

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ESPECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

Año IX

Abril de 1933

Núm. 100

LA HIPOTECA NAVAL ⁽¹⁾

(Conclusión.)

No es, por consiguiente, un crédito que pueda ser útil para iniciar empresas de envergadura lo suficientemente extensa para ser tomadas en consideración. Y queda en las leyes sólo para llenar las necesidades urgentes, pero, generalmente, pequeñas, a que la navegación comercial da lugar. Su misma regulación en nuestro Código de comercio autorizando al capitán para que contrate el préstamo a la gruesa, sin necesidad de autorización o poder del naviero, da idea de la esfera de aplicación que esta institución tiene. Por otra parte, el interés elevado que esta clase de préstamo devenga, lo hace sumamente gravoso para el naviero, que sólo recurrirá a él en circunstancias extraordinarias.

Eliminado el préstamo a la gruesa como insuficiente para satisfacer las necesidades de los navieros, réstannos por examinar la prenda y la hipoteca del buque y decidir cuál de estas dos instituciones sirve mejor los intereses del crédito marítimo.

Siendo el buque un bien mueble, bien que *sui generis*, durante largo tiempo ha gozado la prenda de la opinión favorable de los tratadistas, puesto que se armoniza mejor que la hipoteca con esa naturaleza mueble del buque.

Pero tiene la prenda el grave inconveniente de que la posesión de la cosa tiene que pasar a manos del acreedor; y esto, en el caso especial de prenda del buque, acarrea automáticamente la inaplicabilidad de esta institución, porque si pasa el buque a manos del acreedor, separándose su posesión del naviero, ¿cómo continúa éste su explotación? Y si no puede continuar la explo-

(1) Véase el número 99 de esta Revista.

tación del comercio marítimo, ¿para qué quiere un crédito que no va a poder utilizar? Y al cesar en la explotación mencionada, deja *ipso facto* de obtener los beneficios que le reporta esa fuente de ingresos, la más importante en la generalidad de los casos de todas las que tiene, lo que consiguientemente, puede impedirle el pagar los intereses que la suma tomada a préstamo devenga.

Para lograr una conciliación entre estas posiciones extremas se han ideado diversas soluciones. Así, en Francia existía la costumbre de transmitir al acreedor la propiedad del buque, en venta puramente fiduciaria, con fines exclusivamente de garantía; cuando se satisface el crédito, la venta se deshace. Se asimila esto a una venta con pacto de retro, en la que la propiedad no sale de manos del deudor. También en el mismo país se empleó el sistema denominado de «contre lettres» (contracartas); mediante él se transmite la propiedad sin salvedad alguna; pero cuando se satisface la deuda, se devuelve la propiedad del buque.

En el Derecho inglés se establece una fórmula completamente distinta, como son casi todas las de ese Derecho, de las consagradas en los países continentales. Es la que se denomina «Mortgage», en cuyo examen vamos a entrar inmediatamente.

La «mort-gage» (Merchant Shipping Act, arts. 31 a 46) es un derecho de propiedad condicionado al no pago de la deuda en el plazo de su vencimiento; puede decirse que la venta se celebra en el momento en que el contrato se perfecciona, si bien la transferencia del buque a su nuevo propietario se retarda hasta el día del vencimiento del plazo estipulado; en ese día, el acreedor deja de ser tal, entra en posesión del buque y deviene propietario; hasta ese momento en que ya adquiere la propiedad del buque, está solamente interesado en la conservación de la prenda. Puede decirse, con Blackstone, que «la ley inglesa reconoce dos especies de prenda convencional: la prenda viva y la prenda muerta, según que la cosa entregada por el deudor vuelva a su propiedad una vez satisfecha la deuda, o que pasado el plazo convenido sin ser satisfecha la deuda quede la prenda, por ministerio de la ley, en propiedad del deudor, sin necesidad de un nuevo acto de posesión». A este segundo grupo pertenece la «mort-gage», que difiere de la hipoteca en que desde un principio hay transferencia de propiedad.

Exígense formas especiales para la constitución de la «mort-gage», estando ésta sujeta a inscripción en el registro; la «mort-gage» no registrada es válida también, pero solamente como crédito quirografario y sin gozar, por tanto, de la preferencia que la inscripción le da; sólo puede constituirse la «mort-gage» sobre buques registrados; y sobre la misma nave pueden estipularse diversas «mort-gages», determinándose el orden de preferencia de las mismas por la fecha de la inscripción. Al vencimiento del plazo el «mortgagista» no pagado toma posesión del navío y tiene derecho al flete a partir de ese momento.

En los Estados Unidos, la «Merchant Marine Act» de 5 de Junio de 1920 contiene una reglamentación de la «mort-gage» (sección 30, «Ships mort-gage Act») semejante a la inglesa. (Datos tomados de Ripert: *Droit maritime*.)

En Italia, con el Código de Comercio de 1865 se adoptaba la prenda, si bien con una configuración especial. Este sistema puede resumirse de la siguiente manera: mientras dure la garantía prendaria, la nave se encuentra en poder de una tercera persona, representante de los intereses del acreedor, que recibe la denominación de «custode»; y así, en tanto que el acreedor podía ejercer el necesario control sobre el buque para que la prenda fuese efectiva, no se separaba el naviero de su posesión, y podía, por tanto, continuar la explotación del mismo, orillándose así las dificultades que la prenda, estrictamente aplicada, originaba. Pero también este sistema tiene graves inconvenientes: por él se somete al deudor a una vigilancia molesta y que puede perjudicar sus intereses al ser mediatizado en su actividad por la intervención de una tercera persona que representa, si no intereses opuestos, cuando menos intereses distintos; por otra parte, el «custode» produce gastos, aunque no sean otros que los que se originan al pagarle. Para evitar estos gastos, también se acudía a nombrar «custode» al capitán del buque; pero esto tenía aún mayores y más graves inconvenientes, porque representante el capitán de intereses opuestos (como capitán de los del naviero y como «custode» de los del acreedor prendario), se le colocaba en la disyuntiva de atender preferentemente a unos o a otros, con descontento de ambos, y originándose con esto otro inconveniente: que ni el naviero tuviera confianza en el capitán, ni el prestamista en su «custode».

Existió, también en Italia, otro sistema, que consistía en emitir una documentación referente al buque que se asemejaba a los «warrants» que ponen en circulación los almacenes generales de depósito, mediante la cual, y cediendo la parte correspondiente de esa documentación al prestamista, se atribuía a éste el buque en prenda. Según este sistema, en el acta de nacionalidad del buque se insertan unos cupones para la transmisión ficticia de la posesión del buque en concepto de prenda, que una vez inscrita puede perjudicar a terceros, quedando con esto la propiedad y la posesión efectiva en manos del naviero y la posesión ficticia en manos del prestamista. Pero este sistema presenta grandes complicaciones, por lo que pronto cayó en desuso.

Ninguno de los procedimientos ideados resuelve, según acabamos de ver, de una manera eficaz y efectiva la cuestión de que tratamos: no logra ninguno de ellos conciliar la obtención de un crédito con garantía real, con la publicidad, con la preferencia según la fecha de la inscripción, con que la posesión del navío siga en manos del deudor, con que la garantía del acreedor no sea ilusoria y con que los gastos que la obtención del crédito produce y los intereses que el mismo devenga no sean excesivos.

Pues bien: todo esto encuentra su solución propia en la hipoteca naval. Por eso el Derecho moderno se decide a sustituir todas esas construcciones por la inscripción de la nave dada en prenda (entiéndase en prenda registral y, por tanto, en hipoteca) en un registro público; es el sistema claro de la contrapublicidad el que se sigue en la hipoteca naval; los terceros creen que el naviero en cuya posesión se halla la nave es el propietario de la misma, libre por completo de gravámenes; pero el registro nos demuestra la existencia de este gravamen real que sobre la nave pesa.

En la legislación alemana cabe distinguir entre:

- 1.º Una hipoteca no pública, propia del préstamo a la gruesa, para lo cual el capitán emite un documento («Bodmereibrief»), que puede ser también a la orden del acreedor. Se regula en los artículos 679 y 682 y siguientes.

- 2.º La hipoteca (prenda registral), para los buques registrados, constituida mediante inscripción en un registro especial («Registerpfand»).

3.º La prenda mueble propiamente dicha, constituida mediante tradición, utilizable para las naves no registradas y consideradas, por tanto, como cosas físicamente muebles.

En España, el Código de comercio silencia estos problemas, que no encontraban regulación en nuestro Derecho, hasta que la ley de Hipoteca naval de 21 de Agosto de 1893 los trata específicamente.

CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA NAVAL

Ante todo, debemos advertir que la hipoteca naval sólo puede existir cuando voluntariamente se pacte por dos personas con capacidad para celebrar el mencionado contrato. O, de otra manera: la hipoteca del buque sólo puede ser convencional; las hipotecas legales y las judiciales no son aplicables a la materia de que nos ocupamos; esto es así en todos los tratadistas y legislaciones que de estos problemas se ocupan. Veamos por qué estas dos clases de hipotecas, admitidas por el Derecho civil, no son aplicables en el Derecho mercantil marítimo al caso especial de la hipoteca del buque.

Empecemos por las hipotecas legales: éstas se admiten en la legislación civil como una protección necesaria a ciertos intereses—que, de no admitirse, podrían quedar desamparados—que hacen útil y conveniente el mantenerlas; pero no hay por qué hacer extensivos a la nave gravámenes a los cuales no está destinada a garantizar (como son la dote de la mujer y los bienes del pupilo), ya que el fin primordial de la hipoteca naval y de su regulación es el desarrollo del crédito marítimo, desarrollo al que no contribuiría, sino que entorpecería, la hipoteca legal sobre la nave; estas hipotecas, que no necesitan publicidad para existir, que pueden ser, de consiguiente, ocultas, amenazan gravemente al crédito marítimo; al poder perjudicar de una manera enorme a los acreedores hipotecarios que pactaron con el naviero la hipoteca del buque, al poder incluso hacer ilusorios estos créditos cuyos sujetos activos estiman garantidos de una manera real, evidentemente retraería a esos acreedores de la concesión de nuevos créditos hipotecarios. Y esto haría que la finalidad de la hipoteca naval quedase completamente desvirtuada. Con la hipoteca del buque se ha querido dar al naviero un medio de crédito, y no ex-

tender a la nave cargas reales, cuya aplicación se critica en el mismo Derecho civil. Además, no hay que olvidar que el buque, a los ojos del Derecho civil, es un mueble; y a los muebles no se extienden en ningún momento las hipotecas. Si el buque se considera inmueble en algunas ocasiones es en casos en los cuales, por la especialidad del comercio y de las empresas a que se le destina, se cree conveniente aplicarle una ley especial, como son las marítimas; pero el buque en ningún momento puede estar sometido, a este respecto, a las cargas reales de Derecho civil que graven sólo a los inmuebles.

Además, admitida la estructuración de la fortuna de mar—y del buque, como centro visible, en mayor medida que ningún otro de esa fortuna—como un patrimonio autónomo, autonomía que precisamente se concede por razones de afectación a un fin especial y de destinación a unas empresas también especiales, ¿no sería contradictorio el hacer extensivas a esa masa de bienes cargas reales de Derecho civil? Y esto no quiere decir tampoco que el buque no vaya a responder de las obligaciones generales que su propietario haya podido contraer; que responda, sí, pero no que lo haga de una manera privilegiada, con evidente perjuicio de aquellos otros créditos que le gravan dentro de su propia esfera teleológica, finalista. O, resumiendo: si el buque, en su entidad patrimonial, es una suma económica que se destina especialmente a un fin, aislándose de todos los demás que su propietario pueda perseguir, justo es que, en primer lugar, satisfaga las obligaciones que para lograr la consecución de ese fin especial contrajo. Admitir lo contrario, además de perjudicar en gran medida al crédito marítimo, sería desvirtuar completamente el carácter de afectación que de pocos años a esta parte se atribuye a la fortuna de mar.

En cuanto a la hipoteca judicial, hemos de decir que el fin que el legislador persigue, al admitir la hipoteca naval convencional, es no ya dar una nueva garantía a los acreedores ordinarios del armador, sino suministrar una base real al crédito marítimo, que, al tenerla, logra una mayor garantía, y, por tanto, un desarrollo más intenso; la hipoteca naval convencional es, en la generalidad de los casos, un medio que se reserva al naviero para ayudarle a salvar situaciones difíciles; y es un medio de obtener numerario cuando se han agotado todas las demás posibilidades

que el naviero tiene; cuando el crédito personal ya no puede lograrse, surge el crédito real y con él la hipoteca del buque. Pues bien: aceptada la hipoteca convencional del buque como un medio de obtención de nuevos créditos, hemos de decir que la hipoteca judicial, en ningún caso, es un instrumento de crédito. Además, admitir la hipoteca judicial del buque sería extender al Derecho marítimo una clase de hipotecas que ya en el régimen inmobiliario ha suscitado grandes protestas, y a las que en algunos países se tiende a suprimir. Se sabe que las hipotecas judiciales—como dice Gianquinto—son los principales y casi únicos obstáculos para que las liquidaciones inmobiliarias puedan hacerse amigablemente; y esto porque las hipotecas convencionales y las legales raramente sobrepasan el valor de los inmuebles a los que gravan, mientras que en las judiciales ocurre de una manera bien distinta. Y en este estado de cosas no es lógico ni conveniente extender a la hipoteca naval la hipoteca judicial, que ha sufrido tantas críticas, incluso en materia de Derecho civil ordinario.

Pero es que, además de todo esto, y por encima de ello, existe la consideración de la fortuna de mar como patrimonio autónomo. Si esta concepción se admite—y de su admisión ya nos hemos ocupado anteriormente con la extensión debida—, no pueden acogerse las hipotecas judiciales bajo la hipoteca naval. Aquéllas, como de Derecho común que son, pesarán de una manera directa sobre el patrimonio de Derecho común que el naviero tenga; pero no creemos se deba confundir el patrimonio naval, la fortuna de mar del naviero, con los bienes que éste, como sujeto de Derecho civil, posea; nos encontramos ante dos patrimonios que no tienen más ligazón entre ellos que la persona del titular de ambos, que es la misma; sólo en ese punto contactan ambos patrimonios; el naviero es el vértice en que las dos líneas coinciden. Y por eso, los débitos del naviero, como ente jurídico de Derecho civil, sólo de una manera indirecta afectarán a su patrimonio de mar; sólo a través de su persona llegan a gravar a éste; pero no lo hacen de una manera directa. Pueden ejecutarse los créditos de tierra sobre la fortuna de mar porque ésta pertenece en propiedad al sujeto pasivo de estos créditos, pero no porque de una manera directa afecten a aquella fortuna.

Este criterio encuentra su eficaz reglamentación en las legisla-

ciones; en todas éstas sólo la convención puede hacer nacer a la hipoteca naval; así, en el Código de comercio italiano, de la expresión de los artículos 485, 486 y 488 se deduce el carácter convencional de la hipoteca naval; en todos ellos se nombra o se alude de una manera directa o indirecta al «*contratto di pegno sulla nave*», empleándose en todos ellos el vocablo «pegno» en el sentido de hipoteca.

En España ocurre lo mismo, como se desprende con toda evidencia del examen de los primeros artículos de nuestra ley de Hipoteca naval. Pero donde de una manera más indubitada se establece como única posible de la nave la hipoteca convencional es en la ley francesa de 10 de Julio de 1885, cuyo artículo 1.º declara expresamente: «Los navíos no pueden ser hipotecados más que por la convención de las partes.»

Resumiendo, diremos, por todo lo expuesto, que la hipoteca del buque sólo de una manera contractual puede establecerse.

ELEMENTOS PERSONALES DEL CONTRATO DE HIPOTECA

La capacidad para constituir hipoteca sobre el buque deriva de los principios admitidos por el Derecho común, y no es más que una aplicación especial de esos principios a la hipoteca naval.

Desde luego, puede afirmarse que sólo el propietario del buque puede hipotecarlo; esto entendido en el sentido de actuación por sí o por mandatario igualmente autorizado, pues desde luego el representante con poder especial puede también hipotecar el buque en nombre del propietario de éste.

Y como la hipoteca requiere facultades de enajenación en el que va a constituirse, de ahí que sea condición indispensable, para que un sujeto de derecho pueda constituir una hipoteca naval, el que éste tenga la libre disposición de sus bienes, o que, en caso de no tenerla, se halle autorizado para ello con arreglo a la ley (artículo 4.º de la ley de Hipoteca naval). Y como, para estos efectos, el buque se considera inmueble, de ahí que se exija la capacidad necesaria para enajenar inmuebles al que quiera constituir hipoteca naval.

Teniendo el propietario del buque capacidad para hipotecarlo, podrá hacerlo por sí o por otro, es decir, por medio de apode-

rado con poder especial para contraer este género de obligaciones, poder que habrá de otorgarse ante Notario público o Agente mediador del comercio colegiado, según dispone el mismo artículo 4.º de nuestra ley de 1893.

El capitán, en su cualidad de representante general del naviero, no podrá contratar en su nombre hipoteca naval, a no ser que se haya otorgado a su nombre, por el propietario del buque, el poder especial a que acabamos de referirnos; y esto porque aquel poder general que el capitán posee no es suficiente para contratar la hipoteca naval del buque.

Desde el punto de vista de los acreedores hipotecarios debe considerarse propietario del buque el que como tal figure inscrito en el registro de buques; así se deduce del artículo 22 del Código de comercio. En este caso, el registro se sobrepone a la realidad; la persona inscrita como propietaria del buque en el registro es la que realmente es propietaria del mismo para todos los efectos legales.

Ninguna condición especial de capacidad se exige en el acreedor.

Debemos advertir también que no basta poder expreso autorizando al mandatario para constituir hipoteca en general, sino que ha de autorizarse la hipoteca de un buque o buques determinados. Tampoco el naviero gestor puede constituir hipoteca en nombre del naviero propietario, a no ser que se halle expresamente autorizado para ello, pues el poder que el naviero gestor tiene se extiende solamente a la administración, equipo y avituallamiento del buque (artículos 595 y siguientes del Código de comercio), pero no alcanza a otorgarle facultades dispositivas de la propiedad del buque.

Todo esto no es más que la aplicación a esta materia del artículo 40 de la ley Hipotecaria y del 1.713 del Código civil.

HIPOTECA DEL BUQUE TENIDO EN COPROPIEDAD

Creemos interesante, antes de entrar en el estudio de la hipoteca del buque tenido en copropiedad, ver el tipo de copropiedad en que puede encajarse la del navío. Sabido es que existen dos tipos de copropiedad: la copropiedad romana, en la cual se presenta una división ideal de la cosa, si bien ésta físicamente sigue

indivisa, y la copropiedad de tipo germano, en la cual la indivisión es absoluta y tanto física como ideal. Dos ejemplos clásicos de copropiedad de tipo germánico (los únicos que de esta copropiedad existen, según numerosos autores) son la sociedad de gananciales y la comunidad hereditaria. En esta clase de copropiedad cada propietario tiene su parte en cada una de las moléculas integrantes de la cosa; a diferencia de ésta, en la de tipo romano, existe la ficción de que cada copropietario es propietario individual de una—o varias—de las partes integrantes de la cosa, parte en la cual los otros copropietarios no tienen facultad de dominio de ningún género.

¿En cuál de estas dos clases de copropiedad debe incluirse la del buque? Para razonar acertadamente sobre esta cuestión se requeriría un estudio detenidísimo de la misma, que nos desviaría de la índole del tema que nos hemos propuesto desarrollar; pero en principio nos inclinamos por asimilarla a la copropiedad de tipo germano, ya que el buque tiene un valor como totalidad, pero carece de él en partes, o por lo menos disminuye aquel valor en gran manera cuando en partes se valora el buque; es decir, considerado en partes, no tiene el mismo valor proporcional que se le atribuye cuando se considera en su totalidad; efectivamente, y debido a la diferenciación clara que entre las distintas partes constitutivas del buque existe, resulta fuera de lugar el afirmar que uno de los copropietarios es propietario individual de una de esas partes, por ejemplo de las máquinas, en tanto que otro lo es de la quilla, otro de la obra muerta y un cuarto de los aparejos. Y esto porque no existe relación de identidad entre las partes constitutivas de un buque; y lo que respecto de una finca resulta admisible, aplicado al buque lo estimamos poco lógico; una finca puede dividirse físicamente, pero un buque, no. Además, aunque esto sea adelantar ideas, hemos de decir que si la copropiedad del buque fuese de tipo romano, cada copropietario podría hipotecar separadamente, y sin tener para nada en cuenta el parecer ni la conveniencia de los demás copropietarios, la parte de propiedad que le pertenece; y esto, como veremos inmediatamente, no es admisible. Estimamos, por tanto, la copropiedad del buque como una copropiedad de tipo germano. Y es más, como acertadamente expone Ripert en su *Droit maritime*, estimamos que la copropiedad del

buque, más que una indivisión, es una sociedad. Esto, debido al criterio mayoritario que se sigue para adoptar las decisiones.

Nuestra ley de Hipoteca naval se ocupa de la copropiedad en su artículo 5.º, que dispone: «Cuando la propiedad de la nave pertenezca a dos o más partícipes, será necesario que preceda acuerdo de todos los partícipes o de la mayoría de ellos, computada ésta conforme a la regla establecida en el artículo 589 del Código de comercio...» Y este artículo 589 se refiere a que la mayoría se entenderá por razón de cuantía de participación, y que a la representación de la parte menor que haya en la copropiedad se atribuirá un voto, y a los demás copropietarios se atribuirán proporcionalmente tantos votos como partes iguales a la menor le pertenezcan.

En realidad, después de transcrito el artículo 5.º de la ley, poco tenemos que añadir a lo ya expuesto. La mayoría será la que decidirá sobre si se debe hipotecar o no el buque, y ella será también la que, en caso de optar por la afirmativa, otorgue al naviero gestor el poder especial que éste necesita para hipotecar al buque. Esto por lo que a la hipoteca total del buque se refiere.

Pero queda una cuestión por examinar, cuestión a la que ya anteriormente hemos aludido, y que es quizá de la que depende la postura definitiva que se adopte sobre si la copropiedad del buque es de tipo romano o germano; y es la siguiente: ¿podrá uno de los copropietarios hipotecar su parte, sin contar con la opinión favorable—permiso—, a la hipoteca de la mayoría y aun colocándose en contradicción de esa opinión? En esto, el criterio seguido por las legislaciones es diverso, y así, mientras en Francia (artículo 3.º de la ley de 10 de Julio de 1885) se exige para que pueda hacerlo que le autorice a ello la mayoría, en Italia (artículo 485 del Código de comercio) se admite el criterio contrario, según el cual el copropietario puede hipotecar su parte aun sin contar con el asentimiento de la mayoría. Creemos que se debe optar por el primero de los dos criterios porque:

1.º Si se autoriza al copropietario para hipotecar su parte individualmente, y sin exigir como requisito previo el consentimiento de la mayoría, se puede perseguir con esa hipoteca el logro de intereses particulares, que no sólo puede ocurrir que sean contrarios a los de la Empresa marítima, considerada como totalidad,

sino que incluso puede hallarse en contraposición con los de ésta.

2.º Cuando los intereses del copropietario sean efectivamente los de la empresa total, los de la copropiedad, le será fácil, en la generalidad de los casos, llevar a la mayoría el convencimiento de la utilidad de la hipoteca que propone, y lograr así su consentimiento.

3.º Autorizando al copropietario para hipotecar aisladamente su parte se podrían engendrar graves inconvenientes, pues el día en que la mayoría quisiera hipotecar el navío en interés común se lo encontraría gravado con cargas nacidas para la satisfacción de los intereses particulares de los copropietarios, perjudicándose así notablemente el interés de la copropiedad al no poderse pactar, al menos en condiciones extensas y ventajosas, una hipoteca total del buque.

Y si a base de estos razonamientos se sigue el sistema francés, nos encontramos ya dentro de una copropiedad de tipo germano, que es lo que venimos sosteniendo que es la copropiedad del buque.

En España, la hipoteca de partes indivisas—contra lo que opina Ripert—no se prevé; en nuestra ley de Hipoteca naval no se alude para nada a este caso, y, por tanto, creemos que el copropietario no puede hipotecar su parte sin el consentimiento de la mayoría; entendemos que ha de ser la mayoría la que hipoteque—o cuando menos otorgue el poder para hipotecar—el buque. Si la ley hubiera querido establecer la posibilidad de que uno de los copropietarios hipotecase por sí, y prescindiendo de la opinión y del interés de los demás, la parte que en el buque le correspondiera, creemos que la ley hubiera regulado este caso; y al no regularlo deducimos en contrario que no lo permite. Y al no permitirlo, se puede sostener que cada copropietario lo será de cada una de las partes del buque en la proporción que tenga en la copropiedad total, con lo que nos encontramos ante una copropiedad de tipo germano.

ANTONIO BOUTHELIER ESPASA,

Abogado.

El "jus ad rem" en el Derecho civil moderno

I

- I. Desarrollo y decadencia de la noción histórica del *jus ad rem*. La aparición del *jus ad rem*.
- II. El desarrollo de la noción.
- III. El derecho a la cosa (*Das Recht zur Sache*).
- IV. La evolución del derecho a la cosa.
- V. El *jus ad rem* del siglo XIII y el de fin del XIX.
- VI. El *jus ad rem* y la noción del derecho anotado.

II

- I. Nueva investigación del problema. La teoría de la responsabilidad del tercero cómplice en el incumplimiento de una obligación.
- II. La aplicación de la teoría de la responsabilidad del tercero al caso de adquisición de la propiedad.
- III. ¿Existe el *jus ad rem* en el Derecho civil actual?

EL «JUS AD REM» EN EL DERECHO CIVIL MODERNO

En la doctrina de fines del siglo XIX la expresión de *jus ad rem* era empleada para designar una figura intermedia entre el *jus in re* y la *obligatio*. Este derecho no confiere un poder inmediato sobre las cosas, pues no es un verdadero derecho real, pero atribuye a su titular un poder más grande que el fundamento sobre la obligación.

Los autores alemanes, sobre todo, han expuesto y criticado

esta teoría y han hecho notar los lazos que la unen a la *Allgemeines Preussisches Landrecht* de 1794. Este Código habla, en efecto, de un *Recht zur Sache*, correspondiente precisamente al *jus ad rem* y que se opone al *Recht auf die Sache*, es decir, al *jus in re*.

Según las reglas de este Código, el acreedor de una cosa individualmente determinada, aunque no haya todavía devenido propietario, tiene un derecho de persecución sobre ella oponible a todo tercero que la hubiera adquirido con conocimiento de su derecho, aunque éste hubiera realizado la tradición antes que él.

El problema que nos interesa se restringe, pues, a la cuestión de saber si el primer adquirente de una cosa individualizada, aunque no haya tomado posesión de ella, puede igualmente, en Derecho moderno, reaccionar contra un segundo adquirente de mala fe, y examinaremos, por tanto, si en el Derecho moderno recibe la misma solución que en la doctrina del siglo XVIII, de la que se sacó el principio que fué consagrado en la codificación prusiana de la época mencionada.

Como nosotros hablamos simplemente de *jus ad rem*, sin calificarlo de manera más precisa, podría creerse se trata de un simple estudio del caso de la doble enajenación de una cosa, pero no nos limitaremos sólo a este estudio.

La doctrina, al ocuparse de nuestro caso, se contenta sólo con el empleo de la expresión *jus ad rem*; por ello, nosotros adoptaremos esta fórmula, que tiene la ventaja de ser la más breve, y al hablar del *jus ad rem* entenderemos el derecho que el primer adquirente pueda hacer valer frente o en contra de un segundo adquirente de la misma cosa devenido propietario.

Por el contrario, no calificaremos de *jus ad rem* aquellos derechos clasificados entre los derechos reales y el derecho de obligación, y que han sido llamados por algunos autores, como Guhl, «derechos personales con efectos reforzados» (1).

Cierto autor, como Oser, declara anticipada y categóricamente que el *jus ad rem* (2) no existe en Derecho civil suizo. Sin embar-

(1) Guhl: *Personliche Rechte mit verstärkter Wirkung*. Festgabe für das B. G., 1924.

(2) Oser: *Vorbermerkung zu Art. 1-67, zweite umgearbeitete Auflage*. Zurich, 1928.

go, es preciso constatar que dos Derechos, como el alemán y el francés, que tanto han influenciado aquél, admiten en el momento actual soluciones cuyos efectos parecen referirse a los del *jus ad rem*, y, por lo tanto, no carece de interés el que examinemos rápidamente esta analogía.

Sigamos un instante el pensamiento de estas dos grandes legislaciones: la francesa y la alemana.

Un deudor que de mala fe viola la obligación contraída, es civilmente responsable; pero supongamos que la hubiese quebrantado a instigación o con ayuda de un tercero. Este tercero, ¿podrá ser declarado asimismo responsable civilmente respecto al acreedor de las consecuencias de la inejecución de la obligación? He aquí la primera cuestión que se plantea. Si se responde afirmativamente, sólo nos restará el examinar las consecuencias de esta solución. El segundo adquirente declarado responsable estará obligado a reparar el daño causado, y parece lógico y conforme a los principios del Derecho moderno que la reparación se haga en *natura*.

Nos quedará por demostrar lo fundamentado de estas soluciones.

Cuando lleguemos a ello veremos que la teoría moderna y la del *jus ad rem* conducen a resultados idénticos. En los dos casos, el primer adquirente de una cosa determinada adquiere finalmente la propiedad, incluso si un segundo adquirente ha sido puesto en posesión de ella, con tal de que este último hubiere tenido conocimiento del derecho anterior del primer contratante.

Habremos de comparar las dos teorías y comprobar si ellas conducen verdaderamente al mismo resultado.

Antes de hacerlo será indispensable examinar el carácter del *jus ad rem*, lo que nos dará ocasión de investigar por qué esta noción ha sido rechazada por un gran número de autores modernos y antiguos.

Desde el punto de vista teórico, las cuestiones que estudiaremos interesan profundamente a diversos problemas fundamentales del Derecho civil.

Pensemos, por ejemplo, en la distinción primordial entre los derechos reales y los derechos personales.

El derecho de crédito, ¿no estará, a diferencia del derecho real, en cierta manera, al abrigo de los ataques de los terceros?

¿O hay que inclinarse a los autores que admiten esa tercera categoría intermedia de derechos mixtos que, sin ser derechos reales, son oponibles a los terceros en ciertas condiciones y bajo ciertas reservas?

¿Será éste una apariencia sin fundamento? ¿Cómo explicar entonces que haya encontrado defensores?

Otra dificultad surge del efecto relativo de las convenciones ¿Es éste un obstáculo insuperable? Habrá que examinar, para resolver esto, las diferentes jurisprudencias, pues las soluciones varían con las legislaciones, aunque todas tienden a hacer imposible a los terceros el que atenten a los efectos de la convención.

Otro problema a que afecta es el de la distinción de la responsabilidad delictual y responsabilidad contractual.

El deudor que viola una obligación contractual, ¿comete una falta delictual o, por el contrario, es un responsable contractual?

¿Cómo conciliar el principio de la responsabilidad del segundo adquirente con la idea de la buena fe de aquel que adquiere basándose en las inscripciones del Registro?

¿Cómo es posible que el propietario, según el Registro, esté obligado, sin embargo, a transmitir el derecho inmobiliario al primer adquirente?

La cuestión tiene igualmente cierto interés histórico. Siguiendo las interpretaciones que los autores le han dado a este principio después del siglo XVIII y comparándolos, se aprecia una constante evolución en un solo sentido; además, ciertos elementos de la teoría moderna se apoyan en el derecho anterior.

El interés práctico de esta cuestión en Derecho vigente es muy grande; lo que se pregunta es si en el sistema de Derecho civil moderno no existen otros medios que una anotación registral o inscripción provisoria a disposición del adquirente de un derecho real para protegerle, antes de la inscripción de su derecho en el Registro, contra las maquinaciones de un segundo adquirente eventual.

I

DESARROLLO Y DECADENCIA DE LA NOCIÓN HISTÓRICA DEL «JUS AD REM». LA APARICIÓN DEL «JUS AD REM».

Antes de abordar la cuestión de la existencia del *jus ad rem* en Derecho moderno, es indispensable examinar lo que los autores que empleaban este término entendían por estas expresiones.

Es en los textos de la Edad Media en donde se encuentra por primera vez una relación de derecho calificable de *jus ad rem*.

Entre las instituciones jurídicas de la época feudal existían dos de una particular importancia; el feudo, que da el nombre a este período, y el beneficio agregado a un oficio eclesiástico, y ambas interesaban sobre todo a las dos clases dominantes de la época, el clero y la nobleza, que se basaban precisamente sobre estas instituciones, con las que habían adquirido y mantenido su posición privilegiada.

Hay profundas analogías entre el feudo y el beneficio eclesiástico (1). En el caso del feudo, se trata de un beneficio agregado a un derecho conferido al vasallo por su señor, en tanto que en materia eclesiástica, el obispo, al investir a un clérigo de su curato, le afectaba a la vez para su mantenimiento una porción de bienes de la Iglesia (2).

Es precisamente, a propósito de estos dos derechos, el del vasallo y el del titular de un oficio eclesiástico, cuando la noción del *jus ad rem* aparece por primera vez (3).

Según el Derecho canónico, el superior eclesiástico confería el derecho real sobre los bienes que constitúan el beneficio por la colación a su titular. Sin embargo, a menudo no era libre en la elección y podía estar obligado a aceptar un candidato propuesto por un patrón laico o un capítulo. No era, pues, ilógico el recono-

(1) Stutz: *Lehn u. Pfunde*. Sav. Z, 20, 213.

(2) Brissaud: *Manuel d'histoire*. París, 1898, pág. 598.

(3) Heusler: *Institutionem des deutschen Privatrechts*. Leipzig, 1885-86, volumen I, pág. 351. Ortolan: *Generalisation du Droit romain*. París 1885, página 75, nota 3. Roguin: *Traité de science juridique pure*. Lausanne, 1923, volumen III, núm. 1.168.

cer al futuro beneficiario, antes ya de la colación, un cierto derecho sobre aquel bien que había de recibir más tarde. Este derecho nace precisamente en el momento de la elección o de la presentación. Sin embargo, este derecho no debía ser considerado como un *jus in re* actual.

Se puede resumir su contenido por dos reglas que de él se derivan. El patrono o el capítulo están obligados definitivamente y no pueden revocar su designación (1).

De otra parte, el superior eclesiástico está obligado a conferir el derecho real a la persona regularmente designada, y esta última parece descartar a todo tercero llamado al mismo beneficio por una elección posterior (2).

El feudo era una institución basada sobre elementos análogos, y no es extraño encontrar el terreno preparado para el nacimiento de un derecho semejante en el régimen feudal.

Según las reglas del Derecho germánico, la entrega de una lanza de parte del señor confería al vasallo un derecho real sobre el feudo.

En virtud de esta vestidura simbólica, tenía el derecho de reivindicar el inmueble y el señor estaba obligado a transmitírselo. Así resulta de dos textos del *Liber feudorum*, II, F. 8, § 1.º: *Rei investitura vasallis hanc habet potestatem, ut tanquam dominus possit a quolibet possidente sibi quasi vindicare*. II, F. 26, § 15: *Si facta de feudo investitura poeniteat dominum, antequam possessionem transferat, an praestando interesse vasallo liberetur, quaesitum fuit. Responsum est, praetermissa illa condemnatione dominum possessionem feudi, de quo investituram fecit, tradere compellendum*.

Pero cuando, en el curso del siglo XIII, los juristas de la época se fueron familiarizando con los principios del Derecho romano, no admitieron ya la idea de la concesión de un semejante derecho real, antes de la toma de posesión verdadera, puesto que entendían que sólo la investidura real constituía el equivalente de la tradición en Derecho romano (3).

(1) Heusler, pág. 381, cita 58, N. *De elect.*, 16: *Publicato scrutinio variare nequeunt electores, quum sit facienda collatio et electio celebranda*.

(2) Rigaud: *Le Droit réel*. Thèse 1912, pág. 89.

(3) Heusler, pág. 383.

Esta tendencia conducirá a declarar la investidura simbólica, simple contrato generador de obligaciones.

Esta es, en efecto, la opinión de Baraterius, cuando dice en *Liber feudorum*, ap. IV, núm. III: *Si quis primo investiatum re nondum tradita, ille qui posterior investitura cum traditione facta fuerit, potior habeatur.*

Pero antes de llegar a esta concepción de carácter puramente personal del derecho, derivada de la investidura simbólica, idea totalmente contraria al principio del *Liber feudorum*, los juristas habían hecho una distinción entre el derecho más fuerte conferido a un vasallo por la puesta en posesión real, y el derecho más débil, denominado *jus ad rem*, conferido por la investidura simbólica.

Esta diferencia entre los dos derechos es bien característica en el primer texto que en materia feudal empleó la expresión de *jus ad rem*. Es un texto de Baldo (1), que expone la opinión de Jacques de Revigny, muerto en 1296: *Certe ego puto, etiam per investituram verbalem et baculi porrectionem, quae abusiva investitura dicitur, feudum esse acquisitum etiam ante traditionem possessionis, cum investituro dominus praecise cogatur tradere possessionem. Licet enim ante traditam sibi possessionem investitus jus non habet in re, habet tamen jus ad rem; nam minus est investituram facere quam eam possessionis traditione perficere.*

Heusler (2) ha objetado que la idea del autor francés era contraria a la noción que tenía el derecho germánico de la investidura, puesto que siendo ésta suficiente para transferir la propiedad del inmueble, no había necesidad de recurrir a una segunda tradición. Esta idea errónea la atribuía Heusler a la influencia del Derecho romano, y así, esta opinión no la comparten todos los autores, y algunos, como Brünneck, consideran que esta distinción entre los diversos grados de intensidad de tales derechos, antes de la puesta en posesión real, es una idea original e independiente del Derecho germánico.

Para nosotros, basta constatar que esta relación de derecho ha existido verdaderamente en Derecho feudal.

De otra parte, los dos puntos de vista existentes, concernientes

(1) Lo cita Brünneck: *Der Ursprung des jus ad rem*. Halle, 1869, página 50, nota 14.

(2) Ob. cit., pág. 382.

al origen de este nuevo derecho coinciden en admitir que, tanto en el feudo como en el caso de beneficio eclesiástico, dos actos jurídicos se suceden: el primero atribuye al adquirente un derecho menos considerable que el segundo, y la relación que en Derecho canónico existe entre la *electio* y la *colatio*, de un lado, corresponde exactamente, de otro, a la relación de la *praesentatio* a la *institutio* sobre la cosa o el bien en Derecho feudal.

Los autores alemanes han discutido largamente la cuestión de si se debía atribuir el origen de esta institución al Derecho canónico o al Derecho feudal.

La tesis del origen feudal ha sido defendida por Brünneck (1), quien declara que la noción es puramente germánica.

De igual opinión es Ziebarth (2), e incluso entre los canonistas, Inschius (3) reconoce la prioridad de la formación feudal.

La tesis del origen canónico del *jus ad rem* la ha defendido enérgicamente Gross (4), de cuya opinión ha participado igualmente Heusler (5). En su opinión, esta figura inútil y superflua ha nacido por un mal entendido de algunos romanistas al interpretar disposiciones del Derecho feudal o canónico.

Stutz (6) y Gierke (7) son de igual parecer.

Sin inclinarnos en favor de ninguna de estas tesis, nos parece que es preciso admitir con Haymann (8) que en defecto de fuentes más precisas, parece verosímil que dos evoluciones independientes, pero análogas, se han producido en los dos Derechos feudal y canónico.

Esta opinión concuerda en sus grandes líneas con la emitida por Heusler, el único autor que se ha tomado la pena de profundizar el problema estudiando los caracteres del derecho.

En cada uno de estos Derechos feudal y canónico, los juristas se preguntan qué derechos se deben conceder al vasallo, de una

(1) *Ueber den Ursprung des jus ad rem*. Halle, 1869.

(2) *Die Real execution und die Obligation*. Halle, 1866, pág. 193.

(3) *Kirchenrecht*, vol. II, pág. 652.

(4) *Das Recht an der Pfründe*. Graz, 1887.

(5) *Institut des Deutsch Privat Rechts*. Leipzig, 1885, vol. I, pág. 387.

(6) Holtzendorf-Kohler: *Encyklopädie*, 1904, VI, pág. 846.

(7) *Deutsch. Privatrecht*, II, pág. 610.

(8) *Zur Geschichte des jus ad rem*, *Zeitschrift f. Gierke*, 1911, Weimar, página 1.167.

parte, y al beneficiario eclesiástico, de otra; no saben si elegir un *jus in re* o un *jus in personam*, y acaban por atribuirle un derecho intermedio, que califican de *jus ad rem*.

Parece que este término se encuentra en la misma época, ya en las Constituciones pontificias, ya en las obras de Derecho feudal.

Heusler lo encuentra en c. 8 in IV, *De concess. praeb.* 3, 7: *Collationes et concessionibus super canonicatibus et aliis beneficiis, in quibus jus non esset quaesitum in re, licet ad rem.*

Ortolan (1) constata que dicho término está mencionado en tres Constituciones pontificias, las dos primeras del siglo XIII y la última del XIV: *Vel aliorum quorumcumque beneficiorum in quibus jus non esset quaesitum in re, licet ad rem.* Sexti decret., 3, 7, 8, Bonifacio VIII: *A jure, si quod in hujusmodi beneficio, vel ad ipsum forsitam competebat.* Clementi, 2, 6. Clemente V: *Jus ad rem expectantibus dicta beneficia.* Extravag. Johan XXII, 4, 1 (siglo XIV).

Por último, Baldo, citando a Jacques de Revigny, cuya muerte remonta al 1296, declara: *Jus non habet in re, habet enim jus ad rem.*

El efecto principal de este derecho consiste para el titular en la posibilidad de obligar a todo tercero que haya entrado en posesión de la cosa a cederle su lugar.

Heusler (2) ha declarado que no hacía falta una construcción especial y que esta relación jurídica podía explicarse tanto por un derecho real como por un derecho de obligación.

Es preciso hacer notar, sin embargo, que el titular del *jus ad rem* no tiene todavía derecho real sobre la cosa, pero parece tener un derecho de persecución sobre ella.

Roguin admite que se trata de una adquisición eventual o futura de un derecho real cuya naturaleza no es discutible; pero esta interpretación no explica por qué el titular de un derecho real futuro deberá estar provisto en seguida de un derecho con efectos reales frente a ciertos terceros (3).

(1) *Institutes de l'Empereur Justinien*, t. I: *Generalisation du Droit romain*, pág. 71, nota 3.

(2) Ob. cit., pág. 384.

(3) *Science jur. pure*, vol. III, pág. 931 y sigs.

Ello quiere decir que es preciso distinguir entre la necesidad de tal construcción y la posibilidad de llegar al mismo resultado práctico por otros medios.

Será indispensable, pues, admitir lo que era opinión generalizada entre los jurisconsultos de la época, y es que la relación establecida por el *jus ad rem* no se deja de clasificar ni entre los derechos reales, ni entre los derechos de obligación.

JOSÉ M.^a FONCILLAS,

Notario.

(Continuará.)

BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO

Capital autorizado 100.000.000 de pesetas
Capital desembolsado . . . 51.355.500 —
Reservas 63.026.907,21 —

Domicilio social: Alcalá, 14, Madrid

CAJA DE AHORROS

Intereses que se abonan: 4 por 100. Libretas, máximum 25.000 pesetas. Cajas abiertas los días laborables de 10 a 2

Sucursales en España y Marruecos

Corresponsales en las principales ciudades del mundo
Ejecución de toda clase de operaciones de Banca y Bolsa

Cuentas corrientes a la vista con un interés anual de 2 y medio por 100

CONSIGNACIONES A VENCIMIENTO FIJO

Un mes	3	por 100
Tres meses	3 1/2	por 100
Seis meses	4	por 100
Un año	4 1/2	por 100

El Banco Español de Crédito pone a disposición del público, para la conservación de valores, documentos, joyas, objetos preciosos, etc., un departamento de **CAJAS DE ALQUILER** con todas las seguridades que la experiencia aconseja. Este departamento está abierto todos los días laborables desde las 8 a las 14 y desde las 16 a las 21 horas. **Horas de Caja:** de 10 a 14.

Para cuentas corrientes de 10 a 14 y de 16 a 17.

Derecho inmobiliario de la Guinea española ⁽¹⁾

II

ESTADO ACTUAL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE SANTA ISABEL
DE FERNANDO POO

(Continuación.)

Si Carlos III, en 31 de Enero de 1768 (ley 3.^a, título XVI, de la Novísima Recopilación), prescindiendo de antiguas tradiciones españolas e inspirándose en el derecho romano de las Partidas (casi todo es el derecho recopilado por el Emperador Justiniano en la Instituta, Pandectas, Codex Novellae), formó un sistema inmobiliario, antigua Contaduría de Hipotecas, haciendo mención del acto o contrato, fuese o no conforme a la Ley, su interpretación y aplicación por Real orden de 12 de Noviembre de 1897 a los territorios españoles del Golfo de Guinea no pudo ser más sencilla ni tampoco se pudo reducir a menos la intervención del Estado en la adquisición de la propiedad inmueble y en la constitución, transmisión y extinción de los derechos reales impuestos sobre la misma.

Siguiendo la tradición española de las leyes de Indias, hoy principio aceptado en el Derecho moderno, del dominio eminente del Estado, éste, para la explotación de terrenos, los concedía a título oneroso o lucrativo. Así lo establecían los Decretos de 12 de Noviembre y de 13 de Diciembre de 1858, refrendados por don

(1) Véase el número 99 de esta Revista.

Adelardo López de Ayala y por el General O'Donnell, como Ministros de Ultramar y de la Guerra, de 26 de Octubre de 1872 por el también Ministro de Ultramar D. Eduardo Gasset y, finalmente, en el Reglamento de 12 de Noviembre de 1897 (publicado en la *Gaceta* de 16 de Noviembre del mismo año), en cuyo artículo 2.º se dispone que, previo informe del Consejo de Vecinos, del Inspector de Colonización o del Gobernador, se realicen las concesiones de terrenos; y ordena en su artículo 3.º la formación del Catastro rural, y en la disposición transitoria número 2 regula la formación de un registro de terrenos concedidos y de concesiones caducadas; primeras disposiciones de carácter inmobiliario aplicables a dicha zona tropical.

Al Secretario del Gobierno General de los territorios españoles del Africa Occidental, para cuyo cargo no se exigían conocimientos especiales, ni aun el título de Licenciado en Derecho y sí sólo el valor suficiente para despreciar la leyenda negra de Fernando Póo, que en aquellos tiempos tenía no sólo caracteres de verosimilitud, sino que era una triste realidad, y quien, por otra parte, intervenía, en el desempeño de su cargo, activamente en las múltiples y diversas esferas de nuestra complicadísima Administración, en completa incomunicación con la Península, sin tener el necesario y competente personal para desempeñar tan importante función, se le encomendó, con carácter de cometido accesorio, la Contaduría de Hipotecas, como se le podría haber encargado de la formación de una estadística cualquiera. No es extraño que el primitivo Registro Inmobiliario no fuese, ni con mucho, un modelo de perfección.

Ya de por sí el título de concesión tenía una muy imprecisa descripción de la finca en los cuatro linderos, que, salvo raras excepciones, son monte del Estado o terrenos del mismo, y en la extensión, calculada aproximadamente por el peticionario y modificada más tarde en los trabajos de desmonte, chapeo y plantaciones. Por otra parte, no teniendo el referido Secretario ningún oficial, no ya versado, sino simple conocedor de tan sencillo mecanismo hipotecario, tuvo que hacer—con ayuda del antiguo Registro catastral y con el poco papel que en hojas sueltas encontró a su disposición—las primeras inscripciones, en que se omitían las condiciones de la concesión, la de hacer constar la entrega de

certificado al interesado, la del día y hora de presentación, principio fundamental, que es base y lema de nuestro derecho inmobiliario, *prior tempore potior jure*. Verdad era que en aquellos tiempos, en que toda la isla era bosque, y casi todo el terreno propiedad del Estado, y en que se sentía la necesidad inmediata de colonizar nuestras posesiones, los pocos atrevidos, por no decir desesperados habitantes, disponían a su antojo de sobrados terrenos donde elegir, y además, por su escaso número, era difícil que sus actos no fuesen por todos conocidos, resultando, por tanto, difícilísima una colisión de derecho, cuyo seguro contra pleitos y base del crédito territorial debe ser la finalidad del Registro de la Propiedad. A pesar de ello, en el primero de los ocho cuadernos que forman el primitivo Registro de la Propiedad, la finca señalada con el número 15 se extendió por equivocación, ya que dicho terreno formaba parte de otra finca.

Para salvar este tan grave error bastó una nota marginal de anulación, del mismo modo que para corregir los demás defectos de las inscripciones se apeló al expeditivo recurso de tachar la parte equivocada, colocando encima la nueva palabra, o intercalar notas puestas con lápiz, sin firma alguna que las autorice. Tales hojas en que figuran las inscripciones autorizadas con la firma del Secretario se encuadernaron sin la menor garantía, sin que los libros tuviesen diligencia de apertura ni de cierre, ni el papel el menor signo de autenticidad; sin llevar libros diarios de presentación de documentos, y sin extender tampoco diligencia de entrega del título sustituido por otro, o de haberse alterado el orden, no obstante poderse causar con ello el perjuicio irreparable de la pérdida de un derecho. Para continuar obra tan defectuosa, sirvieron, más adelante, como instrumentos bien un libro de los destinados a llevar la contabilidad comercial, bien otros libros encasillados, de los que se utilizaban en la Península en la antigua Contaduría de Hipotecas, en los que se hacía caso omiso de lo consignado en las columnas, pero teniendo cuidado de respetar las primeras inscripciones, que con el tiempo fueron nada menos que modelo y formulario de las sucesivas, siendo, pues, el primer Secretario el que, de *motu proprio*, inició una costumbre jurídica, fuera de ley, que se observó rigurosamente en todo el Registro catastral.

Posteriormente, el Secretario Letrado mejoró las formalidades

externas. En muchos de los libros existen ya diligencias de apertura y entrega, firmadas por el Gobernador General; las hojas aparecen foliadas y selladas por la Secretaría del Gobierno, y los asientos están firmados por el Secretario Letrado, quien muchas veces se da el título de Registrador de la Propiedad, o por su sustituto, el Fiscal, que también se concede dicho título, con el visto bueno del Gobernador, y se dispone de un sencillo índice, según la finca estuviese situada al Este, Sur y Oeste de Santa Isabel, Basilé, Banapá, Bahía de San Carlos o Bahía de Concepción.

Este primitivo Registro no puede ser más sencillo; se compone de ocho cuadernos, copia del Catastro rural, que se trasladaron en 1878 a otro libro por el Gobernador General, D. Alejandro Arias Salgado, y en los cuales figuran pegados a sus hojas diversos documentos, como instancias, cartas de pago y planos hechos a lápiz, sacados del libro de concesiones de terreno, del libro de los títulos de propiedad definitiva, del libro copia del extracto del Registro de concesiones de solares y de dos libros de índices.

Las segundas y posteriores inscripciones de traslación de dominio y de constitución, modificación y extinción de derechos reales se reducen a unos cuantos datos tomados del acto o contrato originario, que vienen a ser una sencilla anotación de sus particulares, sin hacer distinción entre los actos válidos y los anulados y anulables, los verdaderos y los simulados o falsos, y prescindiendo sistemáticamente de la capacidad de los otorgantes y de las formalidades legales.

Publicada la ley Hipotecaria de 1861, modificada en los años 1869, 1876 y 1877, sin que tuviera vigencia en los territorios españoles del Golfo de Guinea, el Registro de la Propiedad continuó, como en sus primeros tiempos, sin servirse de libro Diario de Presentación y sin que en los libros de Inscripciones se observasen los requisitos y formalidades determinadas por aquella ley; sin que el Registrador califique bajo su responsabilidad el acto o contrato; sin que se extiendan anotaciones, cancelaciones y notas marginales y sin que tampoco se lleve el libro de Incapacitados.

Dictada la ley sobre el régimen de Propiedades de las posesiones españolas del Africa Occidental, de 11 de Julio de 1904, y su Reglamento de 16 de Enero de 1905, el Secretario Letrado pasa

a ocupar el cargo de Registrador de la Propiedad ; se cierran todos los libros del antiguo Registro, con diligencia firmada por el Gobernador General, y se comienza el nuevo Registro de la Propiedad con libros conforme al Reglamento, previamente inspeccionados y mandados por el Ministerio de Estado, los cuales se sellan por el Juzgado de Primera instancia y se entregan al Registrador de la Propiedad, previa diligencia firmada por el Gobernador General y el Juez de Primera instancia. Las inscripciones primeras son de traslación del antiguo Registro catastral, y en ellas se contienen solamente la descripción de las fincas, como si fuese el primer asiento, y a continuación, el segundo de transferencia con referencia al anterior.

El tomo primero del Diario tiene los primeros 67 asientos sin diligencia alguna de cierre y muchos asientos extendidos fuera del plazo legal. Además, tanto en el libro Diario de Presentación como en los libros de Inscripciones y en los demás libros del Registro se observan una infinidad de defectos.

Arrastrados los errores del primitivo Registro, que se aumentan en las sucesivas transmisiones con nuevos defectos, no es extraño que en 1907, con ocasión de una visita a esta institución, se la calificase de inútil, no ya para el fomento del crédito, sino para la defensa de la propiedad, defectuoso estado de cosas de que no puede hacerse responsables al Secretario del Gobierno, al Secretario Letrado del mismo ni a los Registradores de la Propiedad.

III

IMPOSIBILIDAD DE REORGANIZAR EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE SANTA ISABEL DE FERNANDO POO Y NECESIDAD DE FORMAR OTRO NUEVO

En la Memoria presentada al Ministro de Estado por D. Diego Saavedra Magdalena, Inspector que fué a dichas posesiones del Africa Occidental y más tarde Gobernador General de las mismas en el año de 1906, se dice, con referencia al Registro de la Propiedad, lo siguiente: «Encomendadas las funciones del Registro de la Propiedad al Secretario del Gobierno General, no ha podido ser, hasta la fecha, más irregular la marcha de esta dependencia..

Abrumado con el peso de la Secretaría, el funcionario que la desempeña no tiene manera de poder atender con cuidado, como se debe, al trabajo que hoy día representa el Registro de la Propiedad, ni aun menos tener en su labor la seguridad que se obtiene con los estudios especiales. En relación con la precaria situación de aquellos agricultores, si bien el movimiento de la propiedad no es muy grande, son muy numerosas las inscripciones hipotecarias. Algo complicado el sistema establecido por la Ley y el Reglamento del Régimen de la Propiedad en los Territorios españoles del Golfo de Guinea y aranceles para su ejecución, la labor del Registro de la Propiedad de aquellas colonias no puede ser más delicada y minuciosa; exigimos, por otra parte, al encargado de aquel Registro todos los conocimientos técnicos que requiere dicha dependencia y todo el tiempo y libertad de acción que precisa para que su trabajo responda a la importancia de sus funciones. No concurriendo estas circunstancias en el Secretario, encargado del Registro de la Propiedad, éste viene siendo un caos, que es preciso desaparezca, para que en lo sucesivo pueda prestar la utilidad que de él deba derivarse. Para que V. E. pueda darse cuenta, o, mejor dicho, clara idea del estado de desorden en que se encuentra y de las anomalías que en él se han cometido, bastará que exponga a V. E. que, habiendo ordenado al Juez de Primera instancia, durante el tiempo que estuve al frente del Gobierno, una visita de inspección a aquel Registro, me comunicó que eran tantas las faltas advertidas como los asientos e inscripciones (esta visita de inspección, según el acta, cuya copia queda archivada en el Registro de la Propiedad, fué relativa a las inscripciones practicadas durante un año), y para precisarlas y subsanar aquellas faltas *posibles de subsanar* será preciso una *revisión total* y en muchos casos *recurrir a declaración firme de los Tribunales de Justicia*... Esto es intolerable; un organismo creado para que sirva de salvaguardia de la propiedad no puede seguir siendo, como es hoy, el mayor peligro contra ella. No creo yo que los mil errores e irregularidades que se perciben en los libros y documentos de dicha oficina sean todos efectos de la mala fe y del escándalo; creo más bien que tengan por causas el desconocimiento y la falta de atención; pero es el caso que son casi iguales los resultados y los perjuicios que se irrogan, aun cuando sea de tan diferente motivo. Aquel Registro

no puede continuar así; garantía de la propiedad, todos reclaman con urgencia su reorganización y regular funcionamiento, y últimamente, la representación de la Colonia, la Cámara Agrícola, ha elevado a V. E. sus quejas, suplicando el envío de un Registrador de carrera que dé término a tanto desbarajuste e irregularidades como se han cometido.»

Posteriormente, y según nos dijeron, fueron varios Registradores de carrera (extremo que no pudimos comprobar, y solamente que los señores que decían ser del Cuerpo de Registradores de la Propiedad no figuran en el actual escalafón). El Sr. Aldrich, procedente del Cuerpo de Registradores de la Propiedad, estuvo más de un año desempeñando el Registro de la Propiedad de Santa Isabel, sin que pudiese, no obstante su competencia y el grandísimo trabajo que empleó, reorganizar dicho Registro, pues, como dice muy bien el Sr. Saavedra Magdalena y como se desprende claramente del acta de la visita de inspección, para eso hacía falta la rectificación de todas las inscripciones y en muchas de ellas, además, obtener un acuerdo firme de los Tribunales de Justicia. Fruto de su actuación ha sido el de señalar los modelos de las inscripciones conforme a la Ley, que han sido, con más o menos defectos, copiados por sus sucesores.

En resumen: se puede decir de este Registro lo que D. Manuel de la Fuente Andrés, Ministro de Gracia y Justicia, en el preámbulo al célebre Decreto de 8 de Noviembre de 1855, cuyo vigor o energía y profundidad no han sido superados por nadie en la literatura jurídica española del siglo XIX, dijo: «Estas leyes se hallaban condenadas por las ciencias y la opinión, ni garantizaban suficientemente la propiedad, ni ejercían saludable influencia en la propiedad pública, ni asentaban en sólidas bases el crédito territorial, ni daban actividad a la circulación de la riqueza, ni moderaron el interés del dinero, ni facilitaban su adquisición a los dueños de la propiedad inmueble, ni daban las debidas garantías a los que sobre aquélla prestaban su capital.» Por consecuencia de los grandísimos errores o inexactitudes cometidas en las sucesivas transmisiones o inscripciones se ha llegado a una situación realmente confusa, en la que ni el Estado sabe exactamente el terreno concedido, ni, por tanto, el que puede conceder, y en que haya fincas completamente abandonadas por no saberse cuál es su dueño,

con gran perjuicio para la producción colonial; otras en que, por atribuirse los derechos dominicales a varias personas, se originan conflictos jurídicos; algunas en que los títulos de concesión y sus respectivas inscripciones no tienen ningún valor por estar en contra de la realidad, y, por último, otras en las cuales no se sabe cuáles son de derecho las concesiones caducadas; y este desbarajuste es tan grande, que trasciende a la misma Hacienda pública, con grave perjuicio para el Tesoro, por desconocerse cuáles son las fincas que deben tributar; por no poderse trabar en debida forma el embargo de las que se hallaren en descubierto, siendo de hecho el pago de la contribución territorial voluntaria en el contribuyente y encontrándose con un país en que los esfuerzos individuales para colonización del mismo tienen que luchar contra el clima, enfermedades, falta de braceros, apatía de los mismos, carestía de la vida, con absoluta falta de crédito, teniendo que caer, después de mil inútiles esfuerzos, en préstamos usurarios que lo arruinan y causan el aniquilamiento del país, como se observa al comparar las estadísticas de producción, que no guardan relación con las de los terrenos solicitados y puestos en explotación.

JOSÉ LUIS SERRANO UBIERNA,

Registrador de la Propiedad.

.(Continuará.)

Temas de reforma agraria

PROBLEMAS QUE PLANTEA EL APARTADO 12 DE LA BASE QUINTA DE LA LEY

SUMARIO

- A. Alcance territorial de este apartado.
- B. Alcance jurídico del mismo.
- C. Retroactividad de la ley en relación con este apartado.
- D. Inventario de las fincas comprendidas en el mismo.

Un estudio serio y detenido de cada uno de los preceptos de la ley de Reforma agraria no puede realizarse sino poniéndolo en relación con las demás disposiciones de la ley y previo un examen de conjunto de todo el cuerpo legal.

El apartado 12 de la base quinta es uno de los más importantes de la ley, porque afecta a una gran masa de propiedad, si tenemos en cuenta la organización agraria de nuestro país, que la ley quiere variar radicalmente. La tierra no debe ser origen de renta, se dijo muchas veces durante la discusión parlamentaria, y para convertirla en instrumento de trabajo y de producción, se dictó el apartado 12, como uno de los medios más eficaces de combatir el absentismo.

Bien merece que precepto tan capital para los objetivos que persigue la ley sea estudiado con todo detalle.

A. ALCANCE TERRITORIAL DEL APARTADO 12 DE LA BASE QUINTA DE LA LEY.

Para precisar el alcance territorial del número 12 de la base quinta de la ley es necesario ponerlo en relación con el último párrafo de la base segunda.

A tenor de lo establecido en el apartado 12 de la base quinta, serán susceptibles de expropiación «las tierras explotadas sistemáticamente en régimen de arrendamiento, a renta fija, en dinero o en especie durante doce o más años, excepción hecha de las arrendadas en nombre de menores o incapacitados; los bienes que constituyan la dote inestimada de las mujeres casadas, los poseídos en usufructo, los sujetos a sustitución fideicomisaria o a condición resolutoria y los reservables».

Y el último párrafo de la base segunda dispone: «La aplicación del apartado 12 de la base quinta a los términos municipales de las provincias no mencionadas en la presente sólo comprenderá aquellas fincas cuya extensión sea superior a 400 hectáreas en secano o 30 en regadío, y a los propietarios cuyos predios en todo el territorio nacional sumen una extensión superior a las indicadas. La expropiación se limitará a la porción que exceda de tales cantidades.»

Por consiguiente, como tenemos dicho en otro lugar (1), podemos establecer el alcance territorial de este apartado mediante las dos reglas generales siguientes:

a) Todas las tierras explotadas sistemáticamente en régimen de arrendamiento a renta fija, en dinero o en especie, durante doce o más años, situadas en las provincias de Almería, Cádiz, Córdoba, Granada, Huelva, Jaén, Málaga, Sevilla, Badajoz, Cáceres, Ciudad Real, Toledo, Albacete y Salamanca, cualquiera que sea su extensión superficial, serán susceptibles de expropiación.

La aplicación de esta regla supone, por tanto, la concurrencia de las circunstancias siguientes:

1.^a Que las fincas estén arrendadas a renta fija, en dinero o en especie.

2.^a Que el régimen de explotación en arrendamiento tenga doce años, cuando menos, de antigüedad.

3.^a Que las fincas se hallen situadas en las provincias citadas anteriormente.

4.^a Y, por último, que no estén comprendidas en las excepciones que el mismo número señala y que examinamos más adelante.

(1) Véanse nuestros *Comentarios a la Ley de Reforma agraria*. - Librería Bosch. Barcelona.

Siempre que concurren las condiciones enumeradas se expropiará toda la finca, cualquiera que sea su extensión.

b) También serán susceptibles de expropiación las tierras explotadas sistemáticamente en régimen de arrendamiento a renta fija, en dinero o en especie, durante doce o más años, situadas en las provincias de Alava, Alicante, Avila, Baleares, Barcelona, Burgos, las dos Canarias, Castellón de la Plana, Coruña, Cuenca, Gerona, Guadalajara, Guipúzcoa, Huesca, León, Orense, Oviedo, Palencia, Pontevedra, Santander, Segovia, Soria, Tarragona, Teruel, Valencia, Valladolid, Vizcaya, Zamora y Zaragoza, cuando su extensión exceda de 400 hectáreas en secano ó 30 en regadío, o aun teniendo menos extensión, pertenezcan a un propietario cuyas tierras en todo el territorio nacional sumen una extensión superior a 400 hectáreas en secano ó 30 en regadío; la expropiación sólo se limitará a la porción de tierra que exceda de dichas cantidades.

Supone, por tanto, esta regla la concurrencia de las circunstancias siguientes:

- 1.^a Que las fincas estén arrendadas a renta fija.
- 2.^a Que estén arrendadas durante doce o más años, sin interrupción.
- 3.^a Que se hallen situadas en las provincias antes enumeradas.
- 4.^a Que no se hallen comprendidas en las excepciones que establece este mismo número.
- 5.^a Que se trate de fincas que tengan una extensión superior a 400 hectáreas en secano ó 30 en regadío.
- 6.^a O que, aun teniendo menor extensión, pertenezcan a un propietario cuyos predios en todo el territorio nacional sumen una cabida superior a la expresada.

Queda, por tanto, bien marcada la diferente intensidad con que afecta este apartado de la base quinta a las tierras que estén situadas en los dos grupos de provincias que señala la ley. Para las tierras comprendidas en las provincias de la primera regla, basta el hecho del arrendamiento a renta fija durante doce o más años, y en cambio, para las situadas en las provincias de la regla segunda, a ese hecho se ha de añadir la circunstancia de tener determinada extensión superficial o pertenecer a propietarios

que en todo el territorio nacional tengan propiedades que sumen una extensión superficial superior a las indicadas.

B. ALCANCE JURÍDICO DEL APARTADO 12.

El criterio general en que se inspira este apartado de la base quinta es el de que la tierra no debe ser instrumento de renta; pero la renta que persigue es la específica de renta fija, en dinero o en especie, procedente del contrato de arrendamiento.

Por tanto, el primer requisito que exige este apartado es el de que se trate de tierras explotadas en régimen de arrendamiento a renta fija.

Quedan, por consiguiente, excluidas del precepto legal que examinamos las demás formas de explotación de la tierra, y en su consecuencia, las tierras llevadas en aparcería, medianería, etcétera, porque ninguna de estas formas de explotación puede ser legalmente conceptuada como arrendamiento, a tenor de lo establecido en el artículo 1.543 del Código civil, que exige el requisito del precio cierto para que exista contrato de arrendamiento.

A mayor abundamiento, falta también en esta clase de contratos la circunstancia de la renta fija que preceptúa la ley Agraria.

Algunos han supuesto que era aplicable a este precepto la definición que del arrendamiento se contiene en el último párrafo de la base 22.

Nosotros entendemos que ésta es una interpretación errónea, porque ese último párrafo de la base 22 hay que ponerlo en relación con el que inmediatamente le precede, en el que se dice que los arrendamientos y aparcerías serán objeto de otra ley, que se articulará con sujeción a los principios que allí se enumerarán, y en su último párrafo se dice que a los efectos de esta ley serán considerados como arrendamientos los contratos en que el propietario no aporte más que el uso de la tierra y menos del 20 por 100 del capital de explotación y gastos de cultivo. De manera que la ley a que este último párrafo se refiere es la futura de Arrendamientos.

De no ser así, como cualquiera que sea la aportación del propietario en un contrato de aparcería, la renta no es, ni puede ser

fija, es evidente que ese último párrafo de la base 22 estaría en abierta contradicción con el número 12 de la base quinta que estamos examinando, en el que no sólo se habla de explotación en arrendamiento, contrato que, por definición del artículo 1.543 del Código civil, requiere el precio cierto, sino que además se exige renta fija en dinero o en especie y explotación sistemática en ese régimen durante doce o más años.

Por tanto, si ese concepto del arrendamiento de la base 22 hubiera de referirse a la ley de Reforma agraria, es evidente que se le daría a ésta un alcance retroactivo mucho mayor del establecido en la base primera de la ley, ya que el concepto afectaría a contratos celebrados doce años antes a la vigencia de la ley.

Sigue hablando el precepto: «las explotadas sistemáticamente en régimen de arrendamiento...», concepto suficientemente aclarado en el número 10 de la Circular publicada por la Dirección general de Reforma Agraria en 30 de Diciembre último, a cuyo tenor «se entenderán explotadas en arrendamiento sistemático las fincas que estén ininterrumpidamente arrendadas a renta fija desde hace doce o más años, computándose este plazo con relación a la finca en sí misma, sin tener en cuenta que haya pertenecido a más de un propietario y salvo las excepciones que en el mismo apartado se contienen».

De aquellas dos reglas generales que antes hemos formulado se exceptúan las tierras que, aun explotadas en régimen de arrendamiento a renta fija, se hallen comprendidas en alguno de los casos siguientes:

- 1.º Las arrendadas en nombre de menores o incapacitados.
- 2.º Los bienes poseídos en usufructo.
- 3.º Los sujetos a sustitución fideicomisaria.
- 4.º Los sujetos a condición resolutoria.
- 5.º Los bienes reservables.
- 6.º Los bienes que constituyen la dote inestimada de las mujeres casadas.
- 7.º Las fincas en que su dueño haya tenido que respetar un arrendamiento hecho con anterioridad al momento de su adquisición.

La determinación de estas excepciones no ofrece dificultades,

por cuanto el sentido jurídico de los conceptos que le sirven de base es claro y preciso.

El fundamento de todas estas excepciones se explicó durante la discusión parlamentaria, diciendo que ninguno de esos casos constituía el absentismo, que la ley quería combatir.

Con respecto a los bienes de la mujer casada, claramente se establece que quedan exceptuados únicamente los dotales inestimados, y para precisar el alcance de la excepción nos habremos de atener al concepto que de dicha dote formula el artículo 1.346 en relación con el 1.336 del Código civil.

Se adujo en la discusión parlamentaria, como fundamento de esta excepción, que la mujer no podía sufrir las consecuencias de actos de administración de arrendamiento en que no había intervenido y que eran de la exclusiva facultad del marido.

Se pretendió excepcionar también los bienes parafernales de la mujer, y la Comisión parlamentaria rechazó la excepción, fundada en que estos bienes, si no están entregados al marido legalmente ante Notario, debían ser expropiados; pero si esos bienes están entregados al marido ante Notario, se equiparan a la dote inestimada y no era preciso que para ello se consignara una regla especial.

Indudablemente, en los territorios regidos por el Código civil la excepción, tal y como aparece formulada en la ley, será aplicable a pocos casos, porque, por regla general, la mayor parte de los bienes que pertenecen a la mujer casada tienen el carácter legal de parafernales y en muy contados casos están entregados al marido ante Notario; la situación de hecho es que el marido los rige y administra con entera independencia de la mujer, como si se le hubieran entregado en legal forma.

A la vista de toda la doctrina parlamentaria referente a este número de la base quinta y de la situación de hecho en que se ha desenvuelto la familia española, debía hacerse extensiva a los bienes parafernales la excepción que estamos examinando, porque persiguiendo la ley con este apartado 12 combatir el absentismo, es evidente que, en buenos principios de equidad, no puede conceptuarse a la mujer casada en esta situación con respecto a sus bienes, ya que, obligada a seguir y obedecer al marido, puede-

ocurrir que estén arrendados por la imposibilidad material de explotarlos de otra forma, o incluso contra su voluntad.

Por otra parte, si se estima como fundamento para excepcionar los bienes dotales inestimados el de que la mujer no puede sufrir las consecuencias de actos que son de la exclusiva facultad del marido y en que ella no ha intervenido ni podido intervenir, es evidente que los parafernales entregados al marido solemnemente, aunque no han perdido el carácter legal de tales por aquella entrega, deben equipararse a los dotales inestimados, a los efectos de este apartado 12, porque en este caso no puede la mujer intervenir en actos de administración y arrendamiento, que son de la facultad exclusiva del marido; éste es el sentido que el Sr. Díaz del Moral dió a la excepción que comentamos durante la discusión parlamentaria, y que no hubiera estado de más se hubiera llevado al texto de la ley.

Con relación a los parafernales no entregados solemnemente al marido, la situación de hecho, en la mayor parte de los casos, es que el marido administra y rige aquellos bienes con entera independencia de la mujer, y siendo muy confusa la apreciación legal de esta situación, debiera extenderse a estos bienes la misma excepción.

Por último, por lo que se refiere a la última excepción antes anotada, únicamente puede suscitar alguna duda lo relacionado con la prueba del contrato de arrendamiento.

Como la ley no distingue, parece que esa probanza había de referirse tanto a la excepción como al total contenido del apartado 12, y, por consiguiente, que habría de probarse el arrendamiento en la forma auténtica o fehaciente que se indica, tanto para expropiar como para eximirse de la expropiación; entendida la exigencia de la prueba con esta amplitud, la norma resulta inspirada en un criterio de igualdad para todas las situaciones que pueden presentarse.

Pero el criterio que informó este párrafo del número 12 de la base quinta, según se deduce de los antecedentes parlamentarios, es el de referirse sólo a arrendamientos forzosos, que el adquirente de una finca había de respetar, y para que en este caso estuviera exceptuada de la expropiación se había de probar el contrato de arrendamiento por su inscripción en los Registros de la

Propiedad o de Arrendamientos, o constar en escritura pública o documento privado que reúna los requisitos exigidos en el artículo 1.227 del Código civil.

Ahora bien, como desde el Decreto de 29 de Abril de 1931, confirmado por el de 31 de Octubre de 1931 y la ley de 11 de Septiembre de 1932, no puede ejercitarse la acción de desahucio de fincas rústicas cuya renta sea inferior a 1.500 pesetas más que por falta de pago, es evidente que ha quedado virtualmente derogado el artículo 1.571 del Código civil, que facultaba al comprador de una finca arrendada para dar por terminado el contrato de arriendo. Y como estas disposiciones no tienen en cuenta la forma y requisitos en que conste el contrato de arriendo, resultará que en los casos, muy frecuentes, en que éste no se halle inscrito en los Registros de la Propiedad o de Arrendamientos, o no conste en escritura pública o documento privado que reúna los requisitos del artículo 1.227 del Código civil, el comprador o adquirente de la finca no puede hacer cesar el arriendo, porque se lo prohíben las disposiciones citadas, y como la finca está arrendada y no puede probar la existencia del contrato, cae dentro del apartado 12 de la base quinta y se le puede expropiar.

Indudablemente, no debió ser éste el pensamiento del legislador, ya que en la discusión parlamentaria se habló de arrendamientos que forzosamente había de respetar el comprador, y en el último caso citado, la ley le impide cultivar directamente la finca y dar por terminado el arrendamiento.

Esto nos induce a pensar que al proceder a aplicar la ley de Reforma agraria o desarrollar su contenido se habrán de tener en cuenta las disposiciones antes enumeradas sobre arrendamientos y desahucio de fincas rústicas, y para armonizarlas con la de Reforma agraria sería necesario aclarar este párrafo del apartado 12 de la base quinta en el sentido de exigirse la prueba del contrato de arrendamiento para expropiar y para excepcionar, o bien en el de considerar incluídos en la excepción todos los arrendamientos de fincas que el comprador haya tenido que respetar por ser de renta inferior a 1.500 pesetas anuales, cualquiera que sea la forma en que consten y siempre que se trate de adquisiciones posteriores al 29 de Abril de 1931.

C. RETROACTIVIDAD DE LA LEY EN RELACIÓN CON EL APARTADO 12
DE LA BASE QUINTA.

El principio de retroactividad adoptado en la base primera de la ley, en relación con este apartado 12 de la base quinta, suscita dos importantes cuestiones que vamos a examinar.

1.^a El arrendamiento ¿puede incluirse en el concepto de situaciones jurídicas particulares relativas a la propiedad rústica, a que se refiere el primer párrafo de la base primera de la ley?

El problema se concreta, como es natural, a los arrendamientos concertados, modificados o extinguidos en el período que media desde el 14 de Abril de 1931 (fecha de retroacción de la ley) al 21 de Septiembre de 1932 (fecha en que empezó a regir la ley de Reforma agraria).

El contrato de arrendamiento no es sólo una forma de explotación de los bienes rústicos; crea derechos y obligaciones entre las partes contratantes, limita las facultades dominicales en términos que puede llegar a adquirir la forma o el contenido de un verdadero derecho real; en este sentido, no cabe duda que el arrendamiento crea una situación jurídica, y que esta situación es voluntaria; además, la situación derivada del arrendamiento puede oponerse a la plena efectividad de lo dispuesto en la ley de Reforma agraria; por tanto, hay que concluir que el arrendamiento está comprendido en el concepto de situaciones jurídicas a que se refiere la base primera de la ley y que le afecta el principio de retroactividad.

Ahora bien, repasando los antecedentes parlamentarios de la base primera, se llega a la convicción de que al discutirla no se pensó en el arrendamiento; y no tiene nada de extraño, si pensamos que supone siempre una situación temporal y no definitiva y que predomina en este contrato el aspecto de ser una forma de explotación de la tierra más que un gravamen o limitación del dominio; lo prueba el hecho de que las excepciones que se señalan al principio de retroactividad son todas situaciones definitivas, que implican un cambio de dominio o un gravamen hipotecario.

Además, el arrendamiento concertado o modificado en el lapso de tiempo a que nos venimos refiriendo no se opone a la efectivi-

dad de la Reforma agraria, puesto que no impide la expropiación en su caso, ni siquiera el arrendamiento, puesto que una de las aplicaciones que han de tener los bienes expropiados es la de concederlos a censo reservativo o enfitéutico a los actuales arrendatarios, según dispone la base 12.

Y si el contrato de arrendamiento se ha extinguido en el período mencionado, recobrando el propietario el cultivo directo, se ha cumplido una de las finalidades de la ley, cual es la de combatir el absentismo e impedir que la tierra sea instrumento de renta.

Si a lo que antecede unimos la consideración de que la no interrupción del cultivo limita extraordinariamente la voluntad del propietario en orden a la creación y extinción del arrendamiento, habremos de concluir que no debe incluirse este contrato entre las situaciones jurídicas a que se refiere el principio de retroactividad, porque, en la mayor parte de los casos, la extinción del arrendamiento se habrá impuesto al propietario forzosamente.

2.ª ¿Cuándo se tendrán por cumplidos los doce años de arrendamiento ininterrumpido que exige el apartado 12?

Este es un problema que está en íntima relación con el anterior, y, por consiguiente, su solución depende del criterio que se adopte al aplicar el principio de retroactividad a los arrendamientos.

No obstante, y teniendo en cuenta las consideraciones que dejamos apuntadas, entendemos que los doce años deben estimarse cumplidos el día 21 de Septiembre de 1932, fecha en que empezó a regir la ley.

Además, si se entendiera que terminaban los doce años el 14 de Abril de 1931, en realidad se daría a la ley una retroactividad mucho mayor que la señalada en la base primera, ya que nos obligaría a empezar a computar el plazo de los doce años en momento muy anterior, lo que equivaldría a que la ley afectase a actos y situaciones anteriores a la fecha a que se retrotraen los efectos de la ley, por expresa declaración de la base primera.

D. INVENTARIO DE LAS FINCAS COMPRENDIDAS EN EL APARTADO 12 DE LA BASE QUINTA.

Con arreglo a la circular de 30 de Diciembre último de la Dirección general de Reforma Agraria, se han debido declarar, a

los efectos del inventario, todas las fincas que se hallasen comprendidas en la base quinta de la ley, y entre ellas las afectadas por el apartado 12, y como en dicha Circular no se hace referencia alguna a la base segunda, es natural que en la mayor parte de los casos los particulares hayan prescindido de las limitaciones que establece dicha base segunda; en este sentido se habrán acumulado en las declaraciones muchas fincas que no deben ingresar en el inventario.

Por eso, al proceder a la definitiva inclusión habrán de separarse las fincas afectadas por el número 12 en los dos grupos a que se refieren las dos reglas generales que dejamos anotadas al principio de este trabajo, e incluir solamente las fincas explotadas sistemáticamente en régimen de arrendamiento a renta fija durante doce o más años, cualquiera que sea su extensión, si están situadas en las catorce provincias que se detallan en la base segunda, y únicamente las que tengan una extensión superior a 400 hectáreas en secano o 30 en regadío, o pertenezcan a un propietario cuyos predios en todo el territorio nacional sumen una extensión superior a las indicadas, si están situadas en las demás provincias.

Por la forma en que se han hecho las declaraciones, este último detalle sólo podrá comprobarse mediante la formación del índice general de propietarios afectados que propugnábamos en nuestro anterior trabajo, «Inventario de la propiedad afectada por la ley», que se publicará en el Boletín del Instituto de Reforma Agraria.

PEDRO S. REQUENA,

Notario.

Apuntes sobre las anotaciones preventivas en el Derecho hipotecario español ⁽¹⁾

11

LAS ANOTACIONES JUDICIALES

Las primeras figuras que dentro del artículo 42 de la ley Hipotecaria aparecen a los ojos del estudioso, son las llamadas anotaciones judiciales. Desde el punto de vista de la clasificación que antes expusimos (1), es indudable la existencia de una honda diversidad sustancial entre los casos que abarcan. Así, los números 1.º y 5.º de dicho precepto pertenecen al grupo de las anotaciones de pura publicidad, y los números 2.º, 3.º y 4.º, al de las que podríamos llamar constitutivas. No obstante esto, estas cinco anotaciones presentan en ciertos aspectos (especialmente en el procesal) tales analogías, que hacen en extremo conveniente (para salvar enojosas repeticiones) el que sean estudiadas al mismo tiempo y relacionándolas continuamente.

Aun cuando el campo de las anotaciones judiciales sea más extenso, nuestro estudio se limita solamente a las derivadas del proceso civil. La mayor importancia de éstas justifica en parte tal limitación. Y ello no impide, naturalmente, que aquellas de nuestras afirmaciones que saliendo del campo puramente procesal caen en el estrictamente hipotecario, deban ser extendidas a las demás anotaciones que generalmente se designan con el nombre que encabeza este trabajo.

* * *

(1) Véase número 99 de esta misma Revista.

La anotación del número 1.º del artículo 42 de la ley Hipotecaria nos presenta una figura de medida cautelar que halla su explicación en ciertos efectos de la demanda y del proceso.

Desde que se presenta la demanda hasta la terminación del litigio ha de transcurrir forzosamente algún tiempo. Esta duración del proceso, siendo ciertamente una necesidad, se presenta también—con frase de Carnelutti—como un inconveniente. El actor ve demorada la realización de la pretensión llevada por él al juicio. Siendo la demanda el acto mediante el cual el actor hace patente su voluntad de invocar la actuación del órgano jurisdiccional del Estado para la obtención de un bien que la Ley le reconoce frente al demandado, con su sola presentación el demandante ha desarrollado ya por completo su voluntad de obtenerlo; y a este momento debe referirse el efecto de la posible sentencia que se lo reconozca. De lo contrario, de comenzar los efectos de la sentencia respecto a la prestación el día de la sentencia misma, se causaría al demandante un perjuicio inmotivado.

Este principio es de tan evidente justificación, que desde el Derecho romano llega hasta nuestros días, y en la doctrina lo encontramos expresado por civilistas y procesalistas. Así, Windscheid (1) dice: «El actor cuya pretensión es fundada, puede propiamente exigir que se le atienda en seguida en la obtención de lo suyo. Pero en razón del debate y de la apreciación del Juez, hechos necesarios por la contradicción del convenido, esto no es posible; exigen siempre un cierto tiempo, frecuentemente un largo tiempo. ¿Debe sufrir el actor el daño de esto? Parece inícuo y, por tanto, preséntase como justo que el demandado, si se llega a la condena, sea condenado respecto al actor a todo aquello que éste habría tenido si hubiese sido inmediatamente satisfecho en la época en que se inició el proceso.» Y así también Chiovenda, al hablar de la correspondencia entre la demanda judicial y la sentencia, formula el mismo principio con las siguientes palabras (2): «La sentencia que admite la demanda, debe actuar la Ley como si esto ocurriese en el momento de la demanda judicial;

(1) Pand. I, § 124.

(2) «Princ. de Der. proc. civ.», T. I, p. 163 de la trad. española.

la duración del proceso no debe obrar en detrimento del poder «del actor» (1).

Este principio, que justifica en el Derecho civil numerosos preceptos (p. ej., los artículos 451 y 1.945 del Código civil), determina en el campo procesal una serie de medidas que tienden a asegurar ya durante el juicio la ejecución de la posible sentencia en forma preventiva, inicial, a fin de evitar al actor posibles perjuicios derivados de la necesaria duración del proceso. Entre ellas está la anotación que estudiamos. Porque el reconocimiento del derecho real reclamado hecho en la sentencia aparece—por la naturaleza de la relación objeto del proceso—como insuficiente; tanto más si se le relaciona con la índole de los efectos que la Ley asigna a la publicidad registral. Si la Ley no concediese medios para hacer constar en el Registro el mero hecho de la presentación de la demanda, el juego del principio de publicidad negativa podría afectar a la posibilidad de la ejecución de la sentencia. La transmisión inscrita del inmueble o derecho real litigioso, con buena fe en el adquirente (2), determinaría en el sucesor a título particular la adquisición de la posición jurídica de tercero respecto a la relación debatida. Con ello, indudablemente, se facilitaría al demandado una absoluta e injusta posibilidad de anular prácticamente los efectos de la sentencia.

(1) Esto no es sino una consecuencia más de la concepción de la demanda como acto inicial del proceso y a la que deben referirse los efectos materiales del mismo. Es absurdo seguir manejando, por algunos de nuestros autores, el concepto de «litis contestatio» para explicar el comienzo del juicio, cuando hace ya muchos años que ha sido totalmente rechazado por la doctrina científica. El llamado cuasi contrato de «litis contestatio» es una peculiaridad del proceso romano clásico (que se empieza a abandonar excepcionalmente ya en los últimos tiempos del Derecho romano) y que carece de sentido en el proceso moderno. No hace falta, para que el proceso exista, que comparezca el demandado, ni precisa, por tanto, ficción alguna para explicar el proceso en rebeldía. La demanda es, de por sí, el acto inicial del procedimiento. V. Windscheid «Pand», t. I, § 126, trad. it. y notas de Fadda y Bensa al mismo; Chiovenda, ob. cit. § 41; Sans Sper, «Il processo civile nel sistema del diritto» (en «Studi di dir. proces. in onore di G. Chiovenda»), p. 818, s. s.; etc.

(2) Véase, para la justificación de este inciso, J. González: «Prohibiciones de disponer», en «Principios hipotecarios», p. 354 y siguientes. En general, sobre buena fe, el capítulo así intitulado de dicha obra; Le Pelley: «La notion de tiers dans la législation hipot. esp.», pág. 82 y siguientes.

A salvar este defecto viene el número 1.º del artículo 42 de la ley Hipotecaria (1), que se nos presenta como un medio de tutela jurídica preventiva provisional, determinante de una anticipación de efectos registrales a un derecho incierto, como una concesión anticipada de los beneficios de la publicidad a un derecho que, por su incertidumbre, no era susceptible de entrar en el Registro por la vía normal de la inscripción. O sea como una de las del grupo primero de la clasificación que aceptamos. Y, por otra parte, como una repercusión registral de lo que en Derecho procesal civil recibe el nombre de «medidas provisionales de seguridad» o «medidas cautelares», concepto este que más adelante tendremos ocasión de desarrollar.

De ciertas resoluciones de la Dirección general de los Registros que excluyen del ámbito de esta anotación el ejercicio de acciones personales, parece deducirse su limitación — que alguien llega a formular expresamente — al concepto de acciones de naturaleza real. No obstante esto, entre los casos mencionados en la legislación y los admitidos por la jurisprudencia encontramos un gran número de supuestos que en modo alguno pueden referirse a esta categoría. Así, por ejemplo, la rescisión por fraude de acreedores del número 3.º del artículo 1.291 del Código civil, la demanda de divorcio, etc.

Ante la existencia de estos casos de anotación que la jurisprudencia había certeramente referido al número 1.º del artículo 42 de la ley Hipotecaria, la doctrina se encontró con la necesidad de precisar el concepto. Sus resultados (aunque en general no sean muy criticables) adolecen, como otras muchas veces, de falta de precisión. Porque — dejando aparte una larga enumeración de casos ya decididos — apenas si queda otra cosa que afirmaciones como la siguiente: «Que no basta para pedir la anotación preventiva un derecho preliminar que conduzca a la propiedad de la cosa que se demanda, sino que es preciso tener ya la titularidad real

(1) «1.º El que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real.» El artículo 102 del Reglamento comprende en ella las demandas a que se refiere el a. 24 L. H.; y el 182 del Reglamento, la sobreineficacia de una cancelación. Caen también aquí las de los artículos 1.437 y 649 C. c. y artículos 25 y 36 de la Ley del divorcio.

de esa propiedad, y que lo que persigue esa anotación es poner de acuerdo el Registro con la realidad» (1), donde no hay forma humana de incluir las acciones de impugnativa; por ejemplo, la de revocación de donaciones. O esta otra, de Morell (2), de que comprende «toda demanda por la que se reclama algún derecho que afecte directa y determinadamente a fincas o derechos reales inscritos», concepto poco comprensivo que deja fuera ciertos supuestos, como, por ejemplo, las acciones de divorcio y separación de bienes en que no se reclama ningún derecho ya existente, sino que se pide el cese de una determinada normación patrimonial y la constitución *ope judicis* de una regulación nueva (como consecuencia de los efectos sobre el matrimonio, pedidos en primera línea). Solamente basándose en un anticuado concepto de la acción como ejercicio de un derecho, como un derecho en estado de guerra (en frase de Unger), es posible aceptar la afirmación de Morell.

Los inconvenientes de esta imprecisión doctrinal son tan notorios, que no creemos precisa la menor insistencia. Tan sólo como una consecuencia patente mencionaremos el hecho de que Morell llega a pedir la admisión de la anotación de demanda para el cumplimiento de una promesa de venta. De cuanto hemos expuesto en este artículo y en el anterior se deduce nuestra opinión sobre el caso. El autor hubiera obrado más lógicamente refiriéndola al número 4.º del artículo 42 de la ley Hipotecaria.

Este estado doctrinal es el que nos obliga aquí, una vez más, a intentar precisar el contenido del número 1.º del artículo citado. Para ello precisa partir del concepto de los llamados derechos potestativos (3) y del de las sentencias constitutivas.

(1) Campuzano: «Der. Inmobiliario», p. 548. La aclaración que sigue de que «lo que tiene que ser real es el derecho base de la acción, aunque la acción en sí misma sea personal», es falsa; ej., separación de bienes en el matrimonio, acción rescisoria; así, en este último caso, equivaldría a decir que la base de la rescisión es la propiedad *que se tuvo*. Igualmente, la interpretación de «constituir» es bien imprecisa y oscura.

(2) «Com. a la Legisl. hipotecaria», tomo III, p. 37.

(3) No pretendemos con ello entrar en el debate sobre si son verdaderamente tales derechos o sólo meras facultades jurídicas. Partiendo del concepto del *deber* como eje fundamental de la ordenación jurídica, llegaríamos a negarles el carácter de derechos subjetivos. Pero emplearemos aquí el término

De derecho subjetivo, dice Windscheid (*Pan.*, § 37), puede hablarse en un doble sentido: 1), como derecho a una determinada conducta, acto u omisión de las personas que se encuentran frente al titular o de una sola persona; 2), cuando con ella se entiende que la voluntad del titular es decisiva para el nacimiento de derechos de la especie anterior o para la extinción o modificación de los ya nacidos. A esta segunda especie es a la que aquí nos referimos.

Categoría muy discutida, se configura como el poder del titular de producir por su voluntad sola un efecto jurídico que otro u otros están obligados a sufrir. En ella no puede hablarse de obligado u obligados antes de que la voluntad del titular se exteriorice. El adversario permanece tan sólo como un mero espectador, estando obligado a sufrir los efectos que la Ley refiere a aquella declaración de voluntad.

El derecho potestativo puede referirse: a), a la constitución de un efecto jurídico (retracto convencional, derecho a exigir una servidumbre de paso coactivo); b), a la modificación (elección en las obligaciones alternativas); c), a la extinción de una situación jurídica preexistente (división de la cosa común, rescisión). Tanto unos como otros pueden afectar ya a relaciones de naturaleza real, ya meramente obligatorias. Pero en el primer caso no debe suponerse que por tender a producir cierto efecto en orden a un derecho real, deba por ello el derecho potestativo gozar de eficacia absoluta, *erga omnes*. Porque si bien en algunos casos puede tenerla (ejemplo, facultad de pedir la división de la cosa común), no es requisito indispensable; antes bien, en gran número de supuestos su eficacia es solamente relativa. Así, por ejemplo, la acción de rescisión que tienda a dejar sin efecto una anterior transmisión de propiedad está limitada en su ejercicio a determinadas personas (artículos 1.295, 1.297 y 1.298 del Código civil; artículo 36 y sigs. de la ley Hipotecaria).

«derecho potestativo», por estimarlo menos propenso a confusiones que el de facultad. Véase sobre el concepto y la polémica Chiovenda: «L'azione nel sistema dei diritti», n. 11, p. 106 (en «Saggi di dir. proces. civ.», Ferrara: «Trat. di dir. civ. it.». Vol. I, p. 341 y siguientes. G. Messina: «Sui cosiddetti diritti potestativi» (en «Studi giur. in onore de C. Fadda».) Vol. VI, pág. 278 y siguientes. Chiovenda: «Princ. de Der. proc. civil». T. I, págs. 54 y siguientes y nota a la p. 56 (trad. española).

Ahora bien: la manifestación de voluntad del titular de un derecho potestativo no siempre es suficiente para producir por sí sola el efecto jurídico a que tiende. Esto, evidentemente, puede suceder en ciertos casos; así, por ejemplo, en el retracto convencional, en la elección entre las varias prestaciones en las obligaciones alternativas, etc. Pero en la mayoría de los casos, generalmente por llevar en su base el derecho potestativo una serie de supuestos (de hecho o de derecho) a que la Ley refiere su nacimiento, la producción del efecto jurídico querido es atribuida a un acto del órgano jurisdiccional del Estado. El Juez, después de probados los supuestos básicos del derecho que se ejercita, sentencia en el sentido del efecto querido. La constitución, modificación o extinción de la relación antes existente nace con la sentencia. De esta peculiaridad de efectos deriva su nombre de sentencias constitutivas. Con el mismo calificativo se designa también la acción que a ella tiende.

La exposición de estos conceptos era indispensable para nuestro estudio. Intentemos ahora delimitar con su ayuda el ámbito del número 1.º del artículo 42 de la ley Hipotecaria.

La interpretación literal del mismo nos da el primer grupo de procesos que pueden dar origen a esta anotación. Se trataría ya de aquellos en que se discute meramente la titularidad de una relación inscrita, ya de la existencia o eficacia del acto o negocio originario de una relación real sobre uná finca—contrato real (1)—. Es decir, a discusiones bien subjetivas (reivindicación, petición de herencia), bien objetivas (*actio confessoria*, anulabilidad del contrato generador de un usufructo, etc.), pero siempre referentes a relaciones ya nacidas, existentes con anterioridad al litigio. Y aquí parecen dejar la cuestión bastantes hipotecaristas españoles.

Esta interpretación es, sin embargo, insuficiente si no se la completa con los conceptos que antes se expusieron. De lo contrario, la reglamentación legal de los derechos potestativos encaminados a relaciones reales quedaría prácticamente anulada en los más de los casos, abriendo el principio de publicidad negativa una amplia vía al abuso y al fraude. Todos los derechos potestativos que tiendan a crear, modificar o extinguir una relación

(1) Como contrapuesto a contrato obligatorio.

inscribible hallan cabida en el número 1.º del artículo 42 de la ley Hipotecaria. Es decir, que son anotables no sólo las demandas antes referidas, sino también aquellas en que se ejerciten *acciones constitutivas* de relaciones reales. Esta es la interpretación que damos a la palabra «constitución» del texto legal que estudiamos. Y es la única que permite recoger sin artificios las acertadas aplicaciones que de esta anotación ha hecho la jurisprudencia.

Con ello resulta explicado el porqué hemos rechazado ciertas afirmaciones. Así la que restringe su esfera de actuación a las acciones reales; porque hay acciones constitutivas que, no obstante su naturaleza meramente relativa, tienden a producir un efecto real (cuando se den los supuestos legalmente determinados). Y la que exige que, al menos, sea real el derecho que origina la acción; porque no hay que atender al derecho o relación originadora, sino al efecto al que tiende el derecho potestativo (1).

En las páginas que siguen encontraremos algún otro concepto aplicable también a esta figura de anotación.

* * *

Los números 2.º y 3.º del artículo 42 de la ley Hipotecaria suelen ser designados corrientemente con el nombre de «hipotecas judiciales». Aun cuando la exposición de motivos de la Ley extienda esta denominación a las anotaciones preventivas en general, el concepto—si quiere usarse—debe ser restringido a los números citados, ya que las restantes figuras de anotación judicial (2) en modo alguno pueden ser concebidas como un derecho al valor. Conviene, sin embargo, advertir que aun en los números antes referidos la equiparación al derecho de hipoteca que tal denominación implica es, en punto a efectos, algo inexacta. Más adelante desarrollaremos esta afirmación.

Estudiando conjuntamente dichas dos anotaciones encontramos, en primer lugar, una nota que es común a todas las anotaciones judiciales: la de precisar una resolución judicial que ex-

(1) Así, en la rescisión por fraude de acreedores, ¿dónde está el derecho real originador?

(2) Las no judiciales quedan exceptuadas implícitamente por la misma exposición de motivos.

presamente la decreta. Con ello tenemos una característica que las distingue de las llamadas «hipotecas judiciales» en los Derechos francés e italiano, en que la hipoteca nace *ipso iure* de ciertas sentencias y actos judiciales, aunque las partes no la soliciten ni el Juez la declare (1): garantía general, aunque no exenta de inscripción, acompaña aquellos actos por declaración de la Ley y funciona totalmente como cualquier otro derecho de hipoteca (2). Nuestro Derecho, en cambio, permanece más fiel a la trayectoria romana, debiendo referirse el origen de las medidas que estudiamos a este Derecho a través de la legislación de Partidas. El *pignus praetorium* y el *pignus ob executionem rei judicatae* deben figurar a la cabeza de la evolución que termina en los números 2.º y 3.º del artículo 42 de la ley Hipotecaria (3).

* * *

Ambas figuras de anotación funcionan haciendo públicas en el Registro de la Propiedad ciertas resoluciones judiciales en que, en tutela del interés demandado, se concede un derecho de ga-

(1) Esta peculiar institución, aunque se haya pretendido relacionarla con el «*pignus in causa judicati captum*» (Planiol, t. II, n. 2.851), es, según parece, de origen típicamente francés. La «*actio judicati*» era, en Derecho romano, una acción personal, y el «*pignus*» aludido un procedimiento de ejecución dado ordinariamente en un juicio especial posterior al de condena y previa una decisión del magistrado. Estas características hacen que sea difícilmente derivable de él la hipoteca judicial francesa, a no mediar otras influencias. (Bianchi: «Dell'ipoteca», t. I, p. 109 n.; Chiesi: «Il sistema ipotecario illustrato», t. III, números 559 a 561 y 644-5). Mejor parece derivar la institución de la hipoteca general y tácita que en el antiguo Derecho francés llevaban consigo todas las obligaciones contraídas ante Notario. Era natural, dicen los autores, que este beneficio se extendiese a las Sentencias, que tenían más autoridad que los documentos notariales. Bianchi, loc. cit.; Baudry-Lacantinerie: «Précis», t. II, n. 1.553; íd. y De Loynes: «Du nantiss. des privil. et hypoth. ...» (en el «Traité»), t. II, números 1.218-21. El Der. italiano la cogió del Cód. Napoleón.

(2) Con lo que tenemos, según veremos más adelante, una segunda diferencia.

(3) Leyes 1.ª y 2.ª, tít. 3.º; tít. 9.º; Leyes 3.ª y 6.ª, tít. 27, Partida 3.ª; Ley 1.ª, tít. 13, Part. 5.ª; tít. 6.º Ord. de Alcalá; Leyes 63 y 64 de Toro; tít. 5.º; Leyes 1.ª, 3.ª y 4.ª, tít. 17; Leyes 1.ª, 3.ª, 4.ª y siguientes, tít. 28, libro XI, Nov. Rec. etc., etc.

rantía sobre bienes inmuebles concretos. Los bienes anotados quedan sujetos en su valor a una determinada responsabilidad que nace con la anotación misma, aunque en su origen suponga una resolución judicial expresa. He aquí por qué decíamos al clasificar las anotaciones preventivas que éstas publican, constituyendo: el crédito base de la acción no podría entrar en el Registro si la Ley, mediante uno de sus órganos, no le aunase un refuerzo de carácter real.

Ahora bien: ¿puede hablarse propiamente de tal naturaleza real en estas anotaciones? Es decir: ¿puede hablarse de su equiparación al derecho de hipoteca—dejando a salvo su naturaleza provisional—, y en tal sentido, de su protección por los llamados principios materiales del Registro? Aquí hay que proceder con cautela, ya que la cuestión es más compleja de lo que a primera vista pudiera parecer.

El artículo 44 de la ley Hipotecaria declara que «el acreedor que obtenga anotación a su favor en los casos de los números 2.º, 3.º y 4.º del artículo 42, tendrá para el cobro de su crédito la preferencia establecida en los artículos 1.923 y siguientes del Código civil», o sea que, según el número 4.º del artículo invocado, gozará de preferencia sobre los bienes anotados sólo en cuanto a créditos posteriores. Aparece con ello en la naturaleza de estas anotaciones una limitación extraña, aunque muy justificada, que suele ser designada corrientemente como una limitación de su preferencia. Sin embargo, esta expresión debe ser totalmente rechazada por equívoca, ya que, según veremos, la preferencia (como nota característica de los derechos reales) funciona en ellas plenamente (1). Y su no eficacia respecto a los derechos reales anteriores no inscritos (limitación de la publicidad negativa) no encaja en el ámbito de los citados artículos 44 de la ley Hipote-

(1) Decimos *preferencia*, no *prioridad*. La preferencia es cualidad civil, lógica, de los derechos reales; la prioridad es la repercusión registral de la preferencia, *pero modificada por el principio de publicidad negativa*. Es decir, que si bien normalmente coinciden ambas, excepcionalmente pueden contradecirse en caso de desacuerdo entre realidad y registro. Por ello, al hablar arriba de *preferencia*, aludimos *necesariamente* a relaciones constituidas posteriormente. La prioridad sólo supone la inscripción posterior, aunque la relación se hubiese constituido antes.

caria y 1.923 del Código civil, que hablan solamente de créditos, siendo su explicación bien distinta, según veremos.

El artículo 1.923 del Código civil, al referirse a la hipótesis del concurso general, nos da la base de nuestro estudio. Según él, los créditos anteriores en fecha a la anotación conservan frente al crédito anotado la misma situación que antes tenían, preferente o no. Los posteriores, en cambio, deben sufrir la prelación que la anotación otorga. De lo que resulta que la anotación crea una garantía real solamente desde su fecha, sin alterar en nada la situación que el crédito garantizado tenía en el pasivo del deudor. Esto es, que la anotación opera solamente para el futuro sin crear, a diferencia de la hipoteca, un gravamen que afecte al presente de la masa acreedora. Por esto es equívoco hablar de limitación de su preferencia, porque aquí se habla solamente de créditos. Por la misma razón, tampoco puede extenderse aquí la afirmación de inexistencia de la publicidad negativa (que después desarrollaremos); porque ésta no tiene nada que ver con derechos de obligación. Se trata de una limitación a los efectos civiles del gravamen en relación a los créditos concurrentes. Hay garantía que funciona civilmente sólo para el futuro y cuya repercusión en el Registro implica consecuencias peculiares. Por lo cual—eludiendo la ambigua expresión de preferencia—prefiero hablar de derecho de garantía limitado por su fecha de origen y que funciona, por tanto, civil y registralmente sólo desde su fecha, esto es, respecto a relaciones posteriores.

* * *

Para ver ahora cómo funciona aquí el «principio de prioridad» precisa estudiar, además de esta hipótesis del concurso general, otras varias. Así la de la transmisión de la finca o derecho anotados. En este caso no puede dudarse ni de que el gravamen sigue al inmueble mientras esté vigente (persecución, adherencia), ni de que actúa con prioridad respecto a las anotaciones e inscripciones realizadas bajo el nuevo dominio (1). Ahora bien, ¿cesará

(1) Para los derechos reales anteriores a la anotación y no inscritos, el adquirente estaría protegido por el principio de publicidad (posición jurídica de *tercero*), resultando—por reflejo—beneficiado también el anotante. Véase después lo escrito sobre el principio de publicidad negativa.

por ello la limitación de efectos que deriva del artículo 44 de la Ley? Evidentemente, no. Los acreedores del enajenante, con preferencia sobre la anotación, conservan sus derechos, *pero sólo respecto al valor anotado*, pudiendo actuar en tal sentido en cualquier supuesto de enajenación del inmueble para pago del crédito garantizado por la anotación.

Examinemos ahora la hipótesis de un concurso especial limitado a los acreedores del número 2.º del artículo 1.927 del Código civil: hipotecarios, refaccionarios y anotaciones citadas. Esta es la que con mayor claridad nos lleva al buen camino.

¿Habrá que atender para graduar el pago—por ejemplo, caso de tercera de mejor derecho—a la fecha de los respectivos asientos o a la del crédito? La segunda solución es, según se deduce de todo lo expuesto, la aceptable: el artículo 44 de la Ley actúa en todas las hipótesis posibles. Pero conviene explicar este supuesto, casi en plan de sutileza, para evitar una confusión corriente y que puede llevar a algunos extravíos.

La anotación realizada en el Registro acredita la existencia de una responsabilidad, de un gravamen impuesto judicialmente sobre la finca o derecho. Por el hecho de constar en el Registro la anotación, lleva consigo, respecto a las inscripciones posteriores, los beneficios de la publicidad *positiva*. Cualquier inscripción o anotación posterior queda en posición subordinada, pendiente de la posible subasta de la finca o derecho. Así, un usufructo (1) o hipoteca posteriores. Es decir, que, caso de producirse este supuesto de venta judicial, dichos derechos inmobiliarios, *en sí*, vienen a menos. La publicidad positiva y la prioridad actúan, por tanto, registralmente, *exactamente* igual en las anotaciones que en las inscripciones, respecto a los derechos constituidos posteriormente.

Este concepto requiere, sin embargo, alguna aclaración. Porque los efectos a que aludimos son solamente los registrales, es decir, los referentes a los derechos reales *constituidos* con posterioridad a la anotación. La afirmación debe reducirse a estos simples términos si no quiere ponerse en contradicción con lo antes

(1) Salvo expresamente aquí la especial consecuencia de la naturaleza de estas anotaciones, que obliga a respetar la situación jurídica real del inmueble, esté inscrita o no. El desarrollo de este concepto se hallará más adelante.

expuesto sobre los efectos de estas anotaciones, según el artículo 44 de la Ley. Nadie duda que un derecho real de goce constituido e inscrito con posterioridad a la anotación deberá cancelarse en virtud de la transmisión judicial del derecho gravado. La hipótesis es idéntica en el supuesto de una hipoteca en garantía de un crédito posterior en fecha. Hasta aquí los principios hipotecarios funcionan normalmente. Pues bien, nuestra afirmación se reduce a decir que en el supuesto de un *derecho de garantía real* a favor de un crédito anterior en fecha al anotado, la prioridad actúa también *respecto a la garantía real* (que desaparece con la subasta, quedando limitada a un derecho al remanente), si bien el crédito garantizado puede ser preferente en virtud del 1.923, número 4.º, del Código civil. Es decir, que en definitiva el crédito de la hipoteca o anotación posterior será preferente al de la anotación anterior en una tercería de mejor derecho; pero la anotación lo es, a su vez, respecto a aquellos asientos (derechos) (1). Por eso hablábamos de mera preferencia registral (prioridad). Y el concepto tiene su campo en materia de cancelaciones.

* * *

De la consideración general de que las anotaciones preventivas aparecen reguladas por la ley Hipotecaria como una de las varias formas posibles de asientos, podría estimarse a primera vista que las prescripciones de la misma las protegen al igual que a las inscripciones, donde no constase una limitación expresa. Es decir, que donde ésta no existiera, los principios hipotecarios protegerían la anotación en forma rigurosa y formal.

Esta afirmación, cierta en principio, tiene una limitación concreta en determinadas anotaciones, limitación que aun no constando en la Ley, ha sido iniciada con acierto por la jurisprudencia. Se trata de las figuras de anotación que tienen como base un derecho de carácter meramente obligatorio, en relación a los efectos de la publicidad negativa. La doctrina se ha formado alrededor de los números 2.º y 3.º del artículo citado (2), pero tiene un alcance más

(1) En definitiva, por la naturaleza constitutiva de esta clase de asientos.

(2) Véanse sentencias 1-Feb.-1886; 12-Mayo-1886; 26-Oct.-1888; 14-Nov.-88; 13-Dic.-92; 7-Marzo-96; 12-Jul.-04; 21-Jun.-06; 20-Oct.-08; 26-Marzo-09; 23-Marzo-1910; 21-Febr.-1912; 20-Nov.-25; 20-Marzo-31; etc. La Jurisprudencia suele fundamentarla aplicando el cit. art. 44 de la ley; esta argumentación es, según se verá, equivocada.

general, debiendo ser extendida a los demás casos de anotación constitutiva, en principio.

La limitación responde totalmente a la naturaleza de estas anotaciones. Siendo la base de éstas un derecho de carácter meramente obligatorio, la entrada en el Registro es sólo posible cuando la Ley (directamente o mediante el arbitrio de uno de sus órganos) le aune el beneficio de un refuerzo de carácter real—obtenido por el medio técnico de la anotación—. La responsabilidad general del patrimonio del obligado se concreta con ello en un determinado bien inmueble, que queda afecto, en primer término (en naturaleza o en valor), al cumplimiento de la obligación pactada. El beneficio que la Ley añade al crédito consiste en la posibilidad de obtener una garantía especial sobre bienes inmuebles del deudor. De donde deriva primeramente que los bienes deben ser efectivamente del obligado, sin que sea suficiente que consten inscritos a su nombre; o sea que, por ejemplo, la anterior transmisión no inscrita perjudicará al anotante, por falta de uno de los supuestos legales de su derecho. Y segundo, que al afectar mediante la anotación un derecho cualquiera, debe respetar íntegramente la situación del mismo, cogiéndolo solamente tal como existe en el patrimonio de su titular; con lo que los gravámenes anteriores, aún no inscritos, surten sus efectos plenamente contra él.

Esta limitación de los efectos de la publicidad, que deriva, a nuestro entender, de la naturaleza misma de las anotaciones constitutivas—por ser uno de los supuestos legales de la concesión del derecho—, resulta aún más lógica, si cabe, en las de los números 2.º, 3.º y 4.º del artículo 42 de la Ley. Porque éstas, incluso con referencia a los derechos puramente obligatorios, funcionan solamente para el futuro—según el citado artículo 44 de la ley Hipotecaria—, respetando la anterior situación del patrimonio en relación a la masa acreedora. Pero conviene advertir que, así como esta última limitación de los efectos de prelación en el concurso de créditos es aplicable solamente a los citados números 2.º, 3.º y 4.º del artículo 42—porque el artículo 44 de la Ley no permite ninguna interpretación extensiva—, la limitación a los efectos de la publicidad material (en relación, por tanto, a derechos reales) tiene mayor extensión por derivar de un supuesto común a todas las

anotaciones constitutivas (1): que se coja un bien del deudor tal como está actualmente en su patrimonio.

Tenemos con ello en estas anotaciones una restricción de los efectos de la publicidad al aspecto puramente positivo; no hay aquí, por tanto, función negativa de la publicidad material. Con ello, el concepto de tercero (como sujeto fundamental del Registro, como posición jurídica beneficiosa) queda notablemente alterado. Pero no acaba aquí la repercusión del concepto expuesto. Porque siendo el principio registral de prioridad el resultado de la conjunción de la cualidad civil de preferencia y del principio de publicidad material, resulta—por reflejo—modificado: al ser inscrita posteriormente una relación jurídica real constituida (2) anteriormente a la anotación, gozará del beneficio de prioridad, no obstante su ulterior fecha. El concepto deriva tan claramente de la exclusión de la publicidad negativa, que no creemos requiera mayor explicación. Y su importancia se manifiesta en punto a enajenación judicial.

EDUARDO CAPÓ BONNAFOUS,

Abogado.

(Continuará.)

ERRATAS.—En el número anterior de esta Revista, y en la primera parte de este artículo, se deslizaron las erratas siguientes: pág. 197, línea 23, dice *normal*, debiendo decir *anormal*; pág. 198, línea 27, idéntica errata, y página 201, línea nueve, dice y, *además*, y debe decir o, *además*.

(1) Esto no quiere decir que se aplique siempre a todas, sino solamente en principio. Así el art. 59, párr. 2.º de la ley, salva la de crédito refaccionario.

(2) Hay que excluir, por tanto, la hipoteca. El carácter constitutivo de su inscripción impide que se de jurídicamente en ella el caso arriba expuesto.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL

64. *Interpretación de testamento. Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fué otra la voluntad del testador. La facultad de interpretar la voluntad, correspondiente a la Sala sentenciadora, está limitada por imperio del artículo 675 del Código civil. Sentencia de 5 de Mayo de 1932.*

Don B. falleció con testamento, en el que instituyó heredera universal a su sobrina doña M., con la condición de que si dicha sobrina fallecía sin descendientes de legítimo matrimonio, pasarían los bienes de su herencia a A., hijo de su primo P., en pleno dominio, y que si dicha heredera contrajera matrimonio con J., perdería el carácter de heredera y los bienes pasarían a sus descendientes de legítimo matrimonio, si los hubiere, y en su defecto a A.

La heredera contrajo matrimonio precisamente con J., y como no tenía descendientes de legítimo matrimonio, asistida por su marido J. otorgó escritura reconociendo que por su matrimonio con éste había perdido su calidad de heredera, que pasaba a A., quien inscribió las fincas a su nombre, pagó los legados, etc.; pero más tarde, del matrimonio indicado nacieron dos hijas, y entonces J., padre de las menores, entabló demanda pidiendo la nulidad de la escritura otorgada por su mujer y la declaración de que no eran válidas las adjudicaciones hechas por A. ni una hipoteca que éste había constituido a favor de una Caja rural.

El Juzgado y la Audiencia absolvieron a los demandados, y la Sala, como es natural, declaró *haber lugar al recurso*, casando y anulando la sentencia recurrida, considerando que de la cláusula del testamento otorgado por don B. se desprende claramente que si la primera heredera se casaba con J., perdía tal carácter, pasando los bienes a sus descendientes de legítimo matrimonio, si los hubiere, sin que el testador condicione el nombramiento de éstos a su existencia en el momento de contraer matrimonio con J., ni prive de la cualidad de herederos a los que nazcan de este matrimonio; antes al contrario, el adjetivo posesivo «sus» (?) que en la cláusula testamentaria precede a la palabra «descendientes» determina con toda precisión (al no exceptuarlos de un modo expreso) que todos los descendientes legítimos de ella, incluso los habidos del matrimonio con el actor, son los herederos del causante B. al resolverse y extinguirse el carácter de heredera de M., no consintiendo el texto implícito y terminante del artículo 675 del Código civil, informado por la más pura ortodoxia del Derecho romano, el apartarse del sentido propio y literal de la disposición testamentaria que se examina, indagando por razonamientos y consideraciones de relativa valoración lógica intención distinta en el testador que claramente no aparece ni se revela en la mencionada cláusula ni en las demás que integran el testamento, pues si bien a la Sala sentenciadora le corresponde privativamente la interpretación de la voluntad e intención del que otorga testamento, tal facultad está limitada por imperio del citado artículo 675 del Código civil cuando el sentido literal de las palabras empleadas por el testador baste para entender su voluntad y no se manifieste claramente otra distinta o contraria a la que expresan los términos literales de sus disposiciones, pugnando, además, el fallo de la Sala, al privar de la herencia a los hijos de M. habidos del matrimonio con J., con el criterio restrictivo que, para librar de trabas y cortapisas a la base legítima de la familia, impone nuestro Código civil, inspirándose, por analogía con las prescripciones del primitivo Derecho romano, sobre los instituidos herederos *paena domine*, al no tener por puesta la condición absoluta de no contraer primero o ulterior matrimonio, fuera de los casos que especifica.

65. *Legado condicional. La condición de estar la legataria al servicio de la testadora, debe probarse.* Sentencia de 6 de Mayo de 1932.

Una señora otorgó testamento, legando en él un piso de su propiedad a la persona que estuviera a su servicio al tiempo de su muerte y llevara con ella más de un año, y si esto no pudiera ser, aunque no llevara el año. Doña J., que había servido a la difunta, requirió notarialmente al ocupante de la casa mortuoria, primo de la testadora, a fin de practicar un inventario, a lo que éste accedió, comprometiéndose a no retirar ningún objeto hasta que el Juzgado declarase a quién pertenecía todo.

Con estos antecedentes, doña J. demandó al ocupante de la finca para que le entregara el piso y los muebles, por ser sirvienta desde hacía mucho tiempo de la testadora, aunque vivía, con consentimiento de ésta, en diferente domicilio. El Juzgado accedió a la demanda, pero interpuesta apelación, la Audiencia de Burgos revocó la del inferior y el Supremo no admite el recurso, considerando que el Tribunal de instancia no incide en el error de hecho alegado por el recurrente, porque tal error ha de deducirse de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador, y no con el testamento de la causante ni con el requerimiento notarial hecho al demandado para que se abstuviera de retirar objeto alguno del piso, se demuestra que la recurrente prestara sus servicios a la testadora al ocurrir el fallecimiento de ésta, ni la forma y condiciones de tal prestación, ni que viviera en su compañía, sin que pueda válidamente sostenerse que el Tribunal sentenciador infringió el artículo 1.056 del Código civil, ya que no se está en el caso previsto por el mismo de que el testador haya hecho, por acto inter vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes.

* * *

Puede citarse, como sentencia que en cierto modo se aparta del criterio de la extractada, la de 16 de Junio de 1902.

66. *Contrato aleatorio. Consentimiento, objeto y causa en los contratos y el error en los cálculos y esperanzas con motivo de un negocio.* Sentencia de 6 de Mayo de 1932.

Don J. demandó a la Sociedad civil R. R., consignando que-

el demandante contrató con los hermanos J. F. y S. F. la gestión de la reversión de los terrenos de unas salinas de la delta derecha del Ebro, los que, en virtud de las leyes desestancadoras de la sal, volvían a sus anteriores dueños, logrando aquél la posesión judicial para sus mandantes y la inscripción en el Registro de la Propiedad, habiendo sido pacto expreso que los mandantes entregarán al actor, como premio o retribución de su gestión, el 30 por 100 de lo que se obtuviera en virtud del expediente de reversión, lo cual implicaba una cesión de derechos en pago de arrendamiento de servicios, habiéndose inscrito ese 30 por 100 a favor del actor al tiempo de inscribir la finca revertida a favor de los dueños. Por no cumplir los hermanos F. tales compromisos, los demandó el actor, reconociéndose a favor de éste el 30 por 100 de la finca, siendo de advertir que en el fallo fué condenado el hermano S. F. por sí y como heredero de su hermano J. F.

La Sociedad R. R., hoy demandada, adquirió de un acreedor hipotecario, a quien se había adjudicado en pago de su crédito la finca revertida, pero el actor estimó que no pudo inscribir el todo por tener él reconocida una tercera parte, porción que trató de inscribir la Sociedad, poniéndose al habla con el actor, celebrándose un contrato por el que la Sociedad quedó obligada a abonarle 150.000 pesetas si lograba reivindicar 6.000 jornales, y no pagarle nada si no lo conseguía, como así sucedió, por lo que pedía sentencia que declarase sin valor ni efecto aquel contrato y nula la cancelación del 30 por 100 inscrito a nombre del actor.

La Sociedad alegó, entre otras cosas, que el 30 por 100 se inscribió después de la hipoteca y no podía perjudicar al acreedor hipotecario. El Juzgado y la Audiencia absolvieron de la demanda y la Sala rechaza el recurso, considerando que para la decisión de este recurso hay que partir de las afirmaciones del Tribunal *a quo*, que declara la no existencia de vicio que anule el consentimiento en el contrato celebrado por la Sociedad y el actor y la no existencia de documento que demuestre el error alegado como base de la acción ejercitada; que si bien, como el recurrente reconoce, la Sociedad se obligó a pagarle cierta suma a medida que fuera reivindicando la finca de referencia, con la particularidad de que nada se entregaría mientras no se hubieran reivindicado 6.000 jornales, es visto que no se trata de un contrato cuya validez o cumplimiento

se deje al arbitrio de uno de los contratantes, sino que más bien se alegan como causas de error los cálculos y esperanzas que el actor pudiera haberse hecho al otorgar su consentimiento, y que, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, corresponden al carácter más o menos aleatorio de ciertos negocios y no sirven para fundamentar la tasación.

Tampoco puede prosperar el motivo segundo, basado en la inaplicación del artículo 1.261 del Código civil, porque la afirmación terminante de que no ha existido en el citado convenio ni consentimiento, ni objeto, ni causa, tiende a colocar el criterio del recurrente en lugar de la declaración explícita de la sentencia recurrida en orden a la existencia de aquellos bien conscientes actos, que, por otra parte, no adolecen de ningún defecto extrínseco o formal.

67. *Nulidad de escritura de venta por no haber mediado precio.*

El heredero continuador de la personalidad del causante no está obligado a respetar lo que aquél hiciera contra ley y en su perjuicio. Sentencia de 19 de Mayo de 1932.

Prevenido el juicio voluntario de testamentaria de don M., el Juzgado de Lalín declaró herederos del mismo a un hijo y a la viuda en la cuota viudal, incluyéndose en el inventario 22 fincas. Con estos antecedentes, la viuda y una hija suya promovieron un declarativo contra el hijo, por haber incluido en el inventario las 22 fincas, que eran de la demandante (hijastra del causante) por haberlas adquirido en virtud de escritura pública. El hijo contestó que la escritura era nula y simulada, por lo que, reconviniendo, pedía su nulidad; el Juzgado y la Audiencia absolvieron de la demanda, dando lugar a la reconvención y declarando inexistente la escritura de venta. Interpuesto recurso, el Supremo lo rechaza, considerando que es doctrina reiterada de este Tribunal la de que no pueden considerarse infringidas leyes o preceptos relativos a cuestiones que no hayan sido debatidas en el pleito, y no habiéndose discutido en el que origina este recurso hecho alguno que afecte al momento en que se transmiten los derechos a la sucesión de una persona, ni suscitado problema que a la donación se refiera, ni se haya alegado por el recurrente, en su escrito de réplica,

la prescripción de las acciones ejercitadas en su contra por el demandado, es evidente que la Sala sentenciadora no ha podido infringir los artículos 636, 657 y 1.301 del Código civil.

Que al declararse probado en la sentencia recurrida que la escritura de venta de las 22 fincas, base y fundamento de la demanda, fué simulada, por no haber mediado precio, interpretó el Tribunal *a quo* debidamente los artículos 1.261, 1.274 y 1.275 del Código civil, pues reconocida la falta de precio, causa en los contratos de la naturaleza del que se examina, es forzoso e ineludible declarar simulado e inexistente el contrato que se discute y carente, en consecuencia, de todo valor y efecto.

Tampoco ha incidido la Sala en la infracción del artículo 1.218 toda vez que el Tribunal *a quo* no desconoce la fuerza y eficacia que aquel precepto otorga a los instrumentos públicos respecto a los contratantes y sus causahabientes, sino que, ajustándose a la doctrina legal mantenida por reiterada y constante jurisprudencia, no concede preferente ni privilegiado valor a la escritura pública presentada por los recurrentes en concurrencia con otras pruebas de diferente clase que contrastadas con aquélla desvirtúan la fuerza probatoria que, por regla general, deriva de los documentos públicos, sin que carezcan los herederos y causahabientes de uno de los otorgantes de acción para invalidar tales documentos, demostrada la simulación e inexistencia del supuesto contrato en el que se hizo constar, por ser también doctrina legal establecida, que el principio de la continuación en el heredero de la personalidad de su causante no debe entenderse de modo tan absoluto que obligue al sucesor (en esta litis hijo) a respetar y consentir lo que aquél hiciera contra la Ley y en su perjuicio.

68. *Gestión de negocios. La promesa de recompensa no tiene encaje en nuestro Código civil.* Sentencia de 19 de Mayo de 1932.

Don E. interpuso demanda contra el padre de unos menores del que había recibido el encargo de practicar determinadas gestiones para conseguir que sus hijos pudieran torear en España, a cambio de la entrega de una suma. El Juzgado y la Audiencia absolvieron de la demanda, y el Supremo no admite el recurso considerando que los motivos en que el mismo se funda van dirigidos a rebatir la apreciación de la prueba hecha por el Tribunal

a quo, fraccionando los distintos elementos de conocimiento llevados al pleito, lo que no es lícito hacer ni menos admitir según postulado procesal de reiterada jurisprudencia.

Si bien es doctrina admitida por el Tribunal Supremo la de consentir la revisión analítica y valorativa de la prueba de instancia, ello sólo procede excepcionalmente cuando se evidencian la equivocación de la Sala sentenciadora y la realidad de las infracciones legales resultantes de documento auténtico; aparte lo expuesto, al admitirse hipotéticamente la existencia de una gestión de índole representativa con arraigo en el contrato de mandato o que degenera en la de una promesa de recompensa sin encaje en nuestro Código civil o, acaso, en el de otra cualquiera figura atípica, la Sala sentenciadora declara que el recurrente no ha logrado demostrar, en manera alguna, la eficacia de su intervención gestora al objeto de conseguir el fin propuesto debido a otras intervenciones y actividades diferentes de la suya, de lo que resulta la improcedencia del recurso.

69. *Servidumbre de vistas. Acto obstativo. Tiempo necesario para adquirir por prescripción la servidumbre negativa.* Sentencia de 27 de Mayo de 1932.

Don A. formuló demanda contra doña P. alegando que era dueño de una casa adosada a la muralla de X. y lindera con casa propiedad de la demandada, la que construyó una chimenea que fué mandada derribar, previo interdicto; pidiendo ahora en la demanda que se abstuviera doña P. de abrir huecos de ninguna clase para salida de humos. La demandada pidió la absolución y por reconvencción que su casa no tenía obligación de soportar servidumbre alguna a favor de la del actor y que éste venía obligado a dejarla edificar apoyando en la medianería. El Juzgado estimó en parte la demanda y condenó a la demandada a que en el término de quince días hiciera desaparecer la chimenea, y, accediendo en parte a la reconvencción, declaró que las murallas son medianeras hasta el punto común de elevación de las casas de ambos litigantes, no estando sujeta la de la demandada a carga, servidumbre ni gravamen a favor del actor, al que condena a que así lo reconociera y a que, previo pago de su importe, cediera a aquélla los derechos de medianería sobre dichas murallas en la mayor altura que tienen.

La Audiencia revocó en parte la anterior sentencia manteniendo el pronunciamiento del Juzgado en lo relativo a la desaparición de la chimenea, y en cuanto a la reconvencción, declaró que el lienzo de muralla que linda con la casa de la demandada es medianera hasta el punto común de elevación, estando la de la demandada afecta a soportar la servidumbre de vistas a favor del actor, el que, previo pago del importe, debía ceder a la demandada los derechos de medianería.

Contra esta sentencia, las demandadas apeladas interpusieron recurso de casación por infracción de ley, y el Supremo *admite el recurso* y casa y anula la sentencia recurrida considerando que la servidumbre de vistas que pretenden tener los demandantes sobre el tejado de la casa de las demandadas sería, en todo caso, negativa, prohibiéndoles hacer algo que les fuera lícito sin la servidumbre, según define el artículo 533 del Código civil, y como el tiempo necesario para adquirir por prescripción esta clase de servidumbres se cuenta desde el día en que el dueño del predio dominante hubiera prohibido por un acto formal al del sirviente, la ejecución del hecho que sería lícito sin la servidumbre, conforme a lo dispuesto en el artículo 538 del referido Cuerpo legal, y tal acto obstativo no consta que se haya verificado, es claro que la servidumbre de referencia no puede estimarse adquirida por prescripción, y al no haber sido tampoco adquirida por otro título, hay que reputarla inexistente.

Al no haber sido probada la existencia de la servidumbre en cuestión, no apareciendo ningún otro impedimento, resulta evidente que las demandadas pueden levantar la pared de su casa adquiriendo la medianería desde el punto común de elevación de los dos edificios, y elevar la casa del modo y forma que disponen los artículos 581, 577 y 578 del Código de referencia, sin más limitaciones que las impuestas por las Ordenanzas y usos locales, preceptos legales que han sido infringidos por el Tribunal *a quo*, dando lugar a la casación de la sentencia recurrida.

70. *Indemnización de daños y perjuicios. Peticiones de la demandada en forma alternativa.* Sentencia de 4 de Febrero de 1933.

Pedido en forma alternativa en el suplico de la demanda que se condene a los demandados a que paguen a la actora, en con-

cepto de daños y perjuicios causados por atropello y mutilación, la cantidad que el Juzgado estime probada o para el caso de que esta cuantía no resulte acreditada en el juicio y sí únicamente la existencia de aquellos daños y perjuicios, condenar a los demandados al pago de los mismos en la cuantía que se fijara en la ejecución de sentencia, estableciendo en el fallo las bases de la liquidación, es manifiesto, que al condenar a los demandados el fallo recurrido pagara a la demandante la cantidad de X pesetas como suma total de aquella indemnización, después del detenido análisis de la prueba, no combatido, no resuelve de modo distinto de como se alegó y pidió, sino que acoge la primera de las peticiones del suplico de la demanda, se atiene al artículo 359 de la ley procesal y resuelve todos los puntos objeto del debate.

71. *Acción reivindicatoria. Alcance y valor de los documentos públicos. Foro y contrato de arrendamiento.* Sentencia de 6 de Febrero de 1933.

Para ejercitar con éxito la acción reivindicatoria es necesario que se justifique de un modo cumplido el dominio de los bienes reclamados por el que haga uso de ella y que éste determine, además, la cosa que pide en términos que no pueda dudarse de la identidad de los bienes que pretende reivindicar, y como el Tribunal *a quo*, admitiendo que las fincas objeto de la demanda son las mismas que pasaron a la tenencia material de los demandados por virtud de la sentencia recaída en juicio de desahucio, niega que el recurrente haya probado el dominio, sosteniendo que los que cita fueron meros arrendatarios mediante el pago de una renta o merced, es evidente que esas afirmaciones de hecho únicamente pueden ser destruidas por el medio procesal adecuado.

En los dos motivos del recurso se combate la sentencia recurrida, sosteniendo que en los autos aparece plenamente probado a favor del recurrente la posesión inmemorial de las fincas objeto del litigio, así como que los siete ferrados que abona tienen el carácter de canon foral y no de renta de arrendamiento, invocando a tal fin los números 1 y 7 del artículo 1.692, citando como infringidos los 1.936, 1.940, 1.959 y 1.963 del Código civil, referentes a la prescripción del dominio de acciones, y el 1.218, del propio Cuerpo legal,

relativo al valor de los documentos públicos, y aduciendo como documentos auténticos dos escrituras públicas; pero es visto que la Sala sentenciadora no cometió las infracciones legales denunciadas, porque desestimada la posesión inmemorial, no cabe aplicar los preceptos que se suponen vulnerados, porque no desconoció que los documentos públicos hacen prueba contra tercero del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste, sino que los analizó y estudió en relación con el resto de la prueba, y además no cometió error de hecho porque los documentos que como auténticos se presentan no tienen tal carácter, pues de ellos no se deduce en lo más mínimo la posesión inmemorial, así como tampoco que el recurrente sea foratario y no arrendatario de las fincas objeto de la discusión.

72. *¿Contrato civil o contrato administrativo? Tratándose de contratos no civiles, no cabe aplicar preceptos del Código civil referentes a obligaciones y contratos.* Sentencia de 6 de Febrero de 1933.

Sosteniéndose por el actor que él y el Ayuntamiento de X habían convenido que aquél enseñaría gimnasia a veinte guardias, percibiendo de aquella entidad, como remuneración de este servicio, 500 pesetas mensuales durante el plazo de dos meses, al finalizar el cual se celebraría el contrato definitivo, quedando como empleado de plantilla del Ayuntamiento, el Tribunal *a quo* no infringió los artículos 150, números 13 y 30 del Estatuto municipal, concordante con el 72, apartado 2.º, y con el 74, atribución 2.ª, de la ley Municipal, porque lo que representa aquella supuesta convención no es un contrato civil porque no versa sobre intereses que afecten al dominio privado del Estado, Provincia o Municipio, ni tampoco, en sentido estricto, pudiera decirse que es un contrato administrativo celebrado para satisfacer intereses públicos, sino más bien, y en todo caso, representa el nombramiento, con fines transitorios, de un empleado municipal, cuya permanencia en el cargo y derivaciones de ese hecho no compete a los Tribunales ordinarios.

No tratándose de un contrato de carácter civil, es imposible aplicar conceptos generales del Código civil referentes a obligaciones y contratos, así como tampoco apoyarse, como el recurrente lo hace,

en el artículo 35 del propio Cuerpo legal, definidor de las personas jurídicas, porque la distinción entre contratos administrativos y civiles no está en aquel concepto, ya que el Estado, las Provincias y sus Diputaciones y los Municipios y sus Ayuntamientos son personas jurídicas constantemente o, por mejor decir, sociales, y de ahí las diferencias anteriormente expuestas.

DIVORCIO Y SEPARACIÓN

73. *Abandono culpable por parte del marido.* Sentencia de 17 de Febrero de 1933.

De los documentos aportados, de la confesión judicial de ambos cónyuges y de la prueba testifical practicada se deduce que desde Mayo de 1930, en que el marido demandado abandonó el domicilio conyugal, hasta Mayo de 1932, en que se redactó la demanda, la esposa no ha recibido auxilio alguno del marido demandado, ni fué objeto de la atención y solicitud que como madre de la niña, J., podría exigir del esposo y padre respectivo, y, antes al contrario, el marido, una vez provocada la separación de hecho, ha permanecido en voluntario alejamiento de su esposa, sin poner en juego la autoridad y los medios que la legislación entonces vigente le conferían para restablecer la vida común, ni haber manifestado su voluntad de reanudarla con hechos o palabras adecuadas a la seriedad del asunto, ha evidenciado un desafecto que se refleja en la prueba, ha evitado el trato con su mujer, no obstante vivir en la misma ciudad, y ha acreditado por su conducta no sólo la intención de sustraerse a los deberes de orden superior que el matrimonio impone, sino también al cumplimiento de las obligaciones de orden económico en términos que deben traducirse como abandono culpable.

Por lo expuesto no procede admitir el recurso de revisión interpuesto por don J. por existir la causa 5.^a del artículo 3.º de la ley de Divorcio.

74. *Malos tratos. Su prueba por sentencia de un juicio de faltas. Alcance de la frase «malos tratos» en la nueva ley de Divorcio.* Sentencia de 3 de Febrero de 1933.

Interpuesto recurso de revisión por don J. V., al amparo de la

causa 3.^a del artículo 57 de la ley de Divorcio, fundado en que no fué el recurrente, sino su hermano, el que agredió a su esposa, la demandante, en la reyerta por la que se siguió juicio de faltas, y además en que el mal trato de obra, por una sola vez, no es causa bastante para la separación de personas y bienes, el Supremo no admite el recurso en cuanto al primer motivo, porque el hecho del mal trato de obra por parte del recurrente a su esposa, causándola lesiones que precisaron asistencia facultativa durante diez días, se halla plenamente probado por la sentencia del juicio de faltas, resolución que quedó firme de derecho, y aunque en este pleito el demandado aportó prueba testifical para demostrar su no intervención en aquel hecho, no lo consiguió, ya que para desvirtuar aquel documento auténtico se precisa u otro de mayor fuerza o una prueba concluyente que no existe. .

Por lo que hace referencia al segundo motivo, la causa 7.^a del artículo 3.º, aplicable por la disposición 2.^a del artículo 36 a la separación de bienes y personas, contiene, entre otros extremos, los malos tratamientos de obra, usando las mismas palabras del número 2 del artículo 105 del Código civil, a diferencia del 85 de la ley del Matrimonio civil, que añadía el adjetivo «graves»; del Código civil alemán, que exige también esa gravedad, y del Derecho canónico, que requiere que los malos tratos o sevicia pongan en peligro la vida o la salud del cónyuge que los padece, deduciéndose de este estudio comparativo que para la nueva ley de Divorcio, suavizando aquellas legislaciones, es causa bastante el mal trato de obra, grave o no, una sola vez o varias, siempre y cuando que revele la falta de mutuo afecto y respeto que debe presidir las relaciones matrimoniales, tan próximas y continuas; y como de los autos consta que el recurrente, que vivía separado de su cónyuge desde hacía algún tiempo, la produjo lesiones que tardaron en curar diez días, empleando, por consiguiente, una dureza excesiva con su esposa, es visto que, al estimar el Tribunal sentenciador que aquel mal trato era suficiente para decretar la separación de personas y bienes, no incurrió en injusticia notoria, por lo que procede estimar el segundo motivo.

ENJUICIAMIENTO CIVIL

75. *Juicio voluntario de testamentaria*. Sentencia de 2 de Mayo de 1932.

El recurso de casación no se da contra los considerandos de la sentencia, sino contra su fallo, sin que sea lícito en casación plantear cuestiones no debatidas en el pleito.

CUESTIONES DE COMPETENCIA

76. *Juicio voluntario de testamentaria*. Sentencia de 2 de Mayo de 1932.

Fuera de los casos de sumisión expresa o tácita, de pacto o de opción autorizada por precepto legal, la competencia para conocer de los juicios en que se ejercitan acciones personales corresponde al Juez del lugar donde deba cumplirse la obligación, a tenor de lo dispuesto en el primer inciso, regla 1.ª, artículo 62, de la ley Procesal.

Si la remesa de géneros se hace de cuenta y riesgo del comprador, el conocimiento del juicio compete al Juez del domicilio del vendedor, porque siendo ése el lugar en que existe la cosa vendida y se reputa hecha la entrega, lo es igualmente donde ha de cumplirse la obligación de pagarla, con arreglo a lo prevenido en los artículos 1.171 y 1.500 del Código civil, en sus respectivos párrafos segundos.

La circunstancia de que el vendedor haya girado contra el comprador a su domicilio no obsta a la aplicación de la regla de competencia, por virtud de la cual las mercancías remitidas por cuenta y riesgo del comprador se entienden entregadas en el lugar del domicilio del vendedor, donde ha de satisfacer aquél el precio de los mismos, ya que dichos giros no tienen otra significación y alcance que el de utilizarse como medio adecuado para facilitar el pago.

ENRIQUE TAULET,

Notario de Valencia.

Jurisprudencia administrativa del impuesto de Derechos reales

XXXIV

Ocultación. Multa. Vista. 1.º Es discrecional en el Tribunal Central dar vista del expediente cuando no hay circunstancias que lo aconsejen. 2.º No presentados los documentos en el plazo reglamentario, el liquidador tiene derecho a girar las liquidaciones por los datos que él se proporcione. 3.º El expediente de pobreza para litigar no basta para interrumpir el plazo de presentación de documentos, ni es equivalente a litigio. 4.º Aunque el sumario sobre falsedad de testamento lo interrumpe, se vuelve a contar desde el día siguiente al auto de sobreseimiento. 5.º Procede imponer el 30 por 100 si ha pasado más del doble del plazo marcado y no se ha resistido el particular a presentar los documentos, debiendo entenderse que el requerimiento dentro del plazo de presentación voluntaria no obliga al contribuyente.

1.º El artículo 70 del Reglamento de Procedimiento concede al Tribunal Central la facultad discrecional de señalar vista cuando haya circunstancias que lo aconsejen, y, por lo tanto, no basta que un interesado pida que se celebre.

2.º Según el artículo 48 del mismo, para exigir el impuesto por transmisiones basta que esté probado el hecho que las origina, aun cuando no estén presentados los documentos en que se formalicen, si a la Administración le consta que los bienes se hallaban inscritos o depositados a nombre del causante en los Registros, ami-

llaramientos o Bancos; y no cumplido el deber fiscal de la declaración de los bienes por los interesados, el liquidador pudo obtener certificaciones de dichos Centros y girar las liquidaciones oportunas, previa su comprobación por los medios reglamentarios; y no negada la existencia de los bienes ni la exactitud de la comprobación, debe confirmarse la determinación del caudal y su valor; la liquidación tenía que hacerse conforme al testamento ológrafo hallado por el liquidador, ya que había de reputársele válido en tanto no declarasen su falsedad los Tribunales, lo cual no se ha hecho.

3.º No consta en este caso se haya producido litigio acerca de ello, pues no puede estimarse como tal ni la promoción del expediente de pobreza para litigar, ya que esta demanda no implica la existencia de cuestión litigiosa ni se halla equiparada a ella por ningún precepto reglamentario, según resoluciones de 24 de Marzo de 1925 y 25 de Marzo de 1930, del Tribunal Central, ni tal demanda se ha presentado antes del plazo de presentación de los documentos, no teniendo nunca aquélla virtualidad suficiente para interrumpir el plazo aludido.

4.º Aunque el procedimiento criminal iniciado acerca de la falsedad del mencionado testamento ológrafo interrumpiese el plazo de presentación, comoquiera que dicho procedimiento fué sobreseído, desde el día siguiente del auto de sobreseimiento ha de contarse de nuevo el plazo para la presentación, según el artículo 113 del Reglamento; y comoquiera que desde ese día habían pasado más de los seis meses reglamentarios hasta que se practicó la liquidación, sin que los interesados hubiesen hecho la declaración, es visto eran procedentes las sanciones impuestas por la falta de presentación; conforme al artículo 214 del Reglamento, tal falta de presentación en los plazos reglamentarios se castigará con el 20 por 100 de las cuotas que se liquiden cuando la demora no exceda de un plazo igual al reglamentario, y de un 30 por 100 si excediera, habiendo en ambos casos presentado el interesado espontáneamente los documentos; con 50 por 100, cualquiera que sea el tiempo de la demora, si los documentos se hubieran presentado previo requerimiento de la Administración, y con un 100 por 100 de las cuotas cuando, por la negativa infundada del particular a facilitar los datos necesarios, la Administración se vea

precisada a hacer la liquidación con los suyos propios, y además en todos los casos se ha de abonar el interés de demora legal, o sea el 5 por 100, según la ley de 2 de Agosto de 1899; y, por lo tanto, no constando que el contribuyente se resistiese infundada y abiertamente a facilitar los datos pedidos, ya que el requerimiento para ello le fué hecho *dentro del plazo de presentación y su prórroga*, y, *por lo tanto, cuando no tenían obligación* de atender al requerimiento, y después no aparece que fueran requeridos de nuevo, es visto que no procede la sanción del 100 por 100, así como tampoco la del 50 por 100, por lo mismo que no procedió el requerimiento necesario, siendo únicamente aplicable la sanción del 30 por 100, según el artículo 214 en relación al 217 del mismo Reglamento; en efecto, éste castiga con una multa del 20 por 100 de las cuotas cuando la ocultación de las cuotas sea descubierta después de practicada la liquidación provisional y antes de vencer el plazo para la definitiva, y el 100 por 100 cuando se descubra el plazo de la liquidación provisional y de transcurrido el de la definitiva, y cuando el descubrimiento se realice después de transcurrido el plazo para la definitiva, háyase o no hecho la provisional; y si bien dicho artículo no prevé el caso de que la ocultación se descubra después de girada la provisional, el Tribunal Central ha resuelto ya en 29 de Abril de 1930, expediente primero de 1930, que ese caso debe entenderse comprendido en el mismo artículo 214, como de no presentación de la declaración en el plazo debido, criterio que ha sido acogido en el vigente Reglamento de 16 de Julio de 1932, artículo 217, párrafo 3.º; por lo tanto, descubierta la ocultación al ser practicada la liquidación provisional por los datos que la oficina liquidadora se proporcionó, ha de ser impuesta la sanción que queda expresada, ya que el plazo excedió del doble del reglamentario, debiendo percibir un tercio el liquidador y dos tercios el Tesoro.

(Acuerdo del Tribunal Central de 5 de Diciembre de 1932) 14 de 1932.

XXXV

Asociación de Ganaderos. Esta entidad es un Sindicato agrícola, y como tal, está exenta de pagar el impuesto cuando a ella le in-

cumbe como adquirente, o por razón de subvenciones que el Estado le otorgue, conforme al artículo 6.º de la ley de 28 de Enero de 1906 y al número 9 del artículo 3.º de la ley de 29 de Enero de 1927. (Acuerdo del Tribunal Central de 17 de Mayo de 1932) 17 de 1932, reproduciendo la 92 de 1930 (REVISTA CRÍTICA de Enero de 1933, página 71).

XXXVI

Legado a término. El establecido en un testamento en que el testador dispone «al fallecimiento de su esposa el usufructo de la finca A pasará a X, y a la muerte de ésta se destinarán los productos de esa finca al sostenimiento de una escuela de niños que se establecerá en la misma y se regirá por el reglamento dictado por el testador», no debe pagar, desde luego, el impuesto sino cuando se extingan ambos usufructos y se constituya la entidad beneficiaria.

La disposición testamentaria aludida tiene una disposición de legado para cierto día en que termine el segundo de los usufructos establecidos sobre las fincas legadas, forma de institución que autoriza el artículo 805 del Código civil, pues hasta esa fecha no se creará la entidad docente beneficiaria del legado; en consecuencia, no es de aplicación el artículo 57, párrafo 5.º del Reglamento del impuesto, según el cual, cuando no pueda determinarse de una manera cierta quién sea el adquirente de los bienes o derechos, se aplazará la liquidación hasta que sea conocido, ya que la persona del futuro adquirente se halla definida en el testamento; así como tampoco el párrafo 2.º del mismo artículo, que ordena se gire, desde luego, la liquidación cuando lo suspendido es únicamente la ejecución de la disposición testamentaria, pero en el supuesto tácito de que exista actualmente beneficiario; se trata, por el contrario, de una transmisión aún no realizada, y por ello falta el supuesto de hecho necesario para la exacción fiscal, por cuanto no existe el sujeto jurídico que adquiera los derechos transmitidos y a quien imputar la obligación tributaria; por lo cual la liquidación debe aplazarse hasta la extinción del usufructo o usufructos establecidos por el testador sobre sus bienes.

(Acuerdo del Tribunal Central de 7 de Junio de 1932) número 18 de 1932.

XXXVII

Prescripción. Denuncia. Si desde la fecha del fallecimiento del causante, momento en que se origina la obligación de satisfacer el impuesto, hasta la denuncia han transcurrido quince años, sin que la Administración haya realizado acto alguno que interrumpa la prescripción, ésta se ha consolidado y aquélla carece de todo derecho al cobro del impuesto y a investigar los bienes relictos por el causante.

Según el artículo 48 del Reglamento del impuesto de Derechos reales, basta la existencia del acto originario del impuesto, como lo es la muerte de una persona, para que se exija el pago del impuesto por los bienes relictos por ella; y, conforme al artículo 142, el derecho de la administración para liquidar, basta la existencia del acto que motiva aquél; acreditado con la partida de defunción que el causante murió en 1911, y presentada la denuncia de no haberse pagado el impuesto en 1931, sin que en ese lapso de tiempo se haya realizado acto alguno de investigación ni de cobro del impuesto, no hay base para estimar que se haya interrumpido el plazo de prescripción: la responsabilidad en que hayan podido incurrir los funcionarios encargados de la investigación del impuesto atañe a la potestad disciplinaria de la administración y no compete al Tribunal adoptar resolución alguna, pues ello incumbe únicamente a los superiores jerárquicos de los mismos; la prescripción se interrumpe, o por reconocimiento del contribuyente de su obligación de pagar, o por el ejercicio de la acción investigadora de la administración, o por la presentación de los documentos (artículos 142 y 128 del Reglamento); no habiendo nada de ello, procede declarar prescrita la acción de la Administración. (Acuerdo del Tribunal Central de 6 de Abril de 1932) 19 de 1932.

XXXVIII

1.º *Plazo para apelar. Si en la notificación del acuerdo del Tribunal Provincial se indica que procede recurso contencioso administrativo, en vez del de apelación ante el Económico administrativo Central, ha de estimarse que el recurso ante este último está formulado en tiempo, aun cuando hayan pasado más de los días reglamentarios.—2.º La liquidación hecha por declaraciones no firmada por todos los herederos o contador partidor, es provisional, y, omitidos en ella ciertos bienes, debe sancionarse si se averigua antes de la definitiva con el 20 por 100.—3.º Esa ocultación priva de gozar la bonificación del 3 por 100, no sólo de los bienes ocultados, sino de todos los de la liquidación provisional, debiendo ser anulada esa bonificación si había sido concedida.*

1.º En cuanto al primer punto, así lo establece el Tribunal Central.

2.º Al disponer el artículo 115, párrafo segundo del Reglamento, que no es obligatorio el otorgamiento de la escritura pública para que la liquidación que se practique tenga carácter de definitiva, exige que los interesados acompañen a sus instancias relaciones de los bienes firmados por todos, con los documentos judiciales o administrativos en que funden sus derechos y que hagan constar en aquéllas que asignan, para todos los efectos, carácter de definitivas a las liquidaciones que se practiquen, entendiéndose, a falta de esa declaración, y si no hay documento público, que la liquidación tiene carácter provisional; por lo que, no haciéndose en la relación privada de bienes presentada a liquidar la manifestación aludida, y no hallándose firmada por todos los herederos, ni por el contador partidor, ni por representante en forma legal de unos u otro, es visto que la liquidación es provisional; por lo tanto, la ocultación consistirá en omitir algunos bienes en esa declaración, sea o no voluntaria (ya que el Reglamento no autoriza ese género de distinciones), ha de ser sancionada con el 20 por 100 de las cuotas de los bienes ocultados cuando sea descubierta después de la liquidación provisional y antes.

de la definitiva, o sea un año, según los artículos 217, párrafo primero, y 115, párrafo quinto.

3.º No es procedente conceder la bonificación por anticipo de presentación de documentos a las liquidaciones complementarias por aumento de tipo sobre las primeras liquidaciones, como consecuencia de la declaración adicional de bienes, por haber sido presentada después de los tres meses del fallecimiento del causante, plazo señalado en el artículo 112 del Reglamento. También debe quedar sin efecto dicha bonificación hecha en la liquidación provisional, por cuanto, omitidos en la declaración que precedió a aquélla algunos bienes hereditarios, no puede conceptuarse presentados, en el plazo de tres meses, desde el fallecimiento del causante, todos los documentos necesarios para girar las liquidaciones, como exige el artículo 112 citado para gozar de la bonificación. (Acuerdo del Tribunal Central de 26 de Abril de 1932) 23 de 1932.

XXXIX

1.º *La base para comprobar en las transmisiones de valores es el tipo de cotización el día del fallecimiento del interesado; hecha así, no procede rectificarla, y menos si se ajusta a la declaración del interesado, el cual pagó el impuesto.—2.º Pedido por los herederos del marido la liquidación de la totalidad de un depósito indistinto que estaba a nombre de éste y su mujer y la entrega de la totalidad de aquél, debe mantenerse la liquidación girada sobre la totalidad, por basarse en declaración de aquéllos, sin perjuicio de que pidan la devolución ante el Delegado de Hacienda, si en la herencia de la mujer se ha pagado el impuesto por la mitad del depósito que correspondía a ésta.*

1.º El artículo 64 del Reglamento del impuesto previene que, en la transmisión de efectos públicos, la base para liquidar es el valor efectivo que resulte de la cotización en Bolsa el día del fallecimiento del causante, si se trata de adquisición *mortis causa*; y, fijado ese valor como base, no cabe discusión sobre tal punto, y menos siendo el señalado por los mismos interesados; si creían que esa comprobación debió serles notificada, tenían la obliga-

ción de presentarse en la oficina liquidadora en el plazo de ocho días desde el de la presentación del documento, ya que, en otro caso, el artículo 106 establece la presunción de su conformidad, y, lejos de hacerlo así, pagaron las liquidaciones, por lo que no cabe impugnen la comprobación, ya que, según Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Julio de 1923, al pagar los interesados se dan por notificados, y los propios interesados, en vez de impugnar la comprobación de valores entonces, se limitaron a acatar las liquidaciones, por lo que no cabe promover incidente de nulidad de aquélla, que ya está consentida y era firme.

2.º En cuanto a las liquidaciones mismas, si bien el artículo 77 del Reglamento establece la presunción de que los valores depositados indistintamente a nombre de varias personas en un Banco, se presume que pertenecen por partes iguales, extendido un depósito a nombre de marido y mujer indistintamente, y pedida liquidación definitiva por los herederos del marido sin manifestar nada sobre la copropiedad, antes, al contrario, refiriéndose siempre a la totalidad de los valores depositados, los cuales se adjudicaban totalmente por terceras partes, en razón a ser tres los herederos, y solicitaban del liquidador que, previas las garantías necesarias, se les autorizase la retirada de todo el depósito y no de su mitad, adjudicándose, por lo tanto, ese depósito en totalidad, es evidente que la presunción establecida en dicho artículo cedía ante las manifestaciones de los interesados y estuvo en su lugar la liquidación girada; no obstante, si por virtud de liquidaciones giradas por fallecimiento de la esposa cotitular del depósito (todo el cual procedía de gananciales de los dos cónyuges), los herederos del marido se creyeran con derecho a la devolución de alguna cantidad, deben formular la petición ante el Delegado de Hacienda, no influyendo ello en nada en la permanencia de las liquidaciones giradas en la herencia del marido, que lo fueron debidamente, según las peticiones y declaraciones de los interesados. (Acuerdo del Tribunal Central de 7 de Junio de 1932)- 24 de 1932.

XL

Caudal relicto. Caducidad de la instancia. La establecida en el párrafo segundo del artículo 24 del Reglamento de 29 de Julio de 1924 es sólo para el caso de que la no presentación de los documentos necesarios es por culpa de los interesados, y no cuando se han pedido de oficio, por el Tribunal Provincial, a un Juzgado y éste, sea cualquiera el motivo, no los ha remitido.

Contra liquidación por caudal relicto reclamó un interesado aduciendo que el fallecimiento del causante ocurrió antes de 1 de Mayo de 1926 y por ello no le alcanzaba aquél, según las disposiciones transitorias de la ley de 28 de Febrero de 1927, que exceptúa del mismo las sucesiones anteriores a aquella fecha; el liquidador adujo, por el contrario, que la herencia había estado en litigio, y sólo después de 1 de Mayo de 1926 recayó sentencia. El Tribunal Provincial reclamó de oficio del Juzgado testimonio del escrito, promoviendo juicio de testamentaría y de la Sentencia dictada que resolvió la oposición formulada al escrito de partición; el Juzgado manifestó que no remitía dichos testimonios, por no habérsele facilitado papel sellado, y el Tribunal Provincial, pasados cuatro meses, declaró la caducidad de la instancia. El Central revoca ese fallo en atención a que esos documentos no se reclamaron de los interesados, sino del Juzgado, el cual tampoco consta que les hiciera a aquéllos requerimiento alguno; debe, pues, el Provincial fallar el fondo del asunto. Además, las sucesiones anteriores a 1 de Mayo de 1926, según la ley, no devengan impuesto de caudal relicto y fallecido el causante antes de esa fecha, no se debe exigir aquél, haya o no litigio, pues la herencia se transmite el día de la muerte, según el artículo 657 del Código civil y 52 del Reglamento. (Acuerdo del Tribunal Central de 29 de Marzo de 1932) 25 de 1932.

XLI

Condonación en «ab-intestatos». Puede ser causa de condonación la forzosa dilación que ocurre en las sucesiones «ab-intestato»,

por la imposibilidad de averiguar prontamente el número y residencia de los parientes del difunto. por lo cual suelen dilatarsé aquéllas más de lo que permiten los preceptos del Reglamento del impuesto: cumplidos, pues, los preceptos de los artículos 114 y 116 del Reglamento de procedimiento y 231 y 232 del del Impuesto, procede acordar la de los dos tercios de las multas. (Acuerdo del Tribunal Central de 22 de Marzo de 1932) 26 de 1932.

XLII

Personas jurídicas. Condonación.

Si bien, en términos generales, no cabe otorgar la condonación de multas cuando se ha interpuesto recurso contenciosoadministrativo, por haber de renunciarse previamente a él, según el artículo 232 del Reglamento del impuesto, puede ser pedida y concedida aquélla en el caso en que, girada una liquidación por débitos del impuesto de personas jurídicas durante quince años, e impuesta una multa de 100 por 100 para el Liquidador, el Tribunal Económico Central acordó denegar la condonación por haberse aplicado la totalidad al Liquidador y no ser condonable en parte, según el artículo 231 del Reglamento, y conceder quince días al Ayuntamiento para impugnar esa liquidación, y hecho así por el Ayuntamiento, primero ante el Tribunal Contenciosoadministrativo, y después ante el Contenciosoadministrativo, ambos Provinciales, este último dictó Sentencia declarando que sólo procedía la multa del 50 por 100, y que dos tercios de ésta eran para el liquidador, y, dada esa tramitación, no había posibilidad de que solicitara el beneficio hasta que por el Tribunal Contencioso se resolvió que un tercio de la multa era del Tesoro, que es la parte condonable, y pedida ésta en tiempo y forma después, debe otorgarse. (Acuerdo del Tribunal Central de 3 de Mayo de 1932) 28 de 1932.

GABRIEL MAÑUECO,

Abogado del Estado.

Legislación ordenada y comentada de la República española

por Jácome Ruiz

Compilación cronológico-sistemática de todas las disposiciones de carácter general (proyectos de ley, leyes, decretos, órdenes, circulares y protocolos), publicadas en la *Gaceta* desde el día 1.º de Enero al 31 de Diciembre de 1932.

Para el fácil y cómodo manejo del verdadero caos legal que constituye todo lo legislado—tan frecuentemente enmendado, anulado, reformado o añadido—durante el año 1932 (pasan de mil las disposiciones recogidas en esta compilación), lleva esta obra, verdaderamente excepcional en su clase, tres índices: Uno cronológico-sistemático (por Departamentos ministeriales) al principio de cada mes; otro parcial al final de cada uno de los dos tomos de que consta, citando las disposiciones que pudiéramos decir fundamentales y de más uso; y un tercero, alfabético-sistemático al final del tomo II (tirado en papel amarillo), donde por orden rigurosamente alfabético van referidas cuantas disposiciones contienen ambos volúmenes de cuantas maneras puede citárselas lógicamente, con objeto de que con la menor referencia que se tenga de ellas pueda encontrárselas con toda facilidad.

De lo que contiene esta obra puede formarse una idea sabiendo que el tomo I tiene 1.184 páginas y 1.818 el II; y el índice alfabético 96 páginas, a 44 líneas, del cuerpo 8.

El precio de ambos tomos, perfectamente encuadernados, es de 20 pesetas. Por correo, 21; a reembolso, 21,50 pesetas.

Otras obras jurídicas de Jácome Ruiz

PRACTICA FORENSE.—(Teoría y práctica del procedimiento judicial en materia civil.

Con 144 formularios Primera obra en su clase, que estudia y expone a un tiempo, como es lógico que se haga, los Procedimientos judiciales y la Práctica forense; es decir, el «porqué» y el «cómo» de las actuaciones jurídicas)—Un volumen encuadernado, 10 pesetas.

EL DERECHO DE ASOCIACION EN ESPAÑA.—(Constitución, legalización, registro y funcionamiento de toda clase de Sociedades civiles y mercantiles. Con modelos y formularios.)—Un tomo, 2,50 pesetas.

EL ABOGADO DEL OBRERO.—(Toda la legislación social explicada y comentada al alcance de cualquiera. Con modelos y formularios.)—Un tomo, 2 pesetas.

CASEROS E INQUILINOS.—Una peseta

MATRIMONIO Y DIVORCIO.—Una peseta.

TESTAMENTOS.—(Con 30 modelos.)—Una peseta.

HERENCIA Y PARTICIONES.—Una peseta.

LA LETRA DE CAMBIO.—Una peseta.

Pedidas, y toda clase de libros, a LIBRERIA BERGUA, Mariana Pineda, 9, Madrid.