

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

FUNDADA EN 1925

por

D. Jerónimo González y Martínez

Año XLI * Enero - Febrero 1965 * Núms. 440-441

CONSEJO DE REDACCION

PRESIDENTE :

Excmo. Sr. D. Ramón María Roca Sastre.

CONSEJEROS :

Excmo. Sr. D. Ramón de la Rica y Arenal.

Ilmo. Sr. D. Federico Ros y Riquelme.

Ilmo. Sr. D. Pedro Cabello de la Sota.

Ilmo. Sr. D. José Luis Lacruz Berdejo.

Excmo. Sr. D. Juan Vallet de Goytisolo.

Ilmo. Sr. D. Ginés Cánovas Coutiño; y

Excmo. Sr. D. Juan José Benayas y Sánchez Cabezudo.

COSEJERO-SECRETARIO Y JEFE DE REDACCIÓN :

Ilmo. Sr. D. Luis Díez Picazo y Ponce de León.

Dirección : General Mola, 72.—Madrid-6.

Precio : 200 pesetas al año.

SUMARIO

	Pags
Palabras previas a una nueva época	7
ESTUDIOS:	
El registro de la Propiedad en Portugal, por Angel de la Fuente Junco	11
Retornos al Código civil, por Tirso Carretero García	75
VIDA JURIDICA:	
Inscripción de una servidumbre legal establecida sobre finca propia, por J. J. Santa-Pinter	141
LEGISLACION:	
Crónica legislativa, por Francisco de Cossio	149
JURISPRUDENCIA:	
De la Dirección General de los Registros y del Notariado, por Ginés Cánovas	161
Civil, por Bartolomé Menchén	172
Mercautil, por Ramón Sánchez de Frutos	180
Procesal, por Bartolomé Menchén	187
Fiscal, por José Maria Villamil	190
LIBROS:	
La legítima en el Código civil, de Alfredo García-Bernardo Landeta, por Ramón Alba	203
REVISTAS:	
Por Valeriano de Castro e Ignacio Martinez de Bedoya	209
VARIA:	
«Las donaciones que hayan de producir efectos por muerte del donante», del artículo 620 del Código civil, por Juan Vallet de Goytisolo	225

La Revista no se identifica con las opiniones
sostenidas por sus colaboradores.

Depósito legal: M. 968.—1958

Bolaños y Aguilar, S. L. - General Sanjurjo, 20. - Madrid, 1965.

Inicia con este número la REVISTA una segunda época de su ya larga y dilatada vida, dentro del ámbito de la bibliografía jurídica española. Fundada hace cuarenta años, por una de las personalidades más ilustres y prestigiosas de la ciencia española del Derecho de la primera mitad del presente siglo, la REVISTA ha procurado servir, a lo largo de todos estos años, como eficaz cauce de una renovación de los estudios hipotecarios e inmobiliarios y, por ello, también de los estudios generales de Derecho privado.

Se acoge ahora la REVISTA al noble y generoso patronazgo del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, que trata con ello, una vez más, de contribuir en forma decidida al fomento de las letras jurídicas españolas. Pretende la REVISTA, ante todo, mantenerse fiel al espíritu que en ella infundiera su fundador. Conserva, por tanto, su preferente especialización y dedicación hacia los temas jurídico-inmobiliarios, mas sin que ello suponga, naturalmente, una clausura hacia otras materias o hacia otras zonas del Ordenamiento jurídico. La idea de la insoslayable unidad de la ciencia del Derecho, que preside sus páginas, veda toda pretensión de constituir compartimentos estancos. Ninguna de las zonas de la ciencia del Derecho es, pues, extraña al cuadro de preocupaciones de la REVISTA.

Su especialización en materia de «Derecho inmobiliario» la entiende la REVISTA, por otra parte, en el sentido más amplio posible, pues, en definitiva, «Derecho inmobiliario» no significa otra cosa que toda la ordenación jurídica de los

bienes inmuebles. Caben, por ello, dentro del rótulo de la REVISTA, multitud de temas y de cuestiones que se sitúan en partes separadas del sistema jurídico y que son consideradas como cuestiones de Derecho civil, de Derecho registral, de Derecho notarial, de Derecho administrativo, de Derecho tributario, de Derecho agrario, etc.

Aspira la REVISTA a conservar su sentido eminentemente crítico, pero conjugándolo con una preocupación seria por servir a finalidades esencialmente prácticas. Se trata, de este modo, de que la REVISTA sea un vehículo de difusión de preocupaciones intelectuales de orden jurídico, bien sean de talante excesivamente doctrinal y teórico—obras monográficas—, o bien posean un mayor sentido profesional y práctico inmediato. Junto a ello quiere ampliar la REVISTA una función estrictamente informativa: dar cuenta de los acontecimientos que importan a la vida del Derecho: legislación, jurisprudencia, libros, revistas, noticias, comentarios de toda índole. Su conformación queda, además, abierta, y desde ahora sometida a las sugerencias e ideas de todo tipo—y también, ¿por qué no?, a las censuras—que pueda recibir, pues, en definitiva, la labor a realizar es una labor estrictamente común, en la que deberán tomar parte activa los que escriben y los que leen, pues no en vano esta común labor no es otra cosa que lo que se ha podido llamar la incesante reconstrucción del Derecho.

Por medio de esta labor común de incesante reconstrucción del Derecho, quisiera la REVISTA hacer a través de ella verdad aquel viejo brocardo medieval con arreglo al cual «auctor iustitiae Deus est iuris homo».

ESTUDIOS

El Registro de la Propiedad en Portugal

(Continuación.)

SUMARIO: *Capítulo 5.º: De la inscripción.* 75) Consideración general. 76) Concepto y clases. 77) Diferencias entre la inscripción provisoria y la definitiva. 78) Circunstancias generales de la inscripción. 79) Circunstancias especiales en determinada clase de inscripciones. 80) Unidad de la inscripción. *Capítulo 6.º: De los «averbamentos».* 81) Su noción y naturaleza. 82) El averbamento en la descripción: circunstancias generales. 83) El averbamento en las inscripciones. Circunstancias generales. 84) Averbamentos especiales: el cancelatorio. 84 bis) Notas. *Capítulo 7.º: De los actos sometidos a registro.* 85) Actos sujetos. 86) Breve consideración crítica de los preceptos que anteceden. 87) La inscripción de las acciones conforme al artículo 3.º. 88) Sistema seguido en el Derecho portugués en orden a los actos sometidos a inscripción. TÍTULO V: DEL TÍTULO O DOCUMENTACIÓN NECESARIA. *Capítulo 1.º: Principio general.* 89) Exigencia legal. 90) Escritura pública. 91) Excepciones a la exigencia de la escritura pública. *Capítulo 2.º: De la caderneta predial.* 92) Breve idea de este documento. 93) Su finalidad. 94) Fundamento legal de su exigencia. 95) Alteraciones posteriores en el catastro: Su reflejo en el Registro. *Capítulo 3.º: Los documentos privados como título bastante para determinados asientos registrales.* 96) El artículo 104 del Código de Registro predial. 97) Supuestos de aplicación. *Capítulo 4.º: Documentos específicamente necesarios para determinados actos sujetos a registro.* 98) Título bastante para la adquisición por remate en procedimiento judicial. 99) Idem para el registro requerido por el gestor de negocios. 100) Documento para el registro de acciones. 101) Título para la práctica de la inscripción provisoria de embargo, una vez designados los bienes, y dictada la diligencia, pero antes de que el embargo haya sido efectuado. 102) Supuestos de subrogación de bienes dotales. 103) Título idóneo para la cancelación. Principio general. 104) Para la cancelación del Registro de embargo judicial, o de embargo o traba de bienes a favor de la Hacienda. 105) Cancelación del Registro provisoria de acciones. 106) Documentos otorgados en país extranjero y documentos escritos en lengua extranjera.—TÍTULO VI: DE LA HIPOTECA. *Capítulo 1.º: La hipoteca en general.* 107) Definición legal y doctrinal. 108) Caracteres. 109) Bienes que pueden ser hipotecados. 110) Otros bienes y derechos hipotecables. 111) Extensión objetiva y subjetiva. 112) Derecho del acreedor por insuficiencia de la garantía prestada o en el caso de destrucción de la finca hipotecada. 113) Obligaciones susceptibles de garantía hipotecaria:

limitación de la responsabilidad de los bienes hipotecados. 114) Elementos personales en la relación hipotecaria. Capacidad para hipotecar. 115) Clases de hipotecas. 116) Purga o liberación de las hipotecas. 117) Los privilegios sobre inmuebles y la hipoteca. 118) Extinción de las hipotecas. *Capítulo 2.º: Del título y de la inscripción de las hipotecas en general.* 119) Documentos necesarios para la inscripción. 120) Circunstancias de la inscripción. *Capítulo 3.º: De la cancelación de la hipoteca en general.* 121) Causa principal: título idóneo. *Capítulo 4.º: Hipotecas legales.* 122) Clases: Generales y especiales. 123) Supuestos de hipoteca legal. 124) Personas obligadas y bienes afectados en diversos supuestos de hipoteca legal. *Capítulo 5.º: De las hipotecas voluntarias.* 125) Consideraciones generales. 126) Clases. 127) Capacidad para su constitución: supuesto de hipoteca de dominio útil. 128) Título para la inscripción de hipotecas voluntarias en general: circunstancias de este asiento. 129) Supuestos especiales. Duración: pactos permitidos y susceptibilidad de constituir diversas hipotecas sobre el mismo predio. 130) Permisibilidad de la inscripción de la hipoteca, antes de haberse otorgado el contrato por el que se constituye. 131) Certeza del valor de los bienes, como medida previa que disipe toda duda acerca de la suficiencia de la garantía. 132) Disponibilidad de rango o preferencia. 133) Título para la cancelación de las hipotecas voluntarias: especial supuesto de cancelación de hipoteca en garantía de prestaciones periódicas. 134) Procedimiento de ejecución hipotecaria. *Capítulo 6.º: La hipoteca judicial.* 135) Idea general. 136) Fundamento legal: título. 137) Inscripción: su doble carácter: duración y circunstancias. 138) Necesidad de que la hipoteca judicial garantice un equivalente económico. 139) Efectos. Extinción. 140) La hipoteca judicial del derecho portugués y las anotaciones preventivas del ordenamiento hipotecario español. *(Continuará.)*

TÍTULO IV.—DE LOS ASIENTOS REGISTRALES

CAPÍTULO 5.º DE LA INSCRIPCIÓN.

75) *Consideración general.*

Como es ya sabido, a esta clase de asientos están destinados varios libros. El legislador entendió oportuno ordenar de ese modo la publicidad de los negocios jurídicos que afectan a los predios descritos, imponiendo una distribución que al menos presta la utilidad de su pronto conocimiento y alcance, por cuanto que la naturaleza de los actos contenidos en el asiento viene ya prejuzgada desde el momento que son extendidos o en el libro C) de hipotecas, G) de dominio y sus divisiones, o F) de transmisiones diversas.

76). *Concepto y clases.*

A la vista del artículo 171 del Código de Registro predial pueden ser definidas, como aquellas formalidades practicadas en el correspondiente libro, cuyo objeto consiste en dar a conocer la situación jurídica de los predios a que afectan y la titularidad de los derechos, mediante un breve resumen o extracto de los actos, relativos a las fincas, contenidos en el documento idóneo para ser admitido al Registro.

Decimos que han de practicarse en el libro correspondiente, exigencia que confirma el artículo 174, al decir que «las inscripciones serán practicadas en los libros que les están destinados en consonancia con su naturaleza y en armonía con los respectivos modelos».

Que su texto estriba en un extracto de los actos es igualmente expresión del legislador en el citado artículo 171, donde se les atribuye la principal finalidad de «definir la situación jurídica de los predios».

Aparte la clasificación resultante de lo anteriormente expuesto (94), pueden ser las inscripciones definitivas o provisorias.

Estas últimas por su naturaleza misma o en razón a la duda que plantea el título (en sí o en relación con el propio Registro).

Por su naturaleza, se entiende que son provisorias cuando la Ley así determina que deban practicarse: por dudas, las que no obstante la pretensión del presentante de que se extiendan con carácter definitivo, el conservador, en el proceso de calificación, observa deficiencias o contradicciones, tanto en su relación con los antecedentes del Registro o en la valoración jurídica del acto, que determinan se limite (temporalmente) la protección del sistema. Las provisorias «por naturaleza» cabe simultáneamente que lo sean por dudas, cuando prescindiendo de la norma legal que les asigna dicho carácter, al conservador se le plantean cuestiones que han de quedar obviadas para la definitiva formalidad (artículo 176) (95)

(94) Atendiendo a los libros en que son extendidas (de hipotecas, transmisiones, etc).

(95) El artículo 176 indica casos en que la inscripción ha de ser provisoria —disposición legal, por tanto—: así, el de las acciones enunciadas en el ar-

77) *Diferencias entre la inscripción provisoria y la definitiva.*

MOREIRA (96) pone como notas comunes entre ambas clases de inscripciones las de constar de las mismas operaciones de Registro; es decir, descripción del predio al que afectan; extenderse en el libro mismo (que por su índole les corresponda), y en cuanto a su orden, tener la prioridad que denota el libro Diario.

Pero unas y otras se distinguen fundamentalmente:

a) Por la garantía que ofrecen (sus efectos) como por su duración. Ciertó: la inscripción definitiva, según el artículo 8.º, constituye presunción jurídica de que los derechos existen y pertenecen al titular en la forma y del modo que del asiento resultan: en cambio, en la inscripción provisoria no hay tal presunción ni se puede inferir directa o indirectamente de norma alguna.

Los efectos de la inscripción definitiva perduran sin límite, en tanto no sean cancelados, o que el acto en ella contenido esté afectado de caducidad y ésta se provoque. Por el contrario, la inscripción provisoria, salvo contados casos de subsistencia (97), en el plazo de 180 días termina su vigencia; a menos que fueran convertidas en definitivas, o que en base a los excepcionales supuestos legales de prórroga, se consiguiera ésta, caducan automáticamente.

b) Por algunas diferencias en su formalización: así al practicarse la inscripción definitiva, de su texto mismo se infiere este carácter, mientras al extenderse la provisoria ha de hacerse necesariamente constar en el asiento que reviste tal cualidad, y si lo fuera por naturaleza y (por dudas ha de indicarse expresamente tal duda)—su causa—en la propia inscripción (98).

título 3.º del Código del Registro predial: de transmisión de casas económicas sujetas obligatoriamente a la constitución del llamado *casal* de familia, de propiedad horizontal, supeditadas a la previa aprobación del proyecto, etc., etc., y así en apartados que van de la línea *a*) a la *p*).

(96) G. MOREIRA: *Instituições do Direito Civil Português*, vol. I.

(97) Se citan como casos de prórroga, las provisionales mismas que en la nota 94 se señalan, que si no lo son, a la par por dudas, subsisten hasta que se conviertan en definitivas o sean canceladas, etc. [casos señalados en el artículo 177, números 1) y 2)].

(98) ANNIBAL DE MENDONÇA (obra citada, págs. 52 y siguientes, y el artículo 178, línea *c*).

78) Circunstancias generales de la inscripción.

El Código de Registro predial, en el artículo 178 dice: «El extracto de las inscripciones debe contener:

- a) Número de orden y fecha de la presentación.
- b) Número de orden privativo de la inscripción.
- c) Siendo la inscripción provisoria, la declaración de que lo es, y cuando sea simultáneamente por naturaleza y por dudas, expresa indicación de esta circunstancia.
- d) Nombre, estado, profesión y domicilio de las personas que figuren activa y pasivamente en el acto a inscribir, y cuando se trate de personas morales o colectivas, las respectivas firmas (nombre social), su denominación y su domicilio.
- e) Para el supuesto de que los sujetos de la inscripción fueran solteros, la indicación de si son solteros, mayores de edad o emancipados; si fueran casados, el nombre del otro cónyuge, y si hubiere escritura antenupcial (capitulación o contrato sobre bienes en el matrimonio), indicación de esta circunstancia.
- f) El acto que se inscriba.
- g) Los números de orden del libro y folio de las descripciones que se relacionen con la inscripción; y en el caso de no afectar a todo el predio descrito, la parte concreta sobre la inscripción ampliada.
- h) Si se trata de una inscripción por la que se amplía otra ya formalizada, número de orden, libro y folio de la inscripción ampliada.
- i) Condiciones suspensivas y resolutorias que afecten al acto que se inscriba.
- j) La enumeración de los documentos que le han de servir de base, mediante indicación de su naturaleza, fecha y archivo o la oficina pública que los expidió y en relación con los que obren archivados, expresión de esta circunstancia.
- k) Indicación del libro y folio del índice de personas en que figuren los nombres de los propietarios o poseedores de los predios a que la inscripción se refiera y el número de orden de tales notas.

1) La referencia al número de predios que estén situados en el área de otra conservatoria comprendidos en el acto a inscribir, cuando no conste de los documentos, la parte del valor correspondiente a cada predio.

Cuando los elementos necesarios para las circunstancias previstas en la línea e), que antecede no consten de los títulos, deberán ser facilitados por declaraciones complementarias de los interesados, a menos que la inscripción tenga por objeto una relación jurídica de crédito, en cuyo caso pueden omitirse los nombres y datos de sujetos activos.

79) *Circunstancias especiales en determinada clase de inscripciones.*

Con detalle minucioso, el legislador va señalando las circunstancias que, aparte las generales, debe contener este asiento en supuestos especiales que contempla el artículo 179 del Código, y del que a guisa de ejemplo vamos a señalar algunas:

Adquisición o división de finca:

El valor de éstas sí figura en el título y la causa.

Dominio directo y foro:

Epoca y lugar de pago y laudemio si lo hay. [Usufructo, uso y habitación: Determinación del derecho en cuanto a su alcance (si éste es regulado por el título constitutivo), causa y valor, si consta].

Derecho de superficie:

Obligaciones del superficiario (si vienen determinadas en el título constitutivo), causa, duración y valor, si constare.

Constitución de propiedad horizontal:

Valor atribuido a cada una de las partes autónomas, alteraciones del título constitutivo, si median, y en qué consisten...

Arrendamiento:

Si es comercial, industrial o de vivienda: plazo, renta, época de pago y cualquier restricción en el derecho de subrogación o traspaso...

Y así otros varios supuestos...

A mayor abundamiento, en el artículo 181 se dice que con independencia de los requisitos previstos en los artículos anteriores la inscripción podrá contener otras circunstancias con tal que no sean inoficiosas (?).

80) *Unidad de la inscripción.*

Precisa el legislador, la pauta a seguir, cuando en el título se comprenden varias fincas y es solicitada, sin más, la inscripción. El artículo 183 ordena que si el acto sometido a Registro afectara a diversos predios, se practicará una sola inscripción comprensiva de todos. Esto requiere una aclaración por nuestra parte. Lo que el legislador establece es que no se practicará una inscripción para cada predio. Si se quiere que el título se inscriba, lo es, en un solo asiento, y todos los derechos sobre los bienes constarán en el mismo, lo que no obsta a que siendo facultativo el Registro, el interesado limite su petición de inscripción a uno o a algunos de los que el título comprende, pero provocando un asiento de inscripción tan sólo (99).

Mantiene la misma tónica cuando se trata de predio poseído en común o en condominio.

CAPÍTULO 6.º DE LOS «AVERBAMENTOS».

81) *Su noción y naturaleza.*

Estos asientos revisten carácter principal, si bien presuponen la existencia en los libros de la descripción [en el B)] o la inscripción en los G), C) y F)]. En este sentido operan subordinados a tales asientos o formalidades. Consisten en una declaración abreviada tendente a poner de relieve en el folio respectivo una alteración operada en la descripción; o ya la modificación de la

(99) Como en la revista «Notariado e Registo predial», año 52, en «consulta» se dice: «Conforme está decidido» en el caso de adquisición de un predio en parcelas, aunque estas adquisiciones sean de fecha distinta, compradas a diferentes vendedores y en diversas escrituras, han de constar en una sola inscripción.

relación jurídica contenida en la inscripción, desde su transmisión, constitución de derecho real o gravamen, hasta su extinción, revistiendo en este caso último, valor y alcance de asiento cancelatorio. En realidad, al estudiar el sistema portugués, con formación hipotecaria y registral española, resulta extraña esta forma- lidad, y más su denominación, porque en sustancia, y como ve- remos, equivale a nuevas descripciones y verdaderas inscripciones (con la excepción de cuando su finalidad es desinscribitoria).

No son, pues, asientos accesorios, ni necesariamente provisio- nales, aunque el Registro provisorio quepa realizarlo a su través, como puede, y ya lo hemos visto, ser, provisorio, la inscripción.

No encontramos paralelo entre este asiento y los que se prac- tican en el sistema patrio. Claro está que ello es en cierto modo lógico, en especial si consideramos esa bifurcación publicitaria en el Ordenamiento portugués, llevando a un libro el elemento físico —descripción de los predios—, y a otros, según de qué acto se trate, la relación jurídica. Forzando un poco el criterio de analogía, acaso quepa decir—prescindiendo de los «averbamentos» de «descrip- ción»—que equivalen a nuestras segundas y posteriores inscrip- ciones (puramente hipotecarias), y cuando funciona con misión extintiva, al asiento de cancelación.

82) *El «averbamento» en la descripción: circunstancias ge- nerales.*

Están contenidas en el artículo 154 del Código de Registro pre- dial, y son ellas:

- a) Número y fecha de la presentación correspondiente (100).
- b) Número de orden de la descripción a que se refiere.
- c) Número de orden privativo y correlativo a tal descripción.
- d) Actos a publicar o constatar por medio de este asiento.
- e) Enumeración de los documentos que le sirven de base, in- dicando su naturaleza, fecha, oficina o archivo público que los hubiera expedido y en relación a aquellos que quedaren archiva- dos en la Conservatoria, indicación de esta circunstancia.

Estos asientos, en lo posible, deben contener todos los elemen-

• (100) Alude sin duda al título que provoca este asiento.

tos que, en general, están prescritos para las descripciones y los especiales en los supuestos excepcionales (101).

En el caso de construcción de fincas urbanas en terreno que ya obrare descrito, por medio de este asiento, se hará constar la descripción de ese terreno solar concreto sobre el que la edificación se ha realizado—tanto si el edificio ocupa todo el predio como si recayere sobre una parcela o trozo de él—.

Por último, es importante sentar que las alteraciones provenientes de cualquier «averbamento» efectuado en las descripciones no perjudicarán los derechos anteriormente inscritos a favor de quienes no han intervenido en el acto. Es decir, quedan a salvo los derechos de tercero (art. 170).

55, *El «averbamento» en las inscripciones. Circunstancias generales.*

Dejamos para otro lugar el estudio de la inscripción de hipoteca y el «averbamento» a ella referente, por lo que aquí examinaremos tan sólo este asiento en conexión con las demás clases de inscripciones.

Es la formalidad idónea para completar, actualizar, restringir o ampliar el asiento de inscripción, con la sola excepción de cuando se intente o pretenda la constatación de mayores facultades en los derechos inscritos: en tales hipótesis es inexcusable nueva inscripción (102).

Las circunstancias requeridas para la validez de esta formalidad son:

- a) Número de orden y fecha de la respectiva presentación.
- b) Número de orden de la inscripción a que hacen referencia.
- c) Número de orden privativo y correlativo de la respectiva inscripción (a través de este «averbamento»).
- d) El acto a reflejar por este asiento.
- e) Condiciones suspensivas y resolutorias que eventualmente concurren en el acto a registrar por este asiento.

(101) Referidos en el artículo 146, ya comentados en el número 70.

(102) El artículo 189 dice: «2) Se exceptúa la ampliación de la sustancia de las inscripciones, considerándose a este efecto 'sustancia' el conjunto de derechos y gravámenes inscritos.»

f) Identificación de los sujetos activos y pasivos de los actos a inscribir por este «averbamento», así como el de las personas por ellos afectadas.

g) Indicación de los documentos en base a los cuales se practica este asiento.

En la identificación de las personas, y en lo que respecta a los documentos base del «averbamento», se sigue la tónica ya sentada en los supuestos de inscripción (art. 178, examinado).

Cabe decir en términos generales que cuando los datos o circunstancias ya obran claramente en la inscripción a la que esta formalidad atañe, pueden omitirse.

84) «Averbamentos» especiales: el cancelatorio.

Cuando aludimos a las clases de inscripción en el capítulo anterior decíamos que podían ser definitivas o provisorias, y aclaramos que éstas, salvo los excepcionales casos en que podían ser prorrogadas, caducaban, automáticamente, a los ciento ochenta días de su fecha.

Pues bien, esta renovación de provisoriedad (o prórroga), se efectúa por «averbamento», a la vista del requerimiento o petición, con los debidos requisitos. El Código contempla supuestos como el de la línea m) del artículo 176, relativo a la dote o hipoteca, en garantía de bienes muebles dotales, constituida con anterioridad al matrimonio, o sobre bienes que han venido a sustituir a los dotales; que en el primer caso, hasta que el matrimonio se contraiga, y en el segundo, termine el procedimiento y se apruebe la subrogación, ha de ser provisorio el asiento de inscripción.

Cuando se ha cumplido el requisito o condición que impedía fuera definitivo el asiento de inscripción, y éste es ya pertinente, por medio de «averbamento» se convierte, de provisorio en definitivo.

Por último, otra de las funciones más trascendentes de este «averbamento» es la de la cancelación de las inscripciones. El propio Código brinda su idea en el artículo 192, diciendo que consiste en la declaración escrita practicada al margen del asiento de inscripción (o de otro «averbamento», añadimos), por la que queda éste total o parcialmente extinguido: se comprende, pues, en

esta declaración de la Ley, tanto la cancelación total, como la parcial.

Estos «averbamentos» de cancelación han de contener las circunstancias generales para todo «averbamento» de inscripción en cuanto les sean aplicables; y la indicación concreta de la causa de extinción de la inscripción (o «averbamento») a que afectan, y si son consecuencia de un procedimiento judicial o fiscal, fecha de la disposición y juzgado que la ha dictado.

Es aplicable el criterio seguido para las inscripciones, que permite se expresen otras circunstancias además de las taxativamente señaladas en la Ley, cuando el conservador así lo repunte conveniente (siempre que, como se dice para la inscripción, en el artículo 181, «no sean superfluas»).

84 bis) *Notas.*

Dejando aparte lo antes dicho, en cuanto al «averbamento» cancelatorio (en cuanto al lugar marginal de su práctica o extensión), las que en el Ordenamiento portugués se practican, son sólo y exclusivamente de referencia (103): Procuran la relación o engarce de los distintos asientos de manera que cuanto concierne a un determinado predio sea de fácil busca y consecuente información, ya a los fines de publicidad formal o para el desenvolvimiento del principio de legalidad.

No son, pues, asientos o formalidades en el sentido y alcance con que valoramos las descripciones, inscripciones y «averbamentos» de unas y otras. Se traducen en guarismos en las columnas de los respectivos folios, pero sin que entrañen contenido jurídico, a la manera de ciertas notas marginales en nuestro sistema, que son por su esencia y su trascendencia propios y verdaderos asientos (104); no desvirtúa esta afirmación el texto del artículo 192, precedentemente referido.

* * *

(103) Cotas de referencia se denominan en el Código de Registro predial.

(104) Así las que denotan la publicación de edictos en inscripciones al amparo del artículo 205; cumplimiento de condiciones, conforme establece el artículo 23 de la Ley Hipotecaria, etc., etc.

[Ofrecemos al final de este trabajo el texto de todos los asientos que aquí hemos aludido, directamente tomados de libros en vigor en una de las Conservatorias de Lisboa, en su versión original, con lo que confiamos completar la idea de todas las formalidades registrales aludidas en este título, eliminando (o intentándolo) así, las dudas que pudieran plantearse.]

CAPÍTULO 7.º DE LOS ACTOS SOMETIDOS A REGISTRO.

Ya hemos indicado en el título II que los preceptos del Código civil relativos al Registro habían pasado en su mayor parte—con las obligadas reformas—al Código de Registro predial, donde está contenido propiamente todo el Derecho formal de la institución.

85) *Actos sujetos.*

El artículo 2.º del referido Código de Registro predial, textualmente dice:

«Están sujetos a Registro:

a) Los actos jurídicos que impliquen reconocimiento, adquisición o división del derecho de propiedad.

b) Los actos jurídicos que impliquen reconocimiento, constitución, adquisición, modificación o extinción de los derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, superficie y servidumbre.

c) Los actos jurídicos confirmativos de convenciones nulas o rescindibles (105) que tengan por objeto alguno de los derechos mencionados en los anteriores apartados.

d) La constitución de propiedad horizontal y las alteraciones de los respectivos títulos constitutivos.

e) La constitución de «casais» (106) de familia o agrícolas, en los términos del Decreto-Ley número 18.551, de 3 de julio de 1930, y de la Ley número 2.014, de 27 de mayo de 1946, y la institución de aprovechamiento de baldíos por cualquiera de las formas previstas en la última disposición citada.

f) La mera posesión.

(105) ¿Ha de entenderse esta expresión sinónima de anulables?

(106) Casa de campo.

g) La hipoteca, su modificación o extinción, caducidad o casación, así como la del grado de prioridad en el asiento.

h) La consignación y adjudicación de rentas (107).

i) La prenda, embargo, embargo judicial preventivo, inventario de créditos hipotecarios o garantizados por consignación o adjudicación de rendimientos.

j) El embargo, embargo judicial (108) o inventario de inmuebles o derechos sobre ellos, así como cualquier otro acto o providencia que afecte a su libre disposición.

k) El arrendamiento por más de cuatro años, así como su respectiva transmisión o subrogación.

l) La cesión de créditos hipotecarios o garantizados mediante la consignación o adjudicación de rendimientos y la subrogación en ellos.

m) La afección de inmuebles o créditos hipotecarios o reservas a fondo de este carácter, de las sociedades de seguros, así como la afección de los inmuebles a la garantía de la responsabilidad de las entidades patronales.

n) La constitución y extinción de la dote.

o) Los gravámenes de eventual reducción de las donaciones cuando éstas se hallen sujetas a colación.

p) Los gravámenes derivados del régimen de casas de renta limitada y de renta económica, impuestos sobre los predios como tal clasificados.

q) Los gravámenes que entrañan la obligación de pago de la anualidad denominada tasa de riego y de beneficio, así como de la anualidad de las amortizaciones de préstamos hechos por la Junta de Colonización Interior a que se refieren, respectivamente,

(107) «Rendimientos», término amplio equivalente a «frutos». Cuando se expresa en el artículo comentado «consignación de rentas o rendimientos», se ha de entender que es el supuesto admitido en derecho portugués de que se estipule que el deudor verificará el pago sucesivo de la deuda e intereses (o bien con independencia, sólo del capital o sólo de los intereses), mediante la aplicación de los frutos de ciertos y determinados bienes inmuebles. Y esta consignación puede realizarse, ya por un número de años o sin esta declaración, hasta que la deuda quede totalmente liquidada, y como la afección al pago está en los bienes adscritos de esta forma, nada obsta a que pueda el deudor disponer libremente de ellos, ya que los propios inmuebles garantizan la efectividad de la obligación.

(108) Aunque parezca reiteración, así viene el texto de la línea traducida, debiendo entenderse por embargo el embargo preventivo.

la Ley número 1.949 de 15 de febrero de 1937, Decreto-Ley 33.159 de 21 de octubre de 1943 y la Ley 2.017 de 25 de junio de 1946.

r) La renuncia a la indemnización, por el aumento de valor resultante de las obras realizadas en fincas situadas en las zonas limítrofes con carreteras nacionales o comprendidas en los planos de mejoramiento de municipios, en los casos de futura expropiación de esos predios.

e) Cualquier otra restricción al derecho de propiedad u otras obligaciones que por Ley especial sean expresamente declarados actos sujetos al Registro predial.

El mismo precepto aclara en el apartado 2):

De lo dispuesto en las líneas a) y b), de número anterior, quedan excluidos los actos que supongan comunicación de bienes entre los cónyuges, como consecuencia del régimen matrimonial.

En el apartado 3):

Los actos mencionados en la línea 1) estarán sujetos a Registro en lo que suponga transmisión o subrogación del respectivo derecho real de garantía.

En el apartado 4) se añade:

En la hipoteca de fábricas, además de los edificios, lugares o pertenencias, estarán comprendidos la maquinaria y muebles destinados a la respectiva explotación que hayan sido inventariados en el título constitutivo de la hipoteca.

El artículo 3.º del Código, completando el ya minucioso artículo 2.º, dice: «Están igualmente sujetas a Registro las acciones que tengan por objeto principal o accesorio declarar, obtener el reconocimiento, constituir, modificar o extinguir cualquiera de los derechos referidos en el artículo anterior, la reforma, declaración de nulidad o anulación de un asiento o de su cancelación y las respectivas resoluciones judiciales por las que así se decreten tales actos.

86) *Breve consideración crítica de los preceptos que anteceden.*

Exhaustiva resulta, como puede verse, la enunciación legal, y no obstante la doctrina, aun con base en la misma, va señalando nuevos actos sometidos a Registro, que reputa comprendidos en los diferentes apartados de los artículos 2.º y 3.º, en espe-

cial del primero. Así considera deben estimarse dentro de los de adquisición y división del dominio los supuestos de sucesión legítima y testamentaria, compra y venta, permuta, fórmulas solutorias de pago, como la adjudicación, dación o cesión de bienes en pago, la transacción, etc., etc. Para su acceso al Registro es necesario, aparte estar comprendidos en título idóneo, versar sobre inmuebles concretos, pues cuando falta su determinación o su existencia a tenor del título no están sujetos a inscripción (109).

El reconocimiento de los derechos aludidos en las líneas a) y b) del artículo 2.º que comentamos, suele formalizarse con efectividad registral, bien en testamento, resolución judicial o por la expresa declaración de voluntad en documento pertinente, que adopta ordinariamente el cauce de una transacción judicial, renuncia ante Notario, etc.

Observamos que señala como inscribibles los actos jurídicos confirmatorios de convenciones nulas o rescindibles. Llamamos la atención sobre la primera parte de esta línea del artículo 2.º, que nos parece técnicamente inadmisibles. Lo radicalmente nulo, nunca ha tenido vida jurídica y por ello difícilmente cabe asignársela por una posterior convención (o acuerdo confirmatorio). El artículo 10 del Código civil portugués dice que «los actos practicados contra lo dispuesto en la Ley, sea ésta prohibitiva o preceptiva, envuelven nulidad, excepto aquellos casos en que la misma Ley ordenare lo contrario».

La doctrina en Portugal (como en nuestra patria), en este punto, hace una previa y radical distinción: los negocios jurídicos pueden estar afectados de nulidad por la existencia de vicio que los invalida; o pueden ser absolutamente nulos, porque en su formación no han concurrido los elementos previstos como inexcusables para su existencia o porque son contrarios a Ley. Los primeros son susceptibles de confirmación, pero los segundos, en manera alguna. Ese acuerdo sólo puede producir efectos desde el momento de su celebración, sin virtualidad para retrotraerlos a la fecha del acto nulo, aunque el profesor CABRAL DE MONCADA estima la posibilidad de que las partes (sólo en cuanto a ellas y siempre que no

(109) El artículo 7.º del Código de Registro predial señala como excepción de registro, en su apartado 2), línea d), «los actos referentes a bienes indeterminados, en cuanto éstos no fueran debidamente especificados y determinados».

medie lesión para terceros) decidan pactar que los efectos se cuentan como surgidos desde aquel momento de la celebración del negocio nulo (110).

* * *

Las llamadas tasas de riego, que se declaran inscribibles a modo de gravamen sobre los predios beneficiados, en la línea a) del artículo 2.º, tienen el fundamento siguiente: Al Estado le corresponde el estudio y ejecución de las obras hidro-agrícolas, declaradas de interés social y fomentar y fiscalizar su conservación, así como la inspección de los terrenos afectados, para procurar la mayor utilidad. De estos gastos que realiza el Estado se reintegra mediante una cantidad fija señalada por hectárea, la cual se satisface al mismo tiempo que la contribución territorial, si bien justificada en documento aparte. Y se establece que tal anualidad constituye gravamen real sobre el predio, beneficiado con el riego. Y de ahí que esté prescrita su inscripción.

Regula el número 4) del citado artículo la extensión de la hipoteca—extensión objetiva—, si bien, como puede observarse, con alcance más limitado, que la que ofrece nuestro Ordenamiento (111).

De propio intento, hemos querido fijar nuestra atención en algunos de los supuestos del artículo 2.º, tan sólo peculiares del Derecho portugués, para dar así a conocer el fundamento e improcedencia técnica (en nuestro modesto modo de pensar) de su acogida al sistema.

87) *La inscripción de las acciones conforme al artículo 3.º*

La formalidad registral en estos supuestos es por esencia provisoria o temporal (112): la finalidad de estos asientos no es otra que advertir, «publicar», la existencia de una contienda judicial. Medidas cautelares, con finalidad sustancialmente idéntica a nuestras anotaciones preventivas contenidas en el artículo 42 de la Ley Hipotecaria. Se diferencian, desde el punto de vista formal, por el trámite y título requerido para su efectucción en los libros; en el Registro portugués se practican mediante la certificación

(110) *Lições de Direito Civil*, vol. II.

(111) Artículos 109 y siguientes de la Ley Hipotecaria.

(112) Artículo 176, línea a).

del Juzgado correspondiente, que acredite estar interpuesta la acción: no es necesario que se acuerde por el Juez, ni que parta de dicha autoridad la orden (113): queda al cuidado de las partes procurarse esta seguridad.

Si a la pretensión formalizada en el Juzgado acompaña el éxito, se practica la inscripción definitiva, que ha de requerirse—solicitarse—en término de sesenta días, contados desde que la resolución judicial ha sido dictada. La conversión del asiento provisorio en definitivo, se exterioriza en los libros, por medios de «averbamento».

88) *Sistema seguido en el Derecho portugués en orden a los actos sometidos a inscripción.*

El Código de Registro predial, expresa VEIGA DA GAMA (114), si-gue «la tradicional orientación legislativa del *numerus clausus*, o sea, la fijación legal o enumeración taxativa de los actos admisibles al Registro».

Cierto. ¿No basta para así admitirlo, la redacción de los artículos 2.º y 3.º del Código de Registro predial? La expresión literal parece clara, y que implícitamente, y sin que suponga excepción al criterio, caben dentro de algunos apartados, otro copioso número de figuras que quedan sometidas. Se ha querido ver en la línea s) la posibilidad de existencia de otros actos, distintos de los señalados en el propio artículo y susceptibles de entrada en el Registro; pero tal interpretación no está fundada: ni da base a una valoración lata o extensiva del mismo («otras restricciones al Derecho de propiedad u otros gravámenes—dice—que por Ley especial sean expresamente declarados sujetos al Registro predial»).

La Ley sustantiva—Código civil—, aparte no contener precepto similar a nuestro 1.255, que consagre el principio de autonomía de la voluntad (115), se hallaría detenido, en cierto modo, si lo hubiere, por el dique que ofrece el derecho formal, en los artículos que dejamos transcritos, sin posibilidad de que puedan ser rebasados.

(113) No hay «mandamiento» que refleje la resolución judicial firme recaída (providencia).

(114) Obra citada, pág. 23.

(115) Ni expresión similar a la del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria.

TÍTULO V.—DEL TÍTULO O DOCUMENTACION NECESARIA

CAPÍTULO 1.º PRINCIPIO GENERAL.

89) Exigencia legal.

El artículo 94 del Código de Registro predial establece que «son exclusivamente admitidos a Registro definitivo los documentos que, según la Ley, sean suficientes para la prueba de los actos a registrar».

Estos documentos normalmente son los denominados auténticos, cuya definición aparece en el Código de Procedimiento civil, en su artículo 524, que literalmente dice: «Es documento auténtico el que fué autorizado por funcionario público o con la intervención de éste, exigida por la Ley.»

Este propio Código de procedimiento en el artículo 525 distingue los documentos auténticos en las dos categorías siguientes: oficiales y extra-oficiales. En el primer grupo están comprendidos aquellos autorizados o expedidos por las Oficinas públicas del Estado o entidades locales con personalidad para ello; las resoluciones judiciales y las que denomina reparticiones públicas (sean Direcciones generales, Negociados, etc.), ya existentes, bien extinguidas. Y como extra-oficiales, los documentos notariales (se trate de escrituras por ellos autorizada por Notario o en las que han intervenido; así como certificaciones y otros documentos, expedidos por tales funcionarios) (116).

Cabe, no obstante, que la prueba del acto a registrar se efectúe por documento no auténtico y sea bastante, por tanto, en con-

(116) El apartado 4) de este artículo 525 del Código de Procedimiento civil, sienta que se reputan registros públicos para la calificación de autenticidad de los documentos, los inventarios de las corporaciones eclesiásticas extinguidas, conservados en cualquier archivo público, cuando se hayan compilado oficialmente.

sonancia con el artículo 94, a provocar la formalidad registral. Tal sucede con el documento autenticado, del que se ocupa el Código de procedimiento citado, en el artículo 532, cuando dice: «Documento autenticado es el documento particular confirmado por las partes ante Notario. Los documentos autenticados tienen la misma fuerza probatoria que los documentos auténticos.»

Y como hemos visto que también tienen acceso al Registro las declaraciones complementarias de las partes cuyas firmas hayan sido reconocidas por Notario (art. 104 del Código de Registro predial, en relación con el 93 del mismo), podemos concluir que los títulos a los efectos de procurar el Registro de los actos, pueden ser; las escrituras; testamentos; autos, sentencias y otras resoluciones judiciales; y, en supuestos menos frecuentes, el documento que llama el Código de proceso civil particular autenticado y las declaraciones de los interesados legalizadas (con función generalmente complementadora de otro título) documentos fehacientes, que llenen los requisitos del artículo 541 del Cuerpo legal últimamente citado) (117).

90) *Escritura pública.*

El Código del Notariado, en su artículo 88, establece que deberán constar en escritura pública, bajo pena de nulidad:

a) Los actos que impliquen reconocimiento, constitución, adquisición, modificación, división o extinción de los derechos de

(117) El artículo 978 del Código civil dice: «Sólo son admitidos al Registro definitivo:

- 1) Cartas de sentencia (ha de entenderse testimonios).
- 2) Autos de conciliación.
- 3) Certificaciones de las deliberaciones del Consejo de Familia, o las resoluciones judiciales (despachos) en los casos que son de su competencia.
- 4) Escrituras, testamentos o cualquier otro documento auténtico.
- 5) Títulos de establecimientos de crédito predial debidamente autorizados.
- 6) Escritos particulares de contratos cuyo valor no exceda de 1.000 escudos en los casos en que el Código los permite, reuniendo los requisitos que en ellos son exigidos.

7) Contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por más de cuatro años o por más de uno si hubiere mediado anticipo de renta.

Esta materia se halla hoy contenida fundamentalmente en los Códigos de Registro predial y del Notariado a que estamos aludiendo.

propiedad, usufructo, uso, habitación, enfiteusis, superficie o servidumbre sobre cosas inmuebles.

b) Los actos de constitución o de modificación de hipotecas voluntarias y los de consignación de rendimientos, cuando recaigan sobre bienes inmuebles.

c) La repudiación de herencia.

d) Los actos de constitución, disolución y liquidación de Sociedades comerciales y de Sociedades civiles con forma mercantil, así como los actos de alteración de los respectivos pactos sociales.

e) Los actos de constitución, disolución y liquidación de las Sociedades puramente civiles en que entren bienes inmuebles (se aporten).

f) La cesión de hipoteca, o del grado de preferencia, en el Registro, extinción de la garantía hipotecaria o cesión de prenda de créditos hipotecarios.

g) La división, la cesión o la prenda de cuotas de Sociedades por cuotas.

h) Los arrendamientos para comercio, industria o profesión liberal y los sujetos a Registro.

i) Los contratos de transferencia de propiedad de establecimientos comerciales o industriales o los que tengan por objeto el disfrute de estos establecimientos y los de subrogación o cesión del derecho al arrendamiento de los locales.

j) Las partidas—hijuelas—de bienes inmuebles o de cuotas de Sociedades de que formen parte bienes inmuebles.

k) Los actos de fijación de valor de bienes donados al efecto de repartición (118).

(118) Dice esta línea del artículo: «Los actos de fijación de valores de bienes donados para el efecto de conferencia». (En su traducción, conforme diccionario, esta palabra tiene idéntica equivalencia que en español). Mas como su finalidad es regular lo previsto en el artículo 2.107 del Código civil, párrafo sexto, y éste dice: «En el acto de las donaciones o posteriormente puede, con intervención de todos los interesados, fijarse en documento auténtico el valor de los bienes donados o la parte que a cada uno de ellos corresponda en ese valor, y en el caso de que se hicieran posteriormente los respectivos pagos, tomarlo en consideración cuando ellos se realizaren, las oscilaciones del valor de la moneda entre esa fecha y la del acuerdo», hemos considerado que, el significado de la palabra es el señalado de distribución o repartición.

l) Los demás actos para cuya celebración la Ley exija escritura pública (119).

91) *Excepciones a la exigencia de la escritura pública.*

Son formalizados en los términos de la legislación especial respectiva:

a) Los actos en que intervengan como otorgantes personas colectivas de Derecho público.

b) Los actos de la Caja General de Depósitos, Créditos y Previsión relativos a las operaciones de crédito y enajenación de inmuebles.

c) Los actos de cualquier otro establecimiento público y de establecimiento de crédito predial debidamente autorizado.

d) Los actos entre las Cajas de crédito agrícola mutua y sus socios.

e) Los actos regulados por las Leyes de procedimiento.

Se excluyen de la línea e), que precede, los actos de conciliación otorgados ante Juez de Paz, los cuales no constituyen título hábil para los actos de partición o de división de bienes.

CAPÍTULO 2.º DE LA CADERNETA PREDIAL.

92) *Breve idea de este documento.*

En todo el ámbito de Registro de la propiedad portugués, se trate de aquellas demarcaciones—Consejos—en las que el sistema reviste carácter facultativo (la mayor parte del país), bien de aquellas otras circunscripciones en las que está en vigor el Regis-

(119) La Ley exige escritura pública entre otros en los siguientes actos: Contratos antinupciales (1.097, 1.126 y 1.131 del Código civil). Anulación de separación judicial de bienes por convenio (129, id.). Transacción extrajudicial sobre bienes inmobiliarios (art. 1.712 del Código civil). Donaciones entre esposos (1.179) o por terceras personas a los desposados (art. 1.175). Constitución de sociedad universal de todos los bienes presentes y futuros, etc., etc.

tro obligatorio, para posibilitar el acceso de los actos a los libros de la respectiva Conservatoria o Registro, ha de presentarse, con el título idóneo para la formalidad registral, la caderneta predial.

Este documento es una especie de cartilla de la propiedad, expedida por la Sección de Finanzas (diríamos, usando el paralelo en España, el Negociado de Contribución Territorial Rústica o Urbana), que refleja la titularidad del predio a que hace referencia en la expresada Sección.

Por los interesados ha de participarse a esta Sección de Finanzas su titularidad, por vez primera, respecto del inmueble o finca que le pertenezca y el alcance o naturaleza de su derecho (propietario, usufructuario, etc.), así como las posteriores y sucesivas alteraciones, que han de provocar su baja y el alta del nuevo adquirente. Todas estas diligencias, practicadas a la vista de tales comunicaciones suscritas por los particulares, causan lo que se denomina inscripción matricial de Catastro en la respectiva Sección de Finanzas: están ordenados el servicio por Concejos, dentro de ellos por parroquias, y a cada finca se le asigna su artículo (número), detallándose la sección a que corresponde.

La caderneta es un trasunto abreviado de esta constancia obrante en la matriz; responde a la forma y redacción prevista en la Ley (120); además de hacerse constar en la portada, el Concejo, parroquia y el nombre del propietario ha de precisarse si es tal o meramente usufructuario: se consigna el artículo que el predio tiene señalado en la matriz, y se autoriza con firma y rúbrica del Jefe de la Sección de Finanzas.

Abierta la caderneta en su hoja principal, existe un encasillado tendente a concretar, con la descripción del predio o finca, cargas perpetuas si sobre él pesaren, valor declarado, valor fiscal, fecha de confrontación verificada entre la matriz catastral y la caderneta (para asegurar así su actualización), rúbrica del Jefe de la Sección, que implica conformidad con la diligencia que queda dicha de conformidad, etc., etc. (121).

En el dorso van todas las circunstancias relativas al Registro: el

(120) Se acomoda a lo dispuesto en el artículo 19 del Decreto-Ley de creación de 14 de junio de 1935, número 25.502.

(121) Véase al final el modelo que unimos, cuyo examen aclara esta explicación, estimamos que suficientemente.

más saliente, sobre el encasillado, el relativo a la descripción en el libro B), folio, libro, número de finca, etc.

Y así cuanto detalle concierne al Registro, desde si éste reviste naturaleza definitiva o provisoria, libro, folio, número del inmueble, fecha de su extinción de la inscripción (por caducidad o cancelación); el nombre y domicilio de la persona a cuyo favor se verificó la respectiva formalidad registral y fecha y rúbrica del conservador, que acredita la conformidad de los datos obrantes en los libros, con los de la caderneta predial. Como quiera que para la constancia de las referencias del Registro puede ser insuficiente este espacio, está previsto puedan abrirse hojas, que con el mismo encasillado se unen a esta caderneta, para ir reflejando sucesivamente todas las operaciones de sucesivas transmisiones y en la caderneta a la que se incorporan, hay una columna para hacer allí constar esta unión de hojas, expresando la fecha de incorporación y el número (122).

93) *Su finalidad.*

Fácil es intuirlo: a nuestro juicio, la primera pretensión ha sido asegurar la percepción del tributo y lograr una pronta recaudación. Al consignar, actualizado, el nombre del titular, cuyo domicilio además consta, todo requerimiento se facilita; al impedir la práctica de cualquier acto sometido al Registro sin que previamente se acredite, el alta en la Sección de Finanzas competente, como dueño (usufructuario, etc.), se impide la transmisión del inmueble, y que surja la posición de un tercero protegido por el Registro, haciendo ilusoria o al menos retardando el ingreso del impuesto sobre los predios.

Ahora bien, paralelamente, y es muy trascendente, se alcanza el paralelismo, en cuanto a la identidad física de las fincas, entre el Registro y el Catastro, lo que no quiere decir que en lo que respecta a las comarcas donde no se halla en vigor todavía el Catastro geométrico de la propiedad rústica, tal identidad denote la realidad, o exactitud, por cuanto que la descripción en uno y en otro, descansa en las manifestaciones de las partes, bien en la solicitud para la alteración en la Sección de Finanzas, ya en los títulos otorgados para la for-

(122) Véase modelo.

malidad registral. Ahora bien; en aquellas comarcas donde rige el Registro obligatorio, por estar en vigor el Catastro geométrico de la propiedad rústica, la presunción de exactitud y coincidencia entre realidad (Catastro) y Registro, es tan fuerte, que en principio ha de admitirse como inatacable.

94) *Fundamento legal de su exigencia.*

Está contenido en el artículo 101 del Código de Registro predial, que establece: «Para la realización de cualquier registro (asiento) deben los requirentes presentar la caderneta predial de la respectiva finca, debidamente actualizada o certificación literal de la correspondiente inscripción en la matriz, practicada con una antelación no superior a treinta días» (123).

Excepcionalmente previene el artículo 281, en su apartado 2), que la presentación de estos certificados queda dispensada (en el Registro facultativo) si de los títulos destinados a servir de base a los asientos respectivos constan los datos de los artículos de la matriz o bien que se ha verificado la oportuna comunicación a la Sección de Finanzas para la inscripción o alteración en la misma.

En los supuestos en los que el predio no consta aún en la matriz de Catastro deberá probarse que se ha dado cuenta a la Sección de Finanzas, para su correspondiente alta en aquél, presentando al efecto el duplicado de esa comunicación autenticado por el Jefe de dicha sección (o en su defecto, certificación acreditativa de este extremo).

95) *Alteraciones posteriores en el Catastro: Su reflejo en el Registro.*

Cuando se modificare el contenido de la matriz catastral, de tal manera que varíe en consecuencia el número del artículo asig-

(123) Se consideran actualizadas las cadernetas, desde que la fecha de su expedición por las secciones de finanzas (o conservatorias en cuanto a datos del Registro) no sea anterior en treinta días a aquel en que se verifica la presentación en el Registro.

nado al predio inscrito, se hará constar tal circunstancia en el Registro, mediante la presentación de la certificación librada por la Sección de Finanzas respectiva, en la que quede acreditado que a los números de artículos que denota el Registro se corresponden ahora los nuevos, lo cual evidenciará ser el predio el mismo.

Cuando las Secciones de Finanzas estuvieren imposibilitadas por cualquier causa, para librar tales documentos en las condiciones expuestas deberán certificar de tal imposibilidad y los motivos que lo determinan.

No será preciso tal certificación cuando la Sección de Finanzas hubiera comunicado directa y oficialmente al Registro esa imposibilidad que se extiende a todos los predios sitos en un determinado Concejo, en cuyo caso, y por «averbamento», se verifica la rectificación en este aspecto de los asientos del Registro, con base en la simple declaración de los interesados.

CAPÍTULO 3.º LOS DOCUMENTOS PRIVADOS COMO TÍTULO BASTANTE PARA DETERMINADOS ASIENTOS REGISTRALES.

Hemos sentado en precedentes apartados que por regla general los títulos con eficacia inscribitoria son los auténticos, oficiales y extra oficiales, y excepcionalmente los autenticados, conforme al artículo 532 del Código de proceso civil, y los privados o particulares debidamente legalizados.

96) *El artículo 104 del Código de Registro predial.*

En este precepto está claramente admitido el documento privado como complementario para el Registro, y como base principal de la formalidad consecuente.

En su apartado 1) dice: «Las declaraciones complementarias, cuando sean admitidas por la Ley, como base accesoria de los Registros (asientos), serán firmadas por el declarante (u otorgante), y si éste no sabe o no puede escribir, lo hará otro a su ruego, debiendo las firmas ser reconocidas por el Notario.» Y el párrafo 2) añade, y aquí está lo importante: «Las firmas puestas

en las declaraciones admitidas como base principal de los Registros (asientos) serán igualmente reconocidas por Notario.»

Está claro a la vista del artículo que es forzoso admitir dos clases de documentación privada con efecto diferenciado en cuanto a su virtud o eficacia registral. Una que tiene una función complementadora, encaminada a suplir deficiencias del documento base, se trate de errores, omisiones, contradicciones, aclaraciones, etcétera, etc. Otras que operan como documentos legales, suficientes para la prueba de los actos a registrar, llenando la exigencia mantenida en el artículo 94, que sienta el principio general sobre la materia y del que nos hemos ocupado ya. El requisito de su legalización es común a ambas clases de documentos, como pudo advertirse.

97) *Supuestos de aplicación.*

Conforme al artículo 110, cabe extender la hipoteca legal para la seguridad de pago de las deudas, por foros sobre los predios a ellos sujetos o de intereses de los créditos garantizados por hipoteca y no amparados por la inscripción de ésta, mediante la declaración del titular del derecho real o de crédito.

A tenor del artículo 113 (al igual que el anterior, del Código de Registro predial), la afección de créditos hipotecarios a las reservas de las Compañías de seguros.

La afección de inmuebles y créditos hipotecarios, asimismo, al fondo de reserva de las Sociedades de seguros o a la caución o fianza para cubrir la responsabilidad de las entidades patronales a que se alude en el artículo 2.º, apartado 1), línea *m*), del Código, las cuales, con base en el artículo 114, cabe se inscriban por simple declaración privada.

La renuncia a la indemnización por aumento de valor derivado de las obras efectuada en los predios marginales de las carreteras nacionales [línea *r*) del mismo artículo 2.º], a tenor de lo dispuesto en el artículo 115.

Y en fin, por no citar más, la cancelación de hipoteca en garantía de rentas periódicas, prevista en el artículo 125, la cancelación de hipoteca y Registro provisorio por dudas, etc.

Y como complementarios, ya son numerosos los casos en que tienen acceso al Registro, por cuanto son ilimitados los supuestos de aplicación (omisión, error, contradicción, etc., etc.).

CAPÍTULO 4.º DOCUMENTOS ESPECÍFICAMENTE NECESARIOS PARA DETERMINADOS ACTOS SUJETOS A REGISTRO.

Prescindiendo de la titulación requerida en las diversas figuras de hipoteca, de que hemos de tratar en un título especialmente dedicado a la misma, hemos de detenernos:

- a) Documentos para efectuar registros provisionales como primera fase. Idem para su conversión en definitivos.
- b) Documentos para la cancelación.

98) *Titulo bastante para la adquisición por remate en procedimiento judicial.*

Dispone el artículo 117 del Código de Registro predial que basta para dicha formalidad, de carácter provisorio, la presentación de la certificación que acredite que el rematante ha depositado la décima parte del precio y la cantidad suficiente para cubrir las costas y gastos del remate, conforme a los términos previstos en el Código de proceso civil. La conversión, en definitivo, se opera con la presentación del título de adjudicación, fase final del remate.

En tal certificación, como posteriormente en el título de adjudicación, serán identificados—descritos—los bienes.

99) *Idem para el Registro requerido por el gestor de negocios (124).*

El provisorio se verifica con base en un documento auténtico presentado por el gestor, en el que conste la gestión alegada, el

(124) Véase artículos 1.723 y siguientes del Código civil.

cual ha de solicitar a la vez la petición de la formaidad pertinente. El definitivo se alcanza mediante la presentación del documento o documentos por los que se ratifica la gestión por el dueño, o simplemente tal petición de conversión, de provisoria en definitiva. Debe advertirse que a tenor del artículo 176 ya comentado, la inscripción, ésta, es provisoria por naturaleza.

100) *Documento para el Registro de acciones.*

El artículo 116 del Código previene, como título bastante para el Registro provisoria, presentación de la certificación acreditativa de haber sido interpuesta en juicio la acción. Y en el propio precepto se añade que su conversión, en definitiva, se opera con la presentación de certificado que acredite asimismo que ha sido admitida la acción y decidido en la *litis* conforme a ella. Para el primer supuesto, en la certificación aludida, es necesario esté literalmente contenida la *petitio*.

101) *Título para la práctica de la inscripción provisoria de embargo, una vez designados los bienes y acordada la diligencia, pero antes de que el embargo haya sido efectuado.*

Se verificará, con la presentación de certificación acreditativa de estar en efecto designados o señalados los bienes, con su identificación respectiva, y que la diligencia ha sido decretada, complementando a medio de declaración particular (legalizada notarialmente) aquellos extremos bastantes a una perfecta publicidad registral de tal cautela.

Y se convierte en definitiva la inscripción, con certificación en la que conste, además de los requisitos formales prevenidos en el Código de proceso civil, la fecha de la notificación al ejecutado o embargado y a los respectivos copropietarios, si los hubiere.

102) *Supuestos de subrogación de bienes dotales.*

El Registro provisoria requiere la presentación de certificación por la que quede demostrado que la acción pertinente ha sido de-

ducida en juicio, y se opera la conversión en definitivo, con el testimonio de la sentencia dictada por el Juez ante el que se sustanció el procedimiento, acordando la subrogación.

103) *Titulo idóneo para la cancelación. Principio general.*

La cancelación se practica, en base a los documentos «legales», bastantes para probar la extinción de los actos jurídicos inscritos, o bien en virtud de resolución judicial recaída en juzgado competente, que revista firmeza.

La expresión del Código de Registro predial, en su artículo 123, de que han de ser legales. entiende la doctrina equivale a ser «intrínseca y extrínsecamente válidos y eficaces» al fin antedicho de la prueba de la extinción del acto registrado.

Y esta apreciación sobre ese doble aspecto del título, como continente o requisitos formales, e interna, su validez en contraste con las normas sustantivas, entra de lleno en la facultad calificadora del conservador, en cumplimiento del principio de legalidad.

104) *Para a cancelación del Registro de embargo judicial o de embargo o traba de bienes a favor de la Hacienda.*

En el primer caso se requiere el documento que contenga la resolución judicial dictada por el Juzgado que decretó el embargo. Y en el segundo, mediante certificación expedida por la Sección de Finanzas, en la que se haga constar que la persona afectada según el Registro nada adeuda a la Hacienda, no mediando pendencia alguna o trámite respecto de ella.

El «parecer» de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de marzo de 1961 aún simplificaba más esta exigencia, desde el punto de vista formal, por cuanto estimó como título suficiente a estos fines cancelatorios, el oficio librado por el Jefe de la Sección de Finanzas, o Jefes de las Secretarías del Tribunal de Ejecución Fiscal, de Lisboa o de Oporto, debidamente autenticados y en los cuales quedé constancia clara del antece-

dente de la medida cautelar, con su fecha y de la decisión de su extinción, con indicación del día en que así se acordó.

105) *Cancelación del Registro provisorio de acciones.*

Basta la aportación de la certificación de la resolución judicial que absuelve al demandado (de la demanda) o justifique haber caducado la instancia, o bien suspendida la misma. También habida cuenta la caducidad a que están afectas, si no se insta la conversión en definitivo del Registro provisorio, en plazo de sesenta días, el testimonio de la sentencia, con su fecha, que servirá de cómputo para valorar si ha mediado o no la caducidad, que se exteriorizará por asiento cancelatorio, a petición de parte y en base al testimonio aludido.

106) *Documentos otorgados en país extranjero y documentos escritos en lengua extranjera.*

Los documentos otorgados en país extranjero, de conformidad con las leyes del respectivo país, sólo serán admitidos a Registro una vez legalizados en los términos previstos en el Código de proceso civil. Y este cuerpo legal exige que la firma del funcionario autorizante sea reconocida por el representante diplomático o consular portugués en dicho lugar del otorgamiento, y a su vez la de éste por el Ministerio de Negocios Extranjeros nacional. Y lo propio sucede con los documentos privados, que han de contener la legalización de firmas de un funcionario público y la de éste ser reconocida a la manera expuesta precedentemente.

Los documentos que fueran redactados en lengua extranjera para ser admitidos a Registro han de ir acompañados de una traducción literal, debidamente legalizada. Si el Notario, por sus conocimientos, pudiere verificar la traducción, está facultado para ello por el Código del Notariado y el propio de Proceso civil.

TITULO VI.—DE LA HIPOTECA

CAPÍTULO 1.º LA HIPOTECA EN GENERAL.

Hemos de recordar aquí, lo que ya precedentemente hemos dicho: el Código de Registro predial portugués es un compendio de derecho formal, ayuno de normas substantivas, a menos que diéramos valor de tales a aquellas que establecen presunciones jurídicas (125), precisando los efectos de la publicidad registral, especialmente en cuanto a la relación con terceros.

Es, por tanto, materia de derecho civil el tratamiento jurídico de los actos y derechos inscribibles, regulándose, en consecuencia, esta figura de la hipoteca en los artículos 888 y siguientes (dentro del capítulo X, título I, libro II) del Código civil.

107) *Definición legal y doctrinal.*

El artículo 888 del Código civil dice que «la hipoteca es el derecho concedido a *ciertos* acreedores de ser satisfechos—pagados—con el valor de *ciertos* inmuebles del deudor y con preferencia a otros acreedores, cuando sus créditos estén debidamente registrados».

No es nota distintiva de los Cuerpos legales el acierto cuando deciden ofrecer conceptos de instituciones o derechos. Así ocurre en el precepto citado; su simple lectura pone de relieve inmediatamente que se han omitido notas tradicionalmente peculiares de este derecho; tal la de accesoriedad; su objeto; implicar enajenación en potencia (derecho de realización de valor), etc. No obstante, a la vista del conjunto de su articulado (126) cabe apreciar que tanto la naturaleza, como sus caracteres son los tradicionalmente atribuidos a este derecho real, de hipoteca, no diferentes de los señalados básicamente en otros Ordenamientos jurídicos.

(125) Artículo 8.º del Código de Registro predial.

(126) Sección IV. «De los privilegios y de las hipotecas».

A la vista del conjunto de preceptos del Código civil cabe formular la siguiente, más completa noción, diciendo que se trata de «un derecho real de realización de valor, en garantía del cumplimiento de una obligación; indivisible y de constitución registral, que recae sobre bienes inmuebles ajenos y enajenables, que faculta al acreedor, supuesto el impago de la obligación garantizada, a promover su enajenación, y con su importe, lograr la efectividad de la misma» (127).

108) *Caracteres.*

Las dos notas distintivas del derecho real—inmediatividad y persecución *erga omnes*—están presentes al igual que su función de garantía.

El artículo 892 dice: «La hipoteca grava los bienes sobre que recae y los sujeta directa e inmediatamente al cumplimiento de las obligaciones a que sirve de garantía...»

Y el artículo 903, corroborando lo expuesto, que el acreedor, cuando el pago no fuere hecho, no puede apropiarse el predio hipotecado, salvo cuando acudió al remate en la subasta, o le hubiera sido adjudicado; mas este remate o esta adjudicación se harán siempre, sea cual fuere el valor del predio y el importe de la deuda asegurada por la hipoteca, a menos que el acreedor consintiere otra cosa (128).

La ejecución hipotecaria entra de lleno en el campo procesal y es objeto de regulación en el Código de Proceso civil, como en su momento veremos.

Indivisible: se consagra este principio en el artículo 893, que dice: «La hipoteca es por su naturaleza indivisible; subsiste en todos y cada uno de los predios hipotecados y en cada una de las partes que los constituyen...» (*Tota y toto, tota in qualibet parte*).

De constitución registral: para la existencia de la hipoteca es

(127) AZEVEDO Souto (ob. cit., tomo II. pág. 19) define la hipoteca como «un direito real accesorio, indivisível, inerente a certos imóveis do deudor o com terceiro, limitado ao valor dos bens a fim de garantir o cumprimento de uma obrigação por determinada soma com preferencia a outros credores e *quando registado*».

(128) Es decir, que fuere adjudicada a otro (mejor postor).

inexcusable la inscripción; resulta así de los términos del artículo citado, 888, que habla para asignar preferencia a los créditos hipotecarios que estén «debidamente registrados», y de manera más directa y rotunda del artículo 6.º, 2) del Código de Registro predial, cuando al referirse a los actos sometidos a registro y no registrados y puntualizar sus efectos, expresa «los constitutivos de hipoteca, cuya eficacia entre las propias partes depende de la realización del registro», lo que obliga a reconocer, dice VIEIRA DA GAMA (129), el carácter constitutivo de la inscripción.

La eficacia, pues, de este derecho real de garantía—añade—está supeditado entre partes, herederos o sus representantes, al rigor del registro, «sin el cual no existe».

Sobre bienes inmuebles, ajenos y enajenables: el artículo 892 establece que la hipoteca «sólo puede recaer sobre bienes inmuebles que no estén fuera del comercio». No está regulada la hipoteca del propietario, como sucede en nuestra Ley, con la que coincide en este aspecto y en la general orientación de esta figura de garantía.

La alienabilidad de los bienes es presupuesto inexcusable, consagrado en el artículo 894, que precisa: «Sólo puede hipotecar quien puede enajenar, y sólo pueden ser hipotecados los bienes que pueden ser enajenados». La facultad del acreedor de instar la venta de los bienes para aplicar su importe al pago de la obligación es consecuencia de su función de garantía. Ya hemos visto que en el artículo 903 está centrado el derecho del titular de la hipoteca, que ha de canalizarse en el área procesal por las normas contenidas en el Código de Proceso civil.

109) *Bienes que pueden ser hipotecados.*

El principio general está contenido en el artículo 889, del que ya hemos hablado: un doble requisito previene este precepto: que sean inmuebles y que no estén sustraídos al tráfico jurídico (131).

(129) Obra citada, pág. 43.

(130) AZEVEDO SOUTO señala como caracteres: a) ser derecho real; b) inmobiliario; c) indivisible, salvo pacto; d) afección universal a los bienes del deudor, salvo pacto (es normalmente en base a tal pacto especial) y de constitución registral.

(131) «Que no estén fuera del comercio», dice textualmente este artículo.

Y aún completa su alcance, en cuanto al ámbito del gravamen, diciendo en el apartado 2) que cuando fueran hipotecados predios afectados por carga real, la hipoteca no comprenderá sino el valor de los bienes, deducido el importe de tales gravámenes o cargas que figuren inscritas con anterioridad a la hipoteca.

El artículo 890 señala como hipotecables:

«1.º Los bienes inmuebles o «los inmovilizados» que se mencionan en el artículo 375, números 1 y 2.

2.º El usufructo de los mismos bienes.

3.º El dominio directo y el dominio útil, en la enfitéusis.

El artículo 374 del Código civil diferencia estos bienes en inmuebles por naturaleza o inmuebles por la acción del hombre, encuadrando en la primera categoría los bienes rústicos y llevando a la calificación restante los predios urbanos.

Los números 1 y 2 del artículo 375, aludidos en el artículo 890, llaman inmuebles por disposición de la Ley, en principio hipotecables, a «los productos y partes integrantes de los predios rústicos y las partes integrantes de los urbanos, que no puedan ser separadas sin perjuicio de la utilidad que reportan, a menos que lo fueran por el dueño del predio.»

Y «los derechos inherentes a los inmuebles mencionados en el artículo precedente» (es decir, el 374, que queda dicho).

Ahora bien, no es prudente admitir, sin más, la hipotecabilidad de estos derechos. Conviene aclarar que pueden algunos tener naturaleza personal y por tal razón estar excluidos del registro y no ser susceptibles de gravamen real; o puede ocurrir que no sea dable separarlos del predio al que correspondan, es decir, gozar de la substantividad precisa para basar en ellos la afección hipotecaria. De ahí que la doctrina ofrezca serias reservas a la tesis legal, cual viene pronunciada en el Código.

110) *Otros bienes y derechos hipotecables.*

El artículo 896 prevé la posibilidad de la hipoteca condicional. Y así establece: «Quien posee condicionalmente o con derecho resoluble, sólo puede hipotecar en las mismas condiciones». Y prosi-

gue: «El propietario condicional deberá declarar en el contrato la naturaleza de su derecho si lo conociere, y no haciéndolo así, incurrirá en la pena impuesta al delito de estafa (132), además de la indemnización de daños y perjuicios.» No hay, como se ve, en el Derecho portugués una enunciación tan completa o acabada como en nuestro ordenamiento hipotecario en el artículo 107. Las disposiciones del Código civil luso son fragmentarias, incompletas; tocan supuestos diversos, pero quedan huérfanos de desarrollo e imprecisos, como hemos de ver en los siguientes números.

111) *Extensión objetiva y subjetiva.*

Se ocupa el Código civil de la primera en el artículo 891, cuando dice: «La hipoteca comprende:

- 1.º Las accesiones naturales.
- 2.º Las mejoras hechas a costa del deudor, salvo el derecho de tercero en la parte en que el valor del predio hubiere aumentado como consecuencia de ellas.
- 3.º Las indemnizaciones debidas por los aseguradores.
- 4.º Las indemnizaciones procedentes de expropiación forzosa o por los perjuicios ocasionados.»

De la extensión subjetiva trata el artículo 900, que establece:

La hipoteca relativa a crédito que devengue intereses comprende los vencidos durante el año anterior a la citación para la ejecución de aquélla, así como los que se produzcan durante el tiempo que ésta dure, sin necesidad de registro. En cuanto a los intereses de los años anteriores, tiene derecho el acreedor a que le sean garantizados con hipoteca, como si fueran créditos distintos, requiriéndose su inscripción en el Registro. Es decir, en cuanto a intereses anteriores no hay hipoteca tácita; el legislador reconoce el derecho a la garantía, pero subordinado para su existencia y consecuente eficacia, a que hubiere sido registrada (por tanto, previamente establecido). Fácil es observar cómo aquí, cual anticipamos, resulta incompleto el tratamiento legal del problema, especialmente en la

(132) «Incorrerá na pena imposta ao crime de burla», dice el artículo.

extensión objetiva. No se aclara qué accesiones quedan afectas al gravamen. Y no parece lógico admitir como tales las ampliamente previstas en el Código en los artículos 2.290 y siguientes, sin atemperamentos. Tampoco, en cuanto a las indemnizaciones de los aseguradores (número 3 del artículo 891), se ha procurado la prevención necesaria (133), para no hacer ilusorio el derecho del acreedor, requiriendo su intervención, e impidiendo el pago, sin su conocimiento al menos. Otro tanto puede decirse del número 4 del precepto citado, al concretar qué perjuicios son los que pueden dar lugar a indemnización (afectada por el gravamen hipotecario). Sin embargo, y al margen de nuestra apreciación, el fenómeno de ampliación o extensión de la hipoteca viene regulado tal y como queda dicho: El lector puede, por sí, formar juicio, sin duda, mejor y más ponderado que el nuestro, del tratamiento legal referido.

112) *Derecho del acreedor por insuficiencia de la garantía prestada o en el caso de destrucción de la finca hipotecada.*

El primer supuesto es lo que llama el Derecho portugués «refuerzo de la hipoteca»; se ocupa de la cuestión un único artículo, el 901, que sienta la doctrina siguiente: si durante la vigencia de la hipoteca el soporte de la misma (bienes hipotecados) se devalúan de manera que se reputen insuficientes para la cobertura de la obligación a cuya efectividad tiende, el acreedor puede exigir del deudor que ésta se aumente (refuerce, dice el texto legal), y si no amplía la garantía, pedir el pago íntegro de la deuda, aunque ésta no estuviere vencida.

El Código civil, en el artículo citado, comienza diciendo: «Cuando por cualquier motivo la hipoteca se vuelva insuficiente para la seguridad de la obligación contraída...» Pero el Código de Proceso civil modifica la causa, y con criterio más correcto establece «por motivo que no sea imputable al acreedor»... (artículo 437).

El procedimiento viene regulado en este artículo 437 y en los siguientes, del propio Código Procesal, que aquí no vamos a exponer, porque nos desviaría del cometido de nuestro trabajo, pero si

(133) En el Código al menos.

hemos de apuntar que requiere para la posibilidad de este derecho del acreedor: a) justificación de la pretensión; b) importe en que cifra la devaluación de los bienes hipotecados, y c) montante de ese «refuerzo» (aumento) de la garantía que pretende obtener. Al deudor se le reconoce el derecho de impugnación sobre la razón alegada y pretensión cuantitativa del acreedor; o bien puede aceptar, y entonces señalará nuevos bienes a gravar con la hipoteca para que la obligación quede debidamente garantizada.

El segundo supuesto se halla previsto en el artículo 902 del Código civil; en él se indica que, dándose el caso de haber sido destruido el predio hipotecado, si el deudor por esta causa recibe alguna indemnización, el derecho del acreedor recae sobre ese valor o importe, o bien si medió nueva edificación sobre el predio reedificado, sobre ésta si la construcción se realizó a costa de aquel de cuyo cargo era tal indemnización.

113) *Obligaciones susceptibles de garantía hipotecaria: limitación de la responsabilidad a los bienes hipotecados.*

No hay precepto terminante que exprese qué clase de obligaciones pueden ser garantizadas con el derecho real de hipoteca. Habla el artículo 892 de la afección de los bienes al cumplimiento de las obligaciones a las que sirve de seguridad... Inclina a pensar cabe asegurar toda clase de obligaciones; la lectura del artículo 906 da base para afirmar que pueden ser puras, condicionales y a término, tesis que observamos sustentan comentaristas del Código civil, que al detenerse en examinar la finalidad de la hipoteca (artículo 895) subrayan pueda ser la obligación garantizada de naturaleza «futura y eventual» (134).

Creemos igualmente que como sucede en nuestro Ordenamiento, y de ello nos habla ROCA SASTRE (135), ha de presuponerse en toda

(134) Al tratar de la purga o liberación de la hipoteca—*expurgacão das hipotecas*—se alude el supuesto de obligaciones en garantía de prestaciones periódicas.

(135) *Derecho Hipotecario*, tomo IV, pág. 380: «A toda obligación que tenga por objeto una prestación de dar, hacer u omitir algún derecho, es susceptible de ser garantizada con hipoteca; pero eso sí, siempre que pueda resolverse en una deuda de dinero, ya directamente, mediante su cumplimiento específico, ya indirectamente por medio de indemnización de su importe (del «*id quod interest*»).

obligación un equivalente económico concreto, en el que ha de traducirse y cuya efectividad, para el acreedor, está garantizada por la hipoteca.

Por ello el artículo 911 del Código civil (dentro de la Subsección de las hipotecas voluntarias) dice, refiriéndose al alcance de la garantía... «y por cuantía cierta y determinada, al menos aproximadamente».

La permisibilidad de limitar la responsabilidad de los bienes hipotecados mediante pacto contenido en la propia escritura de constitución está previsto en el artículo 893. Y así dice que si bien subsiste la hipoteca como indivisible en todos y cada uno de los predios y en cada una de las partes que los constituyen (artículo 893) ello, «salvo el caso de designarse en el competente título de la hipoteca la parte del predio o predios que con ella quedan gravados».

114) *Elementos personales en la relación hipotecaria. Capacidad para hipotecar.*

En toda relación obligatoria hemos de considerar el elemento personal activo (acreedor) y el pasivo (deudor); en la hipoteca la garantía para asegurar el pago de la obligación puede ser prestada por el deudor y sobre sus propios bienes—fenómeno más corriente—, o por otra persona, no obligada personalmente, a la que se denomina deudor real. Tal posibilidad se halla admitida en el Código civil portugués en el artículo 895.

Capacidad para hipotecar: es la exigida para enajenar: «Sólo puede hipotecar quien puede enajenar», dice el artículo 894.

Problema importante es este punto que no debemos omitir el de la representación voluntaria. ¿Está admitida? ¿Puede constituirse hipoteca por mandatario? ¿Qué particularidades ha de contener el mandato? La respuesta a lo primero es afirmativa. El mandato para que se repute suficiente ha de ser otorgado en instrumento de fuerza probatoria igual a la requerida para la hipoteca.

Así, el artículo 88 del Código de Registro predial dice que para solicitar el Registro—asiento—del acto deberá aportar la documentación bastante para el mismo. Y el artículo 1.327 del Código civil:

«Es necesaria la procuración (representación) pública, o tenida por pública, para los actos que hayan de realizarse de modo auténtico o para cuya prueba sea exigido documento auténtico.» Y está calificada de pública la otorgada ante Notario... (artículo 1.320).

Así, pues, como quiera que para la inscripción de hipoteca se requiere, a tenor del artículo 88 del Código del Notariado, apartado b), escritura pública notarial, so pena de nulidad, fácil es concluir que es suficiente para la constitución de este derecho por mandatarío poder bastante, entendiéndolo como tal el especial y expreso, pues el concebido en términos generales, conforme al artículo 1.325, en relación con el anterior, sólo faculta para actos de mera administración.

115) *Clases de hipotecas.*

Por su origen: a) hipotecas legales; b) voluntaria; c) judiciales.

Las primeras, como dice el artículo 905 del Código civil, nacen por determinación de la Ley, sin que intervenga la voluntad de las partes, y existen por la circunstancia sola de haberse producido el hecho determinante del nacimiento de la obligación a cuya seguridad o efectividad van destinadas.

Las hipotecas voluntarias tienen su origen en el contrato o en testamento. Tal declara el artículo 910 (136).

Las hipotecas judiciales no han sido establecidas por el Código civil, que solamente en su artículo 904 habla de legales y voluntarias. Deben su existencia al Código de Proceso civil, que la introduce en su artículo 676 (137).

Por su ámbito, en hipotecas generales y especiales, según que graven todos los bienes del deudor o sólo ciertos y concretos bienes del mismo, clasificación aplicable a las vigentes clases de hipotecas citadas.

(136) El precepto textualmente dice: «Las hipotecas voluntarias nacen del contrato o de disposición de última voluntad.»

(137) La sentencia que condene al reo al pago de una prestación determinada de dinero o especial, incluso antes de su ejecución por el Juzgado, es título constitutivo de hipoteca, debiendo ser inscrita para que produzca efectos en relación con terceros.

116) *Purga o liberación de las hipotecas.*

Se establece en el Código civil el derecho a favor del adquirente de finca hipotecada, de conseguir la liberación de la misma, de los gravámenes de esta naturaleza que le afectaren, utilizando para ello cualquiera de los medios que siguen:

1.º Pagar íntegramente a los acreedores hipotecarios las deudas que sus respectivas hipotecas garantizaran.

2.º Depositar el precio del remate, cuando la adquisición tiene lugar en pública subasta.

3.º Declarando en juicio que está presto a entregar a los acreedores, para la satisfacción de sus deudas, hasta el total importe o cuantía del precio en que fué adquirido el inmueble hipotecado, o su estimación o tasación, cuando la adquisición no deriva de título oneroso (artículo 938).

En cualquiera de los casos señalados el adquirente del predio (nuevo poseedor, reza el texto legal) mandará sean citados todos los acreedores de manera que comparezcan en el Juzgado a percibir la parte de precio que les pertenezca, declarándose tras esta diligencia, libre el predio o finca y desgravado de las hipotecas que sobre él pesaren. Cuando la hipoteca se hubiere constituido en garantía de prestaciones periódicas, esta purga o liberación se opera mediante el depósito del importe del capital que dichas prestaciones representan, en efectivo metálico, en fondos públicos o en acciones de bancos legalmente constituidos.

Este capital depositado revierte a favor del depositante o de sus herederos, una vez extinguida la obligación que motivó el depósito, sea cual fuere la causa de la extinción.

Y en tanto este depósito dure, los intereses que devengue o los dividendos correspondientes a los títulos, corresponden al acreedor (138). El procedimiento para la efectividad de esta purga o liberación viene regulado en el Código de Proceso civil, al que nos remitimos (139).

(138) Artículo 940: La pretensión del legislador, como se dice en el final de este precepto, es asegurar al acreedor la integridad de la prestación.

(139) Artículos 1.000 y siguientes.

117) *Los privilegios sobre inmuebles y la hipoteca.*

En la legislación portuguesa—Código civil—se mantiene la vigencia de los privilegios con singular y penetrante alcance. La Sección misma IV del capítulo X, bajo la rúbrica «De los privilegios y las hipotecas», se ocupó de ambas figuras con cierto parangón o paralelismo. El artículo 878 define en términos generales el privilegio diciendo que es «la facultad que la Ley concede a ciertos acreedores de ser satisfechos—pagados—con preferencia a otros, *independientemente* de que sus créditos se hayan registrado».

Admite dos clases de privilegios: mobiliarios e inmobiliarios; subdivide los primeros, en generales, que abarcan todos los bienes del deudor, y especiales, que sólo comprenden el valor de ciertos *y determinados* bienes. Y añade: «Los inmobiliarios son siempre especiales.»

El artículo 887 considera y enumera como privilegios inmobiliarios, preferentes a la misma hipoteca, sobre los propios bienes en que ésta se halle constituida:

1.º Los créditos por impuestos a favor de la Hacienda nacional por los últimos tres años, sobre los bienes que ocasionen tales impuestos.

2.º Los créditos derivados de los gastos hechos en los tres últimos años para la conservación de las fincas, con relación a aquellas a las que tales gastos fueron aplicados, siempre que no excedan de la quinta parte del valor de los mismos predios.

3.º Los créditos provenientes de las costas judiciales hechas en interés común de los acreedores, sobre el valor del predio en razón del cual aquéllas han sido causadas.

Los anotadores del Código en esta cuestión aclaran que, al amparo de otra serie de disposiciones posteriores al mismo, han nacido varios supuestos de privilegios que deben ser tenidos en cuenta; y son de notoria trascendencia, que puede traducirse como lesiva de la garantía que entraña la hipoteca, al limitar su derecho de preferencia en detrimento de la posición del acreedor.

El derecho que el privilegio representa está fundado en la cualidad o especial naturaleza, atribuida al crédito por la Ley, al que debe su existencia. Es uno de los efectos típicos del mismo.

Como bien señala Roca SASTRE (140), no se trata de un derecho de entidad propia, a colocar en plano igual a los derechos de hipoteca o prenda (en tripartita clasificación). La causa determinante de esa anteposición del privilegio, a la hipoteca, ha de verse en la cualidad y protección directamente dispensada por la Ley al crédito al que va aparejado el privilegio (141) en el cobro.

118) *Extinción de las hipotecas.*

El artículo 1.027 del Código civil establece:

Las hipotecas se extinguen:

- 1.º Por la purga o liberación.
- 2.º Por sentencia dictada en el Juzgado competente.
- 3.º Por cualquiera de las causas señaladas en los números 1, 2 y 3 del artículo precedente (142).

Y estas causas son:

- a) Extinción de la obligación principal.
- b) Renuncia del acreedor.
- c) Prescripción.

El artículo 1.029 trata de la hipótesis en que la hipoteca extinguida pueda «renacer». Ello puede ocurrir cuando la causa de la extinción fuera el pago y éste haya sido anulado. Ahora bien, si la inscripción ha sido cancelada, la hipoteca sólo producirá efecto desde que nuevamente se haya inscrito, sin perjuicio de la responsabilidad del deudor ante el acreedor por los que a éste se le produjeran, en ese intervalo, en que la hipoteca no pudo ser inscrita (existir, por tanto).

(140) *Derecho Hipotecario*, tomo IV, págs 551 y sigs.

(141) La protección del legislador va más allá aún, pues aparte esta primacía cobratoria sobre los bienes les asigna sin merma de ella carácter de hipoteca legal en el artículo 907.

(142) Artículo 1.028, relativo a la extinción de los privilegios.

CAPÍTULO 2.º DEL TÍTULO Y DE LA INSCRIPCIÓN DE LAS HIPOTECAS
EN GENERAL.

119) *Documentos necesarios para la inscripción.*

El Código civil solamente alude a esta cuestión en la parte relativa a las hipotecas voluntarias y dice que cuando provienen de acuerdo de voluntades—contrato—pueden probarse—constar, diríamos—por escritura, acto público, o si la cantidad garantizada no excediere de 1.000 escudos, por escritura privada, suscrita por el constituyente, y si no sabe o no puede firmar por otro a su ruego, teniendo la firma de dos testigos, que escribieran sus nombres, y en todo caso, las firmas extendidas, reconocidas por Notario.

Pero el Código del Notariado, en artículo ya citado (143), hemos visto que, so pena de nulidad, establece que ha de constar en escritura pública la constitución, modificación, posposición, etc., de la hipoteca. Queda por preguntar: la legislación notarial, ¿ha derogado el artículo 912 del Código civil? Los comentaristas entienden que sí pero, a mayor abundamiento, ha de estimarse prácticamente inoperante el Código civil, porque la inscribibilidad de la hipoteca en base a escritura privada, vendría condicionada a que se hallara ésta extendida u otorgada con antelación a la implantación de la escritura pública, como obligatoria (que el Código del Notariado actual no hace sino reiterar, pues era tónica ya anteriormente sancionada).

El Código de Registro predial, en su artículo 109 dice que el Registro de la hipoteca puede tener por base cualquiera de los títulos que en los términos previstos en la Ley pueden servir para su constitución.

Y cuando en el título no se contuvieren todos los requisitos necesarios, deberá el solicitante complementarlos mediante las declaraciones pertinentes. Estas declaraciones no podrán restringir los derechos ni ampliar las obligaciones, de la persona no solicitante, que consten en los respectivos títulos.

(143) Artículo 88.

Comentaristas como LÓPEZ CARDOSO (144), refiriéndose al valor que estas declaraciones complementarias pueden revestir, indica que son esenciales en los supuestos de inscripción de hipotecas generales, por cuanto en ellas vendrían detallados y descritos los predios del deudor, que han de quedar gravados con tal derecho real. Así, la garantía nacida de la Ley—en supuestos de hipoteca general legal—deviene concreta y puede inscribirse, por la relación descriptiva de los bienes; como en la hipoteca voluntaria general, en que la determinación, si no la contiene el título, se hará en dicha complementaria declaración del interesado.

120) *Circunstancias de la inscripción.*

El artículo 180 del Código de Registro predial determina que las inscripciones de hipoteca deben contener las siguientes circunstancias:

- a) Cantidad máxima del crédito asegurado y sus accesorios, así como el origen o causa de la hipoteca.
- b) Si se trata de hipotecas en garantía de obligaciones representadas por títulos al portador, nombre del emitente, fecha de la emisión, serie, número y valor de las obligaciones, además de las circunstancias del apartado a) que antecede.
- c) Si se trata de hipoteca en garantía de obligaciones resultantes de títulos a la orden, nombre del actual poseedor del título y demás circunstancias indicadas en el apartado a).
- d) Siendo constituida para garantizar las costas referidas en la línea n) del artículo 176 (145) (provisoria por naturaleza) el plazo establecido para el cumplimiento del contrato y el precio convenido; si es definitiva, indicación de estar cumplido el contrato por parte del responsable y serle debido el importe convenido, o parte de él, especificando en este último caso la cuantía de la deuda.

(144) Obra citada: *Registro predial*, pág. 210.

(145) Se refiere la línea n) del artículo 176, hipotecas estipuladas para garantía del pago de los gastos de conservación de fincas rústicas y urbanas, de construcción, reparación y mejora de edificios y roturación, plantación y desecación o irrigación de predios rústicos, requeridas antes del cumplimiento del contrato.

e) Si se trata de hipoteca sobre fábricas, referencia al inventario donde consten las maquinarias y los muebles afectos a la explotación industrial cuando se hallen comprendidos en ella y deban constar en la inscripción.

Si de la documentación aportada resulta que el capital garantizado devenga intereses y no se determina el tipo, se hará indicación del legal (146), que es el 6 por 100 (147).

CAPÍTULO 3.º DE LA CANCELACIÓN DE LA HIPOTECA EN GENERAL.

121) *Causa principal: título idóneo.*

La causa general viene establecida en el apartado 2) del artículo 123 del Código de Registro predial. Se consagra como causa principal y bastante para la cancelación el consentimiento del favorecido por la inscripción. Dice textualmente así: «La cancelación del Registro de hipoteca puede ser efectuado mediante el consentimiento del acreedor prestado en documento auténtico o autenticado».

Es doctrina tradicional y reiterada: un Despacho del Ministerio de Justicia, de marzo de 1942, claramente sentaba: «La garantía hipotecaria, siendo establecida a favor del acreedor, puede ser cancelada a su requerimiento, sin tener que probar la extinción de la deuda garantizada». Se proclama, como se observa, el principio del consentimiento formal, que permite una aplicación extensiva en toda clase de hipotecas (legales o voluntarias), pues radica su fundamento en la inoperancia de la hipoteca, cuando desapareció su utilidad: la obligación garantizada. Es una consecuencia directa de su accesoriedad.

Esto aparte, el título para la cancelación ha de estar revestido de los mismos requisitos exigidos para la inscripción de la hipoteca.

El artículo 123, citado, en su apartado 1) habla de que las can-

(146) Del Decreto número 21.730 de 14 de octubre de 1932, artículo 2, determina que en préstamos asegurados con garantía real, no podrá ser superior al 8 por 100 el tipo del interés, y en los restantes no excederá del 10 por 100.

(147) Artículo 1.640, anexo único del Código civil.

celaciones se operan en base a «documentos legales y suficientes para probar la extinción del acto jurídico registrado»...; como dicen los comentaristas del Código predial, han de ser intrínseca y extrínsecamente válidos y eficaces para probar la extinción de la obligación garantizada por la hipoteca, causa de existencia de la misma.

Esta apreciación de la legalidad (interna del negocio y externa del documento) incumbe al conservador, en el desenvolvimiento de su función calificadora, previa y obligada a toda determinación ulterior (148).

CAPÍTULO 4.º HIPOTECAS LEGALES.

Queda ya expuesta su noción, tal y como literalmente el legislador la ofrece en el artículo del Código civil que hemos transcrito. Resta añadir, como expresa MOREIRA (149), para centrar bien la idea, que si bien la Ley crea la garantía, no la constituye, por lo que es necesario, por actos ulteriores, determinar los bienes sobre los que ha de recaer, cuantía que asegura y su inscripción en el Registro. Mientras, no hay hipoteca, no se han producido sus peculiares consecuencias o efectos jurídicos.

122) *Clases: Generales y especiales.*

En razón a los bienes, y conforme al artículo 909, hemos de distinguir dos clases de hipoteca legal: general y especial o concreta. Tiene lugar la primera cuando surgido el hecho que da derecho a ella y otorgado el título necesario para su inscripción, no se hubieren designado en el mismo bienes concretos sobre los que la garantía ha de constituirse ni por declaración complementaria se señalaran. En tal caso abarcará la hipoteca todos los bienes del deudor.

(No obstante, se reconoce a éste expresamente en el propio artículo la facultad de pedir, que se limite la hipoteca a los bienes bastantes para garantizar la efectividad de la obligación, pudiendo

(148) El artículo 241, línea b), señala como causa de recusa estos posibles defectos.

(149) Obra citada: *Instituciones de Derecho civil portugués*, pág. 430.

designar aquéllos a tal fin necesarios (y entendemos que este derecho puede utilizarlo en cualquier momento, una vez constituida.)

Esta facultad del deudor, excepción al principio general de afectabilidad de todos los bienes, es asimismo reiterado en el supuesto de la «hipoteca a favor de la Hacienda nacional, municipal o de establecimientos públicos» (artículo 917).

123) *Supuestos de hipoteca legal.*

Vienen comprendidos en los artículos 906 y siguiente del Código civil. Dice el primero de ellos:

«Los acreedores que tienen derecho de hipoteca legal para la seguridad del pago de sus deudas son:

1.º La Hacienda nacional, las Cámaras municipales y los establecimientos públicos sobre los bienes de los respectivos funcionarios responsables, y sobre los de sus fiadores, de conformidad con las Leyes fiscales o administrativas, para el pago de las cantidades de que fueran responsables.

2.º El menor, el ausente y el interdicto, y en general todas las personas privadas de la administración de sus bienes, sobre los de sus tutores, curadores o administradores, para la satisfacción de las cantidades a las que dejaron de dar la aplicación debida, que no entregaran oportunamente o dejaran perder mediando culpa o dolo.

3.º La mujer casada, cuando hubiere mediado contrato dotal sobre los bienes del marido para el pago de los valores—bienes—muebles dotales y de los gastos de su particular utilización estipulados (150).

4.º El cónyuge sobreviviente, sobre los bienes del fallecido, para el pago de algunas participaciones a que tuviere derecho (151).

5.º El acreedor por derecho de alimentos sobre los bienes, cuyo rendimiento se designó para con él satisfacerlos, o libre cualquiera otros bienes del deudor cuando no hubiere mediado designación.

(150) Expresa el texto legal «apanagio», que se traduce por atributo.

(151) Dice el Código «alfinetes», equivalente a alfileres.

6.º Los establecimientos de crédito predial para el pago de sus títulos sobre los bienes que en los mismos títulos se designan.

7.º Los coherederos para el pago de las respectivas compensaciones en los bienes de la herencia sujetos a tal satisfacción.

8.º Los legatarios de cantidad, de prestaciones periódicas, sobre los bienes afectos al pago.

Y en el artículo 907 se prevé el supuesto de hipoteca legal a favor de créditos privilegiados, y se dice:

Los créditos que tengan privilegio de cualquier especie, a la vez revestirán naturaleza y alcance de hipoteca legal, si estuvieren inscritos como créditos hipotecarios. Y no pierden, por esa circunstancia de hallarse tutelados por el Registro, su privilegio, y podrán alcanzar la prioridad correspondiente a su naturaleza hipotecaria en el pago, que en concurso entre los privilegiados no hubieran podido obtener.

124) *Personas obligadas y bienes afectados en diversos supuestos de hipoteca legal.*

En el número primero del artículo 906 del Código civil, la persona que ha de constituir la garantía es el funcionario respectivo, ajustándose a lo previsto concretamente sobre esta cuestión en las Leyes administrativas y fiscales.

Si no se han designado bienes para responder, la hipoteca se constituirá sobre cuantos, reuniendo la cualidad de hipotecables, pertenezcan al responsable, dejando a salvo siempre el derecho de éste a solicitar sea reducida a los justos límites (bastantes para cubrir la responsabilidad). La hipoteca a favor de los incapaces, y en general de quienes se hallen privados de la administración de sus bienes (ausentes, interdictados, menores) será prestada por sus tutores, curadores o administradores (918 del Código civil). Y queda a la diligencia y atención del Consejo de Familia valorar los muebles y efectos que se entregan al representante legal y designar los bienes suficientes para la afección hipotecaria de garantía de los mismos, así como instar su inscripción en plazo que determine.

Y cuando conforme a la Ley no haya lugar a esta designación

del Consejo de Familia, corresponderán tales facultades al Juez de derecho, oído el curador general.

La hipoteca a favor de la mujer casada se inscribirá en base a la escritura dotal donde ha de estar constituida. Y si previamente al matrimonio no ha sido inscrita, podrá recabarse, luego del matrimonio, e incluso después de su disolución, dejando a salvo el derecho de los terceros anteriormente amparados por el Registro.

Recaerá sobre los bienes designados en el título de constitución, pero si posteriormente disminuyera la garantía, tiene derecho la mujer a que sea aumentada («reforzada», dice el texto legal, artículo 926), a cuyo fin el marido designará sobre qué bienes se ampliará y a falta de designación, sobre cualquiera de los del patrimonio de éste, sin perjuicio de la facultad de pedir ulteriormente la reducción de la garantía a justos límites.

Este aumento o refuerzo puede ser pedido por la misma mujer o por quienes hayan constituido a su favor la dote.

La hipoteca a que se refiere el número 4 del artículo 906 se inscribirá con base en aquel documento, que eficaz por su fuerza probatoria, contenga la promesa de entrega de las sumas para tales gastos (alfileres, arras, etc.).

La hipoteca en garantía de alimentos—número 5 del propio precepto—se inscribirá con la presentación del título, del que resulte esa obligación de prestarlos. Si en dicho título o documento se contiene indicación concreta de los bienes a afectar sobre los señalados; si nada dice o se indicare la totalidad de un patrimonio, establece el artículo 932, anexo único, que se puede constituir sobre todos los bienes del deudor o sobre los que integran ese patrimonio (152), quedando a salvo, como siempre, el derecho del deudor a pedir la reducción.

La hipoteca a favor de los establecimientos de crédito predial se inscribe a la vista de los títulos que formalizan la garantía y sobre los bienes allí identificados.

La del número 7 del artículo 906 se inscribirá mediante presentación en el Registro del título de partición donde vendrá constituida y sobre los respectivos bienes.

La que garantice el legado (número 8 del propio precepto), en

(152) Que deducimos tiene considerado como una entidad-finca.

base al testamento que la constituye, y sobre los bienes en él designados para la garantía de pago del legado...

CAPÍTULO 5.º DE LAS HIPOTECAS VOLUNTARIAS.

125) *Condiciones generales.*

En verdad el Código civil dedica contados artículos a esta clase de hipotecas: señala cuál puede ser su origen (fuentes) en el artículo 910, primero de los destinados a las mismas, que ya hemos precedentemente indicado (contrato o disposición de última voluntad) y requisitos que ha de revestir su objeto (bienes), deteniéndose en ciertos supuestos que aquí examinaremos como peculiaridad del Derecho portugués.

126) *Clases.*

Como en las hipotecas legales, cabe que las voluntarias sean generales o especiales (153); tal resulta de la clara expresión del artículo 936, que dice que las hipotecas nacidas de contrato o acto de última voluntad pueden ser registradas sólo en relación (respecto) de los bienes que los indicados títulos específicamente designaren, o sobre cualquiera de los bienes del deudor o del testador, cuando faltare designación, dejando a salvo el derecho de reducción concedido, en todo caso, al deudor.

Creemos observar cierta antinomia entre este artículo y el 911, ambos del Código civil: exige éste, con expresión que no da lugar a dudas, que las hipotecas voluntarias (a las que concretamente se refiere) sólo pueden recaer sobre bienes ciertos y determinados. Si la hipoteca debe su origen al testamento, es posible que deferido en abstracto el derecho a favor del designado por el testador, sin determinar bienes sobre los que la garantía ha de concretarse, pueda tener aplicación la previsión del 936..., pero no es tan verosímil

(153) Así ya anticipado en el capítulo I de este título.

el supuesto en hipoteca nacida de contrato en la que al constituirse normalmente cuidarán de fijar cuantía a garantizar y los bienes gravados, por imperativo del artículo 911, citado.

127) *Capacidad para su constitución: supuesto de hipoteca de dominio útil.*

Nos remitimos a lo expuesto en el capítulo 1.º de este título en orden a la capacidad en general; en cuanto a la hipoteca de dominio útil, que comprenda todo el predio a que el derecho se extiende no es necesario el consentimiento del titular del dominio directo, el cual conserva todos los derechos que conforme a su título le pertenecen.

Ahora bien, si el señor o dueño directo por cualquier causa llega a ser titular también del dominio útil, alcanzando, por tanto, la consolidación del pleno dominio sobre el inmueble, la hipoteca seguirá gravando aquél, por cuanto que al acreedor no ha de importar quien sea el titular, ya que su derecho recae directa e inmediatamente sobre los bienes gravados (artículos 898 y siguiente).

128) *Título para la inscripción de hipotecas voluntarias en general: circunstancias de este asiento.*

Si deriva de contrato, es inexcusable la escritura pública en los supuestos normales, so pena de nulidad. Recordamos nuevamente lo dispuesto en el Código del Notariado, línea b), artículo 88 (actos de constitución o modificación de hipotecas voluntarias). Esta escritura con los requisitos a su vez señalados en la legislación notarial (artículo 61 del mismo Código y concordantes).

Si ha sido constituida en acto de última voluntad o testamento, el título base ha de ser éste, complementado por el certificado de defunción del causante y el que acredite su vigencia y, por tanto, constituir la norma sucesoria, llenando en uno y otro caso, de no contenerse en los propios documentos, las formalidades de todo requerimiento de asiento en el Registro, conforme al artículo 92 del Código de Registro predial.

Las circunstancias son las expresadas en el artículo 180 del Código del Registro predial ya dicho, debiendo tenerse presente lo establecido en el artículo 181, «además de los requisitos previstos en los artículos anteriores, puede la inscripción contener otras circunstancias con tal que no sean superfluas» (154).

129) *Supuestos especiales.*

Duración: pactos permitidos y susceptibilidad de constituir diversas hipotecas sobre el mismo predio.

Trata de estos extremos el Código civil en sus artículos 913 y 914. Así, en el primero de ellos establece que la hipoteca puede ser estipulada por tiempo indeterminado, con las libres condiciones pactadas, aprobadas por las partes, cumpliendo las debidas formalidades y dejando a salvo los efectos y restricciones expresamente establecidas en la Ley.

Dice el 914 que el deudor no queda constreñido por el hecho del otorgamiento o constitución de una hipoteca, y puede, por tanto, hipotecar la misma finca nuevamente; en tal caso, realizado el pago de cualquiera de las obligaciones, «el predio queda hipotecado en garantía de las restantes en su totalidad».

a) *Hipoteca sobre predio en situación de proindivisión.*—Se requiere el consentimiento expreso de todos los copropietarios para que la hipoteca afecte a todo él. Solamente si fuere divisible puede cada condómino hipotecar su parte con separación, rigiendo sólo en cuanto a esa porción el principio de indivisibilidad consagrado en el artículo 893. Esta declaración del artículo 915 nos parece un tanto extraña y no de fácil comprensión: si hablara de la hipotecabilidad de cuota, lo hallaríamos más lógico; es natural que para hipotecar el *todo* sea necesario el consentimiento de *todos*; pero decir en la parte segunda, el precepto, de «si fuere divisible» que cada quien pueda hipotecar la parte que en él tuviere, sin que conste la previa división material, no nos parece técnicamente muy correcto. Pero así viene expresado en el artículo citado.

(154) Precepto ya repetido al aludir en otro lugar a este trabajo, al tratar de la circunstancia de las inscripciones en general.

b) *En garantía de títulos a la orden y al portador.*—La inscripción de la hipoteca en el Registro, cuando garantiza obligaciones representadas por títulos a la orden, requiere la presentación, además del título de constitución, de la hipoteca, el título o la orden que ha de ser examinado por el conservador, extendiendo en él nota acreditativa de haberlo tenido en cuenta.

Si la hipoteca garantiza obligaciones representadas por títulos al portador, es inexcusable para su inscripción la presentación de la copia del documento de emisión y de proyecto de amortización (artículos 111 y 112 del Código de Registro predial).

c) *De afección de créditos hipotecarios a fondos de reserva Compañías de Seguros.*—Y cuando se trata de afectar créditos hipotecarios a fondo de reserva de Compañías de Seguros, la inscripción se practica, por la simple declaración firmada, por el representante legal de la Compañía de Seguros que figure inscrita como entidad acreedora, debiendo en la declaración presentada consignarse el número de la inscripción.

130) *Permisibilidad de la inscripción de la hipoteca antes de haberse otorgado el contrato por el que se constituye.*

En Derecho portugués, como ya hemos visto en otro lugar, la inscripción puede ser provisoria (o provisional) y definitiva: la primera amenazada de caducidad si durante su vigencia no se ha logrado su conversión. También decíamos que hay un grupo o categoría de inscripciones provisorias por naturaleza (*per se*). Entre éstas enumera el artículo 176, segunda parte de la línea o), la de la hipoteca, cuando no se ha otorgado aún el contrato.

Esta posibilidad está, pues, en el Código de Registro predial, artículo 122. La pauta para la formalidad y los requisitos están así ordenados: Ha de solicitarse en virtud de declaración escrita firmada por el propietario de los bienes o titular de los respectivos derechos, ante Notario, con el reconocimiento de éste, comprendiendo el reconocimiento la letra y firma del declarante. Si no escribiere la declaración el interesado, puede hacerlo otro en su nombre, pero firmándola el titular, y, en este caso, el Notario certificará que el

contenido de la declaración condensa la voluntad del titular. Y si el dueño de los bienes o titular de los derechos no sabe o no puede firmar, también es dable que otro lo haga a su ruego, pero el Notario hará constar ha leído el escrito al solicitante, y que en él se contiene su voluntad, debiendo reconocer la firma de aquel que a ruego del interesado extendió la petición.

Es decir, se procura llevar al Registro un acuerdo que fuera de él ha tenido lugar (requerido por quien ostenta la titularidad de los inmuebles y puede disponer, naturalmente, de ellos) pendiente de una formalidad—otorgamiento del contrato—, cuidando que las manifestaciones de la parte sean ciertas, asegurándose de ello con la intervención notarial del modo que queda expuesto.

131) *Certeza del valor de los bienes como medida previa, que disipe toda duda acerca de la suficiencia de la garantía.*

Puede ocurrir que, estudiado, perfilado, entre las partes el contrato de hipoteca, o también cuando derive el derecho de acto de última voluntad, al designarse los bienes, se dude sobre si serán bastantes a garantizar la respectiva obligación. El legislador resuelve la cuestión en el artículo 937 del Código, permitiendo que previamente a la constitución de la hipoteca sean evaluados, valoración que podrá ser extrajudicial o judicial, requiriéndose, si se optare por este último procedimiento, que previamente se haya llevado a efecto el Registro provisorio de la hipoteca. Y nos preguntamos: ¿sobre qué bienes ha de practicarse el Registro provisorio? Porque supuesto que—con los provisionalmente inscritos—no quedare garantizado el acreedor, si el deudor enajena, en tanto en tasación se valoran los restantes de su patrimonio, ¿no se verá defraudado, y será ilusorio el derecho que el causante a su favor ordenó?

Este derecho, que afecta por igual al acreedor y al deudor, estimamos es de aplicación a las hipotecas legales también, y hasta con más razón. Nuestro parecer se apoya en que ningún precepto hay que a ello obste y en que viene incluido dentro de la subsección V, «De la constitución de las hipotecas», y en ella se comprenden normas para una y otra clase (legales y voluntarias).

132) *Disponibilidad de rango o preferencia.*

En el Código de Registro predial, artículo 9, apartado 4), se contiene el principio general sobre esta cuestión. Dice así: «El derecho de prioridad resultante de una inscripción hipotecaria puede ser cedido por el respectivo titular a favor de cualquier acreedor hipotecario, posteriormente inscrito, sobre los mismos bienes.»

Es uno de los actos sometidos a Registro, que ya hemos citado al tratar de esta materia, y que explícitamente viene señalado en el artículo 2.º de este Código de Registro predial en su línea g).

Y consecuente con tal facultad de disposición, el artículo 188 del propio Código, en su línea d) previene cómo ha de reflejarse en el Registro, estableciendo se hará constar en el libro respectivo de inscripciones de hipotecas (libro C) por medio de *averbamento*.

En el ámbito hipotecario-registral se produce, por tanto, lo establecido en el Código civil, en su artículo 793, cuando dice que el crédito cedido pasa al cesionario con todos sus derechos y obligaciones accesorias, no mediando estipulación en contrario. Es decir, que está consagrada la negociabilidad del crédito en general con sus derechos accesorios; las normas formales del Código de Registro predial no hacen sino señalar cómo ha de tener acceso al Registro para que se produzcan los congruentes efectos del sistema.

133) *Título para la cancelación de las hipotecas voluntarias: especial supuesto de cancelación de hipoteca en garantía de prestaciones periódicas.*

Es de aplicación a este respecto lo ya dicho al tratar de la cancelación en general dentro de este título: la extinción de la obligación acreditada en documento, de fuerza probatoria, será título suficiente.

En cuanto a la cancelación de la hipoteca en garantía de prestaciones periódicas el artículo 125 del Código de Registro predial dice que puede ser practicada la cancelación de esta hipoteca, con la presentación del certificado de defunción, de la persona a cuyo favor se hallaba constituida la garantía acompañada de alguno de los documentos siguientes:

a) Recibos acreditativos, de haber sido efectuado el pago hasta el fallecimiento del pensionista y en los cinco años anteriores a su óbito.

b) Declaración de todos los herederos del pensionista debidamente legitimados, los cuales afirmen no estar en deuda ninguna pensión.

c) Certificación acreditativa de que en el Juzgado del domicilio del obligado a prestar la pensión no se halla pendiente acción o ejecución para el cobro de estas pensiones, transcurridos que hayan sido cinco años desde el fallecimiento del pensionista.

De los términos del artículo, claramente se advierte que la aportación de estas pruebas es alternativa, bastando cualquiera de ellas, con el documento-base, el acreditativo de la defunción.

134) *Procedimiento de ejecución hipotecaria.*

En el Ordenamiento jurídico hipotecario-registral portugués no existe como en el español procedimiento especial para hacer efectiva la obligación garantizada por la hipoteca cuando el deudor, llegado el vencimiento, no cumple. Ningún precepto del Código civil esboza, siquiera, la mecánica forzosa de cumplimiento; tampoco en el Código de Registro predial se contempla, y menos resuelve, el problema. Es necesario, por tanto, acudir a las normas procesales.

La legislación adjetiva vigente se separa de la tónica iniciada en el Código Procesal de 1876 y en el Código de Proceso comercial de 1905; en ambos se regulaba un procedimiento especial de ejecución para hipotecas o sobre navíos, respectivamente.

Hoy, como en el Código de Proceso civil anterior (155), no hay sino un cauce: el proceso común de ejecución (156).

La acción ejecutiva, como se dice en el preámbulo al Decreto-Ley, número 44.129, que puso en vigor este Código Procesal de 1963,

(155) Del año 1939, y que ha supuesto un avance positivo en el campo de las instituciones procesales.

(156) Entiende el legislador en el artículo 4.º, 3), por acción ejecutiva aquella en la que el actor procura las providencias adecuadas para la reparación efectiva del derecho violado

«tiene por finalidad obtener la satisfacción de la obligación ejecutada, limitándose a ese objeto todo el proceso...» (157).

En el número 28 del mismo preámbulo se añade va destinada a la obtención de la obligación declarada—establecida—en título bastante, *esencialmente singular* (concreta), con lo que de lo que se trata es de la liquidación del patrimonio del deudor en beneficio común de los acreedores: en tal supuesto «vienen a ser verdaderas ejecuciones colectivas».

Este proceso de ejecución está contenido en el título III (subtítulos I a IV), libro III del Código de Proceso civil aludido.

A la vista de su articulado cabe distinguir las formas siguientes: a) proceso ordinario; b) sumario; c) sumarísimo; d) procesos especiales (artículos 465 y 1.118 y siguientes). En el artículo 466 se establece el régimen de las diversas especies y formas de ejecución, con remisión, según su finalidad, a las normas del proceso ordinario en general, sumario o sumarísimo, previstas en los artículos 463 y 464, en cuyo examen no hemos de detenernos, por ser irrelevante a los fines concretos de nuestra información. Sí, parece oportuno decir que todas las normas del proceso declarativo son de subsidia-ria aplicación en el ejecutivo (158); (los artículos citados últimamente corresponden al proceso declarativo, y, por tanto, el 466 es congruente con el 801, al hacer la remisión de régimen de las especies y formas ejecutivas al procedimiento declarativo).

Del examen de los artículos 811 y siguientes podemos resumir la finalidad de la acción ejecutiva, diciendo que puede ir dirigida o encaminada:

- 1.º Al pago de cuantía cierta y determinada.
- 2.º A la entrega de cosa cierta.
- 3.º A la prestación de un servicio.
- 4.º A la prestación de alimentos.
- 5.º A otras prestaciones especiales.

Ahora bien, ¿dónde encuadraremos la acción hipotecaria? La respuesta es sencilla: Recordaremos lo ya dicho en este título: la hipoteca podía garantizar toda clase de obligaciones, pero en éstas

(157) Exposición de Motivos o Preámbulo aclaratorio, punto o apartado 27.

(158) Artículo 801.

había de verse siempre un equivalente económico: una cantidad.

La ejecución hipotecaria ha de ser, pues, siempre ejecución por cuantía cierta. Tal es la clara tesis del artículo 931 del Código de Proceso civil, como la del 934 y 937 (entre otros), en los que se prevé la convertibilidad de la obligación en cantidad líquida.

La tramitación, el procedimiento (menos directo y sumario, diríamos, que los especiales de nuestra legislación), está contenido en amplio articulado que arranca del ya citado 811. Se fijan medios y fundamento de oposición, plazos, etc.

Dos preceptos conviene destacar: el artículo 56, 2), que da efectividad a la nota propia de todo derecho real: la persecución *erga omnes*; así dice: «La ejecución por deuda asegurada con garantía real puede seguirse contra el poseedor de los bienes gravados...» Y el 835, que establece: tratándose de deuda asegurada con garantía real, la traba de bienes comenzará por aquellos afectados por la garantía... (159).

CAPÍTULO 6.º LA HIPOTECA JUDICIAL.

135) *Idea general.*

En este mismo título, al ocuparnos de las clases de hipoteca ofrecíamos la tripartita distinción de voluntarias, legales y judiciales. Las dos primeras categorías reconocidas en el Código civil (artículo 904). La última debe su origen al Código de Proceso civil.

Al examinar las notas distintivas de esta figura de garantía advertiremos cuán diferentes y, sobre todo, cuán limitados son sus efectos respecto de las hipotecas voluntarias y legales.

(159) Intentando ofrecer una visión práctica y sintetizada del procedimiento, el ilustre y culto colega doctor CATARINO, atendiendo con su proverbial amabilidad a mi deseo, anotaba: Cuando llega el supuesto de impago, para obligar al deudor a cumplir la prestación, en el curso—sustanciación—del procedimiento, el Juez da normalmente la orden siguiente: «Pague el deudor o diga qué bienes quiere que sean vendidos». Si el deudor ni paga ni señala bienes, el Juez entonces «da nueva orden al acreedor para que indique los bienes que entiende deben ser vendidos». No obstante, estimamos no puede subestimarse lo previsto en el artículo 835, que ordena se inicie la traba de bienes primero por los hipotecados, y sólo cabe ampliarla a otros cuando se reconozca la insuficiencia de aquéllos, a los efectos del pago de la obligación (véanse los artículos 811, 834 a 836 del Código de Proceso civil).

Como en sus comentarios apunta VEIGA DA GAMA VIEIRA, «está muy lejos de dar al acreedor las garantías que la hipoteca civil». Supone, añade, una garantía de carácter procesal con eficacia muy diferente.

El profesor ANDRADE (160), a la vista del artículo número 1.235, apartado 3) del citado Código y del que hablaremos seguidamente, opina que la hipoteca judicial no asigna a quién la ha obtenido, una preferencia sustancial, ni aun en relación con acreedores posteriores. Su ventaja se limita a evitar que el deudor enajene o grave sus bienes, después de inscritos, en perjuicio de sus acreedores, que quedan dispensados—en base a ella—de acudir a la acción de simulación o a la acción pauliana. Es, pues, a juicio de este autor, una especie de embargo anticipado, con los efectos peculiares de estos propios actos. Por tanto, considerando la natural consecuencia del embargo registrado, ve los efectos de la hipoteca judicial de este modo:

a) Transmisiones operadas con anterioridad a la constancia registral de la hipoteca; no quedan afectadas por ésta.

b) Transmisión de bienes gravados con esta garantía, después de su reflejo registral; llevan inherentes esta afección.

136) *Fundamento legal: título.*

El precepto básico que da vigencia a la hipoteca judicial es el artículo 676 del Código de Proceso civil.

A tenor de este precepto, la sentencia por la que sea condenada determinada persona al pago de cantidad en dinero o bien de cosas específicas, le da derecho, aun antes de que sea firme y ejecutiva, a hipoteca sobre los bienes del deudor.

Titulo: Es bastante para provocar el Registro de la hipoteca, la certificación de la sentencia—testimonio, diríamos, ateniéndonos a nuestra terminología—, que reúna los requisitos formales, correspondientes. Basta, pues, para provocar la inscripción, la existencia del fallo, sin ulterior exigencia. Así, el apartado 5) del artículo citado, claramente puntualiza «que no obsta al Registro de la hipo-

(160) *Nociones elementales de procedimiento civil*, págs. 145 y sigs.

teca el hecho de que el actor pueda promover la ejecución de la sentencia».

137) *Inscripción: su doble carácter: duración y circunstancias.*

No se aparta del criterio general el Código de proceso civil, respecto de la necesidad inexcusable de la inscripción, para que exista la garantía. Al igual que sucede en las hipotecas legales y voluntarias, sin el Registro no ha nacido el derecho que representa: su eficacia viene condicionada a la formalidad registral.

El artículo 676, en su apartado 1), último inciso, dice: «Debiendo estar registrada para producir efecto en relación a terceros.»

Sentado que se trata de un derecho de constitución registral, hemos de añadir que es por naturaleza, ésta inscripción, provisoria o provisional. El artículo 176 del Código de Registro predial, que señala los supuestos en que «son admitidas apenas como provisorias las inscripciones», cita en la línea o) la hipoteca judicial antes de ser ejecutada la sentencia.

Problema directamente relacionado con este carácter provisorio es el de su duración: mediaron opiniones diversas: si como provisional su vida estaba limitada a ciento ochenta días (que es la duración ordinaria esencial de asientos de esta índole), o bien, si su peculiar finalidad excluía a la hipoteca judicial de vigencia a fecha tope. Hoy parece ser clara la solución: su duración no viene *a priori* determinada: subsistirá hasta que no se convierta en definitiva la inscripción, o por inexistencia de la causa, u otras razones legales, no sea cancelada.

El artículo 177 del Código de Registro predial así lo establece de manera terminante (161).

No hay precepto específico que señale las circunstancias que ha de reunir la inscripción, por lo que entendemos de aplicación las

(161) Las inscripciones provisorias—dice—referidas en . «y primera parte de la línea o) del artículo anterior (176). si no fueren también provisorias por dudas, subsisten hasta ser convertidas en definitivas o canceladas.

Las inscripciones provisorias de . hipoteca judicial sólo pueden ser convertidas en definitivas si la conversión fué solicitada dentro de los sesenta días a contar de la fecha de la firmeza en el Juzgado—ejecutoriedad—de la respectiva resolución...

generales, ya expuestas en otro lugar, para las inscripciones, y las peculiares de las de hipotecas (artículos 178 a 180 del Código de Registro predial). Pero si tenemos además presente su finalidad de garantía, a la vista del texto de la línea o), del artículo 179, debe hacerse constar fecha de la sentencia e importe de la caución para cuya seguridad se ha procurado la hipoteca (extremos coincidentes con el Registro de embargo, al que se asemeja si recordamos que la doctrina ve en él como la fase primera de la hipoteca judicial). Incluso a tal conclusión puede llegarse examinando el apartado 4) del artículo 676 del Código de proceso civil, que permite la inscripción de esta figura hipotecaria, aun cuando ya estuviera garantizado el actor con el embargo de bienes del deudor, prescribiendo que, en tal supuesto, inscrita que haya sido la hipoteca, *sin más*, caduca el asiento de embargo.

•

138) *Necesidad de que la hipoteca judicial garantice un equivalente económico.*

El legislador, al regular esta peculiar figura de garantía reitera la tónica general ya comentada en este mismo título, al hablar de las obligaciones susceptibles de estar aseguradas con hipoteca. Si podían ser objeto de la garantía toda clase de obligaciones, decíamos, también se subrayaba la necesidad de que en ellas se diera un equivalente económico, a cubrir o asegurar por la hipoteca. Consecuente con tal punto de partida, en el artículo 676, varias veces citado, se concreta:

Si la condena fuera ilíquida (expresión textual del precepto, que traducimos por no determinada numéricamente), el actor puede solicitar la inscripción de la hipoteca para asegurar la cantidad probable de su crédito, dentro de los límites del valor o alcance de su pretensión (causa, dice el artículo).

Si el demandado ha sido condenado a prestar (entregar) una cosa o a realizar algún servicio, no se puede obtener la inscripción de la hipoteca, en tanto aquella obligación no se haya convertido en una indemnización de daños y perjuicios. Es decir, se haya hecho líquida.

139) *Efectos. Extinción.*

Anteriormente, al ofrecer una idea general de esta caución (162) que deriva del campo procesal, hemos procurado dejar en claro que no guarda paralelismo con las otras clases de hipotecas reconocidas en la legislación portuguesa (legales y voluntarias). Para fundamentar esta afirmación nos basta solamente con transcribir el apartado 3) del artículo 1.235, allí citado, del Código de Proceso civil (163):

«La sentencia gradúa, de conformidad con la Ley, los créditos reconocidos y señala la fecha de la insolvencia.»

Esta graduación es general para los bienes de la masa «fallida» (deudora) y especial o particular para los bienes que se hallen asegurados con derechos reales de garantía.

En la graduación de los créditos *no es tomada en cuenta la preferencia resultante de la hipoteca judicial*, si bien las costas satisfechas por el actor o ejecutante son equiparadas a las causadas por la insolvencia, a los fines de que sean percibidas de la masa.»

La extinción de las inscripciones de hipoteca judicial puede obedecer a dos motivos: su conversión en definitiva—sabemos es por naturaleza provisoria—por solicitarse dentro del plazo prevenido, a contar de la firmeza o ejecutoriedad del fallo—sentencia—; o ya, mediante solicitud de cancelación fundada en la caducidad de la acción para requerir, en tiempo, tal conversión. El asiento idóneo en uno y otro caso es el *averbamento* en el respectivo libro (artículo 191).

140) *La hipoteca judicial del derecho portugués y las anotaciones preventivas del ordenamiento hipotecario español.*

Parece obligado, tras de la información que hemos ofrecido de la hipoteca judicial, examinar, aunque sea brevemente, el paralelo

(162) Que se regula en el Código de proceso civil como uno de los efectos de la sentencia (tendente a la efectividad de la misma)

(163) Está este artículo dentro del título IV, del libro III, bajo la rúbrica, aquel de «Los procesos especiales», y dentro del capítulo XV, que se ocupa de «La liquidación de patrimonio», y en él la Subsección VII. «Verificación del pasivo»...

que pueda guardar con nuestras anotaciones preventivas, particularmente las contenidas en los cuatro primeros números del artículo 42 de la Ley Hipotecaria.

Tienen de común todas ellas ser medidas cautelares, que procuran en cuanto a inmuebles y derechos reales asegurar la efectividad de la resolución judicial que se dicte (164). Asimismo la hipoteca judicial, como las anotaciones preventivas, se practican en base a título judicial idóneo (la sentencia para la primera; mandamiento en el que se contenga la providencia recaída, ordinariamente, las segundas).

También ambas formalidades registrales son de carácter provisorio: la hipoteca judicial, por naturaleza (165), y las anotaciones preventivas por la propia razón. De esencia en ambas es, que cumplida su específica finalidad, desaparezcan, bien cancelándose por extinción de la causa o por caducidad, o ya se conviertan en asiento definitivo.

La diferencia entre ambos, aparte su exteriorización formal en los libros (en verdad respondiendo a tónicas diferentes de ambos sistemas) está fundamentalmente en sus efectos. Sin pararnos a estudiar por separado las distintas anotaciones del Derecho español, es notorio que por la publicidad que del Registro deriva operan frente a tercero, denotando o la existencia de una pretensión, que subordina los actos de transmisión o gravamen posteriores (de demanda) al resultado de la «litis»; o entraña (en el embargo) la existencia de un derecho de realización de valor, una enajenación en potencia; ya la efectividad cierta del fallo, cuando en trámite de su ejecución se ordene el embargo de los bienes del condenado; bien el cierre del Registro en cuanto a disposiciones posteriores relativas al inmueble o derecho real afectado por la anotación, a tenor del artículo 145 en relación con el 42, 4.º, del Reglamento y Ley Hipotecaria, respectivamente.

A las anotaciones se les asigna un «puesto» en la escala de preferencia para la percepción o cobro de créditos por el Código civil en su artículo 1.923 (supuestos de concurrencia); están, en una palabra, bien definidos, en general, sus efectos, que en los variados

(164) Está incluido el artículo 676 en la Subsección que trata de «Efectos de la sentencia» (capítulo XV, título IV, libro III, del Código de Proceso civil).

(165) Línea o) del artículo 176 del Código de Registro predial.

casos alcanzan la seguridad de su meta, al amparo del sistema, congruente con su respectiva finalidad.

La hipoteca judicial del Derecho portugués quiebra precisamente allí donde es lógico esperar su mayor efectividad; es irrelevante para la graduación de los créditos (artículo 1.235 del Código). Por ello vimos la escasa trascendencia que los autores le dan reiterando cuán discrepante se ofrece, en su eficacia, de las hipotecas «civiles»...

ANGEL DE LA FUENTE JUNCO,
Registrador de la Propiedad.

(Continuará.)

Retornos al Código Civil

CAPÍTULO II

RETORNO AL ARTICULO 606

SUMARIO

1. *Este II capítulo propone un retorno al originario artículo 606 del Código Civil (art. 32 de la Ley Hipotecaria), porque la publicidad es esencial para el derecho real en cuanto a tercero.*

2. *La publicidad inmobiliaria es una constante histórica y creo que nuestra doctrina hipotecaria debe cuidarse más de la historia y del Derecho comparado.*

3. *Son peligrosos los optimismos sobre nuestro sistema, en tanto no le estudiamos e interpretemos comparativamente con los demás.*

4. *Roca Sastre y la dominante tesis monista del tercero.*

5. *La reacción de Roca Sastre ante la tesis dualista e indicios de un leve cambio en su posición, que, aunque queda inalterada, se ofrece menos inex-pugnable.*

6. *Mi opinión sobre la diferencia de trato a los dos terceros. Todas las legislaciones parten de esta diferencia de trato. La aparente ausencia del tercero latino en las legislaciones germánicas (inscripción constitutiva) y la aparente ausencia del tercero prusiano en las latinas (carencia del principio de fe pública) es lo que obstaculiza la visión de esa diferencia de trato.*

7. *La Ley Hipotecaria introdujo los dos terceros. Esto no es un ilícito contubernio, sino una imperiosa necesidad. en cuanto quiso, a la vez, quedarse con el principio de inoponibilidad sin llegar a la inscripción constitutiva, y recoger, aunque en forma prudente, el principio de fe pública registral.*

8. *Lo ilegal fué la agrupación de ambos terceros por involuntario aplastamiento del artículo 32 por el artículo 34. El completo desarrollo germanista del artículo 34 no fué acompañado del desarrollo germanista del 32 (inscripción constitutiva). Ni siquiera se mantuvo el 32 en su originario sentido y hasta estuvo en trance de desaparecer. Por olvido y no uso nos quedamos sin inscripción constitutiva y sin principio de inoponibilidad: lo que no ocurre en ninguna parte.*

9. *El visto bueno al aplastamiento en la Reforma de 1944-1946.*
10. *Núñez Lagos se da cuenta de la desviación; pero su repugnancia temperamental a la inscripción como modo le hace quedarse en una cauta posición.*
11. *Lacruz, en pocas palabras, nos explica acertadamente lo ocurrido; pero termina por rendirse a la doctrina dominante al estudiar unívocamente los requisitos de los terceros.*
12. *Otros muchos no sabemos a qué carta quedarnos en el crucial problema.*
13. *En el B. G. B. y otras legislaciones germánicas no existe el tercero latino por virtud de la inscripción constitutiva; pero es fácil ver su sombra fantasmal en las discusiones sobre el acuerdo formal vinculante y en la solución práctica de la Vormerkung de la pretensión del acreedor «ad rem» en documento público.*
14. *También aflora el tercero germánico en las legislaciones latinas. Una ligera escapada al Código Civil italiano nos lo demuestra.*
15. *El tercero latino se conserva intacto en Francia, Italia, Portugal, y suponemos que en todas las legislaciones latinas. No se les ha ocurrido cargarle de peligrosos requisitos.*
16. *Nuestra jurisprudencia está libre de culpa al desviarse del originario artículo 23, más ligeramente, creo, de lo que nuestra doctrina nos dice.*
17. *El requisito de la buena fe en especial. Las frases de la Exposición de Motivos y de Gómez de la Serna sacadas de quicio. Su ausencia en las legislaciones latinas y explicación sobre la novísima jurisprudencia francesa.*
18. *La onerosidad en especial.*
19. *El requisito de la previa inscripción. Necesidad de reconsiderar la limitación del 207 a la vista de nuestra evolución legal, de la doctrina dual del tercero y del Derecho comparado.*
20. *Resumen ordenador de la línea de mi asistemático razonamiento a lo largo de este trabajo.*

1. En el capítulo I de este trabajo, dedicado al artículo 1.280, 1.º, del Código Civil, prometí un capítulo II, dedicado a estudiar las posibilidades de retornar al originario sentido del artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861, recogido por el 606 del Código. Este segundo capítulo llega tarde y con daño; pero renunciar a escribirle hubiera sido excesiva informalidad (1).

(1) El capítulo I se publicó en el número de marzo-abril de 1962, páginas 227 y sigs. El retraso con que llega el II es tan patente como inexcusable. Del daño con que llega se percatará quien lo lea. Ni supera la polémica entre monistas y dualistas en el tema del tercero (antes bien la agrava con una acaso exagerada tercera posición), ni se apoya en estudios completos de Derecho comparado, que es lo que, sin calcular mis fuerzas, pretendí; ni siquiera puede aspirar, por un correcto planteamiento, a ser base para posteriores y mejores desarrollos por otros. Como hemos dicho, el capítulo II llega tarde y con daño. Todo él no es sino una torpe disculpa ante los lectores de esta Revista por no poder cumplir mi promesa.

Sé que el tema del tercero, por manido, resulta impopular. Se ha escrito tanto sobre él que muchos lectores pasarán las hojas sonriendo. Pero el tema no tiene nada de bizantino, porque mientras no quede claro, toda la Ley Hipotecaria queda sin entenderse. En realidad, algo de esto ocurre, porque, aunque esos lectores se sonrían, el tema del tercero no está completamente claro. Cuando tanto se ha escrito sobre el tercero, poco daño puede hacer este trabajo, que pretende más exhortar a todos—y principalmente a los que mejor pueden—a profundizar en el estudio del Derecho comparado (2), que exponer alguna idea nueva sobre el tercero. Su única tesis es que sólo a la luz del Derecho registral comparado puede quedar nuestro sistema claro y útil. En esto, al contrario que en los vagones de nuestros ferrocarriles, lo peligroso es no asomarse al exterior.

Decíamos en el capítulo primero, que, aunque retornáramos al primitivo u original sentido del artículo 1.280 del Código, concibiendo la escritura pública como elemento esencial, constitutivo y *sine qua non* del Derecho real, esto no supondría nunca postergación ninguna del trascendental papel que juega la inscripción en el Registro. Tan pernicioso es concebir la escritura como mero instrumento facilitador de que el negocio jurídico real inmobiliario llegue al Registro, como el concebir la inscripción en el sentido de formulismo oficial accesorio facilitador de la publicidad de algo que por sí ya es público. En el fondo de estas dos perniciosas posturas hay sólo un equivoco juego de palabras en torno al concepto de lo público. La historia ha jugado mucho en el equivoco. Pero hoy queda la cuestión clara diciendo que el negocio inmobiliario ha de tener forma pública (y para determinados efectos esto es lo fundamental) y ha de ser publicado (y para otros ciertos efectos esto es lo fundamental). Escritura e inscripción son, así, dos pilares sobre los que la voluntad negocial se apoya para producir efectos y los cuales están reciprocamente determinados de manera que resulta torpe creer que el fortalecimiento de uno de ellos ha de producir debilidad en el otro.

(2) El Colegio de Registradores y la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO han demostrado ya sus buenas intenciones en este camino del Derecho registral comparado; pero si es mucho y bueno lo hecho, creo que es mucho más lo que por todos resta por hacer

Ensamblando convenientemente las dovelas de los artículos 609, 1.095, 1.462 y 1.280 del Código obteníamos, en el primer capítulo, el arco romano-gótico de la transmisión y constitución de derechos reales inmobiliarios en nuestro Derecho. Pero desde siempre se comprendió que la seguridad del tráfico y el concepto mismo de derecho real—relación jurídica de tres dimensiones—quedaban insatisfechos con ese arco, que precisa la resonancia de la bóveda de la publicidad, que hace oír a todos el derecho real para que a todos afecte, vincule y pueda perjudicar. La figura del tercero es necesaria consecuencia de esa tercera dimensión del derecho real que le coloca en la geometría jurídica del espacio.

2. LA PUBLICIDAD INMOBILIARIA COMO CONSTANTE HISTÓRICA.

La Ley Hipotecaria, continuando la historia de la publicidad, fué la demostración de la trascendencia e inexcusabilidad de ésta en la modificación jurídica real. Los legisladores de 1861 no inventaron nada, no dieron un «media vuelta» al Derecho inmobiliario, sino que, una vez más, tuvieron que poner las cosas en su punto y continuar la historia de la publicidad inmobiliaria, que, en ciertos períodos, se ve empañada por teorías jurídicas de gabinete y, en algunas ocasiones, por tendencias filosófico políticas poco maduras.

De tiempo en tiempo la publicidad inmobiliaria sufre crisis de crecimiento como todos los seres y todas las instituciones. Cuando sus formas no se acomodan a la realidad social, la publicidad hace crisis, parece desvanecerse; muchos despistados aplauden ante el fenómeno, creyendo que ha habido un progreso jurídico y un paso más hacia la libertad del hombre. Pero pronto se comprende el error, la publicidad resurge, remozada, acomodada a la nueva realidad social y muchas veces reforzada para vengarse del período de loca clandestinidad.

En el Derecho romano ocurrió esto. Resumiremos un pasaje de BONFANTE: Una constante tradición considera como un progreso del Derecho romano el declive de la *mancipatio* y la aplicación general de la *traditio* en el Derecho justiniano. De todo cuanto se suele decir sobre la evolución de la transmisión del dominio en el Derecho romano sólo una cosa es completamente verdad: que la

traditio, aplicada a la *res mancipi*, representa un triunfo del *jus gentium*; pero no fué un triunfo benéfico, ni fué progreso del Derecho. En la práctica la ausencia de forma originó una confusión espantosa en la propiedad de las tierras. Esto nos lo demuestran dos Constituciones de Constantino: una dada como consecuencia de la comprobación que por sus propios ojos hizo el emperador, de la terrible confusión en que la propiedad inmueble se encontraba, con motivo de un viaje que a principios del año 313 hizo de Roma a Milán, y otra que constituye el Fragmento Vaticano 249. Desde entonces emperadores y prefectos del Pretorio comenzaron a prescribir obligatoriamente formas legales y solemnes para la enajenación de inmuebles: transmisión pública o registración oficial. Y continúa BONFANTE diciendo con ironía que «la ruina de las formas civiles llevó, por consiguiente, en el último estadio a un progreso tal que se manifiesta de un lado con una crisis violenta y de otro con uno de los más descarados retrocesos a la barbarie y a la ingenuidad de las firmas primitivas para la prueba del dominio y la transmisión de los inmuebles» (3).

La espantosa confusión que viera Constantino en su viaje era la misma que contemplaban los procuradores de las ciudades españolas que proponían al emperador Carlos V la publicidad inmobiliaria en las Cortes de Madrid (1528) y de Toledo (1539), y la misma que condenaba el Preámbulo del Real-Decreto de 8 de agosto de 1855, propugnando por una reforma para «dar certidumbre al dominio y a los demás derechos en la cosa, para poner límites a la mala fe y para libertar al propietario del yugo de usureros despiadados».

La publicidad inmobiliaria con vistas a la protección de los terceros, que, en el Derecho real, no son coro, sino protagonistas, es una constante histórica. No sólo porque venga impuesta por imperativos de razón práctica, sino porque deriva de la estructura esencial del Derecho real. Cuando parece desvanecerse se trata de una crisis de desarrollo más o menos larga. Otras veces su ausencia es imaginaria, puro error de los estudiosos. Así, por ejemplo, será pueril notar su falta en periodos de propiedad territorial totalmente enfeudada cuando de un lado la transmisión del feudo está sujeta a

(3) *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana*, en «Scritti giuridici vari». II, págs. 308 y sigs. Cita de GENTILE en *La Trascrizione immobiliare*. páginas 24 y sigs., 1959.

una superpublicidad y de otro la transmisión del dominio útil está sujeta a laudemios o gabelas señoriales. Igual nos ocurre si alegamos la falta de publicidad en los periodos históricos en que la propiedad territorial se encuentra inmovilizada por vinculaciones y mayorazgos. Lo que ocurre es que la evolución de la publicidad ha de coordinarse con la historia general de la propiedad inmueble sin dejarse llevar de la media docena de tópicos en uso.

Es muy conveniente ir sustituyendo la errónea creencia de que la publicidad registral es una idea moderna con aislados precedentes que emergen de un dilatado mar histórico de clandestinidad (*traditio*) por esta otra de que la publicidad es una constante histórica. Una obra que convendría divulgar en España para ello es la de VITTORE COLORNI (4).

COLORNI, después de finalizar su paseo a través de dos milenios, hace las siguientes conclusiones entre otras:

a) No hay solución de continuidad entre las formas antiguas y modernas de publicidad. La *mancipatio* romana, que se convierte en la Edad Media en acto escrito *coram testibus*, se encuentra en el siglo ix con la investidura ideal o abusiva (independiente de la entrega material) y se funde con ella en un instituto único que en Italia desaparece en el siglo xiii; pero que continúa en las tierras francesas, belgas y holandesas de *nantissement*. La publicidad de testigos se sustituye, más tarde, por la del Magistrado, y el acto que de ello se deriva se designa por la doctrina romanísticamente *mancipatio judicialis*. De este acto despojado de sus elementos formales más vetustos, nace en Francia en 1790 la transcripción que el Ordenamiento jurídico italiano adopta para todo el reino en 1865.

b) El fin de la publicidad es siempre el mismo: conseguir una titularidad, dentro de ciertos límites, cierta y notoria en cuanto a los derechos reales, a fin de tenerles enterados a los terceros que tengan interés en ello, garantizándolos de alteraciones ocultas en la consistencia de tales derechos. La intervención de la colectividad —personificada en el funcionario público—no representa, ni aun hoy, una forma de control con miras a la importancia social de determinados bienes, como cree BONFANTE, sino sólo un medio téc-

(4) COLORNI: *Per la historia della pubblicità immobiliare y mobiliare*, Milan, 1954.

nico para crear la «nominatividad» de esos bienes más preciosos y susceptibles de individualización en defensa de los intereses de los particulares. Esta tutela responde ciertamente a una finalidad social; pero sólo en vía secundaria y mediata y no más que cualquier otra norma del derecho privado, obviamente preordenado también a fines ultraindividuales.

c) Los efectos esenciales de la publicidad son casi idénticos después del transcurso de dos milenios. El rápido estudio comparativo de estos efectos en el Derecho romano es tan breve como sugestivo. Las semejanzas no proceden del ingenio de COLONI, con ser éste muy grande, sino realmente de que *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legi dispositio*.

Hemos alargado la cita de COLONI e insistimos en la conveniencia de profundizar en los trabajos históricos sobre la publicidad, porque, como él, estamos persuadidos «de que una reconsideración general del sistema del Derecho romano clásico y del Derecho medieval en cuanto a las funciones y a los efectos de la publicidad de los actos traslativos podría, acaso, ser fecunda para la elaboración de nuestro Derecho positivo con amplios, interesantes y acaso imprevistos resultados».

Si el hipotecarista español debe reforzar su interés por la historia de su especialidad, mucho más urgente e imprescindible es para él no considerarse satisfecho con las rudimentarias conclusiones a las que hasta ahora han llegado los estudios de Derecho inmobiliario registral comparado, a pesar de la indiscutible calidad de éstos y de sus autores. Nuestra Ley Hipotecaria sólo puede comprenderse y entenderse del todo a la luz del Derecho comparado. Su evolución y desarrollo, de éste han de venir. Todas las disputas de nuestra doctrina, causa de las vacilaciones de nuestros legisladores, derivan de que nuestras incursiones por el Derecho comparado se realizan sin método, sin itinerario y cada uno por su lado. Y falta, sobre todo, la tarea que ha de rematar todo estudio comparativo fecundo: vislumbrar la unidad dentro de la variedad y encontrar las razones de las distintas variedades.

3. LOS PELIGROS DEL OPTIMISMO.

Un fallo de nuestra doctrina, que se ha producido precisamente por la escasa atención concedida a la historia y al Derecho comparado, es el excesivo optimismo. Es muy frecuente leer que nuestro sistema es uno de los mejores del mundo. Esta postura optimista la considero suicida. Es verdad que gran parte de los trabajos recientes, conteniendo estudios críticos de nuestro sistema hipotecario, han sido escritos bajo el clima emocionado y entusiástico del Centenario de la Ley Hipotecaria; pero esta disculpa no quita el peligro de los excesivos optimismos.

ROCA SASTRE ha proclamado, una vez más, las excelencias de la admirable Ley Hipotecaria española; admirable—según él—no sólo por su estricto contenido normativo, sino también por su fondo potencial que «posteriores reformas legislativas han desenvuelto y que han situado a nuestro sistema inmobiliario registral a la altura de las legislaciones progresivas y modélicas en la materia». Según Roca, sólo está necesitado de simples retoques de carácter marginal para que resulte difícil superarlo en sustancia.

Creo que debemos ser bastante menos optimistas. En primer término, nuestro sistema no sólo necesita retoques de carácter marginal, sino, ante todo, ser doctrinalmente desarrollado y comprendido, colocándole en su verdadero puesto dentro de los demás sistemas. Está necesitado de un estudio desapasionado y no polémico, sobre la imprescindible base histórica y de Derecho comparado a que nos hemos referido antes. En segundo término es preciso poner al descubierto y en tratamiento sus puntos flacos, algunos de los cuales estimo que son de la suficiente gravedad como para hacerle fracasar. Por último, es preciso no contemplar nuestra Ley Hipotecaria de 1861 como algo bueno que se ha ido perfeccionando, sin suficientes pruebas de este perfeccionamiento, sino, por el contrario, sometiendo a serenas críticas las reformas introducidas a la primitiva Ley, retornar a los principios iniciales de 1861 allí donde las reformas hayan supuesto regresión. Y todo ello con urgencia y visión de futuro.

Estima Roca SASTRE que la Ley de 1861 es digna también—además de por sentar los pilares básicos del principio de fe pública tal

como hoy se regula—de un alto juicio favorable por introducir los siguientes principios fundamentales:

1. El sistema de registración por fincas. No hay duda que éste es el mejor sistema; pero haremos muy mal en sentirnos descansados y tranquilos con decir que la Ley española sigue en esto el mejor sistema, porque la verdad es que éste requiere una serie de presupuestos adyacentes que en nuestra Ley no se dan. Será bueno, por tanto, detenerse a pensar en los graves inconvenientes del sistema de registración por fincas en tanto falten esos presupuestos, no, naturalmente, para defender la sustitución del sistema, sino para conseguir la implantación de sus necesarios presupuestos.

2. El criterio de extender la inscripción a todos los actos y hechos jurídicos que impliquen modificación jurídica real inmobiliaria, tanto *inter vivos* como *mortis causa*. También tiene razón en esto Roca, siempre que la crítica al sistema latino de lista casuística de hechos y actos transcribibles no olvide las ventajas que tiene para matizar por separado los diversos efectos y fines de la registración de cada tipo de hechos y actos.

3. La implantación del principio de tracto sucesivo. Elogiable principio en verdad; pero que cuando va en explosiva mezcla con el de inscripción voluntaria conduce de hecho a la siempre vacilante componenda de los procedimientos de reanudación de tracto, a veces tan rigurosos (expediente de dominio), a veces tan alegres (Concentración parcelaria) (5).

4. Los principios de especialidad, legalidad, rogación y prioridad. No insiste Roca en las ventajas de éstos por darlas por indis-

(5) El calificar de alegre las soluciones de la legislación de Concentración Parcelaria ante el problema del tracto interrumpido y de la falta de inscripción de grandes zonas no implica ninguna crítica de esa legislación. Sin una previa reforma de nuestro sistema registral, la legislación de Concentración se encontró con un problema que no podía solucionar haciéndose más papista que el Papa. Tenía que partir de probabilidades estadísticas, aunque la consecuencia sea que allí donde la Concentración recae en zonas de intensa vida registral—caso más frecuente de lo que se dice—, el Jordán purificador del acta de reorganización sea teóricamente una estridencia jurídica, por escasas que sean las usurpaciones que de hecho resulten. La legislación de expropiación forzosa ya había chocado en el mismo escollo. Y la legislación fiscal también en ámbito más general. Es todavía difícil decidir si en el constante prescindir del Registro por parte del legislador fiscal la culpa está de éste o de la doctrina hipotecaria, continua enervadora del valor de la inscripción frente a la misma Ley

cutidas. Posiblemente en ellos sea donde verdaderamente sólo necesite nuestra legislación retoques de carácter marginal.

4. ROCA SASTRE Y SU TESIS MONISTA DE TERCERO.

El alto juicio favorable que nuestro sistema hipotecario le merece a ROCA SASTRE lo expuso cuando el 5 de mayo de 1961 dió su magnífica conferencia en la Real Academia de Jurisprudencia con motivo del primer Centenario de la Ley Hipotecaria (6). Fué una tarde memorable para la ciencia hipotecaria española. Allí mantuvo su clásica postura del carácter unívoco del concepto de tercero, no obstante su gran conocimiento de las sutilezas de la doctrina italiana. PRIETO CASTRO, elogiando a ROCA con palabras de NÚÑEZ LAGOS. El maestro CASTÁN, con sus medidas y ponderaciones de sabio. Asombro de los juristas extranjeros asistentes, ante esta demostración de que existe, realmente, una verdadera vocación jurídica en el pueblo español.

Aquel día nos demostró ROCA SASTRE dos cosas: 1.^a Que podemos alejar el temor de que la doctrina jurídica española quede reducida a ramplonas exégesis. Concretamente, el Derecho hipotecario cuenta con mentes claras y aptas para cualquier dificultad. La Ley Hipotecaria no está sola. 2.^a Que está dispuesto a dar cierta beligerancia a la postura dual de NÚÑEZ LAGOS sobre el tercero (tercero del artículo 32 y tercero del artículo 34)¹. Parecía que ROCA, excesivamente impresionado por los sistemas que él llama de desenvolvimiento técnico, jamás encontraría términos adecuados para polemizar con la tendencia pluralista del tercero. En la conferencia a que nos venimos refiriendo hay un pasaje que considero el fundamental, en el cual, sin dar un paso atrás, deja abierto un importante resquicio para la discusión.

En realidad este problema del tercero único o plural fué el tema básico de su conferencia y también el de estas notas, que sólo pre-

(6) Esta conferencia fué publicada en el número de septiembre-octubre de 1962 de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO págs. 585 y sigs. Como su detenida lectura la consideramos imprescindible para que mi trabajo resulte inteligible, me abstengo de hacer en él citas concretas a las páginas del de ROCA

tenden llamar la atención de la doctrina sobre la posibilidad de un retorno al originario sentido del artículo 32 (antes 23) de la Ley Hipotecaria y 606 del Código Civil.

Alargaría excesivamente este trabajo el intentar hacer un resumen de las discusiones doctrinales sobre la unidad o pluralidad del concepto de tercero en nuestro sistema. El programa de oposiciones entre Notarios ha considerado suficientemente madura la polémica y la ha hecho objeto de una de sus preguntas. Yo creo que no hay tal madurez, aunque acaso mi creencia derive de escasez de fuentes de estudio sobre la discusión.

Para orientarse en el oscuro mar de esta polémica es conveniente seguir la ruta siguiente: Doctrina de los hipotecaristas antiguos sobre los artículos 27, 32 y 34, teniendo como fondo de Derecho comparado el tercero latino derivado de la inoponibilidad del acto no transcrito; conatos germanistas de hipotecaristas anteriores a don JERÓNIMO (CALDERÓN NEIRA); impacto de don JERÓNIMO y el B. G. B.; doctrina dominante en torno de los autores de la Ley de Reforma 44-46; escritos de NÚÑEZ LAGOS; ROCA SASTRE, antes y después de estos escritos; otras tendencias dualistas o pluralistas menos precisadas (LA RICA); intento de síntesis de LACRUZ. La polémica presenta mil incidencias y matices; muchos se han ocupado del asunto antes y después de NÚÑEZ LAGOS y haría falta mucho tiempo para conseguir dar una idea breve y clara sobre la posición de cada uno.

Por ello vamos a limitarnos, de momento, a descubrir si la conferencia de Roca, en 1961, significa algún cambio en su monolítico concepto del tercero (subadquirente). Antes, oponiéndose a la afirmación de NÚÑEZ LAGOS, de que los artículos 32 y 34 tienen diferente «estructura técnica», decía que pretender esto es destruir la unidad de nuestro sistema, pues implicaría la coexistencia en extraño contubernio de dos regímenes dispares: el de transcripción y el de fe pública registral, cuya convivencia resultaría altamente perturbadora, pues sería confusa la propia área de actuación de una y otro sistema, dado el coordinado articulado de la Ley y relegado el artículo 32, a tan concretos menesteres que los mismos defensores de esta tesis habrían de buscarle mayor contenido. No negaba que el clima del régimen de transcripción se acepta en algunos preceptos de la Ley del 61; pero afirmó que en ella los legisla-

dores, puede que inconscientemente, inyectaron más sustancia propia de los sistemas de desenvolvimiento técnico.

Es decir, que Roca consideraba inadmisibile el contubernio de los dos sistemas. Debió hablar de concubinato, ya que nunca había disimulado su desprecio por los sistemas de transcripción, de muy inferior rango a sus predilectos sistemas de desenvolvimiento técnico. Y puesto a deshacer el contubernio, se limitaba a desconocer el artículo 32 y su tercero latino.

5. ¿UN LEVE CAMBIO EN LA TESIS DE ROCA?

Pero los alardes históricos de NÚÑEZ LAGOS y la ponderada exposición de LACRUZ, en mi opinión, le han hecho reflexionar mucho sobre la cuestión y me parece que su posición ha sufrido un levísimo cambio.

Dice ahora que si en nuestra primera Ley Hipotecaria no se hubiera contenido otro precepto importante de orden substantivo que el artículo 23, el sistema introducido por ella habría sido casi idéntico al de los denominados sistemas de transcripción. Y podemos suprimir el casi, pues si la única diferencia—según añade—es el artículo 17, y éste no es más que un lujo que se permitía nuestra Ley, gracias a la introducción del folio real, en realidad, el sistema habría sido idéntico. Pero *nuestra Ley fué mucho más allá*, y con sus posteriores reformas *avanzó aún más*, continúa diciendo Roca SASTRE.

Como damos por sabido, los supuestos avances y progresos del sistema español consisten, sobre todo, en los sucesivos retoques del artículo 34 y concordantes. Con una gran sinceridad, en la que queremos ver un mucho de *mea culpa*, por el olímpico desprecio anteriormente dispensado al artículo 32, desarrolla Roca la evolución del artículo 23 por un lado y del 34 por otro, y termina, a pesar de todo (después de un artificioso juego con textos de la Exposición de Motivos y de GÓMEZ DE LA SERNA, de los que deduce la *comunicabilidad* del doble dispositivo protector de los terceros), diciendo que no obstante cree «que el tercero adquirente o sujeto protegido por uno y otro precepto debe reunir los mismos cuatro requisitos indispensables para tal protección registral, porque a este respecto am-

bos artículos forman una unidad inescindible y, además, porque de otra manera se produciría una desigualdad inadmisible».

Al parecer, su postura es idéntica en definitiva; pero veamos el fundamental pasaje a que nos referimos antes y en el que deja al descubierto su tendón de Aquiles. Continuó diciendo: Podrá aducirse que exigirles los mismos requisitos implica una modificación sustancial del artículo 32 en su actuación *aparentemente* originaria, y que esto supone que el antiguo amparo que se entendía desplegaba este artículo 32 quedaba debilitado o disminuido y menor que el que reciben los terceros protegidos por los sistemas de transcripción, pues el artículo 34, si intensificaba la protección, iba aumentando los requisitos para concederla. Y añade: «*Evidentemente esto es, 'hasta cierto punto', verdad; pero no vemos razón alguna convincente para establecer una diferencia de trato entre los terceros, amparados por ambos preceptos*».

Como vemos, Roca está en una postura muy diferente que antes. El pasaje no tiene desperdicio. Si suprimimos las palabras «aparentemente» y «hasta cierto punto», que le subrayamos, llega a decir exactamente lo que muchos veníamos pensando. De todas maneras la tarea que resta no es sencilla, porque se trata, nada menos, que de convencer a Roca SASTRE de las razones que puedan existir para establecer dicha diferencia de trato, y sabido es que si la cultura jurídica de Roca es muy grande, su habilidad dialéctica no es menor.

De todas maneras hay que intentarlo, por muy difícil que la empresa sea, dada nuestra pobreza de medios y dándose además la circunstancia de que no podemos traer en nuestra ayuda a NÚÑEZ LAGOS, porque su tercero del artículo 32 no nos gusta; ni tampoco podemos recurrir a la autoridad de LACRUZ, porque éste, de unas premisas impecables, no deriva las lógicas consecuencias deseadas.

6. MI OPINIÓN SOBRE LA DUALIDAD DE TERCEROS.

Hoy ya no es necesario insistir contra Roca, en que existen dos terceros netamente diferenciados por razón de su colocación en la encrucijada de relaciones jurídicas que viene a hacer más segura la publicidad registral. Cada uno se corresponde con uno de los casos

que presenta LACRUZ al comenzar su exposición de la «Eficacia ofensiva de la inscripción».

a) A vende su finca a B, que no inscribe su título, y posteriormente A vende la finca a C, quien se adelanta a inscribir su título. C es el tercero de la prioridad, el tercero latino del artículo 32.

b) A vende su finca a B, pero el título es falso, nulo, etc. B inscribe y vende a su vez a C, quien a su vez inscribe antes de que se anote la demanda de nulidad, etc., del antetítulo. Este C es el tercero subadquirente germánico del artículo 34 (7).

Roca no ve ninguna razón convincente para establecer una diferencia de trato entre ambos terceros. La razón es, sencillamente, que siempre y en todas partes la diferencia de trato ha sido y es muy grande. Los sistemas hipotecarios, excepto el nuestro, tal como es entendido por la doctrina dominante, parten de tal básica diferencia. La confusión de ambos y la identidad de trato que pretende darles nuestra doctrina ha sido una consecuencia de la influencia germanista. Como el sistema alemán, por simplismo, por llevar al extremo la protección al tercero del artículo 32, le hace desaparecer con el invento de la inscripción constitutiva, y cómo, por otra parte, nuestra doctrina se empeña en ignorar en qué forma y hasta dónde los sistemas latinos protegen y contemplan también al tercero del artículo 34, hemos llegado al error de que en todas partes no hay más que un tercero, y como se sabe que el sistema alemán es más avanzado que los latinos, hemos llegado a la conclusión de que el único tercero que merece la pena y del que hay que ocuparse es el prusiano, con sus cuatro consabidos requisitos.

La protección del artículo 32 tiene abolengo latino, romano. Si recordamos la historia de la publicidad inmobiliaria y vemos en ésta una constante histórica, resulta sencillo encontrar el noble abolengo de la protección a este tercero. Está su origen en la preferencia del propietario quiritarario sobre el poseedor *in bonis* o dueño bonitario. El tercero del artículo 32 es el que ha adquirido *ex jure quiritium* (con mancipatio, hoy inscripción registral) de un propietario y al cual se le protege enérgicamente y sin condicionamientos

(7) Naturalmente que estos dos casos y toda la exposición de mi trabajo parten de una reducción del problema a sus términos más sencillos. Tanto un tercero como el otro pueden presentarse complicados por subcasos y casos mixtos.

frente a quien ha adquirido *ex jure gentium* (con mera traditio, sin publicidad, hoy sin inscripción registral). Es el renacimiento de la clásica inoponibilidad de la *actio publiciana* frente al verdadero dueño *ex jure quiritium*. Es el tercero que desaparece por pasar a dueño sin más, con el expediente simplificador de la inscripción constitutiva germánica.

La protección del artículo 34 tiene un abolengo germánico. Este tercero es el adquirente que por haber confiado en un contenido tabular inexacto, por desconocer la inexactitud (su transferente no era dueño, aunque tuviere la *Gewere* tabular), se le protege con ciertos condicionamientos (título oneroso y buena fe) frente al verdadero propietario que, generalmente, tuvo antes también *gewere* tabular, cancelada precisamente por virtud del acto falso o nulo originador de la inexactitud tabular. Este es el tercero germanico, único en el sistema alemán, después de muerto el otro por la inscripción constitutiva; pero que no es desconocido en los sistemas latinos, como lo prueban, no sólo los vacilantes bandazos de nuestro artículo 34 antes de 1944, sino el desarrollo, tan poco estudiado entre nosotros, de los efectos de la transcripción de las demandas de nulidad en perjuicio de los derechos adquiridos por los terceros de buena fe.

7. LOS DOS TERCEROS DE LA LEY DE 1861.

A la luz de la Historia resulta fácil ver por qué dentro de nuestra Ley Hipotecaria hay dos terceros con distinto juego y distintos requisitos. NÚÑEZ LAGOS ha puesto esto suficientemente claro y no es necesario insistir en cómo nuestros legisladores de 1861, encontrando demasiado exótica y radical la inscripción constitutiva de la base 52 de Luzuriaga, se contentaron con la posición transaccional iniciada por BRAVO MURILLO, que queda consagrada por el artículo 23 (hoy 32), recogiendo la base 52 reformada, artículo que pasa a ser el «protagonista de la Ley, que contenía en sí toda la Ley, según el Ministro de Justicia, y que mereció el honor de ser la única norma substantiva de la misma que pasó al Código Civil» (art. 606). Sin perjuicio de que, además, y a última hora, se introduzca sin gran precisión y sin gran certidumbre de su formulación, el principio de fe pública registral germánico en el artículo 34.

Por tanto, la suma y coordinación del principio de inoponibilidad latino con el de fe pública registral germánico no es un ilícito con-tubernio, sino precisamente lo que hicieron los autores de la Ley Hipotecaria de 1861, como paladinamente confiesa Roca en la conferencia a que nos referimos.

Los autores de la Ley tenían la posibilidad de seguir la dirección germánica: La inscripción como modo y además la derogación del *nemo plus juris...* por el juego de la fe pública; la dirección austriaca con la inscripción como modo; pero con una regla general de mantenimiento del *nemo plus juris...*, y la dirección latina de la transcripción como requisito de oponibilidad sin valor de modo y un aún más rígido mantenimiento del *nemo plus juris...* Bien o mal, en nuestra opinión con gran acierto y acomodación al sentido jurídico español, establecieron la inscripción no modo, pero sí requisito de oponibilidad al tercero y sentaron las bases del principio de fe pública, más que con cautela, con cierta escasez de información sobre el mismo. Es decir, que así como para decidir entre la inscripción constitutiva y el principio latino de publicidad (el título no inscrito no perjudica a tercero), los autores de la Ley tenían suficientes elementos de juicio y decidieron después de encontradas polémicas; para graduar con cuanta intensidad y decisión debían introducirse los principios germánicos derogadores del *nemo plus juris...* (efectos de la inscripción respecto del título nulo), no estaban tan documentados. Y creo que sólo refiriéndose a este segundo aspecto cobra su verdadero sentido la afirmación del señor FERNÁNDEZ NEGRETE, de que andando el tiempo se orientaría más nuestra Ley al sistema alemán.

Para los autores de la Ley eran dos cuestiones diversas, necesitadas de muy distinto tratamiento, la protección al tercero de la doble enajenación, que sólo muy relativamente se puede decir que adquiere de un no dueño, y la protección al tercero subadquirente que adquiere de quien no fué nunca dueño porque su título era nulo o falso. Fué más tarde cuando, por un olvido del verdadero sentido del tercero del artículo 32, se fué aproximando hasta identificarlos los dos *verus dominus* que se oponían a dichos dos diversos terceros. Pero en realidad el *verus dominus* del artículo 32 y el del artículo 34, lo son con muy diversa intensidad. Es verdad que, en tanto no se adopte el principio de inscripción, las personas de quien adquieren

ambos terceros parece ser un no dueño: una porque no lo ha sido nunca (no llegó a serlo); otra porque ya no lo es (dejó ya de serlo). Pero esta diferencia es fundamental.

La argumentación de la doctrina dominante española consiste en que la protección contra un *verus dominus* concedida a quien ha adquirido *a non domino* debe ser igual en ambos casos. «De otra manera se produciría una desigualdad inadmisibile», dice Roca SASTRE. Pero yo entiendo modestamente que la desigualdad consiste precisamente en tratar igual a lo que es desigual.

En el artículo 34, el tercero no es el dueño, sino que lucha contra el dueño y es natural que se le proteja sólo con ciertos requisitos.

En el artículo 32 el tercero no es el dueño para una concepción consensualística, pseudofilosófica y de gabinete de la transmisión inmobiliaria, pero sí lo es en el sistema germánico y casi lo es en todos los sistemas históricos realmente vividos en que la transmisión inmobiliaria se ha rodeado de formas de publicidad registrales o no. Por eso sólo necesita inscribir su título válido.

Los autores de la Ley Hipotecaria fueron completamente conscientes de estas diferencias. Todos los legisladores hipotecarios separaron como dos cosas distintas las facultades de la Institución registral para purificar títulos nulos (fe pública registral) de las facultades de la misma para salvar la falta de poder dispositivo de un transmitente, consecuencia de una anterior enajenación no publicada aún, al publicarse la posterior (inscripción constitutiva, inoponibilidad del título no transcrito). La identificación entre la carencia de facultad dispositiva que sufre quien nunca llegó a ser dueño porque su título fué nulo o falso y la carencia de facultad dispositiva que sufre quien había dejado de ser dueño ya, por haber transmitido en título, aún no inscrito, ha sido algo privativo y exclusivo de la doctrina hipotecaria española que se explica por razones varias y complejas; pero principalmente por una desmesurada preferencia por el estudio del sistema alemán, que nos ha llevado al extremo de olvidar la sencillísima idea de que el sistema hipotecario latino, con su principio de publicidad o inoponibilidad, se detiene un paso antes de llegar a la inscripción constitutiva, pero nunca ha exigido a su tercero los rigurosos requisitos del tercero prusiano. Cuando los sistemas latinos o eclécticos no se atreven a fortalecer tanto los efectos de la inscripción como para llegar a derogar la

regla romana *Nemo plus juris trasferre potest*, nuncá están pensando en esta regla en sentido tan lato que incluya precisamente el supuesto de la doble transmisión con transcripción previa de la posterior, porque precisamente este supuesto es el único que consideran básico estos sistemas y lo resuelven con la norma de inoponibilidad del acto no transcrito. El muro del *Nemo plus juris...*, que no se atreven a saltar, es el de la purificación por el Registro del título nulo intrínseco por vicios del título mismo (tímida y vacilante adopción del principio de fe pública en los sistemas latinos y eclécticos).

El tercero subadquirente germánico que alega la protección registral ha de obtenerla contra un verdadero dueño, acaso con abo-lengo secular, antiguo, que probablemente tenía sus viejos títulos inscritos, que perdió su titularidad registral por un título falsificado, falso, nulo, arrancado por el dolo, el error o la violencia. Este tercero lucha, pues, con un auténtico *verus dominus* de años o siglos. Es lógico que los sistemas hipotecarios se asusten y los más decididos exijan cuatro requisitos o más.

En cambio, el tercero latino del artículo 32 lucha con un ende-ble *verus dominus*. Suele ser un dueño de días o de meses y que desde luego sabe que le falta cumplir un trámite legal para consagrar su dominio. Es un dueño relativo. En Alemania no es dueño en circunstancias similares; sus colegas del Derecho romano clásico, adqui-rentes *sola traditio*, tampoco lo eran; para la concepción popular auténtica tampoco es dueño «en regla». Es un dueño que se le con-sidera tal, sólo porque a los juristas de gabinete en periodos de crisis de crecimiento de la publicidad inmobiliaria se les ocurrió que la transmisión del dominio es algo que se agota en transmitente y ad-quirente y se consuma con su mero consentimiento, *erga omnes* sin advertir lo absurdo de esta peregrina idea. Es lógico que ningún sistema exija a este tercero los mismos requisitos y que gran parte de las legislaciones hayan llegado a considerar que este tercero no es tal, sino verdadero dueño (inscripción constitutiva).

o

8. UNA AGRUPACIÓN ILEGAL.

Cuanto más profundicemos en los antecedentes inmediatos y en las posibles influencias de otras legislaciones en la Ley Hipotecaria de 1861, más nos confirmaremos en la idea de que los artículos 32

y 34 responden a finalidades distintas, exigen requisitos diferentes en el tercero por cada uno de ellos protegido y tienen un origen histórico diverso. Cosa que por otra parte resulta sobradamente demostrado por una interpretación literal, lógica y sistemática de la Ley, pues no tendría explicación ninguna dedicar dos artículos para establecer una misma y única norma y menos cuando su texto literal es tan diferente.

La agrupación de ambos preceptos, que fué incorrecta, pues cada uno tenía un titular distinto, fué obra de la influencia germanista. Si hacemos una apretada síntesis de la historia de nuestra legislación hipotecaria, habremos de decir que se reduce a un involuntario aplastamiento del artículo 32 por el artículo 34. En un principio el 32 (originariamente 23) era toda o casi toda la Ley, y su indudable sentido era el que tienen, en todas las legislaciones latinas, los preceptos ordenadores del principio de inoponibilidad del acto no transcrito frente al acto transcrito, contradictorio y proveniente del mismo causante. Ni en el anteproyecto ni en el proyecto ni en el proyecto retocado aparecen los artículos 33 y 34. Pero un acierto de los autores de la Ley introdujo estos últimos inspirados en las legislaciones germánicas. Se añade así al principio latino de publicidad (inoponibilidad de lo no inscrito) un tímido conato del principio germánico de fe pública registral (paralización de las acciones de nulidad y reivindicatorias consiguientes frente al tercero subadquirente tabular de buena fe). Toda la historia posterior puede estudiarse en dos capítulos:

1.º La azarosa historia del artículo 34, dando inciertos bandazos entre las normas germánicas y las latinas, o sea, entre el puro principio de fe pública y las casuísticas regulaciones de los sistemas latinos sobre efectos de la transcripción de las demandas de nulidad, rescisión y reivindicación puestos en relación con la especial regulación de los plazos prescriptivos, y eficacia contra subadquirentes de buena fe, de las diversas acciones.

2.º El descuido primero, desprecio y olvido después, del artículo 32, que se va considerando precepto de escasa calidad frente a las maravillas técnicas del sistema germánico, que la doctrina, por éste influenciada, va introduciendo con tenacidad en el artículo 34 hasta conseguir hacer de éste un precepto auténticamente germánico.

En cambio, el artículo 32 no sólo no progresó paralelamente, sino que por una inexplicable aberración visual estuvo en trance de desaparecer.

Hubiese sido lógico que, a medida que el artículo 34 se iba acercando a las pautas germánicas, hubiese ocurrido lo mismo con el 32 y el principio de inoponibilidad (o publicidad), que éste contenía, hubiese desembocado en la inscripción constitutiva. Hubo tentativas de introducir ésta, y es verdad que la doctrina frecuentemente la defendió; pero creemos que nunca se la asoció con el artículo 32; nunca se vió en ella el corto paso adelante que representa puesta en relación con este artículo. Del originario y auténtico precepto del artículo 32 a la inscripción constitutiva hay teóricamente una gran distancia; principio de inoponibilidad e inscripción constitutiva proceden de dos distintas concepciones del mundo, si se quiere; pero confluyen en un resultado práctico nada distanciado. El salto de un principio a otro no es ningún salto mortal.

Pero era imposible dar este relativamente pequeño salto porque el artículo 32 había sido completamente tergiversado y no daba pie para el tránsito.

¿Qué es lo que había ocurrido? Sencillamente, que la práctica y la doctrina habían derogado, por no uso, el artículo 32, como había hecho con el artículo 1.280, 1.º, del Código Civil. Y no porque ambos preceptos fueran extraños al Derecho popular español, sino, desgraciadamente, por un desafortunado enfoque doctrinal de los mismos.

En efecto, la doctrina y la jurisprudencia, que fué amontonando requisitos sobre el tercero del artículo 32, lo hacía precisamente por copiar preceptos germánicos sin darse cuenta de que éstos estaban pensados para el tercero del artículo 34. Partiendo de la idea verdadera de que el sistema germánico era más progresivo que los otros, se pasó a la idea errónea de uniformar igual ambos terceros y cargar al tercero de la prioridad, desconocido en el sistema alemán, con todos los requisitos del tercero subadquirente prusiano. La consecuencia es un sistema en que el principio de fe pública registral pleno al no descansar sobre la base firme de la inscripción constitutiva ni siquiera sobre la menos firme del sistema de transcripción (inoponibilidad) resulta excesivo.

De este modo creemos que hay razones convincentes para la diferencia de trato a los dos terceros. La razón principal y suficiente,

por sí sola, es que ningún sistema registral resulta tan endeble como el nuestro, si se prescinde del artículo 32 o se le interpreta en la forma en que lo hace la doctrina dominante. La registración por fincas, el riguroso principio de legalidad, el desarrollo del de especialidad, e incluso la introducción total y plena del principio de fe pública registral y el máximo desarrollo que se pretende dar al principio de legitimación, todo es inútil y hasta contraproducente; todo se viene abajo, si el sistema carece del pie fundamental de sustentación: el principio de publicidad latino o el principio de publicidad germánico vigorizado (principio de inscripción). Y cuando al tercero del artículo 32 se le identifica con el del artículo 34; cuando se le exigen los requisitos de inscripción previa, onerosidad y buena fe puede decirse que hemos dado muerte al principio de inoponibilidad que instauraron los legisladores de 1861.

9. LA REFORMA DE 1944-1946.

Hay un pasaje en la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma Hipotecaria de 1944, que refleja la opinión oficial sobre el principio de fe pública registral por aquellos días. El pasaje dice así: «Después de ponderar las ventajas e inconvenientes que en orden a la aplicación del predicho principio rigen en la legislación comparada, se ha considerado pertinente mantener el criterio tradicional español. La inscripción solamente protege con carácter *«juris et de jure»* a los que contrataren a título oneroso mientras no se demuestre haberlo hecho de mala fe». Y más adelante se completa la idea diciendo: «Las dudas que... se han suscitado sobre el valor conceptual de tercero han sido allanadas al precisar su concepto en el artículo 34. A los efectos de la *fides publica* no se entenderá por tercero el *penitus extraneus*, sino únicamente el tercer adquirente; es decir, el causahabiente de un titular registral por vía onerosa».

También hace la Exposición de Motivos la afirmación de que el principio de la fe pública registral es elemento básico de todos los sistemas hipotecarios. Esto es una verdad a medias, porque cuando hablamos de fe pública registral en rigor nos estamos refiriendo a la norma del parágrafo 892 del B. G. B., el cual está ausente de muchas legislaciones de las que es excesivo afirmar que carecen de sistema hipotecario.

La Exposición de Motivos hizo, pues, dos afirmaciones doctrinales que son, por lo menos, dudosas y que consagraron con la autoridad de la literatura oficial la tesis germanista de toda nuestra hermenéutica hipotecaria.

1.^a La de que el principio de fe pública registral es elemento básico de todos los sistemas. Afirmación que llevaba al extremo las posturas despreciativas de los regímenes hipotecarios latinos.

2.^a La de que el criterio tradicional español es el de tercero único: el subadquirente según Registro, a título oneroso, con buena fe y que inscribe su adquisición. Afirmación aún más aventurada y peligrosa que la anterior, y que sólo es defendible en gracia a la sinceridad y buena fe con que se hacía.

Y es que no se puede culpar a los autores de la Exposición de Motivos. Reflejaban la opinión doctrinal no ya mayoritaria, sino probablemente unánime. Toda nuestra doctrina hipotecaria se venía últimamente moviendo, sin querer, al influjo de la profecía de FERNÁNDEZ NEGRETE, cuando afirmó que nuestra Ley Hipotecaria se orientaba en el sistema alemán, y que andando el tiempo acentuaría este carácter. Profecía que no pensó en que el artículo 32 se desvaneciese antes de ser sustituido por la inscripción constitutiva.

La insensible evolución doctrinal, cada vez más germanística, tenía que terminar llevando a nuestro sistema hipotecario a un callejón sin salida si de antemano había de renunciarse al pilar básico del sistema alemán: la inscripción constitutiva. Por ello creo que la legislación hipotecaria española o va a la inscripción constitutiva o retorna al originario sentido del artículo 606 del Código y del artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1961 o se resigna a ser hermosa fachada vacía por dentro.

a) La inscripción constitutiva es para muchos la panacea deseable. Piensan que únicamente menudos problemas había de planear su desarrollo progresivo, que unas meras bonificaciones arancelarias podrían solucionar. Yo no veo tan clara la inscripción constitutiva en España.

1. Porque choca drásticamente con el derecho vivido actual y su implantación encontraría una resistencia, explicable por la gran cantidad de normas jurídicas que se verían afectadas por ella.

2. Por no estar demostrado que encaje bien en el espíritu jurídico del pueblo español, en cuanto la inscripción constitutiva subordina innecesariamente el momento de voluntad del negocio jurídico, y todos sus efectos, a un posterior acto estatal. El momento de publicidad del negocio real es imprescindible para sus más trascendentales efectos; pero no para todos.

3. Porque el rigorismo del principio de calificación en nuestro sistema unido a la inscripción constitutiva agravaría mucho la situación actual. No debe desconocerse que junto a titularidades perfectas son abundantísimas otras *minus quam perfectas*, que no obstante viven en espera de prescripciones sanatorias de vicios formales y aun formularios a las que, de momento, se colocaría en penosa situación.

b) Por otra parte, a muchos no parecerá progresivo retroceder cien años para expurgar textos y escritos que nos corroboren en la idea de que el artículo 32 (antes 23) de nuestra Ley se inspiró totalmente en el sistema de inoponibilidad. Hemos presumido tanto frente a los «debilísimos» efectos del sistema de transcripción, que suena a plancha comprender que el Registro italiano, por ejemplo, concede al tercero similar al de nuestro 32, una protección mucho más enérgica que el nuestro, tal como lo concibe ahora nuestra doctrina dominante. Y precisamente este tercero del artículo 32, y no el del 34, es el que más juega en materia de corriente inscribitoria y desinscribitoria; hasta el punto de que la obligatoriedad de la inscripción en los sistemas latinos no ha sido, como se dice, una imposición estatal con miras fiscales, sino la fruta madurada por el principio de inoponibilidad del título no transcrito, pacíficamente admitido, sin interferencias del tercero prusiano y sin interpretaciones doctrinales amenguadoras de su enérgica actuación.

10. BREVE REFERENCIA A LA TESIS DE NÚÑEZ LAGOS.

Vamos a entrar ahora en el número más difícil de este trabajo. Si éste se propone defender la tesis dualista del tercero, ¿cómo es posible no apoyarse en NÚÑEZ LAGOS y mostrarse también disconforme con él?

Mi disconformidad con NÚÑEZ LAGOS proviene de creer que existe una desviación poco explicable en la línea dialéctica de este autor. NÚÑEZ LAGOS ha dejado completamente clara la génesis latina de nuestro artículo 32. La consecuencia lógica sería interpretarle acomodándose a sus orígenes y defender todas las derivaciones de tal interpretación. Pero no hace esto. Toma todos los elementos precisos para referir los requisitos de su tercero del artículo 32 a los sistemas latinos; pero precisamente en el ámbito de la protección concedida a este tercero prescinde totalmente del Derecho francés, belga e italiano. ¿Cómo puede ser que partiendo de premisas ciertas en cuanto a los orígenes históricos de la diferenciación de ambos terceros y conociendo como conoce el Derecho comparado llegue luego a tan raquítico tercero del artículo 32? Acaso todo provenga de la intransigencia polémica que tan bien disimula con su literario e irónico estilo. NÚÑEZ LAGOS tuvo siempre repugnancia a la inscripción como modo. Ha llegado a calificar esta construcción como el sueño de una noche de verano de ciertos hipotecaristas (8). Otra obsesión suya es el estrecho concepto de inscripción constitutiva al no considerar tal la del B. G. B., porque el Derecho real nace por el Acuerdo, *desde* la inscripción, y porque no hay inscripción constitutiva sin renovación de la voluntad en el momento final.

Tiene razón NÚÑEZ LAGOS en muchas cosas. Luego expondré mis ideas sobre la inscripción constitutiva del B. G. B. Pero creo que no es suficientemente clara la tesis de NÚÑEZ LAGOS en el punto concreto de cómo y por qué quiebra su acertado enfoque del tercero dual para reducir luego el del artículo 32 a un tercer poseedor de finca gravada que al inscribir queda inmune de acciones confesorias e hipotecarias no registradas.

Hay un pasaje de NÚÑEZ LAGOS en que creemos que queda al descubierto el fallo de su línea lógica. Cuando está explicando el ocasional origen de los artículos 33 y 34, afirma que los mantenedores de la tesis de que había que aclarar en la Ley si la inscripción en el Registro dejaba o no fuera de combate la acción reivindicativa

(8) El Registro español es tan cabalmente un Registro de títulos que la inscripción, en vez de llegar a ser modo como soñaron alguna noche de verano ciertos hipotecaristas, se ha proclamado paladinamente título en el artículo 35. NÚÑEZ LAGOS: *Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles*, página 102, 1953. Consideramos innecesaria la cita de las sugestivas monografías en las que NÚÑEZ LAGOS ha desarrollado su tesis dualista del tercero.

toria derivada de títulos no inscritos invocaban el artículo 442 del Código austriaco, que salvaba expresamente de la eficacia del Registro la regla *Nemo plus juris in alium trasferre potest quam ipse habet*. Y añade: La inscripción en el Registro austriaco tenía valor de *traditio* y protegía frente a acciones confesorias e hipotecarias no inscritas; pero no contra la reivindicatoria; esto acontecía en el Derecho austriaco por un precepto expreso. La Ley española, ¿debía decirlo también expresamente? GÓMEZ DE LA SERNA, basándose principalmente en la Ley belga, sostuvo que sin aclarar nada se lograba igual resultado que en Austria, o sea, la reivindicatoria indemne. Trae luego en apoyo de que el artículo 33 fué escrito como límite y tope del 23 (hoy 32) un texto muy acertado de Pou, y dice que los autores de la Ley, con intuición maravillosa, formularon la doctrina en los siguientes terminos: *inter partes*, el problema del título válido o inválido no interesa al Registro; al tercero civil inscrito no le perjudica lo no inscrito, *pero siempre que no se trate de acciones de ineficacia*, pues la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las Leyes y el tercero del artículo 23, si bien le amparamos frente a gravámenes, ni es el tercero que protegemos frente a la nulidad. Sólo el tercero especial del artículo 34 queda protegido frente a la acción reivindicatoria.

Parece, pues—aunque tampoco hemos encontrado la afirmación clara y categórica—, que el tercero latino de nuestra Ley sólo está protegido frente a gravámenes anteriores a su adquisición y no inscritos; pero no frente al primer adquirente que no se adelanta a inscribir su adquisición, por entender NÚÑEZ LAGOS que el vendedor otorga un segundo título ineficaz y la reivindicatoria subsiste a favor del primer comprador que fácilmente conseguirá la anulación de la segunda venta o enajenación y la consiguiente inscripción. Si otra cosa ocurre será por el 1.473 del Código, y como éste se refiere a la venta (título oneroso) y la jurisprudencia le ha incrustado el requisito de la buena fe, propio del artículo 34, la posición de NÚÑEZ LAGOS termina bastante cerca de la doctrina contraria a la dualidad de los terceros.

No estamos conformes con todo esto. El dudar los autores de la Comisión redactora de la Ley de 1861 si era imprescindible, conveniente o inútil una norma aclaratoria de que la reivindicatoria quedaba inmune por virtud del *Nemo plus juris...*, a pesar de la pro-

tección al tercero instaurada por el artículo 23 y el traer a colación la existencia de tal norma, aclaratoria de lo mismo, en el Código austriaco, es suficiente prueba de que *la reivindicatoria que se pretende inmunizar será cualquiera, excepto precisamente la del primer adquirente que no inscribió si pretende ejercitarla contra el segundo comprador que inscribió ya.*

Si la inscripción en el Registro austriaco tenía valor de *traditio* y protegía frente a las acciones confesorias e hipotecarias no inscritas; pero no contra la reivindicatoria; *esta reivindicatoria sobre la que se está discutiendo no puede ser la del primer adquirente no inscrito frente al segundo inscrito, porque en el sistema austriaco, al primer adquirente no inscrito, al faltarle el modo, no es dueño, luego no puede tener reivindicatoria.* El parágrafo 431 del Código Civil austriaco de 1 de junio de 1811 es terminante y estaría a la vista de los que discutían en la Comisión (9). Tenía que tratarse de otro supuesto de reivindicación, porque, para los legisladores de 1861, el caso de la doble enajenación por títulos contradictorios provenientes de un mismo titular no ofrecía dudas y estaba claramente regulado por el precepto sobre el cual ya se había discutido bastante en torno a la base 52. Por eso GÓMEZ DE LA SERNA decía que no había que aclarar nada. No había que aclarar nada porque nadie pensaba en excluir la reivindicatoria del *verus dominus*, si bien nadie dudaba tampoco que el primer comprador (adquirente) no inscrito no tenía reivindicatoria contra el segundo que inscribió, precisamente porque eso disponía el artículo 23 y esa era la norma fundamental que pretendía implantar la Ley Hipotecaria, por no llegar a la inscripción como modo del 431 austriaco.

Las dudas de los autores de la Ley, que terminaron en la intuición maravillosa de los artículos 33 y 34, en realidad recaían sobre

(9) Dice el artículo 431 del A. B. G. B. de 1 de junio de 1811: «Para la adquisición de la propiedad inmueble tiene que inscribirse el negocio de adquisición en los libros públicos determinados a este efecto». El artículo 442, en que se deja intocado el romano *nemo plus iuris* ..., dice: «Quien adquiere la propiedad de una cosa obtiene todos los derechos que lleva consigo. Los derechos que no tenga el transferente no se los puede transmitir. Puesto que nadie puede traspasar a otro más derechos que los que el mismo tiene». El principio de fe pública tenemos que irlo a buscar en los parágrafos 28, 63 y siguientes de la *Grundbuchgesetz* de 2 de febrero de 1955. Véase CARLOS ALVAREZ ROMERO y JESÚS LÓPEZ MEDEL: *El Derecho Inmobiliario y el Registro de la Propiedad en Austria*, REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, enero-febrero 1964, páginas 1 y sigs.

la reivindicatoria del *verus dominus* del artículo 34. Después de consagrado el principio de inoponibilidad del título no inscrito con toda la extensión de los sistemas latinos y pensando si se debía dar un paso más allá, entrando en los terrenos del sistema germánico, los autores de la Ley terminaron por iniciar inseguros tanteos por el principio de fe pública. Toda la azarosa vida del artículo 34 es reflejo de tales inciertos tanteos. El caso límite contemplado fué siempre el del título falsificado; pero en el fondo del problema estaban todas las verdaderas nulidades del título, *excluida, desde luego*, la que el principio de inoponibilidad había dejado despejada. Por eso el planteamiento inicial del artículo 34 estaba centrado en la nulidad o resolución derivada de causa no registrada o de título anterior no inscrito. Lo de la causa de nulidad no registrada fué siempre bien entendido. En confusionalismo vino en torno a la invalidación del título inscrito del tercero por virtud de título también inscrito y la no invalidación en cuanto al tercero por virtud de título anterior no inscrito. Estas normas, que son perfectamente claras en cuanto se limitan al caso del tercero de la fe pública registral, se han confundido al extenderlas al tercero de la inoponibilidad. Pero para los autores de la Ley estaba claro que en el caso de la doble venta no era posible anular la segunda inscrita por virtud de la primera no inscrita, porque los artículos 33 y 34 para nada afectaban al juego del 23. Ni siquiera cabe decir que esto ofreciese dudas, y para eso lo aclararon en la regla tercera del artículo 38, porque esta regla si que fué una repetición, para el caso concreto de la doble venta, de la regla general de inoponibilidad del artículo 23.

Cuando el artículo 33 dijo que la inscripción no convalida el contrato nulo, en ningún momento, pensaban en la nulidad del contrato procedente de la falta de poder dispositivo del transmitente sólo a medias perdido por la venta o enajenación anterior no inscrita. Estamos aquí con el mismo bizantinismo surgido en torno del artículo 1.953: Para la prescripción se requiere título válido; pero no tan válido, claro está, que tenga dominio y facultad de disposición perfecta el transmitente, porque entonces sobra la prescripción. Se trata de la nulidad del acto o contrato por vicios intrínsecos del mismo, y en este aspecto la segunda venta no es menos válida que la primera. El artículo 33 no es un tope al 23, sino la entrada en otro mundo, en otro campo, en el campo de la protec-

ción del tercero subadquirente y hay que relacionarlo con el 34. Ambos sí son regla general (la inscripción no convalida el acto nulo) y excepción (no obstante esa no convalidación, el título inscrito del subadquirente queda indemne de la nulidad del acto no convalidado por su correspondiente inscripción). Los artículos 33 y 34 introdujeron el principio germánico de fe pública registral.

11. EL IMPACTO DE LA OBRA DE LACRUZ.

Tampoco LACRUZ BERDEJO es una ayuda decisiva en mi disentiimiento con ROCA SASTRE. Su obra ha contribuido mucho a clarificar y fortalecer mis opiniones; pero creo que LACRUZ, partiendo de un planteamiento exacto y acertado, no extrae luego de él las consecuencia lógicas. El acierto de su planteamiento comienza desde su sistemática, que separa en distintos parágrafos el sistema latino de protección (artículo 32 de la Ley Hipotecaria) y el sistema germánico de protección (artículo 34 y concordantes de la Ley Hipotecaria).

Según LACRUZ, nuestra legislación sigue un sistema *sui generis*, en el cual, partiendo del principio de inoponibilidad de tipo francés, se llega, mediante sucesivas rectificaciones, a mantener la exactitud del Registro. Hace un breve pero documentado estudio histórico de la introducción del sistema latino en nuestra Ley a través del artículo 32 y desarrolla los varios elementos del tercero latino partiendo de una definición descriptiva: Adquirente a título particular y derivativo de un Derecho real que se opone a la vigencia de un título contradictorio con el suyo y a cuya vinculación es ajeno. Su planteamiento diferenciativo de los dos terceros es impecable y el desarrollo del tercero del artículo 34 en la obra de LACRUZ es magistral.

Pero luego termina por rendirse casi totalmente a las ideas dominantes. Nada tendríamos que objetar si llegase a la conclusión de que el tercero del artículo 32 requiere también los requisitos de previa inscripción, onerosidad y buena fe por argumentos extraídos del Derecho natural, del Derecho comparado o de la interpretación histórica y lógica del mismo artículo 32. Pero no hace esto, sino que estudia las condiciones de la protección registral en un tercer

y único párrafo, con lo cual da por prejuzgado que estas condiciones son iguales para ambos terceros y toda su exposición marcha sobre el pie forzado de esa equiparación o identidad (10).

Es verdad que al analizar cada uno de los cuatro requisitos del tercero expone las opiniones de los que no exigen los cuatro al tercero del artículo 32; pero cuando llega el momento de opinar se inclina por exigirlos todos, violentando así los mismos presupuestos diferenciativos de los que partía en los dos párrafos anteriores. Es verdad que en cada uno de los requisitos considera los derechos extranjeros, las opiniones doctrinales, la jurisprudencia y los artículos de la Ley Hipotecaria (vigente) que estima aplicables; pero en forma que modestamente sometemos a la siguiente crítica:

Derecho comparado: Al analizar cada uno de los requisitos, y concretamente los de onerosidad y buena fe, que son los más interesantes desde este ángulo visual, expone los diversos sistemas como sumandos homogéneos sin destacar el distinto tercero que cada uno contempla. Los sistemas latinos no exigen estos requisitos a su tercero y los sistemas germánicos si los exigen al suyo; pero se los exigen porque es un tercero distinto. Si nuestro sistema admite los dos terceros—como LACRUZ reconoce—la conclusión inmediata que nos brinda el derecho comparado es exigir los requisitos al tercero del artículo 34, pero no al del artículo 32.

Doctrina y jurisprudencia: Al considerarlas se inclina demasiado LACRUZ al criterio de autoridad. La altura doctrinal de su planteamiento dual de los terceros le permitía perfectamente colocarse en un plano de superación de las doctrinas anteriores a la crisis de la tesis monista, sometiéndolas a una crítica total sin perjuicio de terminar por estar conformes con ellas en el punto concreto de este o aquel requisito. Pero se limita a rendirse al argumento de autoridad, incluso allí donde él cree que teóricamente parece mejor fundada la tesis contraria a la doctrina dominante como en el requisito de previa inscripción.

Textos legales: Olvidándose de su planteamiento de dos terceros distintos y de cómo las reformas de la Ley han ido hipertro-

(10) JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO: *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza, 1957. párrafo 31, pág. 232; párrafo 32, pág. 245, y párrafo 33, página 260.

fiando las normas dedicadas al tercero de la fe pública, especialmente la reforma de 1944-46, trae en apoyo de la tesis de los cuatro requisitos también para el tercero del artículo 32, preceptos legales dictados sólo para el del artículo 34 o reformados en el periodo de confusionismo entre ambos preceptos.

En el fondo de esta desviación de LACRUZ, que le lleva a trasladar al artículo 32 ideas y conceptos sólo válidos para el 34, creemos que está el relacionar excesivamente el mecanismo de la protección registral con la adquisición *a non domino*. Insistir demasiado en que toda la protección registral y todos los efectos de la inscripción se operan haciendo eficaz una adquisición *a non domino* conduce necesariamente a la asimilación de los diversos casos, terceros y protecciones. Si el tercero por virtud del Registro siempre rompe el dominio, parece lógico que siempre deberá reunir los mismos duros requisitos para tan fuerte desaguado.

No soy partidario de este planteamiento centrado en la adquisición *a non domino*. Una gran parte de la doctrina italiana—LACRUZ cita a FUNAIOLI, CARIOTA FERRARA, COVIELLO y MAIORCA—, trata por diversas vías de configurar la adquisición del tercero latino como *a domino*, porque el transmitente no deja del todo de ser dueño o tener facultades dispositivas. Por este camino, el gran CARNELUTTI, en su primera época, en un exceso de germanismo—mejor orientado que el de nuestra doctrina—llegó a considerar la transcripción como elemento necesario para la enajenación de los derechos reales, insistiendo en ello en sus escritos posteriores, a pesar de las amplias críticas de PUGLIATI, si bien posteriormente parece haber recogido velas, contentándose con un dominio condicional del primer comprador que se resuelve con la inscripción del tercero, que es con ligeras variantes la posición de GENTILE a la que se adhiera ROCA.

Estas construcciones son preferibles en cuanto aproximan los sistemas germánicos y latinos y destacan mejor los puntos de contacto entre el *Eintragungsprinzip* y el principio de inoponibilidad, que vienen determinados por su identidad de fin y fundamento. Queda así la idea de adquisición *a non domino* derogadora del romano *Nemo plus juris...*, centrada exclusivamente en la especial protección al tercero del principio germánico de fe pública (artículo 34).

Consecuencias de esta desviación de LACRUZ son algunas afirmaciones suyas que resultan, por lo menos, dudosas, a saber:

La protección registral—dice—supone la privación de un derecho a su verdadero titular en beneficio de un titular aparente, que se justifica por el castigo a la negligencia del propietario en los sistemas de transcripción y por la apariencia de titularidad en los germánicos. Aplica este distinto fundamento al caso de la doble venta, y afirma que mientras el derecho francés castiga la eventual perezosa del primer comprador, el alemán hace honor a la confianza del tercero en la inscripción del vendedor otorgando a aquél, si es de buena fe, un derecho que éste ya no tenía. Todo esto es indudablemente un descuido, porque en el Derecho alemán, en el caso de doble enajenación, no hay ningún tercero que proteger, porque su inscripción no hay transferencia y no cabe hablar de buena fe ni de conocimiento de una transmisión previa que no existe. La confianza en la apariencia, propiamente es el fundamento de la protección del subadquirente germánico por el principio de fe pública; aunque no tan propiamente, también se utiliza a veces por los autores latinos para justificar la protección a su tercero; donde no encaja de ninguna manera es en el caso de la doble venta en Alemania, Suiza y Austria, porque la inscripción constitutiva relega la primera venta al campo de lo obligacional. En estos sistemas no se puede hablar de que el segundo comprador confíe en que el titular registral es dueño, sino que sabe positivamente que lo es en tanto no haya otra *Auflassung* registrada.

En el parágrafo que dedica a la Mecánica de la adquisición registral (11) *a non domino*—primera vez que en España se aborda el tema con altura—, baraja indistintamente teorías de autores franceses e italianos explicativas de esa mecánica en el tercero de la inoponibilidad con teorías germánicas que versan sobre la naturaleza de la adquisición *a non domino* por el juego del principio de fe pública registral. El parágrafo, repetimos, es el primer intento serio en nuestra doctrina hipotecaria de asomarse al extranjero; pero opino que la colocación en un mismo plano de unas y otras teorías origina confusionismos en ciertos pasajes; por ejemplo, allí donde maneja la buena fe como base de argumenta-

(11) Obra citada, párrafo 35, pág. 289.

ción y en el dedicado a la readquisición por el no legitimado (caso de la bicicleta de EWALD).

Es verdad que cabe una construcción general de la adquisición *a non domino* que comprenda las legislaciones germánicas y las latinas; pero esta construcción habría de partir primero de una neta separación de los supuestos y soluciones de cada una de ellas para no errar en el montaje de aquella construcción general.

12. VARIACIONES SOBRE EL MISMO TEMA.

Solamente como demostración de que la tesis de NÚÑEZ LAGOS ha sido un magnífico revulsivo para nuestra doctrina hipotecaria; pero no ha sido asimilada ni desarrollada, acaso por la contradicción que en sí misma lleva; vamos a referirnos brevemente a un viejo escrito de VALLET DE GOYTISOLO y a otro reciente de LA RICA.

El texto de VALLET tiene gran valor sintomático para el estudio de nuestra evolución doctrinal posterior a la guerra, y no olvidemos que nuestra doctrina hipotecaria actual vive de las rentas de lo trabajado en los años 40.

VALLET (12) se muestra disconforme con una afirmación de NÚÑEZ LAGOS que va orientada hacia la pérdida de la propiedad por el verdadero dueño, sólo y exclusivamente en el momento en que surge el evento del tercero protegido por la *fides publica*. VALLET dice que el aspecto negativo de la *fides publica* como causa de revocación del dominio civil parece resplandecer en el artículo 32 mejor que en el 34, y añade: «Pero una construcción puramente negativa basada exclusivamente en el artículo 32 no sería suficiente para la defensa del tercer adquirente. El verdadero dueño, ciertamente, no podrá oponerle sus títulos no inscritos mientras subsista la inscripción a favor de aquél; pero podría perseguir la invalidación de la misma, y esto conseguido desaparece el obstáculo que le impide hacer valer aquellos títulos.» Y más adelante añade: «Examinemos ahora el supuesto de doble venta en la hipótesis de que sólo jugase el artículo 32. El primer comprador, pri-

(12) *La buena fe.*, «Revista de Derecho Privado», diciembre 1947, páginas 931 y sigs., especialmente 945-946.

mero en la posesión, ciertamente no podría hacer valer su título no inscrito frente al segundo comprador que fué el primero en inscribir; pero el artículo 32 no impediría por sí solo, si no existiesen además los artículos 1.473 del Código y 34 de la Ley, que el primer comprador y primero en la posesión consiguiese la declaración de nulidad de la adquisición del segundo comprador que fué el primero en inscribir, demostrando que, puesto que él ya poseía en el momento de comprar el inscribiente a éste le faltó el requisito de la tradición para haber adquirido. Invalidada esta inscripción, desaparecía el obstáculo del artículo 32» (13).

Según esto, el artículo 32 no añade nada al artículo 17. Es un mero precepto formal con destinatario desconocido e inútil, pues con el 17 y el 20 el resultado es el mismo: no poderse inscribir la primera venta hasta que el Juez declarase la nulidad de la segunda venta y de su inscripción.

Acaso todo esto sea así, por mucha que sea mi obsesión contraria. Pero lo que mantengo es que no puede entenderse tan a la ligera el artículo 32 después de diagnosticada su paternidad y estudiado el desarrollo, y actual vigencia de normas similares en todos los derechos extranjeros que se mantienen fieles al principio de inoponibilidad, y concretamente el artículo 2.644 del Código italiano.

LA RICA (14) dice que, prescindiendo del efecto constitutivo especial de la inscripción, en los casos de adquisición *o non domino* eficaces por la fe pública del Registro, hay que hacer referencia a un efecto general constitutivo (en la propiedad inscrita) derivado de que la inscripción corona o cierra el ciclo de la constitución eficaz del derecho real, y en este sentido la inscripción es un factor constitutivo complementario del título y de la tradición. Este efecto general constitutivo le extrae del artículo 32, y si atendemos al ejemplo que maneja (un censo o un usufructo) parece limitar como NÚÑEZ LAGOS la eficacia de este artículo a los graváme-

(13) En nuestra doctrina jurídica encaja muchas veces como anillo al dedo el refrán: «En casa del herrero cuchillo de palo». En los autores pertenecientes al Notariado es tan frecuente menospreciar la tradición instrumental como en los tratadistas del Cuerpo de Registradores complacerse en acumular requisitos y dificultades para la protección al tercero inscrito.

(14) RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL: *Realidades y problemas en nuestro Derecho registral inmobiliario*. Discursos de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia el 12 de marzo de 1962.

nes no inscritos, aunque guardando silencio sobre la hipoteca acaso por comprender que en ella la inscripción constitutiva elimina el juego del artículo 32. Pero a continuación añade: «Y es así porque en nuestro sistema para la constitución eficiente sobre bienes inscritos, de un derecho real cualquiera, *incluso el dominio*, hay que recorrer un ciclo de tres elementos: título, tradición e inscripción. En otro pasaje distingue dentro del concepto no unitario sino «proteico» del tercero: 1.º El tercero general o civil, *penitus extraneus*. 2.º Tercero hipotecario o registral por antonomasia que precisa sin definirlo el artículo 34. 3.º Toda una colección de terceros intermediarios, y entre ellos el tercero no perjudicado por títulos de dominio o derechos reales sobre inmuebles, no inscritos ni anotados del artículo 32; tercero tan fundamental que por él se llamó Ley de Terceros a la Hipotecaria. Este tercero, como dice acertadamente NÚÑEZ LAGOS, no necesita los requisitos de onerosidad ni de buena fe ni tampoco los de inscripción derivada de otra anterior.

El problema que nos preocupa no era básico en la conferencia de LA RICA; por ello no debemos conceder excesiva importancia en las contradicciones que se observan. ¿Gravámenes o incluso dominio? ¿Se requiere o no el requisito de previa inscripción? Las palabras de LA RICA no fueron completamente concluyentes; pero en el fondo su posición es la que mantenemos en este trabajo: Pocos requisitos y amplia protección.

En este trabajo no se pretende hacer una sistematización y menos una crítica de las variadas posiciones de nuestros autores en los temas hipotecarios más o menos conexos con el concepto de tercero, de su monismo o pluralismo y de los efectos de la inscripción. Ni me lo he propuesto ni es cosa fácil, porque cada autor parte de distintas premisas y llega a diversas conclusiones. Una postura muy frecuente es la de intentar conseguir una inscripción constitutiva para el tercero. VILLARES PICÓ (15), MARIANO HERMI-

(15) VILLARES PICÓ: REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1949, páginas 289 y sigs.; 1960, págs. 145 y sigs.; 1961, págs. 910 y sigs.; *Curso de conferencias del C. E. H.*, 1951-1952, págs. 71 y sigs. Nadie ha insistido tanto como VILLARES en la distinción de los principios de publicidad o prioridad material y de fe pública. Sus trabajos son valiosa fuente de información sobre la originaria configuración del artículo 23 (hoy 32). Con razón podría decirse que mi trabajo es poco más que adornar y confirmar su tesis con mis cortas lecturas de la doctrina italiana. Pero VILLARES se adhiere precipitadamente a las frases

DA (16) y MANUEL GÓMEZ (17) pisan estos terrenos. En definitiva, es la base 52 primitiva de LUZURIAGA que como constante añoranza de los hipotecaristas, busca siempre su renacer. Pero unos parten del artículo 32 como autóctono y otros no. Todos acaban por refugiarse en el 1.473 del Código; pero unos para encontrar en él un premio de consolación y la mayoría para terminar adornando a éste con el jurisprudencial requisito de la buena fe.

Comprendo que es muy aventurado tratar de demostrar una interpretación de nuestros principios hipotecarios básicos partiendo de un apriorismo tan exagerado como el mío. Mantengo que en nuestra Ley Hipotecaria hay dos terceros principales: El latino del artículo 32 que hemos de perfilarle de acuerdo con las ideas predominantes en las legislaciones latinas, puesto que no quere-

de GÓMEZ DE LA SERNA sobre el requisito de la buena fe en el tercero de la prioridad y se conforma sin plantearse los grandes problemas que encierra, con la cómoda solución de la inscripción como modo. Tampoco creo que sea del todo verdad la afirmación de GÓMEZ DE LA SERNA de que el artículo 34 carecía de precedentes en la legislación comparada. La obra de OLIVER es suficiente para demostrarnos que los legisladores del 61 tenían ya base para entrar en los terrenos del principio de fe pública, aunque las legislaciones germánicas no le hubiesen aún consagrado en forma unánime y definitiva.

(16) MARIANO HERMIDA: REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1951, páginas 641 y sigs, y 721 y sigs. Es uno de los autores que más sustancia transmisiva dan a la inscripción; pero, en mi modesta opinión, identifica el principio de publicidad con el de fe pública, y como consecuencia entremezcla los germánicos de inscripción y presunción de exactitud. La construcción de HERMIDA, en síntesis, es la de considerar constitutivas las inscripciones amparadas en el principio de publicidad y no constitutivas las no amparadas en él. Y como sólo están amparadas por el principio de publicidad las derivadas de una inscripción previa del transferente, de título oneroso y con buena fe, toda la tesis de HERMIDA se desvía del principio de inoponibilidad latino y de inscripción germánico, al principio de fe pública, y no tiene ninguna consecuencia práctica que no consiga la doctrina dominante con su tesis de la adquisición *a non domino* del tercero protegido por el artículo 34.

Lo más elogiable del trabajo de HERMIDA es que aborda el punto crucial de la adquisición por el tercero inscrito: el juego de fuerzas en las reivindicatorias posibles, materia que cuando no se desprecia se complica con las múltiples opiniones sobre la colisión entre tradición real y tradición escrituraria y sobre el concepto de posesión a efectos de la legitimación pasiva en la reivindicatoria. El elogio no supone total conformidad con sus afirmaciones.

(17) MANUEL GÓMEZ GÓMEZ: REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, diciembre 1949, págs. 787 y sigs, y julio-agosto 1952, págs. 558 y sigs. Acaso es quien con más decisión y originalidad ha visto la conexión del artículo 32 con el principio de inscripción y la distancia que hay entre ambos y el principio de fe pública. Pero su postura es exagerada en cuanto no ve a su vez la distancia que hay entre el principio latino de inoponibilidad y la inscripción constitutiva; dos diferentes soluciones a un mismo problema. A GÓMEZ, como a mí, como a toda la doctrina española nos falta una seria confrontación de nuestro sistema con el derecho extranjero.

mos llegar al principio de inscripción; y el germánico del artículo 34, que debemos configurar en la forma que más se ajuste a nuestro derecho, de las varias en que, en las legislaciones germánicas, se nos presenta el principio de fe pública. Esto no supone, en ningún momento, servilismo ante el derecho extranjero; pero sí es afirmación tajante de que desconociendo éste, es imposible hacer ciencia hipotecaria española.

La doctrina española, tanto la de alto nivel como la de escritores modestos en contacto con la realidad jurídica y social, es de excepcional competencia; pero lleva el terrible *handicap* de creerse que el sistema hipotecario español es muy bueno cuando, en realidad, estamos todos esperando saber cómo es nuestro sistema, cosa que no podremos saber mientras no conozcamos mejor los otros.

PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en su traducción anotada del *Derecho de cosas* del *Enneccerus-Wolff*, tuvieron una buena ocasión para enfocar nuestro sistema hipotecario a la luz del germánico; pero se enfrentaron con éste sin un previo estudio comparativo con los latinos. Por otra parte, los estudios de D. JERÓNIMO ya habían dado al traste con toda interpretación latina de nuestra Ley y la distinción de los dos terceros no apuntó por ningún sitio de las notas de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER.

Al anotar el párrafo del *Enneccerus* dedicado a los principios de consentimiento material e inscripción, dicen que la comparación de sistemas en este aspecto es totalmente imposible, porque nuestro Código sigue las huellas del sistema romano de la tradición; y se preguntan: ¿Qué razón puede haber para mantener (salvo en la hipoteca) el sistema tan característico y complejo de nuestra Ley a base del concepto de tercero, cada vez más complejo e inseguro en su desarrollo técnico y en los resultados de justicia? Pero se limitan a alabar el acuerdo real abstracto en vez de insistir en la inscripción constitutiva y de traer a colación el tercero del artículo 32 desde el cual no es difícil saltar a la inscripción como modo.

Al anotar el párrafo 891 del B. G. B. (principio de legitimación o presunción *juris tantum* de veracidad del Registro) ven destellos intermitentes mal combinados y con desarrollo casuístico de este principio. «La funesta técnica del tercero hipotecario

(temperamento transaccional de desdichada invención) es una de las causas de la confusión de nuestro sistema.» Es verdad que la técnica del tercero fué un temperamento transaccional, pero entre la inscripción constitutiva y el sistema de publicidad noticia y siempre que hablemos del tercero latino.

Al anotar el 892 del B. G. B. afirman que la idea de la protección del tercero hipotecario es en el fondo correlativa a la de la fe pública del registro en Derecho alemán. El sistema de nuestra Ley—dicen—centrado en el concepto del tercero fué un arbitrio a que se recurrió por no atreverse a dar a la inscripción el carácter de un verdadero requisito para adquirir; mas al través de la completa armazón técnica del concepto de tercero, sus efectos, cuando no quiebran en las sutilezas de la interpretación y de la confusión misma en que se desenvuelven los propósitos del legislador vienen a coincidir en lo fundamental con los resultados de la fe pública atribuida al Registro alemán. Buscando el paralelismo, comienzan por citar los artículos 23 y 27; pero luego dicen que la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de completar la deficiente expresión legal con ayuda del artículo 34 y de los motivos generales de la ordenación inmobiliaria caracterizando al tercero por las notas o requisitos consabidos.

Vemos cuán cerca estuvieron PÉREZ y ALGUER de dar en la diana. Por un lado, viendo en el tercero un temperamento transaccional próximo a la inscripción como modo; de otro, viendo la similitud del tercero con el subadquirente protegido por el párrafo 892 del B. G. B. Si ellos en esta obra publicada en 1936 se hubieran aventurado a insinuar que existían dos terceros en nuestra Ley, su autoridad de técnicos en Derecho alemán acaso habría evitado el mal trato posterior dado al artículo 32 y la exégesis de éste hubiérase orientado hacia el problema del modo, de la inscripción constitutiva y del principio de inoponibilidad latino y no hacia el de la fe pública y la adquisición *a non domino*, lo que ha hecho de él un lacayo del 34.

13. EL TERCERO LATINO EN EL B. G. B.

La inscripción en el Derecho alemán no es tan constitutiva como parece.

El principio de inscripción constitutiva no es un inmueble y absoluto dogma en el Derecho alemán. NÚÑEZ LAGOS tiene mucha razón al dudar que sea la inscripción lo constitutivo en el sistema alemán. Damos por sabidos sus alegatos en este sentido; pero aun dando al término inscripción constitutiva el sentido general en que todo el mundo lo emplea, o sea el de que la inscripción es un requisito *sine qua non* de la transmisión o constitución del derecho real, queremos destacar ciertos aspectos del B. G. B que hacen pensar que el legislador en el fondo nunca consideró descabellado que el derecho real *inter partes* tenga vida desde el acuerdo, y que sólo por razones prácticas, como solución simplificadora y casi simplista hizo de la inscripción requisito esencial del derecho real a todos los efectos.

Estos aspectos que entendemos suelen ser pocas veces destacados son los siguientes:

a) El principio de inscripción sólo juega en las modificaciones jurídicas derivadas de un negocio jurídico. Quedan fuera las herencias, adjudicaciones en subasta, etc. Incluso en algunos casos de negocio jurídico tampoco actúa como en la hipoteca de cédula. Es, pues, un principio exigido con vistas a la seguridad del tráfico.

b) Las discusiones sobre la *naturaleza de la inscripción*.

Gran parte de la doctrina alemana (ENNECCERUS y WOLFF, SIEBER, BRUCK, ROSENBERG, ECCIUS, KETSCHMAR) y también von THUR entienden que el acuerdo sólo no es contrato ni negocio jurídico. El contrato se compone del acuerdo y la inscripción; el acto estatal de la inscripción se halla dentro y no fuera del contrato. Para estos autores llamar contrato al acuerdo que no es más que uno de sus elementos daría lugar a confusiones, y, según ellos, el B. G. B. al sólo acuerdo no le califica nunca de contrato ni negocio jurídico.

Otra parte de la doctrina no menos autorizada (FUCHS, STRECKER, GIERKE, DERNBURG, STAUDINGER y BENDIX) entienden que el acuerdo, en cuanto contiene las dos declaraciones de voluntad privada, esenciales en todo contrato, es ya el contrato y negocio jurídico perfecto. El acto estatal de la inscripción se halla fuera del contrato y para explicar la esencialidad de este requisito extrín-

seco se recurre a la figura de la *conditio juris*. Esto de definir el acuerdo como un contrato condicionado a la inscripción es lo que WOLFF considera más desdichado de toda esta dirección doctrinal, pues dice que la inscripción es un elemento esencial y no una condición.

En nuestra Patria, LACRUZ se adhiere a esta construcción para explicar el mecanismo de la inscripción de la hipoteca, dando por prejuzgado que, en ella, la inscripción es constitutiva en forma idéntica a como lo es, en general, en el B. G. B., lo cual previamente no demuestra. Nuestra doctrina se ha detenido poco en determinar los efectos de la inscripción hipotecaria en los sistemas de transcripción, compararla con la *Eintragung* germánica y ver hacia dónde debe orientarse nuestra inscripción en los supuestos en que la Ley parece que ha querido salirse del juego del tercero.

Pero lo que nos deja más insatisfechos es que habiéndose asomado LACRUZ a la polémica doctrinal alemana sobre la esencia y naturaleza de la inscripción en relación con el acuerdo o contrato traslativo, no se haya dado cuenta de cómo en el fondo de esta polémica está la posibilidad o no de separar los efectos *inter partes* y *erga omnes* de la modificación jurídica real, polarizando los primeros en el contrato y los segundos en la inscripción, problema que tiene una larga historia, pues no fué otro el de la teoría del título y el modo ni el que dió pie a la discutida figura del *Jus ad rem*. Dándonos cuenta de esto, es como hemos llegado a identificar la protección registral del tercero latino con la solución germánica de la inscripción constitutiva y a separar el artículo 32 del principio de fe pública y su germánica infraestructura.

c) Pero el aspecto más interesante del sistema alemán en orden a su aproximación a los sistemas latinos es el relacionado con la discutida figura del acuerdo formal vinculante. En efecto, hay un pasaje en el cual el B. G. B. casi ha llegado a decir que el derecho real ya está perfecto y transmitido por el simple acuerdo, aun antes de la inscripción. Esto es algo que suelen silenciar nuestros autores. El pasaje es el párrafo 2.º del parágrafo 873, muy discutido por los alemanes.

Nos es muy familiar el primer párrafo del artículo 873 del B. G. B.: «Para la transmisión de la propiedad de una finca, para

el gravamen de una finca con un derecho y para la transmisión o el gravamen de un derecho sobre finca, es necesario *el acuerdo* del titular y de la otra parte sobre la modificación del derecho *y la inscripción* de éste en el Registro, en tanto la Ley no prescriba otra cosa.» Según este primer párrafo, acuerdo e inscripción son necesarios y suficientes para la transferencia.

El párrafo 2.º del mismo artículo dice: «Antes de la inscripción, están vinculadas las partes por el acuerdo solamente (*sind... an die Einigung nur gebunden, wenn...*), cuando las declaraciones se han otorgado judicial o notarialmente o se han emitido ante el Registro o si el titular ha entregado a la otra parte una autorización de inscripción (*Eintragungsbeweiligung*) conforme a los preceptos de la Ordenanza del Registro.

Veamos las principales posiciones sobre el significado de la expresión: *sind... nur gebunden* (están sólo vinculados):

a) ENDEMAN, FUCH y OBERNECK afirman que significa estar obligados solamente. No se ha salido de la fase de derecho personal, a pesar del contrato causal y del *Einigung*. Este reforzaría la obligación personal causal con una obligación personal abstracta de transmitir. Posiblemente esto sería una inútil complicación, y por ello acaso no fuera esto sólo lo querido por el legislador. De todas maneras, estos autores derivan del acuerdo con forma pública (notarial o judicial) la posibilidad de una demanda dirigida o obtener un consentimiento de inscripción.

b) ENNECCERUS-WOLFF, y la que éste califica de opinión dominante, dicen que este estar vinculado quiere decir no poder revocar unilateralmente. La revocación unilateral sería no sólo ilícita sino no eficaz; pero el acuerdo vinculante puede ser suprimido mediante un nuevo contrato en tanto no haya inscripción. Estar vinculado no significa estar obligado; pero tampoco tener limitado el derecho de disposición. El acuerdo formal vincula al enajenante y le imposibilita su revocación, pero no le despoja del carácter de dueño y podrá transmitir a un tercero. Entendido así el precepto tiene ENNECCERUS que confesar que no tiene gran importancia práctica, salvo en el caso de que se llegue a practicar la inscripción, no obstante haberse revocado el acuerdo y el caso especial de limitarse el derecho de disposición del titular (concurso, subasta judicial, etc.).

c) Una tercera posición es la mantenida por KOFFKA y SIMON. Para éstos estar vinculados significa tener limitado el derecho de disposición. El segundo acuerdo que contradiga el primero contiene una revocación de éste, y, por tanto, será ineficaz y prohibido, o sea que estar vinculado quiere decir no poder disponer a favor de otro. Frente a ellos, ENNECCERUS-WOLFF dicen que ninguna prueba alegan los mantenedores de esta posición; que la revocación ineficaz es la normal dirigida a la parte con la que se realizó el primer acuerdo y que si el propietario celebra hoy un acuerdo vinculante con A y mañana otro con B, aunque éste conozca el primer acuerdo, si B queda inscrito como adquirente no tiene que ceder ante A.

Acaso sea verdad que esta tercera posición carezca de pruebas y de éxito en Alemania; pero debemos tener en cuenta que KOFFKA y SIMON son monografistas sobre el particular y que su tesis es la que parece más lógica ante el texto del B. G. B. imparcialmente interpretado. Si el segundo párrafo es una excepción al primero en gracia al carácter formal del solo acuerdo, la excepción parece que deba entenderse en el sentido de que aun sin inscripción el derecho está transmitido ya, si bien sólo *inter partes*, por el mero acuerdo.

En definitiva, el problema en la práctica no es tan grande como teóricamente parece. Porque el juego de la *Vormerkung* siempre permite garantizarse al primer comprador con venta, y *Einigung*, formal frente a la inscripción anterior de un segundo comprador, siempre que la anotación preventiva llegue al Registro antes de la inscripción de éste. Como tiene derecho a anotación preventiva todo el que tenga una pretensión actual dirigida a una modificación jurídica real, la discusión entre ENNDEMANN y ENNECCERUS se reduce a si el acuerdo sólo, cuando falta el *Causalgeschäft*, da pie a una demanda anotable.

Sería aventurada toda opinión nuestra en esta discusión surgida en Alemania en torno a los efectos vinculantes del acuerdo, antes de la inscripción, cuando ese acuerdo reviste forma pública notarial o judicial. Más todavía, intentar un estudio comparativo del supuesto de la doble venta con transcripción anterior de la segunda en los sistemas latinos con el supuesto de doble venta

notarial con doble *Einigung* cuando se produce la inscripción de la segunda.

Pero hemos querido dejar sembrada la inquietud de que cuando se profundiza en los opuestos sistemas, las cosas no son tan diferentes como parecen, porque en todas partes los intereses en juego son similares y la mecánica de la protección de la seguridad del tráfico a través del Registro descansa, en definitiva, sobre la base de una serie de ideas elaboradas a lo largo de la historia de la publicidad de los derechos reales inmobiliarios.

Veamos un pasaje de ENNECCERUS-WOLFF (17 bis): Si X vende la finca a A, haciendo inscribir una anotación preventiva a su favor, podrá, sin embargo, procurar la propiedad a B, mediante consentimiento de transmisión e inscripción. Con ello, B se convierte en propietario frente a todo el mundo, menos frente a A. En relación a éste, X sigue siendo propietario, y, por tanto, está facultado para transmitir su propiedad a A. Pero si luego resulta que la venta a A era nula o que la pretensión de A se extingue después (por ejemplo, por contrato de remisión) o A asiente a la transmisión a favor de B, esta disposición tiene o tendrá eficacia absoluta. ¿No nos recuerda todo esto el párrafo de nuestra Exposición de motivos dedicado a explicar cuando de hecho se considerará traspasado el dominio con relación al vendedor y con relación al tercero inscrito? ¿No termina con ello el Derecho alemán por caer en construcciones muy similares a la del dominio relativo de quien tiene título no transcrito de las doctrinas latinas?

14. EL TERCERO GERMÁNICO EN LAS LEGISLACIONES LATINAS.

Si el tercero latino le vemos apuntar tímidamente, y, a pesar de la resistencia de los tratadistas alemanes, a través de la fuerza vinculante del *Einigung* formal y de la *Vormerkung* de la pretensión personal derivada de la compra en documento público; también vemos cómo en los sistemas latinos, por caminos algo di-

(17 bis) *Derecho de cosas*. Enneccerus-Wolff Barcelona, 1936, vol. I, página 274. Véase en 270, cómo sólo es anotable la pretensión del comprador con título formal, conforme al parágrafo 313, porque sin forma judicial o notarial no existe pretensión, y en págs. 207 a 210 el *Einigung* formal vinculante.

ferentes de la presunción de exactitud registral, aparece el tercero subadquirente germánico que tan azarosa vida llevó en nuestro vacilante artículo 34, hasta su apoteosis en la reforma 1944-46.

Leamos a GENTILE, cuando comienza su comentario al artículo 2.652 del Código Civil italiano:

«Ya vimos cómo la transcripción de un acto deja imprejuizada la cuestión acerca de su invalidez o ineficacia derivada de vicios *intrínsecos* (18). Es, por tanto, natural que sea muy probable un contraste entre la «apariencia *juris*»—que resulta del Registro—y la realidad jurídica que desconoce la validez de la modificación registrada, contraste que provocaría a la larga una notable y grave divergencia entre la resultancia de la publicidad y la efectiva modificación jurídica. A reducir tal divergencia y a tender un puente entre el principio de publicidad que reclama imperiosamente la *certeza*, y el principio *resoluto jure dantis resolvitur et jus accipientis*, provee el artículo 2.652, que sujeta a transcripción—disciplinando a la vez sus efectos—una serie de demandas judiciales tendentes a impugnar la validez o la eficacia de aquellas adquisiciones sujetas a transcripción».

No queremos cansar con la exposición y comentario de este precepto, a pesar de su gran interés. Unicamente vamos a enumerar las demandas transcribibles, relacionando en cada una de ellas cómo queda calificado el tercero, que va a quedar perjudicado por la transcripción de la demanda e indemne si la transcripción de su acto de adquisición es anterior a aquélla, con o sin intervención, además, de un plazo de tiempo.

1. Demandas de resolución de contratos y otras determinadas. La sentencia no perjudicará a los derechos adquiridos por tercero en base a un acto transcrito o inscrito anteriormente a la transcripción de la demanda. No se habla de buena fe ni de título oneroso.

2. Demandas dirigidas a obtener la ejecución en forma específica de la obligación de contratar. También es protegida toda

(18) Observemos la naturalidad con que se distinguen los vicios intrínsecos—cuya invalidez o ineficacia no es afectada por la transcripción del acto—de los vicios extrínsecos derivados de la anterior enajenación no transcrita, cuya supuesta ineficacia queda precisamente sanada por el principio de inoponibilidad de dicha enajenación anterior. GENTILE: *La trascrizione immobiliare*, Nápoles, 1959, págs. 455 y sigs.

transcripción o inscripción verificada contra el contratante. Este giro de transcripción *eseguite contro...* lo entendemos mejor nosotros, diciendo: «Inscripción derivada o apoyada en la de...»

3. Demandas dirigidas a obtener el reconocimiento judicial de firma en escritura privada de acto sujeto a transcripción o inscripción. La transcripción o inscripción del acto contenido en la escritura produce efecto desde la fecha de la transcripción de la demanda. No ha lugar a referirse al tercero, porque aquí juegan las normas de la transcripción o inscripción de un acto con rango adquirido por la transcripción de la demanda.

4. Demanda declarativa de la simulación. El protegido es aquí el tercero de buena fe (*terzi di buona fede*).

5. Demanda de acción pauliana. El protegido es sólo el tercero de buena fe y a título oneroso (a título oneroso *dai terzi de buona fede*).

6. Las demandas de nulidad y anulabilidad. Este es el caso más complicadamente regulado. Se separa con distinto régimen las de anulabilidad por causa de incapacidad y las de nulidad por un lado y las de anulabilidad por causas distintas por otro. Juega en ellas el transcurso de un término de cinco años y en unos casos el protegido es el tercero de buena fe por cualquier título y en otros el tercero de buena fe a título oneroso.

7. La demanda de *hereditatis petitio*. Juega el plazo de cinco años y el tercero protegido es el tercero de buena fe por cualquier título.

8. La demanda de reducción de donaciones y de inoficiosidad legitimaria. Juega el plazo de diez años. Pero basta el título oneroso sin mencionarse la buena fe.

Ante este precepto del Código italiano, cabe decir que estas matizaciones y este casuismo tienen muy poco que ver con la sencillez del principio de fe pública registral y con nuestro artículo 34 y concordantes. Habrá quien piense que no se comprende tanta variedad en la determinación de los requisitos del tercero en cada caso, y hasta dirá alguien, acostumbrado al simplismo del sistema alemán, que no ha podido ser intención del legislador tanta variedad. Para comprender ésta del todo, es imprescindible el cono-

cimiento total del Código italiano y el hacer el estudio comparativo de las normas generales de la resolución, rescisión, nulidad, anulación, etc., etc., con las consecuencias especiales producidas por la interferencia de la transcripción del acto y de la demanda, en base al 2.652 y sus concordantes.

Este estudio posiblemente no fuese inútil en nuestra doctrina para entender la historia de nuestros artículos 34, 28, 37, etc., y hasta para apreciar si la adhesión incondicional de nuestra reforma de 1944-1946 al sistema alemán no fué, en cierto modo y en algún punto concreto, excesiva o precipitada (19).

15. EL TERCERO LATINO HOY DÍA.

I. El *sistema francés* es bastante conocido por nuestros autores. Sus líneas básicas están suficientemente expuestas en los tratados generales. En los trabajos de NÚÑEZ LAGOS hay incluso referencias de detalle doctrinal sobre el trato al tercero amparado por el principio de inoponibilidad del acto no transcrito. Lo único que ocurre es que muy pocas veces se aprecia la energía y automatismo con que se produce este principio y la fuerte protección que para el tercero representa.

El poco interés que últimamente despierta el principio latino de la inoponibilidad se explica por una razón análoga al poco cariño con que nuestra doctrina contempla el artículo 1.473 de nuestro Código. Se piensa que es un menguado sistema hipotecario aquel que se centra totalmente en el supuesto de la doble venta

(19) Sé que esto puede producir indignación. Pero lo cierto es que hay una Orden del Ministerio de Justicia de 18 de diciembre de 1962, donde, tal como yo la he entendido—posiblemente mal—, apunta una peligrosa vía de agua para el artículo 34, y, por tanto, una reserva encubierta frente a este precepto reformado. En esta Orden se maneja con habilidad la doctrina de los efectos *erga omnes* del proceso penal; se argumenta que la protección registral no puede recaer sobre una finca que fué creación meramente ideal de un procesado; parece que en el fondo se trataba de un problema de doble inmatriculación; pero, ¿no será que tenían razón las antiguas suspicacias en materia de título falso que dieron origen al sistema de notificaciones? Acaso este sistema fuese imposible por perturbador; pero también puede ser que el 34 actual, en determinados supuestos concretos, no encaje en nuestra concepción de lo justo y de ahí viniesen los esfuerzos de la referida Orden que tenía que dar por visto dicho artículo; pero también abrir paso a la acaso justa resolución judicial penal.

—estadísticamente tan raro y perteneciente al campo de lo ilícito penal—. En primer lugar no se trata de la doble venta sólo, sino de la doble enajenación, y en segundo lugar no hay que perder de vista que es a través del caso límite y crítico de la doble venta (por raro que sea), desde donde hay que contemplar el fenómeno traslativo en sus matices más delicados. El supuesto de la doble enajenación viene a colocarnos la transmisión dominical en la platina del microscopio. Por eso, el artículo 1.473 de nuestro Código es el único al que hay que atenerse para determinar exactamente el momento de la transmisión cuando esa exactitud interesa por ponerse en contradicción los intereses de las partes con las de un tercero concreto. El 1.473 no contempla el caso excepcional y raro, sino precisamente el caso clínico en el que el legislador tenía que matizar más, y por eso es el más interesante. Ello no quita para que se equivocase y no acertase a aplicar a la compraventa las líneas puras del sistema latino de inoponibilidad. Al atribuir *ex lege* la propiedad al primer inscribiente y no una mera defensa renunciante, se aparta del principio de inoponibilidad y se acerca a la inscripción constitutiva, la cual va contra el estilo del resto del edificio construido por el Código Civil y la Ley Hipotecaria.

El reciente trabajo de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS sobre el sistema registral francés nos evita toda referencia al mismo. Este trabajo tiene un interés extraordinario para acabar con los tópicos despreciativos del principio de inoponibilidad. En un pasaje dice que el Registro francés resulta un tanto pobre al faltar el principio de exactitud registral, pero, a veces, *sorprendentemente*, tiene una eficacia substantiva más radical que el español. La sorpresa de PEÑA es explicable, porque, en verdad, nunca nadie nos había medido la poca distancia que hay del artículo 30 del Decreto de 4 de enero de 1955 (que no es más que el artículo 91 del Proyecto del Consejero de Estado Treillard de hace más de ciento sesenta años) al parágrafo 873 del B. G. B. En otro pasaje PEÑA insiste en la importancia de la eficacia substantiva del Registro francés, en ciertos supuestos, superior a la del español (20).

(20) MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *El sistema registral francés*, REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, noviembre-diciembre 1963, págs. 721 y siguientes, especialmente págs. 768 a 775.

II. Sobre el principio de inoponibilidad en el *sistema italiano*, posiblemente tengan pronto los lectores de esta Revista una información general y suficiente para comprender que, también en él, está su tercero automáticamente protegido por la inscripción en forma mucho más clara y enérgica que la que nuestra doctrina pretende para su colega de España. Ligeras lecturas de algunos comentaristas del Código Civil italiano son las que me han hecho concebir la idea de que algo marcha mal en nuestra concepción del tercero, incluso en la de aquellos que han visto la importancia del artículo 32 y han distinguido su beneficiario del protegido por el artículo 34.

El artículo 2.644 del Código Civil italiano dice aproximadamente: «Los actos transcribibles no tienen efecto respecto a los terceros que por cualquier título han adquirido derechos sobre inmuebles, en base a un acto transcrito o inscrito con anterioridad a la transcripción de aquellos actos.

Verificada la transcripción, no puede tener efecto contra el que ha transcrito ninguna transcripción o inscripción de los derechos adquiridos de su causante, aunque la adquisición tenga fecha anterior».

Es ésta otra reciente norma consagradora del tradicional principio latino de que lo no inscrito no perjudica a tercero inscrito.

Claramente se ve que este precepto dice con otras palabras lo mismo que nuestro artículo 32 de la Ley y 606 de nuestro Código. El texto de estos artículos es más conciso que el del italiano, porque partían de un indiscutido valor entendido. Todos sabían lo que querían decir. El legislador italiano parte del mismo valor entendido; pero su texto, aunque más barroco, es más preciso y completo. Además, tiene que contemplar más directamente la posibilidad de que las dos transmisiones contradictorias se inscriban por la reciente y poco firme instauración del principio de continuidad de la transcripción.

Pero es seguro que si los legisladores de 1.861 tuvieran que redactar ahora el artículo 23 de su Ley, a la vista de los confusionismos germanistas surgidos en torno suyo, lo harían en forma más precisa al ver que aquel valor entendido ya no lo era.

Si los italianos dejasen su artículo 2.644 en manos de nuestra doctrina, en pocos años ésta dejaría inservible su Registro; porque

la verdad es que el texto literal da pie para entender que la primera venta no inscrita *tiene efecto* contra la segunda inscrita, porque el segundo comprador *no ha adquirido*. Poco tardaría nuestra doctrina en demostrar que el artículo 2.644 está pensando en el tercero subadquirente con sus cuatro requisitos. Tal demostración sería un juego de niños para una doctrina que ha conseguido eliminar de la Ley Hipotecaria precepto tan claro como el artículo 38, causa tercera de la Ley de 1861, y dejar sin sentido y utilidad el artículo 32.

Veamos la forma en que la doctrina italiana entiende unánimemente el artículo 2.644 sin perjuicio de discutir luego la explicación dogmática de la norma en ese artículo contenida.

NATOLI dice (21) que el principio contenido en el artículo 2.644 puede expresarse esquemáticamente así: En el caso de que de un mismo causante varios adquirentes deriven un mismo derecho (o derechos entre si incompatibles, total o relativamente), prevalece la adquisición de aquel que, cualquiera que sea el momento de su adquisición, haya efectuado primero la transcripción del propio título. El primer apartado del artículo acentúa el lado negativo del principio: sanciona la ineficacia del acto inscribible frente a tercero que por cualquier título haya adquirido derechos sobre el inmueble en base a acto transcrito o inscrito con anterioridad a la transcripción de aquel acto. Este aspecto negativo o de inoponibilidad a los terceros del acto no transcrito oportunamente limita el concepto de tercero, entendiendo por terceros solamente aquellos que han efectuado la transcripción de su título de adquisición contradictorio con anterioridad. El segundo párrafo se fija en el aspecto positivo de la transcripción oportuna, excluyendo que, verificada oportunamente, pueda tener ningún efecto contra el que ha transcrito, la eventual transcripción o inscripción de los derechos adquiridos del mismo causante, aunque la correspondiente adquisición se remonte a fecha anterior. La transcripción posterior resulta, pues, inútil, por lo menos en principio, ya que puede llegar a adquirir plena función si la primera resulta removida por la nu-

(21) NATOLI (-FERRUCCI): *Della tutela dei diritti*. Trascrizione. UTET, Torino, 1959, págs. 6 a 20, 82 y sigs., y 91 y sigs, principalmente.

Para la tesis procesalista de la protección al tercero véase FERRI: *Comentarios al Código Civil de Scialoja-Branca*, libro 6.º *Tutela dei diritti*, Bolonia-Roma, 1955, págs. 143 y sigs, 156 y sigs, y 42 y sigs, especialmente.

lidad o anulación del negocio a que se refiere, o bien, según la jurisprudencia, a los fines de la usacapión abreviada del artículo 1.159 si se dan sus otros presupuestos (22).

Las disputas doctrinales sobre la construcción dogmática del artículo 2.644 son interminables y acaso sea esta materia una de las más apropiadas para convencerse del ingenio y finura que derrochan los juristas italianos. Pero no debemos perder de vista dos cosas: 1.^a Que las múltiples posiciones y tesis están tratando todas de dar una explicación lógico-jurídica a la norma, con la sana intención de resolver las dudas que ésta puede plantear y nunca pretenden polemizar con las contrarias por el mero gusto de hacerlo, y 2.^a Que la discusión no afecta para nada a la clara interpretación unánime de lo fundamental del artículo 2.644: Que el segundo adquirente, por cualquier título que transcribe antes que el primero, puede accionar y excepcionar frente a éste por vía de reivindicatoria, aunque conociese la primera enajenación.

Disponiendo de poco espacio para la demostración de esto segundo, creemos lo mejor traducir un pasaje en que GENTILE se opone a FERRI, porque acaso sean éstas las dos posiciones más distanciadas.

«Aunque sucumbiendo ante el Juez Segundo (el primer adquirente que no ha transcrito), permanece propietario por el derecho sustantivo—dice FERRI—, y, por tanto, es el verdadero propietario». El Juez debe, no obstante, ignorar la verdad substancial para juzgar sobre la base de una verdad formal o legal. Pero la verdad es que no solamente el Juez comete esta crueldad, sino todos los ciudadanos, las autoridades administrativas, el Fisco. Después de verificada la transcripción a favor de Tercero, no se encontrará ningún individuo sensato que esté dispuesto a invertir una lira sobre la verdadera propiedad de SECUNDUS. Y éste sería el primero en indignarse si, por ejemplo, el Fisco pretendiese considerarlo como el verdadero propietario y actuase en consecuencia (23).

Es verdad que, como dice GENTILE, la sistematización teórica del artículo 2.644 constituye todavía una cábala para la doctrina

(22) Esta transcripción posterior resulta en nuestro Derecho no inútil, sino imposible, conforme a lo dispuesto en el artículo 17.

(23) GENTILE: *La trascrizione immobiliare*, 1959, págs. 70-71

y que en torno al mismo «los mejores juristas desesperadamente aferrados a lo dispuesto en el 1.376 (que establece el principio de transmisión de la propiedad por efecto del consentimiento legítimamente manifestado) dan un singular espectáculo de contorsionismo». Pero la doctrina española no debe equivocarse al estudiar las polémicas de los italianos en torno a su artículo 2.644, porque lo que no hace ningún autor es saltarse el precepto con interpretaciones que le anulen.

III. El *Sistema hipotecario portugués* también está encuadrado dentro de los latinos en el punto concreto del principio de publicidad o inoponibilidad. Desde el Código Civil de 1867 y Ley Hipotecaria de 1863 hasta el Decreto-Ley de 8 de octubre de 1959 (Código de Registro Predial), inclusive, el sistema portugués se coloca en armonía con la doctrina clásica imperante en los sistemas latinos al funcionar, como dice el Preámbulo de dicho Decreto-Ley, como «mera condição de eficacia do acto relativamente a terceiros» (24).

El principio de inoponibilidad se encuentra en el artículo 36 de la Ley Hipotecaria de 1863, que traducido libremente por DE LA FUENTE JUNCO dice: «Aquel que no tuviere registrado su derecho sobre un predio no puede ejercerlo frente a otro que lo tuviere inscrito, aunque el de éste sea posterior. La formalidad de la inscripción es necesaria para oponer a terceros los derechos inscribibles y hasta para hacerlos valer en juicio...» El Código Civil de 1867 recoge los preceptos de la Ley Hipotecaria; pero según DE LA FUENTE, la inscripción no es indispensable para que los actos registrales se puedan oponer en juicio entre las partes, sus herederos o representantes.

(24) ANGEL DE LA FUENTE JUNCO: *El Registro de la Propiedad en Portugal* (en publicación), REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, noviembre-diciembre 1964, págs. 697 y sigs. Aunque la primera parte del trabajo de LA FUENTE concede preferencia a los aspectos adjetivos del sistema portugués, hay en él suficientes datos para deducir cómo este Derecho es un argumento más en favor de la restauración del sistema puro de inoponibilidad establecido por el artículo 32 de nuestra Ley, como mínimo imprescindible, ya que no llegamos ni España ni Portugal a adoptar el principio de inscripción. Como dice LÓPEZ CARDOSO: «O princípio da inscrição nao e do modelo germânico».

16. LA JURISPRUDENCIA SOBRE LOS TERCEROS.

La posición de la jurisprudencia española en lo relativo a la dualidad de terceros, a la configuración y requisitos del tercero del artículo 32 y a la posterior conmixción de ambos terceros sería por sí sola materia para un trabajo que requiere gran paciencia; pero que será imprescindible hacer, porque en esta cuestión, como en otras muchas, tiene más interés el análisis de los intereses en juego a través de los casos reales que las artísticas síntesis doctrinales forzosamente construidas en torno a pomposos principios.

Son suficientes pruebas de que los Tribunales, en los primeros años de nuestra Ley Hipotecaria, recibirían sin reservas el régimen introducido por ésta en su artículo 23, los informes que el Tribunal Supremo y las Audiencias emitieron sobre el Anteproyecto del Magistrado LUZURIAGA, de 1848, en cumplimiento de la Real Orden de 25 de septiembre.

Fué mucho más tarde, al no tener el sistema registral una implantación general, cuando los Tribunales fueron vacilando, no porque tuviesen, como siempre se dice, la constante obsesión del Derecho romano de Partidas, sino porque es verdad que el artículo 32, rectamente interpretado, conduce a consecuencias injustas tan pronto como la doctrina y el uso hacen que el pueblo no llegue a recibir y asimilar el verdadero sentido del precepto. El fenómeno evolutivo es sencillo: En tanto el artículo 32 se aplica pura y simplemente, el ciudadano le toma en serio y se percata de los importantes efectos de la inscripción; la inscripción entonces se desarrolla y generaliza y la aplicación del precepto es pacífica como la de una norma justa y razonable; pero si se olvida el precepto y la desinscripción cunde, el 32 puro se hace en ocasiones injusto (Teoría del burladero) y los Tribunales han de esforzarse por dulcificarle, buscándole paños calientes. La jurisprudencia sobre el requisito añadido de la buena fe y la posterior identificación de ambos terceros son esos paños calientes que, a través de un continuo círculo vicioso, terminan por privar a la inscripción de sus más inmediatos efectos, iniciando su paulatino desprestigio.

De este círculo vicioso sólo caben dos salidas: la anarquía inmobiliaria, río revuelto donde pescan los más avisados, o la ins-

cripción obligatoria que siempre es para el ciudadano algo de Registro-policía. El legislador de 1861, huyendo de ambas cosas, meditó la solución matizadamente jurídica del artículo 23, y mi creencia—puede que inocente, pero puede que no—es que si se encuentran términos apropiados para retornar al originario sentido de ese artículo, que continúa en la Ley Hipotecaria vigente y además en los artículos 606 y 1.537 del Código Civil, se saldría de la anarquía inmobiliaria sin necesidad de inscripción obligatoria ni constitutiva, que, a mi entender, son soluciones más toscas y menos elegantes que la de nuestra Ley Hipotecaria.

Los Tribunales no ofrecerían resistencia para la admisión de una doctrina tan general por el mundo y tan concorde con muchísimas sentencias del Tribunal Supremo no sólo del siglo pasado, sino del actual, porque no creo arriesgarme mucho al adelantar aquí que, posiblemente, el confusionismo y conmixtión del tercero latino y el germánico en la jurisprudencia, si es que existen, son muy leves y fácilmente rectificables, aunque otra cosa nos haya hecho creer la doctrina dominante.

Lo que no cabe exigir a los Tribunales es que vuelvan a su primitiva jurisprudencia contra viento y marea, mientras al público no se le diga claramente lo que quiere decir el artículo 32, por una doctrina que diferencie este precepto del artículo 34 y mientras los mismos jueces encuentren en sus libros repartidas a voleo las sentencias-precedentes al pie de uno y otro precepto.

17. EL REQUISITO DE LA BUENA FE EN ESPECIAL.

Toda la argumentación de ROCA SASTRE descansa en la afirmación de que «si bien el artículo 23 se redactó con arreglo a los moldes legislativos de los llamados sistemas de transcripción, es de destacar que fué pensado bajo el clima de la buena fe concurrente en el tercer adquirente protegido».

Deduca ROCA tal clima de conocidas frases de la Exposición de Motivos (25), y de otra también muy citada de GÓMEZ DE LA SERNA

(25) Precisamente el párrafo en que ROCA se apoya es uno de los menos acertados de la Exposición de Motivos. La frase que ROCA cita está contenida en un apartado en que la Comisión dice cómo entiende la publicidad de las

sobre la razón de la prevalencia del segundo comprador que inscribe su título. Y atribuye mucha importancia a estas frases, a pesar de no haber pasado a la Ley, porque, según él, respondían al criterio de signo positivo de la protección de la confianza en el contenido del Registro y constituían el germen y origen de los requisitos de buena fe, previa inscripción del transferente y en cierta manera del de onerosidad, básicos para el tercero protegido por el artículo 34 y concordantes.

Más cierto es que no existió tal clima ni hay que dar esa importancia a tales frases. Parece más razonable el entender, como hace NÚÑEZ LAGOS, que la influencia francesa y belga fué tan clara, intensa y consciente, que la norma legal, disponiendo que los títulos que no estén inscritos no podrán perjudicar a tercero, era

hipotecas: «Consiste ésta en que desaparezcan las hipotecas ocultas, en que no pueda perjudicar al contrayente de buena fe ninguna carga que gravite sobre la propiedad, si no se halla inscrita en el Registro; en que quien tenga derechos que haya descuidado inscribir no perjudique por una falta, que a él sólo es imputable al que, sin haberla cometido, ni podido conocer, adquiriera la finca gravada o la reciba como hipoteca en garantía de lo que se le debe...»

Hay otro párrafo más apropiado para justificar que la buena fe rondaba por el pensamiento del legislador precisamente en relación con el tercero de la inoponibilidad. Es aquel en que la Comisión expone con franqueza el gran cambio que el proyecto introduce. En él, después de la referencia a la teoría del título y del modo, afirma que si bien no corresponde a la Comisión apreciar el principio de transmisión por el mero consentimiento adoptado por el Code, cuando se limita a los mismos contrayentes si cae bajo su dominio el desecharlo cuando se trata del interés de terceros porque produce la injusticia de oponer al que legítimamente adquiere un derecho, contratos y actos de que no ha podido tener conocimiento.

Pero si continuamos leyendo es fácil darse cuenta de que esta frase no tiene más valor que todas aquellas que la doctrina latina emplea para justificar el principio de publicidad con el desconocimiento general y presunto del acto no transcrito, sin que esta justificación última sea obstáculo para que luego las Leyes establezcan una presunción *juris et de jure* de desconocimiento de lo no transcrito. En efecto, el siguiente apartado de la Exposición de Motivos continúa diciendo que según el sistema de la Comisión resultará *de hecho* que el dominio, en tanto se considerará traspasado en cuanto conste su inscripción en el Registro; y así si una venta no se inscribe, el comprador, aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor; pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción. Y cuando más adelante, en el epígrafe especialmente dedicado a los efectos de la inscripción, explica la innovación que el principio general de que los títulos no inscritos no perjudican a tercero introduce en el caso de la doble venta, hace referencia al proyecto de Código, según el cual cuando el propietario enajena unos mismos inmuebles a varias personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título. Este apartado demuestra que el 1.473 no es una regla especial, sino una aplicación concreta del artículo 23 de la Ley Hipotecaria, que también la contuvo (38, 3.ª) hasta 1944.

suficiente valor entendido para que este tercero de que se habla fuese el tercero protegido simplemente por haber inscrito su título (válido) proveniente del mismo causante del título anterior no inscrito. Y que sólo el fraude enervaba esa protección.

Las frases de la Exposición de Motivos y de GÓMEZ DE LA SERNA no deben impresionarnos, porque otras muy semejantes se encuentran prodigadas en los tratadistas franceses e italianos cuando tratan de encontrar el fundamento y justificación de la prevalencia del primer transcribiente, sin que esas frases enturbien lo más mínimo las afirmaciones expresas, claras e indiscutidas de que el tercero latino no requiere la buena fe en el sentido de desconocimiento de la anterior transmisión.

Muchos autores se ocupan precisamente de explicar esta aparente anomalía de que la última justificación de esa prevalencia esté en la necesidad de proteger la confianza en la apariencia y luego se proteja a quien no se preocupó de averiguar el contenido del Registro, e *incluso a quien conocía la inexactitud del mismo*. Una cosa es la explicación filosófica de la protección registral en su aspecto fundamental y otra distinta la aplicación concreta de la protección misma, aplicación en la que juegan otros factores secundarios; pero no menos determinantes de la norma legal en definitiva adoptada. Empleando un simil explicativo, y salvando las distancias, podemos recordar cómo a pesar de ser la procreación el fin primario del matrimonio, este fin, aunque normal, no afecta a la esencia jurídica del vínculo, que se mantiene, incluso, en ciertos casos en que ni siquiera cabe hablar de los otros fines secundarios.

Por ello, cuando se trata de fundamentar los efectos protectores de la inscripción en el caso de la doble enajenación, en todos los sistemas cabe hacer referencia a la confianza en la apariencia, a la buena fe en las transacciones, etc.; pero en ningún sistema es la buena fe requisito de la protección; en los germánicos por el juego de la inscripción constitutiva y en los latinos, porque hay una constante opinión general de que el único dolo excluyente de la protección es el fraudulento. ¿Por qué una tercera postura en nuestro sistema?

Parte de la doctrina italiana, para la unificación lógica de la protección del tercero en las transferencias de inmuebles (y mue-

bles registrados) y en las de muebles, dice que en ambas es precisa la buena fe; pero en los primeros se trata de una buena fe oficial y en los segundos una buena fe efectiva. Otros reconocen que este concepto de la buena fe oficial no es más que una piadosa ficción que recubre el eventual conocimiento, por el segundo interesado que transcribe, de un título precedente no transcrito. La sentencia de 4 de junio de 1927 expresa este concepto de la buena fe oficial con la fórmula de que los terceros con presunción *juris et de jure* son reputados privados del conocimiento de la adquisición en tanto no sea transcrita y el conocimiento de hecho no suple al legal.

Por ello, para evitar esa piadosa ficción, encuentran más exacto decir que la perentoria fórmula del 2.644 prescinde del conocimiento efectivo que del acto no transcrito tenga el tercero, o sea, que el tercero de este artículo no requiere buena fe. La razón práctica de eliminar la dificultad y la perplejidad de la prueba de una eventual mala fe, con vistas a la seguridad especial de los derechos reales inmobiliarios y el crédito territorial, explica la diferencia respecto del derecho mobiliario y la perentoria solución del artículo 2.644.

Si volvemos a la conferencia de ROCA SASTRE, pensando en este punto concreto de la buena fe, observaremos lo siguiente:

1. Admite que la fórmula del artículo 23 venía a coincidir en su formulación legal con las leyes registrales del sistema de transcripción: Ley francesa de 1855 y Código italiano (artículo 2.644 del vigente). El mismo Ministro de Justicia afirmó que en el artículo 23 se condensaba la Ley Hipotecaria.

2. El artículo 23, aunque se redactó con arreglo a los moldes legislativos de los sistemas de transcripción, fué pensado bajo el clima de la buena fe del tercero. La única demostración de esto ya hemos visto que son solamente *algunas* frases de la Exposición de Motivos y de GÓMEZ DE LA SERNA.

3. Contempla nuestro artículo 32 de la Ley y 1.473 del Código a través de las polémicas de los civilistas italianos sobre la construcción dogmática del fenómeno de la protección del tercero del 2.644 italiano. Y en esta polémica se inclina por la posición de GENTILE—poco original, porque está inspirada en la segunda de

CARNELUTTI—. Considera muy conveniente desentrañar la verdadera construcción dogmática del fenómeno, con lo que viene a reconocer que no son inútiles bizantinismos las discusiones de los tratadistas italianos; pero es muy posible que tenga escaso valor la elección entre las varias soluciones de éstos, entendiendo el artículo 32 como él le entiende y empleando la polémica precisamente para determinar el momento en que debe concurrir el requisito de la buena fe del comprador. Como el 2.644 italiano, no requiere buena fe en el tercero, y la polémica no es mera divagación, sino construcción dogmática sobre el derecho positivo italiano, la traída a colación de la doctrina italiana resulta un tanto inexplicable.

Si el Código italiano exigiese a este tercero de que tratamos onerosidad y buena fe, la polémica a que Roca se refiere no estaría planteada en idénticos términos, ya que todos los autores parten de la intrascendencia, a los fines del artículo 2.644 de toda indagación *sullo stato psichico del preferito* (NATOLI). Incluso los que, un tanto imbuídos de ideas germánicas, hacen descansar todo en la confianza, en la apariencia, reconocen que la presunción *juris et de jure* de buena fe del tercero descansa en último término en proteger esa confianza; pero que esta confianza en la apariencia que juega *in genere* en la introducción del mecanismo del Registro, deja de jugar como requisito de la protección del tercero que transcribe, porque a cambio de que el título inscrito se presuma conocido por los terceros *juris et de jure*, el título no inscrito se presume no conocido por el tercero, también *juris et de jure*: éstas son las dos inmediatas consecuencias de la función de publicidad de la transcripción.

Este punto de partida legal, jurisprudencial y doctrinal de la intrascendencia de la buena o mala fe, es previo y presupuesto de la construcción dogmática de cada autor. Así, por ejemplo, NATOLI, antes de entrar en esa reconstrucción dogmática del fenómeno que origina el estridente choque entre el principio del 2.644 y el más general de la transmisión por el consentimiento de las partes, considera oportuno adelantar que la transcripción no puede ser sustituida por equivalentes o substitutivos, como, por ejemplo, el conocimiento *aliunde* del acto transcribible no transcrito (cita como resolución reciente la sentencia de 6 de mayo de 1958). «En otras palabras, la prueba del conocimiento de la primera enajenación no

transcrita no perjudica al segundo adquirente que transcribe antes en el sentido de su protección registral, aunque, naturalmente, le perjudicará en otros interesantes sentidos» (26).

En definitiva, todas las legislaciones latinas han partido de una protección enérgica al tercero inscrito que le dejase a salvo de peligrosas e inciertas pruebas sobre hechos psicológicos. Es un caso más del paso de la presunción *Juris tantum* a la presunción *Juris et de jure*, allí donde el juego de intereses presenta la gravedad suficiente como para que el principio de seguridad jurídica prevalezca sobre el de aparente justicia intrínseca.

Contra la tesis mantenida en este trabajo, hay solamente un argumento sólido: La tendencia últimamente aparecida en la jurisprudencia francesa, dirigida hacia una interpretación extensiva del fraude excluyente de la protección al tercero. La jurisprudencia francesa venía amparando al tercero que nosotros llamamos de mala fe, excepto en el caso de concierto fraudulento. Aunque no estemos conformes con PEÑA en que, prácticamente, resulte difícil imaginar supuestos de mala fe sin fraude, lo cierto es que hay sentencias modernas que muestran una tendencia expansiva del concepto del fraude excluyente. Pero la verdad es que esta última carta no ha sido nunca jugada por la doctrina española al repudiar todo contacto con el principio latino puro de inoponibilidad.

A cambio de mi honradez en apuntarla, creo tener derecho a que se la juegue con tiento y sin precipitación. Sería muy sencillo decir que todos mis penosos esfuerzos por demostrar que la interpretación de nuestro artículo 32 debe ajustarse a la de sus modelos resultan inútiles cuando la jurisprudencia francesa está introduciendo de contrabando el requisito de la buena fe, acercándose así a la doctrina dominante española. Sería muy sencillo; pero no concluyente. Es muy distinto que el Derecho francés tenga un

(26) DUALDE, que parte del tercero único y germanístico, hace una ligera escapada al sistema latino para defender la jurisprudencia del Tribunal Supremo, instauradora del requisito de la buena fe contra los ataques de los hipotecaristas (GAYOSO, GALINDO Y ESCOSURA, MORELL), y afirma, «a calidad de coincidencia confortante», que el mismo criterio prevalece en Francia «con ser un régimen inferior al nuestro», y hace dos citas muy poco convincentes, una de LAURENT y otra de COVIELLO. Citas incompletas como éstas son las que nos han llevado al general engaño sobre los sistemas hipotecarios latinos (véase DUALDE: *Todavía sobre el concepto de tercero*, «Revista de Derecho-Privado», mayo 1947, pág. 349).

punto de contricción en favor del requisito de la buena fe después de casi dos siglos de puro sistema de inoponibilidad (27) y de titulación notarial monopolística, de lo que nuestra doctrina dominante pretende: mantener un precepto inútil (el artículo 32) en una Ley Hipotecaria inútil que permita postergar un título inscrito a otro en documento privado o verbal.

La jurisprudencia francesa podrá ahora, después de tanto tiempo de sistema de inoponibilidad—que ha desembocado en la inscripción obligatoria—y después que el principio de forma pública ha venido a coronar la práctica constante—que hizo del Notariado francés uno de los pilares del sistema registral, como dice PEÑA—, hacer concesiones a la buena fe. Pero nosotros lo que tenemos que hacer, si queremos seguir el ejemplo totalmente, es pasar antes por la etapa de escritura pública e inoponibilidad pura, como el Derecho francés.

18. LA ONEROSIDAD EN ESPECIAL.

Los sistemas latinos nunca han exigido este requisito a su tercero. Esto concuerda con las legislaciones germánicas que nunca han sustraído los negocios jurídicos gratuitos del principio de inscripción constitutiva. La diversidad de criterios en las legislaciones germánicas sobre la extensión o no de la protección registral a las donaciones se mueve siempre sólo dentro del principio de *fides publica*. Parte de la doctrina alemana se muestra partidaria del criterio del anterior Derecho prusiano, que es también el del Derecho inglés y el de nuestro artículo 34, de proteger solamente al adquirente a título oneroso, soslayando la dificultad de los negocios mixtos mediante una presunción de onerosidad. El distinto régimen de

(27) Hablo de dos siglos porque en realidad el sistema francés y su principio de inoponibilidad nacen con la Ley de 11 de Brumario de 1798. Antes, la Ley de 1790 había introducido la inscripción constitutiva, si bien sólo en los países de «Nantissement». Incluso en los cincuenta años que van desde la promulgación del Código Napoleón hasta la Ley de 23 de marzo de 1855, el buen sentido del pueblo francés acaso diese por vigente el artículo 91 del Proyecto del Consejero TREILHARD, que pareció triunfar en el Consejo de Estado frente al extremismo individualista de TRONCHET—tercamente empeñado en asociar la transcripción con el feudalismo—, y que al desaparecer en la redacción definitiva deja inexplicable el 1.583. La Ley de 1855 restaura con todos los honores dicho artículo 91.

la acción de enriquecimiento injusto, según sea el adquirente a título gratuito u oneroso (27 bis), demuestra que la fe pública registral se hubiera limitado a las adquisiciones onerosas si no fuese por lo incierto e impreciso que es el límite entre ellas y las gratuitas.

Pero todo esto, repetimos, se refiere sólo al principio de fe pública. Nada tiene que ver esta diversidad de criterios con el principio de inscripción ni con el de inoponibilidad. Toda Europa está conforme, según creemos, en que el Registro protege al donatario que se adelanta a inscribir igual que al segundo comprador. Naturalmente, sin perjuicio de que el ataque al donatario o la defensa contra él resulten facilitados por las presunciones de fraudulencia que cada legislación conceda en su Pauliana.

Por todo lo dicho no vemos nada claro la inclusión de la onerosidad en el artículo 32. LACRUZ opina que si la exigencia de este requisito se añade por el legislador al artículo 34, fué con la intención de extenderla a cualesquiera casos de protección registral; extensión que, por lo demás, siempre hubiera podido tener lugar por analogía. Yo no veo tal razón de analogía, porque ninguna legislación extranjera ha partido de ella y es demasiado aventurado imaginar que dormite tanto legislador.

Pero es que además, en España, se dan circunstancias especialísimas para que si la protección registral del artículo 32 se limita a lo oneroso se convierta en una verdadera Lotería. Y no sólo por esa imprecisa zona de los negocios mixtos, sino porque la legislación fiscal y la administrativa han fomentado como en ninguna parte el contrato simulado. Se dirá que la Ley no puede darse en beneficio de los simuladores, pero cuando lo que hacemos es atacar una doctrina poco convincente, es lícito el argumento de que cuando hay tantas ventas hechas en escritura de donación y tantas donaciones hechas en forma de venta, una protección registral que no distinga, siempre será preferible.

(27 bis) *Condictio*, por disposición sin derecho del párrafo 816 del B. G. B.

19. EL REQUISITO DE LA PREVIA INSCRIPCIÓN EN PARTICULAR.

El deseo de conceder efectos a las inscripciones de inmatriculación que, para la tesis del tercero subadquirente como tercero protegido único, casi no producen ningún efecto favorable al inmatriculante fué uno de los motivos principales del renacimiento del artículo 32.

Los trabajos de VILLARES PICÓ (28), ALONSO FERNÁNDEZ (29) y FRANCISCO DEL HOYO (30), entre otros, van orientados en esta dirección. Comprendiendo que el requisito de inscripción previa que juega en sentido formal en el artículo 20 y en sus fundamentales efectos substantivos a través del artículo 34 no tiene directa aplicación en el artículo 1.473 del Código y 32 de la Ley, se colocan en terrenos del tercero latino. Pero su postura no es unánime, en ocasiones incurren en un impreciso deslinde de ambos terceros y en general no llegan a un planteamiento dualista en cuanto a sus consecuencias.

Los trabajos de NÚÑEZ LAGOS han venido a dar gran altura a la posición de que el tercero del artículo 32 no requiere inscripción previa, y LACRUZ BERDEJO ha expuesto el problema con la claridad deseable. Pero por el reducido tercero que NÚÑEZ LAGOS describe, las consecuencias prácticas son escasas, y la rendición de LACRUZ a la doctrina dominante, a pesar de que teóricamente encuentra más fundada la tesis contraria, da un rudo golpe a la tesis de los efectos automáticos de la inscripción, aunque sea primera en cuanto se refiere al tercero del artículo 32.

El problema de este requisito, como de los otros dos, deben plantearse con precaución. No caben aquí improvisaciones. Si se quiere restaurar el artículo 32, no se puede prescindir del estudio histórico, porque los autores de la Ley Hipotecaria precisamente tuvieron que ver las dificultades de derecho transitorio que suponía la implantación del nuevo sistema. Estas dificultades se agravaron porque el período transitorio se alargó tanto que aún con-

(28) Véase, entre otros, los trabajos citados en la nota 15.

(29) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, mayo 1945, págs. 305 y siguientes, especialmente 315 y 316.

(30) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1949, págs. 563 y sigs.

tinúa y no fué ajeno a este alargamiento el incomprensible giro doctrinal del artículo 32. La insensible evolución de las normas que han venido sometiendo a suspensión de efectos las inscripciones primeras está poco trabajada. Igual ocurre con todos los preceptos en que las frases «surtir la inscripción efecto contra tercero, o no perjudicar la inscripción a tercero», que pensaban en el tercero latino, se han ido transformando en «no surtir efecto respecto de tercero», que se entiende más apta para referirse al tercero subadquirente. La teoría del tercero único (subadquirente germánico) ha dejado fuera de servicio muchos preceptos que ahora nos servirían para aclarar la postura del legislador sobre el requisito de previa inscripción en el artículo 23, dentro y fuera del periodo de planteamiento de la Ley Hipotecaria.

Si atendemos al Derecho comparado, la primera impresión será que si los sistemas latinos carecen de la registración por fincas y del principio de tracto, el artículo 23 no debe requerir la previa inscripción. Pero la cosa no es tan simple, y la prueba es que cuando en Italia se introduce el principio de continuidad de las transcripciones (tracto sucesivo) por el artículo 2.650 del Código, tomado del proyecto de SCIALOJA, la no producción de efectos de la transcripción, en tanto no se verifique la del antetítulo, va inmediatamente relacionado con el principio de inoponibilidad del artículo 2.644.

20. RESUMEN.

Comprendo que este trabajo carece de toda sistematización y de todo pulimento; que lo poco que haya en él de aprovechable y original queda desvanecido por ello y que la tesis mantenida presenta serios obstáculos para triunfar. De todas maneras quiero terminar con una síntesis-resumen que ordene algo el *maremagnum* que la falta de tiempo (!) me ha impedido aclarar.

La línea de mi confuso razonamiento ha querido ser la determinada por los siguientes puntos:

1. Es conveniente acercarse al Derecho Hipotecario comparado con la idea de que nuestro sistema es una síntesis de los latinos y los germánicos que se inclina a los latinos, en el pro-

blema de la inscripción como modo y a los germánicos en el de las presunciones de exactitud derogadoras del *Nemo dat quod non habet*. Esta posición sintética, más que intermedia, puede dar a nuestra doctrina una autorizada voz y un voto de calidad en el día, no lejano, de la unificación del Derecho Hipotecario como factor coadyuvante o ineludible consecuencia de la integración económica europea.

2. Tenemos en nuestra Ley Hipotecaria un precepto análogo a todos aquellos que en las legislaciones latinas vienen consagrand el principio de inoponibilidad. Es, por tanto, peligrosa egolatría toda hermenéutica del artículo 32 que se empeñe en desconocer la interpretación que en los países latinos se da a preceptos similares y despreciar toda la doctrina surgida en torno a ellos, especialmente en torno al artículo 2.644 del vigente Código Civil italiano.

3. El actual desuso o interpretación restrictiva del artículo 32 es una de las principales causas de la endeblez de la publicidad inmobiliaria en España y será motivo de la mayor extrañeza por los extranjeros que se pongan en contacto con nosotros. Hay países donde no hay Registro, otros donde la inscripción es constitutiva, otros donde la transcripción es requisito de inoponibilidad. Sólo en España hay Registro (magnífico en muchos aspectos); pero luego el inscribir apenas sirve para nada, porque una doctrina *contra legem*, que va siendo vista con simpatía por los Tribunales, sigue centrando la transmisión de las fincas en la entrega material, hecho fáctico, equivoco, casi siempre imposible, que pertenece al terciario de la publicidad y sólo valió en los círculos sociales mínimos y cerrados al exterior, cual el villorrio medieval.

4. Sólo podemos salir de este callejón olvidándonos de la tradición material, de la puesta en poder y posesión y del párrafo 1.º del 1.462 del Código en materia de inmuebles y centrando el artículo 32 de la Ley Hipotecaria (606 del Código) en el capítulo del Derecho comparado dedicado al principio de inscripción y de inoponibilidad superadores de la *traditio* y el artículo 34 en el capítulo dedicado al principio de fe pública germánico y a los efectos de la transcripción de los títulos y de las demandas sobre las acciones reivindicatorias, de nulidad, etc., frente a los terceros de buena fe, su equivalente en las legislaciones latinas y que en nuestra antigua

doctrina se estudiaba también como efectos de la inscripción respecto de los actos y contratos nulos, anulables, etc.

5. Convencidos de que hay dos terceros que nada tienen que ver: el angular de la doble enajenación (principios de inoponibilidad e inscripción) y el lineal del título nulo, de la adquisición *a non domino*, derogador del *Nemo plus juris...* (principio de fe pública); latino el primero y germánico el segundo, extraer de esta dualidad las consecuencias lógicas: la protección a cada uno de ellos, ha de ser la concedida al respectivo tercero en las legislaciones correspondientes y los requisitos de cada uno, los que las tendencias prevalentes en el Derecho comparado exijan respectivamente. .

6. Posiblemente una unificación del Derecho hipotecario europeo se orientaría hacia la inscripción constitutiva, solución que aunque más simplista y tosca encuentra adeptos incluso en la doctrina italiana. Pero para preparar ese posible salto a la inscripción constitutiva nada más lógico que el retorno a la inicial solución de la Ley de 1861, para que pueda el sistema español, aunque sea quemando etapas, pasar por un periodo de plena actuación del sistema latino de inoponibilidad, que en Francia, Italia Portugal, etc., ha llevado a la inscripción obligatoria como fruta madura, a digerir sin ningún trastorno.

7. La interpretación auténticamente latina del vigente artículo 32 no entraña ninguna dificultad, pues sólo es necesario lo siguiente:

a) Llevar a sus últimas consecuencias lógicas las doctrinas dualistas de NÚÑEZ LAGOS, LACRUZ, LA RICA, etc., etc.

b) Que ROCA SASTRE comprenda que no hay una desigualdad inadmisibile en exigir distintos requisitos al tercero del 32 que al tercero del 34, porque es muy diferente su posición en la relación jurídica real, y porque todas las legislaciones parten de esta diferencia de posición para darles un trato tan diferente que precisamente esta diferencia de trato ha sido origen del confusionismo español. Los sistemas germánicos desconocen el de nuestro artículo 32 por el juego de la inscripción constitutiva, aunque hemos visto apuntar este tercero en la polémica sobre los efectos «vinculantes» del *Einigung* formal no inscrito. Y los sistemas latinos desconocen

el tercero del artículo 34 por no haberse atrevido a adoptar plenamente el principio de fe pública, derogador del *Nemo plus juris...*, aunque también apunta este último tercero en ellos, como vimos al tratar de los efectos de la transcripción de los actos, contratos y demandas en las acciones de nulidad, anulación, etc., dirigidas con perjuicio de derechos adquiridos por terceros de buena fe y a título oneroso.

c) Descansar un poco en el estudio del principio de fe pública germánico y de los cuatro requisitos de su tercero para profundizar más en las sugestivas construcciones de la doctrina italiana en torno de los artículos 2.644, 2.650, 2.652 y concordantes de su Código Civil.

d) Repasar todos los precedentes legales y todos los comentarios inmediatos de la Ley Hipotecaria de 1861, sin ideas prejuizadas sobre la teoría del título y el modo, sobre la tradición real y sobre el espiritualismo del Ordenamiento de Alcalá y ateniéndose, en cambio, a los trabajos legislativos que coronaron el artículo 32 de la Ley y los artículos 606, 608, 1.279, 1.280, 633, 1.462, párrafo 2.º, y 1.473 del Código Civil.

e) Y como consecuencia de todo ello dar el necesario giro doctrinal y jurisprudencial repristinador del originario artículo 32, que, al menos de momento, haga innecesario la reforma legislativa, que muchos consideran imprescindible para poner nuestro sistema a nivel europeo.

8. Retornando así al originario sentido del artículo 1.280 del Código Civil—que expusimos en el capítulo 1.º—y al originario sentido del artículo 606 del Código y artículo 32 de la Ley Hipotecaria—que en este segundo capítulo hemos expuesto—, empezarían a ser explicables y razonables los optimismos sobre nuestro sistema inmobiliario, que de otra manera son tan excesivos como peligrosos.

TIRSO CARRETERO GARCÍA,
Registrador de la Propiedad.

VIDA JURIDICA

Inscripción de una servidumbre legal establecida sobre finca propia

1. EL CASO.

El caso es *Carmen Regino Borges v. El Registrador de la Propiedad de Guayama*, resuelto, en un recurso gubernativo, por el Tribunal Supremo de Puerto Rico el 28 de octubre de 1964 (1) en base a la enjundiosa opinión jurídica del Juez Asociado Marco A. Rigau, quien estableció, nuevamente, un *leading case* en la materia (2). En realidad, el fallo en su redacción, argumentación, exposición y lógica, así como por su dominio absoluto del tema, haría honor a cualquiera de esas obras que se llaman «tratados», por consiguiente, ocupará un lugar destacado en la colección de fallos—decisiones de Puerto Rico (D. P. R.)—del Tribunal Supremo de Puerto Rico.

2. LOS HECHOS.

El peticionario, por escritura pública, hizo segregar cuatro solares de una finca de su propiedad, quedando un pequeño remanente, y al aprobar la operación, la Junta de Planificación de

(1) Texto en mimeógrafo, Colegio de Abogados de Puerto Rico (avance), referencia, 1964, núm. 172.

(2) Véase el otro caso de importancia, *Castle Enterprises, Inc. v. El Registrador de la Propiedad de San Juan*. 19 de marzo de 1963, texto en mimeógrafo, Colegio de Abogados de Puerto Rico, referencia 1963, núm. 42, con notas de MIGUEL R. AGUILÓ y J. J. SANTA-PINTER, en «Revista de Derecho Puertorriqueño», Escuela de Derecho, Universidad Católica de Puerto Rico, año III, número 11, enero-marzo de 1964, págs. 362 y 357, respectivamente. En este caso se trataba de agrupar dos fincas urbanas no colindantes entre sí.

Puerto Rico (3) determinó que es condición *sine qua non* para la inscripción de la notificación que se establezca mediante escritura pública una servidumbre de paso sobre el remanente, debido a que el mismo carece de acceso legal a una vía pública. El peticionario, queriendo cumplir con su deber, hizo lo que se le indicó, invocando el requerimiento que le hiciera al respecto la mencionada Junta de Planificación.

Al presentar la escritura en el Registro de la Propiedad, sección de Guayama (4), el Registrador la devolvió sin inscribir con una nota que, entre otras cosas, dice así:

«Devuelto el presente documento..., sin practicar las operaciones solicitadas por el fundamento de que la segregación de los cuatro solares para inscribirlos a nombre de los propios titulares..., está supeditada, según la condición impuesta por la Junta de Planificación, a que sobre dichos predios segregados se establezca una servidumbre de paso a favor del remanente de la finca principal para darle acceso a vía pública, condición que no puede cumplirse, ya que nadie puede constituir servidumbre sobre fundo propio, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 465 del Código civil vigente, cuando ambos predios, dominante y sirviente, pertenecen al mismo titular.»

A continuación, el Registrador opina que es conveniente la reforma del mencionado artículo del Código civil (5) de manera de permitir las servidumbres de propietario, o sea, las servidumbres sobre fundo propio en beneficio de otro fundo igualmente propio, no obstante, a su juicio, tal medida deseable debe realizarse mediante legislación y no por interpretación judicial.

En cambio, la argumentación del recurrente se concentra en considerar como obligatorio el requisito de la Junta de Planifica-

(3) Ley número 213 de 12 de mayo de 1942, 23 L. P. R. A. (Leyes de Puerto Rico Anotadas), secs. 1 y sigs.

(4) Todo Puerto Rico constituye un solo distrito registral con secciones, ley número 3 de 2 de septiembre de 1955 (30 L. P. R. A., 1748, Suppl.); cfr. J. J. SANTA-PINTER: *El Registro de la Propiedad en Puerto Rico*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», julio-agosto de 1964, núms. 1-2, págs. 29 a 76.

(5) Corresponde al artículo 530 del Código civil español. En Puerto Rico: 31 L. P. R. A., 1631.

ción, lo cual indica la creación de una servidumbre legal que, por ser tal, es inscribible. Apoya su posición en que el mencionado artículo no prohíbe la creación de otras figuras jurídicas distintas de las servidumbres allí mencionadas, y que «la vieja legislación romana tiene que ceder ante el Derecho de nuestra época». Su argumentación termina así:

«Las necesidades de nuestro desarrollo urbano y rural, regulado por el Estado para garantizar el bien común, exigen que se admitan en nuestro Derecho figuras jurídicas nuevas y variaciones de las ya establecidas y organizadas por nuestro Código civil... [que]... no es un cuerpo de Derecho inflexible, rígido y cerrado, sino que, por el contrario, admite que se le interprete para servir a los pueblos donde esta vigente, conforme a las vivas realidades de la época, de otro modo muchas de sus disposiciones pasarían a ser letra muerta en vez de ser vigorizadas por la sabiduría de los Tribunales en su ingente labor interpretativa que denominamos jurisprudencia.»

3. EL FALLO.

Como hemos dicho ya, el Juez Asociado Rigau, redactor de la sentencia, realiza una labor de investigación realmente impresionante al llegar a la conclusión que veremos luego. Comienza con que a partir del caso *Glines et al. v. Matta et al.*, resuelto el 23 de abril de 1913 (19 D. P. R. 409), el Tribunal Supremo incorporó al Derecho puertorriqueño el concepto anglosajón de servidumbre de equidad (6), porque, aun cuando los Tribunales puertorriqueños carecen de jurisdicción en materia de equidad (7), en el sentido en que se aplica ésta por los Tribunales anglosajones, sin embargo, la legislatura, al adoptar la Ley de *injunctio* adoptó una parte limitada de los principios de *equity*, aplicables a *injunctio* vigen-

(6) Fué sostenido en numerosos fallos posteriores, citados en la sentencia que nos ocupa.

(7) Sería más propicio decir *equity* sin emplear el término «equidad», que como es sabido, tan sólo parcialmente coincide con *equity*, que es toda una institución al lado del *common law*, por lo menos, así fué originalmente.

tes en Estados Unidos, y en el caso se trataba de determinar un interés en la propiedad en litigio, muy parecido a una servidumbre.

No obstante, sigue el Juez opinante Rigau, «no es necesario en el caso de autos tomar del Derecho anglosajón figura o institución jurídica alguna porque el Código civil—que de todas maneras es una pieza maestra—contiene en su propio cuerpo las disposiciones exactas y precisas que gobiernan la situación que este caso plantea». Es así porque las servidumbres cubiertas por el Código civil no son exclusivamente aquellas impuestas sobre un inmueble en beneficio de otro inmueble, sino que lo son también aquellas impuestas sobre un inmueble en beneficio de una persona, conforme al artículo 466 (8).

Citando autores como Manresa, Scaevola, Puig Brutau, Castán Tobefías, Valverde, Sánchez Román, Rocca Juan, Borrell y Soler, De Diego y otros, llega a la conclusión sobre el punto de que las servidumbres legales se rigen por Leyes especiales, y en el caso de las servidumbres legales públicas el Código es Derecho supletorio, y en el caso de las llamadas privadas rige el Código, pero «sólo en tanto en cuanto dicho Cuerpo legal no esté en conflicto con las Leyes y Reglamentos especiales sobre la materia. Tienen precedencia dichas Leyes y Reglamentos especiales». Todo ello es ortodoxo, pues el Derecho es dinamismo puro, por lo cual no puede ser nunca estático, porque si lo fuera, en lugar de ser vehículo para el progreso, sería más bien un grave impedimento; por lo cual rige el principio clásico e indudable de que la Ley nueva deroga a la antigua (9); y también: la Ley general cede ante la Ley especial.

Acto seguido, el Juez Asociado Rigau pasa a analizar la creación y facultades de la Junta de Planificación, cuyos dictados, en base a la autorización de la Ley, obedecen a la clara y evidente necesidad de la vida de hoy: «Prácticamente todas las sociedades civilizadas han adoptado medidas de planificación y de urbanismo. Esas medidas significan, no hay duda, limitaciones al derecho de propiedad, pero producen mejores comunidades para la convivencia humana, y aun desde el punto de vista meramente económico, realzan el valor de los inmuebles allí sitos al mejorar las pobla-

(8) 31 L. P. R. A., 1632; cfr. artículo 531 del Código civil español.

(9) Piénsese, por ejemplo, en la Ley de los condominios (propiedad horizontal), Ley núm. 104 de 25 de junio de 1958 (31 L. P. R. A.).

ciones y lugares donde se ponen en práctica dichas medidas». Al respecto invoca el artículo *En torno al urbanismo. Política del suelo y Registro de la Propiedad*, de Fuentes Sanchiz, publicado en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO (10), en el sentido de que «debemos prepararnos para que, sin soluciones de continuidad, se obtengan las nuevas fórmulas» que sean necesarias para hacer frente a nuevos problemas planteados al Registro de la Propiedad.

Siendo la servidumbre legal «una limitación al derecho de propiedad impuesta por el Estado en interés público», se trata de una «limitación compulsoria al derecho de propiedad», llamadas «servidumbres coactivas» en el nuevo Código civil italiano (art. 1.032); por ello, en el caso de autos se trata «de un terreno que ha sido lotificado, y del cual se han segregado una serie de solares, todo con aparente intención de enajenarlos. Es sabido que las lotificaciones y las segregaciones no se hacen por el gusto de hacerlas. Por eso tiene injerencia el Derecho público al exigir que esos solares y predios que eventualmente van a pasar a manos distintas tengan acceso a la vía pública. De no ser así se venderían en Puerto Rico infinidad de solares y predios enclavados, lo que daría margen a una multiplicidad de pleitos».

Aun cuando «estamos de acuerdo con el señor Registrador en que sería preferible que el asunto hubiese sido aclarado explícitamente mediante acción legislativa para beneficio de todos los Registradores», no obstante, «no le estamos haciendo violencia al articulado del Código civil ni estamos forzando la interpretación judicial. Estamos actuando dentro de las directrices del propio Código, porque, como hemos visto, el Código mismo dispone que en materia de servidumbres legales rigen en primer lugar las Leyes y los Reglamentos especiales. Es natural que el Código así lo disponga, porque dichas servidumbres legales se establecen por Ley en interés público y constituyen Derecho público administrativo y no Derecho civil propiamente dicho».

En conclusión: «La servidumbre legal aquí impuesta es un derecho real, por ser un gravamen sobre el inmueble y limitativo del derecho de propiedad sobre el mismo», por lo tanto, «es inscribible porque el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, 30 L. P. R. A., sec. 2, y

(10) 39, 443 (1963).

el artículo 27 de su Reglamento 30 L. P. R. A., sec. 857, no establecen una limitación taxativa de los Derechos reales que se pueden inscribir, sino que, por el contrario, permiten la inscripción de cualquier título o acto, que sin tener nombre propio en derecho, modifica algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o Derechos reales».

Termina el fallo con elogios al Código civil, que «es una de nuestras piezas legislativas más terminadas y uno de los elementos más preciados de nuestro acervo cultural», y «para conservarlo tenemos que interpretarlo con imaginación y en forma creadora».

Se revoca la nota del Registrador y se ordena practicar las operaciones solicitadas.

DR. J. J. SANTA-PINTER,

Profesor Catedrático de la Facultad de Derecho,
Universidad Católica de Puerto Rico.

Director asociado,
Instituto de Derecho Comparado de Puerto Rico.

LEGISLACION

Crónica legislativa

1. En el período a que esta reseña se refiere—disposiciones aparecidas en el *Boletín Oficial del Estado* desde 21 de noviembre de 1964 a 20 de enero de 1965—continúan predominando las normas propias del desenvolvimiento normal de la Administración, pero, tanto en el aspecto orgánico como en el funcional, se ensancha cada vez más el grupo de las que por tener un objeto determinado y transitorio quedan intrínsecamente limitadas en su vigencia.

Las razones de dicha limitación son claras y precisas: obedecer las normas a propósitos planificadores o subordinarse a la coyuntura económica, a la paulatina implantación de la libertad de comercio exterior y a importaciones estatales para regular los precios interiores.

Forman también grupo especial las originadas por la reglamentación del nuevo sistema tributario y de las tasas y exacciones para fiscales.

De las publicadas se han seleccionado las que ofrecen interés: por su contenido y permanencia, por su carácter de derecho privado y amplitud de aplicación, aunque su vigencia sea limitada, o por su significado profesional.

Reúnen alguna de dichas condiciones:

— Las Leyes de Asociaciones, de aplicación de beneficios del Banco de España, de modificación del Estatuto de Clases Pasivas, de emisión de obligaciones, de servidumbres públicas y la Penal y Procesal de Navegación Aérea.

— Los Decretos sobre Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil, el que aprueba el texto refundido de Ley de Arrendamientos Urbanos, el que determina el porcentaje de aumento de rentas de viviendas, el que fija la tabla de disposiciones derogadas o modificadas por la Ley de Reforma del Sistema Tributario y los relativos a los Impuestos de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y de Rendimiento del Trabajo Personal.

— Las Ordenes ministeriales sobre Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil y sobre póliza de Seguro de Crédito a la Exportación.

2. El preámbulo del Decreto de 25 de enero de 1941 y el artículo 16 del Fuero de los Españoles constituyen antecedentes precisos de la nueva Ley de Asociaciones.

El primero afirmaba que la vigilancia del Poder público debía aplicarse al derecho de asociación y ello aconsejaba que, hasta tanto que se regulase de una manera definitiva en articulación de más largo alcance, se dictasen normas que suplieran deficiencias y aclarasen dudas suscitadas por textos legales cuya vigencia emanaba de preceptos constitucionales abolidos.

El segundo, con valor programático, decía que los españoles podrán unirse y asociarse libremente para fines lícitos y de acuerdo con lo establecido por las Leyes.

La Ley 191/64 de 24 de diciembre, reguladora de las Asociaciones, cumple el programa que el Decreto y el Fuero postulaban.

Se funda dicha Ley en el principio de libertad de asociación, que expresamente admite, y aunque para el reconocimiento de las asociaciones deban cumplirse requisitos de carácter administrativo, en definitiva, su existencia queda bajo la salvaguardia de los Tribunales, ya que si se cumplen las exigencias legales la Autoridad gubernativa no podrá denegar el reconocimiento. No se trata de autorización previa constitutiva, sino de una resolución meramente declarativa, judicialmente garantizada.

Admitido el principio de libertad de asociación, dos problemas esenciales planteaba su ejercicio: la definición de la licitud de sus fines y la enumeración de las asociaciones que quedaban excluidas del ámbito de aplicación de la Ley.

Ellos fueron los principalmente discutidos en la Comisión de las Cortes, pero éstas, en su sesión plenaria de 22 de diciembre último, aprobaron, con sólo dos votos en contra, el dictamen de la ponencia.

Sobre los mismos se ordena en el texto de la Ley:

Se entiende por fines ilícitos los contrarios a los principios fundamentales del Movimiento y demás Leyes fundamentales, los sancionados por las Leyes penales, los que atenten contra la moral, el orden público y cualesquiera otros que impliquen un peligro para la unidad política y social de España.

Se excluyen del ámbito de la Ley, entre otras, las Asociaciones constituidas según el Derecho canónico a que se refiere el artículo 4.º del Concordato vigente y las de Acción Católica española, en cuanto desarrollan fines de apostolado religioso, manteniéndose por lo que se refiere a actividades de otro género, de acuerdo con el artículo 34 del texto concordado, en el ámbito de la Ley.

Respecto a la capacidad jurídica de las Asociaciones, la Ley establece la siguiente limitación: podrán recibir libremente donaciones a título gratuito en cantidades que no excedan de 50.000 pesetas al año, para cantidades que oscilan entre 50.000 y 250.000 pesetas necesitarán expresa autorización del Gobernador civil, y para las que rebasen durante el año esta última cifra será necesaria autorización expresa del Ministerio de la Gobernación.

El resto del articulado de la Ley resuelve con acierto los problemas de técnica jurídica propios de la materia que regula.

3. El Decreto 4.104/64 de 24 de diciembre aprueba el texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Se ha desistido de dar una nueva estructura al texto legal, más acomodada a la naturaleza, trascendencia y contenido de sus preceptos, porque un cambio radical en la sistemática de la Ley podría contribuir a dificultar su interpretación. Se ha limitado la refundición principalmente a insertar en el texto articulado del Decreto de 13 de abril de 1956 los preceptos modificados o adicionados por la Ley de 11 de junio de 1964.

El Decreto 4.105/64 de 24 de diciembre determina los porcentajes de incremento de la renta de las viviendas no comprendidas en el número 2.º del artículo 6.º de la Ley refundida, teniendo en cuenta la evolución de las circunstancias económicas del país, y anuncia

en su preámbulo aumentos en sucesivas etapas anuales hasta revalorizar la rentabilidad de las referidas viviendas.

El incremento que sólo alcanza a los contratos en situación de prórroga legal se efectuará a instancia del arrendador, tomando como base la renta contractual aumentada en la forma que ordena el artículo 96, número 2 de la Ley y con sujeción a porcentajes que oscilan entre el 2 y el 20 por 100, según la fecha de los contratos concertados entre el 17 de julio de 1936 y el 11 de mayo de 1956. A los celebrados después de esta última fecha no se les aplicará porcentaje alguno, sin perjuicio de lo establecido en la disposición transitoria 17 de la Ley. Los porcentajes se reducen en un 10 por 100 en las poblaciones de menos de 50.000 habitantes.

En ningún caso la renta podrá exceder de la que resulte por la aplicación de los índices señalados para las viviendas en el número 3 del artículo 96 de la Ley. Los incrementos tendrán el concepto de renta a todos los efectos legales y deberán abonarse por el inquilino en la misma forma y plazos que aquélla.

El Decreto que queda extractado constituye un ejemplo típico de subordinación en sus mandatos a la coyuntura económica que obliga a tener en cuenta no sólo los intereses particulares contrapuestos, sino el supremo interés nacional de evitar consecuencias inflacionarias, cuidar de un paulatino pero tenaz propósito de redistribución de las rentas y alcanzar, como objetivo final, el fomento de la iniciativa privada, protegida en esta materia, como en los demás países europeos, por prioridades crediticias.

4. La Ley 211/64 de 24 de diciembre regula la emisión de obligaciones por Sociedades colectivas, comanditarias o de responsabilidad limitada, por asociaciones u otras personas jurídicas.

Esta importante Ley, aunque tenga por finalidad favorecer dicha forma de crédito en el actual periodo de desarrollo económico, no tiene limitada su vigencia por razones intrínsecas, ya que viene a salvar una laguna existente en nuestro Ordenamiento jurídico sobre una materia de interés permanente.

Procura la Ley dar garantías a los obligacionistas y la máxima eficacia jurídica a los títulos.

Se ha regulado como punto esencial la limitación de la cuantía de las emisiones.

Con criterio más restrictivo que la Ley de las Sociedades Anónimas, el límite máximo se fija, si se trata de Sociedades, en el importe del capital desembolsado y en la cifra de valoración de los bienes cuando se trate de Asociaciones o de otras personas jurídicas, valoración que deberá constar en la inscripción del Registro mercantil y se acreditará por certificación de dos Censores jurados de cuentas, con expresión de lo que resulta de los libros, debidamente diligenciados de la Entidad.

Estas limitaciones desaparecen cuando media hipoteca, prenda sin desplazamiento o de efectos públicos o garantías del Estado, Provincia o Municipio.

A los títulos de las obligaciones se les da fuerza ejecutiva desde el momento de su inscripción en el Registro mercantil y prioridad para hacer efectivo su importe respecto a los demás créditos contra la entidad emisora; que sean comunes y no tengan fecha fehaciente; o si la tuvieren, sea posterior a la de la emisión.

Siguiendo también el precedente de la Ley de Sociedades Anónimas se regula el Sindicato de Obligacionistas y el Comisario. La constitución del Sindicato es obligatoria, bien a instancia de la entidad emisora o, en su defecto, a propuesta de los obligacionistas.

Se establecen las normas pertinentes para la constitución del Sindicato y para la adopción de acuerdos. De ser necesaria la intervención judicial se recurre a un procedimiento de jurisdicción voluntaria, y en caso de oposición se declarará contencioso el expediente y el Juez, previa audiencia verbal de los interesados, resolverá en equidad lo que proceda.

Las emisiones deberán ser inscritas en el Registro mercantil, previa inscripción de la entidad emitente, cuando se trate de Asociaciones.

5. El Decreto 3.787/64 de 19 de noviembre aprobó el Reglamento del Seguro de Responsabilidad Civil, derivada del uso y circulación de vehículos de motor.

Desarrolla el Decreto la Ley 122/62 de 24 de diciembre, el cual introdujo en nuestro Derecho, en la materia que ahora se reglamenta, dos principios fundamentales: el de la responsabilidad objetiva y el del Seguro Obligatorio.

El creciente desarrollo del tráfico con vehículos de motor ha

multiplicado el riesgo de daños a terceros, y resulta insuficiente la responsabilidad civil, aneja a la penal y la derivada de culpa o negligencia civil.

Como ocurre con el riesgo profesional en los accidentes de trabajo, se imponía ampliar el campo de la responsabilidad, admitiendo la de tipo objetivo, tanto más cuando el principio ha sido aplicado, por la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, a los daños causados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

En cuanto al Seguro Obligatorio, se exige hoy en la generalidad de los países europeos, como consecuencia del Convenio del Consejo de Europa de 20 de abril de 1959.

Estas radicales innovaciones explican las resistencias que se oponen a la entrada en vigor de la Ley: la ampliación de la responsabilidad eleva la prima del seguro y la obligatoriedad puede limitar el campo de acción peculiar de cada empresa aseguradora.

El Reglamento regula el Seguro Obligatorio, determina la forma de cumplimiento de sus obligaciones por parte del Estado y de las Corporaciones locales y desarrolla las funciones que corresponde al fondo de garantía.

Constituye una modalidad del seguro privado y se rige por las normas del Reglamento, siendo nulos los pactos contrarios al mismo. La contratación se inicia mediante proposición concreta dirigida por el tomador del seguro a la entidad aseguradora, la cual, en el plazo de ocho días, deberá entregar el certificado de seguro, entendiéndose, en otro caso, que aquélla ha sido rechazada. Acreditado ante el fondo de garantía que una entidad aseguradora privada no acepta una propuesta de seguro obligatorio, corresponde a aquél asumir el riesgo no aceptado, sin perjuicio de su distribución entre las entidades aseguradoras inscritas en el correspondiente Registro, que se lleva en el Ministerio de Hacienda. Las primas y los riesgos a cubrir son los mismos para todos los contratos. Estos últimos se fijan en el Reglamento.

El Estado, los Organismos autónomos, las Corporaciones locales y la Organización sindical, para el cumplimiento de las obligaciones que se deriven del uso y circulación de vehículos de su propiedad, constituirán una comunidad de riesgos administrada por el Fondo de Garantía de Riesgos de la Circulación.

A dicho Fondo serán aplicables las normas establecidas para las entidades aseguradoras, con las especialidades propias de su actuación. La finalidad del Fondo, su organización, funcionamiento, personalidad y recursos con que cuenta están regulados por el Decreto-Ley 18/64 de 3 de octubre.

La Orden del Ministerio de Hacienda de 24 de diciembre de 1964 aprobó las tarifas del Seguro Obligatorio, disponiendo que la unidad y obligatoriedad establecidas por el Reglamento se entenderán referidas a la prima de riesgos, y cada asegurador obligado a someter a la Dirección General de Seguros, en trámite ordinario, la previa aprobación de las bases técnicas y tarifas propias, podrá acogerse a la posible elasticidad de sus gastos de gestión, calculando aquélla con un recargo por dichos gastos comprendido entre el 15 y el 33 por 100 de la prima comercial resultante, que son los determinantes de los niveles mínimo y máximo de las tarifas aprobadas.

6. La Orden del Ministerio de Hacienda de 17 de diciembre de 1964 aprueba las pólizas para el Seguro de Crédito a la Exportación presentadas por el Comercio de Compensación de Seguros.

El Decreto-Ley 15/60 de 3 de noviembre dictó normas sobre Seguro de Crédito a la Exportación para adaptar con urgencia nuestra legislación económica a las directrices seguidas por los demás países incorporados a las organizaciones de cooperación económica internacional, como vía imprescindible para lograr la expansión inmediata de nuestro desarrollo y el afianzamiento de los mercados exteriores.

Este seguro cubre los riesgos «comerciales» y los «políticos y extraordinarios» que puedan afectar a las transacciones económicas a que los créditos a la exportación se refieren.

La garantía de los riesgos «políticos y extraordinarios» quedó reservada con carácter exclusivo al Consorcio de Compensación de Seguros regulado por la Ley de 16 de diciembre de 1954, a cuyo efecto se creó en dicho Consorcio una «Sección Especial de Seguros de Créditos a la Exportación».

Los modelos de póliza debían ser aprobados por el Ministerio de Hacienda.

La Orden ministerial de 17 de diciembre de 1964 aprueba dichos modelos en su triple modalidad de pólizas «Individual», «Global»

y de «Rescisión de Contrato», y cualquier divergencia que surja respecto a la interpretación o ejecución de las mismas se resolverá por el Tribunal Arbitral de Seguros.

7. La Ley 192/64 de 24 de diciembre determina el destino de los beneficios líquidos anuales del Banco de España.

En fecha próxima se amortizará la deuda especial creada para compensar el desequilibrio que resultó entre el activo y el pasivo del Banco de España al liquidar los ejercicios de 1936 a 1941, afectados por las consecuencias de aquella anormal etapa, especialmente por razón del desbloqueo y el desenvolvimiento de la economía española en el periodo de guerra.

Una vez amortizada dicha deuda especial, los beneficios líquidos anuales del Banco se destinarán: 1.º Al aumento de su patrimonio. 2.º A la cancelación de créditos que en la fecha de la Ley tenga concedido el Banco a Organismos de la Administración pública. 3.º Al Tesoro público.

El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Hacienda, determinará anualmente al aprobar el balance y cuentas del Banco de España el destino de sus beneficios a cualquiera de las finalidades indicadas.

8. La Ley 153/64 de 16 de diciembre regula las servidumbres de orden público necesarias para el funcionamiento de las estaciones de ayuda para la investigación y utilización del espacio exterior.

La Ley obedece a la insuficiencia de la regulación de las servidumbres aeronáuticas para las necesidades de dichas estaciones y al cumplimiento de los deberes de cooperación internacional de nuestro país que participa en la Organización Europea de Investigación del Espacio y tiene concertados sobre esta materia acuerdos bilaterales.

Las servidumbres serán principalmente radioeléctricas y ópticas, y el Consejo de Ministros fijará la zona afectada y la declaración de limitaciones y servidumbres que en la zona habrán de observarse.

9. Los Suplementos de esta Revista, en las páginas que a continuación se indican, recogen las disposiciones de mayor interés que afectan a la *Reforma del sistema tributario*.

- a) *Tabla de vigencias y disposiciones derogadas*, págs. 86 y 96.
- b) *Impuesto sobre Rendimientos del Trabajo Personal*, en cuanto se refiere a los Registradores de la Propiedad y a los empleados de los Registros, págs. 69, 75, 85 y 95.

La Orden del Ministerio de Hacienda de 20 de noviembre de 1964 resuelve todas las cuestiones relativas a la aplicación de dicho Impuesto a los Registradores de la Propiedad: como contribuyentes comprendidos en el apartado e) del artículo 1.º del Real Decreto-Ley de 15 de diciembre de 1927, la reforma ha comenzado a regir respecto a ellos el 1 de enero de 1965; el impuesto grava todos los ingresos de los Registradores de la Propiedad, tanto por las funciones propias del Registro como la que les corresponda por la liquidación de los impuestos cuya gestión tengan atribuida; la base imponible se determinará por estimación objetiva a través del régimen de evaluación global de ámbito nacional; para que puedan efectuarse las deducciones por el importe de los sueldos y demás emolumentos del personal a su servicio y de los Seguros Sociales, deberán cumplimentar como actualmente la regla 33 de la Instrucción provisional del impuesto tal como quedó redactada por la Orden ministerial de 22 de enero de 1959; en el coeficiente de deducción de gastos se ha integrado la establecida para Seguro y Previsión, y las declaraciones para gozar de las deducciones de 40.000 pesetas o por razón de familia numerosa deben presentarse con la antelación necesaria a la fecha en la cual hayan de surtir efecto, teniendo en cuenta las peculiaridades del régimen de evaluación global.

Los empleados de los Registros están comprendidos en el apartado b) del artículo 5.º del Real Decreto-Ley de 15 de diciembre de 1927 y, por tanto, la reforma del impuesto se les aplicará desde el 1 de julio de 1964.

- c) *Viviendas de protección oficial*, Suplemento, págs. 86 y 96.

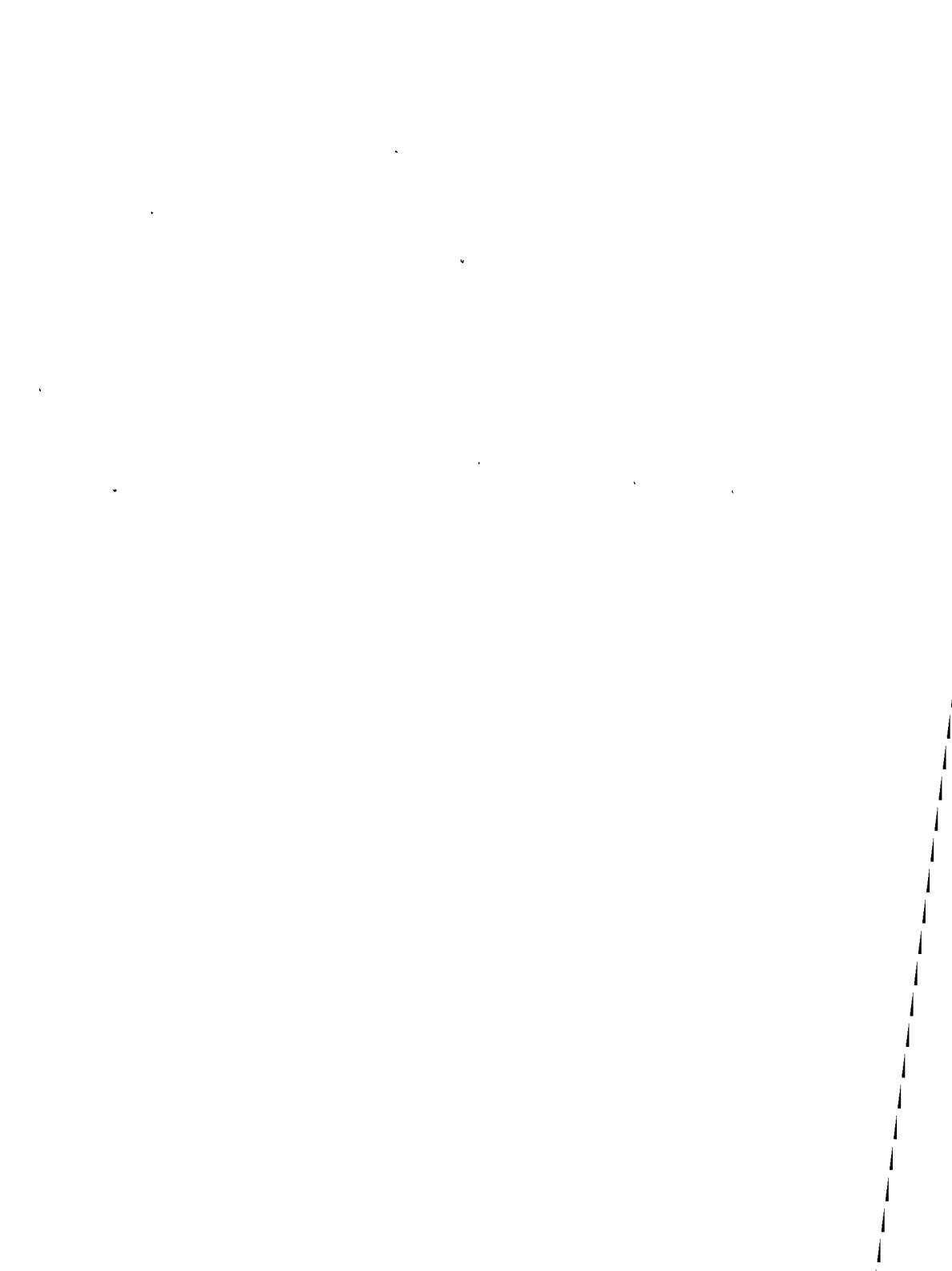
10. En la página 86 de los Suplementos se transcriben los artículos, que interesan a los Registradores de la Propiedad, de la Ley de 24 de diciembre de 1964, sobre modificación de determinados preceptos de las Clases Pasivas del Estado.

11. La Ley 209/64 de 24 de diciembre, Penal y Procesal de la Navegación Aérea, se caracteriza por su especialidad, derivada de la actividad a que se refiere Navegación Aérea Civil y, subsidiariamente en lo substantivo, Navegación Aérea Militar.

La especialidad se refleja: en la tipificación de los delitos, en la aplicación de penas severas, en la amplitud del arbitrio judicial y en el establecimiento de peculiares medidas de seguridad y de órganos jurisdiccionales propios.

FRANCISCO DE COSSÍO CORRAL.

JURISPRUDENCIA



Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

LA VENTA DE DIVERSAS PARCELAS PROCEDENTES DE OTRA FINCA PRINCIPAL A UN AYUNTAMIENTO, CON LA CLÁUSULA DE QUE SI NO SE DESTINAN A ZONA VERDE QUEDA SIN EFECTO LA TRANSMISIÓN PACTADA, HACE NECESARIO:

PRIMERO.—QUE COMO LAS FINCAS PUEDEN VOLVER AL DOMINIO DE LOS VENDEDORES Y REINTEGRARSE AL TRÁFICO JURÍDICO, LOS ASIENTOS REGISTRALES PUBLIQUEN LA EXISTENCIA DE AQUELLAS CONDICIONES QUE POR TENER TRASCENDENCIA REAL DEBEN AFECTAR A TERCEROS.

SEGUNDO.—DADO QUE AL PACTO ALUDIDO SE LE DA ACCESO AL REGISTRO DEBE FIGURAR EL PRECIO (FIJADO DE MANERA GLOBAL EN EL DOCUMENTO) DISTRIBUIDO ENTRE DICHAS PARCELAS, PORQUE PUDIENDO AFECTAR LA RESOLUCIÓN SÓLO A ALGUNA DE ELLAS, PARECE CONVENIENTE, A FIN DE PREVENIR UNA POSIBLE SITUACIÓN FUTURA, SEÑALAR LA PARTE DEL TOTAL PRECIO DE CADA PARCELA, PARA MAYOR CLARIDAD, CONOCIMIENTO A TERCEROS Y EN ARMONÍA, A MÁS, DE LOS ARTÍCULOS 9.º DE LA LEY HIPOTECARIA Y 51 DE SU REGLAMENTO, QUE PRESCRIBEN HACER CONSTAR EN LOS ASIENTOS EL VALOR DE LAS FINCAS SI RESULTA EN EL TÍTULO.

Resolución de 24 de noviembre de 1964 («B. O.» de 7 de diciembre).

Por escritura autorizada el 27 de julio de 1963 por el Notario recurrente, los hermanos don F., doña M. de la C., doña M. L., don M.

y don J. vendieron al Ayuntamiento de Córdoba, con destino a zona verde y precio global de 450.000 pesetas, que se distribuyeron por partes iguales, diversas parcelas afectadas por un plan de urbanización que les pertenecían «por quintas partes indivisas», estipulándose en la cláusula tercera de la escritura que «este contrato quedará resuelto en el caso de que por el excelentísimo Ayuntamiento se destinaran las parcelas adquiridas a finalidad distinta de la zona verde», solicitándose del Registrador pusiera al margen de las fincas la nota prevista en el artículo sexto del Reglamento Hipotecario.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fué calificada con nota del tenor literal siguiente: «Suspendida la inscripción del precedente documento, porque, realizada la venta con la condición resolutoria que en el mismo se consigna, no se determina el precio que corresponde a cada una de las fincas transmitidas, conforme la doctrina del artículo 11 de la Ley Hipotecaria; dejando tomada en su lugar anotación preventiva por término de sesenta días hábiles a los tomos, libros, folios, números de fincas y letras que indican los cajetines puestos al margen de las respectivas descripciones».

Interpuesto recurso por don Luis Cárdenas Hernández, Notario autorizante de la escritura, la Dirección confirma el auto presidencial y la nota del Registrador en méritos de la doctrina siguiente:

Que realizada una venta al Ayuntamiento de Córdoba de noventa y cuatro parcelas procedentes de otra finca principal, con la cláusula de que si no se destinan a zona verde queda sin efecto la transmisión pactada, la cuestión que este recurso plantea consiste en dilucidar si será necesario que se fije el precio que corresponda a cada una de las fincas vendidas, dado que en la escritura sólo se ha señalado uno global para todas ellas y que, de otra parte, las fincas vendidas se desinscriben en el Registro.

Que el Decreto de 17 de marzo de 1959, que reformó el Reglamento Hipotecario, adoptó los artículos 5.º y 6.º a la nueva clasificación de bienes municipales contenida en la Ley de Régimen Local y su Reglamento de 27 de mayo de 1955 y exceptúa de inscripción a los de dominio y uso público, a la vez que establece que si algún inmueble de propiedad privada o parte del mismo adquiere el ca-

rácter de estos últimos se haga constar su cambio de destino por medio de la nota marginal correspondiente que dará a conocer que tales fincas se encuentran fuera del Registro y sin que les afecte el sistema y efectos de la legislación inmobiliaria.

Que si, como consecuencia de hechos posteriores, los bienes de dominio y uso público pasan de nuevo a la categoría de inmuebles inscribibles, por cambiar de naturaleza y transformarse en otros de servicio público, de propios de los Ayuntamientos o incluso propiedad privada—como podría ocurrir en el supuesto que motiva el presente expediente—volverían de nuevo a tener acceso al Registro, y aunque esta materia no aparece regulada con la precisión que debiera, la aplicación de principios registrales tan esenciales como el de especialidad y tracto sucesivo aconsejan que más que una inmatriculación del inmueble se practique el asiento de inscripción en la misma hoja ya abierta, para facilitar la mecánica registral y tener todo el historial de la finca.

Que la posibilidad de que las fincas transmitidas puedan volver al dominio de los vendedores y reintegrarse al tráfico jurídico, hace necesario que los asientos registrales publiquen la existencia de todas las cláusulas y condiciones que por tener trascendencia real deben afectar a los terceros, y todo ello obliga a considerar, prescindiendo de si en este caso concreto la cláusula transcrita encierra una verdadera condición resolutoria con efectos *erga omnes* o se trata de una simple obligación personal que no debe tener acceso al Registro, con arreglo al artículo 98 de la Ley Hipotecaria, por no haber sido objeto de debate en el recurso, si para que tenga acceso al Registro el pacto contenido en la escritura es necesario que figure distribuido el precio entre las diferentes parcelas como para el supuesto de aplazamiento de pago exige el artículo 11 de la Ley Hipotecaria.

Que entre la cláusula pactada y la condición resolutoria expresa existen notables diferencias derivadas de la distinta situación que ambas contemplan, ya que en el pacto discutido no hay aplazamiento del precio ni señalado un plazo dentro del cual el acreedor pueda ejercitar su derecho, y sobre todo porque caso de cumplirse la condición carecen los vendedores de esa especie de autotutela que el artículo 59 del Reglamento Hipotecario establece en su favor al permitirles unilateralmente inscribir de nuevo el inmueble a su

nombre, pero dado que la resolución—de tener lugar—podría afectar parcialmente a alguna de las parcelas transmitidas y que los artículos 9.º de la Ley y 51 del Reglamento prescriben que se haga constar el valor de las fincas, si consta en el título, parece conveniente, y a fin de prevenir una posible situación futura, facilitar la operación y dar a los asientos una mayor claridad para su conocimiento por los terceros, que se señale la parte del precio que corresponda a cada una de las fincas vendidas, lo que puede lograrse, dado el carácter de la falta, mediante la instancia de los interesados a que hace referencia el artículo 110 del Reglamento Hipotecario.

* * *

Habiendo alegado el Notario que el Ayuntamiento de Córdoba adquiriría las fincas no como bienes de propios, sino para uso y dominio público, por lo que quedaban fuera del tráfico registral y *desinmatriculadas* del Registro, debiendo, por tanto, el Registrador abstenerse de inscribirlas como fincas separadas e independientes, limitándose a hacer constar el cambio de destino de las mismas, de acuerdo a lo previsto en el artículo 6.º del Reglamento Hipotecario y como expresamente se solicita en la cláusula cuarta de la escritura, con precisión fue rebatido por el Registrador, expresando que ésta—la escritura calificada—contiene dos cláusulas de imposible cumplimiento a la vez: aquella en que se pide la nota marginal de *desinmatriculación* y aquella otra en que se pacta la condición resolutoria para el caso de que las fincas vendidas no se dediquen a zona verde, pues si las fincas han desaparecido registralmente al extenderse la nota, mal se puede establecer sobre las mismas ningún gravamen de carácter real.

Pero al llegar aquí (y sin perjuicio de volver más adelante sobre lo resuelto) podríamos preguntarnos, como en el Considerando cuarto de los copiados hace la misma Dirección: ¿la cláusula transcrita encierra una verdadera condición resolutoria con efectos *erga omnes* o se trata de una simple obligación personal que no debe tener acceso al Registro con arreglo al artículo 98 de la Ley Hipotecaria?

A tal efecto es oportuno recordar la Resolución de 7 de julio de 1949, de tan parecido perfil a la presente, pues habiéndose he-

cho constar en una inscripción de compraventa la cláusula siguiente: «Es condición de este contrato que el edificio o edificios que se construyan habrán de ser destinados a Seminario diocesano o a una institución docente de carácter diocesano, etc.», la Dirección estimó era cancelable a petición de un tercer adquirente, por no reputarse condición resolutoria *erga omnes* ni constitutiva de un derecho real.

Y si bien para nuestro admirado Lacruz los argumentos en que se basa la Dirección *no son nada convincentes* (véase página 119 de sus *Lecciones de Derecho inmobiliario registral*, edic. 2.^a), la realidad es que los dos más importantes, cual el de no haber designación de beneficiarios para el supuesto de incumplimiento, y el referente a la no fijación de término para su cumplimiento, que implica para la Dirección una prohibición de enajenar o cuya duración excede de ciertos plazos con perjuicio del tráfico jurídico, podrían considerarse superados en el presente caso: el primero por existir tales beneficiarios, o sea, los mismos vendedores, y el segundo porque la finalidad urbanística de destino de las parcelas vendidas podría estimarse de signo negativo a efectos del Registro, ya que no puede pensarse fuese olvido del Notario y Registrador.

Por otra parte, ¿por qué la Dirección, a pesar de «no haber sido objeto de debate en el recurso», no sólo da cabida al pacto, sino que perfila su incumplimiento? (véase Considerandos 4.º y 5.º). Bien a su mano tenía la regla séptima del artículo 51 del Reglamento Hipotecario, que terminantemente ordena que en ningún caso se indicarán en las inscripciones los derechos expresados en el artículo 98 de la Ley Hipotecaria.

Y aun sin eso, cuando lo ha encontrado oportuno, sin plantearse directamente el problema, para fijar doctrina, ha dictado reglas que Notarios y Registradores hemos de acatar: tal la Resolución de 19 de julio de 1952, que prescribe la necesidad del consentimiento de los herederos forzosos para la enajenación de inmuebles por los albaceas autorizados al efecto por el testador, no obstante la supresión del párrafo 7.º del artículo 20 de la Ley Hipotecaria anterior, «por estar fundada en preceptos de derecho material».

Podríamos dejar con lo expuesto finalizada esta glosa, pues harto elocuentes son al respecto los bien conjuntados Considerandos de la presente decisión; mas basándose ésta en el excelente informe del

Registrador, queremos dejar constancia del mismo, en particular en su primera parte, con su alusión a los artículos 32, 49 y 63 del Reglamento Hipotecario, que inducen—según expresa—a inscribir la adquisición a nombre del Ayuntamiento de Córdoba, con las limitaciones y condiciones pactadas o que ya figuraban inscritas, a lo que podríamos agregar lo que la misma Dirección dice en el tercer Considerando, esto es que aunque esta materia no aparece regulada con la precisión que debiera, la aplicación de principios tan esenciales como el de especialidad y tracto sucesivo aconsejan que más que una inmatriculación de los inmuebles (para caso de incumplirse la condición) se practique la inscripción en la misma hoja ya abierta, para facilitar la mecánica registral y tener todo el historial de la finca.

En cuanto a la parte final de dicho informe, tratándose—el incumplimiento de la condición—de imposible prueba por su mera constatación en el Registro, como el mismo funcionario admite, y que habrá que demostrar documentalmente, el automatismo de la resolución que considera aplicable al caso, cual si de la explícita de los artículos repetidos 11 de la Ley Hipotecaria y 59 de su Reglamento se tratase, no parece factible, como con suma cautela pone de relieve el Centro directivo a través de la doctrina que ha ido sentando. (Como complemento y para evitar repeticiones, nos remitimos a nuestra nota a la Resolución de 13 de junio de 1962, páginas 705 a 708, inclusives, de esta Revista, de dicho año. Y como antecedente preciso de lo allí expuesto, al excelente y fino artículo de nuestro compañero Francisco Ruiz Martínez: *Precio aplazado. Artículo 11 de la Ley Hipotecaria y 59 de su Reglamento*, páginas 601 y siguientes, año 1948, también en esta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, en postura original contraria a todo automatismo.)

CONTADOR-PARTIDOR: FACULTADES.—SI BIEN LA NORMA GENERAL, NO HABIÉNDOSELE CONFERIDO POR EL TESTADOR OTRAS ESPECIALES, ES LA DE ATENERSE EN SU COMETIDO, EN PRIMER TÉRMINO, A LAS PRESCRIPCIONES DEL ARTÍCULO 1.061 DEL CÓDIGO CIVIL, CUANDO LO INVENTARIADO CONSISTA EN UNA COSA INDIVISIBLE O QUE DESMEREZCA MUCHO POR SU DIVISIÓN, PODRÁ ADJUDICARLA A UN HEREDERO, A CALIDAD DE ABONAR A LOS OTROS EL EXCESO EN DINERO, SIN PERJUICIO DE LAS

FACULTADES DE VENDER EN SUBASTA PÚBLICA EL BIEN INVENTARIADO, A PETICIÓN DE CUALQUIERA DE AQUELLOS, TODO SEGÚN PREVIENE EL ARTÍCULO 1.062 DEL CITADO CÓDIGO.

Resolución de 2 de diciembre de 1964 («B. O.» del 16 de igual mes y año).

Por escritura otorgada ante el Notario recurrente el 28 de enero de 1963, don J. L., como Comisario partidor de la herencia de doña R., elevó a público el cuaderno particional redactado a la muerte de ésta, en el que adjudicó a una nieta de la causante la única finca que integraba la herencia (pomarada de 13 áreas, con una casa de planta baja y sótano), con la obligación de pagar en metálico su parte a los demás herederos.

Presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fué calificada con nota del tenor literal siguiente: «No admitida la inscripción del precedente documento, porque el artículo 1.061 del Código civil vincula al Contador-partidor, sin más excepciones que la autorización expresa del testador. El defecto es insubsanable, y dada su naturaleza no se toma anotación de suspensión, aunque se solicite».

Interpuesto recurso por don José Ramón Penzol, Notario que elevó a público el cuaderno particional, la Dirección revoca el auto del Presidente de la Audiencia, confirmatorio de la nota calificadora, mediante la doctrina siguiente:

Que la cuestión que plantea este expediente consiste en resolver si el Contador-partidor nombrado por la testadora con las facultades generales del artículo 1.057 del Código civil puede adjudicar el único inmueble de la herencia a uno solo de los herederos con la obligación por parte de éste de satisfacer a los demás su correspondiente parte en metálico, o si, por el contrario, no tiene atribuciones para realizar tal acto, por haberse excedido de las puramente particionales.

Que los Comisarios-contadores-partidores, como encargados por el testador para realizar después de su muerte la partición de la herencia, en el ejercicio de sus facultades, cuando no se les hayan

conferido algunas especiales, habrán de atenerse para el cumplimiento de su función a las normas generales contenidas en primer término en el artículo 1.061 del Código civil y procurarán guardar la posible igualdad entre los lotes, sin que proceda adjudicar todos los bienes a un heredero y satisfacer a los demás su parte en metálico, porque constituye un acto de enajenación que escapa a las facultades del Contador y requiere el consentimiento de todos los herederos.

Que ello, no obstante, es también evidente que los Contadores, al cumplir su misión, deben tener en cuenta las circunstancias y modalidades de la partición, ya que hay casos en que no tienen medio hábil para hacer los lotes ajustados al criterio del artículo 1.061 del Código civil por la imposibilidad material de distribuir los pocos bienes hereditarios entre el número grande de herederos, y por ello el artículo 1.062 permite, como excepción al artículo anterior, que cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, puede ser adjudicada a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero, circunstancia que concurre en el presente recurso, donde hay una sola y pequeña finca inventariada, que el Contador ha atribuido al mayor partícipe, siguiendo análogo criterio al adoptado por las Resoluciones de este Centro de 10 de enero de 1903, 23 de julio de 1925 y 6 de abril de 1962, que declararon no haberse excedido el Comisario en sus funciones por ser acto de partición ordinaria el comprendido en el artículo 1.062 del Código civil, sin perjuicio de la facultad de vender, en su caso, en pública subasta, la finca inventariada, a petición de cualquier heredero, según previene el citado precepto legal.

* * *

En términos generales—y así lo reconoce la misma Dirección en el segundo de sus Considerandos—la nota del Registrador es en absoluto correcta. En igual sentido la doctrina: Sáenz de Santa-maría, Roca Sastre, De la Cámara Alvarez, últimamente, etc.

Ahora bien, cuando se trata de una cosa *indivisible*, o sea, en el caso que prevé el artículo 1.062 del Código civil, el Comisario puede —escribe Roca—, sin rebasar sus facultades, adjudicarla a un solo heredero a calidad de abonar a los otros su parte en dinero, pues

esto constituye un acto puro de partición (sentencia de 4 de julio de 1895).

Parecidamente, dice Cámara, «que el artículo 1.061 del Código civil debe entenderse con una cierta flexibilidad, como su propio tenor literal evidencia. El precepto habla de la *posible igualdad*. También es perfectamente admisible—continúa—que los Contadores, si es necesario, por tratarse de casos indivisibles o que desmezcan mucho por la división, adjudiquen la cosa a uno de los herederos a calidad de abonar a los demás el exceso en dinero, como dice el artículo 1.062».

«En este caso especial, aunque la división se consume a través de una verdadera *disposición o enajenación* (por lo que al bien indivisible se refiere), el acto es de *partición ordinaria*, como lo revela el propio artículo 1.062. En este sentido la *Resolución*—sentencia, mejor, por error seguramente de impresión—de 4 de julio de 1895» (1).

Lo expresado—aunque el referido Cámara cuide de resaltar que aunque se trate de verdadera disposición por lo que al *bien indivisible* se refiere, el acto es de *partición ordinaria*—no se cohonestaba debidamente con lo que poco antes el mismo expresara de ser *partición extraordinaria* aquella en que se prescinde de la igualdad mínima a que los coherederos tienen derecho»... Añadiendo: «que cuando en la partición el reparto se efectúa sin atender al principio de igualdad estaremos ante un acto que, por su trascendencia y gravedad, se aproxima a una verdadera enajenación. *Seria, en suma, un acto de riguroso dominio*».

Para nosotros, pues, la cuestión no es tan clara y simplista como a primera vista parece. La Resolución de 10 de enero de 1903, invo-

(1) La Ley admite que es *partición* la que tiene lugar mediante la enajenación de la cosa común y reparto del precio, bien se venda la cosa a un tercero, bien se adjudique a uno de los comuneros a calidad de abonar a los demás su parte en dinero. Ciertamente que esta forma *extraordinaria* de dividir se refiere únicamente a cosas indivisibles (pág. 735).

El acto no pierde su carácter particional... aunque lo realice quien tenga facultades para hacer la partición. «lo que no quiere decir que todo aquel que tenga la facultad de hacer la partición pueda imponer esta forma extraordinaria de partir. No puede, desde luego, el Contador-partidor (como se ha visto arriba).

Texto del mismo autor (nota 31 en el documentado trabajo que al final se cita).

cada por uno y otro funcionario, más bien parece inclinar el ánimo a la postura del Registrador. Y aunque los hechos negativos no deban probarse, cuando éstos se enfrentan a preceptos legales como el citado por aquél—artículo 4.º de la Ley de 15 de julio de 1954—, «de que la parcela indivisible será adjudicada por licitación entre los coherederos», ¿ni aun así pueden ser apreciados por el calificador?

En este caso de *indivisibilidad* al que el insigne Roca especialmente se refiere, la diversidad de opiniones cuando se trata de un edificio con varios pisos susceptibles de aprovechamiento independiente; las sustanciales razones que el mismo alega para su consideración de *indivisible*, o sea, la de la concesión de los derechos de tanteo y retracto a los demás copropietarios, hoy son inoperantes (artículo 1.º, apartado 3.º, Ley de Propiedad Horizontal).

¿Y qué decir respecto a cuando la cosa *desmerezca mucho por su división*? ¿Tampoco en este hecho debe inmiscuirse en absoluto el Registrador? ¿Es de la absoluta apreciación del Comisario?

Si todos los herederos son mayores de edad, cabe pasar por ello, pues como dijimos en la nota a la Resolución de 6 de abril de 1962, el párrafo 2.º del artículo 1.062, más que complemento es una garantía para los adjudicatarios de metálico.

Pero habiendo menores, ¿se ha pensado en las consecuencias que ello puede arrastrar?

Si aun estando facultados los demás herederos para pagar en dinero el valor de la legítima, terminantemente dice Cámara que el Contador, en *tanto el pago no se efectúe*, carece de facultades para adjudicar los bienes de la herencia y que una tal partición no deberá elevarse a escritura pública ni inscribirse..., ¿qué prueba habrá para el Registrador entonces al decirse en el cuaderno—como en él calificado—«que se adjudica la parcela a la nieta con la *obligación de pagar en metálico* su parte a los demás herederos»?

No es, pues, repetimos, la cuestión tan pacífica y simplista como parece desprenderse de la doctrina sentada por la Dirección que, por otra parte, invoca en su apoyo las Resoluciones de 10 de enero de 1903, que, cual hemos expuesto, se puede considerar contraria al caso, la de 23 de julio de 1925, que, como señala agudamente Cámara, más bien contempla una delegación de facultades del testador,

y por último, la de 6 de abril de 1962, que se refiere, según dijimos y el mismo Centro expone, a un verdadero contrato particional.

* * *

Véase: Roca Sastre: *Derecho Hipotecario*, tomo II, pág. 634, 1954.

Cámara Alvarez: *Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código civil*, pág. 836 y sigs., vol. I. Centenario de la Ley del Notariado.

Resolución y nota de 6 de abril de 1962, págs. 542 a 548 de esta Revista de dicho año.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO,
Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL

III.—OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1963.—*Responsabilidad extracontractual objetiva.*

Insistiendo en doctrina de anteriores sentencias, afirma ésta que si bien nuestra legislación no ha admitido de un modo expreso el sistema de la responsabilidad objetiva con respecto a los daños sufridos por tercero, es evidente que tanto la doctrina como la jurisprudencia en una creciente evolución viene inclinándose a reconocer la responsabilidad fundada en la mera creación de peligros para la comunidad, aun prescindiendo de la culpa del responsable, y que se aplican a la responsabilidad extracontractual regulada en los artículos 1.902 y siguientes del Código civil, los principios que inspiran la teoría de la culpa contractual prevista en el artículo 1.104 del propio Código, en la que no sólo se exige la culpa previsible, sino la que se derive de la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, debiéndose entender que la creación de un riesgo lleva consigo el acarreo de la responsabilidad derivada de aquél.

SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1963.—*Para la aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus», la alteración de las circunstancias ha de ser imprevista.*

Un Ayuntamiento arrendó una cantera por plazo de veinticinco años. Demandó al arrendatario para que se aumente el canon arrendaticio, porque en el momento del contrato no se pudo prever el alza de los precios y desvalorización de la peseta. La demanda fué desestimada en ambas instancias y el recurso de casación no triunfó.

Son de interés los siguientes razonamientos de esta sentencia:

Que la jurisprudencia de esta Sala, atendiendo al respeto y efectividad que ha de concederse a los preceptos legales, pero no ajena a las exigencias de la realidad, cuando éstas llegan a constituir verdaderos imperativos de justi-

cia, no ha podido por menos de admitir la posibilidad de reconocimiento de la cláusula *rebus sic stantibus*; pero imponiendo severas restricciones a su efectividad por los evidentes e innegables peligros que su generalización representaría para la seguridad del tráfico contractual, la eficacia de la voluntad manifestada y el mantenimiento del orden jurídico.

Y es obvio, añade, que siendo a la sazón del contrato previsible la devaluación monetaria que, con carácter incontenible y casi a escala mundial, se viene produciendo desde fechas muy anteriores a la de la perfección del mismo, ello pudo y debió tenerse en cuenta para conjugarlo con la posible duración del contrato, atendida la capacidad de la cantera y el probable ritmo de trabajo hasta llegar a su agotamiento, y como la cláusula *rebus sic stantibus* no es para el remedio de la imprevisión de los contratantes, sino de los acontecimientos extraños a la voluntad de los mismos, no cabe estimar la violación de la doctrina legal que se aduce y cuyo carácter restrictivo, al respecto, está suficientemente patentizado, todo lo cual determina que haya de ser rechazado el motivo que se examina.

SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 1964.—*Intimidación en los contratos. Causa en la compraventa.*

El recurrente, persona de larga experiencia y avezada en los negocios, sin merma justificada de su capacidad, por hallarse en difícil situación económica como fabricante de harinas, consiguió de uno de los recurridos un préstamo dinerario cuyo pago garantizó mediante dos hipotecas por escrituras de 18 de abril y 6 de mayo de 1950, en las que afectó la mayor parte de los bienes litigiosos y su totalidad por documento privado de la primera de esas fechas.

Como desease cancelar dichos gravámenes, después de intentar enajenar los inmuebles a personas extrañas, sin encontrar comprador, las vendió por escritura pública de 7 de octubre de 1953 al padre del acreedor hipotecario cuando aún faltaban más de seis meses para el vencimiento de las hipotecas.

Dicho recurrente demandó la nulidad de tal compraventa por existir intimidación en el consentimiento y falta de causa.

La demanda fué desestimada en ambas instancias y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación.

Con tal motivo la sentencia del Tribunal Supremo hace un interesante estudio de la intimidación:

La intimidación, dice, definida en el artículo 1.267, apartado 2.º del Código civil para viciar el consentimiento conforme a lo dispuesto en el 1.265 y provocar la invalidación de un negocio jurídico, requiere, ineludiblemente, que uno de los contratantes, o persona que con él se relacione (sentencia de 30 de abril de 1947, en armonía con el artículo 1.268), valiéndose de un acto injusto y no del ejercicio correcto y no abusivo de un derecho (sentencias de 25 de mayo de 1944, 4 de julio y 28 de octubre de 1947 y 13 de junio de 1950), ejerza sobre el otro una coacción o fuerza moral (vis compulsiva) de tal entidad, que por la inminencia del daño que pueda producir (sentencias de 12 de febrero y 16 de diciembre de 1915), y por el perjuicio que hubiera de originar, sea capaz de influir sobre su ánimo, induciéndole a emitir una declaración de voluntad no deseada y contraria a sus propios intereses (sentencia de 18 de noviembre de 1944), es decir, que consista en la amenaza racional y fundada de un mal grave (*sed majoris malitatis*) en atención a las circunstancias per-

sonales (art. 1.267, párrafo 3.º) y ambientales que concurren en el sujeto intimidado (sentencia de 18 de febrero de 1944), y no en un temor leve (*vani temoris justa excusatio non est*), y que entre ella y el consentimiento otorgado medie un nexo eficiente de causalidad (sentencia de 3 de junio de 1941).

Respecto a la causa, añade la sentencia: No puede ponerse en duda que dicho convenio no carece de causa, por integrarse ésta por la utilidad recíproca deseada por los contratantes (sentencia de 15 de enero de 1904), que en los negocios de compraventa, según el artículo 1.445 de dicho cuerpo legal, consiste en el precio estipulado para el vendedor y la cosa que se aspira a conseguir para el comprador (sentencias de 30 de enero y 8 de abril de 1960), elementos ambos que concurren en el presente caso, sin que contra ello pueda oponerse válidamente que, respecto al recurrente, se tradujo en el deseo de cancelar las hipotecas que gravaban los bienes enajenados, porque tal afirmación únicamente implicaría el motivo o móvil subjetivo o psicológico que le determinó a contraer la obligación (sentencias de 18 de enero de 1902 y 22 de marzo de 1924), pero no la causa objetiva de la misma a que aluden los artículos 1.261, número 3.º, y 1.274, y que no provoca la nulidad de lo estipulado, al no haberse incorporado al negocio contraído.

SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1964.—*Perfección del contrato de compraventa. No necesidad del consentimiento «uxoris» por ser contrato anterior a la reforma del Código civil. Anulabilidad de la compraventa, que sólo puede pedir la mujer o sus herederos.*

El demandado vendió una finca el 16 de abril de 1958. (Recuérdese que la modificación del artículo 1.413 del Código civil fué por Ley de 24 de abril de 1958.)

En el acto de la venta recibió, como señal y parte de precio, una cantidad. Se convino que el resto del precio se pagaría en dos plazos, el último el 30 de septiembre de 1959. El referido vendedor no admitió el pago de las cantidades aplazadas.

Demandado para que cumpliera el contrato, contestó alegando ciertas falsedades en el documento privado; que no había existido venta, y en definitiva, que la finca era ganancial y no podía otorgar escritura sin consentimiento de su mujer, que no lo prestaba.

El Juzgado de Primera Instancia absolvió al demandado basándose en que era necesario el *litis consorcio* del demandado y su esposa, que no había sido demandada. La Audiencia estimó la demanda en lo fundamental. No prosperó el recurso de casación.

El Tribunal Supremo estudia las dos cuestiones planteadas: el momento de perfeccionarse el contrato de compraventa y la validez de la obligación contraída por el marido.

Razonó así: Que si bien es cierto que conforme a lo dispuesto en el artículo 609 del Código civil, la propiedad de los bienes inmuebles se adquiere, entre otros medios, como consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición, lo que supone la concurrencia de dos requisitos, la existencia del contrato y la tradición, que no es otra cosa que la entrega, la puesta en posesión del adquirente; no es menos cierto que dado el carácter eminentemente espiritualista de nuestro Ordenamiento jurídico, sancionado por los artículos 1.091, 1.254, 1.256 y 1.258 del mismo Cuerpo legal, desde el momento que se celebra

un contrato, los otorgantes se encuentran vinculados por las estipulaciones libremente concertadas y pueden compelerse recíprocamente al cumplimiento de lo pactado. Así sucede en la compraventa de bienes inmuebles, que se perfecciona por el mero consentimiento y desde entonces ampara al comprador la acción obligacional para exigir del vendedor la entrega del inmueble, la tradición o el cumplimiento de los requisitos formales que la Ley exige, o sea, el otorgamiento de la escritura pública; como compete al vendedor la acción para exigir el pago del precio pactado, conforme claramente estatuye el artículo 1.450 del tan repetido Código.

Sentada la anterior doctrina, no puede ofrecer la menor duda que el contrato celebrado entre las partes el 16 de abril de 1958, antes de la publicación de la Ley de 24 del mismo mes y año, quedó perfeccionado en el mismo momento de su otorgamiento con la concurrencia de los requisitos de consentimiento, objeto y causa, por lo que desde dicho instante el comprador estaba asistido de la acción obligacional para compeler al recurrente a la elevación a escritura pública del documento privado de compra y para que consumara el contrato mediante la entrega de la finca, sin que sean obstáculo para ello las disposiciones del artículo 1413 del tan repetido Código en la nueva redacción que le confirió la Ley citada, puesto que cuando ésta se publicó, sin concederse efecto retroactivo, ya se había perfeccionado la compraventa con facultad en el marido para disponer de los bienes gananciales, sin otras limitaciones que las que la legislación entonces vigente reseñaba, máxime si se tiene en cuenta que, otorgado válidamente un contrato, aun cuando contuviera algún vicio que pudiera privarle de eficacia, ello daría lugar a una *acción de anulabilidad* que sólo correspondería a la mujer y sus herederos, pero nunca al propio marido otorgante del contrato y causante del vicio perseguido.

SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1964.—*Permuta de bienes gananciales. Falta de consentimiento «uxoris» Anulabilidad que sólo puede pedir la mujer o sus herederos.*

Se pactó una permuta de bienes inmuebles. No se cumplió lo pactado. El demandante pidió que se llevara a efecto lo estipulado con el otorgamiento de escritura pública. El demandado se opuso alegando diversos motivos y, en definitiva, con carácter alternativo, pidió que se declarase la inexistencia y nulidad del contrato por no haber dado consentimiento las esposas de los contratantes y ser gananciales las fincas permutadas.

En la súplica de la réplica el demandante añadió que si condenado el demandado al otorgamiento de la escritura pública, su esposa no le prestara el consentimiento, se declarase debía pedir autorización judicial.

El Juzgado de Primera Instancia absolvió al demandado. La Audiencia le condenó a otorgar la escritura para cumplir la permuta, pero declarando no haber lugar a la petición de la réplica. El Tribunal Supremo no accedió a la casación pedida.

Afirma en los Considerandos de la sentencia, que un principio secular de nuestra organización familiar es la potestad del marido para administrar la sociedad de gananciales y enajenar sus bienes a título oneroso, respondiendo así a la tradición del Derecho castellano, que, desde la Ley 205 de Estilo, había sancionado aquella facultad, que podía ser ejercitada libremente por el

marido, salvo que tratara de obrar en fraude de la mujer, y así lo disponía el artículo 1.413 del Código civil, precepto que, con la finalidad de proteger más eficazmente los intereses de la mujer, fué modificado por la Ley de 24 de abril de 1958, exigiendo en su nueva redacción el consentimiento de la mujer o, en su defecto, autorización judicial para otorgar actos dispositivos sobre inmuebles o establecimientos mercantiles. Lo que no quiere decir que se implante un régimen de codisposición a título oneroso para ciertos bienes, sino que la potestad de disposición le corresponde al marido, único al que le pertenece la iniciativa para realizar dichos actos, en los que la mujer no es parte, aunque los consienta, y por ello este novísimo consentimiento *uxoris*, limitativo de las facultades del marido, integra un negocio de asentimiento por el que la mujer sanciona la repercusión de la disposición en su propia esfera jurídica, y tiene un estrecho parentesco y paralelismo con la licencia marital, pues los dos consisten en el levantamiento por uno de los cónyuges de la limitación impuesta al poder dispositivo del otro y cuando se hace un uso arbitrario de los mismos, cabe sustituirlos por la autorización judicial, por lo que, en principio, parece viable *aplicar*, por analogía, para solucionar las lagunas que la reglamentación del consentimiento *uxoris* origina, las *soluciones* elaboradas por la doctrina, tanto científica como legal, a propósito de la *licencia marital*.

Que el artículo 1.413 no dice si es sancionable y en qué grado el acto de disposición realizado por el marido sin el consentimiento de su mujer o autorización judicial, y para integrar esta grave omisión, hay que partir de que la *ratio juris* del precepto consiste en conceder a la mujer una protección amplia y eficaz de sus intereses en la sociedad de gananciales, los que pueden llevarla a la confirmación o ratificación del acto dispositivo, o a su impugnación para que sea ineficaz frente a ella, originando una *anulabilidad* que sólo se produce si la mujer o, en su caso, sus herederos la pide, pues al ser ella la destinataria del sistema protector instaurado por el nuevo artículo 1.413, es la única legitimada para ejercitar la pertinente acción, por lo que el acto sólo es ineficaz si la mujer así lo pide y cuando lo pida, facultad de que carece el marido, cual declara la sentencia de 7 de febrero de 1964, ya que sería arbitrario y opuesto al principio de que nadie puede ir contra sus propios actos si se le permitiera impugnar el contrato fundándose en la inobservancia de un requisito a él sólo imputable. Anulabilidad que determina el que el marido es responsable sin limitación alguna frente al que con él contrató, del cumplimiento de las obligaciones asumidas o que sean natural consecuencia del contrato, y si la mujer obtiene la declaración de nulidad, la misma no atenta a la subsistencia de las obligaciones y responsabilidades que el marido haya podido contraer a consecuencia del acto realizado sin perjuicio de que pueda destruirse el efecto fundamental de dicho acto, o sea, el dispositivo.

Que van contra la doctrina expuesta los dos motivos en que se basa el presente recurso, pues como los actos realizados por el marido sin consentimiento *uxoris* o autorización judicial no alteran ni modifican derechos de otras personas, excepto los de la mujer, que justamente por eso es titular de la acción de impugnación encaminada a que frente a ella se repunte el acto ineficaz, ni tal impugnación puede ejercitarla el que contrató con el marido, al que sólo le cabría pedir la resolución contractual por incumplir aquél su deber de procurar que el contrato reúna todos los requisitos y presupuestos necesarios para lograr la plenitud de sus efectos, ni tampoco le pertenece al marido, al no ser posible que éste inste la nulidad del contrato y, en su caso,

la devolución del bien enajenado, que es su consecuencia, basado en un acto torpe producido por el mismo reclamante por lo que siendo el marido responsable frente a su contratante de los compromisos que contrajo, al instar éste el cumplimiento no tiene que demandar para ello a la mujer, contra la que carece de acción, ni hay obstáculo para cumplirlo mientras la esposa no lo impugne en forma adecuada

SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 1964.—*Venta de inmuebles gananciales. Consentimiento «uxoris». Anulabilidad que sólo puede pedir la mujer o sus herederos.*

La actora instó demanda de retracto de finca rústica, por ser colindante. Se suspendió el trámite judicial para llegar a un acuerdo extrajudicial y amistoso, el cual se ultimó, y por convenio, en documento privado, el demandado vendió a la actora las fincas objeto del retracto

El demandado-vendedor no cumplió lo pactado y fué demandado por segunda vez, siendo el objeto de esta segunda demanda que se cumpliera lo convenido.

Se opuso a la demanda basándose en que la finca era ganancial y su esposa se negaba a prestar el consentimiento prevenido en el artículo 1.413 del Código civil, lo que hacía inválida la venta.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó al demandado al otorgamiento de la escritura pública, «con la intervención de la esposa». La Audiencia confirmó la sentencia, pero suprimió la frase «con la intervención de la esposa». El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación

Dice la sentencia que se trae de nuevo a casación el tema de la trascendencia que ha de concederse a la ausencia del consentimiento de la mujer en los actos dispositivos realizados por el marido, en los que debe ser prestado, así como el de quienes se hallan legitimados para impugnarlos, temas que han sido considerados por esta Sala en sentencias de 7 de febrero y 13 de marzo del año en curso y resueltos en el sentido, que en ésta se reitera, de que el poder de disposición de los bienes gananciales de las características a que se refiere el artículo 1.413 del Código civil, que tradicionalmente correspondió al marido, no ha pasado a corresponder conjuntamente a ambos cónyuges, sino que, continuando en él, la mujer puede potestativamente asentir o no al acto dispositivo, correspondiendo exclusivamente a ella, o en su caso a sus herederos, a la protección de cuyos intereses se dirige el artículo 1.413, el impugnar los actos en que no haya sido prestado su consentimiento, susceptible de ser prestado *a posteriori*, y, por consiguiente, carente de entidad bastante a imprimir la nulidad radical al acto realizado por quien está facultado por la Ley para realizarlo y para el que la prestación del consentimiento *uxorio* sólo tiene como consecuencia el privar a la mujer de este derecho de impugnación, que nunca puede ejercitar quien, dando motivo a la posibilidad de su ejercicio, no puede aducir que su falta le ocasione perjuicio alguno.

Era de esperar que lo dispuesto en el modificado artículo 1.413 suscitara litigios. Chocaba, a primera vista, con nuestra tradición jurídica y suscitaba dudas su encuadramiento en el sistema de la sociedad de gananciales.

La doctrina se planteó el problema que las sentencias contemplan. Algunos autores (De la Cámara, R. Adrados, Roca Juan, Aspiazu) hicieron resaltar las

analogías del consentimiento de la mujer con la licencia marital, aunque la finalidad sea distinta, y las mismas analogías en cuanto a la falta del mismo: se produce anulabilidad y no nulidad absoluta.

Bonet (véase Código civil comentado) escribió: «Constituye el consentimiento de la mujer, si se obtiene, un requisito habilitante, que encaja dentro de lo que la técnica jurídica alemana llama negocios de asentimiento y guarda un estrecho parentesco y paralelismo con la licencia marital, por lo que es viable aplicar por analogía al consentimiento «uxoris» las soluciones elaboradas a propósito de la licencia marital». Añade: «Estos actos dispositivos para los cuales debe ser autorizado el marido, deben ser objeto de interpretación restrictiva, consustancial a las limitaciones de capacidad y prohibiciones legales».

Azpiázu (que ya ha comentado esta doctrina en el número último de esta Revista) sostiene la inscribibilidad de los actos dispositivos del marido sin consentimiento de la esposa, por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 94 del Reglamento Hipotecario, haciendo constar, claro está, en el asiento dicha falta de consentimiento.

Por el contrario, otros como La Rica, sostuvieron ser el consentimiento «uxoris» elemento esencial del contrato.

La Dirección de los Registros no se llegó a enfrentar abiertamente con el problema, aunque se advierte en sus resoluciones una interpretación no rigurosa de la limitación de las facultades del marido.

La resolución de 23 de octubre de 1959 dijo que el consentimiento de la mujer implicaba una limitación de las facultades de disposición del marido, a las que no debe darse mayor alcance del querido por el legislador en su moderada reforma, la cual, respetuosa con el sistema general del Código, por estimarlo acomodado a la realidad social española, ha de ser interpretada con la misma deseada ponderación.

Las resoluciones de 1 y 2 de marzo, 28 de mayo y 11 de junio de 1963, declararon inscribibles escrituras de enajenación de inmuebles gananciales en las que, respectivamente, vendía el marido y la esposa conjuntamente; la mujer por sí y en representación del esposo; transmitía un apoderado de ambos, y vendía la esposa con consentimiento del marido. Interesantes comentarios de ellas, debidos a la pluma de G. Cánovas Contuño vieron la luz en esta Revista, números 422-423.

Tres sentencias, dos, al menos, claras y terminantes, son ya jurisprudencia, doctrina jurisprudencial. De ahora en adelante, la aplicación del artículo 1.413 del Código civil ha de hacerse de distinto modo, sin duda, en el tráfico jurídico normal, notarial y subsiguiente registral. Ha quedado reforzada la base de sustentación de los que opinan que los artículos 169 del Reglamento Notarial y 94 del Reglamento Hipotecario son aplicables a la falta de consentimiento de la esposa.

No parece que pueda haber ya dudas respecto a que, como opinó Vallet de Goytisolo, la mujer pueda otorgar un consentimiento general al marido, para todas las enajenaciones de bienes gananciales.

Ha hecho el Tribunal Supremo en estos casos una interpretación de la Ley declarativa y crítica o correctiva. Ha precisado el sentido de la palabra «consentimiento», concordándolo con el sentido del texto legal, sentido que se deriva, en parte, de nuestro derecho histórico y del espíritu tradicional de la institución.

IV.—SUCESIÓN «MORTIS CAUSA».

SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1964.—*Sustitución fideicomisaria. Venta por fiduciario y fideicomisarios. No hay «herencia futura». Prescripción.*

La madre era heredera fiduciaria; los hijos, menores de edad, herederos fideicomisarios. Los hijos fueron emancipados y renunciaron a su derecho, y la madre fiduciaria vendió dos fincas objeto de la institución fideicomisaria, con consentimiento de dichos hijos.

Ya mayores los hijos y después de cuatro años de haber llegado a la mayoría de edad, demandaron la nulidad de la venta. Entendían que su renuncia fué nula porque implicó pacto sobre herencia futura.

¿Existió nulidad de pleno derecho, imprescriptible? ¿Anulabilidad prescriptible? ¿Hubo pacto de «herencia futura»?

La demanda fué desestimada en ambas instancias y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación.

Su sentencia dice: Que en el caso de autos no puede sostenerse la inexistencia del negocio jurídico, por ser indudable la concurrencia en la enajenación de todos los elementos esenciales aunque se observe un vicio de capacidad generador tan sólo de nulidad relativa, por la insuficiencia de la autorización materna a los hoy actores y recurrentes para prestar su asentimiento al contrato de compraventa, habida cuenta de la oposición de intereses que entrañó la renuncia de sus presuntos derechos fideicomisarios en expectativa por haber ya fallecido el fideicomitente, estando su definitiva adquisición subordinada al fallecimiento de la fiduciaria, lo que no se opone a lo dispuesto en los artículos 759 y 1.114 del Código civil, que han sido acertadamente interpretados por el Tribunal *a quo*, pereciendo con ello el primer motivo.

En su consecuencia, se admite la prescripción por haber transcurrido cuatro años desde la mayoría de edad.

En cuanto a si existió o no, renuncia a herencia futura, añade que queda abierta la herencia en el momento de la muerte del testador, que es el único causante, al que suceden los llamados sucesivamente, no sucediendo en ningún caso el fideicomisario al fiduciario, aunque sólo se perfeccione su derecho cuando se extinga la vida del primer llamado, habiendo declarado esta Sala en sus sentencias de 8 de octubre de 1915, 26 de octubre de 1926 y 16 de mayo de 1940, que la prohibición establecida en el artículo 1.271 se refiere única y exclusivamente a los pactos sobre la universalidad de una herencia que, según el artículo 659. «se determina a la muerte del causante», constituyéndola todos los bienes, derechos y obligaciones que por ella no se hayan extinguido, pero no cuando el pacto—de entrega de bienes determinados, obligándose a pagar una renta vitalicia—se refiere a bienes conocidos y determinados existentes cuando tal compromiso se otorgó, en el dominio del cedente.

BARTOLOMÉ MENCHÉN,
Registrador de la Propiedad.

MERCANTIL

I.—COMERCIANTE INDIVIDUAL Y AUXILIARES DEL COMERCIO.

SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1964.—*Valor probatorio y exhibición de los libros de comercio* (Ponente: F. Bonet Ramón)

Puntualiza esta sentencia que las normas contenidas en los artículos 46 a 48 del Código de comercio «pueden resumirse diciendo que los libros de los comerciantes producen prueba plena contra aquel a quien pertenecen; que la fe de los mismos es indivisible y así no cabe aceptarla en una parte y rechazarla en otra (regla primera); que prevalecen los adornados de los requisitos legales sobre los defectuosos, salvo prueba contraria (regla segunda); que la no presentación o la carencia de libros por parte de un comerciante, le somete al resultado que arrojen los llevados, debidamente por su adversario, con igual salvedad o con la de haber concurrido fuerza mayor (regla tercera), y que si fueren contradictorios los libros de los comerciantes que tuvieren todos los requisitos legales, el Juez o Tribunal juzgará por las demás probanzas, calificándoles según las reglas generales del Derecho (regla cuarta)».

Respecto a la acción *ad exhibendum*, los preceptos del Código de comercio, artículos 45 a 47, consagran el secreto de los libros y documentos comerciales, que no es de orden público, sino que viene inspirado en el interés privado de los comerciantes (sentencia de 5 de marzo de 1917), y si bien los artículos 45 y 46 del Código de comercio establecen como regla general que ni de oficio por Juez o Tribunal ni Autoridad alguna pueda hacerse pesquisa para inquirir si los comerciantes llevan sus libros con arreglo a las disposiciones del Código, ni hacer investigación o examen general de la contabilidad en las oficinas o escritorios de los mismos, ni puede tampoco decretarse a instancia de parte la comunicación, entrega o reconocimiento general de los libros, es excepción de esta regla el 47 del mismo Cuerpo legal, que establece podrá decretarse a instancia de parte o de oficio la exhibición de los libros y documentos de los comerciantes, cuando las personas a quienes pertenezcan tengan interés o responsabilidad en el asunto en que proceda la exhibición, precepto legal que concuerda con el artículo 605 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en armonía con los 51 y 52 del mismo Código de comercio que corresponden al citado artículo 47 del Código vigente (sentencia de 30 de marzo de 1894), no suponiendo la simple intervención de un contrato, el interés o responsabilidad a que se refiere el precepto citado (sentencia de 26 de septiembre de 1893), debiendo el interés en la exhibición ser directo (sentencia de 12 de marzo de 1910), afectando esa declaración a un punto de hecho que corresponde a la soberanía del juzgador de instancia.

II.—SOCIEDADES.

SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1963.—*Sociedad Anónima: Los requisitos de convocatoria de las Juntas extraordinarias son los mismos que los de las ordinarias* (Ponente: D. de la Cruz Díaz).

Dice esta sentencia, en su primer Considerando, que los requisitos que la Ley sobre el régimen jurídico de las Sociedades Anónimas exige se cumplan en las convocatorias de las Juntas, aunque referidos, a lo largo de su articulado, por modo general, a las ordinarias, han de entenderse exigidos también, con idéntico rigor, a las que tengan carácter de extraordinarias, no sólo porque cuando de éstas trata la Ley—párrafo segundo del artículo 57—no hace distinción alguna y se refiere a lo que ha sido ya objeto de regulación expresa, sino porque en ellas se dan más acusadamente que en aquéllas, de obligada y prevista celebración y limitada materia a tratar, las razones que la Ley toma en consideración al precisar las formalidades que establece; así, pues, toda convocatoria, cualquiera que sea el carácter de la Junta a que se cita, que no cumplan con toda exactitud cuanto por la Ley es exigido carece de validez, e imprime la misma tacha a la Junta que con tan insalvables defectos iniciales haya podido celebrarse.

SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1964.—*Sociedad Anónima: Alcance del requisito de la inscripción en el Registro mercantil que impone el artículo 6.º de la Ley; validez de los contratos anteriores a la inscripción* (Ponente: A. Tutor y Guelbenzu).

Determina que hay que distinguir los efectos de la falta de inscripción según que se refieran a terceros en que la Sociedad no ha nacido al campo del Derecho, no tiene personalidad jurídica, a las relaciones entre los otorgantes de la escritura, a los fundadores de la Sociedad, en que, como viene determinando la doctrina de esta Sala (sentencia, entre otras, de 22 de abril de 1958), quedan vinculados por el nexo contractual que libremente otorgaran, están compelidos a cumplirlo no sólo en sus propios términos y a respetar todas las obligaciones que contrajeron, sino también por mandato del artículo 26 de la Ley de Sociedades Anónimas, a realizar cuantas gestiones sean precisas para el cumplimiento de los preceptos legales sobre nacimiento jurídico de la Sociedad, dotándola de personalidad ante terceros y respondiendo solidariamente con los otros otorgantes de los daños y perjuicios que el retraso pueda ocasionar; y en su consecuencia, si para terceros no tiene personalidad jurídica la Sociedad, los socios fundadores no sólo están vinculados por la escritura de constitución en toda su extensión e intensidad, sino que vienen legalmente compelidos a realizar cuantos actos y gestiones sean precisos para dotarla de esa vida externa, de esa personalidad independiente de la de los socios como confirma el artículo 13 de la misma Ley.

SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1964.—*Sociedad Anónima. En tanto no se inscriba la Sociedad en el Registro mercantil, conforme al artículo 14 de la Ley de Sociedades Anónimas, no sólo es nula la transmisión de acciones, sino que también es nulo de pleno derecho, sin posible sanción o convalidación el pacto, precontrato o promesa de venta de acciones* (Ponente: J. Beltrán de Heredia y Castaño).

Dice esta sentencia que según regla cardinal de Derecho, si lo que se promete es nulo, como en el supuesto planteado, por ir en contra de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley de Sociedades Anónimas, la promesa en sí está afectada de este mismo vicio de nulidad, sin que pueda tener valor alguno como simple promesa abstracta, pues su objeto y su causa serían contrarios a lo dispuesto en la Ley y tropezaría para su validez con la norma del artículo 4.º del Código civil, no pudiendo admitirse la tesis de que el acto nulo al que se refiere y contrae la promesa pueda subsanarse posteriormente al conseguirse la inscripción en el Registro mercantil de la Sociedad, porque si se trata de un acto nulo de pleno derecho no es susceptible de sanción o convalidación, ya que lo que es nulo ningún efecto puede producir, y además, porque, según el artículo 1.310 del Código civil, «sólo son confirmables los contratos que reúnan los requisitos expresados en el artículo 1.261».

SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1964.—*Sociedad de responsabilidad limitada: Cuando ejercitando un socio el derecho que le confieren los Estatutos de separarse de la Sociedad, demanda a los demás (a todos) consocios y no a la Sociedad, no puede considerarse que la relación jurídico-procesal esté mal constituida ni acogerse a la falta de litis-consorcio necesario pasivo, porque se hallan presentes en el proceso todos los componentes del ente social* (Ponente: F. Rodríguez Solano y Espín).

SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 1964.—*Sociedad regular colectiva: Para que proceda la disolución se precisa el acuerdo de todos los socios, no bastando al efecto la mayoría adoptada en escritura pública. Caso de falta de acuerdo, procede la interpelación judicial para obtener el mismo efecto* (Ponente: F. Rodríguez Solano y Espín).

SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1964.—*Sociedad en comandita: Sociedad irregular. La Sociedad, por su naturaleza mercantil y por no estar constituida en escritura pública inscrita en el Registro de su clase, ostenta la condición jurídica de «irregular» y se rige, en consecuencia, por las normas de la comunidad de bienes, regulada por los artículos 392 y siguientes del Código civil, sin propia personalidad en la vida del Derecho y sus relaciones con terceros, según conocida y reiterada jurisprudencia de esta Sala; por lo que los pactos concluidos por uno de los socios o comuneros con personas ajenas al acervo común únicamente vincula al contratante mientras éste no se halle facultado para torgarlos por el resto de los interesados, o no sean más tarde aprobadas por la totalidad en forma inequívoca, expresa o tácita, aprovechándose de ellos* (Ponente: F. Rodríguez Valcarce).

SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1964.—*Sociedad de responsabilidad limitada: La adquisición de participaciones sociales por un socio no implica traspaso del dominio de los bienes sociales de la Sociedad al socio adquirente de las participaciones* (Ponente: M. Gimeno Fernández).

III.—TÍTULOS VALORES.

SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1964.—*Excepciones cambiarias: La acción cambiaria ejercitada en juicio ordinario de mayor cuantía faculta al demandado a oponer cuantas excepciones tenga derivadas del contrato causal* (Ponente: J. Beltrán de Heredia y Castaño).

La acción cambiaria, desde luego, por estar fundada en letra de cambio, al no hacerse por la vía ejecutiva, sino por el procedimiento del juicio declarativo, es obvio que no son de aplicar las limitaciones restrictivas que, a tenor con el carácter formalista de la cambial, establecen los artículos 462 y concordantes del Código de comercio en relación con los 1.464 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 1964.—*Competencia: Corresponde para entender del juicio ejecutivo por letra de cambio al lugar donde haya de pagarse* (Ponente: F. Rodríguez Valcarce).

SENTENCIA DE 2 DE MAYO DE 1964.—*Competencia: En la reclamación contra el avalista de la letra de cambio, la competencia corresponde, cuando no se acompañan a la demanda otros documentos que la cambial, al lugar donde ha de pagarse la letra mencionada* (Ponente: M. Taboada Roca).

SENTENCIA DE 9 DE JUNIO DE 1964.—*Competencia: «Como tiene declarado con reiteración esta Sala, la competencia para conocer de los juicios ejecutivos que tienen por título una letra de cambio, radica en el Juzgado donde está domiciliada cuando no hay otro fuero preferente»* (Ponente: F. Bonet Ramón).

IV.—CONTRATOS.

SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1963.—*Diferencias entre arrendamiento de empresa y el de local de negocio* (Ponente: F. Bonet Ramón).

Como ha declarado esta Sala, el objeto del arrendamiento de industria es un complejo o universalidad de elementos materiales, conectados y adecuados entre sí por su estructura y disposición, destinada a un uso industrial y apto para funcionar inmediatamente, es decir (sentencias de 16 de marzo de 1948, 30 de junio, 27 de septiembre y 11 de noviembre de 1949, 4 y 26 de junio de 1951; 24 de mayo de 1952; 16 de marzo, 29 de abril, 19 de octubre y 7 de diciembre

de 1953; 11 de abril de 1955; 30 de enero de 1956; etc.) un todo organizado para la realización de una finalidad productiva o de su fin económico, organización que constituye una unidad patrimonial, o en otros términos, sentencia de 18 de abril de 1952, la industria constituye una entidad compleja, integrada por los enseres, maquinarias, local en que está instalada y una organización que constituyen un todo orgánico para una actividad industrial, según el concepto recogido por la jurisprudencia, entre otras, las sentencias de 16 mayo de 1947, 30 de noviembre de 1950 y 25 de abril y 30 de octubre de 1951.

Como sintetiza la sentencia de 25 de abril de 1951, confirmada entre otras por la de 14 de febrero de 1954, la distinción entre arrendamiento de industria y arrendamiento de local de negocio es fácil de establecer, examinando a este respecto la pretensión del arrendador y la actividad que en la ejecución del contrato corresponde al arrendatario; de suerte que si lo que aquél cede es variedad de elementos debidamente organizados y aptos para obtener inmediatamente producto económico, se estará en presencia de una unidad patrimonial con vida propia, constitutiva de un arrendamiento de industria, y si lo que se cede por el arrendador es solamente el goce o uso de un edificio o local en el que va a instalar el arrendatario su propia industria, el arrendamiento será meramente de local de negocio, sin que este último concepto se desvirtúe por el hecho de que con el local se ceden otros elementos desarticulados y no aptos por sí mismos para rendir un producto mercantil.

SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1964.—*Compraventa mercantil: La demora en hacerse cargo de las mercancías compradas por el comprador, faculta al vendedor, conforme al artículo 332 del Código de comercio, a resolver el contrato, sin que le sea necesario instar depósito ni resolución judiciales, sólo necesarias para el caso de que opte por el cumplimiento del contrato* (Ponente: J. García Monge y Martín).

SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1963.—*Comisión mercantil: El contrato de comisión mercantil en el que, entre otras cláusulas, se establece que durará diez años, siendo renovable automáticamente por periodos de cinco años, si no se denuncia por una de las partes con un año de anticipación a su terminación, ofrece unas características especiales que le hacen atípico, aun cuando por su principal contenido se adapte a la comisión mercantil, conforme al artículo 244 del Código de comercio* (Ponente: M. Lojo Tato).

SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1964.—*Contrato de cuentas en participación; diferencias con el de Sociedad* (Ponente: F. Bonet Ramón).

La jurisprudencia de esta Sala, entre otras en sus sentencias de 30 de junio de 1941, 10 de diciembre de 1946, 11 de noviembre de 1959 y 8 de febrero de 1963, ha establecido que el contrato de cuentas en participación está caracterizado porque con él no se crea una personalidad jurídica con razón social determinada, sino que cada interesado o el gestor del negocio contrata y se obliga en su nombre, pues el pacto de cuenta en participación solamente da lugar a una relación contractual entre los interesados, sin que nazca una entidad nueva distinta de la persona de los socios, ofreciendo, entre otras notas que lo caracterizan y

diferencian del de Sociedad, según lo pone de manifiesto el examen comparativo de los artículos 239 y 116 del Código de comercio, que así como en ésta los socios se obligan a poner en común algunos bienes o industria con los que se constituye el fondo o patrimonio social, de cuyas ganancias o pérdidas participen los socios, en aquél los cuenta-participes se interesan en la proporción que se convenga en un negocio ajeno que continúa perteneciendo privativamente al gestor, quien hace suyas las aportaciones que efectúen para dedicarlas al negocio, siendo de notar, además, que las Sociedades que se dedican a la industria mercantil o a cualquiera de las industrias que se ven obligadas a practicar actos de tráfico son de naturaleza mercantil.

SENTENCIA DE 15 DE ENERO DE 1964—*Seguro: Asegurado un local contra incendio y robo aunque se pactó que el Banco Z. percibiría la suma asegurada, tal subrogación no le autoriza a exigirla del asegurador cuando el robo y siguiente incendio se produjo por voluntad del asegurado, porque conforme al artículo 396 del Código de comercio, tal acto voluntario produce la caducidad y pérdida de su derecho: pues el Banco Z. se había subrogado, no en el total contrato de seguro, sino solamente en los derechos que con respecto a la indemnización pudiera tener el propio asegurado* (Ponente: F. Bonet Ramón).

COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES EN LA COMPRAVENTA MERCANTIL

Frecuentemente ocurre que un comerciante (fabricante o mayorista) remite a otro (vendedor al detall), o a un particular, géneros o mercancías cuyo precio queda aplazado y para el que a veces se emiten letras de cambio.

Cuando el comprador no satisface el precio en el plazo convenido, el vendedor tiene que demandarle de pago, lo que, salvo la prueba, no suscita mayor problema, si el comprador tiene el mismo domicilio que el vendedor. Pero si tiene otro domicilio, se presenta la cuestión de qué Órgano jurisdiccional, a falta de sumisión, será el competente, si el del domicilio del demandante o el del demandado.

Creemos que la Ley de Enjuiciamiento Civil no resuelve claramente el problema, ya que la regla primera del artículo 62 dice que será Juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación, y a falta de éste, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato, si hallándose en él, aunque accidentalmente, pudiera hacerse el emplazamiento.

Aparte de que este precepto no es un modelo de precisión (véase la crítica que le dirige GUASP en página 341 de sus *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I), la expresión «lugar de cumplimiento de la obligación» ofrece serias dificultades para su determinación (prescindimos deliberadamente de los otros dos supuestos que señala la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, del domicilio del demandado y del lugar del contrato—que también presentaría dificultades de determinación—, porque el primero es justamente el que no interesará al acreedor vendedor; y para que el segundo se dé es necesario pueda hacerse en él emplazamiento por hallarse el comprador).

Reanudando el hilo de esta breve nota, parece lógico que hagamos jugar los preceptos de Derecho material, al objeto de que nos indiquen cuál es ese huido «lugar de cumplimiento de la obligación» que consiste en pagar el

precio de lo comprado. A este respecto interesan de modo fundamental los artículos 1.157 y 1.171 del Código civil (véase GUASP. op. cit., pág. 349), los que estricta y firmemente interpretados parecen conducirnos al domicilio del deudor comprador.

Pero esta solución produce un evidente quebranto para el vendedor, dado que no sólo se ha desprendido de los objetos vendidos, sino que para hacer efectivo su precio ha de reclamar fuera del lugar donde normalmente ejerce su actividad mercantil el que puede estar muy lejos, con la consiguiente incomodidad y gastos que ello le ocasionaría.

De ahí que la jurisprudencia del Tribunal Supremo haya tratado de determinar este «lugar de cumplimiento de la obligación» como algo distinto del domicilio del comprador, entendiendo que al no estar claramente determinado el lugar del cumplimiento de la obligación reclamada, conforme a reiterada jurisprudencia, debe entenderse que los géneros vendidos se entregaron en el establecimiento mercantil del vendedor, cuyos Tribunales serán los competentes (sentencias de 22 y 23 de mayo; 2, 12, 15 y 30 de junio; 21 y 29 de septiembre; 5 de octubre y 3 de noviembre; todas de 1964); y ello aunque se hayan expedido letras de cambio, pues estima el Alto Tribunal que su emisión, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, supone una facultad de pago que no altera la competencia (sentencia de 28 de febrero de 1964).

Nota curiosa es que, a pesar de ser tan numerosa y reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo en este sentido, en todos los casos de las sentencias citadas no se imponen las costas—como sería normal, dada la unanimidad y firmeza jurisprudenciales, que hacen de ella una regla en la que predomina lo que De Castro denomina *efectus* de las normas jurídicas—al comprador que promueve la cuestión de competencia.

V.—MARÍTIMO.

SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1964—*Seguro marítimo: Habiéndose suscrito la póliza del Seguro por ambas partes, no puede decirse falte consentimiento y causa al contrato, que se halla perfecto, aunque el asegurado no satisfaga las primas del Seguro. Tampoco es obstáculo a la perfección del contrato la existencia de una cláusula por virtud de la cual el impago de la prima releva al asegurador de la obligación de indemnizar en caso de siniestro. En consecuencia, el asegurado está obligado a pagar las primas atrasadas* (Ponente: M. Taboada Roca).

Para llegar a esta solución, de indudable trascendencia práctica, esta interesante sentencia parte de las premisas de considerar al de Seguro como contrato consensual (al incluirlo, dice, nuestro Código civil en el título XII del libro IV, dentro de los negocios jurídicos aleatorios), debiendo hacerse constar por escrito (según terminante prescripción del artículo 382 del Código de comercio, así interpretado por la jurisprudencia de esta Sala, en sentencias de 24 de febrero de 1927 y 3 de enero de 1943); por lo que la proposición de Seguro no obliga a los contratantes, sino sólo su perfección, es decir, la suscripción de la póliza sin que sea obstáculo al carácter consensual del Seguro el que el artículo 388 del Código de comercio, al tratar del de incendios, exija el pago de la prima única o primas del Seguro por parte del asegurado para que el asegurado quede obligado; que otra interpretación del carácter y naturaleza

del contrato de Seguro llevaría a la conclusión—que hay que rechazar—de la revocabilidad del contrato con carácter general, cuando tal revocabilidad sólo procede en determinados contratos o cuando concurren circunstancias especialísimas, y vendría a otorgar validez a la obligación condicional que se hace depender exclusivamente de la voluntad del deudor, contraviniendo así lo dispuesto en el artículo 1115 del Código civil, que es norma de carácter general en nuestro Ordenamiento jurídico y subsidiaria en los negocios mercantiles, conforme al artículo 50 del Código de comercio.

Con relación a la cláusula mencionada en el encabezamiento de la sentencia, dice el Tribunal Supremo que la cláusula en la que se estipula que el impago de la prima releva a la Entidad aseguradora de la obligación indemnizatoria en caso de siniestro, no debe entenderse como esencial para que exista el contrato, sino como de ejecución de las obligaciones de un contrato ya existente; no pudiendo interpretarse esa cláusula en el sentido de que por no haberse pagado la prima quedaba el contrato inexistente jurídicamente, sino que debe atribuirse a ese impago la producción de una sola consecuencia: la liberación de la responsabilidad indemnizatoria si el siniestro sobrevenía.

VI—QUIEBRAS Y SUSPENSIÓN DE PAGOS.

SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1964.—*Quiebra: La falta de inscripción en el Registro mercantil de la declaración judicial de quiebra, y su consiguiente liquidación y disolución, de una Sociedad, no implica que la Sociedad debe estimarse viva a efectos de exigir responsabilidad a sus administradores, pues la acción para exigirla (la responsabilidad) comienza desde que cesaron en sus cargos y prescribe conforme a la legislación común* (Ponente: A Tutor y Guehenzu).

R SÁNCHEZ DE FRUTOS,
Registrador de la Propiedad.
Notario.

PROCESAL

III—JURISDICCIÓN CONTENCIOSA.

SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 1964.—*Recurso de revisión por supuesta maquinación fraudulenta: Ocultación de asientos en el Registro de la Propiedad.*

Anecedentes: Las sociedades Banco Central y Dragados y Construcciones, S. A., formularon demanda que se tramitó en un Juzgado de Primera Instancia de Madrid contra don José María G. S., doña María Q. de LL. y doña Pilar F. B. sobre declaración de dominio, en la que en el hecho 13 se describieron dos fincas diciendo que son el resto de otra matriz, cuyo pleno dominio

correspondía proindiviso a las compañías demandantes. Dictada sentencia por el Juzgado, fue apelada por ambas partes. Remitidos los autos a la Audiencia Territorial de Madrid, la Sala segunda de lo Civil de la misma acordó por providencia de 21 de junio de 1961 dictada para mejor proveer: ... 2.º Librar mandamiento al Registrador de la Propiedad número dos de esta capital para que, conforme a lo dispuesto en el número uno del artículo 340, en relación con las reglas segunda, tercera y cuarta del 598 y número tercero del 336 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en los 222 y siguientes de la Ley Hipotecaria y en los 332 y siguientes del Reglamento Hipotecario, ponga de manifiesto al señor Magistrado los libros registrales que contengan asientos referentes a la finca formada en virtud de segregación de la número 2292, constante al folio 116 del tomo 513 del suprimido Registro de Madrid, de la que es continuación la número 574 de la sección primera del vigente, efectuada a favor de don Pedro S., y a las que se formaron después por segregaciones o acumulaciones del terreno de ella; a las que pertenecieron a don Pedro B. y a los demás colindantes de las mencionadas fincas, según sus diversas inscripciones y, en general, a los que se ocupen de tan expresados terrenos que dicho Magistrado indique; y expida certificación literal o en relación, según éste decida, de los asientos exhibidos que el mismo señale como útiles a los fines de este litigio y al efecto se inserte en el despacho este acuerdo, haciendo constar que para la manifestación del Registro, en el local de éste se constituirá con el secretario el día 30 del mes corriente y hora de las diecisiete, a cuyo acto podrán acudir las representaciones de las partes para el solo fin de hacer indicaciones sobre extremos que debiere contener la certificación, que el mencionado Magistrado atenderá o no a su prudente arbitrio y sin que sobre éste puedan formular pretensión alguna.

Practicada esta prueba, la Sala segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid dictó sentencia revocando la apelada en cuanto no coincidiera con los pronunciamientos que hacía, y que, en síntesis, son: Las compañías demandantes son propietarias de la parcela primera; desestimar las pretensiones de la demanda respecto a la parcela segunda, sin perjuicio de que un deslinde de toda la finca litigiosa, fuera de estos autos, pueda fijar la situación del lindero Este.

Banco Central y Dragados y Construcciones interpusieron recurso de casación, el cual no prosperó.

Las mismas entidades interpusieron recurso de revisión contra la sentencia del Tribunal Supremo y *ad cautelam* contra la de la Audiencia, fundado en el número 4.º del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil («si la sentencia firme se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta»).

Alegaron, en síntesis: Que se dijo en el mandamiento que el Registrador pusiera de manifiesto los asientos relativos a la finca número 574 y a las fincas que pertenecieron a don Pedro B. y a los demás colindantes, y, por tanto, a la «Huerta del Cordero», que linda con la número 574, según su descripción; que el Registrador dejó de exhibir las inscripciones correspondientes a la finca «Quinta de la Poveda o Huerta del Cordero»; que la Sala dictó sentencia sin conocer esos asientos de suma importancia; que el Registrador actuó no por ignorancia o inadvertencia, sino consciente y deliberadamente como lo probaban el que el Registrador conocía la descripción de la finca «Quinta de la Poveda o Huerta del Cordero», pues hizo inmatriculaciones en 24 de mayo de 1961, y añadían otros detalles y circunstancias, según los que, se probaba,

a juicio de los recurrentes, que el Registrador conocía esos datos y otros que no puso de manifiesto. También se añadía que el Letrado de los demandados, Registrador de la Propiedad fallecido, conocía esos datos y los ocultó o no los puso de manifiesto. Se decía, en resumen, que el Registrador de Madrid actuó con evidente parcialidad a favor de los clientes de su compañero antes, durante y después de la diligencia para mejor proveer.

Los demandados negaron lo expuesto por los recurrentes y añadieron que, aun siendo verdad, no tendría trascendencia para el resultado del litigio.

La sentencia que examinamos en el Resultando expone que los demandantes no han logrado demostrar la ocultación maliciosa del Registrador, con la prueba que han practicado; y en los Considerandos, que el recurso de Revisión más que de extraordinario pudiera calificarse de excepcional, dirigido principalmente a reparar anomalías de tipo objetivo motivadas por la falta de algún elemento probatorio con reflejo trascendental en la resolución; y que está inspirado en un criterio limitativo no sólo en cuanto al plazo o tiempo para poderlo ejercitar, sino también con respecto a los supuestos de excepción en que ha de apoyarse, los que conforme tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala, han de interpretarse con un criterio estricto, sin admitir extensión alguna. En su último Considerando añade: Que establecido por la legislación hipotecaria la publicidad del Registro de la Propiedad, al que tienen acceso para el examen de sus asientos u obtención de certificaciones, todas las personas a quienes asista un interés legítimo, es indudable que los recurrentes, lo mismo en la ocasión que relatan, que con anterioridad, pudieron tener conocimiento de dichos asientos, con un examen cuidadoso de los antecedentes registrales de la finca en cuestión, e incluso en el acto de la diligencia para mejor proveer haberlos señalado al Magistrado ponente, pues para ello estaban facultados en su intervención, y al no verificarlo, sólo a ellos les es imputable la omisión o negligencia en la aportación de los elementos probatorios precisos para la mejor identificación de la finca o terreno discutido, sin que pueda tratar de encubrirse o disculpar dicha omisión, con la imputación al funcionario titular del Registro de una fraudulenta o maliciosa maniobra con la finalidad de sustraer al conocimiento de los recurrentes y de los autos algunos antecedentes registrales, con alcance o extensión no sólo al acto de la diligencia practicada para mejor proveer, sino a cualquier intento anterior llevado a cabo por la parte de examen de aquellos asientos, lo que no puede estimarse acreditado, pues frente a la presunción o crédito de integridad y moralidad de cualquier persona, y más si ésta ejerce una función pública no es suficiente a destruirla unas imputaciones más o menos vagas, carentes de prueba concreta, manifiestamente insuficiente para lograr una convicción en el Tribunal.

BARTOLOMÉ MENCHÉN,
Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia Fiscal

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 21 de febrero de 1964.

LO DISPUESTO EN EL NÚMERO 2.º DEL ARTÍCULO 59 DEL REGLAMENTO DEL IMPUESTO, GRAVANDO AL CONTRATISTA EN LOS CONTRATOS MIXTOS DE SUMINISTRO, EN LOS DE EJECUCIÓN DE OBRAS Y EN LOS DE SUMINISTRO DE EFECTOS, VÍVERES, ETC., SEA CUALQUIERA LA OTRA PARTE CONTRANTE, NO ES DE APLICACIÓN CUANDO EL CONTRATISTA ES AFORADO, Y COMO TAL, EXENTO SI SE TRATA DE ADQUISICIONES DE BIENES MUEBLES.

AUNQUE LAS LIQUIDACIONES HAYAN SIDO GIRADAS A CARGO DE UNA PERSONA INDIVIDUAL, TENDRÁ ACCIÓN PARA RECURRIR CONTRA AQUÉLLAS LA SOCIEDAD QUE HAYA ABSORBIDO A LA INDIVIDUAL, MÁXIME SI LAS CERTIFICACIONES DE OBRA QUE ORIGINARON LA LIQUIDACIÓN ESTÁN EXTENDIDAS A NOMBRE DE TAL SOCIEDAD.

Antecedentes.—La Abogacía del Estado, en la Delegación Central de Hacienda, giró liquidaciones, como consecuencia del contrato de las obras de un pantano en la provincia de Navarra, a nombre de don Rufino Martinicorena, sobre certificaciones de obras, y contra aquéllas reclamó la Sociedad Martinicorena y Compañía, S. L., alegando que la Sociedad estaba domiciliada en Pamplona y se trataba de obras de un pantano enclavado en Navarra, por lo que el cobro del impuesto era competencia de la Diputación navarra, debiendo, por tanto, ser anuladas las liquidaciones y devuelto el importe del impuesto.

Se justificó el emplazamiento del pantano en dicha provincia y

la modificación de la escritura social en el sentido de que «tendrá por objeto la realización de las obras del pantano de Yesa (Navarra), en las condiciones fijadas por el Estado en la adjudicación de la contrata hecha a don Rufino Martinicorena», justificándose también el domicilio de la Sociedad en Pamplona.

El Tribunal Central desestimó el recurso por falta de acción de la Sociedad reclamante, puesto que las liquidaciones figuraban a nombre del expresado señor Martinicorena.

Recurrido el fallo ante el Tribunal Supremo en el oportuno recurso contencioso-administrativo, la Sala lo anuló, teniendo en cuenta que la Sociedad sustituyó en la ejecución de las obras al don Rufino, y que si bien la carta de pago figura a su nombre, la liquidación se practicó sobre certificaciones de obra libradas a la Sociedad, y en definitiva acordó que las actuaciones volviesen al Tribunal Central, a fin de resolver el fondo del asunto.

El Tribunal Central, en acatamiento a tal decisión y entrando en el fondo, dice que es claro que el contrato es mixto de ejecución de obras con suministro de materiales y también que en el arrendamiento de obras el objeto de la transmisión es aquello a que se obliga el arrendador, o sea, el trabajo o prestación a realizar, el cual es un bien mueble, según el artículo 336 del Código civil, y por lo que se refiere al contrato de suministros, los materiales suministrados por el contratista son también muebles, y, por tanto, para la aplicación de la disposición 4.ª, regla 2.ª, del concierto económico con Navarra de 8 de septiembre de 1941, reproducida en la regla 2.ª del apartado 1), en relación con el apartado 2) del artículo 2.º del Reglamento del impuesto de 7 de noviembre de 1947, aplicable al caso, no hay que atender al lugar en que se hallen situados los bienes, sino al régimen foral o común de que goce el adquirente, puesto que dichos preceptos dicen que continuarán exceptuados del impuesto del Estado los actos y contratos sobre bienes muebles, cualquiera que sea el lugar en que estén sitos, cuando al causante en las herencias o el adquirente en los contratos tengan derecho al régimen foral.

Sigue diciendo el Central que a tenor del artículo 1.546 del Código civil, el arrendador es el que se obliga a ejecutar la obra y el adquirente es el arrendatario que adquiere la obra o servicio que se obliga a pagar, y que en los contratos de suministro el adquirente

es el que hace suyos los materiales suministrados, pero, si bien en el caso el adquirente es el Estado, como la regla 2.^a del artículo 59 del Reglamento impone al contratista en los contratos mixtos el pago del impuesto y en el caso goza de régimen foral, resulta que si le exigiera el impuesto quedaria gravada una persona exenta, en contra del Concierto con Navarra, uno de cuyos principios fundamentales es el de aplicar el Estatuto personal del contribuyente cuando se trata de contratos relativos a bienes muebles, y para evitar que esto ocurra debe considerarse como adquirente a los efectos del pago del impuesto a la persona a quien la Ley impone la obligación de pagar el tributo, y por lo mismo, no era procedente exigir el Impuesto de Derechos reales del Estado a la Sociedad actuante por gozar de la condición legal de aforada por estar domiciliada en Pamplona.

Comentarios.—Dos problemas contiene la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central que nos ocupa, cuales son el de la personalidad y acción de la entidad recurrente para actuar y el de la previsión reglamentaria del artículo 59 del Reglamento, al imponer la obligación de tributar a la persona no adquirente, en contra del principio general y elemental que el que adquiere y aumenta su patrimonio con la adquisición del bien de que se trate, es quien debe satisfacer el tributo, con lo cual, en el caso, no solamente se prescinde de ese principio, sino que se impone el tributo a quien, por ser aforado navarro, está liberado del impuesto cuando adquiere bienes muebles.

La primera de esas cuestiones está diáfananamente razonada y resuelta en la Resolución anotada, puesto que está patente que la persona individual y la colectiva recurrente estaban confundidas y con intereses comunes en el negocio jurídico, y está, por consiguiente, resuelta con certero criterio jurídico y no legalista.

No brilla, en cambio, con tanta claridad ese criterio jurídico en la solución dada a la segunda, porque si la verdadera razón del impuesto es que el adquirente sea el obligado al pago, y el adquirente en los contratos de ejecución de obras y de suministro lo es el dueño de la obra ejecutada y el que adquiere los efectos suministrados, en este caso el Estado como dueño del pantano, es claro que el contratista, la Sociedad constructora en este caso, no adquiere los bienes,

sean o no muebles, y ninguna obligación tiene de pagar el impuesto como tal contratista; por tanto, su obligación tributaria no nace de la adquisición, sino de otro precepto legal con independencia de ella, cual es el mencionado número 2.º del artículo 59 del Reglamento.

Por consiguiente, si ello es así, y si su privilegio se refiere a su cualidad de aforada por los bienes muebles que pueda adquirir, ¿por qué extender el privilegio al caso en que la obligación tributaria nazca de otro precepto especial ajeno a los bienes transmitidos y a su condición jurídica ciudadana de aforada navarra?

Concretando, en conclusión, nuestra duda sobre el acierto de la solución dada al problema por el acuerdo que venimos comentando, podemos concretarla así: la liberación tributaria que el Reglamento concede al ciudadano navarro cuando adquiere bienes muebles, ¿es equiparable a la que pretende cuando la obligación de pago del impuesto se la impone la Ley con independencia de esas circunstancias?

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 27 de febrero de 1964.

LA DONACIÓN HECHA POR MARIDO Y MUJER EN UNA MISMA ESCRITURA A VARIOS HIJOS DE BIENES PROPIOS DEL MARIDO Y DE LA SOCIEDAD CONYUGAL, ORIGINA DOS LIQUIDACIONES A CADA UNO DE LOS HIJOS, UNA POR LOS BIENES DEL PADRE Y OTRA POR LOS PROVENIENTES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

Antecedentes.—En escritura de 18 de febrero de 1960, que don José L. del C. y doña R. L., su esposa, donaban a sus cuatro hijos la nuda propiedad de ciertas fincas, cuatro de ellas pertenecientes a la sociedad conyugal y otras dos privativas del padre donante.

La Oficina liquidadora fijó por comprobación el valor fiscal de la nuda propiedad transferida en 141.360 pesetas, y giró a cada hijo una liquidación por la escala de las herencias, número 29 de la tarifa al tipo de 6,50 por 100, fijándolo por la acumulación a cada interesado de lo recibido por el mismo título de donación de los mismos padres en escrituras obrantes en la misma Oficina.

La representación de los interesados promovió reclamación económico-administrativa contra dichas liquidaciones, alegando la improcedencia de la acumulación de bases y pidiendo que se estimase como tipo de liquidación el correspondiente a cada donación individual, según el grado de parentesco y según la procedencia de los bienes.

El Tribunal provincial acordó anular las liquidaciones y ordenó que se girasen dos liquidaciones a cada hermano por el mismo número de la tarifa, una con relación a los bienes del padre y otra por los de la madre, habiendo de fijarse el tipo de liquidación por la suma de los bienes adquiridos por cada interesado, a tenor de las escrituras obrantes en la Oficina liquidadora, en virtud de la asimilación fiscal entre sucesiones hereditarias y donaciones y la unidad de propósito de los cónyuges de donar a los hijos sus bienes, mediante varios documentos, a fin de fraccionar la base liquidable, con la consiguiente disminución del tipo de liquidación.

Recurrido el acuerdo ante el Tribunal Provincial Contencioso-Administrativo, éste se declaró incompetente por razón de la cuantía, y dijo que si lo era el Económico-Administrativo Central, y planteada la cuestión ante éste, reconoció su competencia con apoyo en los pertinentes artículos del Reglamento de Procedimiento de 26 de noviembre de 1959.

El Tribunal Central, pues, entra a conocer de la reclamación y dice que si bien tanto el Reglamento del impuesto como la tarifa disponen que las donaciones entre vivos y *mortis causa* tributarán como las herencias, según su cuantía y el grado de parentesco entre donante y donatario, es necesario puntualizar el precepto en relación con el caso, y añade que si bien deben agruparse los bienes de una transmisión hereditaria al efecto de fijar el tipo de tributación, puesto que el acto es uno solo, surgido de la muerte del causante, tratándose de las donaciones, cada una da lugar a un acto distinto e independiente que no tiene enlace forzoso con los anteriores o posteriores en cuanto a sus efectos; aunque se produzcan entre los mismos donantes y donatarios.

En el caso debatido, además, no se trata de donaciones *mortis causa*, que son las que producen efectos desde la muerte del donante y se rigen por las normas de las sucesiones testamentarias, conforme al artículo 680 del Código civil, sino de donaciones *inter vivos*,

que son de carácter contractual y producen efectos entre las partes desde que se perfeccionan y se transmiten los bienes, a tenor de los artículos 621, 623 y 632 de dicho Cuerpo legal, y, por otra parte, al aceptar la tesis del acuerdo recurrido, faltaría la norma concreta para determinar las donaciones que por su índole, lugar de otorgamiento, Oficinas competentes, etc., deberían ser acumuladas, con la consiguiente falta de fijeza de las liquidaciones definitivas.

La cuestión la resolvió la Ley de 23 de abril de 1961, al disponer en su artículo 16 que al número 21 del artículo 2.º de la Ley del impuesto se le añadiese este párrafo: «Las donaciones que se otorguen por unos mismos donantes a favor de unos mismos donatarios dentro del plazo de tres años, a contar de la fecha de cada una, se considerarán como una sola a los efectos de la liquidación del impuesto, determinándose, por tanto, el tipo aplicable en función de la suma de todas las bases liquidables»; lo cual significa, dice la Resolución, que con arreglo a las normas anteriores no era procedente la acumulación de las bases impositivas.

Plantea después el Central, en su Acuerdo, el problema de la individualización de patrimonios originarios de los bienes donados y de dos liquidaciones a cada uno de los donatarios, una por los bienes recibidos del padre y otra por los adquiridos de la madre.

Esta discriminación la estima acertada el Central, pero no la admite en cuanto a los bienes procedentes de la sociedad de gananciales, porque es erróneo sostener, como lo hace el Tribunal inferior, que los cónyuges tienen derecho expectante a su mitad de gananciales y que esas mitades constituyan patrimonios diferentes, lo cual pugna con la naturaleza de la sociedad de gananciales.

Razona su tesis diciendo que la naturaleza de tal sociedad es discutida en la doctrina y no está perfilada por la jurisprudencia, si bien la Dirección General de los Registros en reiteradas Resoluciones sostiene que se trata de una especie de mancomunidad entre los cónyuges, sin facultad de pedir la división en tanto subsista la vida común, cuya posición doctrinal es consecuencia de la reforma del artículo 1.413 del Código civil por la Ley de 24 de abril de 1958, y está recogida en el artículo 95 del Reglamento Hipotecario en su actual redacción, al establecer respecto a los bienes gananciales, que cuando se adquieran por los cónyuges o por una de ellos, sin que conste la procedencia del precio o contraprestación, «se inscri-

birán a nombre de ambos cónyuges conjuntamente sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal».

En definitiva, la Resolución que nos ocupa anula las liquidaciones recurridas y dispone que se giren otras a cargo de los mismos interesados y con sujeción a la escala de las herencias del número 29 de la tarifa, pero sobre la base del valor comprobado de los bienes donados por la escritura pública de 12 de marzo de 1960, sin acumulación, por tanto, de bases resultantes de otros bienes adquiridos por el mismo título de donación, y distinguiendo en liquidaciones separadas para cada adquirente sólo los bienes del padre donante, todo ello a efecto del tipo aplicable».

Comentarios.—Reconocemos primeramente la clara doctrina que la Resolución reseñada sustenta sobre la distinción entre bienes privativos de los cónyuges y bienes propios de la sociedad conyugal, de especial importancia en el caso, puesto que de esa manera resulta que la escritura cuestionada contiene dos donaciones, una la de los bienes que el padre hace a cada uno de los cuatro hijos de sus bienes privativos, y otra de los pertenecientes a la sociedad conyugal, transmitidos por ambos cónyuges; pero no vemos con la misma claridad lo relativo a «liquidaciones separadas para cada adquirente sólo de los bienes del padre donante», todo ello a efectos del «tipo de liquidación», puesto que lo que parece desprenderse del fallo es que a cada hijo se le giren dos liquidaciones, una por los bienes que el padre dona a cada hijo y otra por los gananciales que ambos padres donan, sin acumular su importe para la determinación del tipo de liquidación.

La misma doctrina se consigna en la Resolución de 6 de marzo del mismo año de 1964.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 3 de abril de 1964.

ACREDITADA EN UNA TESTAMENTARIA LA CESIÓN A UNO DE LOS HEREDEROS DE UN DETERMINADO ESTABLECIMIENTO MERCANTIL ALGUNOS AÑOS ANTES DEL FALLECIMIENTO DEL CAUSANTE EN DOCUMENTO PRIVADO; NO PRESENTADO A LIQUIDACIÓN, ¿ES PROCEDENTE SU EXCLUSIÓN DEL CAUDAL

HEREDITARIO, UNA VEZ ACREDITADA ADECUADAMENTE TAL CESIÓN, EN VIRTUD DE LA CONCORDANCIA ENTRE EL ARTÍCULO 48 DEL REGLAMENTO Y EL APARTADO 16) DEL ARTÍCULO 31 DEL MISMO TEXTO?

Antecedentes.—En marzo de 1961 se presentó en la Abogacía del Estado una relación de bienes por el albacea de doña C. H., comprensivo de los dejados por ella a su fallecimiento, haciendo constar que era viuda de don J. B., y que la misma, en su testamento, afirmó que su esposo, con la conformidad de la testadora, había cedido y traspasado a uno de los hijos, en octubre de 1932, en documento privado la industria de elaboración de cerveza que aquél tenía instalada en determinada casa de la calle de las Palmas, abarcando la cesión de totalidad de dicha industria con lo a ella inherente o accesorio, despachos y sucursales, explotando el cesionario desde entonces el negocio por su cuenta y riesgo, añadiendo la testadora que era su voluntad que los demás hermanos acatasen el traspaso y cesión a su hijo José, al cual le adjudicaba exclusivamente en pago de su haber la casa en que estaba instalada la fábrica de cerveza, junto con la totalidad del agua de la mina que la industria utiliza.

A la mencionada finca o edificio-fábrica se le fijó un valor de 452.000 pesetas, y la Oficina liquidadora le atribuyó el de 1.324.450, obtenido multiplicando por 70 el importe de la cuota del Tesoro por licencia industrial extendida a nombre del heredero don José Bosch Hernández.

Sobre esas bases se giraron las liquidaciones a los seis hijos herederos, las cuales fueron recurridas en reposición por el albacea contador-partidor, alegando que no debía incluirse en el caudal hereditario la mencionada industria de cervecería, porque pertenecía al heredero don José desde el año 1932, según acreditaba el documento privado de 28 de octubre de ese año, los recibos de contribución y otros documentos oficiales que justificaban el ejercicio de la industria referida por el mismo heredero desde 1932.

Desestimado el recurso, el albacea se alzó ante el Tribunal provincial, y éste estimó en parte el recurso en cuanto a la rectificación de la extensión de ciertos solares, pero no accedió a la exclusión del patrimonio hereditario de la repetida industria, fundándose en que el documento privado de 1932 era ineficaz, a tenor de los artícu-

los 40 de la Ley y 195 del Reglamento del impuesto por no haber sido presentado a liquidación y carecer de la reglataria nota de la Oficina liquidadora, y sin que tampoco constituyese prueba suficiente el hecho del pago de la contribución industrial para acreditar la propiedad de la fábrica de cerveza a favor del aludido heredero.

Planteado el recurso de alzada ante el Tribunal Central, éste empieza por sentar que conforme al artículo 48 del Reglamento, para exigir el impuesto en las transmisiones por causa de muerte, bastará que esté probado el hecho originario de la transmisión, aunque los herederos no presenten documento alguno de formalización de aquélla, siempre que a la Administración conste que los bienes inmuebles y derechos reales están inscritos en el Registro de la Propiedad, o en los amillaramientos, Registros fiscales o trabajos catastrales, o depositados los muebles a nombre del causante, o proceda la adición a la masa hereditaria de los bienes con arreglo al artículo 75 del Reglamento.

De ello se desprende claramente, añade el Tribunal Central, que la exacción del impuesto se deriva de una prueba documental sobre la titularidad de los bienes a favor del causante o transmitente de clara fehaciencia, o de una prueba de presunciones, que por ser *juris tantum* pueden ser rectificadas a instancia de los interesados, con efecto excluyente de los bienes a que se refieren.

En todo caso, añade la Resolución, es premisa inexcusable para la exacción del impuesto la prueba por la Administración del hecho originario de la exacción del impuesto, y en el caso concreto en discusión, sobre el negocio industrial, hay que partir del hecho de que no existe prueba documental fehaciente sobre la titularidad dominical del negocio a favor del causante, y por ello es forzoso recurrir a las pruebas aportadas para decidir si aquél pertenecía o no al causante y, en su caso, excluirlo del caudal hereditario, como se pretende en el recurso.

Esto supuesto, el Tribunal entra en el problema y dice que la Oficina liquidadora se apoya exclusivamente en el testamento de la causante que afirma que la repetida fábrica fué transmitida en el año 1932 a favor del hijo recurrente por su esposo en documento privado, no presentado a liquidación; pero ante la prueba documental aportada, que la Resolución analiza detalladamente, el argumento no es eficaz, pese a lo dispuesto en el artículo 31, apartado 16)

del Reglamento, al disponer que para excluir del caudal hereditario ciertos bienes no es suficiente la mera declaración del testador si no se acredita con documento fehaciente, adecuado a la naturaleza de los mismos y anterior a la fecha de la sucesión; y no es eficaz el precepto de ese párrafo 16), porque su contenido ha de enlazarse con el citado artículo 48, que exige que la titularidad de los bienes a favor del causante se acredite por alguno de los medios que el mismo precepto determina, cuya prueba incumbe a la Administración.

Por consiguiente, termina diciendo el Central, como esa prueba no existe, y si existe, en cambio, a favor del hijo heredero, es necesario concluir que es precedente la exclusión de la repetida industria del caudal relicto y procedente asimismo la nulidad de las liquidaciones impugnadas, la cual, añade, se produciría, en todo caso, respecto a la comprobación de la industria de la fabricación de cerveza, a causa de la manifiesta ilegalidad del medio combatorio empleado, consistente en multiplicar por setenta la cuota de licencia fiscal para el ejercicio de tal industria.

Comentarios.—Ante la claridad y fuerza de los razonamientos que acabamos de resumir, sólo nos resta destacar la interesante doctrina sentada sobre la exclusión de bienes del caudal hereditario a que se refiere el apartado 16) del artículo 31 del Reglamento, en conexión con el artículo 48 del mismo texto, de cuya concordancia deduce la Resolución que la presunción establecida en dicho apartado 16) está subordinada a lo dispuesto en el artículo 48, de tal manera que éste es premisa necesaria de aquél, en el sentido de que es obligación previa de la Administración la prueba de la pertenencia de los bienes al causante por los medios que el artículo 48 determina; y es tanto más interesante cuanto que, si no estamos equivocados, es la primera Resolución que estudia y define la doctrina sobre el enlace sobre ambos textos reglamentarios.

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ-VILLAMIL.

LIBROS

La legítima en el Código civil, por Alfredo García-Bernardo Landeta.
Gráficas Lux. Oviedo, 1964, 201 páginas.

Una monografía publicada por Dávila el año 1943 en esta Revista plantea por vez primera los problemas que la naturaleza de la legítima encierra, de gran trascendencia desde los puntos de vista doctrinal y práctico. Este estudio ha levantado una interesante e importante polémica en cuya línea se encuentra el libro que recensamos.

Las cuestiones que en esta materia plantea nuestro Código civil, doctrinalmente, se reconducen al sistema que le inspira, si es romano, de legítimas, negativo, o si es germánico, de reservas, positivo, y prácticamente, a las tutelas del legitimario o reservatario, es decir, si la posición jurídica contemplada se tutela mediante facultades de anulación e impugnación, negativas, o por el contrario, si se protege algo positivo, un título adquisitivo por causa de muerte. En el sistema romano el legitimario adquiere, no como tal, sino como heredero testamentario o intestado, cuando debe ser instituido heredero, o además como legatario o donatario, cuando no es heredero forzoso o necesario; adquiere siempre, bien porque el testador o causante-donante le atribuyó, cumpliendo el deber de piedad que le impone la Ley, una cuota o cosa de su patrimonio, bien porque no cumpliendo ese deber, habiendo sido inoficioso o incurrido en preterición o desheredación, el legitimario impugna el acto de su causante y recibe *ab intestato*, la herencia. En el sistema germánico (reservas), el reservatario adquiere directamente, porque la propia Ley le confiere el título adquisitivo, con absoluta independencia de la voluntad del *de cuius*. Aquél es un régimen que considera y valora la libertad del hombre; éste, un sistema automático, mecánico, donde la Ley absorbe la voluntad humana.

El autor expone la evolución y los caracteres de los Derechos

romano y germánico, resaltando sus respectivas influencias en el Derecho histórico patrio. Recoge a continuación la polémica doctrinal suscitada sobre la legítima y destina el resto del libro a demostrar que el sistema que inspira nuestro Código civil es el romano.

Plantea la naturaleza de la legítima en un doble plano, el del causante, para quien es un conjunto de prohibiciones legales y relativas a sus facultades de disposición, algo negativo; y el de los legitimarios, que son titulares de una pluralidad de facultades jurídicas de anulación e impugnación de los actos del causante irrepetitivo con sus deberes de piedad hacia sus más íntimos parientes. Explicando la relación legal entre causante y legitimario, no como un nexo entre partes, sino entre terceros, pues el legitimario no tiene ninguna titularidad en la herencia, no es heredero, ni legatario, y por ello puede atacar los actos del causante que le perjudiquen.

En materia de tutelas de la legítima, niega que lo sea la prodigalidad. Se detiene en la preterición, donde rechaza la distinción en errónea e intencional y considera trascendente para la inteligencia del Código civil la clasificación en formal (que la estima, el reverso del derecho de herencia forzosa formal) y material (reverso de la legítima o expresión de la inoficiosidad), señalando que el artículo 815 del Código civil ha repudiado la formal y que el no haber matizado esto la doctrina es causa de confusiones y errores, como excluir la preterición por la mera mención del legitimario, cuando el hecho excluyente es la disposición de algo herencial a su favor. En los efectos niega que sea preterición la del viudo, fundando en que no es heredero intestado y respecto de los demás legitimarios afirma que anula la institución de heredero, porque en ella no se dibuja la voluntad del testador frente al preterido, a diferencia de lo que sucede en las mandas o legados. Estudia la tutela del desheredado injustamente, y en particular la naturaleza del título sucesorio que le defiere la herencia. Profundiza el concepto moderno de inoficiosidad, no sólo en cuanto al tipo de disposición (universal, singular o donación), sino también respecto a su naturaleza, cuantitativa o cualitativa; resaltando que la acción de suplemento no es una acción autónoma, sino una medida de la inoficiosidad cuantitativa. Examina la legítima en relación con los actos simulados y los pactos relativos a ella en la herencia futura y abierta. Des-

tina el último capítulo de las tutelas a la posición del legitimario en la partición, analizando sus acciones rescisorias y de saneamiento en los casos de infracción del límite en que consisten las legítimas por lesión o evicción, respectivamente, refiriéndose a la computación, imputación y colación, como operaciones particionales en razón de las legítimas.

Rechaza que las facultades del legitimario sean susceptibles de garantía hipotecaria, se detiene en la aplicación del artículo 15 de la Ley Hipotecaria a los supuestos de hecho de los artículos 840-2 y 1.056-2 del Código civil y analiza el artículo 28 respecto al legitimario.

En el aspecto procesal se plantea la cuestión de la legitimación del legitimario como tal, para promover el juicio de testamentaria, que le niega y estudia sucintamente la tutela de sus pretensiones procesales.

RAMÓN ALBA,

Registrador de la Propiedad.

2

REVISTAS

/

.

o

.

.

Al abrirse una nueva etapa en la vida de nuestra Revista, iniciamos esta sección, en la que tendrá cabida un índice de las principales revistas jurídicas publicadas en nuestra Patria. Se hará en ella una breve reseña de aquellos trabajos que destaquen por su altura científica o que por su importancia práctica deban ser resaltados.

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Abril-junio de 1964.

Ejercicio del Derecho de suscripción preferente, por José Luis Alvarez Alvarez.

Amplio y detallado trabajo, en el que a lo largo de más de 80 páginas el autor estudia detenidamente el derecho que los socios tienen de suscribir, en toda elevación de capital con emisión de nuevas acciones, una parte de ellas proporcional al número de las antiguas que posean.

Este derecho, uno de los individuales o substanciales del socio, está reconocido por la mayoría de las legislaciones, entre ellas por la nuestra, que como tal lo define en el artículo 39. Pero es nota común a casi todas las legislaciones la sobriedad de su regulación, lo que hace que se planteen gran número de problemas que la Ley no resuelve.

El autor, después de examinar brevemente el fundamento de este derecho, se ocupa de la naturaleza jurídica del mismo, como cuestión

previa para resolver los problemas que después se estudian. Rechaza la teoría que lo configura como fruto de la acción (como ya hizo la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1947), así como todas aquellas derivadas de ésta. A su juicio, el derecho de suscripción preferente no es sino una manifestación del *status* del socio, una de las facultades que la tenencia de la acción concede. Rechaza la opinión que destaca, en este derecho el carácter patrimonial para adherirse a la de aquellos otros autores que lo consideran como derecho mixto o político-patrimonial que protege tanto el aspecto político o de intervención como el de participación en el exceso del patrimonio sobre el capital.

Destaca el autor, como ya hemos dicho, lo somero de la regulación legal que se limita a reconocer ese derecho y a determinar los casos más importantes en que procede o no su ejercicio. La práctica ofrece gran número de problemas de gran importancia y notables repercusiones económicas. Aunque algunos de ellos han sido comentados por la doctrina y jurisprudencia

cia, la mayoría se hallan ayunos de todo examen.

A llenar este hueco se dirige el trabajo que reseñamos.

Para su estudio el autor clasifica los problemas en tres grandes grupos:

Problemas determinados por la forma de aumento de capital, o procedencia del derecho de suscripción preferente.

Problemas referentes al sujeto del derecho de suscripción preferente, o titularidad de este derecho.

Problemas referentes a la negociabilidad del derecho de suscripción.

El trabajo resulta de indudable interés y de obligada consulta para conocer y resolver los principales problemas que el derecho de suscripción preferente plantea.

El contenido de la relación obligatoria, por Luis Díez-Picazo.

La contraposición entre crédito y deuda parece a primera vista muy clara: el primero, se suele decir, es un derecho subjetivo, y la segunda un deber jurídico. Esta idea no es totalmente exacta. El crédito es una situación jurídica (situación de crédito) donde confluyen facultades, pero también cargas. La deuda es otra situación jurídica (situación de deuda) donde confluyen fundamentalmente deberes, pero donde también hay facultades.

Normalmente se llama crédito al derecho que el acreedor tiene para exigir la prestación. Este derecho se concibe como un derecho subjetivo. Ciertamente en el crédito existe un auténtico y típico derecho

subjetivo, pero éste no se agota en la facultad de exigir la prestación. El derecho de crédito es toda la situación de poder que el Ordenamiento jurídico concede al acreedor para la tutela y el logro de su interés.

El núcleo central del derecho de crédito lo constituye la facultad de exigir la prestación. Pero en él existen, además, otras facultades:

a) Para vigilar la normal efectividad de la relación obligatoria (artículos 1.132, 1.157 y siguientes, etcétera, todos del Código civil).

b) De disposición de su derecho (artículos 1.526, 507 del Código civil).

c) De mera conservación y de tutela preventiva del crédito (artículos 1.121, 1.973, 1.129, etc.).

d) Dirigidas a la conservación de la solvencia del deudor (artículos 1.111, 1.057, 1.082, 1.083, etc.).

Por otra parte, la Ley limita el ejercicio de los derechos del acreedor en virtud del principio de la buena fe. Además, le impone determinadas cargas:

El acreedor debe colaborar con el deudor en la medida necesaria para que la prestación pueda ser rectamente cumplida.

En ocasiones pesa sobre él una carga de diligencia (artículos 1.833, 460, 502, 509, etc.).

En la situación de deuda se integran, como ya dijimos, fundamentalmente deberes, pero también hay facultades.

El deber principal del deudor es realizar la prestación, pero junto a él existen otros deberes accesorios o secundarios, que el autor clasifica:

a) Por su origen: legales (artículo 1.094), convencionales, usuales e impuestos por la buena fe (artículos 1.258, 1.474-5.º, 1.705, etcétera).

b) Por su finalidad: estrictamente necesarios y de esmero.

c) Por su alcance objetivo: deberes que tienen entidad para constituir una nueva prestación o que constituyen una simple ampliación de la prestación principal.

d) Por el momento en que se producen: previos, coetáneos y posteriores o de liquidación.

Para la situación de deuda implica también atribución de facultades: de liberarse de la deuda, de enervar las pretensiones abusivas del acreedor, de hacer valer, en su caso, una limitación de responsabilidad, facultades especiales en determinados casos (imputación de pagos, renunciar al plazo establecido a su favor, etc.), y, por último, la facultad de colectivizar a sus acreedores y proponer un convenio.

Notas sobre la sucesión contractual en el Derecho español, por José María Castán Vázquez.

Las uniones de empresas en la reforma alemana del Derecho de Sociedades por acciones, por Justino F. Duque.

REVISTA DE DERECHO ESPAÑOL Y AMERICANO

Julio-septiembre de 1964.

La concentración parcelaria como método universal para resolver el grave problema del abusivo parcelamiento de la propiedad de la

tierra, por Juan José Sanz Jarque.

Ciudadanía y nacionalidad en las Constituciones americanas, por J. J. Santa-Pinter.

Política y Derecho en las relaciones entre dos vecinos americanos: Méjico y los Estados Unidos, por Leandro Rubio García.

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO Y DE HACIENDA PUBLICA

Septiembre de 1964.

Reflexiones sobre los beneficios fiscales ante la legislación del impuesto general sobre las transmisiones patrimoniales, por José María Martín Oviedo.

Estudio fiscal de las moratorias, por José Menéndez.

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

Julio-septiembre de 1964.

Contribución al estudio del nombre comercial, por Luis Carlón.

Del cheque en descubierto (en torno al artículo 535 bis del Código penal), por Jesús Vicente Chamorro y Rafael Pérez Escolar.

Varia.

El plan de desarrollo, la concentración de empresas y la Ley de 28 de diciembre de 1963, por Ramón Fraguas Massip.

Problemas de los transportes combinados por mar y tierra, por Francisco Miguél Sánchez Gambarino.

La revalorización de rentas en los arrendamientos de los locales de negocios, por Salvador Bernal Martín.

La contabilidad y las disciplinas jurídicas, por Francisco Rodríguez Flórez de Quiñones.

REVISTA DE DERECHO NOTARIAL

Julio-diciembre de 1964.

I ESTUDIOS

Cautelas de opción compensatoria de la legítima, por Juan Vallet de Goytisolo.

Examina el autor con la profundidad en él acostumbrada, y a lo largo de casi 350 páginas, aquellas disposiciones del testador que confieren al legitimario la facultad de optar entre su legítima estricta y un mayor valor, gravando lo así dejado con ciertas cargas.

Estudia sucesivamente:

I. La utilidad de las cautelas, para responder afirmativamente.

II. La posibilidad jurídica de las mismas, resolviendo los obstáculos opuestos por la doctrina, después de un detenido examen de los mismos. A continuación estudia los argumentos favorables a la admisibilidad de las cautelas, tesis por la que se pronuncia, haciendo también constar su práctica frecuente y su admisión por la jurisprudencia.

III. Los requisitos necesarios, a su juicio, para su eficacia:

— que se atribuya al legitimario un mayor *quantum* del legalmen-

te debido, ya consista en la atribución de una mayor cuota hereditaria, ya en un legado en lugar de la legítima, o dispensando de imputar a la legítima donaciones que de otro modo serían colacionables, etc.;

— que el gravamen se imponga expresamente, sin que esto quiera decir que se utilicen palabras sacramentales, sino que debe deducirse claramente la voluntad del testador;

— que el testador imponga la incompatibilidad entre ambas atribuciones, y

— que el legitimario acepte la atribución testamentaria con su gravamen, es decir, con la limitación de su *quale* legitimario.

En conclusión, el trabajo constituye un estudio exhaustivo de la materia y una muestra más de la erudición y profundidad de su autor.

Las «cautelae» y su época, por Rafael Núñez Lagos.

II. FÓRMULAS Y PROBLEMAS DE PRÁCTICA NOTARIAL.

Dictamen sobre titularidad dominical controvertida, por Manuel Pérez Martínez.

REVISTA DE DERECHO PRIVADO

Diciembre de 1964.

Derecho civil y Derecho del trabajo, por Juan Jordano Barea.

Albaceazgo de realización y albaceazgo de entrega, por Enrique Alpañés Domínguez.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Noviembre de 1964.

El jurado en las direcciones jurídicas contemporáneas, por Valentín Silva Melero.

El delito de tenencia ilícita de armas, por José A. Sáinz Cantero.

REVISTA DEL INSTITUTO DE DERECHO COMPARADO

Julio-diciembre de 1962.

Sección I.

HISTORIA DEL DERECHO:

El concepto de propiedad en el Derecho histórico español, por Jesús Lalinde Abadía.

El concepto de propiedad en el Derecho histórico español, por Federico de Mallol Guarro.

FILOSOFÍA DEL DERECHO:

Necesidad de sustituir los principios generales del Derecho por el Derecho natural hispánico, por Francisco Elías de Tejada.

La naturaleza de los principios generales del Derecho, por Guillermo García Valdecasas.

Los principios generales del Derecho, por Luis Legaz Lacambra.

Sección II.

DERECHO CIVIL:

El problema de la acumulación de responsabilidad contractual y la responsabilidad delictiva en De-

recho español, por Luis Díez-Picazo.

La influencia del Derecho público sobre la propiedad privada inmobiliaria, por Juan Hernández-Cañut y Escrivá.

La influencia del Derecho público sobre la propiedad privada inmobiliaria, por Diego Espín Cánovas.

PROCESAL CIVIL:

La función del juez en la dirección del proceso civil, por Jorge Carreras Llansana.

La función del juez en la dirección del proceso civil, por Miguel Fenech Navarro.

La posición del juez en el proceso civil entre la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil española, por Miguel López Muñiz Goñi.

La cooperación internacional en el campo del proceso civil, por José Pere Raluy.

DERECHO RURAL:

La función del Derecho agrario como «ius proprium» con el fin de conciliar los intereses que se contrastan y que reglamentan jurídicamente la economía, tendiendo a superar las ideologías opuestas, por Ramón Badenes Gasset.

La función del Derecho agrario como «ius proprium» con el fin de conciliar los intereses que se contrastan y que reglamentan jurídicamente la economía, tendiendo a superar las ideologías opuestas, por Luis Martín-Ballester y Costea.

DERECHO COMERCIAL:

El control de las S. A. en el momento de su constitución, por Rafael Gay de Montellá.

El control de las S. A. en el momento de su constitución, por José María Pou de Avilés.

DERECHO DEL TRABAJO:

Las garantías jurídicas del Derecho al trabajo, por José María Cabrera Claver.

DERECHO AÉREO:

Las relaciones entre responsabilidad y seguro en el Derecho aéreo internacional, por José Bonet Correa

DERECHO PÚBLICO:

Las tendencias constitucionales en los Estados que recientemente han conseguido la independencia, por José María Cordero Torres.

El nuevo régimen de Barcelona, por Sabino Alvarez - Gendín y Blanco

DERECHO PENAL:

Derecho penal y procesal criminal en materia de circulación por carretera, por Antonio Quintano-Ripollés.

Derecho penal y procedimiento penal en materia de circulación por carretera, por Fernando Díaz Palos.

Consideraciones en torno a la política de la moralidad en España, por Carlos Carrasco Canals.

REVISTA JURIDICA
DE CATALUÑA

Octubre-diciembre de 1963.

Primera parte.

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS:

Capitulaciones y donaciones matrimoniales en el Derecho catalán, por Jesús Lalinde Abadía.

La competencia administrativa en materia urbanística, por Rafael Entrena Cuesta.

Las partes en el proceso ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas, por Jesús A. Pellicer Valero.

Segunda parte.

ESTUDIOS PRÁCTICOS:

Problemas que plantea la Ley española sobre uso y circulación de vehículos a motor, ponencia del Ilustre Colegio de Abogados de La Coruña.

La indemnización de daños por accidente aéreo, por Juan I. Pulg Durán.

Ante el proyecto de reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por Juan V Fuentes Lojo.

VALERIANO DE CASTRO.

Revista de Derecho Agrario, número 1, Zaragoza (San Voto, 9), 1964.

La Asociación Aragonesa de Derecho Agrario, cuya asamblea constitutiva tuvo lugar en Zaragoza el 10 de julio de 1963, ha dado pronto señales de actividad, eficacia y buen criterio. En el presente estío ha lanzado a la palestra jurídica una publicación periódica de altos vuelos, que, por añadidura, viene a llenar un lamentable vacío en el campo de las revistas dedicadas en nuestro país al Derecho. La agricultura española vive una coyuntura en realidad excepcional; al cabo de muchos siglos las contexturas de nuestro agro presentan, por una concurrente serie de circunstancias—emigración rural, escasa rentabilidad, posible integración en el Mercado Común—, unas riquísimas posibilidades para actuar decidida, eficaz y resolutivamente en ellas. Para España nunca han sido más verdad que ahora aquellas acertadas palabras de Bertrand Russell: «Quizá sea la reforma de la agricultura la más importante de las cuestiones que los Gobiernos de un próximo futuro hayan de resolver» (*Autoridad e individuo*; 3.^a edición, Méjico, 1954, página 104). Pero, por desgracia, gran parte de nuestra doctrina ha olvidado el consejo que en 1954 diera Federico de Castro, maestro de todos, cuando nos decía que «la renovación del Derecho Agrario constituye una de las mayores y más elevadas tareas del jurista moderno» (*El Derecho Agrario de España. Notas para su estudio*, «Anuario de Derecho Civil», abril-junio 1954, página 390).

Era, por tanto, bien lamentable la carencia en nuestra patria de una revista que, con carácter exclusivo, abordase periódicamente los palpitantes temas del Derecho agrario. La bimestral *Revista de Estudios Agro-Sociales*, a lo largo de los cuarenta y seis números que lleva publicados, ha dedicado una preferente y loable atención a la materia, pero su propio campo de actuación es el estudio de los problemas sociológicos del campo. La *Revista de De-*

recho Agrario viene con oportunidad a llenar un claro vacío en nuestra bibliografía. Y, estamos seguros, su labor contribuirá poderosamente a ofrecer a los gobernantes los instrumentos jurídicos adecuados a cada caso para que la labor legislativa y ejecutiva en materias agrícolas no nazca, como tantas veces, tarada de inviolabilidad. El triste fracaso de la Ley de Unidades Mínimas de Cultivo de 15 de julio de 1954 y el fácilmente augurable a su sucesora de 14 de abril de 1962 sobre Explotaciones Familiares, aún en *vacatio legis*, la clara insuficiencia, entre otras, de las leyes sobre declaración de fincas manifiestamente mejorables de 3 de diciembre de 1953 y 14 de abril de 1962, la Ley de 11 de mayo de 1959 sobre permuta forzosa de fincas rústicas y las normas sobre acceso a la propiedad contenidas en la legislación de arrendamientos rústicos, son claros exponentes, que nunca más debieran repetirse, de las nefastas consecuencias a que conduce el desconocimiento u olvido por el legislador de la debida utilización de las técnicas jurídicas.

A los que vocacional y profesionalmente dedicamos los mejores de nuestros afanes y trabajos a laborar por una efectiva seguridad jurídica en la propiedad inmobiliaria, ineludiblemente nos es necesario conocer los problemas que tienen planteados los agraristas. La concepción objetiva del Derecho agrario o su configuración subjetiva o empresarial es un candente dilema aún no resuelto. Y es claro que su solución afectará, de una manera o de otra, a la Institución registral. La actualización de ésta, completamente necesaria, tendrá que ser en mayor grado si prevalece la tesis subjetiva. Estas directas implicaciones del naciente Derecho agrario con el Registro de la Propiedad nos obligan a estar vigilantes y preparados, debemos conocer profundamente la doctrina y las normas jurídico-agrarias. La *Revista de Derecho Agrario*, en buena hora nacida, no solamente nos va a facilitar tal labor, sino que va a conducir por seguros y efectivos cauces al Derecho agrario español. Los prestigiosos nombres que integran sus cuadros rectores y el primer número publicado son prendas que hacen segura y fácil la profecía. Creemos que cuando el profesor de la Universidad de Colonia Alfred PIKALO publique una nueva edición de su monumental obra *Land- und forstwirtschaftliches Grundstückverkehrs- und Erbrecht in westlichen Europa*, dedicará, gracias principal-

mente a la labor que realizará el magnífico equipo de la nueva revista, más páginas (actualmente de la 233 a la 276) al Derecho agrario español.

LA REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, ya veterana en estas lides, y que siempre dedicó particular predilección a los problemas agrarios en su proyección jurídica, recibe con justificado alborozo y anhelante esperanza a su nueva compañera, a la que desea muchas y brillantes singladuras al mando de su gran director, José Luis LACRUZ BERDEJO, al que especialmente felicita con todo entusiasmo.

Este primer número de la *Revista de Derecho Agrario* es ya un éxito logrado. Inserta en él ocho de las nueve conferencias pronunciadas en la primavera de 1963 en Zaragoza en el ciclo titulado «Hacia una nueva ordenación jurídica de la agricultura española», después de unas escuetas y sugestivas palabras de presentación. Y, además, publica un estudio sobre la Ley de Permutas Forzosas y unas hojas con noticias sobre temas de Derecho agrario. Todas sus doscientas ochenta y siete páginas, aunque de desigual valor, merecen una detenida lectura. Unicamente notamos la falta, en este primogénito de la Revista, de una Sección dedicada a la sistematización y estudio de la jurisprudencia que aborde problemas agrarios y de la doctrina juridico-agraria que aparezca en otras publicaciones; esperamos que en los sucesivos números se colme esta laguna. Y ahora vamos a dar breve noticia del interesante contenido de este ejemplar.

El Letrado Jefe de Tramitación y Recursos del Servicio de Concentración Parcelaria, Juan José SANZ JARQUE, con su habitual competencia, estudia los «Fines económico-sociales de la Concentración Parcelaria y sus resultantes jurídicas». Examina qué es, qué pretende y qué logra la Concentración Parcelaria. A través de un acertado sistema expositivo en el que mezcla datos doctrinales y estadísticos, entre éstos un apéndice sobre la labor realizada en determinadas zonas concentradas, lleva a feliz término su propósito. Nos interesa señalar que este autor, una vez más, señala (páginas 24 y 38, especialmente) la trascendental importancia que tiene el Registro de la Propiedad como base imprescindible para la ordenación de la propiedad agraria y para el desarrollo de la vida rural.

Son en verdad sugerentes e importantes las pocas páginas—de la 55 a la 77—que al tema sobre «Las modernas tendencias legislativas en la organización de la agricultura española» dedica Agustín LUNA SERRANO, Profesor Adjunto de Derecho civil en la Universidad de Zaragoza. Parte de la idea de que «el Derecho agrario no tiene, ni hoy por hoy puede tener, un contenido formal específico y, por tanto, verdadera autonomía doctrinal; ello no quiere decir, naturalmente, que no deba tener autonomía legal, porque las normas agrarias responden a exigencias características, y sobre todo autonomía didáctica». Señala que las tendencias de nuestra legislación agraria son tres: el aumento de la productividad, la organización de la propiedad de la tierra mediante la formación de fincas susceptibles de cultivo satisfactorio y la distribución de la propiedad de la tierra cultivable a los trabajadores manuales del campo, haciendo luego breve y sustanciosa reflexión de las normas dirigidas a cada una de estas finalidades. Considera la propiedad como la «institución cardinal del Derecho agrario» y entiende que «construirle sobre el concepto de propiedad antes que sobre los de empresa, como quieren Francesco MILANI o Alberto BALLARÍN, o de finca, como hacen Giangastone BOLLA o Alejo LEAL, no me parece una regresión, antes bien veo en ello unas grandes posibilidades». Termina LUNA SERRANO su interesante artículo pidiendo la integración de las nuevas leyes agrarias en el ordenamiento civil general, con lo que se potenciaría su eficacia.

Las veintisiete páginas que Pedro FERNÁNDEZ-BOADO VILLAMIL, Registrador de la Propiedad de Valderrobres, dedica a «El negocio jurídico de crédito agrario», son también muy importantes y demuestran un perfecto conocimiento de la bibliografía italiana sobre la materia: Nuestros campos, creo que lo dijo Joaquín COSTA, están aún más sedientos de dinero que de agua. Todo lo que contribuya a aportar al agro capitales es trascendental, y, por consiguiente, es de imponderable magnitud el estudio de lo concerniente al negocio jurídico de crédito agrario. Arranca FERNÁNDEZ-BOADO de la premisa que el mecanismo económico de este crédito es profundamente distinto del mercantil, siendo especial y típico dentro de los negocios de crédito. Le define como el «crédito especial concedido directa o indirectamente por el Estado a los agricultores para fines específicamente tipificados de carácter agrario». Clasi-

fica a los créditos agrarios en tres categorías: de ejercicio, de mejoramiento y de adquisición. Examina el autor con gran profundidad las garantías y las ordena en relación con las tres clases de crédito apuntadas: para los créditos de ejercicio estima como la garantía más adecuada la prenda regulada en el artículo 52 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria; en los créditos de mejoramiento de los elementos de producción es eficaz la hipoteca mobiliaria o la prenda sin desplazamiento, en especial si se admitiese la llamada por los alemanes prenda sobre inventario, y en los créditos para mejorar el fundo es la hipoteca la garantía más conveniente, y, por último, para los créditos agrarios de adquisición es también la hipoteca inmobiliaria la figura apropiada de aseguramiento. Concluye este interesante artículo propugnando, con todo acierto, un control riguroso de la efectiva aplicación a su destino agrícola del préstamo, control completamente olvidado por el legislador español.

Con alta visión de jurista desarrolla los «Problemas jurídicos de una planificación agraria» Luis MARTÍN-BALLESTEROS Y COSTEA, Catedrático de Derecho civil en la Universidad de Zaragoza. Es imposible extractar sus profundas consideraciones. Dice que el Derecho civil parte del derecho subjetivo, y que el agrario, «al menos en su motivación histórica y actual y sin que ello suponga degradar la importancia del sujeto del Derecho, se refiere principalmente a la cosa, parte de la tierra y por la explotación agrícola se define». Exalta el valor de la costumbre en el Derecho agrario y estima que, en la relación jurídica, la primera y fundamental es la de propiedad. Las quince páginas de este Catedrático son, como él mismo dice, una apretada síntesis de las cuestiones principales que se abren como un espléndido horizonte al quehacer del jurista.

La conocida y clara pluma del Notario de Córdoba Vicente FLÓREZ DE QUIÑONES Y TOMÉ, de tan acreditada pericia en los problemas jurídicos y sociales del campo, diserta sobre «El acceso a la propiedad de la tierra». Con un admirable conocimiento histórico y actual de la materia, estudia en los aspectos doctrinal y legislativo el acceso a la propiedad por la doble vía de la conversión y de la expropiación, y, dada la gran extensión de su trabajo, no puede exponer otras fórmulas de acceso como el tanteo, el retracto, la redención de censos, etc. En los medios a que van destinadas estas líneas, son de sobra conocidos la personalidad del autor y los mé-

ritos de sus escritos, por lo que no es oportuno resaltarlos nuevamente.

Con un criterio señaladamente expositivo, el Profesor Ayudante de Derecho civil de la Universidad de Madrid, Francisco Vicente BONET Y BONET, dedica las páginas 165-198 a explicar la «Colonización agraria y patrimonio familiar». De la primera nos da una exacta idea a través de su evolución histórica, de su concepto, fines y medios, de las fuentes legales y del régimen jurídico vigente. El patrimonio familiar, incluso en la Guinea española, y los huertos familiares, son igualmente presentados con detenimiento.

«La evolución de la legislación agraria española y el Mercado Común Europeo» es el título del importante estudio que publica el Notario de Zaragoza Manuel GARCÍA ATANCE. Su solo enunciado es suficiente para que veamos la trascendencia del tema, en el que el autor no nos defrauda. Con la brillantez y profundidad a que nos tiene acostumbrados nos lleva por los difíciles caminos, nos los aclara y toma posiciones. Con hechos y razonamientos justifica, de manera contundente, la necesidad que España tiene de integrarse, o asociarse al menos, en el Mercado Común Europeo. Sostiene que «toda la legislación agraria debe quedar afectada por esta preparación—la del ingreso—, pero a mi juicio deben quedar más especialmente las leyes agrarias que afectan a la reforma de las estructuras»; concretamente, señala a la Ley de Concentración Parcelaria, a la Ley de expropiación por causa de utilidad social y a la Ley de fincas mejorables. Las tres se deben revisar basándose en el principio económico de máxima productividad con el menor costo. Ya que Europa ha pasado de una economía de subsistencia a una economía de mercado, es preciso que el «problema—dice con acierto GARCÍA ATANCE—de la reforma de las estructuras debe plantearse sinceramente y no con finalidades revolucionarias o políticas, sino principalmente con la finalidad fundamental de obtener una mayor producción a menor costo, es decir, de obtener precios competitivos en el Mercado Común». Este artículo es digno de reposada consideración.

Ramón BENEYTO SANCHÍS, Director del Servicio Nacional de Concentración Parcelaria y Ordenación Rural, expone ampliamente lo relacionado con «La Ordenación Rural en España». Con insuperable conocimiento de causa, en cuatro capítulos, nos habla de esta

faceta de la Administración agrícola, que viene a ser como la coronación de todas las actividades estatales para estructurar el campo con nuevos criterios económicos y sociales. Como este trabajo está escrito antes de la implantación legal en España de esta actividad administrativa, que tan pocos meses tiene de vida, no puede abordar la exégesis de las nuevas normas. Para los juristas, el tema más interesante es el del capítulo V y último, en el que señala la necesidad de un nuevo Ordenamiento jurídico de la agricultura. Sabe BENEYTO sintetizar y coordinar, con estilo de gran político, las técnicas jurídicas y las agronómicas, como lo demuestra cumplidamente en sus escritos y, sobre todo, en esa gran obra de concentración parcelaria que tanto le debe. Siempre ha sabido ver «los saludables—en sus mismas palabras—y beneficiosos efectos de la fe pública notarial y registral, es decir, de la seguridad jurídica, requisito necesario para la capitalización del campo y para el desarrollo de la vida rural». Y con claro criterio, añade en la página 252: «Tal vez sea la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861, a pesar de su poca popularidad, la más importante disposición legislativa dictada en el siglo pasado con repercusión favorable en los problemas de la tierra; porque con la publicidad como sistema—continúa—y la institución del Registro de la Propiedad que implanta, estableció hasta hoy mismo la posibilidad de garantizar la seguridad y el comercio jurídico de la tierra, el crédito territorial, la capitalización del campo y aun la conversión de la propiedad.» Propugna, más adelante, la implantación progresiva de un especial estatuto de la propiedad agraria y la inscripción obligatoria en un Registro de la Propiedad remozado.

Y para terminar, el último trabajo que publica la *Revista de Derecho Agrario* es una «Contribución al estudio de la Ley de Permutas forzosas», de José Luis MERINO HERNÁNDEZ. Llega a la conclusión, a mi parecer muy discutible, que la naturaleza jurídica de estas permutas es la de un contrato, y partiendo de tal supuesto va aplicando, de modo casi exhaustivo, las normas del Código civil, susceptibles de extensión a la permuta forzosa, para suplir de esta manera el natural vacío que a tal respecto existe en la indicada Ley.

I. M. BEDOYA,

Registrador de la Propiedad.

the first of these is the fact that the
the second is the fact that the
the third is the fact that the
the fourth is the fact that the
the fifth is the fact that the
the sixth is the fact that the
the seventh is the fact that the
the eighth is the fact that the
the ninth is the fact that the
the tenth is the fact that the
the eleventh is the fact that the
the twelfth is the fact that the
the thirteenth is the fact that the
the fourteenth is the fact that the
the fifteenth is the fact that the
the sixteenth is the fact that the
the seventeenth is the fact that the
the eighteenth is the fact that the
the nineteenth is the fact that the
the twentieth is the fact that the
the twenty-first is the fact that the
the twenty-second is the fact that the
the twenty-third is the fact that the
the twenty-fourth is the fact that the
the twenty-fifth is the fact that the
the twenty-sixth is the fact that the
the twenty-seventh is the fact that the
the twenty-eighth is the fact that the
the twenty-ninth is the fact that the
the thirtieth is the fact that the
the thirty-first is the fact that the
the thirty-second is the fact that the
the thirty-third is the fact that the
the thirty-fourth is the fact that the
the thirty-fifth is the fact that the
the thirty-sixth is the fact that the
the thirty-seventh is the fact that the
the thirty-eighth is the fact that the
the thirty-ninth is the fact that the
the fortieth is the fact that the
the forty-first is the fact that the
the forty-second is the fact that the
the forty-third is the fact that the
the forty-fourth is the fact that the
the forty-fifth is the fact that the
the forty-sixth is the fact that the
the forty-seventh is the fact that the
the forty-eighth is the fact that the
the forty-ninth is the fact that the
the fiftieth is the fact that the
the fifty-first is the fact that the
the fifty-second is the fact that the
the fifty-third is the fact that the
the fifty-fourth is the fact that the
the fifty-fifth is the fact that the
the fifty-sixth is the fact that the
the fifty-seventh is the fact that the
the fifty-eighth is the fact that the
the fifty-ninth is the fact that the
the sixtieth is the fact that the
the sixty-first is the fact that the
the sixty-second is the fact that the
the sixty-third is the fact that the
the sixty-fourth is the fact that the
the sixty-fifth is the fact that the
the sixty-sixth is the fact that the
the sixty-seventh is the fact that the
the sixty-eighth is the fact that the
the sixty-ninth is the fact that the
the seventieth is the fact that the
the seventy-first is the fact that the
the seventy-second is the fact that the
the seventy-third is the fact that the
the seventy-fourth is the fact that the
the seventy-fifth is the fact that the
the seventy-sixth is the fact that the
the seventy-seventh is the fact that the
the seventy-eighth is the fact that the
the seventy-ninth is the fact that the
the eightieth is the fact that the
the eighty-first is the fact that the
the eighty-second is the fact that the
the eighty-third is the fact that the
the eighty-fourth is the fact that the
the eighty-fifth is the fact that the
the eighty-sixth is the fact that the
the eighty-seventh is the fact that the
the eighty-eighth is the fact that the
the eighty-ninth is the fact that the
the ninetieth is the fact that the
the ninety-first is the fact that the
the ninety-second is the fact that the
the ninety-third is the fact that the
the ninety-fourth is the fact that the
the ninety-fifth is the fact that the
the ninety-sixth is the fact that the
the ninety-seventh is the fact that the
the ninety-eighth is the fact that the
the ninety-ninth is the fact that the
the hundredth is the fact that the

V A R I A

«Las donaciones que hayan de producir efectos por muerte del donante», del artículo 620 del Código civil

El número 438-439 de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO (vol. XL, págs. 764 y sigs.) ha publicado un brillante e interesante trabajo de nuestro querido amigo y compañero PEDRO PORRAS IBÁÑEZ, que con gran rigor lógico formal analiza los argumentos que, en esta misma Revista, esgrimimos el año 1952 JOSÉ PARRA JIMÉNEZ (*De nuevo sobre la donación «mortis causa» y el Código civil*, volumen XXVIII, págs. 185 y sigs.) y, en réplica de éste, un servidor de ustedes (*La donación «mortis causa» y el Código civil*, vol. último citado, págs. 321 y sigs.), discutiendo acerca de la posibilidad de vigencia de las enunciadas donaciones *mortis causa* y de si en nuestro Código civil habían o no sido formalmente absorbidas por los testamentos.

Tomándonos la libertad de hacer una simplificación, tal vez excesivamente general, de las conclusiones a que llega PORRAS IBÁÑEZ, podríamos decir que en el aspecto práctico nos da la razón en contra de PARRA JIMÉNEZ, y que en el aspecto conceptual nos la niega a los dos.

Prescindiendo, pues, de las denominaciones y despreocupándonos de toda dogmática conceptual, podríamos darnos por muy satisfechos al vernos respaldados por nuestro compañero en el terreno de la realidad viva, que es sin duda el campo más importante para un jurista práctico, para un profesional del Derecho vivo, como lo somos por oficio.

Sin embargo, todas las construcciones trazadas a regla y com-

pás, partiendo de conceptos generales nos producen cierto miedo... , porque es muy fácil que por un afán de regularidad y de simetría se ponga en peligro una parte de la realidad en cuanto no se acomode a la corrección geométrica del concepto previamente trazado... Por eso nos decidimos a tomar la pluma.

Nos hallamos ante un trabajo de PORRAS IBÁÑEZ en el que sobresale, como hemos anticipado, el rigor lógico formal de su argumentación crítica. Pero no nos atrevemos, en cambio, a hacer igual afirmación acerca de la exactitud de los datos metalógicos de los que arranca.

Su punto de partida es su consideración de que las llamadas «donaciones» que hayan de producir sus efectos por muerte del donante no son donaciones, en el sentido en que define la donación el artículo 618 del Código civil ni en el que la regulan los artículos siguientes.

«No ha habido, pues—nos dice—, derogación ni tala, sino expreso reajuste de la tradición jurídica, o sea, un poner las cosas en su sitio y, por tanto, el nombre de donación, a lo que lo es, haciendo esto a base de afirmar la naturaleza y de verter sus reglas a las liberalidades llamadas *donaciones*...», «... no habrá podido derogarse la donación *mortis causa* como institución vigente, por cuanto que la liberalidad así llamada nunca habrá sido, como institución vigente, donación, sino disposición de última voluntad».

Pero, en cambio—a su propio juicio—, se sigue admitiendo como vigente el contenido de las liberalidades que antes eran llamadas donaciones *mortis causa*, es decir, de las «liberalidades de última voluntad que no precisan de la forma testamentaria», de las «disposiciones de última voluntad con forma extratestamentaria, a las que el artículo 620 llama *donaciones*»..., aunque sólo lo haga para determinar lo que no es donación. Porque, a su juicio: «El artículo 620, al hablar de *donaciones*, pero aludir a liberalidades de última voluntad, se refiere indudablemente a la sucesión de bienes manifestada en testamento, o sea, manifestada o no en forma testamentaria (testamento en su acepción adjetiva de *forma*), sino en acto de disposición de bienes para después de la muerte del disponente (testamento en su acepción substantiva de *disposición*)». De modo tal que el concepto de testamento se nos ensancha al darle un sentido substantivo abstraído de cuál sea su forma.

Es decir, que si nosotros utilizamos la denominación de donación *mortis causa*, expresamos en forma incorrecta y antinómica—según el criterio de PORRAS IBÁÑEZ—lo que—según él—es una disposición *mortis causa*, que sustancialmente es un testamento, aunque formalmente no reúna sus requisitos ni los necesite para su eficacia.

En cambio, nosotros partíamos del carácter *esencialmente formal* del testamento, que no permite considerar como tal a disposición alguna que no sea formalizada de acuerdo con los requisitos exigidos *ad substantiam* para su misma existencia: *Forma dat esse rei*.

O sea, pues, que todo el rigor conceptual con que PORRAS IBÁÑEZ quiere precisar el sentido de la palabra donación, restringiendo su empleo, se vuelve para él en holgura al formular ampliamente el concepto de testamento y referirlo a todo acto por el cual, con o sin forma tipificada, se disponga de bienes para después de la muerte.

Pero, para comprender la cuestión debatida en el trabajo que comentamos, debemos distinguir tres planos diversos: a) el semántico; b) el conceptual, y c) el real.

a) En el *aspecto semántico* hemos visto que PORRAS IBÁÑEZ nos achaca el uso de la palabra *donación* fuera de su estricta significación y, en cambio, propone la distinción entre testamento en *sentido formal* y testamento en *sentido substantivo*, dando a esta segunda acepción un significado más lato, que ciertamente le cabe en la *literalidad* del artículo 667 del Código civil.

Pero parece previo preguntar ¿qué es lo correcto y qué lo incorrecto bajo una visión puramente semántica?

Sabemos que las palabras son expresiones habladas que en su origen fueron puramente convencionales (por lo menos cuando no tenían un sentido figurativo, u onomatopéyico, o etimológico, basado en otra palabra anterior). Para dominar, verbigracia, lo que en castellano expresamos con la palabra *perro*, en latín se dice *canis*; en catalán, *gos*; en francés, *chien*; en alemán, *Hund*, y en inglés, *dog*, y es sin duda cierto que inicialmente cualquier otra palabra hubiese podido expresar el mismo significado.

Pero esa arbitrariedad inicial no es posible mantenerla, pues de lo contrario no podríamos entendernos si por cada cual se crease un lenguaje a su propio gusto. El uso común o su empleo técnico, según los supuestos, hace que deje de ser arbitrario el uso o no uso de

una u otra palabra para expresar una cosa, un fenómeno o un acto. Si éstos se distinguen habitualmente con una determinada palabra ya consagrada, nos guste o no nos guste ésta, deberemos usarla si queremos que nos entiendan. Ciertamente es, por otra parte, que una misma palabra puede tener, y frecuentemente muchas los tienen, diversos significados, más amplios o más estrictos, más o menos precisos, que han sido aceptados no sólo comúnmente, sino incluso técnicamente en la terminología de una disciplina dada. Entonces, cuando se oiga o se lea una de esas palabras, lo correcto será sin duda averiguar cuál es el sentido en que la expresa su actor, y no parece, en cambio, que lo sea prescindir de ese sentido auténtico para entenderla según otro sentido cualquiera de dicha palabra que a nosotros nos parezca mejor. Y si de lo que se trata es entendernos, aún nos parece menos aconsejable, en el terreno de la semántica, la pretensión de señalar un nuevo significado, que no esté consagrado por el uso, a una palabra que ya tenga otro habitualmente usado, ni siquiera en la hipótesis de que esa nueva significación que pretendamos atribuirle se ajuste mejor a nuestros propios esquemas mentales.

La palabra *donación* ha tenido diversos significados que han oscilado de la consideración de una liberalidad como *causa*, como *modo* o como *título* de una transmisión, lo cual sin duda le ha dado una latitud y una imprecisión de contornos evidentes. Por otra parte, al lado del uso estricto de la palabra donación, fuera de él, pero sí dentro de su sentido genérico, se usó, en diversos supuestos, esta misma palabra cualificativamente unida a otras palabras, como, verbigracia, en las expresiones donación *mortis causa*, donación onerosa, donación remuneratoria.

La manifestación como donación de la llamada donación *mortis causa* se remonta, en nuestro conocimiento, a un repetido paso de *La Odisea* con referencia, *ad exemplum*, al cual la calificó como tal MARCIANO en un texto recogido en el *Digesto* (XXXIX-VI, 1 y 2). Y el nombre continuó en todo el decurso del Derecho romano, aun a pesar de que muchos juristas clásicos asimilaban dicha donación a los legados, ya que éstos mismos juristas aceptaban que pudiese revestir la forma de transmisión de propiedad, remisión de deuda, *stipulatio*, etc. E incluso después de la Constitución de Justiniano, recogida en el *Codex* XIII-LVII, 4, que, disipando las dudas

acerca de la naturaleza de las donaciones *mortis causa* concluyó *ut per omnia fere legatis connumaretur...*, y aun después de la afirmación de la *Instituta* II-VII, párrafo primero, de que *mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia*, con arreglo a la cual, si bien se asimilaron, no se confundieron, como nos lo demuestra el mismo *Corpus Iuris* en varios textos del *Digesto*, que nos hablan de la tradición de la cosa donada *mortis causa*. Correcto o incorrecto, ese uso no sólo continúa en la doctrina y en el discutido artículo 620 del Código civil, sino especialmente, y sin duda en su primigenio sentido, en la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña, artículos 245, 246 y 247.

En cambio, la palabra *testamento*, aun dentro de las múltiples formas que su concepto ha admitido, siempre ha significado un acto *mortis causa* rigurosamente *solemne*. Y sigue significándolo, pues conforme al artículo 687: *Será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo*. El concepto del artículo 667 ha de completarse, por tanto, con ese requisito de forma consignado en el artículo 687, que además se remite *precisamente* a las formas reguladas en el propio capítulo del Código. La palabra *testamento*, que nosotros sepamos, no se había empleado, hasta hacerlo PORRAS IBÁÑEZ, con abstracción de su forma. Es decir, que nunca la habíamos visto aplicada en un sentido lato de disposición para después de la muerte, prescindiendo de que estuviera o no consignada en acto formalmente testamentario.

Por tanto, podemos, en primer lugar, concluir que *semánticamente* el uso ha consagrado con significados precisos la expresión de donación *mortis causa* y, en cambio, no sabemos que uso alguno haya refrendado la significación del testamento como expresión genérica de toda disposición *mortis causa* aunque no revista la forma testamentaria.

b) En el *aspecto conceptual* conviene recordar, ante todo, las consecuencias del método idealista en lo relativo a la definición del contenido representado por nuestras palabras al ser utilizadas éstas en sentido técnico.

Necesitamos, sin duda, ordenar nuestras ideas para que éstas tengan cierta coherencia y para que nuestra mente pueda razonar de modo ordenado, es decir, metódicamente. Ahora bien, ese es-

fuerzo, ante la conveniencia de precisar una determinada expresión semántica, podemos realizarlo de dos maneras, a saber: a) ordenando la realidad que la misma palabra recoge, procurando distinguir sus diversos sentidos y matices, haciendo un trabajo inductivo, parecido al que realizan un naturalista o un biólogo; b) o bien elaborar un concepto ideal *a priori* para expulsar de su expresión semántica toda aquella realidad que resulte extravagante al concepto.

Esto segundo es lo que hace PORRAS IBÁÑEZ. Elabora primero mentalmente una clara distinción entre los negocios jurídicos de donación y los de disposición de última voluntad. Y una vez trazada esta línea divisoria, cataloga dentro del segundo grupo de disposiciones a las donaciones *mortis causa*. Lo cual hace, porque éstas no corresponden a su concepto de la donación, y a pesar de que para ello necesita considerar como expresiones equivalentes las de *disponer «mortis causa»* y de *testar en sentido material*, de modo que quepa la posibilidad de hacerlo sin *testar en sentido formal*. Con lo cual le parece que conceptualmente lo más adecuado es situar aquellas liberalidades de última voluntad, que no precisan *forma testamentaria*, fuera del contenido tradicional de la expresión «donaciones *mortis causa»*, y sí, en cambio, dentro de su nuevo *concepto sustantivo de testamento* diverso de sentido usual que el autor califica de *adjetivo*.

Pero aún hay algo que continúa confuso dentro de la lógica conceptual de PORRAS IBÁÑEZ que va de la idea a la cosa: ¿Cómo se delimita el ámbito de esas disposiciones de última voluntad posibles sin «forma» testamentaria?

En el Derecho romano, antes y después de la Ley 4.^a, *Cod. VIII-LVII*—que exigió cinco testigos para el otorgamiento de las donaciones *mortis causa*—, y en los ordenamientos actuales que admiten esas figuras, lo que precisamente las individualiza es su forma de donación *inter vivos*. Es algo que los delimita, y que acota la extensión—que podría resultar indefinida—de las disposiciones de voluntad sin *forma* testamentaria.

En cambio, según PORRAS IBÁÑEZ, las disposiciones de última voluntad, «prescindiendo de la forma, que —a su juicio—es lo de menos», «no se pueden aceptar sin estar cierto de la muerte de la persona disponente».

Siendo así, borrado el concepto clásico de donación *mortis causa*, sustituido por el de disposición testamentaria con *forma* extratestamentaria, adjetivamente hablando, y estimando que ésta sólo puede en consecuencia ser aceptada en vida del donante, se le queda a **PORRAS** sin precisar el ámbito en que estas disposiciones pueden ser admisibles sin forma testamentaria, pues de no deslindarlo todas ellas chocarían de frente y de un modo total con la declaración de nulidad, contenida en el artículo 687 del Código civil, para todo testamento «en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas...» Dificultad que no existe en tanto las deslindemos refiriéndolas al contenido tradicional de la expresión donación *mortis causa*.

c) En el *aspecto real* hemos visto que la expresión semántica «donación» comprendió diversas variedades calificadas de modo tal que podían diferenciarse según las particularidades específicas de su causa o de su naturaleza; y que las calificadas de *mortis causa*, aun después de la referida constitución de Justiniano, continuaron diferenciándose por su forma y por algunos de sus efectos de las disposiciones *mortis causa* ordenadas en testamento o en codicilo.

Por otra parte, el Derecho romano reconoció una forma de donación *mortis causa*—que hemos llamado de tipo resolutorio—con transmisión formal inmediata del dominio y que, por la sola razón de la *causa* que determinaba su otorgamiento (es decir, la contemplación de la muerte del donante), se entendían revocables en vida por donante y automáticamente decaídas en caso de premoriencia del donatario.

Y sabemos, en fin, que las donaciones universales de todos los bienes presentes y futuros, posibles con carácter *mortis causa*, y por ende revocables en Derecho romano, fueron consuetudinariamente transformadas en las regiones pirenaicas españolas y en Baleares—posiblemente llevadas a esas Islas por los conquistadores catalanes—, dándoseles carácter irrevocable si eran pactadas en capitulaciones matrimoniales y floreciendo con una rica gama de combinaciones de donaciones de presente y de futuro, siempre irrevocables, salvo las usuales reservas para supuestos expresamente previstos...; que FONTANELLA las calificó de instituciones *hermafroditas* y las definió como: *Donatio inter vivos quae fit in pactis*

nuptialibus quia per eam censetur donator praevenisse diem supremae iudicii..., instituciones de las que romperemos su unidad real al querer escindir idealmente lo que tienen de donación *inter vivos* actual y lo que tienen de institución hereditaria contractual, rompiendo su trama vital en la que, además, puede o no insertarse la entrega previa de la posesión de los bienes presentes, o de algunos de ellos, y la limitación o no de las facultades dispositivas *inter vivos* del *heretante*.

Todo ello nos demuestra que la realidad es demasiado rica para dejarse aprisionar en nuestros simples esquemas mentales. Para comprenderla debemos saber ver toda su complejidad y reconocerla así.

En cambio, si para clarificarla queremos vaciarla dentro de los esquemas que lógicamente nos hayamos elaborado *a priori*—tentación en la que tan fácilmente caemos—, el resultado nos aparecerá totalmente lógico, muy claro y ordenado..., pero posiblemente sólo nos resulte así por haber previamente expulsado de nuestra mente una parte de la realidad, precisamente aquella que no nos hubiera resultado coherente con nuestras ideas. A éstas habríamos entonces sacrificado aquella realidad mutilándola, aunque también sólo fuera mentalmente. Haciéndolo, tal vez sentiríamos una gran satisfacción interior al percibir nuestra coherencia mental; a pesar de que sin duda mejor fuera que lamentáramos nuestra pobreza intelectual, a la cual deberíamos cargar el fallo de dejarnos escapar esa parte del mundo real que nos cabe en nuestras simplificadas ideas. Y, además, si todavía osáramos pretender desde el campo legislativo hacer tabla rasa de toda esa realidad invalidándola jurídicamente—porque mentalmente no nos hubiera resultado dirigitible—, entonces podríamos envanecernos, tal vez neciamente, de haber secado parte de lo vivo y destrozado una riqueza de matices, sin pensar que probablemente eran adaptables y útiles a todas aquellas situaciones que nuestra mente no hubiese alcanzado a ver, a prever o a entender... ¡Pretensión de someter la grandeza del orden de la creación, la naturaleza de las cosas y hasta nuestra adaptabilidad a ella..., a la pequeñez y estrechez de nuestra capacidad de intelectibilidad, única causa de la frustración de nuestro infinito deseo de entender de modo coherente aquello que se nos escapa!...

Hace tiempo que la Humanidad está dando tumbos angustiosos para conseguirlo..., desde que DESCARTES pretendió que filosofáramos *de la idea a la cosa* en lugar de hacerlo *de la cosa a la idea*, y desde que KANT intentó dar un «giro copernicano» a la filosofía para que nos construyéramos las cosas conforme a nuestras propias ideas... prescindiendo de la realidad nouménica que él creía inasequible.

JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO.

