todas las creaciones del pensamiento especulativo, nos pone de manifiesto que la transmisión en sí misma, como fenómeno económico, como cambio o mutación de bienes, se ha consumado, que no le es institucional la exigencia de la inscripción registral, que la inscripción no podemos en modo alguno admitirla como elemento orgánico e integrante de los actos de transmisión. La inscripción tan sólo puede venir necesariamente impuesta como requisito técnico del régimen de publicidad, nunca como elemento o requisito sustantivo de los actos propios del tráfico inmobiliario.

* * *

En nuestra legislación inmobiliaria el principio ha sido entendido y desarrollado con tal timidez que bien puede decirse que nuestro sistema registral sólo ha podido aplicar la técnica de las medidas de seguridad al tráfico inmobiliario con relativa eficacia. Ello tiene su explicación en razones del orden histórico.

Cuando en 1843, justamente hace un siglo, se forma la Comisión general de Codificación que redactó el proyecto de ley de Bases para la formación del Código Civil español, uno de los primeros problemas que pretendió resolver fué el de la complicada técnica de la adquisición del dominio, que en tal momento histórico se veía un tanto influenciada por las más modernas creaciones de la técnica germana. Efecto de tal influencia fué la primitiva redacción de la base 52, que equivalía a consagrar la tesis de que la inscripción en el Registro era el *modo* que la técnica clásica exigía como requisito esencial y complementario del *título* en toda adquisición de bienes. Tan valiente decisión, debida al ilustre jurisconsulto Sr. Luzuriaga, no prosperó. El lastre tradicional de los moldes clásicos, de una parte, y de otra, la destacada influencia del Código de Napoleón, fuente informadora de los movimientos codificadores de la época, inspiraron el criterio del Sr. García Goyena, que hacía depender del mero consentimiento entre transmitente y adquirente la perfecta transmisión del dominio. Y como consecuencia de tan opuestas tendencias fué la conocida redacción transaccional de la base 52: "Para que produzcan efecto *en cuanto a tercero* los títulos constitutivos y traslativos de dominio, tanto universales como particulares, ha de ser precisa la toma de razón de bienes raíces en el Registro público."

Ella creó el funesto concepto del "tercero", cuya desdichada técnica, al correr de los tiempos, tanto confusionismo había de producir.

Ya no nos podremos desprender nunca de ese "fantasma del tercero" adjetivado más tarde de "hipotecario", y sobre cuya discutida existencia tanta y tan innecesaria literatura se ha producido.

Y bajo su inspiración, tras un lento proceso elaborativo, surge a la vida nuestra primera ley Hipotecaria, de 8 de febrero de 1861. Sus esenciales fines de asegurar el dominio y desarrollar el crédito inmobiliario sólo puede decirse que fueran conseguidos en parte. Las posteriores reformas de la primitiva ley, desde la de 1869 hasta la fundamental de 21 de abril de 1909, que acometió la esencial tarea de armonizar la legislación hipotecaria con el Código Civil, no ha mejorado gran cosa la técnica de nuestro sistema registral, que sigue viviendo, prisionero de su equivocada inspiración, la lánguida vida que la protección a los terceros le ofrece.

El legislador español, cuya inspiración se vió fatalmente cohibida por prejuicios contradictorios, aun palpando las ventajas de los regímenes de publicidad, al desarrollar técnicamente el sistema no tuvo valor para desprenderse del lastre espiritualista de la doctrina clásica, y al pretender adoptar una postura ecléctica, centrista o de equilibrio frente a rumbos tan opuestos, fracasó en el empeño, sembró la confusión y dejó en punto muerto la progresiva evolución de nuestro régimen jurídico inmobiliario.

En la exposición de motivos de la primitiva ley de 1861, principal elemento interpretativo de las bases de nuestro sistema registral inmobiliario, se nos dice que "presenté el deseo del Gobierno de que la nueva ley partiera del principio de publicidad, de que se establecieran formalidades exteriores para la traslación de la propiedad y de los demás derechos en la cosa", la Comisión, que por regla general propende en todos sus actos a lo histórico, a lo tradicional, se ve hoy obligada a presentarse como innovadora, a pedir que nuestro sistema hipotecario se sienta sobre nuevas bases". Porque "la condición más esencial de todo sistema hipotecario, cualquiera que sean las bases en que descansa, es la fijeza, la seguridad de la propiedad: si ésta no se registra, si las mutaciones que ocurren en el dominio de los bienes inmuebles no se transcriben o no se inscriben, desaparecen todas las garantías que puede tener el acreedor hipotecario. La obra del legislador que no estableciera este principio no sería subsistente, porque caería abrumada con el peso de su descrédito". El noble empeño que a través de tan luminosas frases se advierte se desdibuja más tarde con estas nebulosas explicaciones "Según el sistema de la

Comisión, resultará de hecho que para los efectos de la seguridad de un tercero, el dominio y los demás derechos reales en tanto se consideran constituídos o traspasados en cuanto conste su inscripción en el Registro, quedando entre los contrayentes cuando no se haga la inscripción, subsistente el derecho civil. Así (se añade, para *aclarar* el concepto), una venta que no se inscriba ni se consume por la tradición, no traspasa al comprador el dominio en ningún caso; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto a todos; si no se inscribe, aunque obtenga la posesión, esto es, aunque medie tradición, *será dueño con relación al vendedor*, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido el requisito de la inscripción."

Sobre tales ambigüedades se creó el moderno Registro de la Propiedad en España. Y a su puesta en marcha precedió, como va dicho, la ingenua proclamación de la voluntariedad de la inscripción. El Estado, creador del nuevo régimen jurídico inmobiliario, se limitó a ofrecerlo a la pública consideración para que la voluntad de los particulares decidiera las conveniencias de ser aceptado.

* * *

A los ochenta años de vigencia de nuestro régimen jurídico inmobiliario, el balance es bien poco halagüeño. Ni la publicación del Código Civil, ni la importante reforma hipotecaria de 1909 modernizaron la técnica de nuestro ya caduco sistema registral, con lo que la inicial confusión de perspectivas ha continuado hasta nuestros días ¿Cuál ha sido, pues, la consecuencia de haber desarrollado la técnica del sistema sobre la original manera de concebir el dogma de la inscripción como un acto voluntario y libre, cual si se tratase de un fenómeno cuya vida sólo se desenvuelve en la esfera de los intereses privados? Veamos:

1.º Que frente al nuevo régimen jurídico, la propiedad inmobiliaria se nos presente en una diversidad de situaciones, que pueden agruparse así:

a) *El derecho real de hipoteca*, para cuyo ordenamiento el sistema registral procura una técnica perfecta (que proclaman formalmente los artículos 146 y 159 de la ley Hipotecaria y el 1.875 del Código Civil). Presentes en la mente del legislador los antecedentes estrictamente hipotecarios del sistema, parece como si la protección al crédito territorial fuera la única base inspiradora del mismo. Por ello, ante la perfilada técnica registral en que se desenvuelve el derecho

real de hipoteca, se ha dicho, y con razón, que la inscripción hipotecaria es la única inscripción constitutiva que existe en nuestro ordenamiento jurídico inmobiliario.

b) *El dominio y los demás derechos reales* inmobiliarios, cuyas manifestaciones biológicas se desenvuelven acogidas al régimen del Registro o fuera de él, a voluntad de los particulares.

Cabría, pues, decir que nuestro régimen registral inmobiliario sólo es orgánico y constitucional para la hipoteca. El dominio y los demás derechos reales son extraños al régimen. Vivir bajo su amparo exige un sometimiento voluntario y expreso del titular del derecho. El ingreso o inmatriculación de los inmuebles en la vida tabular parece que fué concebido por nuestros primeros legisladores inmobiliarios como lujosa expensa de los propietarios ricos.

2.º El alejamiento de la propiedad de la vida registral y el imperio de la tradición, como causa operante de toda transmisión derivativa de bienes.

3.º El valor, sensiblemente precario, de las presunciones registrales de legitimación y fe pública, de las cuales pretende ser elocuente proclama el párrafo primero del artículo 24 de la ley.

De lo expuesto se concluye que aquellos elevados fines de asegurar el dominio y garantizar el crédito territorial que soñaron los legisladores del 61 como suprema aspiración del nuevo régimen inmobiliario, no han sido hasta hoy una realidad lograda. Ello es debido a una serie de razones, de entre las que sobresale y destaca la deficiente técnica de nuestro sistema registral, inicialmente inspirado en la equivocada manera de entender y realizar el dogma de la inscripción.

Hora es ya de rectificar criterios fundamentales. Hora es ya de que, a través del artículo 609 del Código Civil, se proclame de una vez que la propiedad inmobiliaria lleva en su misma entraña la esencial exigencia de sometimiento a un régimen jurídico especial que, en razón a su propia y legítima defensa, desarrolle técnicamente el riguroso principio de la publicidad en las transmisiones. Sólo así cabrá la perfecta conjugación del precepto con el artículo 2.º de la ley Hipotecaria, cuya actual tónica imperativa es, en la práctica, una simple fórmula de expresión.

El orden jurídico, los intereses del fisco y el de los mismos particulares se verían así justamente respetados y amparados plenamente.

RAFAEL CHINCHILLA

Registrador de la Propiedad

Inscripciones relativas a las sucursales sociales y honorarios procedentes

El Código de Comercio, en el número 4.º del artículo 21, exige que las *sucursales* de las Sociedades, además de figurar inscritas en el Registro Mercantil del domicilio social, deben inscribirse en el Registro de la provincia donde estén domiciliadas.

Por ello, al crear una Compañía, inscrita o no, una sucursal, además de inscribirse tal acto en la hoja del Registro del domicilio de la Sociedad, hay que practicar una inscripción en el Registro de la provincia donde la sucursal funcione.

De ahí que, en parte, el historial jurídico de las Compañías con sucursales fuera de la provincia de su domicilio conste en otra u otras provincias (1).

Y como ni el Código de Comercio ni el Reglamento del Registro Mercantil de 20 de septiembre de 1919 expresan los requisitos de esas inscripciones, quiero dedicar a esta cuestión algunas breves consideraciones y a la vez relacionarla con la percepción de honorarios que estos actos devengan.

I.—COMPAÑÍA. SUCURSAL. AGENCIA

Nuestros textos legales se refieren frecuentísimamente a las Compañías a las Sociedades, a las Empresas, a los establecimientos, a los negocios mercantiles: se alude en varias leyes y reglamentos a las *sucursales* y filiales, y se cita en algunas, pocas, disposiciones a las *agencias*, y aunque las Compañías con sus sucursales y agencias, for-

(1) El proyecto de Código de 1927 declara obligatoria la inscripción de las sucursales de los comerciantes y de las Sociedades. Artículos 40 y 41.

man un solo todo, el negocio mercantil, estimando como principal la Compañía casi siempre y formas del desenvolvimiento del negocio las sucursales y agencias, no hay duda que cuando una Compañía tiene su domicilio en el extranjero, lo que realmente se inscribe en España es una sucursal, a menos que la Compañía, constituida en el extranjero tenga en España el único objeto que forma su actividad, en cuyo caso no parece repugnar al Derecho su inscripción en el Registro Mercantil de la provincia donde radique el centro de su producción, aunque los actos relacionados con la vida jurídica se realicen en oficina radicante fuera de España.

Otras veces en los textos legales se habla (1) de los correspondientes o agencias en el extranjero, dependencias y delegaciones de Bancos extranjeros, representaciones, capital asignado a la plaza o plazas donde opere, con lo que parece indicarse la idea de la afección de un determinado patrimonio, parte del capital social, a los actos ejecutados por una tal dependencia de la casa principal o matriz.

La ley de Enjuiciamiento civil, en su artículo 65, dice que el domicilio del comerciante será el pueblo donde tuviere el centro de sus operaciones comerciales, y teniendo a su cargo varios establecimientos mercantiles, en diferentes partidos judiciales, el actor puede demandarle en aquel partido en que tenga el principal establecimiento, o en el que se hubiera obligado, a su elección.

Es visto que aun siendo una la actividad mercantil del comerciante individual o social, puede ejercitarla al través de varios establecimientos, con más o menos autonomía y relación o dependencia con la casa principal, y el Reglamento del Registro Mercantil, en su artículo 124, especifica los requisitos de la inscripción de las Sociedades extranjeras que quieran establecerse o crear sucursales en España, entre los que figuran los nombres y apellidos de las personas que ejerzan la administración en España y el capital que se destine a las operaciones que se realicen en la nación (2).

(1) Ley de Ordenación Bancaria de 29 de diciembre de 1921, refundida posteriormente, Artículos 24, 63 de los Estatutos del Banco de España, de 1933. Ley de Suspensión de pagos de 1922, y la Ley de 2 de junio de 1939, se refieren a las Compañías que realicen fuera de España sus negocios.

(2) La Ley de 22 de septiembre de 1922, reguladora de la contribución de utilidades, habla de las Empresas extranjeras que realizan negocios en España; bastando tener oficinas, fábricas, talleres, instalaciones, almacenes, tiendas u otros establecimientos, sucursales, agencias o representaciones autorizadas para contratar en nombre y por cuenta de la Empresa. También esta ley, al regular

Y si cada uno de esos centros o establecimientos mercantiles realiza operaciones determinadas o todas las del tráfico mercantil del comerciante con cierta autonomía, no independencia, respecto a la casa principal o matriz, esos establecimientos vienen a constituir como una nueva unidad económicomercantil, estrechamente ligado con el principal centro de operaciones del comerciante y con relaciones internas especiales. Así, por ejemplo, el comerciante X puede tener establecimientos en La Coruña, Vigo, Orense, Santiago, asignándole a cada uno un capital determinado y asociando al personal auxiliar de diferente manera en cada localidad, en cuyo caso cada establecimiento tiene su contabilidad propia y hasta, como sucede con importantes firmas comerciales, éstas se asocian como comanditarias con socios colectivos, con lo que si bien internamente todos los establecimientos comanditados con la firma X se relacionan, pues incluso X les suministra las mercancías de su fábrica, principal negocio, no obstante, cada uno forma negocio aparentemente diferente.

Pero es que la sucursal se refiere al establecimiento que forma parte del negocio, uno en sí, de la casa principal, y que se administra con cierta autonomía (1). Por ejemplo, las sucursales del Banco de España, que entre todas forman el Banco, y las ganancias y pérdidas se reflejan en una única cuenta centralizada, cosa diferente de lo que sucede en el ejemplo anterior, pues si la entidad X comanditó a los establecimientos de La Coruña, Lugo y Orense, teniendo su negocio principal en Vigo, de la Caja de esta casa salieron las cantidades c. l. o empleadas, y si tales establecimientos quiebran o suspenden pagos, X sólo pierde dichas sumas c. l. o. Si, por el contrario, los establecimientos de La Coruña, Lugo y Orense fueran sucursales, X no sólo perdería las cantidades c. l. o., sino que tendría que satisfacer todo el

las utilidades de la tarifa segunda, entiende por beneficios imponibles los de todos los negocios comprendidos en el epígrafe que el titular posea en las provincias no aforadas, admitiéndose la compensación de pérdidas y beneficios entre los dichos negocios.

(1) Fischer, en su obra "Las Sociedades Anónimas", prevé el caso de que una Compañía adquiera un establecimiento que gira bajo otro nombre. La Sociedad Anónima no puede, como el comerciante individual que adquiere una Empresa nueva, incorporar una nueva razón social a la que ya usa, sino que tiene que optar necesariamente entre conservar la antigua o asumir la nueva. Es obligado admitir la posibilidad de que las sucursales funcionen bajo distinto nombre, siempre y cuando así lo exija el comercio jurídico. V. obra citada. Traducción de W. Roces. Editorial Reus, 1934, pág. 119.

pasivo de los mismos, y si no, ir X mismo a la quiebra. (Arts. 285, 286, 292 y 294 del Código de Comercio.)

Y aunque las operaciones hechas por una sucursal se refundan en la general del negocio o empresa, esa refundición de la contabilidad no equivale a la confusión de la masa de bienes del comerciante, porque si B entregó a X las mercancías M en comisión de venta para la sucursal de Orense, en caso de quiebra de X, B pudo exigir su devolución en Orense, demandando al apoderado Z de dicha sucursal (artículos 908 del Código de Comercio y 65 de la Ley de Enjuiciamiento civil) antes que el Juzgado de Vigo haya declarado la quiebra, o bien de las mercancías que se hallen en los casos de los números 8 y 9 del artículo 909 del Código de Comercio.

Y claro es que si el poder que Z recibiera para la sucursal de Orense no se inscribió en el Registro, el contrato celebrado por B con Z no afecta a X (arts. 29 y 287 del Código de Comercio), y por ello, si se produce la quiebra de X, las mercancías vendidas por B, o su importe, pueden ser reclamadas a Z (1).

Como se ve por los ejemplos citados, los actos ejecutados por las sucursales se confunden con los de la empresa o negocio unas veces, y no cabe, otras, esa total confusión, porque elementos personales, reales o formales lo impiden (2).

Por tanto, surge una distinción de órganos ejecutores de la empresa, originarios de las *sucursales*, que el Diccionario de la Lengua caracteriza de establecimiento que sirve de ampliación a otro, del que depende, añadiríamos nosotros, para fines de contabilidad, pero con cierta actuación comercial propia, o bien de lo que en el lenguaje vulgar y jurídico se llama *agencia*, que el mismo Diccionario, con notoria imprecisión o acaso inexactitud, califica de sucursal o delegación subordinada de una empresa, ya que ni la agencia es una sucursal, ni

(1) La Res. de 14 de septiembre de 1920 dice: que la sucursal es la misma Compañía que funciona con una significación económica. (Recaída en el recurso formulado por la Sociedad Anónima "The National City Bank of New York", en relación con la subsucursal en Barcelona.)

(2) Por ejemplo, la Compañía de Carbones X, domiciliada en Vigo, adquirió todas las acciones de la Sociedad U, explotadora de la mina M, que explotará para en su día venderla. Externamente X conservará la explotación de U en la misma forma que la tenía ésta, y en la caja de X aparecerá la salida del precio y las acciones contabilizadas, que devengarán los beneficios correspondientes.

ésta, por su autodeterminación, no se puede equiparar a la agencia, que realiza meras ejecuciones de actos concluidos por la empresa (1).

II.—ACTOS DE LA SUCURSAL QUE DEBEN SER INSCRIPTOS

Ya hemos visto que nuestro Código de Comercio exige la inscripción de las sucursales no sólo en el Registro del domicilio de la Compañía, sino en el Registro de la provincia donde radican las Sucursales.

¿Pero qué clase de documentos se precisan para inscribir la sucursal? ¿Cuál es el contenido de esta inscripción? ¿Qué actos se deben inscribir en la hoja de una sucursal?

1.—ACTOS INSCRIPTIBLES

A primera vista, y porque los actos referentes a las Compañías deben constar en la hoja abierta en el Registro de su domicilio, la inscripción de las sucursales y de sus actos en el Registro donde funcionan parece que no es procedente, a menos que se reitere la publicidad mercantil (2).

Cierto es que si la Compañía X, domiciliada en La Coruña, tiene sucursales en la provincia de Pontevedra, los apoderados de X con poder inscripto pueden girar los negocios sociales no ya sólo en Pontevedra, sino en el resto del país; pero si las sucursales, como es natural, funcionan con fisonomía propia, es visto que jurídica y lógicamente se produce una distinción entre los actos de las sucursales y los de la casa matriz. Supongamos que la empresa X, domiciliada en La Coruña, dedicada al negocio de Banca, explota concesiones administrativas de tranvías en Pontevedra, Orense y Lugo, regidas al través de sus sucursales. La quiebra de X o la de algunas o todas las sucursales

(1). Jurídicamente la agencia, en sentido mercantil, es una dependencia del negocio, destinada a *realizar, ejecutar*, operaciones concretas concluidas por la Empresa. Por ejemplo, cobrar una letra de cambio aceptada.

(2) La Res. de 13 de julio de 1922, declara que es improcedente la inscripción de una Compañía ya inscrita en el Registro de su domicilio, con motivo de la inscripción de una sucursal de la misma.

no interrumpe el servicio público en Pontevedra (1), y ciertas relaciones de los acreedores con esa sucursal pudieran no decidirse al través de la masa de la quiebra de X, como hemos visto. Y en tal supuesto, la sucursal de Pontevedra seguirá actuando con su propia organización, sin que las decisiones del Juzgado de La Coruña afecten más que a la administración de la masa de la quiebra.

Por eso se comprende lo razonable de la disposición del Código de Comercio español y la de otros Códigos extranjeros en relación con las sucursales (2). En el Derecho alemán, Konrad Cosack dice que las inscripciones en el Registro mercantil, que se refieran conjuntamente a establecimiento principal y sucursal, han de realizarse por duplicado, primeramente en el Registro destinado para los establecimientos principales, y después también en el destinado a la sucursal. Para el tráfico con una sucursal registrada solamente tiene efectos confirmatorios la inscripción en el último Registro; en cambio, los efectos constitutivos y sanatorios de la inscripción corresponden solamente a las inscripciones efectuadas en el primer Registro (3).

Según Garrigues, en Suiza, la inscripción de las sucursales está sometida a las mismas prescripciones que la inscripción del establecimiento principal. Sin embargo, las sucursales no pueden ser inscritas en el Registro hasta que lo haya sido el establecimiento principal, circunstancia que el solicitante debe probar aportando un extracto del Registro del lugar en que se encuentra el establecimiento principal. También las sucursales deben ser inscritas en el Registro del establecimiento principal (4).

El Código de Comercio de la República Argentina, en sus artículos 36, 293 y 294, declara obligatoria la inscripción en el Registro Público de Comercio, de las escrituras de Sociedad mercantil, y las de las "varias casas de comercio que tenga la Compañía, y si éstas radi-

(1) Leyes 12 noviembre 1869, 19 septiembre 1896, 9 abril 1904, 2 enero 1915 y 26 julio 1922.

(2) En Italia, según el Prof Bolaffio, no sólo es obligatorio el registro de las firmas (leyes 18 abril 1926 y 16 junio 1927) en los Consejos Provinciales de la Economía, sino la inscripción de la Compañía, hasta el punto de que, entretanto, no produce efectos el contrato entre los socios, y éstos responden solidaria e ilimitadamente, sin necesidad de hacer exclusión previa del fondo social. V. "Derecho Mercantil", de León Bolaffio, traducción de José L. de Benito. Editorial Reus, 1935.

(3) "Tratado de Derecho Mercantil". Traducción de Antonio Polo.

(4) "El Registro Mercantil en Derecho español". REVISTA CRÍTICA, octubre 1930.

casen en lugares correspondientes a diferentes Registros, la inscripción es igualmente obligatoria para todas"; y el artículo 296 exige, además, para ejercitar acciones ante los Tribunales, que se presente con la demanda no sólo el instrumento probatorio de la existencia de la Compañía, sino la justificación de su inscripción en el Registro, e incluso, respecto a las sucursales, la no inscripción invalida el contrato frente a terceros, excepto en cuanto a la devolución de lo recibido.

Y esta realidad, nacida de los textos legales y de la naturaleza del comercio, se refleja en las oficinas del Registro Mercantil, pues en la hoja de las sucursales de las Compañías figuran múltiples actos inscriptos, como poderes, modificaciones de los pactos sociales en cuanto trascienden a la sucursal, establecimientos de otras sucursales y agencias, etc., no porque esos actos no puedan reflejarse en la hoja de la casa matriz, sino por exigencias del tráfico mercantil y de la división administrativa del territorio.

Y esta exigencia no es un prejuicio de los viejos Códigos de Comercio, porque en otras leyes novísimas, como la brasileña de 1.º de octubre de 1940, sobre Sociedades por acciones, se dice (art. 53, párrafo 4.º): "Cuando la Sociedad anónima estableciese sucursales, filiales o agencias, será inscrita en el Registro de Comercio la certificación de la inscripción y de la publicación de las respectivas escrituras de constitución, expedida por el Registro de Comercio del domicilio social"; y la Ley alemana de 30 de enero de 1937, sobre Sociedades por acciones y Sociedades en comandita por acciones, en sus artículos 35, 36 y 37, regula el procedimiento para la creación de sucursales y los requisitos de su inscripción en el Registro, tanto del domicilio social como del lugar donde funcione la sucursal, y los datos que deben figurar en los asientos respectivos. También la Ley de 19 de agosto de 1942, de Sociedades de responsabilidad limitada, de Costa Rica, exige la inscripción de las Compañías en el Registro Mercantil, haciendo incurrir, en caso contrario, a los socios en responsabilidad solidaria ilimitada con respecto a terceros.

En nuestra patria, y por efecto de la guerra de liberación y para atender a la reconstrucción nacional, se publicaron disposiciones especiales que trascienden a las sucursales. La sucursal de X, en Teruel, experimentó, durante la guerra, cuantiosos daños que requieren de los auxilios concedidos por la Ley de 17 de mayo de 1940, con la garantía de la maquinaria, y en tal supuesto y en el *Libro de prenda indus-*

trial sin desplazamiento del Registro Mercantil de Teruel se inscribirá el préstamo, con lo que el patrimonio de X está afecto a las limitaciones derivadas de tal obligación (1).

La realidad se impone a la legalidad, y por las consecuencias que se derivan del funcionamiento de las sucursales, es obligatoria la inscripción de sus actos, por tratarse de comerciantes colectivos, y creemos que las disposiciones del art. 21 del Código de Comercio y los 111 al 119 del Reglamento del Registro Mercantil son aplicables en su caso a las sucursales.

2.—EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN O NO INSCRIPCIÓN DE LOS ACTOS REFERENTES A LAS SUCURSALES

A) *Inscripción*.—Normalmente, la inscripción debe constar en la hoja del Registro del domicilio de la Empresa, y en la de las sucursales. Los efectos son los propios de nuestro sistema legislativo. Pero tales efectos, reconocidos por el art. 26 del Código de Comercio, se refieren exclusivamente a aquellos documentos que, conforme a los artículos 21 y 22, son susceptibles de inscripción, y no a cualesquiera otros documentos, aunque de hecho resulten inscriptos (sentencias de 18 de febrero de 1899 y 25 de mayo de 1929). Sin embargo, la sentencia de 4 de octubre de 1927 parece inclinarse a la admisión con efectos de otros actos inscribibles diferentes de los comprendidos en el artículo 21 del Código de Comercio, hasta el punto que inscriptos trascienden a tercero, y no inscribiéndose no afectan a éste.

B) *No inscripción* (2).—Cabe distinguir si dejaron de inscribirse en la hoja del Registro del domicilio social, en el Registro de la provincia donde funcione la sucursal o sólo en uno de ellos.

a) No inscriptos en ninguna de las hojas: Se producen los efectos derivados de la no inscripción en nuestro sistema legislativo.

(1) La variedad de situaciones jurídicas que figuran en el Registro mercantil es consecuencia de la actual organización del comercio, y por ello disintimos de las apreciaciones hechas por el profesor Garrigues, en el trabajo ya citado, y mucho más de su afirmación de que los Registradores, por estar especialmente preparados en materia hipotecaria, no debemos llevar el Registro Mercantil. Sería lo mismo que decir que porque Z sea profesor de Derecho procesal ignora el Derecho civil. Razonamiento a lo Olendorf.

(2) Procesalmente, la carencia de inscripción debe originar la excepción de falta de personalidad o de acción.

b) Se inscribieron en la hoja de la casa matriz y no en la de la sucursal: Los actos perjudican a tercero en relación con el patrimonio de la Compañía, pero el tercero no puede invocar los efectos del acto frente a la sucursal. Si en el penúltimo ejemplo quebró la Empresa X, el proveedor de cable eléctrico para el tranvía de Pontevedra, se colocará entre los acreedores de X, pero no podrá alegar sus privilegios frente a dicha sucursal.

c) Inscriptos en la hoja de la sucursal y no en la hoja del domicilio social: Aunque no es normal que se dé esta situación, cabe en lo posible. El tercero ostenta sus derechos frente al patrimonio de X y frente a los demás interesados en el de la sucursal. Pero como aparece incumplido el art. 21 del Código de Comercio, podría irrogarse para la Compañía la sanción derivada del art. 29 del Código de Comercio, en relación con el 115 del Reglamento del Registro Mercantil (1).

3.—CONTENIDO DE LOS ASIENTOS REFERENTES A LAS SUCURSALES

En general, deben referirse a los actos relacionados con la sucursal y contener los datos esenciales de la escritura de constitución, tomándose de la certificación que expida el Registro Mercantil de la casa matriz. Entre los requisitos y actos inscribibles en la sucursal deben incluirse: a), la creación de ésta; b), el capital asignado o la expresión de que opera indeterminadamente con el capital social; c), los actos delegados por la casa matriz; ch), los poderes; d), las modificaciones que se introduzcan en el modo de funcionar la casa matriz o la sucursal; e), la creación de otras sucursales en la misma provincia; f), cierre de las sucursales.

4.—TÍTULOS ADECUADOS PARA LA INSCRIPCIÓN DE LOS ACTOS REFERENTES A LA SUCURSAL

Exige el art. 119 del Reglamento del Registro Mercantil, en general, que la inscripción primera será la de constitución de la Compañía. Pero si ésta consta ya inscrita en el Registro Mercantil, de la pro-

(1) Sin embargo, dados los efectos de la publicidad en el vigente Código, en general *no constitutivos*, pueden derivarse otras consecuencias más.

vincia de su domicilio, ¿procede inscribirla otra vez en la provincia donde se crea la sucursal? Una tal duplicidad de inscripciones no parece razonable. Sin embargo, justo es decir que, para conseguir la debida eficacia de los asientos, no estará de más repetir el contenido de la inscripción, ya que de otro modo la creación de la sucursal, sin expresar todas las circunstancias de la escritura de constitución social, no reflejaría el modo de funcionar de la Compañía (1).

Pero la Dirección de los Registros, en sus resoluciones de 14 de septiembre de 1920 y 13 de julio de 1922, declaró que para inscribir la sucursal es suficiente el testimonio notarial del acuerdo social y que no es procedente inscribir la Sociedad ya inscrita en su domicilio.

Esto hace presumir que para inscribir los actos referentes a las sucursales debiera ser suficiente el testimonio notarial, al que se acompañase la certificación expedida por el Registro Mercantil del domicilio social, acreditativa de la inscripción previa en el Registro propio de la Compañía, y en las inscripciones de los actos de la sucursal se contendrían, tomados de dichos títulos, los elementos esenciales del acto, por extenso ya formalizado en el Registro del domicilio (socios, domicilio, capital, duración, objeto, poderes de gestión, etc.). Y se podría archivar la certificación expresada como exige el art. 49 del Reglamento del Registro Mercantil de 1919, con lo que constarían los antecedentes de la Compañía en el Registro de la sucursal para la calificación de los actos posteriores.

5.—ACLARACIONES EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE.

El Código de 1885, separándose de los precedentes patrios (Código de 1829 y Ordenanzas de Bilbao) que exigían la inscripción de las escrituras de Compañía y los poderes, sin cuyo requisito no producían efecto entre los otorgantes (2), en cuyo sentido la inscripción

(1) En este Registro de Pontevedra todas las sucursales se inscribieron con la escritura de constitución social a la vista y el acuerdo de creación de las mismas.

(2) Entre las disposiciones del Código de Comercio de 1829, figuran las siguientes:

Art. 28. Las escrituras de Sociedad de que no se tomó razón en el Registro General del Comercio, no producirán acción entre los otorgantes para demandar los derechos que en ellas les hubieren sido reconocidos.

Art. 29. Tampoco producirán acción entre el mandante y el manda-

daba nacimiento al acto jurídico, pleno, sin que la no inscripción estorbaba la acción de los terceros, introdujo la novedad dañosa de declarar que los contratos no inscriptos surten efectos entre las partes contratantes, pero los terceros no se obligan, no obstante lo que pueden aprovecharse de sus disposiciones en lo que les favorezcan, y con ello, y con suprimir las sanciones pecuniarias establecidas en el Código de 1829, de hecho, inscribe en el Registro Mercantil quien quiere, pues la ignorancia, unas veces, y el poco celo, otras, de los funcionarios no impide a las Sociedades actuar y presentar documentos con infracción de los textos vigentes.

Además, el criterio legal que sienta el art. 23 del Código de Comercio, de considerar sólo como títulos inscribibles "las copias notariales de los documentos", convendría simplificarlo cuando se trata de actos relacionados con las sucursales, en la forma dicha.

Leyes como nuestro Código de Comercio, inspiradas en las doctrinas manchesterianas, que, so pretexto de no causar violencias, dejan en gran parte el cumplimiento de las formalidades jurídicas a la voluntad de las partes, impiden la formación de instituciones, sin las que se dificulta la convivencia social.

Dejar a los individuos sueltos, sin estar ligados por vínculos superiores, creyendo que las cosas se arreglan solas (*laisser faire, laisser passer*), es error fundamental originario de muchos males.

O se precisa la inscripción en el Registro para la existencia de las Compañías, o no se precisa. Si lo primero, exíjase y cúmplase. Si lo segundo, no se mantengan disposiciones que no viven en la realidad.

Y por la experiencia recogida bien se echa de ver que, o se vuelve al criterio del Código de Comercio de 1829, o mejor será dejar a la voluntad de los particulares la observancia o el incumplimiento de las leyes.

Es de esperar que en un nuevo ordenamiento del Derecho, la ins-

tario los poderes conferidos a los factores y mancebos de comercio para la administración de los negocios mercantiles de sus principales si no se presentan para que se tome razón de ellos en el Registro General.

Art. 30. Además de los efectos que en perjuicio de los derechos adquiridos por los documentos sujetos a la toma de razón, produce la omisión de esta formalidad, incurrirán los otorgantes, mancomunadamente, en la multa de cinco mil reales vellón, que se les exigirá con aplicación al fisco, siempre que apareciere en juicio un documento.

titución del Registro Mercantil se sienta sobre bases más razonables (1). distinguiendo la inscripción de los comerciantes y Sociedades, de un lado, y de los buques, de otro (2).

III.—DISPOSICIONES DEL ARANCEL APLICABLES A LA INSCRIPCION DE LOS ACTOS DE LAS SUCURSALES Y AGENCIAS

En el Reglamento del Registro Mercantil de 20 de septiembre de 1919 se contiene el Arancel de los honorarios que devengan los Registradores Mercantiles, que se refiere tanto a los actos de los comerciantes y sociedades como a los buques.

Pero, además, rigen sobre el particular otras disposiciones más aclaratorias o modificativas de los Aranceles o reguladoras de conceptos no comprendidos en los mismos.

Entre esas disposiciones podemos citar:

a) La Real Orden de 6 de noviembre de 1919, que fija el máximo de honorarios del núm. 3 del Arancel en 1.500 pesetas.

b) Las resoluciones de 13 y 14 de septiembre de 1920, que declaran que el Arancel de 1919 se aplica a los actos de fecha anterior que se inscriban después de la vigencia de aquél.

c) La Real Orden de 10 de abril de 1922 dispone que los honorarios por las inscripciones de sucursales y agencias se fijen en 250 y 100 pesetas, respectivamente, cuando no se les asigna capital propio e independiente, y redactándose de nuevo el número 3 del Aran-

(1) En el trabajo publicado por el Sr. Garrigues en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO en 1930 se esbozan las bases del Registro, separándose, como es natural, tanto del contenido del Código de 1885, como del proyecto de Código de Comercio de 1927, que a pesar de lo que se afirma en la exposición de motivos que le precede, de hecho incurre en el criterio legal equivocado que se advierte en el vigente Reglamento de 1919.

(2) Nuestro Sabio Rey Don Alfonso X dijo: "Cumplidas deven ser las leyes e muy cuidadas e catadas, de guisa que sean con razón e sobre cosas que puedan ser, segund natura, e las palabras dellas que sean buenas, e llanas, e paladinas de manera que todo hombre las pueda entender e retener. Otrosi, deve ser mucho escogido el derecho que en ellas fuere puesto, antes que sean mostradas a las gentes. Muy grande es maravilla el pro que aduzen las leyes a los omes, ca en guardandolas, biven drechamente los omes, e con folgura e en paz, e aprovechase cada uno de lo suyo, e a sabor dello, e enriquescen las gentes, e amuchiguase el pueblo, e acrecientase el señorío, e refrenase la maldad, e cresce el bien." Leyes VIII, IX y X. Tit. I Part I.

cel, que se distribuye en tres apartados, A), B) y C), tal como figura hoy. Si se asigna capital, se aplica el número 3 A). (Resoluciones de 13 de julio de 1922 y Orden de 28 de septiembre de 1925.

ch) La Real orden de 1.º de marzo de 1924, que cita las Resoluciones de 15 de mayo de 1921 y 13 de junio de 1922 y declara que las escrituras de ampliación de capital devengan los honorarios del número 3 del Arancel.

d) La Resolución de 28 de septiembre de 1925 dice que las inscripciones de sucursal en el Registro del domicilio social no devengan las 250 pesetas asignadas en la Real orden de 10 de abril de 1922, sino el 12 del Arancel.

e) La Real orden de 29 de julio de 1927 que regula los honorarios de las escrituras de modificación social y nueva redacción de Estatutos.

f) La Resolución de 14 de julio de 1924 declara que las escrituras de reducción de capital se regulan por el número 9 del Arancel.

g) La Real orden de 3 de julio de 1928 referente a la inscripción de certificados del Banco de Crédito Industrial.

h) La Real orden de 4 de diciembre de 1928 declara que los honorarios del número 5—referente a buques—no pueden exceder de 1.500 pesetas.

i) La Resolución de 25 de mayo de 1929 declara que las inscripciones de la conversión de obligaciones simples en hipotecarias devenga los honorarios del número 12 del Arancel.

j) La Ley de 17 de mayo de 1940, que creó el “libro especial de prenda industrial sin desplazamiento”, alude, en su artículo 17, al Reglamento del Instituto de Crédito para la reconstrucción nacional, de 27 de julio de 1939, que reduce los honorarios por inmuebles al 25 por 100, y en los muebles aplica el de 22 de septiembre de 1917, de prenda agrícola sin desplazamiento.

k) La Resolución de 4 de enero de 1942 declara que el número 11 del Arancel permite aplicarlo a los varios actos que se contienen en un título, no obstante que figuren en un solo asiento.

Y ya con estos antecedentes y recordando que la Resolución de 13 de septiembre de 1920 sienta el criterio que los honorarios se devengan por el capital fijado, sin tener en cuenta si está o no desembolsado, pues el Arancel toma con criterio distinto el capital social que lo hacen las leyes fiscales, podemos sentar, en relación con las sucursales, las siguientes conclusiones, en relación con el Arancel de honorarios vigente.

1.—CONSTITUCIÓN O CREACIÓN

a) Si consta el capital que se asigna a la sucursal, se aplica la escala A) del número 3 del Arancel, tanto en el Registro de la Sociedad o casa matriz, como en el de la provincia donde la sucursal se establezca, si el capital asignado se forma por nueva aportación social.

b) Si el capital asignado a la sucursal se desdobra del capital propiamente social, debe seguirse igual criterio, pues lo que respecto a la sucursal es su *creación*, se traduce en modificación en el Registro del domicilio social.

c) Si a la sucursal no se le asigna capital propiamente dicho, entonces en el Registro del domicilio social se devenga el número 12 del Arancel, y en el de la sucursal, el párrafo B) del número 3.º del Arancel, o sean 250 pesetas por sucursal.

Sin embargo, puede darse el caso de que el capital asignado a una sucursal, o incluso el total de la casa matriz sea inferior al que, conforme a la escala A) del número 3 se precisa para que se devenguen las 250 pesetas. Por ejemplo, una Compañía de 50.000 pesetas de capital establece una sucursal, ¿deben cobrarse por ésta 250 pesetas, cuando por la inscripción de la casa matriz se percibieron sólo 75 pesetas?

ch) Y es visto que por cada sucursal que se cree, resida en la misma provincia donde tiene su domicilio la Sociedad o fuera — en cuyo caso en el respectivo Registro hay que abrir una hoja, en la que figurarán todas las sucursales y sus actos—se devengan los honorarios expresados.

2.—DISOLUCIÓN.

Debe percibirse la mitad de los honorarios que corresponden a la creación, conforme a los números 8 y 9 del Arancel. No cabe aplicar el número 12, porque éste comprende los actos o contratos no incluidos en otros números del Arancel.

3.—AUMENTO DE CAPITAL SOCIAL.

a) *Aumento del asignado a la sucursal.*—Debe aplicarse la escala A) del número 3 del Arancel.

b) *Aumento del capital social global de la compañía sin espe-*

cificar el aumento del capital de la sucursal.—Deben percibirse las 250 pesetas que fija el párrafo B) del número 3 del Arancel, pues si en la casa matriz se aplicó la escala A) del número 3, al ser aplicable el número 12 del Arancel (pues el acto está regulado), la cantidad concurrente de la sucursal es la que fija el apartado B) del citado número 3 del Arancel.

Y, naturalmente, si la casa matriz tiene más de una sucursal, esta cantidad debe percibirse por cada una, conforme al criterio de la Resolución de 4 de enero de 1942.

4.—MODIFICACIÓN.

Cabe distinguir si la modificación es parcial—una cláusula o varias—o total por nueva redacción de Estatutos, caso a que se refiere la Real orden de 29 de julio de 1927.

En la casa matriz los honorarios se cobran, hasta 50.000 pesetas, la escala A) del número 3 del Arancel, y por cada 10.000 pesetas de exceso, una peseta, sin poder exceder de 250 pesetas cuando la reforma es total, y 7,50 pesetas si la reforma es parcial.

b) En las sucursales de la provincia de la casa matriz deben cobrarse sólo los honorarios del número 12 del Arancel por cada sucursal, pues realmente al inscribirse la modificación social, de hecho afecta a la casa matriz y a las sucursales.

c) La modificación total o parcial de los pactos sociales en el Registro de la Provincia donde radican sucursales, debe cobrarse o las 250 pesetas que fija el párrafo B) del número 3 del Arancel, o en su caso, si el capital de la Compañía o sucursal no excede de 1.800.000 pesetas, los correspondientes a la aplicación de la Real orden de 29 de julio de 1927.

ch) Si son varias sucursales en una misma provincia, no parece que por cada una se perciban esos honorarios, sino que por una se percibirán éstos y por las demás, a razón de cada 7,50 pesetas.

5.—PODERES. GERENCIAS.

Es corriente que en las Compañías de gran volumen de operaciones y con múltiples sucursales, la casa central distribuye la función

administrativa en varios órganos—Directores, Gerentes, Apoderados—, a los que se faculta para regir solos o mancomunadamente con otros ya determinados negocios, ya determinadas sucursales.

¿Y cómo se cobran las inscripciones de estos actos?

a) La Gerencia debe regularse por el número 12 del Arancel, pues es acto distinto del apoderamiento, y aplicando el criterio de la Resolución de 4 de enero de 1942, debe percibirse por gerente y apoderado las 7,50 pesetas que fija el citado número 12.

b) Igual criterio respecto a los apoderados, sean o no mancomunados, o sea, a razón de cinco pesetas (número 11 del Arancel) por apoderado y sucursal.

c) *Revocaciones*.—Para la Gerencia debe aplicarse el número 12 del Arancel, en relación con los 8 y 9, y para los poderes el 11, por expresa declaración,

6.—Los demás números del Arancel (presentación, certificación, etcétera) parece que sean aplicables a las sucursales y a las agencias.

7.—INSCRIPCIONES. CAPITAL. MODIFICACIÓN. CIERRE DE AGENCIAS.

Las reglas expresadas para las sucursales deben aplicarse a las Agencias, pero entendiéndose que allí donde se aludió a las 250 pesetas deben computarse las 100 pesetas del párrafo C) del número 3 del Arancel.

IV.—MODIFICACION DEL ARANCEL

La serie de disposiciones referidas indica que el Arancel está precisado de nuevo estudio, incluyendo aquellos actos que no figuran en él y los que ya fueron resueltos por la Dirección. Por ejemplo, los carteles, en sus varias manifestaciones (de contingentes, precios, condiciones, sindicatos), concernes, consorcios, *rings*, comunidad de intereses, consorcios, *trusts* y otros actos como los relacionados con la inscripción de comerciantes individuales (cesión de establecimiento con activo y pasivo, inscripciones de comunidades hereditarias o conyugales, caso de la Resolución de 29 de diciembre de 1914), cuentas en participación, anotaciones de suspensión de pagos, quiebras, inscripciones de convenios, rehabilitación del quebrado, etc.

Pero, sin perjuicio de regular los honorarios correspondientes a nuevos actos, debe pensarse también en revisar algunos números que se hallan tan pobremente retribuidos, que casi es indecoroso figuren en el Arancel. Por ejemplo, la presentación de un documento y calificación consiguiente (1,50 pesetas), las inscripciones de poder—que hay que transcribirlos—que devengan cinco pesetas, cualquiera que sea el número de folios, con lo que la mayoría de las veces la labor material de escribirlos en el Registro costaría más de las cinco pesetas que fija el número 11 del Arancel, y que podría su retribución, como en las certificaciones, ponerla en relación con la cuantía del capital social, o del que fiscalmente se reputa maneja el comerciante.

También en el Arancel que se pudiera redactar, aun sin esperar a que se publique el nuevo Código de Comercio, tan ansiado, debiera tenerse en cuenta la índole especial de las operaciones referentes a las sucursales y agencias y la clase de títulos inscribibles, materia que afecta a la parte sustantiva del Registro y que debe inspirarse en la legalidad, vigente en regímenes legislativos más modernos que el nuestro, como los de Alemania o Suiza, y que en parte recuerdan el contenido de nuestro Código de Comercio de 1829, del que nos olvidamos injustamente, cuando muchas de sus disposiciones inspiraron otros regímenes legales que ahora estimamos más perfectos.

A. RÍOS MOSQUERA.

Registrador de la Propiedad.

L a g u n a s d e u n a L e y

Me refiero a la Ley del 26 de octubre de 1939 sobre la venta de casas por pisos.

No vamos a repetir las justas alabanzas que a su tiempo se le han tributado. Hoy he de fijarme en ciertas lagunas, casi siempre inevitables en las leyes de trascendencia semejante.

OMISIÓN DEL AVISO PARA EL TANTEO

El párrafo 5.º del artículo 1.º de la Ley impone ese deber con estas palabras:

"Si el propietario de un piso o parte de él, susceptible de aprovechamiento independiente, tratare de venderlo, *deberá comunicarlo*, con expresión del precio, a los demás propietarios en el edificio, los cuales tendrán, respecto de extraños, preferencia para su adquisición si dentro de los diez días siguientes al de la notificación formal del aviso comunicasen al vendedor su voluntad de adquirir."

Pero como puede acontecer, acontece de hecho, acaso por respetables circunstancias y notoria urgencia, que el documento de venta a terceras personas se otorgue sin cumplir ese requisito, o sin esperar al vencimiento de los diez días concedidos al requerido para su deliberación, se pregunta, ya que la Ley lo silencia, si el documento es nulo o meramente anulable o rescindible, y qué conducta han de observar el Notario y el Registrador ante la pretensión, o la efectividad, respectivamente, de un otorgamiento de esa naturaleza.

Volveremos sobre la cuestión.

PERSONAS REQUERIDAS

Laguna de la Ley parece también lo referente a las personas que, en determinados supuestos, deban ser requeridas.

Resulta sencillo mandar que se requiera de tanteo a los dueños de

los demás pisos del edificio; pero a poco se presentará el problema de hallarlos ocupados por inquilinos, o que aun estándolo por alguno de los dueños existan condueños del piso mismo, presentes unos, residentes en lejanas tierras otros, o tal vez en ignorado paradero, dueños ciertos algunos e inciertos o en litigio otros.

¿A quién se ha de requerir entonces? ¿A todos los condueños de cada piso, sean reales, probables o presuntos, estén constituidos en tutela o pendientes de su constitución, con tutor próximo o lejano y dondequiera que se encuentren? ¿En qué forma se ha de practicar el requerimiento en casos así? ¿Se le va a *pedir espera* al comprador que primeramente nos hizo las proposiciones de la compra determinante del aviso en cuestión?

Basta enunciar esas preguntas para concluir afirmando la imposibilidad de imponer al dueño del piso en venta convenida la obligación estricta de discurrir y realizar semejantes diligencias y exploraciones.

La Ley fija el plazo de los diez días para que el requerido de tanteo delibere y decida lo que convenga a sus posibilidades e intereses respecto a pagar un precio igual al que otras personas hayan ofrecido al dueño del piso.

Son diez días nada más, porque sabe perfectamente el legislador que si el plazo fuese más amplio el dueño correría serio peligro de perder la ocasión propicia para la venta, si luego resultase que ni el requerido decidía optar por el tanteo, ni los demás tenían paciencia o facilidad para aguardar tanto para la demora.

LA SOLUCIÓN

En presencia de complicaciones e imprevisiones tales se impone otra solución, si la hay.

Yo creo firmemente que la hay, que está en el *retracto*, en darse en las leyes el retracto como medio o institución subsidiaria del tanteo, aunque las leyes que concedan éste no concedan expresamente el retracto.

Bien conocida es, a tal respecto, la sentencia del Tribunal Supremo del 22 de noviembre de 1901, según cuya acertadísima doctrina el tanteo y el retracto, si bien no sean rigurosamente *sinónimos*, está fuera de duda que cuando las leyes usan el vocablo *tanteo* comprenden genéricamente ambos derechos, pues tienden a una misma finalidad: a dar a determinadas personas en determinados casos preferencia para adqui-

rir por el mismo precio la cosa objeto de la venta, de tal suerte que si a alguna persona le asiste el derecho de tanteo, le asiste también el de retracto, porque, si así no fuese, el fin del tanteo podría eludirse fácilmente por el obligado aviso y quedaría sin eficacia la preferencia.

Quedamos, en resumidas cuentas, en que, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, donde las leyes otorguen el derecho del tanteo se presume otorgado, siquiera en casos de falta del aviso, el derecho al retracto.

Lo declaró en aquella sentencia de 1901 y lo reiteró en la del 17 de noviembre de 1931, pleito de la fadiga catalana, en cuyo considerando segundo, apoyado en leyes peculiares de Cataluña, pero también en las comunes, particularmente en el art. 1.637 del Código civil (tanteo enfiteútico), dice que al no haber aguardado el dueño de la cosa vendida a que transcurriese el término legal para que el avisado o requerido de tanteo decidiese, éste hizo bien, usó de su derecho en acudir a la demanda de retracto, no pudiendo negarse—agrega el fallo—que la Audiencia de Barcelona aplicó acertadamente “la doctrina legal relativa a la identidad práctica entre el tanteo y el retracto, por cuanto el segundo es, en casos como el presente, la manera de evitar que sea burlado el primero”.

En consecuencia, podemos afirmar nosotros que al conceder la Ley de 1939 en forma expresa el derecho de tanteo, viene a conceder implícitamente el del retracto para casos análogos a los resueltos por el Tribunal Supremo, los de omisión del requerimiento o aviso, o el de no esperar al transcurso del tiempo legal para la deliberación del requerido.

Importa, pues, muy poco, a los efectos del otorgamiento de la venta sin esas precauciones, que se haya dado el aviso o no se haya dado, y se espere o no a la decisión del requerido. Allá los otorgantes, que sabrán lo que hacen y el peligro que pueden correr en la ausencia del aviso.

LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO

Fácil resulta en nuestra tesis lo referente al Registro de la Propiedad, y bastante diáfana la misión del Notario.

Este cumplirá cabalmente con enterar antes de nada a los otorgantes, expresándolo luego (para la conveniente constancia) en la misma escritura de la obligación del aviso omitido y las consecuencias de un posible retracto.

Y el Registrador cumplirá su cometido consignando en las inscripciones la omisión del aviso, a fin de que los adquirentes posteriores no puedan alegar engaño sobre la amenaza del retracto, mientras la amenaza subsista.

La Dirección de los Registros en tiempos anteriores al Código civil resolvió en diverso sentido cuestiones singulares; pero ante las disposiciones legales dictadas posteriormente y la doctrina que acabamos de recordar, la solución deberá ser ya muy distinta. Véase Resolución de 6 de diciembre de 1889.

A primera vista causará extrañeza que empleando la Ley, como emplea, la palabra *deberá*, refiriéndola al aviso pertinente, pueda la omisión escudarse en la institución o resorte de un retracto subsidiario, a pesar del art. 4.º del Código civil, de ser nulos los actos realizados en contravención a las leyes.

Pero nos convenceremos de lo contrario si nos fijamos en los siguientes razonamientos:

Primero. Idéntica palabra *deberá* emplea el art. 1.637 del Código civil, que dice así:

"Para los efectos del artículo anterior, el que trate de enajenar el dominio de una finca enfitéutica *deberá* avisarlo al otro condueño, declarándole el precio definitivo que se le ofrezca, o en que pretenda enajenar su dominio. Dentro de los veinte días siguientes al del aviso podrá el condueño hacer uso del derecho de tanteo "

Eso dice el Código civil en el art. 1.637, y, sin embargo, en el 1.639 añade que si se hubiera realizado la *enajenación sin el previo aviso* el dueño directo, y en su caso el útil, podrán ejercitar la acción de retracto en todo tiempo, hasta que transcurra un año, contado desde que la enajenación *se inscriba en el Registro de la Propiedad*.

Por lo tanto, el Código admite que se practique en el Registro la inscripción, aunque no haya precedido el aviso, doctrina que no hay razón ninguna poderosa para dejar de aplicarle al aviso de la Ley de 1939.

Es que el aludido art. 4.º del Código civil, después de declarar nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, añade estas palabras: "salvo los casos en que la misma ley ordene su validez", ordénalo—añadiremos—de un modo expreso o tácito.

Segundo. Si la Ley de 1939 quisiera hacer obligatorio el aviso, so pena de nulidad de la venta otorgada sin él, lo hubiera dicho, a fin

de evitar que lo reputásemos incluído en aquel dogma jurídico del retracto subsidiario, pues no vamos a sostener que al legislador le haya pasado inadvertida doctrina tan elemental.

Tercero. La Ley del 39 no podría rectamente obligar a un aviso que en infinidad de casos resulta tan enojoso o impracticable, principalmente dentro de las normas o circunstancias propias de una venta, con perjuicios tan graves para la enajenación de pisos proyectada y aun para las realizadas después de un aviso tan expuesto a pretericiones insospechadas.

RETRACTO POSTERIOR AL TANTEO

Supuesto que cuando no se dió cumplimiento exacto al deber aquel del aviso, procede el retracto, cabe la pregunta de si procede también cuando el aviso fué dado con toda exactitud.

Entiendo que en este último caso no cabe retracto, porque, desatendido o abandonado el tanteo, que, según sabemos, es idéntico al retracto, debe presumirse abandonado el retracto; mejor dicho, no ha lugar ya a hablar de retracto. Además, es una consecuencia de la propia ley de 1939, cuyo designio principal es fomentar la subsistencia de pisos de distintos dueños, para apoyar los anhelos naturales de vivienda propia, aunque sin desconocer, en general, las ventajas de la unificación en un solo dueño para la mejora del edificio, o su reedificación.

Cierto que el artículo 1.639 del Código Civil, ya citado, autoriza expresamente el retracto aun en el caso de haber precedido el oportuno aviso; pero se trata de una excepción que, aunque no merezca la condena que autores de nota fulminan contra ello y merezca la consideración o atenuante del caso de la división de dominio en directo y útil de suyo casi siempre enojosa, es lo cierto que las demás leyes, entre ellas la que venimos estudiando, no autorizan en modo alguno que se extienda a ellas el caso aquel de excepción.

De las reseñadas Sentencias del Tribunal Supremo se infiere esa regla general de que el retracto no cabe cuando se ha cumplido debidamente la previsión del aviso, después del cual no se puede invocar ya el engaño o burla de los que tengan derecho al mismo.

PLAZO PARA EL RETRACTO

Resulta otra laguna de la ley, porque no sabemos si al nacer ese derecho subsidiario ha de tener mucho o poco tiempo de permanencia para poder ser ejercitado.

El plazo de diez días concedido por la ley para la decisión del requerido, o sea de los interesados a quienes se haya dado el aviso, lo creemos de aplicación al retracto tan sólo en los casos de hacerles presente a los interesados que la venta se realizó ya, con el precio que haya mediado; pero la dificultad surge cuando tampoco se haga ese requerimiento o notificación de la venta realizada, y que aparezca ésta inscrita en el Registro.

Si en el último supuesto se aplica un plazo de diez días para el retracto, resulta un tanto injusto, pues por mucho que se apure el carácter de publicidad propio de los asientos de la institución registral, no puede dudarse que prácticamente es muy distinto de un requerimiento o notificación personal. A notificación menos perfecta, plazos más largos.

Este es, además, el criterio del Código Civil en el citado artículo 1.639, al dar nada menos que el término de un año para el retracto cuando la enajenación haya sido realizada sin el previo aviso.

Debemos, pues, concluir que es necesario un plazo mayor que el de los diez días siempre que falte el aviso previo, y al no existir otro más conveniente que aplicar, estimamos legal y justo el del año, a contar de la inscripción de la venta otorgada sin el previo aviso.

Lo que creo, aun apreciando en ello un problema, es que el adquirente del piso, según compra no precedida del aviso legal, puede cercenar el término del año requiriendo cumplidamente a los dueños de los demás pisos para que en diez días puedan ejercitar el retracto. Suele decirse que lo del año del artículo 1.639 tiene cierto carácter punitivo, sanción de la falta del aviso debido; pero yo entiendo que no es ese el fin del precepto, sino tan sólo una amplia reacción de las leyes contra la ausencia del requerimiento, y así asegurar en lo posible que los interesados lo sepan.

E. VÁZQUEZ GUNDÍN,
Registrador de la Propiedad

La irretroactividad de la Ley en los Fueros

En las primeras leyes godas no se encuentran definidas estas causas pasadas y conclusas, las *causæ finitæ* de los romanos. En el Código de Eurico se habla de ellas; el cap. 277, sobre prescripción extintiva de treinta años, dispone se aplique a *omnes causas, sen bonas, sen malas, quæ intra XXX annis definitæ non fuerint*, donde late el *ad hunc pendentibus* romano, y prohibió que las conclusas se admitiesen en juicio, así como las leyes anteriores al 451, en que murió su padre, Teodorico I.

Tomando la idea, y no la extensión, del Derecho romano, si aparecen definidas en la *Lex romana Wisigothorum*, que luego se llamó erróneamente Breviario de Aniano, que dió Alarico, título II, § 2, se dice que son *illas que iam vel sententiis definitivis vel transactionibus decisæ sunt*, y tanto esta disposición como las posteriores de Recesvinto restringen el concepto de negocios conclusos romano, que era más amplio.

Recesvinto derogó las leyes romanas, deteniendo la tendencia romanista, que no triunfó legalmente, sino doctrinalmente, en nuestra patria. Son muy conocidos los términos de su disposición Ley 8, título 5, libro IV: *De remotis alienarum gentium legibus: Aliene gentis legibus ad exercitiæ utilitatis inbui et permittimus et optamus; ad negotiorum vero discussionem et resultamus et proibemus... nolumus sive Romanis legibus sen alienis institutionibus amodo amplius convexari*. Martínez Marina juzga (1) que los visigodos no ignoraron la legislación romana sobre irretroactividad; señaladamente lo ve en la Ley 8, título 4, libro II, y en la Ley 1, título 5, libro III, más completas y mejor expuestas en los Códices latinos que en el Fuero

(1) O. c., página 247.

Juzgo castellano, y Affolter confirma esta opinión (1). En materia penal la irretroactividad es reconocida (2), pero si la nueva disposición es beneficiosa para el reo, aunque no se aplique a lo ya juzgado, si se aplica al juzgar aún a lo ya hecho: "Daquí adelante non sea ninguno del palacio del Rey, nin del convento de la santa religion, echado de su ordra, ni del servicio dela casa del Rey o por fuerza del poderio descomulgado, salvo si la culpa fuese manifesta o fuese publicada por verdadera delante de todos." (3).

Ya indicamos la intervención general en la elaboración de las normas germánicas, y está haciendo revivir pasados recuerdos en los pobladores de la Península y renacerá espléndidamente en los gloriosos Concilios y Cortes. En el IV Concilio de Toledo, c. 75, se dice: *Id cum gentis consulto decrevimus*, y en el XVI, c. 10, *ad universis Dei sacerdotibus palatio senioribus, clero, vel omni populo dictus est*, haciéndose la promulgación ante el pueblo, que estaba presente y asentía. Recesvinto dice en la Ley 4, tit. 1, libro II: ... *trono coram universis Dei sacerdotibus, sanctis cunctisque officiis palatinis, docante Deo adque favente audientium universali consensu...*

El principio de sólo disponer para el futuro, recogido en las leyes godas, aparece en los acuerdos sancionados en las Cortes. En las de León de 1020 se decía: ... *talia decreta decrevimus, quae firmitis tenentur futuris temporibus*, y en las del año 1208, *de universorum consensu hanc legem edidi, mihi et a meis posteris omnibus observandam*, y en las de Benavente del 1202: "Conoscida cosa fago saber a todos los presentes, e a aquellos que han de venir "

El principio de irretroactividad actúa calladamente, sin ser expresamente expuesto, sin estar formado su opuesto del derecho adquirido y fundándose no en un claro concepto de una limitación legal, cuando, por el contrario, por su idea de la Ley, robustecida por la Iglesia, y por su forma antigua de elaborarla, ésta es muy fuerte e impone su imperio exclusivo, si no sólo apoyándose ya en el senti-

(1) O. c. en página 131 dice de Recesvinto: "augenscheinlich sich der vollen Bedeutung des intertemporalen Privats echtes bewusst war".

(2) Ley I, tit. 5, libro III. "Ningun ome non ose casar ni ensuciar per adulterio con la esposa de su padre o con alguna que es del linaje de su padre ó de su madre ó con pariente de su mulier fasta quarto grado, fueras enoe aquellas personas que eran ya ayuntadas por mandato del príncipe antes que esta ley fuese hecha, que non deuen aver esta pena por esta ley " Chindasvinto.

(3) Ley I, tit. I, libro VI.

miento de la libre personalidad, respetando el derecho de la persona.

La naciente nacionalidad española, aún no consciente de su destino, establece bien firmes los principios de su constitución real y genuina, no verbalista ni en el papel; no precisaba declaraciones altisonantes de derechos abstractos, para que fuese real la efectiva garantía de la igualdad ante el Derecho, con el sometimiento de todos a la Ley. Así habían dicho, para su gloria y nuestro orgullo de ser españoles, en el VIII Concilio de Toledo (año 683, VIII-I-II): "Damos facultad a todos para que muerto el príncipe y aun en vida suya puedan ventilar y seguir contra él sus causas y negocios, pleytear como conviene y alegar en juicio libremente todo lo que pertenezca a su derecho, porque de tal manera queremos conciliar *el respeto y veneración a la dignidad humana que jamas se deje de observar escrupulosamente la justicia de Dios.*"

Sagrados fundamentos de la patria, ¡con qué veneración y respeto te descubrimos hoy, cuando aspiramos a ser dignos de ellos y continuar el destino tan gloriosamente iniciado, con la dignidad humana respetada y la justicia observada y temida! Esa dignidad es el nervio de la raza, es la hombría con que España ha seguido su destino, nuestra mayor gloria y nuestro más difícil e imperioso deber.

En tiempo posterior de mayor poderío real, en el Fuero Real, a pesar de declararse en él que el Rey es puesto "por mandamiento de Dios" y de establecer una pena de cien maravedises al que hablase mal del Rey difunto, se dispone (1) que "si alguno hobiese alguna demanda contra el Rey, pida la merced en su poridad que gelo enderesce, e si no gelo, quisiere el Rey enmendar, digagelo ante los homes de su Corte, e si pa esto no lo quisierè enmendar, pueda gelo demandar público asi como pertenece a pleyto, e como es derecho. ca en tal manera queremos guardar la honra del Rey, e que no folgamos a ninguno su derecho".

Los Fueros municipales también contienen referencias a la aplicación de la norma en lo futuro. Es decir, que a pesar de corresponder muchas veces a instituciones genuinamente populares y encarnar, aunque torpemente expresados muchas veces, el Derecho vivo, el contrastado por la realidad práctica y la vida diaria, cuando se reducen a escrito y éste es aprobado por el Soberano o señor, es corriente el que se inserte la referencia general de que valdrán para presentes y

(1) Ley II, tit. II, libro I.

futuros, sin que contengan preceptos de adaptación a un Derecho anterior que a veces no existía concreto o no se referían a él, y las más de las veces continuaban, bien por ser sólo la nueva forma escrita, o bien por ser nueva redacción, como nueva edición corregida de una carta o fuero primero, o ser el Derecho anterior el entonces común de España, no el romano, así llamado, sino el Fuero Juzgo (1), que regía y estaba vigente como supletorio de la especialidad de los fueros municipales que habían roto la unidad (2).

El Fuero de Logroño, dado por Alfonso VI en 1095 y luego confirmado y dado por Sancho el Calvo a Vitoria en 1181, dice: *Facimus hauc cartam ad illos populos de Lucronio omnibus praesentibus et futuris...*

En el segundo Fuero de Sahagún del 1152, dado por Alfonso VII por la necesidad de reformar el anterior, dado por Alfonso VI en 1081, y de cortar y terminar las cuestiones promovidas por los vecinos contra las pretensiones feudales del Monasterio de Sahagún, se dice por aquel Monarca que hubo "de enmendar los fueros que habien es de les dar fueros porque vivan *daqui adelante* tambien los que sean agora como los que vengan despues", y en el célebre y apreciado Fuero de Cuenca, dado por Alfonso VIII el 1190, se dice que obliga *tam praesentibus quam futuris*.

Sería un error creer que los principios básicos que hemos señalado de respeto a la dignidad humana, y con ello el derecho personal y el de que las leyes sólo se dan para el futuro, fuese algo, en cierto sentido, mecánico que implicase que las leyes prohibitivas absolutas o de expulsión del campo jurídico de una realidad social anterior no se aplicasen al Derecho existente.

Así, por ejemplo, el derecho de manería, sobre los siervos (3) libertados que morían maneros o estériles, a virtud del que los bienes de su peculio y, en todo caso, los adquiridos por donación hecha a los mismos pasaban a su antiguo señor o patrono o herederos de éstos, tal derecho, que chocaba con la conciencia jurídica y que ya había sido limitado en la Carta-puebla de Melgar de Suso, que ordenó que el

(1) Dado como fuero a Córdoba, mi patria chica, el 4 de abril de 1241, después de conquistarla San Fernando.

(2) El Especulo, ley 1, tit. 5, libro V: "Como el fuero despana antiguamente fué todo uno en tiempo de los godos e por gual razón vino el departimiento de los fueros."

(3) Sunvuet. "Histoire et theorie de la saisine héreditaire", 1852. París, página 182: "De la succession des main—mortables—".

señor no tornase "en mañería más de cinco sueldos é una meaja, cuando fué, al fin, abolido en el Fuero de León, dado por Alfonso V, y la prohibición repetida en otros fueros, ésta surtió efecto aun habiendo pactos en contra y convenidos antes del nuevo Fuero.

Las consideraciones de reforma legal no son aplicables cuando es una institución entera la que va paulatinamente sustituyendo a otra, y a veces más que una institución, un régimen entero, como por ejemplo el económicomatrimonial, dado que en Castilla va triunfando el de conquistas, gananciales o bienes de ganancia, desde el reparto proporcional del Código Visigodo, al régimen definitivo de partición por mitad, impuesto primero por las costumbres y luego por los Fueros de Cuenca, Baeza, Plasencia, Alcalá, Fuentes y Nájera, y al fin por los Fueros generadores Viejo y Real.

El principio de irretroactividad es reconocido en materia penal en el Fuero Real, y en lo civil encuentra una clara declaración en la Ley 200 de Estilo, que dice: "Si alguno ficiese su testamento, e tal Fuero fuese en el Lvgar que el padre podiese mandar la tercera parte de mejoría a uno de sus fijos, se gela mandase, *e ante que fúnase* diese el Rey otro Fuero aquel Lugar, en que se contenia que no podiese el padre mandar mas a un fijo que a otro, si el padre murio en este otro Fuero, e no habia revocado la manda que habia fecho en el testamento... vala la manda fecha en el testamento que fue fecho en el primer Fuero, *ca lo que dice en el Fuero que dio el Rey despues no se extiende a las cosas pasadas e de antes fechas o mandadas o otorgadas, mas a lo por venir.*"

El principio de la movilidad y caducidad de las leyes está también sabiamente expuesto en la 238 de Estilo, que dice: "Otrosi es a saber que cinco cosas son que embargan los derechos escriptos. La primera la costumbre usada, que es llamada en latín consuetudo, si es razonable. La segunda es postura que hayan las partes puesto entre si. La tercera es, perdón del Rey quando perdura en justicia. La quarta es quando faze Ley de nuevo que contraria el otro derecho escripto, con voluntad de fazer Ley. La quinta es quando el derecho natural es contra el derecho positivo que fizieron los hombres."

ANTONIO MARÍN MONROY.

Notario.

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

ANOTACIONES PREVENTIVAS DE PROHIBICIÓN DE ENAJENAR. SUS
CLASES. INTERPRETACIÓN DE FACULTADES DE ALBACEA CON-
TADOR-PARTIDOR.

Resolución de 8 de mayo de 1943. "B. O." de 24 de mayo.

Doña C. G. G. falleció bajo testamento, por el que—entre otras disposiciones—nombró herederos a partes iguales a sus hermanos don L. y doña A. G. G., y Albacea contador-partidor de todos sus bienes a don R. T., a quien confirió "cuantas facultades necesite para el desempeño de su cargo, incluso las de incautarse y administrar los bienes relictos, pagar, cobrar, vender, retirar depósitos en metálico, valores y efectos públicos o de otra clase del Banco de España, Monte de Piedad, Caja de Ahorros y de cualquier otro establecimiento de crédito o de particulares; inventariar, tasar, liquidar, partir y adjudicar el caudal relicto, todo ello extrajudicialmente, pues prohíbe la intervención judicial en su testamentaria y le prorroga el año legal del albaceazgo por cuanto tiempo necesite".

Por escritura de la cual dió fe el Notario de Madrid D. Cándido Casanueva el 14 de julio de 1942, el expresado Albacea, "usando de la facultad de vender concedida por la testadora y teniendo en cuenta que los herederos de ésta son mayores de edad y no son herederos forzosos, y para atender a los gastos de entierro y funeral y de otras atenciones de la testamentaria", vendió a don A. de la P. la casa número 8 de la calle de Carlos Latorre, del barrio de Cuatro Caminos, que pertenecía a la causante, por el precio al contado de 14.000 pesetas.

Presentada primera copia de dicha escritura en el Registro de Oc-

cidente, de Madrid, se extendió a continuación de la misma la siguiente nota: "Denegada la inscripción de este documento porque, decretado el secuestro y depósito judicial de la finca que en el mismo se enajena con la prohibición de enajenarla, se ha tomado anotación preventiva del mismo y de esta prohibición, en virtud de mandamiento expedido por el Juzgado de Primera instancia núm. 5, de Madrid. Y, además, por no tener capacidad para otorgar la escritura don R. T., como Albacea comisario de doña C. G. G., habida cuenta que en la cláusula pertinente del testamento que en la escritura se inserta no se faculta expresamente por la causante a dicho Albacea para vender inmuebles como es menester".

Interpuesto recurso gubernativo por el Albacea, la Dirección, previo el informe del Notario autorizante de la escritura, que lo evacuó respecto al segundo defecto de la nota, por no afectarle el primero y no considerarse, por tanto, con personalidad para impugnarlo, ha sentado la interesantísima doctrina, confirmatoria del auto apelado y de la nota del Registrador en lo que se refiere al primer extremo, pues en cuanto al segundo los revoca:

Que la anotación preventiva de la prohibición de enajenar bienes inmuebles, admitida por el núm. 4.º del art. 42 de la Ley Hipotecaria, puede, en primer lugar, ir encaminada a robustecer y asegurar un mandamiento de embargo, en cuyo caso no impide la práctica de posteriores inscripciones, o puede, en segundo término, reflejar una situación procesal que, por motivos de orden público o para garantizar los resultados de un juicio universal, o en atención a los efectos retroactivos que la declaración de incapacidad de una persona puede provocar, cierra temporalmente el Registro, como si constituyera un obstáculo o precepto impediante, y niega las ventajas de la inscripción a los títulos contradictorios de su finalidad que no gocen, por otras razones, de preferencia hipotecaria.

Que esta aproximación de los efectos de la anotación preventiva de la segunda clase a los característicos de la prohibición de enajenar se halla también justificada por la fundamental razón de que la orden prohibitiva del Juez más bien va dirigida en tales casos a evitar el acto ilegal o ilícito que a decretar su nulidad, y por la conveniencia de negar la entrada en los libros hipotecarios a las enajenaciones del quebrado o concursado, de los presuntos incapaces cuyas facultades se discuten y, en general, de las personas que, por su representación en

procedimientos universales, pudieran introducir la confusión y la inseguridad en los asientos del Registro.

Que son naturales consecuencias de esta doctrina, relativa a las prohibiciones de la segunda clase, en primer lugar, la no aplicación del art. 71 de la Ley Hipotecaria a los títulos otorgados por las personas a quienes afecte la prohibición; en segundo término, el cierre provisional de los libros hipotecarios a los documentos presentados, como si la anotación fuera una verdadera prohibición ya inscrita, y, en fin, la atribución de una energía independiente al asiento practicado, que no puede ser contrarrestada por razón de la fecha anterior de los documentos presentados con posterioridad y que, en el caso discutido, podría ser desvirtuada por decreto judicial, en que se aprecien las circunstancias fundamentales.

Que si bien la escritura de venta de la casa en cuestión fué otorgada el día 14 de julio, y el mandamiento judicial de secuestro y depósito judicial de la finca, con prohibición de enajenarla, fué expedido el 31 de agosto del mismo año, es indudable que en el Registro de la Propiedad, donde se había tomado anotación preventiva del mandamiento y de la prohibición, existía, en el momento de presentar el título, un obstáculo fundamental que, por el momento, impide la extensión del asiento solicitado, sin prejuzgar la validez o nulidad de las obligaciones y derechos constituídos.

Y, finalmente, en cuanto al segundo defecto señalado por la nota recurrida, que del contexto de la cláusula discutida, en la cual se emplea el verbo "vender" sin limitación alguna después de referirse el testador a los bienes relictos, de las amplias facultades conferidas al Albacea contador-partidor y del carácter universal del título, que abarca los inmuebles como los muebles, se deduce, sin duda ninguna, que don R. T. se hallaba autorizado para otorgar la escritura de compraventa, sobre todo si se tiene en cuenta que los herederos son mayores de edad y no gozan de la condición de legitimarios, así como que el precio había de destinarse a los gastos de entierro y funeral.

PROCEDIMIENTO HIPOTECARIO ESPAÑOL. CUANDO LA PETICIÓN HECHA POR UN MANDATARIO EN EL ESCRITO INTERPONIENDO EL RECURSO GUBERNATIVO, SE SEPARA DE LA VOLUNTAD DE LOS OTORGANTES DEL TÍTULO INSCRIBIBLE Y ALTERA ESENCIALMENTE EL CONTENIDO DE ÉSTE, TAL Y COMO APARECE REFLEJADO EN EL ASIENTO DE PRESENTACIÓN Y EN LA NOTA CALIFICADORA. SE INCURRE EN UNA INCONGRUENCIA QUE HA DE AFECTAR AL PROCEDIMIENTO HIPOTECARIO E IMPEDIR QUE LOS PRONUNCIAMIENTOS DEFINITIVOS DEL MISMO GUARDEN LA ESTRECHA RELACIÓN DEL FALLO CON LOS PEDIMENTOS Y PRODUZCAN LOS INMEDIATOS EFECTOS PREVISTOS POR LOS ARTÍCULOS 66 Y CONCORDANTES DE LA LEY HIPOTECARIA Y DE SU REGLAMENTO.

Resolución de 17 de mayo de 1943. "B. O." de 9 de junio.

Otorgada por una señora viuda y heredera escritura de inventario de bienes relictos al fallecimiento de su esposo, se formuló en la misma petición encaminada a que se registrasen a favor de la otorgante "dos cuartas partes del derecho hereditario sobre todas las fincas que el causante poseía procedentes de la línea materna".

Presentada primera copia de dicha escritura—con otros documentos complementarios—en el Registro de Figueras, fué denegada por no determinarse con exactitud la extensión del aludido derecho correspondiente a la otorgante.

La referida señora confirió mandato a otra persona para que en su nombre interpusiese recurso contra la nota denegatoria de inscripción con referencia a "dos cuartas partes del patrimonio o herencia del esposo de aquélla, en cuanto a los bienes procedentes de la madre del último".

El mandatario, sin estar facultado para variar la naturaleza y extensión del derecho inscribible, entabló recurso solicitando en su escrito inicial la inscripción a favor de su mandante de "una cuarta parte más una doceava de los bienes .. mediante la inscripción de la *propiedad indivisa* de dichas cuatro doceavas partes sobre cada una de las fincas".

El Presidente de la Audiencia, revocando la nota del Registrador, accedió a ello, pero la Dirección rechaza el auto apelado declarando

—a más de las palabras del enunciamiento—que no ha lugar a resolver el fondo del recurso por la disconformidad entre la petición de inscripción formulada por la otorgante en la escritura calificada, que fué reproducida en el asiento de presentación, y lo solicitado por su mandatario en el escrito de interposición del recurso gubernativo; sin perjuicio del derecho de dicha señora a mantener o variar en forma auténtica la petición contenida en la escritura, así como, en todo caso, a presentar el documento en el Registro, y de la obligación del Registrador de extender la calificación que proceda.

VENTA DE NUDA PROPIEDAD. POSIBILIDAD DE LA EXISTENCIA DE OTRO DERECHO, NO VENDIDO, A CONSOLIDARLA CON EL USUFRUCTO.

Resolución de 18 de mayo de 1943. "B. O." de 13 de junio.

Una señora falleció, bajo testamento, en el que legó el usufructo de todos sus bienes—entre los que figura una casa sita en Tarazona— a los cónyuges J. A. y F. B., o al sobreviviente de ellos, con la obligación de mandar celebrar determinadas misas y de conservar en el mejor estado la casa citada, para lo que harán cuantas reparaciones sean necesarias. Fenecido el usufructo, o sea cuando hayan fallecido uno y otro usufructuario, se incautará de los bienes el Prelado de la Diócesis, que dispondrá de ellos en la forma que estime oportuna, invirtiendo el importe de los mismos o sus productos, mientras no quiera enajenarlos, en misas rezadas por el alma de la causante. Con tales condiciones inscribieron los usufructuarios su derecho sobre el nombrado inmueble—previa la adjudicación oportuna en escritura al efecto—en el Registro de Tarazona.

Y mediante otra que el 8 de abril de 1940 autorizó el Notario de dicha ciudad D. Luciano Antonio Edo, el Obispo de la misma cedió, "mediante venta o en la forma mejor que proceda en derecho", a los nombrados cónyuges J. A. y F. B., usufructuarios de la repetida casa, la nuda propiedad de ella, reservada al Prelado de Tarazona, para que "se consolide el dominio en los usufructuarios, quedando el Prelado encargado de cumplir las misas que hasta ahora correspondían a aquéllos". El precio de la transmisión fué el de 9.500

pesetas, entregadas en la Administración Diocesana con anterioridad al acto del otorgamiento, efectuándose la venta como consecuencia de un expediente tramitado ante el Provisorato y Vicaría General del Obispado, en el que se dictó auto accediendo a lo solicitado. En el auto se hizo constar que los nombrados usufructuarios elevaron escrito al Obispo manifestando que la casa usufrutuada necesitaba urgentemente obras de reparación, y antes de llevarlas a cabo deseaban desespiritualizar el inmueble y formalizar, aportando el capital correspondiente, una fundación de misas según las disposiciones testamentarias; que en atención al carácter temporal de las cargas, se presentó otro escrito pidiendo la venta a su favor de la nuda propiedad y del derecho de futura propiedad plena perteneciente al Prelado, y que apreciadas todas las circunstancias del caso y con arreglo a los cánones 1.514, 1.515 y 1.516, se acordó declarar transmitido a los usufructuarios, previo pago de 9.500 pesetas en que se estimó el derecho de propiedad reservado al Obispo para cuando cesara el usufructo, dicho derecho.

Presentada en el Registro de Tarazona primera copia de la escritura de compraventa reseñada, acompañada del testimonio literal del auto y decreto aprobándolo, se extendió la siguiente nota: "No admitida la inscripción del precedente documento por observarse los siguientes defectos insubsanables: 1.º Aun suponiendo adquirido por el Ilmo. Sr. Obispo de esta Diócesis el derecho a la nuda propiedad de la finca dejada por la causante desde el mismo momento del fallecimiento de dicha señora, no puede la Mitra transmitir ningún derecho de los que por virtud de dicho testamento adquiere mientras no se extinga el usufructo vitalicio que disfrutaban J. A. y F. B., momento en que ocurrirá la incautación señalada en la cláusula testamentaria y la libertad de disposición consiguiente. 2.º Al transmitirse la nuda propiedad por venta, sólo se ha transmitido uno de los derechos del Prelado sobre la finca, mas no el que también tiene para el momento en que haya fenecido el citado usufructo, o sea el de recibir precisamente dicho usufructo para consolidarlo en su persona; el admitir ahora, consolidado el pleno dominio en uno de los usufructuarios por adquisición de la nuda propiedad, sería tanto como desnaturalizar jurídicamente el usufructo vitalicio del testamento, convirtiéndolo en perpetuo y, por tanto, desvinculado de la muerte o renuncia de los usufructuarios. 3.º En el auto de la Curia Diocesana, que sirve de base

al Decreto de su Ilustrísima, se confunden ambos momentos jurídicos, ya que unas veces habla de que "se ha solicitado la venta, cesión o transmisión de nuda propiedad, correspondiente actualmente al Prelado, y el derecho a futura propiedad plena"; y en la parte dispositiva sólo recoge, para ser objeto de transmisión, "el derecho reservado al Prelado para cuando cesara el usufructo vitalicio legado a los cónyuges J. A y F. B.". Por otra parte, como en la escritura se transmite solamente la nuda propiedad, tampoco resulta correlación aparente entre el documento diocesano y el notarial.

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, la Dirección, de acuerdo con el Presidente de la Audiencia, ha resuelto que la escritura se halla extendida con arreglo a las prescripciones y formalidades legales.

Considerando que los extremos discutidos en este recurso son los siguientes: Si el Prelado de Tarazona pudo vender la nuda propiedad de la casa antes del fallecimiento de los legatarios del usufructo de la misma; si, además de la referida nuda propiedad, existe otro derecho, no vendido, a considerarla con el usufructo, y, por último, si en el auto de la Curia Diocesana, previo a la enajenación, se ha padecido confusión que impida inscribir la escritura calificada.

Considerando que el art. 489 del Código civil autoriza expresamente al nudo propietario para enajenar su derecho, siempre que no lesione el del usufructuario, y si, conforme a reiteradas decisiones del Tribunal Supremo y de este Centro Directivo, las disposiciones testamentarias a título de herencia o de legado hechas a día cierto, o que seguramente ha de venir, como la muerte de una persona, crean derechos a favor de los sucesores universales o singulares desde el fallecimiento del causante y no implican prohibición de disponer, únicamente podría discutirse, en el caso actual, hasta qué punto la unidad o, mejor dicho, identidad jurídica entre la persona que ha cedido la nuda propiedad y la que en su día hubiera de incautarse en la forma testamentaria de la casa en cuestión, justifica el acto cuya inscripción se solicita.

Considerando que no habiéndose ni siquiera alegado en este recurso que el llamamiento del nudo propietario se hubiese hecho con referencia a la persona que en el momento de la muerte de los usufructuarios ocupase determinado cargo, ni que los llamados en segundo lugar fuesen los Prelados en orden sucesivo, sin constituir verdadera

personalidad jurídica, sino que habiéndose interpretado por todos los interesados el testamento de la causante en el sentido de que se llamaba al Prelado de la Diócesis como representante y personificación de la misma, no cabe poner en duda la continuidad de la Iglesia y la unidad del disponente y del fideicomisario.

Considerando que la sola circunstancia de que no hubiesen fallecido los legatarios del usufructo no impedía al Prelado transmitir la nuda propiedad y dar lugar con ello, en su caso, a la reunión de ambos derechos, según preceptúa el núm. 3.º del art. 513 del mismo cuerpo legal y conforme a lo declarado en las resoluciones de esta Dirección General de 19 de diciembre de 1901, 29 de noviembre de 1911 y 29 de marzo de 1916; primero, porque, según repetida jurisprudencia, las prohibiciones de disponer no se presumen; segundo, porque en el título constitutivo del usufructo no sólo no se impuso al Obispo prohibición de enajenar su derecho, sino que su actuación inspiró absoluta confianza a la testadora, quien le facultó para que, a su arbitrio, conservase o no el inmueble; tercero, porque en el contrato de compraventa intervinieron todos los interesados, sin que haya perjuicio para otras personas, y la Mitra asumió la obligación de levantar las cargas piadosas en la forma establecida en el testamento, y cuarto, porque el interés social y el privado coinciden en la conveniencia de no mantener innecesariamente desmembraciones del dominio y en evitar las complicaciones derivadas de las mismas, especialmente producidos en el presente caso por estar ruinosa la casa usufructuada.

Considerando que, además de que la venta de la nuda propiedad pudo efectuarse, según queda indicado, antes del fallecimiento de los usufructuarios, hay que tener presente que a consecuencia de las cargas legales y testamentarias impuestas a éstos, de ser casi sexagenarios y del mal estado de la finca, pudiera resultar la manda prácticamente inútil, y hasta onerosa, y en tal caso o por distintos motivos, ser compelidos los legatarios del usufructo a hacer renuncia del mismo, otra de sus causas extintivas enumeradas en el art. 513, lo cual permitiría al Obispo disponer durante la vida de aquéllos del pleno dominio del inmueble.

Y considerando que de la lectura de la escritura de compraventa, que es el título inscribible, resulta indudable que el Prelado vendió todos sus derechos sobre la casa, sin reserva legal ni contractual relativa a la misma, y que en cuanto a la naturaleza jurídica y extensión

del derecho transmitido, la denominación de nuda propiedad fué consignada en la escritura, y es la que habrá de hacerse constar en la inscripción, de conformidad con lo prevenido, respectivamente, en los artículos 148 y 61 de los Reglamentos Notarial e Hipotecario, sin que a esto obste el variado tecnicismo usado en el documento complementario, expedido por el Secretariado del Provisorato, el cual concuerda en el fondo con la escritura y sirve para patentizar la observancia de las normas canónicas y el respeto a la voluntad, bien interpretada, de la testadora.

Estimamos muy atendibles y discretas tanto la nota como las razones que en defensa de la misma alegó el Registrador. Tan minucioso como es nuestro Código en la reglamentación de los derechos y deberes del usufructuario, apenas si dedica algún artículo—entreverado entre los que afectan a aquél—a los del nudo propietario. Y esto presupuesto, hay que situarse en la posición del calificador, teniendo que interpretar una cláusula testamentaria, en que las palabras “fencido” e “incautar” por fuerza le habian de sugerir múltiples dudas.

El fácil expediente de que ningún derecho se lesionaba en la venta de la nuda propiedad, no es argumento para el caso de fuerza. Prueba de ello es que la Dirección, con la lucidez en sus decisiones que le es característica, expresa la posibilidad de la existencia de otro derecho, que no se vendió, a más de la nuda propiedad, a consolidarla con el usufructo. Y este derecho es muy lógico—con una interpretación literal de la cláusula testamentaria—referirlo al Prelado que habría de incautarse de los bienes al morir el último de los usufructuarios. Por ello es digna de atento estudio y consideración la resolución que nos ocupa, ya que expuesta por ella misma la parte más espinosa de la cuestión debatida la resuelve con su acostumbrado tecnicismo y maestría.

Ahora bien; ¿qué figura jurídica es la de ese derecho, que no se vendió, a consolidar la nuda propiedad con el usufructo?

Parece aludirse a una situación fiduciaria de caracteres mixtos. Sin embargo, sus contornos se desdibujan y hacen más borrosa su distinción al admitirse en el 4.º de los considerandos por la Dirección la posibilidad por el Prelado de la transmisión de la nuda propiedad a persona distinta de los legatarios del usufructo, dando lugar con ello a la reunión, más tarde, de ambos derechos en distinta persona.

CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR. DESESTIMADO POR EL JUZGADO NO COMPETE A DICHO FUNCIONARIO CALIFICAR EL PROBLEMA DE LAS PARTICULARIDADES QUE EN LA PRÁCTICA FORENSE DISTINGUEN LA REPRESENTACIÓN DE LA ASISTENCIA.

Resolución de 22 de mayo de 1943. "B. O." de 20 de junio.

Por efectos de una liquidación de cuentas un señor reconoció deber a otro determinada cantidad, otorgándose escritura de hipoteca en garantía de la misma sobre varias fincas, que fué inscrita en el Registro de Illescas. Impagado el crédito y luego de requerido notarialmente para el reembolso el deudor, el acreedor instó procedimiento judicial sumario ante el Juzgado de 1.^a instancia núm. 21 de los de Madrid, que exhortó al de igual clase de Illescas para que ordenase al Registrador del Partido la expedición de la certificación prevenida en la regla 4.^a del art. 131 de la ley Hipotecaria, lo que cumplimentó dicho funcionario e hizo constar por nota al margen de las inscripciones de las fincas hipotecadas. Después de vencido el plazo para pagar, el deudor enajenó dichas fincas, y una de ellas la casa núm. 9 de la Plaza de la Constitución, del pueblo de Illescas, fué adquirida por su sobrina J. R., de dieciocho años de edad, emancipada por concesión paterna. Al padre de esta menor, que estaba personado en autos en nombre de su hija, se le hizo saber que podía intervenir en la subasta o abonar antes del remate la cantidad de que respondía; y padre e hija fueron también requeridos para que reconociesen al actor como administrador judicial de la finca que ellos habitaban. La subasta se anunció en los periódicos oficiales, y después de haberse declarado tres desiertas, se adjudicó la finca al ejecutante en pago de su crédito, y, aprobado el remate, el Juzgado decretó la cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del actor y todas las inscripciones y anotaciones posteriores, incluso las verificadas después de expedida la certificación prevenida en la regla 4.^a del art. 131 de la Ley, haciendo constar que no se llevaron a cabo las notificaciones indicadas en la regla 5.^a ante el resultado negativo de las certificaciones del Registro. Por último, la finca fué vendida años después de extendida la nota marginal por doña J. R. a don R. A., que no ha intervenido en el procedimiento ejecutivo más que para intentar la consignación de las cantidades reclamadas.

Presentado el oportuno mandamiento en el Registro de la Propiedad de Illescas, se suspendió la cancelación en cuanto a la casa de la Plaza de la Constitución, por aparecer como dueña de la misma doña J. R., a la cual, después de haber estado representada en el procedimiento por su padre y de haber sido requerida con él para que reconociese al ejecutante como administrador judicial de la finca que habitaban, no se le había notificado el procedimiento ni se le había requerido, como tercer poseedor, con asistencia de su padre. Cuya calificación se agravó posteriormente en dos notas, consignadas en sendos mandamientos, tratando de subsanar el defecto apuntado mediante hacer constar el requerimiento hecho a la menor emancipada en presencia de su padre, lo que rechazó el Registrador por no aparecer haberse seguido los trámites subsiguientes durante los cuales pudo ejercitar sus derechos la repetida menor.

Interpuesto recurso, la Dirección, confirmando el auto Presidencial, revoca la nota del Registrador, declarando que, para la plena efectividad del derecho real de hipoteca es necesario que los caracteres de facilidad y rapidez se afirmen en el proceso de ejecución, cualquiera que sea el titular de la finca hipotecada, y en tal sentido y de acuerdo con el criterio que inspiró la reforma de la ley Hipotecaria del año 1909, han de removerse cuantos obstáculos retrasen o se opongan al derecho del acreedor, nacidos de enajenaciones verdaderas o simuladas llevadas a cabo por el deudor, después de haber sido requerido de pago, y una vez extendida en el Registro la nota marginal expresiva de haberse expedido la certificación a que se refiere la regla 4.^a del artículo 131 de la misma ley sustantiva.

Que esta nota marginal, si bien no tiene virtualidad para provocar el cierre del Registro ni paralizar las facultades dispositivas del deudor, llama la atención de los sucesivos adquirentes sobre la existencia del procedimiento, impidiendo que se invoque de buena fe el principio de publicidad hipotecaria; y no es admisible que por detalle de las actuaciones relativas a la simple citación o requerimiento de los terceros interesados, colocados bajo la apreciación, autoridad y responsabilidad del Juez, se frustre el ejercicio de la acción ejecutiva, pues aunque en el caso presente se trate de proteger a una menor de edad, no puede olvidarse que ésta había adquirido la finca del deudor, estuvo en un principio representada por su padre, a quien se hicieron las notificaciones, y fué asistida después de la emancipación por el mismo.

Que una interpretación rigurosa de los textos legales acaso exigiera la notificación directa de la menor emancipada con la asistencia jurídica de su padre, en vez de la que a éste se hizo como representante legal de su hija; pero este criterio hecho valer ante el Juzgado fué desestimado por el mismo al promoverse el incidente de nulidad de actuaciones y más tarde al pedirse su suspensión, sin que proceda acogerse a las facultades calificadoras del Registrador para suscitar de nuevo el problema de las particularidades rituales que en la práctica forense distinguen la representación de la asistencia, creando así un nuevo grado de jurisdicción o sometiendo a una vigilancia *extra ordinem* la delicada tramitación de esta clase de juicios.

Y, en fin, que por haberse materialmente cancelado el asiento de doña J. R., en virtud de la nueva inscripción de la compraventa otorgada por la misma a favor de don R. A., según resulta de la aplicación al caso discutido del artículo 77 de la ley Hipotecaria, que *a contrario sensu* declara que las inscripciones se extinguen por la inscripción de la transferencia del dominio o derecho real inscrito a favor de otra persona, es indudable que las defensas y excepciones alegables en el procedimiento ejecutivo por la menor emancipada o por sus causahabientes no han provocado en el Registro declaraciones o reservas que impidan el cumplimiento del decreto judicial que ordenó la cancelación de los asientos posteriores a la hipoteca.

SEGREGACIÓN Y AGRUPACIÓN DE FINCAS. EN EL CASO DE SEGREGACIONES DE PORCIONES DE FINCAS CON OBJETO DE INTEGRAR UNA NUEVA, SI LA EXISTENCIA DE DIFERENTES DERECHOS SOBRE LAS FINCAS ANTIGUAS O LA DISTRIBUCIÓN DE LAS CARGAS SOBRE LAS PORCIONES SEGREGADAS NO IMPONEN OTRO CRITERIO. ES INÚTIL EXIGIR LA DESCRIPCIÓN PREVIA DE LOS TROZOS, Y MENOS SU INSCRIPCIÓN COMO FINCAS INDEPENDIENTES.

Resolución de 25 de mayo de 1943 "B. O." de 26 de junio.

Por escritura que autorizó el 10 de febrero de 1938 el Notario de Posadas D. Feliciano Martín Pérez, un señor manifestó ser dueño de dos fincas, cuya numeración y descripción con que figuraban en el Registro se hacía circunstanciadamente. Añadiendo a continuación que

de la primera de dichas fincas ha segregado 765 metros cuadrados, o sean 7 áreas 65 centiáreas, y otro tanto de la segunda y constituido una finca independiente que es objeto de la reseñada escritura, que se pasaba a describir, solicitando del Registrador se hiciese constar así en los libros de su cargo. Finalizando el documento con la venta de la finca últimamente descrita a otro señor, compareciente en dicha escritura, por el precio confesado de 500 pesetas.

Presentado el título en el Registro de Posadas, se denegó su inscripción, por no describirse ninguna de las dos fincas hipotecarias que segregan de las matrices, y ello tanto por lo referente a las previas inscripciones de segregación como a la de agrupación solicitada. También se señaló el defecto de no expresarse el lindero común de cada porción segregada con su matriz.

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, la Dirección, revocando el auto del Presidente de la Audiencia, confirmatorio de la nota del Registrador, declara que la escritura se halla extendida con arreglo a las prescripciones y formalidades legales, por las razones—en resumen—del encabezamiento. Añadiendo, por lo que respecta al defecto de no expresarse el lindero común de las porciones segregadas con las fincas matrices, que no es cierto, por aparecer lo contrario en las descripciones que figuran en el título.

SOBRE CONSULTA FORMULADA POR EL REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD DE ARCHIDONA, REFERENTE AL ARTÍCULO 17 DE LA LEY DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1940 Y ORDEN MINISTERIAL DE 7 DE JULIO SIGUIENTE.

Resolución de 28 de mayo de 1943 "B. O." de 1 de julio

Dicho funcionario expuso lo siguiente: Que por escritura otorgada en aquella población, el 2 de julio de 1941, ante el Notario D. Luis Cárdenas—que se presentó en el Registro—se formalizaron las operaciones particionales de los bienes relictos al fallecimiento de determinada señora, la cual, por carecer de herederos forzosos, había instituido herederos en su testamento a varios parientes, entre ellos a don E. M., a quien, además, legó algunos inmuebles: que este señor fué asesinado el 24 de septiembre de 1936, dejando de su matrimonio con doña A. Ch

diez hijos; que por la premoriencia a la causante del heredero asesinado, las operaciones particionales fueron practicadas por el albacea testamentario y los restantes herederos, quienes se adjudicaron todos los bienes hereditarios, con inclusión de los específicamente legados a aquél; que en tales operaciones aparecen testimoniados el certificado de defunción de la causante, el de últimas voluntades y el de defunción del heredero premuerto, en el que consta "que fué asesinado por los marxistas", pero no el lugar ni la causa de su fallecimiento; que de estos antecedentes parece deducirse la posible aplicación al caso del párrafo segundo del artículo 17 de la Ley de 5 de noviembre de 1940, según el cual recobrarán su eficacia a favor de los hijos y nietos, herederos legítimos del premuerto, considerados a este efecto como representantes del mismo, las disposiciones testamentarias en que se hubiese designado a un heredero, muerto en el frente, fusilado o asesinado con anterioridad a la muerte del testador en zona roja y por su adhesión a la causa del Movimiento Nacional, y que faltando por justificar los supuestos relativos al asesinato en zona roja y su adhesión al Movimiento Nacional, tales omisiones motivan la duda que el consultante somete a conocimiento del Centro Directivo sobre eficacia de la certificación del fallecimiento para demostrar ambas circunstancias o la necesidad de aportar la certificación adecuada al indicado objeto.

La Dirección, teniendo en cuenta lo preceptuado en el párrafo segundo del artículo 17 de la Ley de 5 de noviembre de 1940, que amplió el concepto desenvuelto en el artículo 924 y siguientes del Código Civil, llamando a los hijos del premuerto, aunque no fuesen parientes del causante de la sucesión, consagrando con ello una sustitución legal que produce sus efectos desde el momento de la muerte del testador, cuyo criterio, que se apoya fundamentalmente en el artículo 26 de la citada Ley de 5 de noviembre de 1940, según cuyo segundo párrafo "los preceptos del Derecho común serán supletorios de esta Ley", ha sido aplicado por la Orden ministerial de 7 de julio de 1941, conforme a la que: "No será necesaria declaración judicial alguna para acreditar el derecho de los que, por representación, suceden al llamado o llamados en el testamento que recobra su eficacia en virtud de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 17 de la Ley de 5 de noviembre de 1940", resolvió la consulta manifestando al consultante que, presentada la partición y existiendo en el

Registro documentos auténticos que demostraban el asesinato de don E. M. y el derecho de representación correspondiente a los diez hijos del mismo, debía tener en cuenta tales antecedentes para la definitiva calificación del título, la cual no puede ser objeto de resolución en el expediente de consulta.

DESAPARICIÓN DE TESTAMENTO. DEMOSTRADA DE UN MODO INCONVERTIBLE LA EXISTENCIA DE UN TESTAMENTO AUTORIZADO NOTARIALMENTE CON POSTERIORIDAD AL PRESENTADO, POR HABERSE DESTRUÍDO EL PROTOCOLO DONDE SE ARCHIVABA AQUÉL, Y AUN EN EL SUPUESTO DE NO PODER SER RECONSTITUÍDO EL MISMO POR LOS MEDIOS EXCEPCIONALES QUE CONCEDE EL DECRETO DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1938, CABRÍA ANTE TODO LLAMAR A LOS HEREDEROS ABINTESTATO, EN VEZ DE A LOS INSTITUÍDOS EN EL TESTAMENTO ANTERIOR, POR Oponerse a esto la afirmación terminante del artículo 739 del Código Civil. PARTICULARIDADES DE LA ANOTACIÓN DE EMBARGO DEL DERECHO HEREDITARIO; POR DEUDAS DEL CAUSANTE, DE LA HERENCIA O PROPIAS DEL PRESUNTO HEREDERO Y SU PROYECCIÓN SOBRE LA SOCIEDAD CONYUGAL EXTINTA ANTES DE SU LIQUIDACIÓN.

Resolución de 1 de junio de 1943 "B. O." de 4 de julio.

Tramitado juicio ejecutivo, a instancia del Banco de España, contra don B. R. M. sobre reclamación de cantidad, se decretó el embargo del derecho hereditario que corresponde al demandado en los bienes procedentes de su padre, don J. M. M., como único heredero, para responder de la cantidad reclamada.

Presentado el oportuno mandamiento en el Registro de la Propiedad de Caravaca, donde radican 18 fincas inscritas a nombre del causante, se suspendió, por los defectos de no acreditarse el óbito del mismo ni la cualidad de heredero de él que se atribuye al deudor don B. R. M.; y, además, respecto a 11 de las fincas, porque siendo gananciales, no se justifica que se haya efectuado la liquidación de la sociedad conyugal, ni que la viuda haya renunciado a cuantos derechos puedan corresponderle en ella. Se tomó anotación de suspensión.

Y presentado nuevo mandamiento, en el que se hizo constar que se había acreditado el fallecimiento del causante y la cualidad de heredero del deudor, fué suspendida la conversión en anotaciones de embargo de las de suspensión extendidas en virtud del anterior mandamiento, por persistir el defecto subsanable de no acreditarse la cualidad de heredero de don J. M. M. que se atribuye al deudor don B. R. M., pues según el certificado del Registro de Actas de Últimas Voluntades, aparece que don J. M. M. otorgó tres testamentos abiertos: uno, en Melilla, el 10 de enero de 1922, ante el Notario D. Roberto Cano; otro, en Murcia, el 28 de noviembre de 1927, ante el Notario don Rafael de Lara, y el último, en Bullas, ante el Notario D. Eduardo Serrano, el 3 de diciembre de 1930; sin que las dificultades encontradas para obtener la copia del último otorgado sean causa legal para estimar como última voluntad del testador el testamento anterior, que, por el contrario, hay que estimar revocado y sin valor, por el mero hecho de otorgar el de posterior fecha. y, además, respecto a las fincas que se expresa en la nota puesta al mandamiento anterior adquiridas a título oneroso durante la sociedad conyugal, por no haberse subsanado el defecto de no justificarse que se haya efectuado la liquidación de dicha sociedad y en virtud de ella tales fincas hayan quedado formando parte de la masa hereditaria o, en su caso, que la viuda haya renunciado a cuantos derechos puedan corresponderle en los bienes de la sociedad conyugal.

Con el mandamiento, y además de la copia del testamento otorgado en Murcia el 28 de noviembre de 1927, se presentaron diligencias judiciales de requerimiento al actual Notario de Mula, de las que resulta la imposibilidad de expedir copia del testamento que últimamente otorgó don J. M. M. el 3 de diciembre de 1930, porque en 26 de octubre de 1936 fueron quemados cuantos documentos existían en la Notaría; y otras asimismo de requerimiento a la viuda del testador para que manifieste si en su poder o en el de otra persona por ella conocida existe copia del mismo testamento, también cumplimentadas con resultado negativo.

Entablado recurso, la Dirección, con revocación del auto presidencial, confirma la nota del Registrador, en cuanto al primer defecto por lo expresado en extracto en la primera parte del encabezamiento. Y por lo que respecta al segundo, al que hacen referencia las últimas líneas de aquél, se sienta la siguiente interesante doctrina:

Que el derecho hereditario admitido por las disposiciones que implantaron la primitiva ley Hipotecaria para enlazar los títulos universales *mortis causa* con las fincas y derechos inscribibles, desenvuelto más tarde en forma un poco ambigua, como si se apoyara en la antigua doctrina de que, dada la unidad de la herencia, los herederos son propietarios indiviso de los bienes relictos desde la muerte del causante, y, por último, regularizada bajo la influencia del Derecho alemán como mancomunidad de orden privado o copropiedad en mancomún, entra en la práctica actual para gozar de los privilegios del Registro, sin ajustarse rigurosamente a los principios de prioridad, publicidad y especialidad, y puede introducir la confusión en los libros hipotecarios si no se vigila escrupulosamente el contenido de los documentos presentados para inscribirlo.

Que el embargo del mismo derecho hereditario, dirigido casi siempre a oponer un obstáculo a la enajenación de los bienes inscritos, puede admitirse con facilidad cuando se ejecuten créditos del causante o de la herencia y se demande a sus herederos, sean quienes fueren; pero debe ser objeto de trato más riguroso cuando las deudas sean de un heredero presunto y no se justifique el llamamiento del mismo, sin que ello signifique que el Registrador desconozca la fuerza del mandamiento de anotación y menos niegue su ministerio y cooperación a la autoridad judicial, porque el embargo obtenido producirá sus efectos, con independencia de las inscripciones vigentes, en forma análoga a los embargos de derechos o bienes ajenos, en cierto modo, al Registro de la Propiedad.

Que la resistencia opuesta por la doctrina de este Centro Directivo a la inscripción del derecho hereditario antes de liquidar la sociedad conyugal, en atención a que las fincas puedan ser adjudicadas al marido, a la mujer, a los dos cónyuges o a sus causahabientes en variadísimas proporciones; podría ser desvirtuada por las particularidades del mismo derecho hereditario y también por la circunstancia de que si existe un solo heredero que ha de realizar las operaciones divisorias con el cónyuge supérstite, la copropiedad resultante es de características parejas a las atribuidas en las resoluciones citadas a la comunidad hereditaria formada por dos personas; pero como en el caso presente se ignora si el testador ha instituído varios herederos, desheredado a su único hijo o dispuesto que se formalicen ciertas colaciones o si ha conferido facultades especiales a los albaceas, contadores o comisarios,

es indudable que el dar acceso a documentación tan deficiente lleva la confusión al Registro y perturba el juego de sus fundamentales principios.

* * *

Según el último considerando, el motivo principal de confirmar la nota del Registrador, en cuanto al segundo defecto que señala este, es por desconocerse los términos en que había dispuesto el testador en su último desaparecido testamento, pues tanto de los razonamientos de dicho considerando como de las resoluciones que se citan por el Centro Directivo—especialmente la de 2 de diciembre de 1929—se desprende que dadas las características del Derecho hereditario —“copropiedad en mancomún”—, su facilidad para acogerse a los privilegios del Registro es innegable y mayor ha de ser la que se dispense—mediante embargo—para su aseguramiento por lo dispuesto en el párrafo segundo de la regla segunda del artículo 141 del Reglamento Hipotecario, máxime en el caso actual, en que parece debía existir un solo heredero que hubiera de realizar las operaciones divisorias con el cónyuga supérstite.

VENTA DE BIENES DE MENORES AFECTANDO A TALES BIENES DETERMINADA PROHIBICIÓN DE ENAJENAR POR VIRTUD DE UNA CLÁUSULA TESTAMENTARIA, ES INSUFICIENTE PARA EFECTUAR SU VENTA LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL OBTENIDA AL AMPARO DEL ARTÍCULO 164 DEL CÓDIGO CIVIL.

Resolución de 22 de junio de 1943. "B. O." de 11 de julio.

A una señora se le adjudicó en usufructo una casa por herencia de su padre, quien la había instituido heredera del siguiente modo: “Una mitad del remanente lo adquiriría su hija en pleno dominio, sin ninguna carga ni limitación, y la otra mitad sólo en usufructo temporal, relevada de prestar fianza. Cuando, con el transcurso del tiempo, se calculare, racionalmente pensando, que por ley física o natural su citada hija no tuviera más sucesión, los bienes que hubiere usufructuado con arreglo a la citada disposición los adquirirán en pleno dominio y por iguales partes los hijos legítimos que a la sazón

tuviere, con la sola limitación de que éstos no adquirirían ni entrarían en posesión de su parte respectiva hasta el día en que el último de ellos tuviese la mayor edad, a menos de que antes de ocurrir este hecho falleciese la instituída, en cuyo caso quedaría totalmente extinguido el usufructo, y los hijos que dejare entrarían a disfrutar en pleno dominio la parte a cada uno correspondiente."

Teniendo necesidad la usufructaria de vender la casa para la conservación de los intereses de su patrimonio, solicitó y obtuvo del Juzgado de Primera Instancia la necesaria autorización para venderla, como madre con patria potestad sobre sus hijos; y, en consecuencia, dicha señora, por sí en la parte que pudiera afectar a su usufructo temporal, y como madre con patria potestad de cuatro hijos menores de edad, haciendo uso de la referida autorización judicial, vendió a otro señor, por el precio de 50.000 pesetas, la referida casa, que radica en Sevilla, calle de la Cuna, número 7, por escritura que autorizó D. Francisco Monedero Ruiz, Notario de dicha capital, el 24 de diciembre de 1940.

Presentada la escritura en el Registro de Mediodía de Sevilla, se puso la siguiente nota: "Inscrito el precedente documento en cuanto al usufructo temporal que corresponde a la madre, y no admitida la inscripción en cuanto a la nuda propiedad, por falta de inscripción previa a favor de los vendedores, quienes, además, carecen de capacidad para la enajenación hasta tanto que el último de ellos cumpla la mayoría de edad o fallezca su madre."

Interpuesto recurso, la Dirección, con revocación del auto presidencial, confirma la nota del Registrador, declarando:

Que por mucha libertad que se deje a la instituída para interpretar la cláusula testamentaria y provocar la adquisición del pleno dominio a favor de los hijos legítimos en un momento dado, no puede admitirse que por el solo hecho de haber quedado viuda, único dato en que se apoya la escritura, que ni siquiera consigna la edad de la expresada señora, pueda estimarse que, racionalmente pensando, no ha de tener sucesión, por lo que resulta justificada la parte de la nota calificadora que, fundándose en la falta de previa inscripción a favor de los vendedores, deniega la inscripción de la venta en cuanto se refiere a la nuda propiedad.

Que por lo tocante a la afirmación hecha en la misma nota sobre la falta de capacidad de los hijos de la instituída, también ha de

reconocerse la deficiencia del poder dispositivo de los mismos: primero, porque en el testamento aludido consta con toda claridad la limitación de que los hijos llamados "no adquirirían ni entrarían en posesión de su parte respectiva hasta el día en que el último de ellos tuviese la mayor edad", y, según consta en la escritura, eran menores de edad cuando se realizó el otorgamiento; segundo, que aun dando solamente un valor relativo a la contradicción implícita en la cláusula examinada, que, por un lado, ordena, respecto de los bienes, que los hijos legítimos "los adquirirán", e inmediatamente establece que "no adquirirían", es indudable que, por lo menos, existe una prohibición de enajenar válida, con arreglo al número segundo del artículo 785 del Código Civil en su relación con el 781 del mismo Código, y tercero, porque la autorización judicial obtenida para llevar a cabo la enajenación podrá suplir la falta de capacidad de los menores, pero no la carencia de poder dispositivo para perfeccionar la transferencia de dominio desde el patrimonio de los mismos al del comprador.

Y que la alegación del recurrente relativa a que la enajenación del pleno dominio, llevada a efecto con autorización judicial, no altera las disposiciones testamentarias a que estaba afecto el inmueble, sino que se limita a transformar el objeto, sustituyendo éste por el precio, no se compadece con la doctrina reiteradamente sustentada por este Centro, según la cual las prohibiciones de enajenar impiden el ejercicio de las facultades que normalmente corresponden al titular, porque, sin implicar propiamente una falta de capacidad jurídica, oponen un veto al desenvolvimiento de las atribuciones concedidas usualmente al propietario; y si bien las prescripciones fundamentales del régimen hipotecario son refractarias a las prohibiciones de enajenar, que gravan la propiedad y entorpecen el comercio jurídico inmobiliario, corresponden, por otra parte, las limitaciones impuestas en testamento de un modo tan íntimo a la intuición popular, a las necesidades familiares y a la previsión de los testadores, que han sido admitidas por nuestra legislación y reconocidas por este Centro Directivo.

C. CÁNOVAS COUTIÑO,
Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

A) CODIGO DE COMERCIO

SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1943.—*Comisión mercantil.*

En materia de contratación bursátil a plazo, a diferencia de lo que a veces ocurre en otros negocios jurídicos como el de la letra de cambio, la provisión de fondos se distingue sustancialmente de la entrega de valores en garantía, por la naturaleza y finalidad que las caracteriza, pues en la provisión quedan los fondos en poder del comisionista para aplicarlos directamente al cumplimiento del encargo recibido, mientras que los efectos entregados en garantía suponen un afianzamiento de la operación a realizar, y el socio comisionista que actúa a plazo en el Mercado Libre tiene que depositarlos en la Caja de dicha entidad, ya se trate de garantías obligatorias, ya voluntarias, según está dispuesto en los arts. 55, 60 y 62 del Reglamento de liquidación del Mercado Libre; y así resulta que en estas garantías de tipo prendario, a diferencia de la trayectoria que para la prenda del Derecho común marca el art. 1.872 del Código civil, el comisionista pierde toda iniciativa de disposición de ellas, mientras no sea cancelada la operación que aseguran los arts. 64 y concordantes del citado Reglamento, y queda en la imposibilidad de aplicarlas por sí mismo al pago voluntario de diferencias. La aplicación de la precedente doctrina al caso de litigio lleva a estimar que el Sr. V. estaba obligado para con el Sr. C., tanto a proveerle de fondos para abonar las diferencias que a su cargo resultaron de las liquidaciones del 15 y fin de junio, como a entregarle las garantías que fueron requeridas para actuar a plazo por cuenta del Sr. V. Declarado cierto en primera instancia y aceptado por la Sala sentenciadora el hecho de que el Sr. V. entregó los valores el Sr. C. con finalidad de garantía, era consecuencia indudable

por las razones expuestas la estimación de que el Sr. C., llegado el 1.º de julio y careciendo de fondos suficientes y de instrucciones del Sr. V. para liquidar normalmente su posición compradora, no estaba obligado al anticipo de fondos para pagar las diferencias de esta posición deudora, ni podía disponer con ese destino de unos valores que reglamentariamente habían pasado a la Caja del Mercado Libre, por lo que no se puede apreciar en su proceder de abstención en el pago de diferencias la culpa *leve in concreto* que al comisionista imputa el artículo 255 del Código Mercantil, en el caso de que no cuide el negocio como propio.

B) LEYES ESPECIALES

SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1943. — *Ley de 23 de septiembre de 1943.*

Al establecer la disposición transitoria segunda de la Ley de 23 de septiembre de 1939 que "las uniones civiles celebradas durante la vigencia de la Ley que se deroga, y en que uno o ambos de los cónyuges se hallasen divorciados a tenor de la misma, encontrándose ligados canónicamente a otra persona, se entenderán disueltas para todos los efectos civiles que proceden, mediante declaración judicial solicitada a instancia de cualquiera de los interesados", añadiendo en la disposición transitoria tercera que serán causas bastantes para fundamentar la petición "el deseo de cualquiera de los interesados de reconstruir su legítimo hogar o simplemente el de tranquilizar su conciencia de creyente", claramente denota que la acción de que se trata puede ejercitarla cualquiera de las tres personas que el texto legal cita, o sea tanto los cónyuges del matrimonio civil disoluble, como el cónyuge del matrimonio canónico afectado por el divorcio vincular civil, ya que todos ellos son *interesados* que pueden sentir intranquilidad de conciencia o deseo de rehacer su legítimo hogar; y no cabe entender, con el auto recurrido, que el cónyuge canónico carece de interés, y por consiguiente de acción, cuando pretende pedir la nulidad del segundo matrimonio sin pedir a la vez la nulidad de su divorcio, pues se ha de tener en cuenta que ni la Ley establece la necesidad de esa procedencia o simultaneidad como supuesto o requisito para que se produzca la acción de que se trata, que es regulada como independiente de la nulidad del divorcio;

ni puede argumentarse, cual lo hace la Sala de instancia, que como la Ley de 13 de septiembre de 1939, derogatoria de la de Divorcio, no considera nulos, sino anulables a instancia de los interesados, los divorcios vinculares declarados por los Tribunales, tales divorcios continúan surtiendo todos sus efectos civiles, y entre ellos el de obligar al cónyuge canónico a respetar jurídicamente la situación legal creada por el matrimonio civil subsiguiente de su ex cónyuge, pues se olvida al razonar así que la disposición transitoria sexta de la referida Ley dispone que "ningún cónyuge divorciado por sentencia firme, con arreglo a la Ley que se deroga, podrá contraer nuevo matrimonio en tanto que subsista su vínculo canónico", lo que indudablemente significa que el divorcio vincular queda reducido a mera separación de personas y bienes, y por ende no puede desconocerse que en el caso de estos autos tiene interés y acción para pedir la nulidad del segundo matrimonio, de la demandada quien, como el actor, está ligado con ella por un vínculo, el del matrimonio canónico, al que se reconoce por la Ley civil vigente el más esencial y consustancial de los efectos de dicha institución.

SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1943. — *Ley de 7 de diciembre de 1939.*

Apoyándose en el texto literal de la cláusula de que se trata, en ella se estableció una obligación de pago susceptible de satisfacerse en plazos cuya cuantía *no podía* ser en ningún caso inferior a la de mil pesetas anuales, si bien quedó *facultado* el deudor, a partir de una fecha determinada, para entregar mayores sumas si para ello tenía disponibilidades; y ello demuestra que el plazo de vencimiento se fijó indirectamente por ese característico arbitrio, sin que la mera y facultativa posibilidad de enjugar el importe de la deuda en un plazo menor, si el deudor disponía de medios pecuniarios, implique una verdadera condición desde el momento en que a ella no se subordinaba ni el nacimiento ni la cesación de ninguno de los efectos jurídicos de la obligación misma: antes por el contrario, de la cláusula consta que aunque eventualmente podía elevar el deudor la cuantía de los plazos sobre el volumen que necesariamente habían de tener, no quedaba obligado por ello a mantenerla en lo sucesivo y podía válidamente atenerse al tipo mínimo de amortización fijado inicialmente en el pacto

contractual. Por esa razón, el problema que el recurso plantea no es en esencia diferente de los ya resueltos por esta Sala en sus sentencias de 30 de noviembre y 15 de diciembre de 1942 (véanse ambas en REVISTA CRÍTICA, 1943, pág. 118); porque no facultado el acreedor para exigir el cumplimiento de la obligación sino en la medida y cuantía mínimas establecidas contractualmente, en todo lo que de ellas excediese usaba el deudor de una *facultad* amplísima, que por serlo y por los términos de la convención no autorizaba siquiera, como se ha visto, para mantener coactivamente, aun iniciado, un ritmo de amortización superior al que como mínimo se fijó; y de consentirse interpretación contraria, no sólo se iría contra el espíritu de las resoluciones aludidas, que recogen el sentido de equidad latente en la Ley aplicable, sino que se resolvería en discordia, eventos que en el fondo son parejos. porque en el de autos, como en los que fueron objeto de aquellas sentencias, se patentiza el propósito de liberarse con una innecesaria premura del cumplimiento de obligaciones que no eran exigibles hasta el extremo de que la cantidad adeudada, que era inicialmente la de 111.957,35 ptas., se hizo efectiva en el lapso de tiempo comprendido entre el 18 de julio de 1936 y el 12 de julio de 1938, la de 93.607,65 pesetas, y de ellas, 63.807,35 ptas. desde enero a julio de este mismo año, es decir, en el período en que era más notoria, patente y conocida la depreciación de la moneda roja y más presumibles las consecuencias que este fenómeno podía acarrear para los tenedores del papel progresivamente depreciado.

SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 1943.—*Ley de Aguas.*

Si bien no debe darse a la norma contenida en el art. 4.º, número 3.º, de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, y art. 407, número 1.º, del Código civil, el sentido y alcance de que, en absoluto, todas las aguas derivadas de los ríos sean de dominio público, mucho menos puede ser patrocinada la tesis arbitraria que el recurso parece propugnar, de que las aguas procedentes de los ríos, mientras se encuentran apartadas de éstos en virtud de concesión hecha por el Estado, pierden su carácter de públicas y adquieren la condición de aguas privadas, en favor de los dueños de los predios por los cuales discurren, pues al sostenerlo así equivale a desconocer y conculcar el sistema

en que nuestra legislación de aguas se inspira, basado en la distinción que luminosamente pone de relieve la exposición de motivos de la citada Ley de 1879 entre el *dominio* y el *aprovechamiento* de las aguas, así como la que existe entre el *uso* de las aguas públicas (que se muestra en los llamados aprovechamientos comunes), y el *aprovechamiento propiamente dicho* (encarnado en los aprovechamientos *especiales*), de las cuales discriminaciones es consecuencia clara que la concesión para un aprovechamiento determinado que otorga al concesionario no la *sustancia*, sino la *fuerza* del agua, no puede hacer perder a las aguas su calidad de públicas, ni mucho menos puede convertirlas en propiedad privada perteneciente a los dueños de los predios por los que dichas aguas atraviesan, si bien nada obsta a que tales dueños puedan ejercitar el derecho que se concede a todos, y que recoge el propio preámbulo de la Ley, de utilizarlas para usos comunes en la manera y dentro de los límites que se detalla, impuestos por la necesidad de que no se cause perjuicio notable al concesionario.

SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 1943.—*Ley de 5 de abril de 1904.*

El ejercicio de la acción de responsabilidad civil que regula la Ley de 5 de abril de 1904 requiere que previamente se obtenga la declaración de extralimitación administrativa o gubernativa imputable al funcionario demandado, porque, dada la organización y atribuciones que la Ley confiere a los Tribunales, no es permitido a los de lo civil invadir la esfera de acción propia de los del económico-administrativo o contencioso-administrativo y entrar a definir una lesión jurídica que cae fuera de su jurisdicción y constituye, sin embargo, la base del resarcimiento de daños y perjuicios que reclaman. Esta doctrina ha sido proclamada ya por la jurisprudencia, en particular por la sentencia de 28 de marzo de 1935, y la Sala sentenciadora la aplicó con acierto al caso de autos, puesto que se acudió a esta vía civil reclamando indemnización de daños y perjuicios a un Ayuntamiento y a unos concejales que acordaron no haber lugar a la nulidad de un expediente sobre exacciones municipales que el demandante en estos autos había solicitado, por estimar que en la tramitación del expediente se cometieron múltiples infracciones del Estatuto de Recaudación, sin que contra tal acuerdo municipal se haya recurrido, conforme a lo dispuesto en los artículos 146,

148 y 252 de dicho Estatuto, por lo que es visto que, ejercitada en este pleito la acción civil sin que previamente se haya declarado por quien corresponda la existencia de infracción administrativa alguna, generadora en su caso de la indemnización de daños y perjuicios, procede estimar todos los motivos del recurso.

C) DERECHO PROCESAL

SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 1943.—*Litisconsorcio*.

En la sentencia recurrida, con absoluta omisión del examen de los puntos litigiosos que antes se expresan como integrantes del debate mantenido por las partes, y sin hacer ningún pronunciamiento de los por éstas pedidos, se abstuvo el Tribunal sentenciador de resolver en cuanto al fondo del pleito, por la sola razón de hecho de que no había sido demandado también don R. P. E., que, según su apreciación, contrató, unido a su hermano don R. V., los servicios profesionales cuyo pago reclamaban los actores, con lo que vino a estimar como premisa determinante de su fallo una excepción no alegada por el demandado, y que, aunque lo hubiera sido, no es de las que, cuando son procedentes, impiden, como algunas de las dilatorias del art. 533, a las que se refiere el 687 de la Ley de Enjuiciamiento civil, resolver las cuestiones y peticiones que afectan al fondo del asunto, por lo que al proceder así, prescindiéndose de cuanto oportunamente tenían pretendido en el pleito, las partes, sin condenar o absolver a la demandada, faltó notoriamente la Sala de instancia a la congruencia que exige el art. 359 antes citado de la Ley procesal, incidiendo en la infracción que del mismo acusa al amparo del núm. 2.º del art. 1.692 de la propia Ley el primero de los motivos del recurso. De la pluralidad de deudores en una misma obligación se derivan efectos diversos, según que ésta sea simplemente mancomunada o se haya constituido con el carácter de solidaridad, diversidad que en lo referente al cumplimiento y exigencia de la prestación debida aparece bien precisada en la doctrina que acogen los artículos 1.137, 1.138 y 1.144 del Código civil, al disponer con su texto y sentido que así como la solidaridad en los deudores atribuye a cada uno el deber de prestar íntegramente las cosas objeto de la obligación, pudiendo el acreedor dirigirse contra cualquiera de ellos o contra todos

simultánea o sucesivamente, hasta lograr el completo cobro de la deuda; la sola concurrencia de aquéllos sin la existencia del indicado vínculo, que como agravatorio de su responsabilidad no es presumible, hace que la deuda se repunte dividida en tantas partes distintas e iguales como deudores haya, sin que el acreedor pueda reclamar a cada uno más parte de la contraída que la que por la resultancia de la presunta división de ésta le corresponda satisfacer. De la fundamental doctrina que antecede se sigue que cuando de deudas solidarias se trata, puede el acreedor demandar a uno solo de los deudores, y que igual facultad le asiste, aunque con eficacia limitada por la parcial responsabilidad del demandado, en las obligaciones mancomunadas, sin que para el éxito de la acción que emane de éstas le sea necesario dirigir la demanda contra todos los deudores, a menos de que se encamine a la total efectividad de la prestación debida, y salvo, también, el caso excepcional de que no siendo solidarios los deudores, sea su obligación indivisible; porque cuando merece tal concepto, por no ser susceptible de cumplirse parcialmente, sólo puede condenarse a que se cumpla, procediéndose, según está exigido por el art. 1.139 del Código civil, contra todos los deudores conjuntamente, supuesto que, además de no tener posible aplicación a los casos en que, como el cuestionado en el presente pleito, versan sobre deudas dinerarias, tampoco autoriza cuando la demanda no se acomoda a la exigencia legal que antes se indica a que el juzgador se abstenga de resolver, aunque sí determina la procedencia de dictar un fallo absolutorio del demandado separadamente de sus codeudores. Cuanto va expresado conduce a entender, cuán equivocado es el criterio del Tribunal de instancia al sustentar el fallo recurrido, en la apreciación de que por no haber sido también demandado don R. P. E., con inobservancia del principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído, la resolución que se dictara en el pleito le afectaría, perjudicándole en sus intereses patrimoniales, al serle oponible la excepción de cosa juzgada en el juicio posterior que contra él se siguiera por los demandantes si se condenaba al demandado a pagar la parte que le correspondiese en los honorarios pedidos, o si aquél repitiera contra el mismo por ser condenado a satisfacer la totalidad de lo adeudado; porque con estas consideraciones, que adolecen de generalidad no concretada razonadamente al caso litigioso, y en las que la Sala inferior no se cuida siquiera de determinar si la obligación que con acierto o sin él estima contraída conjuntamente por los hermanos P. E. es, solidaria o mancomunada

simple, se desconoce que, en el *primero* de estos supuestos, la acción ejercitada contra uno solo ha de perjudicar al otro, por disponerlo así expresamente el art. 1.141 del Código civil en su párrafo segundo, sin que, por consiguiente, quepa entender que quebranta ningún principio de Derecho el ejercicio y los efectos de una acción que el cuerpo legal sustantivo concede. Igualmente resultarían apartadas y desconocedoras de la doctrina antes expuesta las referidas apreciaciones fundamentales del fallo recurrido, en el *supuesto de que cupiera reputar mancomunada la obligación*, porque en las de esta clase, al demandarse a uno de los deudores, no puede la sentencia que recaiga surtir contra los no demandados los efectos de la cosa juzgada, puesto que éstos sólo se producen para los litigantes unidos a los del pleito anterior por vínculos de solidaridad o por los que establece la indivisibilidad existente en la obligación reclamada en el litigio de las prestaciones, a tenor del artículo 1.252 del Código Civil, indebidamente aplicado por la Sala de instancia y cuya infracción en este concepto aparece acusada en el segundo de los motivos del recurso.

SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1943.—*Resolución definitiva.*

El auto recurrido por don J. V. R., declaratorio de no tenerse por bien hecha una consignación de valores no aceptada ni impugnada por la acreedora, doña M. A. N. Q. N., ha sido dictado en expediente sin forma contenciosa, y como, según reiterada doctrina de esta Sala, la norma que establece el art. 1.822 de la Ley de Enjuiciamiento civil se encuentra limitada por lo dispuesto en los números 4.º del art. 1.690, y 3.º del 1.694 de la misma Ley, el recurso de casación impuesto es inadmisibile por impugnarse en él una resolución que no merece el concepto de definitiva, ya que no impide el ejercicio de las acciones adecuadas para que en el juicio correspondiente se declare lo que proceda acerca del pago ofrecido y de la obligación, para cuyo cumplimiento ha intentado el recurrente consignar los valores no aceptados.

D) TRIBUNAL ESPECIAL DE CONTRATACION EN ZONA ROJA

SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1943.

A virtud de órdenes de la Delegación de Abastos de la ciudad de Manzanares, los demandantes, que explotaban en común una bodega en esta población, situaron en la de la fábrica de D. M. V., incautada y administrada por un Comité de control, con fecha 23 de marzo de 1939, 3.669 arrobas y 3 cuartillos de vino de su cosecha, al precio de 6 pesetas grado y hectolitro señalado por la citada Delegación, cuya fábrica debía, a su vez, en cumplimiento de análogas órdenes, entregarlo, previa su elaboración, a la Intendencia Militar, siendo abonado, por orden del Comité de control de la fábrica, el referido precio a los actores. La sentencia desestima la demanda. En primer lugar, resulta inaplicable el art. 2.º de la Ley especial, ya que la Delegación de Abastos, encaminada a facilitar el abastecimiento en la zona sometida a la dominación marxista, y de la que dimana la orden dada a los demandantes, fué un organismo que, aunque ilegítimo, asumía aquellas funciones gubernativas que sólo a ella le era factible atender; y por tanto, en el supuesto de que conminara, para la debida observación y cumplimiento de sus disposiciones, con adoptar contra los infractores medidas coercitivas, no han de entenderse tales apremios sin desnaturalizar el propósito que envolvían y el carácter de la persona que los ordenaba, como actos constitutivos de la coacción o intimidación a que se refieren los supuestos del art. 2.º de la Ley especial. En segundo término, dada la fecha del acontecimiento de autos, no puede hablarse de una intimidación eficaz, ya que ésta se realizó en vísperas de la liberación. En tercer lugar, tampoco resulta aplicable el artículo 1.º de la Ley especial, por cuanto ya tiene repetidamente declarado este Tribunal que las disposiciones de orden económico emanadas del Poder ilegítimo no establecen un régimen contractual distinto ni contrario al que a este respecto subsistía el 18 de julio de 1936.

LA REDACCIÓN.

Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1943.

EL CONTRATO POR VIRTUD DEL CUAL SE TRANSMITE EL APROVECHAMIENTO DE UN TERRENO CON LOS POZOS ARTESIANOS EN ÉL ABIERTOS Y CON LA MAQUINARIA Y EDIFICACIONES MONTADAS AL EFECTO DE LA EXTRACCIÓN Y EXPLOTACIÓN DEL AGUA, POR PLAZO DE VEINTICINCO AÑOS Y POR PRECIO DETERMINADO PAGADO POR ANUALIDADES, SI BIEN REGULADO EN RELACIÓN CON EL CAUDAL DE AGUA QUE LOS POZOS PRODUZCAN, DEBE SER CALIFICADO COMO ARRENDAMIENTO Y NO COMO TRANSMISIÓN DE BIENES MUEBLES.

Antecedentes.—El dueño de un terreno en el que había abierto varios pozos artesianos y en el que tenía montada la maquinaria adecuada para la extracción y explotación del agua, otorgó escritura de arrendamiento con determinada Sociedad, al objeto de que ésta aprovecharse las aguas producidas por aquéllos, comprendiéndose también en el arrendamiento una mina de lignito.

El precio se fijó en 54.400 pesetas anuales, pagaderas por anualidades. y se expresó que para determinarlo se había tenido en cuenta, además del valor de las fincas, edificios, obras, pozos y maquinaria, el caudal de agua que se puede extraer de los pozos artesianos, calculado en un mínimo de litros por segundo y a razón de precio determinado el metro cúbico. Se preveía que si el caudal de agua no llegase al mínimo calculado, se deduciría del precio del arriendo el valor de los metros cúbicos en que consista la diferencia; si ese mínimo se produjese, la Sociedad abonaría íntegro el precio a que no aprovecharse el

agua, y si el caudal producido rebasase dicha cifra mínima, la Sociedad podría adquirir el exceso con preferencia a tercero y por el precio libremente fijado por los contratantes; y por fin, aparte de otras previsiones sobre potabilidad y enturbiamiento de las aguas y sobre rescisión, fuerza mayor, etc., se estipuló que la Sociedad podía transmitir sus derechos y que al término del contrato tendría opción a la "compra en propiedad" de las fincas que son objeto del arrendamiento y de la maquinaria y conducciones eléctricas e hidráulicas.

Al ser presentada la escritura en la Oficina liquidadora, ésta giró la liquidación por el concepto "muebles", núm. 48 de la Tarifa, al 2,50 por 100, y fijó la base multiplicando el canon anual por los veinticinco años previstos como duración del contrato.

La Sociedad entabló recurso económicoadministrativo contra tal calificación juridicofiscal, entendiendo que el acto no constituía una transmisión perpetua de bienes muebles, sino un arrendamiento de bienes, derechos o aprovechamientos, liquidable al 0,60 por 100 sobre la misma base que había tomado el Liquidador. Citó la resolución de la Dirección General de los Registros de 12 de marzo de 1902 y la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1905, y concretamente en cuanto a la utilización del agua, argumentó diciendo que era un arrendamiento de bienes o derechos como es el de extraer agua, o bien el arrendamiento de un aprovechamiento, pero sin transmisión alguna de propiedad, la cual sólo podría tener lugar al transcurrir los veinticinco años de duración del contrato, según el derecho de opción pactado, cuyo argumento, a su vez, demuestra inexistencia de dicha transmisión. A esto añadió, reforzando su tesis, que de conformidad con la naturaleza del arrendamiento, se dió al arrendatario la facultad de rescindirlo en el caso de que el uso y disfrute de las cosas no pudiera tener efecto; que la facultad que se le concedió en el contrato para poder transmitir sus derechos no es materia de contrato de compraventa, y que la adquisición del disfrute de todo el inmueble demuestra el carácter de arrendamiento y no el de compraventa, como lo demuestra también el hecho de que el propietario no pierde su derecho de propiedad, mientras que la venta hubiera producido la traslación instantánea y definitiva del dominio de la cosa vendida.

El Tribunal Provincial Económico-Administrativo, y después el Central, desestimaron el recurso y confirmaron la calificación dada al documento, diciendo el segundo que lo convenido fué la adquisición

con precio cierto de un número de unidades de agua y no el goce o uso, por tiempo y precio determinados; de un inmueble, "puesto que el agua no puede considerarse como producto o utilidad del mismo, por darse naturalmente y no ser producida en él", sino como una cosa fungible de las que se venden por un precio fijado con relación a su número y medida, a que alude el párrafo 3.º del art. 1.452 del Código civil, y que, como previene el 1.545, no puede ser materia de arrendamientos, y que aun cuando en el caso presente no se den todas las características de suministro exigidas por el art. 2.º, núm. 8.º de la Ley del impuesto y 25 de su Reglamento, ello no obsta a que en el contrato cuestionado deba considerarse formalizada una compraventa de cosas muebles, consistente en la venta de una pluralidad de unidades métricas de agua, porque ese acto tiene igual naturaleza jurídica que el suministro y a él se halla equiparado, como así lo reconoce la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1921.

Planteada la alzada ante la Sala 3.ª, ésta, en su sentencia, empieza por decir que no le ofrece duda el acierto de las partes y del Notario autorizante de la escritura al calificar el contrato como arrendamiento en cuanto a la finca en que radican los pozos, edificios y maquinaria para la extracción del agua y en cuanto a la mina, ya que todos estos bienes pertenecen y continúan perteneciendo al arrendador, el cual sólo cede el uso de ellos con las características que al arrendamiento de cosas le atribuye el art. 1.543 del Código civil.

La dificultad nace—sigue diciendo la Sala—de que el precio se fija en relación con las unidades de agua obtenidas en un determinado tiempo y que su volumen, después de aforada, pasa a poder de la Sociedad arrendataria, que adquiere, por lo tanto, el dominio de una pluralidad de unidades métricas que se miden o cuentan, cuyas características son precisamente las del contrato de suministro, el cual, a su vez, está equiparado, en el art. 25 del Reglamento del impuesto, al de compraventa de muebles, y a mayor abundamiento, a la calificación de arrendamiento se opone también lo estatuido en el artículo 1.545 del Código civil, al decir que no pueden ser materia de tal contrato los bienes fungibles, como lo es el agua, objeto de la transmisión discutida.

Eso supuesto, el Tribunal dice que para determinar la verdadera naturaleza jurídica del contrato discutido hay que partir de que los pozos existentes son el elemento esencial de la explotación que se

cede y que ésta está integrada por el conjunto de la finca; edificios, aparatos, etc., con la única finalidad de obtener el agua, y ésta es el producto obtenido de su utilización concordada, unida al esfuerzo del arrendatario, ya que la cesión temporal y por precio de la finca e instalaciones carecería de contenido si se prescindiese de la extracción y utilización del agua, siendo indiferente y ajeno a la esencia de la convención el posterior destino de la misma, una vez que la arrendataria la hace suya como producto natural de los bienes arrendados.

Sentadas esas premisas, la sentencia que analizamos entiende que es conforme a la naturaleza del arrendamiento el hecho de que el arrendatario haga suya el agua extraída, como en todo caso hace suyos los frutos de la cosa arrendada, pues en ello consiste precisamente el goce o disfrute de la misma, sin que esto se desvirtúe por señalarse el precio en relación con la cuantía o el volumen del producto que se calcula ha de obtenerse, puesto que, por el contrario, la norma general en toda clase de arriendos es que la merced guarde proporción con el beneficio que de los bienes arrendados se obtenga; y en conclusión califica el acto como de arrendamiento y manda que se liquide al 0,60.

Comentarios.—Compartimos plenamente el criterio que la sentencia que venimos examinando sustenta.

Los dos argumentos esenciales de la resolución impugnada consisten en sostener que lo realmente transmitido es un número determinado de unidades métricas de agua por un precio también determinado, y no el disfrute del inmueble, "puesto que el agua no puede considerarse como producto del mismo por darse naturalmente y no ser producido por él", y, en su consecuencia, que siendo la materia del contrato una cosa fungible, no puede ser objeto de arrendamiento, porque lo prohíbe el art. 1.545 del Código civil.

La primera parte del razonamiento nos parece, cuando menos, aventurada, porque si el agua que un fundo produce porque en él mana, sea espontáneamente, sea como consecuencia de la industria del hombre, no es un producto o fruto de aquél, no se nos ocurre qué calificación jurídica puede merecer. Podrá acaso discutirse si su condición encaja mejor en la de frutos naturales que en la de frutos industriales, con arreglo a la nomenclatura del art. 355 del Código civil, pero no desconocer que el predio la produce como puede producir maleza o un árbol maderable o frutal; y mucho menos se puede

apoyar ese desconocimiento en la distinción que la resolución combatida hace cuando dice que el agua no es producto del fundo "por darse naturalmente y no ser producida por él", porque si en él se da y se da naturalmente, producto suyo es.

Rechazada esa parte del razonamiento a que venimos refiriéndonos, queda sin consistencia la segunda premisa del mismo, o sea la que toma como punto de apoyo la prohibición contenida en el mencionado artículo 1.546 del Código civil, según la cual los bienes fungibles que se consumen con el uso no pueden ser materia de contrato de arrendamiento, puesto que lo que en el contrato discutido se transmite no es simplemente el goce o uso de una pluralidad de unidades métricas de agua, que es lo que constituiría el arrendamiento de cosa fungible prohibido en aquel artículo, ni es tampoco la mera transmisión de esa misma pluralidad de unidades métricas en plazos sucesivos, que obligaría a encerrar el contrato en el ámbito del suministro, a tenor del art. 25 del Reglamento del impuesto, o a calificarlo genéricamente de transmisión perpetua de bienes muebles. Esa transmisión se da en definitiva, pero no se produce aisladamente y con independencia del fundo y de los mecanismos y elementos necesarios para la extracción; es decir, que el adquirente no toma el agua después de producida o extraída por el transmitente, sin intervención alguna del adquirente, sino que éste se hace cargo de todos aquéllos—fundo, pozos, mecanismos—, y poniéndolos en actividad y funcionamiento entra en "el goce o uso" de ellos "por tiempo determinado y precio cierto"—artículo 1.543 del Código—, o, lo que es lo mismo, los arrienda y mediante ello obtiene el agua.

Yendo más adelante en el análisis del argumento que venimos analizando, podríamos decir que por probar demasiado no prueba nada. Con él llegaríamos a la conclusión, lógica desde su propio punto de vista, de que el arrendamiento de una fábrica de electricidad en el que la merced se estableciese en relación con las unidades de energía producida, no sería un arrendamiento, sino un suministro o una transmisión de bienes muebles, y tendríamos también que concluir que el arrendamiento de minas con canon o precio regulado en relación con las unidades de producto bruto extraído, no es calificable como tal, y que si el Reglamento lo califica y regula como arrendamiento—artículo 16, apartado 6)—, es en contradicción consigo mismo y con el Derecho sustantivo del Código civil.

Resumiendo, nos parece que la síntesis distintiva entre el arrendamiento y el suministro, y entre el arrendamiento y la venta de bienes muebles, pudiera ser ésta: en el arrendamiento pasó al adquirente el bien que el goce o disfrute produce, por la posesión y mediación directa de la cosa gozada o disfrutada por aquél, mientras que en las otras dos figuras jurídicas la relación se establece entre el bien que se adquiere y el adquirente, pero por mediación directa de la persona del transmitente. En el primer caso el transmitente queda relegado a segundo término, y en el segundo sigue en relación directa y personal con el otro contratante.

Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1943.

Esta sentencia dice que el apartado 3) del art. 135 del Reglamento sobre la garantía que ha de darse en los casos de fraccionamiento de pago del impuesto, es de aplicación estricta, y en su consecuencia la concesión de dicho fraccionamiento no es procedente cuando hallándose inscrita a nombre del causante solamente una parte de los bienes, el valor de ella por capitalización del líquido imponible amillado o de la renta líquida catastrada no cubra dos veces el importe del impuesto que se trata de fraccionar.

Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 1943.

PARA QUE LOS BIENES DE LAS INSTITUCIONES BENÉFICAS GOCEN DE LA EXENCIÓN DEL IMPUESTO DE PERSONAS JURÍDICAS SE REQUIERE QUE, ADEMÁS DE ESTAR OFICIALMENTE CLASIFICADAS COMO TALES, SE HALLEN SUS BIENES, DIRECTAMENTE Y SIN INTERPOSICIÓN DE PERSONAS, ADSCRITOS A LA REALIZACIÓN DEL FIN BENÉFICO.

Antecedentes.—El testador dispuso la fundación de una Institución benéfico-docente, adscribiendo al efecto determinados bienes y nombrando patrono al Obispo de la Diócesis, con relevación de rendir cuentas al Protectorado. Esta Institución fué clasificada como de beneficencia particular, y posteriormente el Obispado celebró convenio con una Congregación religiosa, cediéndole los bienes, con la obligación de desempeñar la función docente prevenida por el fundador, y

solicitó del Ministerio de Hacienda la exención del impuesto sobre los bienes de las personas jurídicas.

La Dirección General de lo Contencioso del Estado desestimó la petición fundándose en que el patrono no tenía obligación de rendir cuentas y que, por lo tanto, no se daba el requisito previsto en el número 8.º del art. 264 del Reglamento, relativo a que los bienes estén destinados directamente, sin interposición de personas, al fin benéfico estatuido.

El T. E. A. C., ante el que el acuerdo fué recurrido, lo confirmó, y el Tribunal Supremo insistió en el mismo criterio, diciendo que para la exención se requieren los dos requisitos conjuntos antes dichos.

JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ-VILLAMIL.
Abogado del Estado y del Ilustre Colegio
de Madrid.

V A R I A

El culto catedrático de la Universidad Central D. Federico de Castro Bravo acaba de publicar, con el título de *Derecho Civil de España*, el tomo I de la parte general, obra en la que, con un riguroso método científico y depurada técnica se estudian y analizan cuantos problemas constituyen el contenido de este sector del Derecho civil, iluminados con la luz de las más modernas investigaciones de la dogmática del Derecho privado.

El título de la obra lo insinúa, y su lectura lo confirma, que el trabajo se inspira fundamentalmente en la escuela jurídica española, cuyas manifestaciones más acrisoladas pertenecen a los siglos XVI y XVII, pero cuyo espíritu se reitera de manera constante en el Derecho de nuestra Patria desde el Fuero Juzgo. Además, el autor revela conocer y aprovecha, elaborándolos por sí, cuantos datos útiles e interesantes puedan encontrarse en el Derecho comparado en orden a la materia, especialmente en la literatura jurídicocivil de Alemania, Francia, Italia e Inglaterra.

Las dos características apuntadas han contribuido poderosamente, a nuestro juicio, a dotar a la obra con un sello de originalidad, que la realza y matiza, y nos permite augurarle un puesto preeminente en la formación de los juristas y en la mesa de trabajo de todos los cultivadores del Derecho.

La publicación de que damos cuenta colma una laguna de nuestra literatura jurídica y concede carta de naturaleza a la Parte General del Derecho civil. A los magistrales estudios dedicados en Alemania, entre los que deben mencionarse los de V. Tuhr, Nipperdey, Lehmann, Hedemann, Oertmann, Leonard, Crome ; junto al brillantísimo y sugestivo *Trattato di Dir. civile* de Francisco Ferrara, el didáctico y sagaz *Manuale* de Nicola Coviello y al meditado de Invrea, entre otros

publicados en Italia; los de R. Demogüe, E. Capitant y la agudísima obrita de G. May, aparecidos en Francia, casi nada podríamos aportar nosotros que pudiera parangonarse, aparte de los desenvolvimientos de que había sido objeto la materia en el *Curso e Instituciones* del Prof. Clemente de Diego y en los tratados de los Sres. Sánchez Román, Valverde, Castán y De Buen.

La Parte General del Derecho civil, que estudia los elementos comunes y generales, suele oponerse a la parte especial dedicada al análisis de lo específico y privativo de las relaciones juridicociviles. El examen de éstas nos descubre, junto a las notas propias y peculiares, la existencia de otros elementos que se hallan en toda relación, y que reducidos a forma lógica son los conceptos y principios integrantes de la parte general, que representa la quintaesencia y superestructura del sistema jurídico. En ella se estudia el ordenamiento formal de la autonomía privada. Pero su existencia no puede ocultarse que constituye una viva polémica en nuestros días, prediciéndose incluso su desaparición, por considerarla hija de la reflexión abstracta, contener los peligros de una generalización extremada y de construcciones conceptualistas peligrosas. Peligros que desaparecen si se logra limitarla a lo esencial. Pedagógicamente considerada ofrece un estimable valor, debiendo reconocerse, aun en el orden legislativo, como expresamente lo admite el Sr. Castán al citar como modelo en este respecto el Código Civil brasileño (véase *Hacia un nuevo Derecho civil*, Reus, 1933, página 81). A pesar de ello y de los cálidos y brillantísimos alegatos para su defensa últimamente realizados por Manigk y por el sabio profesor de la Universidad de Tubinga P. Heck, en el orden legislativo ha quedado limitada en el Código popular alemán a unos cuantos conceptos y superconceptos contenidos en las veinticinco reglas fundamentales de dicho Código (1).

Acaso el eco de esa empeñada campaña doctrinal ha determinado al profesor Castro, cuya obra constituye paladina alegación en pro de la parte general, a declarar que sin abandono de ninguna de las aportaciones útiles de la antigua doctrina, acaso sea conveniente sustituirla por un derecho de la persona, que señale su situación dentro

(1) Las reglas fundamentales no pueden compararse, en general, ni son un sucedáneo de ellas; aspiran, al menos las dieciocho primeras, a ser línea directriz y norma de conducta que orienten a los nacionales en su vida en relación con la comunidad. Lehmann, cit. por Pérez Serrano, REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1943, página 155.

de la organización del Estado, comprendiendo la regulación de su poder jurídico y de su responsabilidad como miembro de la comunidad.

En cinco partes se divide la obra, cuyo objeto respectivo es el siguiente: I. Derecho; II. Derecho civil de España; III. Fuentes del Derecho civil; IV. Realización del Derecho; V. Eficacia de las normas civiles.

Cualquiera de estos capítulos brinda al lector sugestiva y selecta información sobre los problemas desarrollados, que se encuentran expuestos con claridad y precisión y ofrece, además, un aparato bibliográfico que permitirá ampliar y profundizar, cuando fuera necesario, en los temas; algo, en suma, que no es posible realizar sin poseer los conocimientos y el dominio perfecto de la materia tan extensa como la que profesa el Sr. Castro. Difícil resulta dar a conocer algunos aspectos del contenido de esta obra fundamental, cuya lectura no vacilamos en proponer a cuantos interese la vida y la aplicación del Derecho privado patrio. Ponemos de manifiesto algunos temas de aquellos en que de manera singular destaca la personalidad relevante del autor y el espíritu que informa la obra, como acontece al exponer el concepto del Derecho civil.

Para señalar el significado actual del Derecho civil, el autor observa que el individualismo había tratado de convertirlo en organización técnica de los intereses del tráfico económico; separada la persona de las instituciones, se convertía en masa, número sin nombre. La concepción individualista reduce al individuo a sombra insignificante en el juego de fuerzas económicas. El absolutismo estatal lo reduce a un funcionarismo mecanizado. De aquí el que se diagnostique la crisis del Derecho civil. A ello contribuyó el despedazamiento de que éste era objeto. El afán particularista de los especializados no logró destruir la base jurídica que ha constituido para todo el Derecho privado el Derecho civil. La unidad de éste es permanente; por ello recobra su puesto central en la concepción jurídica moderna. Base del Derecho romano y regulador de los valores personales y familiares.

La delimitación y definición del Derecho civil está determinada por el momento histórico y por ideas políticas. Para unos está constituido por el todo del Derecho positivo; otros dicen que es el Derecho privado general aquel que comprende las leyes que arreglan los inte-

reses individuales, la organización jurídica de la vida íntima de la nación, el Derecho más propio, nacional y arraigado en el vivir de un pueblo. Con fórmula certera se define el Derecho civil como aquel que "determina de un modo general el puesto y significado jurídico de la persona y de la familia dentro de la total organización jurídica, para que sus fines se realicen conforme al plan del Estado y al servicio del destino universal de España".

En efecto, las normas jurídicas que determinan la posición de las personas entre sí y de la familia, juntamente con aquellas de suma importancia que disciplinan las relaciones patrimoniales, en las que el individuo aparece como sujeto económico que aprovecha y goza las cosas del mundo exterior, o en las relaciones obligatorias en las que se ha de cumplir una prestación determinada, positiva o negativa, y aquellas que regulan la transmisión del patrimonio por causa de muerte, constituyen las normas que pueden considerarse como el contenido permanente del Derecho civil y que advertimos tanto en el concepto que de él formulaba Cicerón, como en el que se lee en los Tratados de nuestros días (1). Así Bonnet, en su *Précis de Droit civil*, volumen 1.º, dice que el Derecho civil comprende: 1.º, las reglas de estructura orgánica y poder de acción de la persona privada, y 2.º, las reglas bajo cuyo imperio se desarrollan la vida de la familia, la apropiación de la riqueza y utilización de servicios. Los derechos de la persona, familia y patrimonio son los tres órdenes de materias constitutivos del campo de acción del Derecho civil.

En la parte dedicada a las fuentes del Derecho, previa indicación de las varias acepciones que tiene la frase, se valora el dogma central de la escuela histórica (Volksgeist) como muralla defensiva contra los peligros de la "volonté générale" de la teoría de J. J. Rousseau. La idea también se ha empleado modernamente contra el normativismo liberal demócrata y el legalismo individualista. Los nacionalsocialistas afirman ser Derecho lo que sirve al pueblo alemán, e injusticia lo que le hace sombra; el Derecho no es sólo lo que está prescrito, sino lo que el sentimiento popular reconoce justo, condicionado por la raza, tiene el Derecho como ley suprema, la protección y el mantenimiento del pueblo. Perdura el concepto de espíritu o voluntad del pueblo

(1) «El concepto del Derecho civil», por A. Hernández Gil. *Revista de Derecho Privado*, junio 1943, págs. 380 y sigs.

que tiene el peligro de servir de medio para desconocer y prescindir del Derecho natural.

"Negar—escribe el profesor Castro—la dependencia en que *a priori* se encuentra el Derecho positivo del natural es, además de un desconocimiento de su esencia, una disminución de su eficacia política. No se puede desconocer la mayor fuerza de la norma que se afirma en un principio universal y eterno, en relación con aquella otra cuya única justificación está en el egoísmo de un pueblo." Tras de lo cual define la fuente jurídica diciendo que es toda "fuerza social con facultad normativa creadora". Siendo la misión que incumbe a la doctrina la de enumeración y jerarquía de las fuentes.

En la aportación realizada al estudio de la Ley, se considera esta norma emanada directamente del Poder soberano, reveladora de su mandato respecto a la organización jurídica de la Nación. Con el conocimiento pleno y apoyo en la doctrina de nuestros mejores teólogos y juristas clásicos, desenvuelve el autor la materia, contrasta los requisitos intrínsecos y extrínsecos de la Ley y destaca la concepción española que rechaza la idea de la decadencia romana y regímenes absolutos de que sea la Ley la voluntad del Príncipe, y por el contrario exige siempre para que tenga valor jurídico un contenido moral y una dirección política al servicio de España y de sus altos destinos.

El estudio dedicado a la eficacia constitutiva de las normas del Derecho civil puede calificarse de magistral, porque aparte de la densidad de su contenido, el autor se sitúa frente a fundamentales cuestiones de la parte general del Derecho civil, como son las de relación, institución jurídica, derecho subjetivo, etc., cuya trascendencia y valor son esenciales para el privatista.

La relación jurídica, colocada en primer plano por la concepción católicogermana, penetra en la técnica moderna por la doctrina del Derecho natural, y en la época de la codificación es recogida por el Código austriaco y generalizada por la escuela de Savigny, quien la configura como relación de persona a persona determinada por una ley. Los escritores que se ocupan de la materia suelen proyectar su atención sobre uno de los elementos que constituyen la relación que comúnmente se considera relación de la vida reconocida por el derecho objetivo.

Los teorizantes de la sociología consideran que es la relación socialmente reconocida, y las influencias del individualismo identifican

relación jurídica con contenido de los derechos subjetivos. Enervado así el valor de la relación, se procura un concepto más amplio, cual es el formulado por V. Tuhr, al decir que es el conjunto de consecuencias jurídicas que resultan de la relación de una persona con otra o con una cosa, ya consista en derechos subjetivos, en la posibilidad de la creación de éstos o en cualquier otro efecto jurídico.

Volviendo a los mismos puntos de partida que ya sirvieron a Savigny para su estudio, ha de perfilarse el concepto de relación jurídica como el de la situación de esta clase en que se encuentran las personas, organizada unitariamente dentro del orden jurídico total por un especial principio jurídico.

Atendida la conexión entre los conceptos de persona, relación jurídica y derecho subjetivo, se examina la titularidad o cualidad jurídica que determina el título de un derecho o de una pluralidad de derechos subjetivos, distinguiéndose diversos tipos: a), titularidad básica o en propiedad; b), subordinación; c), compartida; d), posesoria; e), aparente, y f), provisional. Ilústranse con ejemplos los términos de la clasificación y se citan como casos de titularidad compartida los diversos tipos de pluralidad de sujetos, la comunidad por cuotas, la división de la propiedad en dominio útil o directo y la propiedad en los pisos de una casa. Figura ésta que en la reglamentación establecida en el art. 396 de nuestro Código civil y en la Ley Hipotecaria, dominada por el principio romano de la accesión, indubitadamente podía encajarse en ese grupo, si bien acaso hoy conviniera adscribirla, presupuesta la efectividad de la reforma llevada a cabo por la Ley de 26 de octubre de 1939, al grupo primero de la clasificación. Claro es que el mismo legislador, al tratar de implantar la denominada propiedad sobre las porciones horizontalmente determinadas de un edificio, se vió obligado a mantener la unión íntima e inescindible entre esa propiedad y la atribución de la titularidad a la totalidad de copartícipes sobre los elementos comunes de las fincas, patios, paredes maestras, portal, escalera, conducciones de electricidad, etc.

Para abordar el examen del derecho subjetivo destaca el autor que el movimiento ideológico que nutre la ciencia jurídica se apoya en la concepción filosófica del individualismo. Señaladas las posiciones doctrinales que centran el contenido del Derecho subjetivo en el señorío de la voluntad "permitir querer", en el goce, ganancia o ventaja, tendencias que constituyen aspectos del individualismo filosófico y deter-

minan la reacción del positivismo y normativismo positivista, a cuyas conclusiones llega la dirección realista angloamericana. La multitud de corrientes del pensamiento en torno al concepto han contribuido a oscurecer su apreciación. En nuestro Derecho, el derecho subjetivo es la situación de poder concreto concedido a la persona como miembro activo de la comunidad jurídica a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa.

Examinados los caracteres, elementos esenciales, sujeto, objeto y contenido del poder sobre el objeto, se desenvuelven los temas de sujeto sometido a representación, sujeto transitoriamente indeterminado, derechos sin sujeto, pluralidad de sujetos y derechos objetivos sin objeto.

En fin, puede darse la enhorabuena a la Universidad de Madrid porque uno de sus valores más preclaros, el joven y docto Catedrático de Derecho civil de la Central, D. Federico de Castro, con su publicación ha realizado una valiosa aportación a la cultura española. Su obra podríamos decir que formaliza el acta de notoriedad de los resultados de la actividad científica del investigador y del maestro, que durante más de un decenio ha vivido esencialmente dedicado a la función docente, consagrándose a estudiar y exponer el Derecho civil patrio, y al mismo tiempo no queremos dejar de subrayar nuestro deseo de que, con acierto y perfección parejos, pueda proseguir la tarea emprendida y acabar la obra escribiendo, además de esta Parte General, un Tratado de Derecho civil.—SEBASTIÁN MORO LEDESMA.