

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XIX

Julio de 1943

Núm. 182

Tempestad en un vaso de agua

El artículo 20

Con muchos artículos de las leyes pasa lo que con la honra de las personas: cuando se pone en litigio, en el mejor de los casos no queda bien, por notoria que sea, y frecuentemente resulta malparada.

Pues el artículo 20 de la ley Hipotecaria acaba de sufrir un accidente parecido.

En definitiva, se salió ganando con el debate, merced a la ilustración de los contendientes y su coincidencia absoluta en el designio: el mayor bien de la institución registral.

Pero con todo, causó cierto recelo la polémica en algunas personas, hasta doctas en Derecho, aunque no especializadas en la materia.

Me refiero a las que temen que con el artículo 20, aplicado con espíritu más o menos amplio, vaya a correr grave riesgo el dominio o propiedad de todas las gentes de buena fe, por aquello del mismo precepto de que la inscripción, después de los dos años de su fecha, *perjudica a tercero*.

Crean que, si al cabo de ese tiempo, el titular del Registro vende el inmueble (sirva de ejemplo la venta), puede el comprador de buena fe vencer en juicio, por el hecho de tal inscripción, aun al dueño o dueños que *al margen de todo ello* se encuentren sorprendidos con una demanda reivindicatoria, o acción por el estilo.

¿Habrá semejante peligro? No hay el que parece; no, por la sencilla razón de que el tercero perjudicado por lo del artículo 20 no es aquel dueño o dueños, *concretamente señalados* en el ejemplo.

Sería inadmisibles, sobre todo dentro de un régimen hipotecario como el nuestro, que por medio tan asequible e inconsistente pudiesen aquellos dueños quedar burlados de ese modo.

Todavía más. En el supuesto del párrafo 1.º del artículo 90 del Reglamento Hipotecario, la inscripción de los títulos anteriores a 1863 produce efectos contra tercero seguidamente, sin aguardar dos años ni tiempo alguno determinado. ¿Y vamos a concluir que tan repentinamente se pueda privar de la propiedad del inmueble al dueño y tal vez poseedor durante años? Imposible, por mucho que se quisiera echarle sobre sus espaldas el sambenito del *sibi imputet*.

Ahora bien; como al fin y al cabo los preceptos indicados afirman que la inscripción perjudica a *tercero*, no podremos negar tampoco que a alguien alcanza el perjuicio, que a alguien hemos de incluir como víctima o vencido en esa condición, aquí tan desfavorable, de *tercero*.

¿Quién será, pues, la supuesta víctima, ese tercero perjudicado? Insistamos en que no lo es el dueño legítimo que se haya conservado al margen de todas aquellas transmisiones, y cuyo título de adquisición no sea objeto de oposición justificada.

Pero lo encontramos, aunque pocas veces topásemos con él (dicho sea para honor del artículo 20), entre las personas descuidadas que hayan adquirido sus derechos *por derivación de la misma* de quien hubiese adquirido los suyos el diligente inscribiente o titular del Registro. Viene a ser una de las aplicaciones de la doble venta de un inmueble, otorgada por una misma persona; es el caso de dos enajenaciones, incompatibles en todo o en parte, efectuadas por una persona a favor de otras, de varias. Aquel tercero viene a ser, para decirlo de una vez, la persona derrotada por la inscripción diligente y prevista para casos semejantes por el artículo 1.473 del Código civil; ése y tan sólo ése.

De manera que las partes llamadas a ventilar su situación ante el artículo 20 son las personas que ostenten títulos incompatibles, pero en los cuales (o en los fundamentales de los mismos) el transferente o enajenante del inmueble, o constituyente de algún derecho real, hubiese sido un mismo sujeto: aquel que era el dueño cuando enajenó a una de aquéllas, pero ya no lo era cuando enajenó a la otra.

En tal forma, el tercero hipotecario del artículo 20, o sea el favorecido por la inscripción, previamente consolidada por el transcurso de los dos años, y el tercero perjudicado por ella, son tan sólo aquellos que aparezcan como ramas de un mismo tronco u origen, que han de discutirse una *primogenitura* sometida a incidencias o perturbaciones

de tal índole. Quien entre ellos deba ser definitivamente el *prior inter pares* (digámoslo así por cierta similitud), cuál de ellos deba gozar en Derecho de esas ventajas o primogenitura, es precisamente la cuestión que ambos habrán de ventilar y cuyo desenlace es fácil comprender ante la legislación hipotecaria.

Por consiguiente, para que a la sombra del artículo 20 se consuma o realice un perjuicio efectivo, el de la persona que siendo ante las leyes estrictamente civiles el *prior inter pares* resulte vencida por el *prior tempore* hipotecario, se requiere este raro concurso de circunstancias:

A. Que un mismo sujeto otorgue a varias personas actos de enajenación o disposición incompatibles con referencia a algún inmueble no inscripto.

B. Que la segunda, o la tercera... de esas personas, de las de tal número ordinal en el tiempo, se adelantaren en el Registro a la primera, o primitiva, en solicitud de inscripción por el artículo 20.

C. Que la persona primera, la postergada, no se entere, directa ni indirectamente, del edicto publicado por el Registrador en el tablón de anuncios del Ayuntamiento donde radique el inmueble.

D. Que en los dos años, a contar de la fecha de la inscripción, continúe sin enterarse de que hay quien invoca tan paladina y descaradamente el dominio del inmueble.

E. Que el inscribiente, el titular del Registro, enajene o grave, después de los dos años, el inmueble a otra persona.

F. Que esta persona verifique la inscripción a su nombre con buena fe y antes de que el supuesto despojado o perjudicado formule en regla su reclamación.

En dos ejemplos procuraré esclarecer el pensamiento.

Antonio, dueño y poseedor de una finca, se ausenta de su domicilio, tardando cuatro años en volver. Entre tanto, un vecino, a quien tal vez se la dejó confiada, llamándose dueño de la misma, la vende a César, que asimismo la vende más tarde a Benito.

Ocorre entonces que éste logra la inscripción por el artículo 20, y al cabo de dos años la vende (o da en permuta, etc.) a Ticio, quien de buena fe la adquiere e inscribe.

Así las cosas, regresa Antonio, y al enterarse de la mala acción de su vecino, formula sus naturales protestas y reclamaciones contra ello. Se había ausentado siendo dueño de la finca, que a la sazón no estaba inscripta a nombre de nadie, y ahora lo está, pero lo está al de personas con quienes él no ha realizado, directa ni indirectamente, acto alguno

de enajenación, y sin embargo, y a pesar de no *discutirle su título originario*, le niegan la condición de dueño.

Por su parte, el último comprador, *Ticio*, alegará que él adquirió el predio con buena fe, después de los dos años de aparecer inscripto por virtud del artículo 20, y cree firmemente que, en consecuencia, debe ser amparado por las leyes, particularmente por las de carácter hipotecario, incluso contra el antiguo dueño.

¿Quién debe vencer en la contienda de entrambos?

Sin duda el primitivo dueño, *Antonio*, según aquello de que el tercero perjudicado por la inscripción realizada al amparo del párrafo 3.º del artículo 20 no puede ser el dueño aquél, el propietario que permaneciendo muy quieto en su dominio y antiguo *derecho* de posesión no ha verificado actos de enajenación del inmueble ni se le discute su título de adquisición.

En suma: Que al *Antonio* le tendrá sin mayores cuidados la inscripción ajena, la del artículo 20.

Reverso de la medalla.—Segundo ejemplo: *Antonio*, dueño antiguo de otra finca, la vendió en enero de 1940 a *Juan*, sin hallarse inscripta en el Registro a nombre de nadie. En febrero, cuando ya no era dueño, la vende engañosamente a Pedro. Habiéndose descuidado *Juan* en inscribirla a su nombre, la inscribe Pedro inmediatamente al suyo, a tenor del artículo 20.

En tales circunstancias pasan los dos años, y luego Pedro la vende, en mayo de 1942, a *Alejandro*, quien de buena fe la inscribe.

Se entera de ello *Juan* y discute la finca a *Alejandro*.

¿Cuál de ambos debe vencer en el debate?

Aquí es, conforme hemos anunciado, donde entra la aplicación exacta del artículo 20. Es donde los dos han de ventilar lo que he llamado derecho de *primogenitura*. Ambos derivan, más o menos directamente, de una misma persona sus derechos o respectiva situación jurídica: son como ramas que, con mayor o menor lozanía, salieron de un mismo tronco, y *con arreglo a ello, pero también al artículo 20*, habrán de dilucidar el mejor derecho.

Juan alegará que adquirió de *Antonio* la finca cuando *Antonio* era su dueño, y que, en cambio, *Alejandro* (sus causantes, que para el caso es igual) la compró al mismo *Antonio* más tarde, cuando ya éste no era el dueño.

Pero Alejandro invocará que adquirió la finca a base de una inscripción que, aunque de origen provisional, como comprendida en el párra-

fo 3.º del artículo 20, aparecía *consolidada* ya en la fecha en que la compró, pues que entonces habían transcurrido los dos años consabidos, siendo, en consecuencia, Juan y precisamente *Juan* el tercero perjudicado, para quien fué ideado el precepto en cuestión.

¿Quién deberá triunfar? *Alejandro*, a virtud de esos razonamientos.

Pues bien; como se ve, el caso de un despojo (que tampoco le cuadra bien esta denominación) a base de la inscripción del artículo 20, es posible, pero muy raro, y el precepto ese viene a constituir de tal modo una entrada, para dar en su caso y día una aplicación al artículo 1.473 del Código civil.

Si pues, por un lado, se necesita tanto aparato o atuendo para que la inscripción perjudique a otras personas, y, por otro lado, éstas aparecen tan limitadas, ¿qué grave recelo puede levantarse contra el artículo 20?

La exigencia de un documento fehaciente anterior al actual, al determinante de la inscripción por el artículo 20, así como el reseñarlo en ésta, no parece mal; pero, en realidad, no tiene la transcendencia que aparenta: las oleadas que levante, montañas de espuma serán casi siempre.

Hasta no sufriría nada el orden jurídico si hubiese sido habida por bastante, en nuestro criterio de legisladores de 1934 (perdónese tan leve referencia al origen de esa Ley), *la mera declaración de los interesados*, relativa a su título para la transferencia, cuando vemos, sin escándalo, que el apartado 4.º de la regla primera del artículo 393, en relación con el párrafo 2.º del 396 de la ley Hipotecaria, reconoce, siquiera en principio, transcendencia importante a la *mera declaración* del que haya instado el expediente posesorio en lo referente al tiempo que lleve en la posesión.

Esto sentado, como suele decirse en los considerandos de las sentencias, se preguntará: ¿Pero es que con la inscripción del artículo 20 no sufre o corre peligro el dueño o dueños, *a espaldas de los cuales* se han operado aquellas transmisiones e inscripciones, y cuyos títulos de adquisición no se les discute?

Ya lo hemos indicado. No sufren el menor perjuicio *por la inscripción*, en cuanto a perder sus bienes o derechos. Sufrirán el perjuicio nacido de las leyes estrictamente civiles, que lo sufrirán *con inscripción o sin ella*, v. gr., el de la prescripción; pero la inscripción hecha así no les quita ni les pone nada respecto a la eficacia del dominio que les correspondiere.

En cuestiones como la presente, no podemos olvidar la doctrina de la sentencia del T. S. del 4 de octubre de 1915, al declarar, casando la recurrida, que la ley Hipotecaria no ha venido a modificar principios inalterables del Derecho positivo, sino más bien a apoyarse y fortalecerse en ellos.

No se pueden, es verdad, tomar materialmente, ni a ciegas, los términos de ese fallo (toda sentencia tiene alguna característica), porque bien sabemos que existen preceptos hipotecarios, entre ellos el párrafo 1.º del artículo 34 de la ley Hipotecaria, que envuelven *profundas excepciones a las normas generales del Derecho civil*, y sin los cuales, como indica la exposición de motivos de la Ley de 1909, la legislación hipotecaria no podía subsistir, ni el crédito territorial mantenerse en su rango y desenvolvimiento; pero aun sin dar a aquella sentencia alcance mayor del correspondiente, es innegable que entraña una enseñanza estimable en casos como el presente.

Ahora bien; trasladándonos a un plano o terreno colindante, podría argüirse que entonces el *tercero hipotecario*, el tercero que contrate e inscriba a base de una inscripción, aun consolidada ya, del artículo 20, encontraría muy pocas y menguadas garantías en ella, y, por lo tanto, se tomaría a menosprecio.

Contestaríamos que no son tan pocas ni menguadas, porque la solemnidad de una escritura pública, el cuidado que habrán puesto los adquirentes de las fincas no inscriptas en enterarse, lo más cumplidamente posible, de la realidad de las cosas, la publicación del edicto en el Ayuntamiento, el plazo de los dos años para perjudicar a dichos terceros y el perjudicarlos en efecto (si por excepción se diesen), son fuente y medios muy importantes de acierto y de ventajas para los titulares de asientos ulteriores.

Menos efectos inmediatos produce el expediente posesorio, cuyas inscripciones, mientras no se conviertan en la de dominio, no perjudican a *ninguna persona* de mejor derecho, y sin embargo se vienen practicando a través de tantos años, y constituyendo desde luego base para muchas e importantes operaciones en la vida de los negocios jurídicos.

Acaso se arguya también que "para aquel viaje no se necesitan alforjas"; es decir, que para que tales inscripciones, las del artículo 20, perjudiquen *únicamente a los terceros del artículo 1.473 del Código*, no se requerirá el plazo de los dos años, ni otro alguno, pues *parece* que bastará al efecto la mera inscripción, ya que ese artículo otorga o

reconoce la propiedad del inmueble, en el supuesto de varias ventas, al que primeramente inscriba, *sin distinguir* o prever el caso de que sea indispensable hacer la inscripción a base de otra alguna, y donde la ley no distingue...

Pero a ese reparo debe contestarse, cuando menos a mi juicio, que es errónea la interpretación tan amplia. Ciertamente el artículo 1:473 no distingue expresamente; pero la distinción se halla implícita en su expresa referencia a la ley Hipotecaria, así como en el buen sentido o lógica ante lo que representa un perjuicio definitivo para aquellos terceros (para el primer comprador que no inscribió su compra o derecho real), y lo que representa o supone una inscripción meramente provisional e incierta.

Pase que esas inscripciones, aun no consolidadas, puedan obstar desde su fecha al retracto legal, por cuanto tienen de innegable *publicidad*, como que precisamente por el tiempo que dentro de la publicidad van ganando, llegan a resultar consolidadas. Pase que sean suficientes para los efectos de una presunción tan precaria como la del artículo 41 de la ley, así como para lo de los artículos 17, 24 y otros semejantes que representen derechos susceptibles de discusión en amplio juicio; pero no extendamos o comparemos estas justas y elementales concesiones con los efectos definitivos de una inscripción; de lo que de momento es meramente provisional no sería justo derivar por de pronto pérdida de derechos tan esenciales y definitivos.

Estas cuestiones incidentales ahora, las trataré directa y ampliamente otro día.

Y puesto que, de una parte, no existe el peligro tan erróneamente agrandado, y, de otra parte, las ventajas de toda inscripción son notorias, no hay motivo para cohibir el medio de inmatriculación del artículo 20 de la ley Hipotecaria. Precisamente la "apremiante necesidad de publicar el Reglamento hipotecario de 1915" se ponderó *en su propia exposición*, a base de la "conveniencia de facilitar la inscripción de los documentos referentes al dominio de los inmuebles y derechos reales".

Ayudemos, pues, todos a facilitarla en todo lo justamente posible.

E. VÁZQUEZ GUNDÍN.

Registrador de la Propiedad de Vigo.

Nuevo ordenamiento hipotecario y régimen de la pequeña propiedad

Los ochenta años de vigencia de la Ley Hipotecaria no sirvieron para que ni la pequeña propiedad ni muchas fincas de gran valor de comarcas enteras ingresasen en los libros del Registro, y la libertad concedida a los dueños para inscribir o no sus fincas, ya consten inscripciones a nombre de algún titular, ya no lo hayan estado nunca, origina complicaciones de orden práctico, que no acreditan nuestro sistema inmobiliario. Si a esto se añade que los titulares de fincas son árbitros de que las relaciones sobre ellas consten, no ya en documento privado, sino incluso sin documento de ninguna clase, y hasta por la mera posesión o la mera tenencia, se comprende cuán lejos de la realidad viven muchos preceptos fundamentales de nuestro viejo ordenamiento jurídico inmobiliario y la necesidad de pensar en su modificación, para adaptarlo a las realidades sentidas. Y no se diga lo que sucederá dentro de algunos años, cuando, por la tendencia, plausible desde algún punto de vista, pero absolutamente inadecuada desde el del interés social, se supriman en nuevas demarcaciones casi todas las Notarías rurales de España por razones de la decorosa subsistencia del Cuerpo Notarial (1).

Y porque no parece lejana la nueva demarcación notarial y actualmente, según recientes disposiciones, debe procederse a la refundición de los amillaramientos, que rigen la contribución territorial por rústica en zonas de propiedad muy dividida, alentado por las enseñanzas proporcionadas por mi labor al frente de este Registro de Pontevedra,

(1) Notaría que se suprime. Registro que desaparece. Y aun por la permisión del documento privado y la poca protección concedida al Protocolo, todos los que saben escribir "hacen documentos" (abogados, procuradores, peritos, sacristanes, maestros, secretarios, agencias, zurupetos). Acaso por cada cien documentos privados no se otorgue una escritura en muchos pueblos, con lo que no puede decirse que rijan ni el art. 3.º de la Ley Hipotecaria ni el 1.280 del Código civil, y por ello ni la Notaría ni el Registro viven más que en las Academias. Sería de interés una estadística de los documentos públicos y privados liquidados y de las fincas transmitidas por unos y otros.

durante varios años, emitiré para los lectores de REVISTA CRÍTICA algunas ideas que espero recojan quienes con más competencia puedan tratar estas cuestiones.

I.—LAS SITUACIONES PROCESALES Y EL CONTENIDO DEL REGISTRO.

Trataron los autores de la Ley Hipotecaria de introducir sus disposiciones en el sistema legislativo tradicional de España, estableciendo sanciones directas—el no perjuicio a tercero, en caso de no inscripción, base del sistema—y la prohibición de admitir por los Juzgados, Tribunales, Consejos y Oficinas del Gobierno documentos de los que no se haya tomado razón en el Registro, y hasta durante largo tiempo en todas las escrituras figuró expresa la advertencia legal relacionada con la carencia de efectos del título si no se inscribía.

Pero todas estas penalidades, más o menos eficaces, fueron letra muerta, porque, en general, el sistema hipotecario español, excesivamente influido por la autonomía individual, carece de aquellos principios positivos que pudieran darle eficiencia (1). Importa, en efecto, que el título inscripto perjudique a tercero. ¿Y qué vale este principio si el titular inscripto sigue siendo una persona fallecida, con o sin causa directa con el adquirente? A. en 1870 inscribió la finca F. Murió A. en 1880. Sus herederos abandonaron el inmueble, y B., en 1935, adquirente por prescripción, vendió a C., que no inscribió. ¿Sigue perjudicando A. a C.? ¿Qué le importa a C. este perjuicio? ¿Puede C. accionar contra D., que pretende ejercitar una servidumbre que C. cree no existe sobre la finca? ¿Conforme al art. 24 de la Ley Hipotecaria precisa demandar a A.? ¿Es que A., con la presunción del art. 41 de la Ley Hipotecaria, sigue siendo titular hipotecario y procesal? ¿Legalmente pudo B. adquirir la finca F. por prescripción, sin inscribir la posesión a que se refiere el art. 35 de la Ley Hipotecaria? Y si D. no alega la excepción del art. 24 de la Ley Hipotecaria. ¿puede el juez desestimar la demanda, no obstante que choca con el contenido de un asiento que está bajo la salvaguardia de los Tribu-

(1) Un sistema inmobiliario que se funda sólo en las relaciones con los terceros, no garantiza la propiedad, pues equivale a permitir que cualquiera obre a su arbitrio entretanto no lesione el derecho ajeno. La propiedad, como todo derecho, debe asentarse sobre bases firmes, *gracias a las que afecta a tercero*, y no esperar a que el tercero sea perjudicado o beneficiado para que se requiera la justa titularidad en el propietario. Si el derecho trasciende es porque es derecho. Concebir el derecho como la facultad de hacer todo lo que no perjudique a tercero, es desconocer la esencia del ordenamiento jurídico. *Neque opinione, sed natura constitum esse jus.* (Cic.)

nales, conforme al art. 51 del Reglamento Hipotecario? ¿A pesar de la doctrina de la sustantividad de la inscripción (arts. 24 y 41 de la Ley Hipotecaria) cuando los supuestos de la inscripción no corresponden a la realidad (caso de la existencia de servidumbres aparentes no expresadas en el título y hasta de servidumbres no aparentes), qué garantiza el Registro? M. compró a R. la finca F. libre de cargas. Resulta que la finca tenía una servidumbre de acueducto ignorada de M., o una discontinua no mencionada. ¿Puede M. defenderse contra la realidad objetiva por la declaración formal del Registro? Y aún más. R., que adquiriera la finca a H., que no la poseía, pues la posesión la tenía Z desde hace treinta y dos años, ¿transmitió algo a M? Y si la casa F., alquilada en una mínima cantidad a X., la vende su titular a R., por un precio elevado, desproporcionado con la renta, ¿puede R. defenderse contra X., que no tiene inscripto su derecho? Y si un falso apoderado de M. vendió la finca a R., y T., que obtuvo certificación del Registro, fiándose de su contenido, compra la finca a R., ¿qué aseguró con la inscripción de su título? J., titular de la finca F., vendió simuladamente a L. su finca, defraudando a X. Este promovió querrela criminal contra ambos, y obtiene sentencia condenatoria, pero durante la tramitación de la causa, L. vendió la finca a G., desconocedor del procedimiento criminal. ¿La inscripción practicada a nombre de G., no obstante no haberse anotado la querrela en el Registro, defiende y protege a G.?

Dado el contenido de nuestro sistema, ni D. podría defenderse contra C., alegando que la finca estaba inscripta a nombre de A., titular nominal; ni los herederos de A. pueden oponerse a la prescripción de B., ni el juez aplicará el art. 24 de la Ley Hipotecaria; ni el Registro garantiza positiva ni negativamente las limitaciones no inscriptas, ni M. puede reivindicar contra Z., ni R. desahuciar a X., ni subirle la renta; ni T. adquiere la finca, ni G. se puede considerar asegurado por su inscripción. Así es que el titular inscripto, lejos de perjudicar a quien no cuenta con título inscripto, es perjudicado por éste, no obstante que en el Registro no consten mencionadas limitaciones ni causas rescisorias o resolutorias (art. 36 de la Ley Hipotecaria) (1).

(1) Estas incongruencias no se darían si los derechos reales se adquiriesen constitutivamente por la inscripción, ya que el pleno de facultades dominicales iría unido al título, y quien tuviera derechos en cosa ajena precisaría igualmente de la inscripción. En este supuesto, la evicción, el saneamiento y otras consecuencias de la mala fe contractual, base de tantos litigios, sonarían a cosa pasada.

¿Qué queda, pues, del Registro? Nada o, casi nada. El Registro es casi un fantasma, un ser extraordinario, que no le comprendemos, porque los supuestos en que nos movemos no guardan relación con él, porque a pesar del art. 389 de la Ley Hipotecaria, se admiten en todas partes documentos públicos, privados, falsos, nulos, y todo, y el fantasma del Registro, ante cada ataque a su organización, sigue haciendo una mueca de indiferencia, porque sabe que es, que existe, y no le respetan. Vive en un mundo de idealidad, y espera que todo lo que se escribió durante ochenta años se recoja en una ordenanza práctica y de contenido, porque sabe que es necesario, porque sabe que en la naturaleza de los bienes inmuebles, en las múltiples relaciones establecidas sobre ellos, requiérese una forma de transmisión esencial que no puede ser igual a la de los bienes muebles, y espera que los litigantes, convencidos de la desgracia de serlo, se calmen, y acogiéndose a sus disposiciones, cuando se dejen a un lado parte de los instintos individuales de lucha, se sometan a las normas constructivas de orden social que cristalizan en las instituciones.

Si bien se medita, entre el propietario que tiene títulos civiles correctos, y el titular registral, no hay diferencia en el fondo (1). Por otra parte, muchos jueces formados en el derecho civil (autonomía de la voluntad) con nuestro sistema espiritualista de contratación, no penetran fácilmente en el laberinto de la Ley Hipotecaria o se detienen por no enfrentarse con el fantasma que mora en el Olimpo, y de tal manera se restringen los efectos de la inscripción, que en algunas regiones y distritos se está casi como en el año 1863, y aun peor, pues muchas veces se utiliza el Registro no como medio normal de defensa, sino como ardid curialesco de oposición.

De ahí la necesidad de reformar nuestra legislación y de encauzar los estudios del derecho real al través del ordenamiento jurídico del sistema inmobiliario y no desde el punto de vista del derecho de contratación, y de que todas aquellas formalidades que acompañan y acompañaron en todo tiempo a la transmisión de inmuebles, cristalice en una organización registral que viva en la realidad, acomodándose mutuamente todas las leyes que integran el sistema legislativo español para que la Ley Hipotecaria viva y no se estime, por la incompetencia de muchos, como una abstracción filosófica, como la metafísica del

(1) La Ley Hipotecaria concede efectos defensivos y ofensivos al titular inscrito en múltiples preceptos (artículos 17, 20, 24, 41, etc.).

derecho, tormento de Registradores y Notarios, nuevo suplicio de Tántalo del propietario.

II.—REFORMA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO INMOBILIARIO.

Es visto que nuestro ordenamiento inmobiliario no responde a la realidad vivida en algunas comarcas españolas, sobre todo en lo que se refiere a la pequeña propiedad, y como no sirve, debemos, sin eufemismos, confesar que debe ser reformado, para, con las enseñanzas obtenidas de su aplicación y de las que suministran otros regímenes inmobiliarios, ver de adaptarlo para que responda a la finalidad que sus autores, en la notable exposición de motivos, entrevieron.

Y con no ser adecuado el régimen inmobiliario de la Ley Hipotecaria, el instrumento de la publicidad creado, el Registro, podría servir si el Código civil, texto posterior a la publicación primitiva de aquélla, no se hubiera inspirado en materia de inmuebles en el derecho tradicional, en lugar de seguir la evolución iniciada con la Ley de 1861 y reformas posteriores, y aunque el texto vigente se concordó con el Código civil, el criterio anticuado de éste no permitió sacar más consecuencias de la Ley de 21 de abril de 1909.

Unos retoques en el Código civil, añadiendo al art. 609 un párrafo que dijese: "no obstante, la adquisición y gravamen de los bienes inmuebles y derechos reales, exige la inscripción del título en el Registro, conforme al art. 3.º de la Ley Hipotecaria, sin cuyo requisito, no se podrán ejercitar las acciones a que se refiere el art. 348 de este Código ni admitirse los documentos como determina el art. 389 de dicha Ley", podría cambiar el rumbo del sistema (1)..

En tal supuesto, concordando los arts. 606 y 1.280, se añadiría a éste un párrafo que dijese: "los documentos privados referentes a bienes inmuebles o derechos reales, carecerán de efectos, transcurridos seis meses desde su fecha, si no se elevan a escritura pública, que deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad", nuestro régimen hipotecario podría andar.

(1) No creo que se infiera atentado al propietario con esta declaración, que figura desde ha tiempo en la legislación fiscal. Antes bien, el propietario, para seguir disfrutando del privilegio de serlo, debe amoldarse a los cánones jurídicos que justifican su derecho.

No estimar la inscripción como presupuesto de la adquisición, equivale a legalizar la consideración de propietario, por los resultados de un juicio que, después de todo, procesalmente sólo afecta a los litigantes... *homo hominis lupus*...

También en esta hipótesis precisaría de reforma el art. 1.537 del Código civil, que diría: "todo lo dispuesto en este y otros títulos se entiende con sujeción a lo que respecto a la obligación de inscribir los bienes inmuebles se determina en este Código y en la Ley Hipotecaria".

Pero se podrá decir que el régimen de la propiedad inmueble no requiere para su existencia y finalidad de la inscripción, y que tal requisito, en un país de formación civilista romana, constituye un atentado al derecho individual. Y nada más inexacto que esa afirmación vulgar, contraria a los postulados científicos, históricos y hasta legales del derecho patrio, como es sabido de todos los que tienen dedicada alguna atención a estas cuestiones (1).

Y no sólo eso; las relaciones sobre inmuebles acaso trasciendan más que ninguna otra en el orden del derecho, de la economía y hasta de la sociología, y una propiedad en libertinaje no cumple su función.

Se obliga a que a la negociación de un título de la deuda se acompañe la póliza de un agente; la venta de un automóvil exige una serie de requisitos formales sin los que no circula el auto y se multa; viajar sin salvoconducto constituye una ilegalidad; para tomar el tren se precisa el billete; y el propietario de una finca puede inscribirla, abandonar la inscripción engañando a los terceros, puede simular documentos privados, falsear la verdad, ocultar su cualidad de dueño, zanzanear al Fisco, a los particulares, burlar a sus acreedores, y estos actos, que son castigados cuando los realiza otro ciudadano, se permiten como privilegio al propietario, al que se le concede una patente en corso, que se niega a los demás, cuando por la permanencia de las relaciones sobre la finca debiera estar más obligado a cumplir exactamente por la influencia cohesiva o disgregadora de sus actos.

Esa libertad absurda es un privilegio injusto, y el régimen de inmuebles, por lo mismo que origina multitud de relaciones económicas, jurídicas, familiares y sociales, de tipo permanente, requiere una disciplina rígida, que sólo puede funcionar al través del Registro de la Propiedad.

Esta reforma, para mí, sería total y no sólo de la Ley Hipotecaria, sino de otros textos. Ese respeto a su estructura, más que homenaje

(1) Acaso sólo en el Ordenamiento del Código civil suizo se distingan y regulen sistemáticamente la adquisición de los muebles (fundada en la posesión) y la de los inmuebles, que se basa en la inscripción en el Registro.

a una ley que representó en sus tiempos un gran avance, revela incapacidad en los cultivadores de los estudios hipotecarios. Una ley que en cuatro libros estudiase: I. El Registro de la Propiedad, su organización, títulos inscribibles y modo de llevar el Registro.—II. Los efectos de la inscripción y en general de los asientos y de los particulares de algunos institutos.—III. De los funcionarios encargados del Registro y organismos directivos e inspectores. — IV. Procedimientos hipotecarios, sería una ley más lógica que la actual. Se dividirían esos libros en títulos, capítulos y artículos, y no se daría la incongruencia de que disposiciones sustantivas y fundamentales de la ley figuren desparramadas en títulos y artículos que, sistemáticamente, debieran figurar unas cerca de otras. Así se da el caso de que en la ley actual, preceptos tan fundamentales como los referentes al modo de llevar el Registro, publicidad, expedientes de dominio y posesión, régimen de cargas y gravámenes, debieran figurar en un mismo libro y lo mismo los referentes a la calificación. Y entre los efectos de los asientos hipotecarios, tendrían mejor cabida los procedimientos debidamente conectados con los generales de las leyes procesales.

Pretender reformar parcialmente uno que otro artículo, procurando no alterar su numeración, recuerda el respeto a la Ley de las XII Tablas, en épocas de escaso vigor jurídico, y la carencia de un Cneo Flavio que dé al traste con lo viejo e inservible.

III.—BASES FUNDAMENTALES DE LA REFORMA DEL ORDENAMIENTO INMOBILIARIO.

1) *La finca*.—Refiriéndonos a las fincas en sentido normal, no debe permitirse la libertad de formar corpúsculos (1) inadecuados para el cultivo en las rústicas, o para edificar en las urbanas. En cada Distrito, una Comisión integrada por el Juez de Primera Instancia, el Registrador y un Notario, mediante el informe del Servicio agrónomo provincial y un representante de la Cámara Agrícola, de los Colegios de Abogados y Arquitectos y de la Propiedad Urbana, y de los Ayuntamientos de la capital del Distrito, determinaría la extensión mínima de las fincas. Las parcelas de inferior extensión a la prefijada,

(1) En este Registro de Pontevedra son muchas las fincas inscritas con extensión de una y de media conca (52 y 26 metros cuadrados, respectivamente).

pasados quince años, podrían ser adquiridas por los dueños colindantes a justa regulación, o por el precio que figure en la última transmisión a título oneroso, y aplicando en su caso las reglas del retracto de colindantes o de la legislación de parcelas.

2) *Titulación.*—Las fincas precisarán necesariamente de titulación auténtica. Las de valor superior a quinientas pesetas, en escritura notarial; las de valor inferior, en documentos redactados en modelos oficiales, autenticadas sus firmas por Notario, o puestas a presencia del Registrador. De no saber firmar alguno de los otorgantes, firmarán por él dos testigos.

El documento privado sin autenticar carecerá de efectos transcurridos seis meses desde su fecha.

Las particiones de herencias de valor no superior a veinticinco mil pesetas, se autenticarán por medio de documento no notarial, en la forma expresada, a menos que los interesados opten por formalizarlas en escritura pública.

Necesariamente, dentro de los dos años siguientes al fallecimiento del causante, las operaciones particionales deberán constar formalizadas por alguno de los medios legales. Habiendo herederos ausentes, si los presentes elevan el expediente particional con firma del letrado al Juzgado de Primera Instancia, éste, oído el Ministerio Fiscal, decidirá sobre la aprobación de las operaciones.

En las sucesiones abintestato así como en las testamentarias en las que no se haya designado contador, por el causante, se supondrá que este cargo lo desempeña el Notario correspondiente al Distrito, si hay uno sólo, y habiendo más de uno, el que por turno le corresponda. No se podrá formalizar oposición a las operaciones particionales redactadas por los contadores sin que se presente otro proyecto de partición, que sustituya al impugnado.

3) La titulación referente a inmuebles se inscribirá en el Registro de la Propiedad correspondiente. La primera inscripción de la finca se comunicará al organismo fiscal pertinente para hacer las alteraciones procedentes en el Registro Fiscal o amillaramiento.

Se procurará que entre los documentos precisos para verificar la primera inscripción figure un croquis o plano de la finca, así como un certificado de su valor expedido por un técnico, que será responsable de la valoración hecha.

4) Se establecerán modelos oficiales, que pueden ser impresos para

la redacción de las escrituras y documentos referentes a los actos dominicales regulados en la ley, así como a los tipos de derechos reales comprendidos en la misma.

Los contratantes que pretendan la introducción de cláusulas o condiciones especiales no comprendidas en los modelos oficiales, satisfarán una mitad más de honorarios a los funcionarios que intervengan en tales actos.

5) Existirá una Notaría por lo menos en cada zona de población que cuente con quince mil habitantes.

6) Se establecerán Registros de la Propiedad en todos los partidos judiciales, procurando que exista uno por cada mil quinientos títulos presentados al año.

7) La titulación administrativa y judicial expresará todos los requisitos que el ordenamiento hipotecario exija para la inscripción de los inmuebles en el Registro, bajo la sanción de multa no inferior a cien pesetas al funcionario que la autorice indebidamente.

8) El Registro se llevará por fincas, que figurarán en el folio con su número correspondiente, por términos municipales.

La relaciones jurídicas de cada finca constarán en su folio.

La ley determinará los casos en que varias fincas del mismo titular puedan figurar bajo un mismo número.

Las modificaciones de las fincas por segregación o agrupación deberán ser objeto de los asientos procedentes, de tal manera que siempre conste en el Registro la descripción de los inmuebles.

9) En el Registro figurarán la inscripción del dominio y de los derechos reales que afecten a los inmuebles y derechos inscriptos, y aquellas relaciones de tipo personal que por referirse a fincas en sentido hipotecario merezcan ser objeto de la publicidad formal.

Se comprenderán también en el nuevo ordenamiento aquellas instituciones jurídicas reguladas en otras legislaciones que tiendan a facilitar el crédito sobre la finca y sus frutos, permitiendo que el propietario no sólo utilice el valor en dominio de su finca, sino su valor hipotecario.

10) La fecha de la inscripción será la del asiento de presentación; pero la ley fijará los casos en que, en beneficio de tercero, deban computarse los efectos de determinados asientos, desde la fecha de éstos.

11) La vigencia del asiento de presentación será de treinta días hábiles y durante ellos no podrán inscribirse títulos contradictorios del

presentado. La ley determinará los casos en que la vigencia del asiento de presentación subsista pasado el expresado término de los treinta días.

12) La primera inscripción de la finca se practicará en virtud de títulos declarativos como sentencias, concesiones administrativas, testimonios de expedientes de dominio e información posesoria, actas de conmutación de cargas piadosas, certificaciones expedidas por los entes administrativos respecto a los bienes que posean o administren, legitimación de bienes, expropiación, etc., o en virtud de documentos de los comprendidos en el párrafo 2), siempre que expresen las circunstancias esenciales del título del transferente o causante; pero las inscripciones primeras extendidas en virtud de dichos títulos no impedirán a quienes ostenten preferente derecho para ejercitar las acciones pertinentes, aunque hayan causado asientos posteriores.

Las anotaciones de embargo acordadas por autoridad o funcionario durarán todo el tiempo en que se hallen en curso los autos.

13) Practicada la inscripción de un inmueble o derecho, sólo su titular podrá transmitir o gravar con efectos hipotecarios.

Desde la publicación de la ley, carecerán de efecto las menciones de derecho en sentido hipotecario. Las anteriores a su vigencia, igualmente dejarán de surtir efectos a los dos años desde la promulgación de la nueva ley. Durante dicho término, los beneficiados con la mención podrán asegurar su derecho mediante la presentación de los documentos precisos para causar un asiento principal.

14) Transcurridos cinco años desde la fecha de la inscripción primera de una finca, quienes contraten con su titular una vez incripto su título, no podrán ser privados del inmueble o derecho garantizado por el Registro, si transcurrieron dos años desde la fecha de la inscripción. Si esta presunción causase perjuicio a tercero, sólo podrá exigir la indemnización pecuniaria del falso titular transferente.

15) La inscripción se presume exacta y su titular podrá obtener la posesión real del inmueble inscripto en procedimiento sumario. Si el tenedor desposeído tuviera algún derecho contra el titular inscripto, podrá ejercitarlo en el juicio declarativo pertinente.

16) No se podrá ejercitar acción ni oponer excepción en juicio respecto a inmuebles, sin presentar certificación del contenido del Registro. Tampoco se podrán embargar en procedimiento de apremio, civil o administrativo, bienes que figuren a nombre de persona diferente de

la ejecutada en el Registro. Una vez que conste por certificación en dichos procedimientos que el inmueble o derecho figura a nombre de persona diferente de aquella contra quien se sigue el procedimiento, se sobreseerá de oficio en éste, bajo la responsabilidad del ejecutor y en su caso del ejecutante.

17) El Registro protege durante treinta años el dominio y los derechos reales inscriptos frente al poseedor con título. Sin embargo, la hipoteca prescribe a los veinte años de la fecha en que pudo ejercitarse el derecho garantizado con ella.

18) Transcurridos los plazos expresados, si se justifica por un extraño al Registro su posesión por diez años y que el titular inscripto no poseyó durante los últimos treinta, el Juez de Primera Instancia del Partido, por los trámites de los incidentes, podrá declarar la extinción del dominio del titular registral y que se inscriba el inmueble a nombre del demandante. También el titular del inmueble que justifique por vía incidental que el que figure como titular de algún derecho real dejó de ejercitar los actos derivados del mismo, durante treinta años, o en el caso de hipoteca o servidumbre, durante veinte, podrá solicitar la extinción de tales gravámenes sobre su finca. En todos estos procedimientos deberá ser citado el titular registral conforme a lo que disponga la Ley de Enjuiciamiento civil, y desconociéndose su paradero, será representado por el Ministerio Fiscal, que deberá formular oposición por razones de público interés.

19) No se podrá ejercitar acción alguna referente a inmuebles sin presentar título inscripto o calificado en el Registro, y si su objeto es atacar otro título inscripto, tampoco prosperará la acción o en su caso la reconvencción si a la vez no se solicita que la declaración del Registro se concuerde con la realidad jurídica representada por las pretensiones deducidas. Se exceptúan los casos a que se refiere el número 18), precisando, no obstante, el título la nota calificatoria del correspondiente Registro. Tampoco se admitirán por los Tribunales, autoridades u organismos públicos y privados documentos referentes a inmuebles que no se hallen inscriptos en el Registro, y en ningún caso podrán acceder a pretensiones que pugnen con los asientos en el mismo existentes.

20) Las diligencias de los expedientes de expropiación deberán entenderse, bajo pena de nulidad, con el titular inscripto e inscribiéndose a nombre de la entidad expropiadora la finca o porción de finca

adquirida. Si la expropiación fuese parcial, se describirá el trozo que siga perteneciendo al expropiado.

21) Se fijarán los requisitos esenciales de las inscripciones del dominio y de los derechos sobre cosas y derechos. Los títulos de concesiones administrativas sobre inmuebles que no se hallen inscriptos, no podrán ser admitidos por las Oficinas públicas.

22) Se regulará el derecho de hipoteca en sus varias modalidades, procurando introducir en nuestro sistema algunas de las aceptadas por la legislación extranjera, así como las hipotecas administrativas en garantía de empréstitos y pago de tributos.

23) En materia de anotaciones, la ley distinguirá las referentes al dominio y derechos reales susceptibles de convertirse en inscripciones, y las de garantía, y entre éstas las relacionadas con los procedimientos judiciales y las que tiendan a garantizar derechos de índole sustantiva.

24) Se desenvolverá la doctrina referente a las cargas reales y prohibiciones de enajenar en relación con el rango y prioridad de los derechos en caso de que un mismo o varios titulares ostenten diferentes créditos sobre el inmueble. Los titulares de éstos han de ser citados en todo procedimiento que persiga la venta de inmuebles.

25) Se regularán los efectos de la posesión inscripta y su relación con el dominio correspondiente.

26) La cancelación y extinción de los derechos inscriptos será regulada admitiendo la declaración judicial de caducidad, transcurridos treinta años desde la fecha de los asientos.

27) Los Registradores calificarán bajo su responsabilidad los títulos inscribibles y anotables, dándose recurso contra su calificación. Los asientos que se extiendan serán congruentes con el contenido del título. Los títulos en que se hallen interesados el Registrador, sus parientes o clientes, serán calificados por el Registrador sustituto, conforme al cuadro de sustituciones para interinar Registros vacantes.

Si la calificación no coincide con la pretensión del interesado, podrá éste interponer recurso de reposición ante el funcionario que calificó durante la vigencia del asiento de presentación, y si no se accede a dicho recurso, el Registrador remitirá el título calificado con su informe al Presidente de la Audiencia. Contra la resolución que éste dicte procederá la alzada ante la Dirección de los Registros.

También los funcionarios que expidan el título podrán formular

recurso gubernativo si la calificación afecta a vicios de forma del documento.

Independientemente de estos recursos, los interesados podrán obtener ante Juez y Tribunal competentes ejecutoria en que se declare la eficacia de su derecho.

En estos procedimientos no será parte el Registrador, si bien el Juez o Tribunal podrá pedir que emita informe, así como el funcionario que autorizó el documento.

Si se interpone recurso se extenderá nota marginal en el asiento del Diario, acreditativa de la interposición del recurso, a los efectos de la vigencia del asiento de presentación. También el Juez o Tribunal ante el que se tramite el juicio correspondiente para justificar la eficacia del documento calificado, podrá acordar que se extienda nota acreditativa de la interposición del recurso.

28) Extendido, después de la calificación, un asiento en el Registro, no puede ser éste alterado sino por sentencia firme o consentimiento de los interesados. No obstante la anotación preventiva extendida por defecto subsanable atribuido al título, se convertirá en inscripción cuando así se acuerde en la resolución que ponga término al recurso.

Podrán, sin embargo, rectificarse los errores advertidos, conforme a la ley.

No se admitirá la renuncia abdicativa del titular inscripto.

29) La ley fijará los casos en que deba solicitarse de oficio la inscripción de los inmuebles pertenecientes a personas que por razones de especial protección lo precisen, como los de los menores, tutelados, ausentes, mujeres casadas, fundaciones, bienes sujetos a reserva, fideicomisos, bienes comunales, etc., etc., si transcurrido el plazo fijado dejaran de hacerlo los representantes legítimos de tales titulares o de los interesados en la relación dominical, si son conocidos.

30) Serán inscribibles en el Registro y en el folio correspondiente de la finca, todas las relaciones jurídicas que afecten al inmueble. La omisión de la inscripción de un derecho existente sobre el inmueble se presumirá que no existe, y carecerá de protección jurídica, sin perjuicio de que el titular civil perjudicado ejercite las acciones procedentes limitadas al resarcimiento de los perjuicios sufridos.

31) Los bienes que posean o administren el Estado y Corporacio-

nes y en general personas jurídicas, ya transitoria, ya permanentemente, deberán constar inscritos en el Registro de la Propiedad.

La infracción de este precepto será castigada con multa que se impondrá al jefe de la Oficina o Corporación titular de la finca o derecho, en cantidad no inferior a la vigésima parte de su valor. La multa será impuesta por el superior jerárquico, a instancia de cualquier vecino o del Registrador.

32) Los títulos referentes a inmuebles deberán ser presentados en el Registro dentro de los tres meses siguientes a su fecha o a la en que hayan sido devueltos por las Oficinas Liquidadoras de los impuestos, bajo la multa de cien a mil pesetas, que podrá imponer el Registrador.

Si por adolecer de defectos no se inscribieran, los documentos de subsanación deberán ser presentados en el plazo máximo de seis meses, bajo la sanción del doble de la multa expresada.

Si el título contuviese fincas sitas en más de un Distrito hipotecario, los plazos expresados y sanciones se entenderán no sólo con respecto al primer Registro, sino respecto a los demás donde radiquen fincas que deban ser inscriptas.

33) En todos los Registros se llevará un libro Diario de presentación de documentos.

34) Las inscripciones de los títulos presentados se efectuarán dentro de los quince días, para lo que los Registradores los calificarán dentro de los primeros ocho días, y de adolecer de defectos se participará a los interesados para que los subsanen dentro de los días que falten por transcurrir, del asiento de presentación.

35) La Oficina del Registro radicará en la capital del Distrito hipotecario y será desempeñada por un titular llamado Registrador, que desempeñará también la vacante del Registro correspondiente según el cuadro de sustituciones.

El ingreso en el Cuerpo de Registradores de la Propiedad será por oposición entre abogados, varones, precisándose tener cumplidos veinticinco años para desempeñar el cargo.

Los aprobados constituirán el Cuerpo de aspirantes a Registros.

36) Los Registradores constituirán la fianza para responder del cargo en la cuantía que fije el Reglamento.

37) Los Registradores responderán de los perjuicios que causen por su negligencia en el desempeño del cargo.

... El Estado responderá subsidiariamente en defecto de patrimonio del Registrador, de los perjuicios que éste cause.

38) Los Registradores de la Propiedad estarán colegiados para atender a los fines de mutualidad y benéficos que reglamentariamente se determinan.

39) Los Registradores devengarán por el desempeño de su función los derechos de Arancel que será aprobado por una ley, la que fijará también la participación de honorarios devengados en el desempeño de interinidades de Registros vacantes que deban formar parte de los ingresos de la mutualidad.

40) El personal auxiliar de los Registros será designado y retribuido por el Registrador, conforme a lo que disponga el Reglamento. Serán también de cargo de los Registradores los gastos de material y oficina.

41) Los Registradores de la Propiedad dependerán de la Dirección General de los Registros y del Ministerio de Justicia. Estos Centros administrativos organizarán los servicios de inspección de los Registros y podrán imponer las sanciones reglamentarias por la infracción de las disposiciones legales o reglamentarias.

42) Para los efectos administrativos, tratamientos y derechos pasivos, los Registradores tendrán la asimilación que corresponde a los funcionarios de la Carrera Judicial. Constituirán cuatro categorías: primera, segunda, tercera y cuarta. Serán de primera, los comprendidos en la primera cuarta parte del escalafón; de segunda, los que figuren en la siguiente cuarta parte; de tercera, los incluidos en la cuarta parte siguiente, y de cuarta, los de la última cuarta parte, o sea, los de más reciente ingreso.

Las fracciones resultantes de dividir el escalafón en cuatro partes se considerarán como una unidad a los efectos de figurar comprendida en la categoría superior inmediata.

Los Registradores comprendidos en la primera mitad, o más antiguos, de la categoría primera, tendrán la asimilación de Magistrados de término, excepto los de Madrid y Barcelona, si estuviesen comprendidos en ella, que estarán equiparados a Magistrados del Tribunal Supremo; los de la segunda mitad de dicha primera categoría, equiparados a Magistrados de ascenso; los Registradores comprendidos en la primera mitad, o más antiguos, de la categoría segunda, tendrán la asimilación de Magistrados de entrada; los Registradores de segunda

clase, comprendidos en la segunda mitad de su categoría, tendrán la asimilación de Jueces de término; los Registradores de tercera clase tendrán la categoría de Jueces de Primera Instancia de ascenso, y los Registradores de cuarta clase estarán equiparados a los Jueces de entrada.

43) La provisión de los Registros vacantes se hará en concurso anunciado en el *Boletín Oficial del Estado*. La vacante se adjudicará al Registrador de la Propiedad más antiguo de los solicitantes.

Los Registros que no hayan sido solicitados en un concurso se adjudicarán al aspirante que tenga mejor número en el escalafón entre los solicitantes.

44) Se autoriza al Gobierno para publicar un nuevo Ordenamiento de la propiedad inmueble refundiendo las disposiciones vigentes y con las modificaciones expresadas anteriormente. Para ello deberá abrirse información pública, a la que necesariamente concurrirán las Salas de Gobierno del Tribunal Supremo, de las Audiencias Territoriales, los Colegios de Abogados correspondientes a estas Audiencias, Juntas directivas de los Colegios de Registradores y Notariales de España y las Facultades de Derecho de las Universidades. Estos informes se emitirán en el plazo de tres meses.

Podrán también emitir informes las demás Corporaciones, Asociaciones y autoridades que lo estimen conveniente. El Gobierno, por mediación del Ministerio de Justicia y Dirección General de los Registros, redactará el proyecto de texto del nuevo Código Inmobiliario, que se presentará a las Cortes, y con las modificaciones que éstas introduzcan, se redactará por el Ministerio de Justicia el texto definitivo.

45) El Código Inmobiliario empezará a regir a los seis meses de su publicación, pudiendo desde su fecha inscribirse en los respectivos Registros los actos jurídicos regulados en el mismo.

46) El nuevo Código Inmobiliario podría contener una estructura análoga a la que se expresa en el siguiente cuadro:

LIBRO I.—*El Registro de la Propiedad: su organización, títulos inscribibles y modo de llevar el Registro.....*

- I.—Establecimiento y alteración de la circunscripción del Registro.
- II.—El dominio: La propiedad inmueble. Su adquisición. Transmisión y gravamen.
- III.—Objeto del Registro
 - 1. Dominio, copropiedad y demás relaciones sobre inmuebles. (Contratos. Herencias Mejoras. Donaciones. Capitulaciones matrimoniales. Renta territorial.)
 - 2. Hipotecas. Clases: ordinarias; independientes; de máximo; títulos al portador; en garantía de tributos. Empréstitos.
 - 3. Servidumbres.
 - 4. Censos y prestaciones reales.
 - 5. Arrendamientos.
 - 6. Anticresis.
 - 7. Limitaciones del dominio y de las facultades de disposición.
 - 8. Poderes.
- IV.—La finca.....
 - 1. Finca normal: Terrenos. Edificios. Aguas. Minas. Energías.
 - 2. Fincas por asimilación: Concesiones administrativas. Derechos sobre derechos. Frutos.
 - 3. Elementos de la finca: Extensión. Valor. Linderos. superficie y vuelo. Subsuelo.
 - 4. Elementos jurídicos y fiscales.
- V.—Titulación
 - Notarial.
 - Auténtica extranotarial.
 - Judicial.
 - Administrativa.
 - Eclesiástica.
 - En país extranjero.
- VI.—Calificación de los títulos.
- VII.—Libros y asientos del Registro...
 - Diario de operaciones.
 - Libros de inscripciones, embargos, incapacitados, auxiliares.
- VIII.—Rectificación de asientos.
- IX.—Publicidad del Registro: Certificaciones y manifestaciones.
- X.—Tasas de honorarios.
- XI.—Estadística inmobiliaria.
- XII.—Responsabilidad de los Registradores y del Estado.

- I.—Efectos generales de los asientos.
- II.—Redacción. Forma. Lugar. Fecha. Firma.
- III.—Efectos de la inscripción de dominio y derechos similares.

IV.—Efectos de la inscripción de los derechos reales y limitaciones del dominio...

- 1. Superficie. Subsuelo. Vuelo.
- 2. Usufructo; uso. Habitación.
- 3. Servidumbre.
- 4. Censos y cargas rentarias.
- 5. Anticresis.
- 6. Hipotecas.
- 7. Tanteo. Retracto. Opción.
- 8. Cargas reales y limitaciones de derecho público.
- 9. Arrendamientos.
- 10. Contribuciones. Derechos del Fisco.
- 11. Propiedades familiares y fundacionales. De Corporaciones.
- 12. Reservas. Fideicomisos. Residuo.
- 13. Afecciones sobre frutos y sobre el dominio.
- 14. Posesión inscripta.

V.—Anotaciones preventivas.....

- 1. Anotaciones convertibles en dominio o derechos reales.
- 2. Sobre créditos.
- 3. Bienes litigiosos.
- 4. Incapacitados. Ausentes. Menores tutelados.
- 5. En garantía de derechos sustantivos: Legado. Cuota viudal. Precio aplazado. Adjudicaciones para pago. Bienes de la sociedad conyugal. Alimentos entre cónyuges. Medidas precautorias en caso de separación y divorcio. Demanda. Secuestro. Defectos del título y del Registro.

VI.—Cancelaciones.

I.—Registradores ...

- 1. Nombramiento. Cualidades. Escalafón.
- 2. Derechos.
- 3. Deberes.

II.—Dirección General de los Registros.

III.—Inspección de los Registros.....

- Dirección General.
- Presidentes de Audiencia.
- Jueces de Primera Instancia.
- Colegio de Registradores.

IV.—Colegiación de Registradores.

V.—Personal auxiliar de los Registros.

LIBRO II. — *Efectos de los asientos registrables*

LIBRO III.—*Registradores de la Propiedad. Organos directivos e inspectores del Registro*

LIBRO IV. — *Procedimientos hipotecarios y Registrables*

1. Procedimientos de inscripción y anotación.
2. Recursos gubernativos.
3. Posesión de inmuebles y derechos reales.
4. Relaciones con terceros. Liquidación de cargas.
5. Procedimientos de ejecución. Hipotecas. Censos. Anticresis. Anotaciones.
6. Afección, distribución y liberación de cargas.
7. Cancelaciones. Caducidad. Nulidad de asientos. Extinción de los derechos inscriptos o anotados.
8. Correlación entre el Registro y la realidad jurídica.
9. Rectificación de asientos.
10. Bienes de mujeres casadas, menores, tutelados, ausentes y de Corporaciones. Patrimonios familiares. Bienes comunales.
11. Bienes reservables. Fideicomisos. Residuos. Afectos a fines especiales.
12. Reconstrucción de libros y asientos.
13. Constitución y devolución de fianzas de los Registradores.
14. Responsabilidad de los Registradores y del Estado.
15. Formación de la estadística territorial.

IV.—ACTUALIDAD DE LA REFORMA INMOBILIARIA

Es indudable que el actual Derecho Hipotecario español no responde a las exigencias de la vida nacional, y su reforma se impone como consecuencia de las nuevas concepciones jurídicas y sociales.

Ya el Fuero del Trabajo, en su artículo 13, dice: "El ejercicio de los poderes del propietario queda garantizado cuando esté en armonía con la naturaleza de las cosas, el interés individual y la utilidad social manifestada en las leyes, pudiendo éstas sujetarlo a las restricciones que exijan el interés público y el equilibrio y conservación de la colectividad".

Y es que la concepción individualista que nos legaron el Derecho romano y el Código de Napoleón dejó paso a la propiedad función social, que exige de la publicidad, puesto que, como afirma D. Jerónimo González en su obra *Estudios de Derecho Hipotecario*, "puesto que el individuo tiene únicamente valor como miembro de un gran todo, el derecho individual debe estar ungido con el óleo social. No es el verdadero derecho el que se oculta como venenoso aguijón, sino el que se luce como una armadura de gala ante los compañeros y conciudadanos".

Y ya que entre los fines perseguidos por el Colegio de Registradores figura el Centro de Estudios Hipotecarios, dedicado a las investi-

gaciones y divulgaciones del Derecho inmobiliario, coincidiendo con el afán de renovación de la vida nacional, brindo a los distinguidos compañeros que integran su Junta, la redacción de un proyecto de Código Inmobiliario que recoja los múltiples elementos que figuran en tan diversos textos legales, coordinándolos con los novísimos postulados jurídicos y adaptándoos a la peculiar constitución de nuestra propiedad.

A. RÍOS MOSQUERA.
Registrador de la Propiedad.

Interpretación verdadera del párrafo segundo del artículo 17 de la Ley de 5 de noviembre de 1940

Como existe una gran confusión para la inteligencia de este párrafo y parece se pretende derivar del mismo consecuencias absurdas, cuya aplicación a casos prácticos implicarían verdaderos despojos, en contradicción con preceptos básicos de nuestro Derecho civil que a todos nos importa defender, traigo a nuestra querida Revista mi manera de ver el mismo, dando así ocasión a sana y serena discusión con los compañeros que no compartan mi criterio.

Terminada nuestra gloriosa Cruzada, se impuso desde el primer momento la necesidad de regular mediante leyes especiales las relaciones de orden jurídico privado más afectadas por la revolución y la guerra.

Entre esas leyes figuran las que tienden a acoplar el caos y la anarquía de la que fué zona roja al orden jurídico normal de la España Nacional. Son leyes de tránsito de una situación a otra; de lazo de unión entre dos épocas. Tales son: las de moratorias especiales, regulación de los arrendamientos rústicos y urbanos, la del desbloqueo. Leyes todas importantísimas, pero que por su contenido y su misma titulación oficial y por su finalidad, apenas si han preocupado en lo que fué España Nacional y que no afectaban a la misma.

La Ley de 5 de noviembre de 1940 es una de ellas. Tiene como *título oficial* el de "Ley de Contratación en zona roja". Si bien el término de "contratación" es estrecho, porque también habla de testamentos, lo que no cabe duda es que se refiere a negocios jurídicos realizados en lo que fué zona roja. Así lo dice el preámbulo de la ley y los artículos 1.º, 2.º y 17 de la misma, y su finalidad es conceder medios extraordinarios "en orden a la posible anulación de supuestos pactos donde faltaron las condiciones más esenciales para su validez".

Sólo habla de testamentos el artículo 17, compuesto de dos pá-

rrafos: el *primero*, que admite la impugnación de los otorgados en zona marxista cuando sus causantes hubiesen fallecido antes de transcurrir dos meses desde la fecha de la liberación, y el *segundo*, que concede eficacia, en favor de los hijos o nietos, a las disposiciones en que se hubiese designado a algún 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.

Constituyendo esta disposición un segundo párrafo de un artículo, hay que relacionarla forzosamente con el primero, de acuerdo con la técnica legislativa. Así, se referirá exclusivamente a los testamentos otorgados en zona marxista, habiendo fallecido los causantes antes de transcurrir dos meses desde la fecha de la liberación.

Dar una interpretación general a ese párrafo e independiente, desconectándolo de la ley en que está inserto, y sin tener en cuenta la finalidad de ésta, es una anomalía que no puede prosperar en modo alguno:

1.º Por estar incluido en una ley, que si bien es obligatoria en toda España, se refiere, por su materia, a negocios jurídicos otorgados en zona marxista.

2.º Porque no constituyen siquiera artículo aparte, sino un segundo párrafo, hablando el primero de testamentos otorgados en zona marxista por causantes fallecidos en la misma, viéndose clara la intención de favorecer a las descendencias de los caídos por Dios y por España, e instituidos herederos en un testamento, hubiese ignorado el testador su fallecimiento debido a la incomunicación existente durante la guerra, o aun sabiéndolo, no hubiera podido otorgar nuevo testamento, dada la anormalidad reinante en aquella zona. Pero no hay razón ninguna para mantener dichas disposiciones cuando el testador supo perfectamente el fallecimiento del instituido y no modificó su testamento, pudiendo hacerlo libre y espontáneamente en zona nacional. Eso sería ir en contra de su voluntad, que es el principio básico de la sucesión en Derecho civil.

3.º Porque si se hubiera querido dar carácter general a esa disposición hubiera constituido la misma no un segundo párrafo de un artículo, sino una ley especial, y por cierto bastante compleja, ya que la transcendencia de todas las relaciones originadas en zona nacional durante cuatro años, cuyo colapso se produciría, exigiría una regulación minuciosa de las colisiones de derechos a que diera lugar.

De no admitirse esta interpretación, y puestos a considerar el párrafo segundo del artículo 17, aplicable incluso a zona nacional, habría que tener presente lo dispuesto en el artículo 3.º del Código civil. Las leyes no tienen efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario. La presente ley no sólo no dispone lo contrario, sino que establece en el artículo 27 su vigencia a partir del siguiente día a su publicación y en el 26 considera como supletorios los preceptos del Derecho común.

Y es más: el Tribunal especial creado para su aplicación, en funciones de casación, en la única sentencia en que ha tenido que resolver una cuestión análoga, respetuoso con la doctrina tradicional, dice: "Los derechos y acciones que crea y concede, tienen su nacimiento en la propia Ley y no existían ni, por consiguiente, podían transmitirse antes de ella, por lo que, careciendo la misma de efectos retroactivos en cuanto no dispone lo contrario, sólo pueden haberse adquirido y referirse a personas y situaciones jurídicas existentes a la promulgación de la ley especial, acogedora de las normas constitutivas de excepción de la del Código civil" (sentencia del 8 de noviembre de 1941).

Es posible que la idea inicial de la Ley fuera favorecer a todos los descendientes de los caídos por Dios y por España, lo que nos hubiera parecido muy meritorio y patriótico; pero si así fué, no llegó a cuajar, sin duda debido al cúmulo de dificultades de todo orden que se oponían. Hay quien opina que el que el fallecimiento del causante haya tenido lugar antes o después de la publicación de la Ley carece de importancia. Considera la retroactividad como la cosa más lógica y natural del mundo. Pero ¿y los derechos adquiridos? ¿Y la estabilidad del orden jurídico? ¿Es posible que una ley se refiera a hechos ocurridos año y medio con anterioridad, sin que la Ley específicamente lo ordene y regule las consecuencias que de ello se derivan? Sería dar una interpretación que no procede, y en caso de proceder, debía ser restrictiva, dada la índole excepcional de la Ley. Así lo reconoce la sentencia del Tribunal especial, y así lo proclama el Tribunal Supremo en sus sentencias del 11 de marzo de 1911 y 21 de febrero de 1900.

Si se hubiera querido dar carácter retroactivo a dicho precepto, de la misma manera que sobre la condonación de intereses se publicó la Orden del 4 de diciembre de 1941, se hubiera dictado otra igual sobre las herencias, y sin embargo no es así. La razón se alcanza fácilmente: en un caso se trata de una situación jurídica consumada, consolidada;

en otro de efectos de relaciones todavía existentes. Pretendiendo la Ley del 40 instaurar la normalidad en las relaciones jurídicas, no iba a empezar por perturbarlas. Precisamente todas las órdenes aclaratorias a dicha Ley están orientadas en el sentido de evitar litigios inútiles por interpretaciones absurdas y equivocadas.

Hay que interpretar la palabra "recobrarán" en el sentido que emplea la Ley, analizada gramaticalmente en futuro perfecto de indicativo, significando en adelante, en lo sucesivo. Las disposiciones testamentarias hechas a favor de personas que premueren al testador, pierden su eficacia *desde que fallecen dichas personas*, sin que sea preciso esperar a que fallezca el testador, ya que la muerte de aquéllas es un hecho irreversible, que no puede repetirse. Por consiguiente, la Ley puede aplicarse para lo futuro, sin que ello suponga una entelequia.

Y esto se ajusta a los principios informantes de nuestro actual derecho sucesorio. En efecto, el testamento que contenga disposiciones a favor del fallecido en la guerra por su adhesión a la Causa del Movimiento Nacional, ya sabe el testador que si no otorga otro nuevo recobrarán eficacia a favor de los descendientes de aquéllos. Pero sería burlar la voluntad del testador si sabiendo éste que, con arreglo al Código civil, tales disposiciones han perdido su eficacia, y la porción vacante acrece a los demás herederos, y conformándose con ello no hubiera otorgado nuevo testamento, se diera a dicha porción vacante un destino no previsto en virtud de una ley posterior a su fallecimiento, y que, por tanto, no pudo conocer.

En definitiva: O al referido párrafo se le da una interpretación relacionada con el contenido del primero, en cuyo caso no tiene aplicación habiendo fallecido la testadora en zona Nacional y permanecido en ella desde 1936, o se interpreta independiente, y en esta hipótesis no tiene efecto retroactivo, habiendo fallecido la causante antes de la publicación de la Ley.

* * *

Apartándonos de estas consideraciones, debemos sentar la afirmación de que dicha Ley, en la actualidad, no existe ni puede aplicarse.

La Ley del 1940 es una *Ley temporal*. Llamada a solventar situaciones de orden jurídico, producidas en un ambiente de anormalidad imprevisible, concedía a los interesados medidas extraordinarias, y que, por tales, están sujetas a un término de caducidad. Como formando

parte del llamado derecho de guerra, tiene las siguientes características: El *ser excepcional*, puesto que no se basa en los principios del Derecho común; y el *ser transitoria* su duración, ya que no implica una derogación sustancial y definitiva de tal derecho.

Que estamos ante una Ley temporal lo dice textualmente el último párrafo de su preámbulo: "Con el propósito de evitar la excesiva prolongación de las situaciones de derecho a que la misma afecta y por la naturaleza *excepcional* de su contenido, se reduce a un breve plazo el término de su duración"; y así lo confirma el art. 24, imponiendo breve y rotundamente: "las acciones derivadas de la presente Ley sólo podrán ejercitarse dentro de los seis meses siguientes, a contar de la fecha de su publicación". Esta duración limitada de la Ley ha sido tenida tan en cuenta que su prórroga sólo ha podido ser hecha en forma de LEYES ESPECIALES. Estas fueron: la de 5 de mayo, 31 de julio y, por último, la del 30 de diciembre de 1941, que fija irrevocablemente el día 28 de febrero de 1942 como término de vigencia de la expresada Ley.

Después de ese día, no puede ya invocarse, para reclamar pretendidos derechos que dicen concedidos por la misma. Estos derechos, en todo caso, estaban condicionados por su ejercicio dentro del plazo señalado, y habiendo éste transcurrido, ha caducado total y absolutamente.

No se trata de un argumento pueril, sino de un *precepto legal* de obligatorio cumplimiento.

Queremos adelantarnos a la suposición de que el plazo señalado se refiera exclusivamente al procedimiento, y que ahora puedan ejercitarse esos pretendidos derechos con arreglo a la ley de Enjuiciamiento civil. El artículo 24 está muy claro y no admite interpretaciones caprichosas. Habla de acciones, sin aludir para nada al procedimiento. Acción es sinónima de pretensión, y sólo tiene significación rituarial cuando se le añade el adjetivo "procesal".

El Decreto de 22 de julio de 1942 admite, efectivamente, el ejercicio de las *acciones nacidas del Derecho común* para los que no hubieran ejercitado aquéllas otras especiales concedidas por la Ley del 40; precepto muy lógico y en todo de acuerdo con el art. 26 de dicha Ley; pero que no puede suponer, ello es evidente, la prórroga de ésta que, como hemos recalcado, siempre ha sido hecha por otra Ley y nunca por Decreto, como ha sucedido con la moratoria judicial. Así tiene que ser en cumplimiento ineludible del art. 5.º del Código civil.

Ahora bien; acciones nacidas del Derecho común no encontramos ninguna, ya que el Código civil se declara contrario al principio de representación de la sucesión voluntaria. Luego la acción que ejercita se apoya en la ley Especial, y, por tanto, por imperativo precepto de ésta, ha caducado el 28 de febrero de 1942.

Tampoco puede alegarse que en cuanto la Orden de 7 de julio de 1941 estima innecesaria toda declaración judicial, los favorecidos por la Ley no han tenido que ejercitar acción ninguna.

Esto es cerrar los ojos a la realidad. La realidad nos muestra, al aparecer la Ley, una situación jurídica, válida al amparo del Derecho común, *situación que arranca, no del otorgamiento del documento particional, que es irrelevante, sino del fallecimiento de la causante*; y es lógico exigir que los interesados, en virtud de esta Ley posterior que creen aplicable, reclamen la modificación de esa situación jurídica actual mediante las oportunas acciones de nulidad, petición de herencia reivindicatorias, etc.; acciones que, dado su *carácter excepcional y privilegiado*, sujeta la misma Ley a un término de caducidad ya sobrevenido.

La Orden de 7 de julio está dictada, como se dice en el preámbulo de la misma y en su art. 1.º, a los efectos de *acreditar* en el Registro de la Propiedad el derecho, que ha sido reconocido voluntariamente por los demás interesados, pero no para ejercitarlo y actuarlo frente a terceros que los desconocen; y además, en contemplación a que la Ley del 1940 estaba aún vigente, como se ve por la fórmula de su publicación: "en su virtud, haciendo uso de la autorización concedida por el artículo 28 de la expresada Ley de 5 de noviembre de 1940, *y con arreglo a lo dispuesto en la Ley de 5 de mayo siguiente*, este Ministerio se ha servido disponer "

Le Ley de 5 de mayo está dedicada exclusivamente a prorrogar la anterior. Con ello queda claro que la Orden caducaría una vez terminada dicha prórroga. Por consiguiente, habiendo ésta terminado, la repetida Orden no está ya en vigor ni puede invocarse en la actualidad.

LUIS CÁRDENAS MIRANDA
Abogado y Notario.

La propiedad inmueble como medio eficaz de colonización en la zona española de Marruecos

Entre los trabajos dedicados al estudio de la propiedad territorial en Marruecos, merecen singular mención los artículos publicados en los números 150, 153, 162 y 169 de esta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, por el distinguido compañero R. V. Franqueira; pero no obstante la autoridad que gustosos le reconocemos, encontramos lagunas y errores sorprendentes. Enuncia esos artículos con el de "La propiedad inmueble en Marruecos como base posible del crédito territorial", y nosotros entendemos, y así esperamos demostrarlo, que es funesto para la pequeña propiedad el sistema que pretende facilitar su movilización por medio del crédito inmobiliario, lo que sólo es aceptable en buena doctrina social para las grandes propiedades que pueden suministrar recursos para la amortización de sus créditos hipotecarios. Nuestro objetivo y nuestro camino son distintos. Queremos que se establezca un régimen territorial adecuado para que la pequeña propiedad rural no sea base del crédito precisamente, sino de colonización, pues el adquirente o el colono de una tierra lo que necesita, ante todo, es la garantía legal del derecho adquirido y que será respetado en la tranquila posesión y disfrute del inmueble. Lo cual no es tampoco ningún inconveniente para si el pequeño propietario quiere pueda hacer uso de su derecho para obtener crédito, aunque modernamente, y como seguramente no ignorará el Sr. Franqueira, se han ideado otras instituciones para esa finalidad.

Y contrayéndonos al contenido de los artículos a que nos hemos referido, únicamente afectan de una manera directa al tema los dos últimos, ya que se llega a la conclusión de que el contenido de los dos primeros puede reducirse a unas proposiciones derivadas de la doctrina que su autor pretende desarrollar, inexactas en su mayoría, como

después veremos, y en cuanto al resto de los citados artículos son, a nuestro juicio, alardes de erudición en torno al sistema islámico o a las intervenciones que ha tenido Europa en el régimen inmobiliario marroquí, ajeno todo ello a la finalidad del tema y al propósito que nos mueve a tratar de aquél.

La propiedad colectiva, dice el articulista, es la norma general del mundo árabe, y la individualizada, la excepción. Y es precisamente todo lo contrario, como vamos a evidenciar. Porque en Derecho musulmán, y especialmente en el malequí, la regla general es la propiedad individualizada, y la excepción, la propiedad colectiva. Entendiéndose por esta clase de propiedad, en su sentido amplio, toda aquella cuyo dominio no es atribuido a un solo dueño, sino a un conjunto de propietarios, y observándose que en este concepto los juristas musulmanes apenas han pasado más allá del concepto de la propiedad del condominio, en la cual los diversos condóminos tienen cada uno una parte fija y determinada, no por límites concretos y definidos, por ejemplo, que un copartícipe pueda decir que un trozo es el suyo y otro de otro, sino determinados por fracciones que se expresan en quebrados, al decir un condómino que le pertenece una tercera parte del inmueble y que los otros dos tercios del mismo corresponden a otro copropietario, o sea al que participó con aquél en la propiedad. Esta es la clase típica de la propiedad en común que conocen la generalidad de los juristas del rito malequita. Pero este estado común de la propiedad es algo precario y provisional, porque está expuesto a la división, es decir, a convertir en propiedad individualizada en cuanto lo pretenda cualquiera de los condóminos, aun cuando los demás se opongan. Es decir, ni más ni menos que por lo que se refiere al condominio en nuestro Derecho determina el artículo 400 del Código civil peninsular.

Y por Derecho general musulmán, y por lo que se refiere al malequí, el condómino que desee la división no tiene más que expresar al Cadí (Juez) su deseo, poniéndolo en su conocimiento; pero por derecho particular malequita de Fez y Tetuán, ni siquiera esa precaución o medida de buen gobierno es necesaria. Ya que cualquier condueño puede enajenar por sí y ante sí, sin dar siquiera conocimiento previo a los demás condóminos, el inmueble de propiedad comunal, o de condominio, y la venta es, desde luego, firme y válida, y a los copropietarios les cabe la facultad de retraer del comprador la parte correspondiente al vendedor, dado caso que no quieran ceder a éste su

participación. Creemos que con esto queda suficientemente demostrado el estado de privilegio que tiene en el Derecho musulmán malequita la propiedad individualizada.

Y si entendemos por propiedad colectiva en su sentido propio aquella que es indivisible e inalienable, aun cuando todos los derechohabientes a ella se propongan dividirla o enajenarla, existe realmente en Derecho musulmán malequí, pero solamente en un caso excepcional, que es el "harim" de poblado, es decir, la zona para pastos y leñas imprescindible para la vida del poblado, o de cualquiera otra entidad territorial como la de fracción de cabila.

Pero fuera de este caso, es desconocida para el Derecho xeránico en Marruecos y fuera de Marruecos la propiedad colectiva en el sentido que acabamos de exponer, es decir, como algo correspondiente a un conjunto de individuos que no pueden dividir ni enajenar lo habido en común. Y decimos desconocida para el Derecho xeránico, porque ignoramos lo que el Derecho tradicional bereber determina a este respecto. Pero repetimos que por lo que se refiere a la propiedad colectiva, puede negarse su carácter en estricto sentido jurídico, o sea como perteneciente a un sujeto de derecho indivisible. Porque el Derecho coránico es refractario al reconocimiento de la personalidad moral o jurídica en la forma que lo concibe el Derecho europeo. Ahora se reconoce la existencia de esas propiedades en cuanto se trata de bienes de que disponen o usufructúan los miembros de una colectividad. Estado verdaderamente transitorio, porque la propiedad en la sociedad primitiva, si estaba colectivizada, por así decirlo, evoluciona en la historia hacia la propiedad individual, en armonía con el desenvolvimiento progresivo de la persona humana. En una palabra: de hecho existe la propiedad colectiva, pero no en el Derecho musulmán malequí, que es eminentemente individualista.

Afirma después el Sr. Franqueira "que la propiedad privada o "melk" nace de dos únicas fuentes: *la concesión del Soberano y la vivificación de la tierra*. Y que la teoría de la vivificación de la tierra ha pretendido asimilarse a las concepciones jurídicas europeas, cometiendo un grave error. Decir que es equivalente a la usucapión sobre *res nullius* es una enorme herejía jurídica. En Derecho musulmán la *res nullius* no existe. No hay ninguna tierra sin dueño, porque todas pertenecen en principio al Soberano. Y la usucapión o prescripción adquisitiva, como institución jurídica, es desconocida. La prescripción en este

Derecho es solamente extintiva." A lo que nosotros oponemos: Que la propiedad en el territorio marroquí puede adquirirse por título originario o por título derivativo. Que en Marruecos, lo mismo que en Europa, al título originario lo llaman los autores musulmanes *ytisás*, y el derivativo, *melk*. El *ytisás*, sí, está representado o por la concesión del Soberano o por la vivificación del particular, o por el *himá*, que es el título por el cual el Majzen puede adquirir para sí en tierra *nullius*. Y los títulos derivativos son los ya conocidos en Derecho, como herencia, compra, donación, etc., etc.

Después, y como vemos, sostiene el Sr. Franqueira la peregrina y absurda teoría de que la usucapion sobre *res nullius* es una enorme herejía jurídica, porque en Derecho musulmán la *res nullius* no existe. Error crasísimo, que revela una de estas dos cosas: o un confusionismo lamentable, o un desconocimiento absoluto de lo que en Derecho musulmán malequita es una tierra muerta. Y en cuanto a ese concepto tan gratuito de herejía jurídica, aplíquesele su propio autor ante tan falsa aseveración. Lo mismo que al afirmar que no hay bienes *nullius* en Marruecos, siendo así que las tierras muertas son por su propia naturaleza inmuebles *nullius*. Y en el mismo caso se encuentra esa afirmación de que las tierras muertas pertenecen al Sultán, porque si son *nullius* no son de nadie, y si no son de nadie, tampoco lo son del Sultán. Esto es de una claridad meridiana, basada en las leyes de la lógica.

Para nosotros, siguiendo la recta doctrina jurídica del eminente jurista musulmán Sidi Jalil, uno de los intérpretes más autorizados de la ley xeránica, la tierra muerta, según la definición de aquél, "es la que está exenta de toda atribución especial, la que no pertenece a nadie". Por consiguiente, *res nullius*. Y en este mismo sentido se producen también los ilustrados jurisconsultos musulmanes Zeys, Sicard, Amar y otros. Y este último dice claramente que las tierras muertas pertenecen al primer ocupante por derecho de vivificación. Luego si antes no han sido de nadie, hasta que llegó el primer ocupante tenían la condición jurídica de *res nullius*. Y esta misma doctrina, que es la recta y la sana, es la seguida también por el insigne arabista y gran conocedor del Derecho musulmán D. Carlos Quirós, el que en su magnífica conferencia sobre "El Majzen y las tierras muertas" que pronunció en Tetuán en el mes de noviembre de 1935, dice "que tierra muerta es, en el sentido jurídico del Derecho musulmán, aquella que carece de propietario y sobre la que no pesa ningún título de propiedad". Y nos

consta de un modo fidedigno que el Sr. Quirós bebe en las propias fuentes del Derecho coránico y no a través de ningún autor extranjero. Y esta misma doctrina es también la sostenida por nosotros en un artículo publicado sobre "Tierras muertas repartibles" en el periódico *Unidad Marroquí*, de Tetuán, en el año 1938.

Y finalmente, y para resumir esta materia: el Derecho musulmán establece una distinción característica entre "tierras muertas y tierras vivas". Las primeras son las que no producen nada y no pertenecen a nadie. Las segundas son tierras apropiadas en virtud de un título legítimo, es decir, por "vivificación" o colonización, si se trata de un particular, o bien por acotación o reserva del Majzen exclusivamente para satisfacer una necesidad benéfica o militar de la comunidad musulmana. Y la vivificación, *ihía*, que tiene por objeto tomar el carácter de propiedad privada a una tierra muerta, resulta, según el Derecho malequí, de una de estas formas, como las más usuales de las diez que determina Sidi Jalil: Descubrimiento de un manantial. Instalación o arreglo de una fuente. Construcciones varias. Plantación de árboles. Labores agrícolas. Roturación o desmonte de terrenos. De lo que antes de ahora ya tenemos tratado y venimos a la conclusión de que el derecho comienza por un hecho, que es el de la vivificación. Ahora bien, para que tenga lugar la vivificación la escuela del rito malequita, que es el que rige en Marruecos, exige la autorización del Sultán, como medida de buen gobierno. Lo cual no supone que esa medida implique dominio alguno del Soberano sobre las tierras muertas. Pues, como dice con evidente acierto el ilustre africanista y profundo conocedor en alto grado de los problemas de Marruecos D. Rafael de Roda, "que aunque en la actualidad la existencia de tierras muertas, después de nuestro Protectorado, carezca de importancia, ¿es que no las había en Marruecos, despoblado de las tierras de la conquista y de las inmigraciones árabes? Pues la vivificación de esas tierras en un país islamizado no puede ser desvirtuada por arbitrio del Soberano, representante de Dios y ejecutor de su ley, que atribuye la propiedad de la tierra al que la hace fecunda y la explota con su esfuerzo. Y ¿cómo podría defenderse—continúa diciendo tan ilustrado tratadista—la teoría que atribuye al Estado en primer término la propiedad de las tierras sin dueño? El Estado, como dice un autor, está naturalmente investido de un poder de jurisdicción sobre los bienes y sobre las personas, pero no de un poder dominical sobre toda cosa no apropiada". Doctrina

jurídica idéntica a la sostenida por nosotros, y una y otra basada en las propias fuentes de los juristas musulmanes ya mencionados.

Y por lo que se refiere a la usucapion, y en contra de lo afirmado por el Sr. Franqueira, no es desconocido, a nuestro juicio, ese modo de adquirir en el Derecho malequí. Al contrario, no cabe duda, a nuestro modesto entender, la existencia de ese modo adquisitivo de la propiedad en el Derecho coránico aplicable en Marruecos, por ser uno de los títulos derivativos de adquirir el de la prescripción de los diez años. Lo mismo en el Derecho xeránico que en el cristiano. Porque en principio el Derecho islámico viene a admitir los mismos modos originarios de adquirir que el europeo. Es decir, la ocupación, acompañada allí de la vivificación, hecho inicial del que se deriva un derecho de propiedad privada, la accesión, que no es más que la extensión del derecho de ocupación y la prescripción. Y la extintiva viene a confundirse con la adquisitiva, porque, en efecto, la pérdida del derecho reivindicatorio pasados diez años viene a ser para el ocupante o poseedor un título adquisitivo. Y por ello, sin duda dice Jalil: "Ninguna demanda ni prueba puede ser presentada contra el poseedor, que no sea pariente ni allegado, copropietario o asociado del mandante, si aquél ha disfrutado de la cosa durante diez años sin haberle sido reclamada, a no ser que haya tenido la posesión a título de precario." Otros comentaristas musulmanes señalan el plazo de veinte años, y en Derecho bereber consuetudinario existen prescripciones análogas. En Sennaya, por ejemplo, se conoce un canon de este tenor: "Todo el que ocupa una tierra dentro de los límites de esta cabila y la disfruta durante veinte años, será dueño absoluto de ella."

Conformes con el ilustrado tratadista de Derecho musulmán Ama-, y de acuerdo también, por tanto, con el Sr. Franqueira, que vemos sigue la doctrina de aquél, de que en Derecho malequí la prueba testimonial, o el testimonio oral, como dice aquel autor, es la prueba por excelencia, y que el escrito no es considerado más que como la comprobación material de un testimonio oral. Es por esto por lo que la prueba la "bāyyina" debe de ser redactada por dos "adul", y no "adules", porque aquella palabra y no esta última es el plural de "adel" (notario). O también ante un "adel" y seis testigos, o ante doce testigos solamente, honorables y fidedignos. Y de ahí, como dice el Sr. Franqueira y también nosotros con Jalil, que "el escrito en sí mismo no tiene ninguna fuerza probatoria".

Por último, y por lo que se refiere a esos escritos conocidos con el nombre de *mulkías*, desde luego que no consagran realmente el derecho de propiedad, pues la *mulkía* en sí no es más que un acta de notoriedad de la posesión de un inmueble, muy similar a la información posesoria de la península. Y para que sea lícita y válida, precisa reunir estas condiciones: La posesión actual ("uyud et-tamaluk"). Disfrute del inmueble ("tzasarruf"). Reconocimiento de la posesión a favor de la persona para quien se hace la *mulkía* ("en-niaba"). Tiempo en el disfrute ("tubut"). Que no existe litigio ni oposición contra el poseedor ("adem el manazía, ual masarid"). Y que no haya sido vendido, donado o traspasado el inmueble por ninguna causa ni motivo desde que se obtuvo por uno de los procedimientos anotados hasta el presente ("adem et-tefuits").

JUAN FRANCISCO MARINA ENCABO

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

LAS INSCRIPCIONES EXTENDIDAS A FAVOR DE LA MUJER CASADA, CON LA RESERVA DE NO HABERSE JUSTIFICADO LA PROCEDENCIA DEL DINERO, NO NECESITAN UNA RECTIFICACIÓN EXPRESA PARA QUE, EN LAS OPERACIONES DIVISORIAS, LAS FINCAS RESPECTIVAS PASEN A FORMAR PARTE DE SUS BIENES PARAFERNALES. O PARA QUE SE ENTIENDAN INCLUIDAS ENTRE LOS DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

Resolución de 30 de marzo de 1943. "B. O." de 17 de abril.

Doña M. de la S. B. adquirió, en estado de casada con D. J. M. S. y con licencia de éste, 11 partes indivisas de 140 que integran una Dehesa, haciéndose constar por la adquirente y su esposo que el precio era privativo de aquélla, por lo que se extendió la inscripción a su nombre, si bien advirtiéndose que por no haberse acreditado la procedencia del dinero se reputaba la adquisición hecha por la sociedad conyugal.

Obtenida por D.^a M. de la S. B. sentencia de divorcio vincular, promovió la misma juicio declarativo de mayor cuantía contra D. J. M. S. sobre liquidación de la sociedad de gananciales, dictándose en grado de apelación sentencia por la Audiencia de Madrid, declarando haber lugar a tal liquidación.

Por auto de dicha Audiencia se concedió a D.^a M. de la S. B. autorización para enajenar, en la medida de lo necesario, la citada participación de 11 partes indivisas de las 140 que integran la Dehesa, para con su precio cancelar determinado préstamo y pagar los gastos judiciales y los de tercería que en el escrito inicial se detallan, "desestimando la oposición formulada por D. J. M. S."

En méritos de lo expuesto, D.^a M. de la S., actuando en nombre propio, por hallarse divorciada, y haciendo uso de la indicada autorización judicial, vendió a D. P. de G., por el precio de 40.000 pesetas recibidas en el acto del contrato, las repetidas 11 partes de las 140 indivisas de la Dehesa, mediante escritura que autorizó el 1.º de marzo de 1941 el Notario de Madrid, D. José Gastalver. Y por Acta, de la cual dió fe el mismo Notario el 6 de dicho mes y año, D.^a M. de la S. hizo entrega al Procurador D. J. Ll. de las 40.000 pesetas, precio de la venta, cantidad que el citado Procurador recibió con el fin de aplicarlas al pago de gastos judiciales y costas en los pleitos de dicha señora con su marido.

Presentada primera copia de la escritura de venta en el Registro de Ciudad Rodrigo, fué denegada su inscripción, porque apareciendo inscritas las 11 partes de las 140 en que se supone mentalmente dividida la Dehesa a favor de la transmitente, pero no habiendo justificado que el precio era de su peculio propio, se reputó la adquisición como hecha para la sociedad conyugal de la misma y su esposo, D. J. M. S.; y hallándose divorciados y disuelta la sociedad conyugal, carece de capacidad para enajenar D.^a M. de la S. las participaciones proindiviso predichas, en tanto que se lleve a efecto la liquidación de dicha sociedad y sean adjudicadas a la misma, conforme a las bases sentadas en la sentencia dictada por la Sala de lo civil de la Audiencia de Madrid e inscritas a su favor, pues si bien se ha declarado en las resoluciones judiciales anteriores el carácter privativo de dichas participaciones, no se ha ordenado la nulidad y, por tanto, la cancelación de la inscripción de la transmitente, y sin que la autorización judicial obtenida para enajenar pueda ser suficiente para salvar el obstáculo que representa la vigencia del asiento del Registro en que se reputan como gananciales los bienes hoy transmitidos.

Promovido recurso por el Notario autorizante, la Dirección, revocando el auto del Presidente de la Audiencia, que confirmó la nota del Registrador, ha declarado que la escritura se halla extendida con arreglo a las prescripciones y formalidades legales, porque aunque la facultad de enajenar bienes reputados gananciales incumbe normalmente al marido, con las excepciones a favor de la mujer establecidas en los artículos 1.416 y concordantes del Código civil, se debe llegar, en el especial caso discutido, a la conclusión de que la presunción legal en que descansa la calificación está desvirtuada por la autorización judicial que concede a D.^a M. de la S. un poder dispositivo, cuyo uso repercutirá en

la futura liquidación, y que ha sido otorgado, no obstante la oposición del marido, en vista de las pruebas suministradas contradictoriamente por los interesados y de la situación legal de los cónyuges.

Que las indicaciones hechas en los libros de los Registros de la Propiedad sobre el carácter ganancial de bienes comprados por mujeres casadas, cuando en las respectivas escrituras, sin acreditar ese extremo, los maridos aseveren que el precio es de la propiedad exclusiva de las compradoras, no atribuyen la propiedad a una personalidad jurídica formada por los dos cónyuges, ni hacen otra cosa que reflejar las manifestaciones por ellos autenticadas y llamar simultáneamente la atención de las personas interesadas sobre el carácter ambiguo del título adquisitivo y sobre el alcance que en su día pudiera tener la presunción "juris tantum", establecida en el art. 1.407 del Código civil frente a los herederos acreedores y terceros.

Y que ni aun en el supuesto de que, como consecuencia de la liquidación ordenada por el fallo de la Audiencia Territorial de Madrid, se incluyeran las fincas enajenadas entre los bienes gananciales, podría provocarse en el Registro de la Propiedad confusión o contradicción con la realidad jurídica; en primer lugar, porque facultada judicialmente la mujer para enajenar, existe una subrogación real y de conformidad con el antiguo aforismo "subrogatum sapit naturam subrogati", el precio, o las obligaciones correspondientes, se colocarían en lugar de las fincas y seguirían el destino o finalidad que a las mismas se hubiera atribuido: en segundo término, porque las inscripciones extendidas a favor de la mujer, con la reserva de no haberse justificado la procedencia del dinero, no necesitan una rectificación expresa para que, en las operaciones divisorias, las fincas respectivas pasen a formar parte de sus bienes parafernales, o para que se entiendan incluidas entre los de la sociedad conyugal; y, en fin, porque la autorización judicial concedida sirve tanto para disponer de bienes propios como para enajenar los que pudieran hallarse sujetos a ciertas responsabilidades al practicar las aludidas operaciones.

Recomendamos—en relación con la Resolución extractada—los interesantes artículos aparecidos en el Suplemento núm. 442 y en el 179 de esta Revista, correspondiente este último al mes de abril del año en curso, de nuestros distinguidos compañeros, señores Menchén y de las Heras, respectivamente.

REGISTRO MERCANTIL. LA ESCRITURA PÚBLICA QUE SIRVA DE FUNDAMENTO A LA SOCIEDAD ANÓNIMA HA DE CONTENER, ADEMÁS DEL TEXTO DE LOS ESTATUTOS QUE SE APRUEBEN, LA CONSTITUCIÓN FORMAL DE LA COMPAÑÍA, Y EN ESPECIAL EL RÉGIMEN DE APORTACIONES Y PAGO DE LAS ACCIONES O PARTICIPACIONES EN EL CAPITAL SOCIAL.

Resolución de 17 de abril de 1943. "B. O." de 7 de mayo.

Ante el Notario de Palencia D. Alfonso Hervella se otorgó el 22 de diciembre de 1941 escritura de Sociedad Anónima por cuatro señores, en la que figuran, entre otros, los siguientes artículos: "5.º El capital social se fija en 250.000 pesetas, representado por 250 acciones de 1.000 pesetas cada una, numeradas correlativamente del 1 al 250, cuyo importe total está desembolsado en el momento de la constitución de la Sociedad.—6.º Las acciones serán nominativas y transferibles. 11. La responsabilidad de los accionistas por las obligaciones y pérdidas de la Sociedad quedará limitada al valor nominal de las acciones que correspondan a cada uno de ellos; y 19. La Secretaría del Consejo de Administración llevará un libro-registro en el que constarán las acciones emitidas y los nombres y apellidos de los tenedores de aquéllas, así como los cambios de propiedad que se realicen en los mencionados títulos."

Presentada primera copia de dicha escritura en el Registro Mercantil de Palencia, fué suspendida su inscripción, porque estando desembolsado todo el capital social, adolece del defecto subsanable de no determinarse el socio o socios que le aportan y la proporción en que lo hacen.

Entablado recurso por uno de los interesados, la Dirección confirmó la nota calificadora, porque, según se ha expresado en la rúbrica, la escritura pública que sirva de fundamento a la Sociedad Anónima ha de contener, además del texto de los Estatutos que se aprueben, la constitución formal de la Compañía y en especial el régimen y pago de las acciones o participaciones en el capital social, extremo éste de excepcional importancia, tanto para la negociación de los títulos y determinación de la responsabilidad de los accionistas como para las relaciones de los acreedores y terceros con la Sociedad una vez constituida.

Porque al amparo de la libertad concedida por los artículos 117 y siguientes del Código de Comercio se han introducido en la práctica múltiples situaciones jurídicas bajo las denominaciones de capital autorizado, acciones en cartera y títulos que han de ser negociados, emitidos o adquiridos por suscripción o subasta, cuyas características, si no están bien fijadas, confunden a los interesados, oscurecen el Registro y se prestan a toda clase de manejos, pues de un lado parece a veces consignarse que las acciones no sólo están suscritas, sino que se hallan totalmente desembolsadas, y de otro se insta al público a cubrir su importe o contraer los compromisos de responder del mismo. atender a los dividendos pasivos y entrar en primer lugar en los registros sociales.

Que todavía aparecen más oscuras las relaciones jurídicas en cuestión si se atiende a que en el momento de constituirse una Compañía Anónima no tiene personalidad civil para abrir cuentas corrientes, formalizar depósitos o recibir cantidades, y es necesario suplir de algún modo tal deficiencia para asegurar la colocación de los fondos o la entrega del importe de las acciones en su día.

Que al otorgar la escritura origen del recurso se consignó en el artículo 5.º de los Estatutos que el capital de 250.000 pesetas se halla distribuido en 250 acciones totalmente desembolsadas, pero sólo se declara que el desembolso ya había tenido lugar al constituirse la Sociedad y nada se dice sobre la obligación en que se hallan los socios fundadores de garantizar o satisfacer esa cantidad ni sobre la proporción en que responden de la misma o han realizado el desembolso.

Y que los razonamientos desenvueltos por el recurrente sobre la presunción admitida por el artículo 393 del Código civil, a cuyo tenor se presumirán iguales, mientras no se pruebe lo contrario, las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad, serían indudablemente atendibles en trance de prueba procesal; pero como con otros motivos ha declarado este Centro, es preciso legitimar las declaraciones y datos de trascendencia que han de formar parte integrante de las inscripciones sin perjudicar a tercero.

* * *

Una vez más, el Centro Directivo matiza el Registro Mercantil de sustancia hipotecaria, trayendo al mismo o exigiendo en su ordena-

miento el cumplimiento del principio de especialidad, según se desprende de la lectura del primero y último de los considerandos copiados, referentes a que se haga constar en las escrituras de Sociedades Anónimas la proporción de capital y acciones suscrito por los socios fundadores y de la cita de las Resoluciones que se han tenido a la vista (las de 6 de junio y 18 de agosto de 1894 y 8 de junio de 1906).

Es cierto, como alegó el recurrente, que ni el artículo 151 del Código de Comercio ni el 120 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil prescriben que en las escrituras de Sociedades Anónimas se fije el capital que aporte cada socio. Basta con expresar el capital social y el número de acciones en que se divide. Y esto se hallaba cumplido en la escritura presentada.

Ahora bien, como dice el Catedrático Sr. Garrigues con la claridad y concisión que le caracteriza, la situación del capital que emite una Sociedad del tipo de la que nos ocupa sólo tiene una triple posibilidad: en *cartera*, *suscrito* o *desembolsado*, y esto ha de reflejarse en la escritura social de una incuestionable y precisa manera, en evitación de las "confusiones y manejos" de que habla el segundo de los considerandos.

No puede negarse inteligencia y destreza al recurrente en la defensa de su posición (cuya lectura recomendamos) cuando expresa que si en la escritura se dice que el capital está desembolsado, debe entenderse que los fundadores asumen todo el capital social y se identifican con los primeros accionistas.

Pero, dando por admitida tal presunción, ¿en qué *forma* y *bienes*—aun prescindiendo de la *proporción*—hicieron el desembolso los fundadores? ¿En metálico, valores, inmuebles? Y esto sí que es importante conocer para terceros y acreedores que pudieran o tuviesen que accionar contra el patrimonio social.

Por ello, acaso entendiendo el ilustre Centro Directivo, "dada la falta de declaración de voluntad de los socios sobre aportación a la masa común de capital, generadora de derechos y obligaciones que pudieran ser exigidas por los otros socios o por terceras personas"—como expresa el Registrador informante—, haber quedado sin desembolsar las acciones, cita el artículo 127 del Reglamento del Registro Mercantil, que exige una inscripción especial para hacer constar la liberación de aquéllas.

G. CÁNOVAS COUTIÑO,
Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

I) CODIGO CIVIL

SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1943.—*Exclusión de la "reivindicatio" entre el propietario del suelo y el del edificio.*

La sentencia recurrida niega con perfecta razón que aun en el supuesto de que el edificio se hubiese levantado en las condiciones que la demanda afirma, puede el actor, pendiente el derecho de opción que al dueño del suelo asiste, ejercitar contra él, sin más, la acción reivindicatoria. Y es notorio que al proceder de ese modo ha interpretado con acierto los preceptos que en el recurso se dicen infringidos (1), porque de los términos en que aquella norma está concebida, se alcanza que el juego de la adhesión denominada industrial, mientras subsista la opción que al dueño del terreno se concede que puede fácilmente provocarse por el ejercicio de acciones adecuadas, ni el dueño del suelo ni el de lo edificado sobre él gozan de la situación de plenitud jurídica que implica la titularidad de la acción reivindicatoria, que es lo que indirectamente dijo la jurisprudencia de este Tribunal al resolver los casos contemplados por sus sentencias de 2 de enero y 21 de mayo de 1928: lo que en último término se aprende, recordando el proceso constructivo del derecho de superficie en la legislación romana y el modo sagaz como se acudió a su protección mediante el ejercicio de acciones interdictales o útiles, cuando precisaba conjugarlo con la concepción originaria del derecho de adhesión y pretendía amortiguarse su primitivo rigor; y teniendo presente, además, que la doctrina más general y autorizada, perfectamente acomodada al espíritu de nuestro ordenamiento legal, se niega a reconocer justificadamente la coexistencia de dos derechos susceptibles de ejerci-

(1) Artículos 348, 358, 361 Código civil.

tarse separadamente por el dueño del suelo y de lo edificado y aun rehuye la hipótesis de un condominio; y por el deseo de cohonestar los intereses eventualmente contrapuestos mantiene el rigor del principio de la adhesión, pero mitiga sus consecuencias económicas sin atribuir, entre tanto, al dueño del suelo la plenitud de facultades sobre lo edificado y aun permitiéndole imponer al constructor la adquisición del fundo que es sustentáculo del edificio construido, sin el cual éste tampoco puede concebirse.

SENTENCIA DE 3 DE MAYO DE 1943.—*Esencia del arrendamiento de locales.*

El contrato de cuya calificación se trata contiene las siguientes cláusulas: a) El arrendatario se hace cargo de los locales afectos a la industria, así como de los hornos, talleres de elaboración, almacenes, despacho, escritorio y piso vivienda; b) igualmente se hace cargo de todos los enseres, útiles y maquinaria debidamente inventariados, cuya conservación y reparaciones serán de su exclusiva cuenta; c) todos los enseres, útiles o maquinaria comprados y colocados para sustituir a otros ya existentes quedarán de propiedad de la Sociedad arrendadora; d) terminado el contrato y su prórroga la Sociedad arrendadora viene obligada a hacerse cargo de las existencias de todos los artículos que el arrendatario tenga por virtud de compras, cuya tasación será la que acusen las facturas con los gastos que se hayan originado hasta poner las referidas existencias en los almacenes o depósitos de la Sociedad; el arrendatario no podrá subarrendar el *negocio* a tercera persona sin la conformidad de la Sociedad arrendadora. Las mencionadas estipulaciones impiden calificar el contrato de simple arrendamiento de locales, ya que lo pactado fué, según claramente se aprecia, la cesión temporal de uso y goce mediante precio de un conjunto de elementos diversos, destinados a una explotación industrial establecida con anterioridad por la entidad arrendadora en su propia finca, formando un todo con ésta; y de tal antecedente se sigue que no es aplicable al caso del presente litigio el Decreto de 21 de enero de 1936, invocado por el recurrente, porque dicho Decreto se propuso—según expresa su preámbulo y aparece en su articulado—defender frente a posibles abusos del arrendador de un local al arrendatario del mismo que mediante la aportación de su propio capital y actividades creó en

la finca arrendada una riqueza de la que no sería justo desposeerle; pero cuando, como en el presente caso ocurre, tal riqueza es obra del dueño del inmueble y su uso y goce temporal se ceden por él, conjuntamente con el de la finca, mediante un precio único, falta el supuesto de pugna de intereses previsto y regulado en el repetido Decreto que de manera clara se refiere exclusivamente al arrendamiento de locales como lo demuestran, entre otros, sus artículos 1.º, 5.º, 6.º y 9.º; y desaparecido aquel supuesto, resultan de indudable aplicación las normas generales establecidas en el Código civil.

SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1943.—*Retracto legal de asurcanos.*

No ha habido en la instancia ni hay en el recurso otro tema a dilucidar que el referente a fijación del punto inicial del cómputo de los nueve días que para el ejercicio del derecho de retracto legal de colindantes o asurcanos señala el art. 1.524 del Código civil, aplicado al caso como el de autos en que ha sido vendida una finca rústica con reserva por el vendedor de la facultad de recuperar la cosa vendida en el plazo de tres años. Concebido el retracto legal de colindantes como preferente derecho de adquisición de la finca vendida o dada en pago, y siendo nota esencial en la efectividad de este derecho la subrogación del retrayente en el lugar del comprador, según dispone el art. 1.521 del Código civil, pudiera entenderse fundadamente que desde el momento en que hay acuerdo entre comprador y vendedor respecto a la cosa y del precio nace la posibilidad de ejercicio de la acción de retracto, porque ya en ese preciso momento se hiere o lesiona el derecho preferente que al colindante otorga el estatuto jurídico de la propiedad por razones de derecho público y surge la posibilidad de la subrogación en sentido estricto mediante la sustitución del comprador por el retrayente en las condiciones estipuladas en el contrato perfeccionado de compra-venta. Esto no obstante, la más extendida y reciente doctrina legal remite al punto de partida para el cómputo de los nueve días a conocimiento por el retrayente de la consumación de la venta por tradición real o ficta de la cosa vendida, y en esta tendencia jurisprudencial procede insistir: a) porque la consumación lesiona en forma más viva y eficaz que la perfección el derecho de preferencia del retrayente, y en este sentido debe entender que el agravio efectivo y firme no se produce mientras el comprador es sólo titular

de un derecho personal, aunque con vocación al dominio de la finca, sino que la lesión definitiva se causa al adquirir el comprador la cualidad de dueño por la concurrencia en su favor del título y del modo o tradición de la cosa vendida, y b) porque el art. 1.524, citado al señalar como comienzo del cómputo de los nueve días la fecha de inscripción de la venta, por estimar con presunción *juris et de jure* que en ese momento conoce el retrayente la enajenación de la finca, claramente da a entender que se refiere a la venta consumada por tradición y consiguiente transferencia inmediata y directa del dominio, quedando excluida de esta norma rectora del cómputo la venta meramente perfeccionada que por ser negocio obligacional no tiene acceso inmediato al Registro mediante un asiento de inscripción, con las salvedades y reservas previstas en los arts. 14 y 18 del Reglamento hipotecario y en la Resolución de 13 de junio de 1935, y así conjugados los arts. 1.524 y 1.521, habrá de estimarse que este último alude a la subrogación en sentido lato como sustitución inmediata y directa del retrayente en el dominio de la finca vendida. Este criterio, aplicable a la venta pura y simple, es también de perfecta aplicación a la venta consumada con pacto de retracto, porque ya se conciba el pacto como condición resolutoria que afecta directamente al dominio de lo vendido, ya como *pactum de contrahendo* su obligación de retrovender, siempre resultará que la cláusula de retrocesión para nada afecta a la consumación del contrato por transferencia inmediata del dominio, siquiera sea con carácter resoluble o revocable durante la vigencia del pacto o condición y con las restricciones del derecho de disposición impuestas por el art. 1.572 del Código civil y, en cierto modo, por el 107, núm. 9 y por el 109 de la Ley Hipotecaria. No puede estimarse como se sostiene en el recurso que carezca de finalidad práctica para el retrayente por colindancia el ejercicio de la acción del retracto mientras esté en vigor el pacto de retroventa, pues, lejos de ser así, el asurcano retrayente adquiere por subrogación un derecho de dominio que puede devenir irrevocable o definitivo, y, en todo caso, adquiere el uso y disfrute de lo comprado durante el plazo que puede llegar a diez años—art. 1.508 del Código civil—, con facultad, entre tanto, de vender o gravar su derecho sobre la finca en la forma revocable con que lo ha adquirido, sin que por ello cause agravio alguno al vendedor con cláusula de retrocesión, que por estar asistido de acción real podría siempre recuperar *erga omnes* la finca vendida—art. 1.510

del mismo Código—. Por lo tanto, no es aceptable el parecer del recurrente al pretender que queda excluido del ejercicio de la acción de retracto legal el plazo de duración del pacto de retroventa como tampoco y por la misma razón se podría aceptar que el cómputo se iniciase al ser extendida en el Registro la nota marginal acreditativa de haber transcurrido el plazo de retrocesión sin ejercicio del derecho de recuperación de la finca vendida, pues entre las múltiples finalidades a que puede responder la nota marginal ninguna contradice la consumación de la venta con pacto de retro en el momento de la celebración del contrato, y su significación jurídica en estos casos no es otra que la constatación frente a terceros de que el retracto convencional se ha extinguido, y en su virtud la venta se ha hecho irrevocable con todas sus consecuencias, incluso la de caducidad de la hipoteca sobre el derecho de retracto que al amparo del art. 107. núm. 9 de la Ley Hipotecaria haya podido constituirse; esto aparte de que la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario requiere que la eventualidad propia de la venta supeditada a una acción subrogatoria por retracto legal sea de corta y fija duración, lo que no se conseguiría si el plazo de caducidad de dicha acción empezase a correr desde la fecha de la nota marginal ya que en nuestro derecho y a tenor de lo dispuesto en el artículo 154 del Reglamento hipotecario se extenderá la nota si el interesado lo pide, de donde resulta que a pesar de tratarse de plazo de caducidad y no de prescripción, si falta la instancia de parte el Registro no actúa y así vendría a ser de duración indefinida la acción de retracto legal. En consecuencia, que inscrita en el caso de autos la venta con pacto de retro el 12 de junio de 1936 y ejercitada la acción de retracto de colindantes en octubre de 1938, es visto que la acción no podía prosperar por haber transcurrido con mucho exceso el plazo en que pudo ser ejercitada como acertadamente lo entendió la Sala sentenciadora.

SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1943.—*Arrendamiento de una Empresa.*

Aun cuando en el documento, base de la acción que en el pleito se ejercitó, no se calificó la índole del vínculo jurídico que ligaba a los en él intervinientes, y se empleen, refiriéndose así al *negocio* como a los enseres y mercancías que le estaban afectos, un concepto que, a

primera vista, pudiera parecer anfibológico, lo cierto es que, a juzgar por los pactos que por su medio se establecieron, lo cedido por D. F. M. fué el uso por precio cierto y tiempo preestablecido de una Empresa mercantil de que aquél era propietario; y es innegable que cualesquiera que sean las dificultades con que se tropiece para construir esa institución, favorecidas por el silencio que a ese respecto guardan nuestros cuerpos de derecho material, desechadas las teorías que lo conciben como una persona jurídica o como un patrimonio autónomo o como una *universitas rerum* que implica una reunión al par física y económica de elementos de muy variada condición que unitariamente considerados exigen un tratamiento jurídico propio, gana terreno en el orden científico la idea de que la Empresa es, en suma, una verdadera organización de actividades de bienes y de relaciones de muy variada condición, que, pese a la condición de cada uno de ellos, puede ser en su conjunto objeto de tráfico jurídico; sin que la idea sea extraña a nuestras prácticas comerciales, en las que suele ser frecuente la transmisión definitiva o temporal del negocio mercantil como entidad sustantiva, ni pueda decirse ajeno a nuestro derecho, que en algún caso, como el contemplado por el art. 928 del Código de Comercio, admite la posibilidad de que la Empresa sea *traspasada*, que es tanto como decir que considerada como un todo puede ser y es frecuentemente objeto de relaciones jurídicas de carácter obligacional.

II) DERECHO PROCESAL

SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1943.—*Presunciones de hecho.*

No es ocioso señalar que es también estimable el segundo de los motivos del recurso; en que se combate la ilegitimidad de la conclusión a que, por presunciones, llega el Tribunal, porque tratándose de las que técnicamente se denominan *de hecho*, en que, por serlo, es libre el sentenciador para escoger los que la sirven de base y libre en cierto modo para deducir sus consecuencias, es notorio que por tratarse de verdaderas pruebas críticas, la Sala de casación puede censurar perjuicio lógico que la de instancia formula cuando notoriamente falte, como dice el art. 1.253 del Código civil, el enlace *preciso y lógico* entre el hecho demostrado y el que se trata de deducir, según las reglas del

criterio humano. Y es evidente que los razonamientos que a modo de presunción se hacen .. no llevan a la conclusión directa *precisa y lógica* que de ellos intenta inferirse; lo que permite razonablemente sostener que se articuló como presunción lo que no pasaba de conjetura, tan vaga como que no permitió llegar abiertamente a la tajante solución requerida por la oposición a la demanda; y que al proceder así se infringió el aludido art. 1.253.

III) LEYES ESPECIALES

SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1943.—*Ley del desbloqueo.*

El Tribunal Supremo repite su doctrina de las sentencia de 30 de noviembre de 1942, 30 de enero de 1943 que identifica "vencimiento" y "exigibilidad", declarando revisable el pago del precio de una compraventa realizada ésta el 18 de junio de 1936 y aquél el 24 y 26 de marzo de 1938, en la que se había convenido aplazar el pago para hacerle efectivo en seis anualidades a partir de 1.º de julio de 1940, con facultad para el comprador de adelantar los plazos, hacerlos efectivos en su totalidad cuando le conviniera o entregar a cuenta mayores cantidades de las estipuladas en el contrato si lo estimaba oportuno.

SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1943.—*Ley del desbloqueo.*

Sobre la base indiscutida de que el préstamo hecho el 19 de julio de 1935 tenía un plazo de duración de tres años, dentro del cual habría de ser devuelta en buena moneda de plata o billetes del Banco de España, a elección del acreedor, la cantidad recibida, toda la cuestión litigiosa quedó concretada en el período expositivo del juicio a precisar si los billetes del Banco que circulaban en la zona marxista, entregados por consignación el 30 de abril de 1938 para pago de capital e intereses, se deben computar por su valor nominal íntegro, con la consiguiente extinción de la deuda, o si en otro caso y ante el evento de haber sufrido la imposibilidad de pagar en buena moneda de plata, por haber sido retirada de la circulación, sólo cabe asignar a los billetes consignados la fuerza liberatoria parcial que resulte del

valor en cambio de los billetes con relación al de la moneda plata en la cotización internacional, y, en consecuencia, el acreedor puede rehusar la consignación, porque con ella no queda pagada la deuda enteramente. La deuda pecuniaria, dimanante de préstamo con cláusula de devolución del capital en una moneda o signo representativo entre dos o más designados, a elección del acreedor, integra un vínculo jurídico de obligación alternativa en la que originariamente hay variedad de modalidades de la prestación, susceptibles de ser concertadas o unificadas después, bien por el ejercicio del derecho de elegir una entre las modalidades pactadas, bien por imposibilidad sobrevenida de dar cumplimiento a todas, menos una, que es la que el acreedor podrá exigir; de donde se sigue que si en el momento de efectuar el pago por consignación había imposibilidad de cumplir uno de los términos de la alternativa, entregando buena moneda de plata por haber sido retirada de la circulación—equivalente a pérdida por caso fortuito—, necesariamente tendrá que ser satisfecha la deuda en la única especie—billetes de Banco—que en la disyuntiva estipulada quedaba subsistente, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1.131 y 1.136, regla primera en relación con el 1.754, párrafo primero, y con el 1.170 del Código civil. Por regla general contenida en el art. 1.753 del Código civil, el deudor, por razón de préstamo de dinero, contrae una deuda de cantidad, suma o valor nominal, que debe ser satisfecha, devolviendo la cantidad numérica recibida en cualquier moneda o signo representativo de curso legal; pero se puede pactar también con arreglo al art. 1.170 la especie de moneda en que habrá de ser pagada la deuda, y en este caso lo normal, según el precepto citado, es excluir en la prestación toda otra especie de moneda, salvo que se convenga la admisión de especie distinta por su valor efectivo, según cotización de la especie-tipo; y como en este pleito se trata de obligación alternativa concentrada en prestación de billetes del Banco de España, sin que exista cláusula de valor efectivo, el deudor cumple entregando la especie billetes convenida, máxime teniendo en cuenta que por haber quedado fuera del mercado, y, por lo tanto, sin cotización la moneda-plata, no hay posibilidad de fijar su equivalencia con la moneda-papel, como pretende el acreedor demandado, partiendo del supuesto de que tenía más valor comercial que ésta. La circunstancia de que el pago intentado por consignación ha sido hecho en billetes del Banco de curso legal en la zona marxista, no resta fuerza liberatoria plena en

el caso de autos a la especie entregada, porque si bien los arts. 38 y siguientes de la Ley de 7 de diciembre de 1939 concedieron acción revisoria de pagos hechos por deudas extrabancarias entre el 1.º de enero de 1937 y la fecha de la liberación, revalorizando la deuda mediante el renacimiento del crédito según determinado porcentaje, es lo cierto que a tales normas de revisión se les dió carácter excepcional, limitándolos a situaciones en que la revalorización aparecía más indicada, pues el legislador, ante los graves trastornos que en la economía y en la seguridad del tráfico habría de producir la revisión total de pagos, optó por dar fuerza extintiva plena como norma general a los efectuados en aquella zona, y en este grupo de pagos hay que catalogar el intentado por consignación en el caso de autos, ya que para excluirlo de la regla general sería preciso que se hubiera ejercitado y prosperase la acción de revisión, tema que queda al margen del pleito, porque la actividad jurisdiccional no ha sido requerida a tal efecto. La Sala sentenciadora se desentendió de la relación jurídica procesal planteada en el pleito, fundando el fallo absolutorio de acreedor-demandado en que el intento de pago por consignación no fué hecho a su debido tiempo, en atención a que aún no había vencido la deuda; pero independientemente del tema de incongruencia que en casación no ha sido propuesto, la argumentación de la sentencia recurrida no es aceptable, porque aun cuando el vencimiento no se produce hasta que por haber llegado el día convenido puede el acreedor exigir el pago, según prescribe el art. 1.125 del Código civil, no es menos cierto que si el plazo ha sido establecido en beneficio del deudor, puede éste renunciarlo y pagar antes del vencimiento, de acuerdo con el sentido que informa el art. 1.127 del mismo texto legal, y no es dudoso que al expresar la escritura de préstamo que el prestatario había de devolver dentro del plazo de tres años la cantidad recibida y que quedaba autorizado para hacer entregas a cuenta a su conveniencia, se fijó un plazo en beneficio exclusivo del deudor, que éste pudo renunciar, pagando antes del vencimiento. Por lo expuesto, son de estimar los motivos de casación segundo, tercero y quinto, en los que se denuncia la infracción de los arts. 1.125 y 1.136 del Código civil.

— Nuestra desaprobación de la sentencia que tenemos a la vista resulta de REVISTA CRÍTICA, 1943, págs. 206 a 209.

Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 9 de julio de 1940.

EL PLAZO PARA SOLICITAR LA DEVOLUCIÓN DEL IMPUESTO SATISFECHO POR EL CONCEPTO DE ADJUDICACIÓN PARA PAGO DE DEUDAS NO SE CUENTA DESDE LA FECHA DE LA DECLARACIÓN DE BIENES EN QUE SE GIRÓ LA LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN TÁCITA EN DICHO CONCEPTO, SINO DESDE QUE SE OTORGA LA ESCRITURA PARTICIONAL EN LA QUE CIVILMENTE NACE ESA FIGURA JURÍDICO-FISCAL.

Antecedentes.—Fallecido el causante, su heredera única presentó, en noviembre de 1936, una instancia en la que pedía la liquidación del impuesto de Derechos reales y relacionaba los bienes, valorándolos en 349.415 pesetas, y manifestaba que las deudas contra el caudal ascendían a 130.000 pesetas, importe de un préstamo hipotecario que gravaba una de las fincas inventariadas.

En marzo de 1937 se giraron las correspondientes liquidaciones, y entre ellas una por adjudicación al 5 por 100 sobre la base dicha, que fueron notificadas el 8 de ese mes y pagadas en 28 de mayo siguiente.

En febrero de 1938 se otorgó la escritura de liquidación y partición de la herencia, declarándose en ella como baja a cargo de la sociedad legal de gananciales el crédito hipotecario dicho y diciendo que, dada la cualidad de heredera única en la otorgante y titular exclusiva de la herencia, no es necesario ni lo estima pertinente hacerse adjudicación de bien alguno en concreto en pago o para pago de

deudas; pero teniendo en cuenta que el crédito hipotecario, a pesar de la hipoteca especial, afecta a todo el caudal, se consigna que la porción de bienes que sean necesarios para su pago los adquiere la otorgante en concepto de adjudicación para pago, la cual debe entenderse realizada desde el día del otorgamiento.

El mismo día, la misma heredera otorgó otra escritura vendiendo varias fincas, y entre ellas la gravada con la hipoteca, haciéndose constar que los compradores retenían el precio para aplicarlo al pago del crédito, subrogándose en los derechos y obligaciones del mismo.

La heredera presentó instancia en abril del mismo año 1938 pidiendo la devolución de lo pagado por adjudicación en mayo de 1937, alegando lo consignado en la escritura de partición y en la de venta antes mencionadas y lo dispuesto en los artículos 9.º y 101 del Reglamento; pero la Delegación de Hacienda desestimó la pretensión fundándose en que había transcurrido más de un año entre la adjudicación y la venta, toda vez que la adjudicación tácita tuvo existencia "en el momento en que en marzo de 1937 se giraba la liquidación por tal concepto existente en el documento de 1.º de noviembre de 1936, mientras que la venta de la finca se llevó a cabo en febrero de 1938".

La interesada recurrió contra tal denegación ante el Tribunal provincial, alegando que el plazo del año que para pedir la devolución señala el artículo 9.º del Reglamento debía contarse desde la fecha de la escritura de partición, por ser entonces cuando tuvo lugar la adjudicación y cuando la reclamante pudo realizar legalmente la venta de la finca para pagar la deuda, y el Tribunal insistió en la negativa, estimando que aquella escritura no había modificado el estado de la cuestión, por cuanto en ella tampoco se hacía adjudicación expresa de bienes determinados para pagar la deuda.

Planteadas la alzada ante el Tribunal Económico-Administrativo Central, éste revoca el acuerdo y reconoce el derecho a la devolución solicitada, y dice, sentados los términos del problema, que las adjudicaciones para pago a que el Reglamento da lugar son la expresa del artículo 9.º y la regulada en el apartado 3) del artículo 101, la cual, supuesta la procedencia de la deducción o rebaja de la deuda y que no haya metálico para pagarla, tiene dos modalidades, una, cuando se hace adjudicación de bienes determinados para el pago, y otra, cuando no se hace esa adjudicación, en cuyo caso es cuando surge la

adjudicación tácita o deducida a cargo del heredero como adjudicatario y con todos los derechos y obligaciones reglamentarios inherentes a su condición de adjudicatario para pagar deudas.

Este último es el caso ahora planteado y de él nace el problema de determinar si el plazo de un año establecido para la devolución del impuesto arranca de la fecha de la primitiva relación de bienes presentada a liquidación provisional, o desde que se giró y notificó ésta, o más bien desde la fecha de la escritura particional en la que se hizo la adjudicación genérica expresa.

El Tribunal opta por este último punto de partida, fundado en que lo previsto en el art. 9.º del Reglamento es claramente que el plazo establecido para entregar los bienes al acreedor o para enajenarlos y con su producto satisfacer la deuda, y, en su caso, pedir la devolución del impuesto, es el de un año, contado desde la adjudicación, o sea, desde que el adjudicatario tiene atribuciones y capacidad legal para cumplir su cometido, circunstancias que no se dieron hasta que no se otorgaron las antedichas escrituras de partición y venta.

Respecto al criterio de que el aludido plazo de un año se cuente en nuestro caso desde la fecha de la inicial relación de bienes—1.º de noviembre de 1936—, lo rechaza la Resolución que comentamos por estos tres razonamientos: primero, porque si bien a efectos fiscales el art. 101 presume una adjudicación tácita cuando concurren las circunstancias allí prescritas y exige el impuesto al heredero como adjudicatario con los derechos y obligaciones inherentes al mismo, ello ha de entenderse en armonía con lo dispuesto en el art. 9.º y computarse el plazo en él señalado desde la fecha de la adjudicación efectiva, que en el caso de autos es la de la escritura particional; segundo, porque aunque se liquida el impuesto en virtud de adjudicación tácita, lo innegable es que el heredero no por ello adquiere la condición de adjudicatario con pleno derecho y con capacidad legal para ceder los bienes al acreedor o para enajenarlos y pagar a éste, y tercero, porque el derecho a la devolución sería ilusorio si el plazo de un año corriese antes de que estuviese en condiciones de poder cumplir su encargo y de actuar como adjudicatario.

Por último, la Resolución sostiene que si la adjudicación tácita fuese el punto de partida para el cómputo del plazo, habría que admitir que, en casos como el presente, no podía iniciarse hasta que la notificación de la liquidación por adjudicación fué hecha al interesado

y no desde la fecha de la relación de bienes, puesto que en ese momento no había adjudicación ni expresa ni tácita: expresa, porque ésa no se hacía en dicha relación de bienes, y tácita, porque la Administración, no sólo no la había declarado, sino que se ignoraba si estimaría la deuda como deducible del caudal y si, por tanto, giraría o no la liquidación por el concepto de adjudicación para pago; y como consecuencia se llegaría en el caso actual a la conclusión de que la devolución era procedente, ya que la liquidación se notificó en marzo de 1937 y la venta se llevó a cabo en febrero de 1938, es decir, dentro del plazo del año a contar desde la notificación.

Comentarios.—Creemos que la Resolución reseñada no deja de tener interés porque resuelve una cierta antinomia o por lo menos una laguna o falta de plena conexión entre lo previsto acerca del particular en los dos citados artículos 9.º y 101 del Reglamento, y creemos también que el problema está resuelto con completo acierto y agotando el tema.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 29 de octubre de 1940.

HA DE CONSIDERARSE COMO ERROR DE HECHO EL PADECIDO AL DECLARAR EN UNA RELACIÓN DE BIENES COMO PROPIOS DEL CAUSANTE LA TOTALIDAD DE LOS QUE EN RESGUARDOS DE DEPÓSITO CONSTAN INDISTINTAMENTE A NOMBRE SUYO Y DE UN HEREDERO; Y PARA PEDIR LA SUBSANACIÓN DEL ERROR PUEDE ACUDIRSE AL DELEGADO DE HACIENDA, O BIEN UTILIZAR EL RECURSO DE REPOSICIÓN, EN CUYO SEGUNDO SUPUESTO LA RESOLUCIÓN DENEGATORIA CONSTITUYE UN ACTO ADMINISTRATIVO RECURRIBLE ANTE EL TRIBUNAL PROVINCIAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO.

Antecedentes.—La hermana y heredera de doña S. G. presentó a la Oficina liquidadora la relación de bienes de su herencia, consistentes en valores públicos depositados indistintamente a nombre de ambas hermanas, e hizo constar que el caudal pertenecía íntegramente a la declarante como única heredera, y acompañó los correspondientes resguardos de depósito.

La Oficina liquidadora estimó como herencia el total de los depósitos y giró las oportunas liquidaciones.

La heredera interpuso recurso de reposición, que fué desestimado por la Abogacía del Estado en 11 de agosto, y aquélla hizo el ingreso de las liquidaciones el día 25 y entabló al siguiente reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Provincial con apoyo en que tanto el art. 13 de la Ley del Impuesto como el 77 del Reglamento de la misma establecen la presunción de que los valores depositados en forma indistinta pertenecen por iguales partes a los cotitulares, y, por consiguiente, sólo la mitad de su importe era lo que constituía el haber hereditario; terminando por solicitar que se anulasen las liquidaciones practicadas y se girasen otras conforme a dicha base y se le devolviese la cantidad que resultase ingresada de exceso.

El Abogado del Estado, al emitir su informe, propuso la desestimación de la reclamación porque el error de hecho alegado suponía una negligencia imputable al contribuyente distinto del error aritmético o material a que alude el Reglamento de Procedimiento; pero el Tribunal Provincial, ello no obstante, estimó en todas sus partes las peticiones de la interesada y reconoció que era de aplicación lo establecido en los dos mencionados artículos de la Ley y del Reglamento.

La Dirección General de lo Contencioso recurrió en apelación contra el acuerdo ante el Tribunal Central, con apoyo en que, sin entrar en el fondo del asunto, era necesario estudiar la cuestión de forma, consistente en determinar si el Tribunal Provincial era competente para conocer del asunto. Entendió la Dirección que, por tratarse de esclarecer si existía o no un error de hecho, la competencia para conocer del problema correspondía al Delegado de Hacienda, conforme a lo prevenido en el art. 6.º del Reglamento de Procedimiento citado y en el 207 del Reglamento del impuesto, que atribuyen a aquella autoridad económica la competencia para resolver las reclamaciones producidas por errores materiales manifiestamente comprobados antes de verificarse el ingreso de las liquidaciones respectivas.

El Tribunal Central no estima el recurso y confirma el fallo del Provincial, diciendo que son dos los caminos que el procedimiento administrativo establece para que los contribuyentes puedan instar la rectificación de los errores que se cometan al dictar los actos administrativos. Estos dos caminos, sin constituir reclamaciones administrativas propiamente dichas, son los siguientes: uno, el recurso previo de reposición regulado en el art. 5.º del Reglamento de Procedimiento Económico-administrativo, conforme a la modificación en él estable-

cida por el Decreto de 2 de agosto de 1934, y otro, el regulado en el artículo 6.º de dicho Reglamento y en el 207 del Reglamento del Impuesto de Derechos reales. El primero, o sea, ese especial recurso de reposición, somete a la decisión del funcionario o autoridad que dictó el acto de que se trate nuevamente el asunto en toda su integridad, y el segundo está concretamente regulado, por lo que al impuesto de Derechos reales se refiere, en el art. 207 citado y atribuye al Delegado de Hacienda la facultad de acordar, bien a instancia del mismo contribuyente, bien previa moción de la Oficina liquidadora, la rectificación del error padecido, a condición de que ello tenga lugar antes de que las cantidades liquidadas hayan sido ingresadas.

La Resolución que comentamos añade que ante esos dos caminos, la interesada siguió el primero, y, como contra lo resuelto en el recurso de reposición cabe, según previene el citado art. 5.º, lazada ante el Tribunal Provincial, es claro que éste no se excedió en sus atribuciones y pudo, una vez apreciado el error de hecho, deducir de él todas las consecuencias reglamentarias y usar de la plenitud de su jurisdicción.

Otra cosa sería—continúa diciendo la Resolución que venimos analizando—si el recurso ante el Tribunal Provincial se hubiese planteado directamente ante él sin acudir previamente a uno de los dos antedichos procedimientos preliminares, porque en tal caso, dice, la competencia para conocer del caso hubiera correspondido al Delegado de Hacienda.

Comentarios.—Aunque estamos conformes con la conclusión a que llega la Resolución y con la solución dada al asunto, creemos, sin embargo, que la interpretación que da a los preceptos que invoca requiere alguna apostilla.

La apreciación jurídica que hace acerca del recurso de reposición estatuido en el art. 5.º del Reglamento de Procedimiento de 29 de julio de 1924, reformado en 1934, es exacta, en cuanto por medio de él la cuestión se somete nuevamente, en su fondo y en su forma, a la consideración del que dictó el acto y háyanse o no ingresado las cantidades liquidadas. Es decir, que ese recurso es análogo al que con el mismo nombre regula la Ley de Enjuiciamiento civil, si bien hay entre ambos la modalidad distintiva de que este último, como es sabido, es previo al recurso de apelación, y aquél no tiene esta característica, sino que es potestativo en el contribuyente prescindir del re-

curso de reposición e ir directamente en alzada ante el Tribunal Económico-Administrativo correspondiente, o bien utilizarlo, y, controlarlo en él resuelto, formalizar el recurso económico-administrativo.

Esto supuesto, y siendo esta última la trayectoria seguida en el expediente, es innegable que no existió la incompetencia o vicio procesal alegado por la Dirección General al creer que el llamado a conocer previamente de la cuestión era el Delegado de Hacienda.

Hasta aquí no nos ofrece duda la doctrina que el Tribunal sienta, pero sí nos la ofrece la que desarrolla al terminar sus razonamientos diciendo que si la recurrente no hubiese empleado el camino iniciado con el recurso de reposición, le hubiera estado vedado plantear el problema directamente ante el Tribunal Provincial Económico-Administrativo, porque, a su juicio, eso no lo permiten ni el art. 207 del Reglamento del Impuesto ni el 6.º del Reglamento de Procedimiento administrativo.

Este último artículo tiene dos modalidades ante los errores de hecho o materiales: una, concediendo al contribuyente la facultad de pedir, dentro del plazo de cinco años, al Delegado de Hacienda la devolución de lo indebidamente pagado, y otra, diciendo que, advertido el error por la propia Administración antes del ingreso de lo liquidado, debe ella misma rectificarlo. La primera modalidad está traducida en el art. 208 del Reglamento de Derechos reales, y la segunda, en el 207 (apartado 3), ampliada en el sentido de que el expediente para corregir el error puede iniciarse también a instancia de parte.

Esto es así; pero para medir el verdadero alcance de ese apartado 3), hay que tener en cuenta que está en relación directa con el que le precede y que, reafirmando, dice que "no obstante" lo en él establecido, "pueden" las Oficinas liquidadoras instruir el aludido expediente para que el Delegado de Hacienda sancione la rectificación; y como en ese anterior apartado 2) del mismo art. 207 se establece la regla general y tajante de que todo acto administrativo de una Oficina liquidadora es recurrible ante el Tribunal Provincial, nos parece que es perfectamente lógico sostener que, en todo caso, y trátese o no de errores materiales, es facultativo para el contribuyente ir al recurso ante el Tribunal o utilizar previamente ese otro procedimiento ante el propio liquidador, o lo que es lo mismo, que este especial trámite no es indispensablemente previo a aquel recurso, como lo es en el pro-

cedimiento civil el de reposición o el de súplica, en su caso, para poder hacer uso de la apelación. Lo que el Reglamento ha querido es, simplemente, abrir un camino, abreviado, pero no imprescindible, para subsanar errores "manifestamente comprobados" antes de que la liquidación sea ingresada, con el fin de poder evitar el más largo y más complicado procedimiento del recurso propiamente dicho.

Cuanto llevamos expuesto tiene por base el dar por bueno que el error que motivó el recurso estudiado sea realmente de hecho o material, y esto no deja también de parecernos dudoso, o al menos, que para admitirlo hay que forzar e interpretar con amplitud el concepto que del error material se deduce del art. 207 y de la regla tercera del 208. Ciertamente es que el art. 77 del Reglamento de la Ley y el 13 de ésta establecen la presunción que sirve de fundamento al recurso; pero también lo es que tal presunción quedó neutralizada o destruida con las propias manifestaciones de la heredera en la solicitud de liquidación, y esto tiene más aspecto de problema de concepto que de error de hecho.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 29 de octubre de 1940.

Esta Resolución, de la misma fecha que la anterior, resuelve un caso análogo e incluso idéntico en el fondo al de aquella, y lo resuelve en el mismo sentido de estimar que el error padecido es material o de hecho y no de concepto.

Además de esa cuestión se planteó otra de procedimiento nacida de que aunque el contribuyente reclamante, siguiendo el camino del artículo 6.º del Reglamento de procedimiento Económico-Administrativo, planteó la cuestión ante el Delegado de Hacienda, éste, de acuerdo con el dictamen del Abogado del Estado, la consideró de la competencia del Tribunal Económico-Administrativo Provincial, fundado en que en realidad lo que se discutía era la fijación de una base liquidable.

El Tribunal Provincial se consideró competente y resolvió de acuerdo con el contribuyente, diciendo que se trataba de un error de hecho y que la base liquidable debía ser la mitad del capital que arrojaban los resguardos de depósito indistinto, pero, recurrido el acuerdo ante el Tribunal Central por la Dirección General de lo Contencioso, fun-

dada en que quien debió conocer del caso por tratarse de un error de hecho era el Delegado de Hacienda, a tenor de dicho art. 6.º del Reglamento de Procedimiento en relación con el 208 del Reglamento del Impuesto, aquél revocó el acuerdo del Provincial y estimó que las reclamaciones sobre errores de hecho deben ser planteadas ante el Delegado de Hacienda, el cual producirá el acto administrativo recurrible ante el Tribunal Provincial.

“ El Tribunal Central, pues, confirma el mismo criterio sentado en la Resolución de la misma fecha antes comentada, y nosotros por nuestra parte nos remitimos a las observaciones allí consignadas.

JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ-VILLAMIL.

Abogado del Estado y del I. C. de Madrid.