

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

DEPÓSITO LEGAL: M. 968.—1958.

Año XXXVI

Enero-febrero 1960

Núm. 380-381

El recurso de súplica (*)

SUMARIO: I.—*Nociones generales*: A) Concepto.—B) Naturaleza jurídica.—C) Fundamento.—D) Regulación. II.—*Requisitos*: A) Requisitos subjetivos: 1. Órgano administrativo.—2. Recurrente.—B) Requisitos objetivos: 1. Actos impugnables.—2. Motivos del recurso.—C) Requisitos de la actividad: 1. Lugar. 2. Tiempo.—3. Forma. III.—*Procedimiento*: A) Iniciación.—B) Desarrollo: 1. Tramitación.—2. Informes.—3. Audiencia.—C) Terminación: 1. Terminación normal.—2. Terminación anormal. IV.—*Efectos*: A) Efectos jurídico-materiales.—B) Efectos jurídico-procesales: 1. En materia de prensa. 2. En materia de enseñanza media y tesoro artístico.—3. En materia de declaración de fincas manifiestamente mejorables.

I.—NOCIONES GENERALES

A) CONCEPTO.

1. Aun cuando, en principio, las decisiones de los ministros y las del Consejo de ministros ponen fin a la vía administrativa (artículo 36, apartados 1 y 2, LRJ), nuestro Ordenamiento jurídico admite, a veces, un recurso administrativo contra aquellas decisiones, bien ante el jefe del Gobierno, bien ante el Consejo de ministros.

(*) El presente trabajo es un capítulo de una obra en preparación sobre *Los recursos administrativos*. Se utilizan las abreviaturas siguientes:

LJ = Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa.

LPA = Ley de procedimiento administrativo.

LRJ = Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado.

RPA = Revista de Administración pública.

REVL = Revista de estudios de la Vida local.

2. La terminología sobre dicho recurso no es unánime. En efecto: a veces se le considera recurso de alzada (art. 36, Ley de Enseñanza Media; arts. 12 y 21, Ley de prensa de 22 de abril 1938); otras, por el contrario, se le califica de recurso de súplica. Esta última parece ser la terminología más apropiada (1).

3. Puede, pues, definirse el recurso de súplica como el recurso administrativo extraordinario ante la Presidencia del Gobierno o el Consejo de Ministros, en los casos especialmente previstos en una disposición con jerarquía de ley.

B) NATURALEZA JURÍDICA.

1. *Es un recurso administrativo.* La naturaleza administrativa del recurso es incuestionable, en cuanto se trata de un recurso que ha de ser resuelto por un órgano administrativo que actúa como tal.

2. *Es extraordinario.* Pues sólo se da en los supuestos especialmente señalados por una norma con jerarquía de ley. El art. 122, párrafo 3, dice: «El recurso de súplica o alzada ante el Consejo de Ministros o ante la Presidencia del Gobierno, sólo podrá interponerse cuando esté expresamente establecido en una ley, y se presentará en la Presidencia del Gobierno».

3. *Se da ante la Presidencia del Gobierno o ante el Consejo de Ministros.* La nota diferencial del recurso es que se da precisamente ante el Consejo de Ministros o la Presidencia del Gobierno, según los casos. De aquí que la figura del recurso de súplica ofrezca ciertas analogías con algún tipo de recurso que nos ofrece el Derecho comparado, en especial con el recurso jerárquico impropio, que admite el Derecho italiano como recurso ante el Gobierno contra algunas decisiones ministeriales, que es resuelto por Decreto, previa audiencia del Consejo de Estado (2), mientras que es de naturaleza dis-

(1) Pues no se trata, propiamente, de una alzada ante órgano que sea, propiamente, superior jerárquico del que dictó el acto impugnado.

En el mismo sentido, GARRIDO, *Recursos administrativos contra decisiones ministeriales*, «REVL», núm. 75, pág. 329, y en *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, pág. 359. Madrid, 1956

(2) GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, 3.^a ed., págs. 124-130. Padova, 1954; BODDA, *Diritto processuale amministrativo*, 4.^a ed., pág. 40. Torino, 1947. ZANOBINI, *Corso di Diritto amministrativo*, 7.^a ed., II, págs. 94-96. Milano, 1954.

tinta el recurso de alzada ante el Jefe del Estado, que se admite en algunos países, bien con carácter ordinario (3) o con carácter extraordinario (4).

C) FUNDAMENTO.

Es muy discutible el fundamento de estos recursos. Si durante la época en que estuvo en suspenso la garantía jurisdiccional de los administrados, podía tener sentido un recurso ante los órganos supremos del Estado, para remediar las posibles injusticias en que incurrieran los Ministros, restablecida plenamente la jurisdicción contencioso-administrativa, carece de sentido un recurso que sólo puede perseguir una de estas dos finalidades: o introducir una nueva instancia administrativa antes de ser admisible el «recurso contencioso-administrativo», o sustituir la garantía procesal por esta garantía administrativa ante un órgano de carácter político-administrativo. En efecto:

1) Si, normalmente, la vía administrativa queda agotada por la decisión ministerial (art. 36, apartado 2), LRJ), o, en su caso, por la del Consejo de Ministros (art. 36, apartado 1), LRJ), ¿a qué exigir una nueva instancia administrativa antes de poder acudir ante los órganos jurisdiccionales?

La vía administrativa resulta, por lo general, suficientemente complicada para que se instaure una nueva instancia, que, generalmente, no servirá de nada. Y, una vez dictada la ley de 27 de diciembre de 1956, al regular un recurso de reposición previo cuando el acto no fué, a su vez, decisión de un recurso administrativo anterior, la reposición es más que suficiente para que el órgano correspondiente pueda examinar de nuevo su decisión antes de que el interesado dé el paso decisivo de incoar un proceso administrativo.

2) Y en aquellos casos en que el recurso de súplica trata de suplantarse al «contencioso-administrativo», las normas regulado-

(3) Cfr. LANCIS Y ESTRADA, *El recurso de alzada ante el Presidente de la República*, 2.^a ed. La Habana, 1951.

(4) El recurso extraordinario ante el Jefe del Estado, que se admite en Derecho italiano. Cfr. SANDULS, *Sull' ammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica*, IV, pág. 89 y sigs. Gi, 1950.

ras merecen la más enérgica repulsa, por suponer un retroceso en la progresiva evolución de nuestro Ordenamiento jurídico. Pues, en último término, lo que aquellas disposiciones pretenden es, sencillamente—llamemos a las cosas por su nombre—instaurar el signo de la arbitrariedad en lugar del principio de legalidad. De aquí que siempre que la ley reguladora de un recurso de súplica no señale expresamente la exclusión de la «vía contencioso-administrativa», debe entenderse que aquel recurso no supone una sustitución del «contencioso-administrativo» (5).

D) REGULACIÓN.

1. El artículo 122, párrafo 3.º, LPA, únicamente admite el recurso «cuando esté expresamente establecido en una ley». Ello supone la derogación de todas aquellas disposiciones de inferior jerarquía que admitían un recurso de este tipo, como el artículo 11, Decreto 16 de junio de 1954, que admitía un «recurso de alzada ante el Consejo de Ministros» contra las decisiones del Ministerio de Agricultura en materia de multas por las infracciones cometidas en los cultivos agrícolas en montes públicos y particulares. Por lo antes dicho, la LPA se quedó en el camino. Pues debió derogar cuantas disposiciones regularan estos recursos, tuvieran o no la categoría de ley.

2. Habrá que acudir, pues, en primer lugar, a las leyes respectivas. En nuestro Derecho se admite recurso de súplica en las materias siguientes:

a) *Contra decisiones ministeriales.*—Cabe, a su vez, distinguir dos grupos, según el órgano que resuelva:

a') *Ante la Presidencia del Gobierno.*—La Ley de prensa de 22 de abril de 1938 admite el recurso ante el *Jefe del Gobierno*, en los casos siguientes:

a'') *Contra la resolución del Ministro (hoy de Información y Turismo) por la que se rechaza la propuesta de nombramiento de Director de periódico (art. 12), y contra el acto de destitución de un Director (art. 13).*

(5) En la misma línea crítica, GARRIDO, *Recursos administrativos contra decisiones ministeriales*, cit., pág. 332.

b'') Contra la resolución del Ministro imponiendo sanciones a Directores y empresas (art. 21).

b') *Ante el Consejo de Ministros.*—Se admite recurso ante el Consejo de Ministros en los casos siguientes:

a'') *En materia de Enseñanza Media.*—La Ley de Enseñanza Media de 26 de febrero de 1953, al regular la clasificación de los Centros no oficiales (cap. II, sección 3.^a), en su artículo 36, dice: «contra las resoluciones ministeriales recaídas en los expedientes de clasificación o de revocación podrá recurrirse en alzada ante el Consejo de Ministros».

b'') *En materia de Tosoro artístico.*—El Decreto-ley de 12 de junio de 1953, sobre reorganización de servicios del Ministerio de Educación Nacional, en su artículo 2.º, dice: «La facultad sancionadora de los preceptos de dicha ley (ley de 13 de mayo de 1933) y disposiciones complementarias queda directamente atribuida al Ministerio de Educación Nacional, concediéndose contra los acuerdos de imposición de multas por violación de normas legales o reglamentarias, recurso de súplica ante el Consejo de Ministros.»

b) *Contra Decretos.*—La ley de 3 de diciembre de 1953, que reguló la declaración de fincas manifiestamente mejorables, en su artículo 3.º dispuso que contra el Decreto que contiene tal declaración podrá interponerse recurso de súplica ante el Consejo de Ministros (6).

3. Como las disposiciones sobre estos recursos suelen limitarse a señalar la posibilidad del mismo, sin contener una completa regulación del recurso, habrá que acudir, necesariamente, a las normas de la Ley de procedimiento administrativo sobre recursos, y en lo en ella no previsto a las generales sobre procedimiento administrativo. En efecto:

a) El artículo 122, párrafo 3.º, LPA, al regular el recurso de alzada, se refiere a estos recursos, por los que parece que, en principio, salvo las especialidades derivadas por el carácter de los mismos, ha de acudirse a las normas sobre recurso de alzada.

(6) GONZÁLEZ PÉREZ, *La declaración de fincas mejorables*, «RAP», núm. 13, páginas 225-229

b) Por otro lado, ello así viene impuesto por el artículo 1.º, párrafo 3.º de dicha ley, al disponer: «... el ejercicio del derecho de recurso en vía administrativa que estuviese reconocido en disposiciones especiales, se ajustará, en todo caso, a lo dispuesto... en el título V de esta ley.»

II.—REQUISITOS.

A) REQUISITOS OBJETIVOS.

1. *Órgano administrativo.*—La competencia para decidir los recursos de súplica viene atribuida, según los casos a los órganos siguientes:

a) *Presidente del Gobierno.*—En los supuestos en que la Ley de prensa de 1938 admite este recurso, corresponde la decisión—según artículos 12, 13 y 21 de dicha ley—, al *Jefe del Gobierno*. Así se dice expresamente. Como, pese a la diferencia orgánica que establece la LRJ (art. 2.º), la Presidencia del Gobierno está unida a la jefatura del Estado (7), corresponde al Jefe del Estado la decisión del recurso.

b) *Consejo de Ministros.*—En los demás casos en que se admite este recurso extraordinario, cualquiera que sea la decisión objeto de impugnación, corresponde la resolución al Consejo de Ministros.

2. *Recurrente.*—Estará legitimado para interponer recurso de súplica el titular «de un derecho subjetivo o de un interés directo, personal y legítimo en el asunto» (art. 113, párrafo 1.º, LPA). Para determinar, con arreglo a estas normas generales, cuando existe interés, habrá que acudir a las disposiciones respectivas. Es evidente, pues, que está legitimado para interponer el recurso: cuando se trata de acto sobre imposición de sanciones, el sancionado: cuando el objeto del acto es la clasificación de un centro docente, el titular del mismo, etc.

(7) GUAITA, *El Consejo de Ministros*, págs. 25-27. Madrid, 1959; GÓMEZ AN-
TÓN, *La Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado*, pág. 25. Ma-
drid, 1959.

B) REQUISITOS OBJETIVOS.

1. *Actos impugnables*.—Dado el carácter extraordinario del recurso, únicamente es admisible en relación con los actos expresamente señalados en norma con jerarquía de ley (art. 122, párrafo 3.º, LPA), tal y como han quedado enumerados. Por tanto, si se interpusiere un recurso de súplica contra acto distinto, aunque se refiera a la misma materia, se declarará inadmisibile el recurso y no se examinará la cuestión o cuestiones que en el mismo se planteen.

2. *Motivos del recurso*.—El carácter extraordinario del recurso viene dado en función de la especial naturaleza de los actos susceptibles de impugnación, en relación con el órgano encargado de resolver. Pero no en razón de los motivos en que se funda. Las disposiciones especiales reguladoras del mismo no establecen causas o motivos tasados que deban fundar el recurso. Por tanto, ha de entenderse aplicable al artículo 115, párrafo 1, LPA, y considerar que estos recursos «podrán fundarse en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder». Se ha llegado a afirmar que incluso puede fundarse en motivos de oportunidad (8).

C) REQUISITOS DE LA ACTIVIDAD.

1. *Lugar*.—El artículo 122, párrafo 3.º, LPA, dice que estos recursos se presentarán en la Presidencia del Gobierno. Por tanto, la regla general es que han de presentarse en el Registro General de la Presidencia, ante la cual deberá tramitarse el recurso, hasta la fase final en que se someta la correspondiente propuesta a la aprobación del órgano competente.

Ahora bien: hay que tener en cuenta las normas que sobre presentación de escritos y documentos se contienen en el artículo 66, LPA. Por lo que será admisible la presentación en los Gobiernos civiles, órganos delegados del ministerio respectivo y oficinas de Correos en la forma prevista en dicho artículo, considerándose que

(8) GARRIDO, *Recursos administrativos*, cit., págs. 330-331.

los escritos han tenido entrada en el órgano administrativo competente en la fecha en que fueron entregados en aquellas oficinas.

2. *Tiempo.*—a) En orden al plazo para interponer estos recursos, algunas de las disposiciones que les regulan señalan que es de quince días (verbigracia, arts. 12 y 21, Ley de prensa de 1938; art. 3.º, ley 3 de diciembre de 1953), mientras que otras nada dicen sobre este extremo (verbigracia, art. 36, Ley de Enseñanza Media). Parece, no obstante, que en todo caso el plazo es de quince días, no sólo por así establecerse especialmente en aquellos preceptos destinados a regular este tipo de recurso, sino porque así se señala en el artículo 122, párrafo 4.º, LPA, al regular el recurso de alzada en general, y referirse este mismo precepto, en su párrafo 3.º, a los «recursos de súplica o alzada ante el Consejo de Ministros o ante la Presidencia del Gobierno».

b) El régimen jurídico de este plazo será el siguiente:

a') *Día inicial.*—En aplicación de la regla general del artículo 59, LPA, el plazo se contará «a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación o publicación». Por tanto, el punto de referencia será la notificación del acto objeto de recurso, notificación que deberá reunir los requisitos exigidos por el artículo 79 para que produzca efecto, entre ellos el de que empiece a correr el plazo para recurrir.

Es cierto que el artículo 3.º de la ley de 3 de diciembre de 1953, al referirse al recurso contra la declaración de finca manifiestamente mejorable dice que el plazo para recurrir empezará a contarse a partir del día siguiente a la publicación del Decreto en el *Boletín Oficial*. Pero, como el artículo 79, párrafo 1.º LPA, dice que se notificará a los interesados la resolución que afecte a sus derechos o intereses, y la declaración de finca mejorable afecta, indudablemente, los derechos del propietario, es necesaria la notificación al mismo y sólo a partir del día siguiente al de la notificación según las reglas del artículo 80, LPA empezará a correr el plazo para recurrir (9).

(9) En el caso de que se trate de notificación defectuosa, habrá que tener en cuenta las normas que, sobre subsanación, se contienen en el art. 79, párrafos 3 y 4, «LPA».

b') *Cómputo*.—Como se trata de un plazo que viene dado por días, únicamente se tendrán en cuenta los que sean hábiles, «excluyéndose del cómputo los feriados».

c') *Día final*.—El día final se contará por entero, a cuyo efecto, el recurrente podrá presentar el escrito de interposición hasta las veinticuatro horas del día en cuestión, si no en el Registro de la Presidencia, si en una oficina de Correos.

3. *Forma*.—Sobre la forma de los actos que integran el procedimiento en que se tramita un recurso de súplica, habrá que estar a las normas generales.

III.—PROCEDIMIENTO.

A) INICIACIÓN.

El procedimiento se iniciará con la presentación del escrito interponiendo el recurso en el Registro de la Presidencia o en las oficinas antes señaladas.

El escrito de interposición deberá expresar las circunstancias que se enumeran en el artículo 114, LPA.

B) DESARROLLO.

1. *Tramitación*.—El recurso se tramitará en la Presidencia del Gobierno, ante la Sección correspondiente, correspondiendo, por tanto, al Ministro Subsecretario de la Presidencia elevar la propuesta de la resolución que proceda al órgano competente para resolver (Consejo de Ministros o Jefe del Estado, según los casos).

2. *Informes*.—En aplicación del artículo 84, LPA, podrán solicitarse cuantos informes sean preceptivos y aquellos que se juzguen absolutamente necesarios. Entre ellos ha de entenderse incluido el del Ministro que dictó la resolución impugnada—cuando sea una decisión ministerial—, o que refrendó el Decreto impugnado, cuando se impugna un acto de esta naturaleza—caso de la declaración de fincas manifestamente mejorables.

3. *Audiencia*.—Aun cuando no se refiera expresamente a este recurso extraordinario, ha de entenderse aplicable el artículo 117, LPA. En consecuencia, no procederá la audiencia al interesado, cuando no hayan de tenerse en cuenta otros documentos que los que aporte el interesado, además de los del expediente originario.

C) TERMINACIÓN.

1. *Terminación normal*.—El procedimiento terminará, normalmente, con la decisión del órgano competente, en la que se resolverán las cuestiones planteadas por el recurrente. En orden a la decisión hay que distinguir, según los casos:

a) *Que corresponda al Consejo de Ministros*.—Constituye el supuesto general. La resolución habrá de ajustarse a lo dispuesto en el artículo 24, LRJ.

b) *Que corresponda al Presidente del Gobierno*.—En los supuestos regulados en la Ley de prensa de 1938 vemos que el recurso de súplica debe ser resuelto por el *Jefe del Gobierno*. Si el sentido de la ley hubiese sido atribuir esta competencia al Presidente del Gobierno, sería aplicable lo dispuesto en el artículo 25, LPA. Pero, en 1938, la finalidad del legislador fué, sin duda alguna, atribuir la competencia de decisión al Jefe del Estado, por lo que parece lógico que la resolución del recurso revista la forma de Decreto.

Al no darse reglas especiales sobre silencio administrativo, se plantea el problema de si se aplicarán las normas generales del artículo 94, LPA, o la que, para el recurso de alzada, da el artículo 125 de la misma ley, teniendo en cuenta la referencia que a estos recursos se contiene en el artículo 122, párrafo 3.º, dedicado a regular el recurso de alzada, parece lógico que se aplique la norma sobre silencio administrativo del artículo 125.

2. *Terminación anormal*.—El procedimiento en que se tramita el recurso de súplica puede terminar por alguno de los modos que se regulan en los artículos 96 a 99, LPA.

IV.—EFECTOS.

A) EFECTOS JURÍDICO-MATERIALES.

Según el artículo 124, LPA—que puede entenderse aplicable a estos recursos—, la resolución confirmará, modificará o revocará el acto impugnado, y cuando, existiendo vicio de forma, no se estime procedente resolver sobre el fondo, ordenará que se retrotraiga el expediente al momento en que el vicio fué cometido, salvo lo dispuesto en el artículo 53.

Por tanto, en aplicación de este precepto, si la resolución fuese estimatoria del recurso, se producirán importantes efectos en las relaciones jurídico-materiales, a saber:

a) Si se aprecia la existencia de un vicio de forma y no se estima procedente entrar a examinar la cuestión de fondo, se anulará el acto impugnado y se ordenará se retrotraiga el procedimiento al momento en que el vicio fué cometido, salvo que se trate de un defecto subsanable o susceptible de convalidación, según el artículo 53, LPA.

b) Si estima el recurso en cuanto al fondo, anulará o modificará el acto recurrido, haciendo las declaraciones que procede para el reconocimiento de los derechos del recurrente y el restablecimiento de la situación jurídica lesionada.

B) EFECTOS JURÍDICO-PROCESALES.

Uno de los principales problemas que plantean estos recursos es el de la posibilidad de impugnación procesal del acto que se dicte al resolverlos. Ello depende, naturalmente, de la finalidad con que fué creado el recurso. Si el fin perseguido por el legislador fué la exclusión expresa del «recurso contencioso-administrativo», arbitrando una garantía que sustituyera a la jurisdiccional que se suprimía, es obvio que la resolución de estos recursos no es susceptible de impugnación ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Por el contrario, si lo que se persiguió fué crear una instancia administrativa extraordinaria antes de acudir a los Tribunales, es claro que, dictado el acto resolu-

torio del recurso de súplica, es admisible el contencioso-administrativo.

Ahora bien: cualquiera que fuera la finalidad del legislador, como la exclusión de la vía «contencioso-administrativa» supone un lamentable retroceso en el orden de las garantías del administrado, debe formarse la interpretación contraria. En consecuencia, debe entenderse que únicamente existe imposibilidad de acudir a los Tribunales, cuando—como dice el artículo 40, apartado b), L.J.—se ha dictado una ley que expresamente excluya de esta vía.

Ello nos lleva a estudiar el problema en cada uno de los supuestos en que se admita el recurso de súplica.

1. *En materia de prensa.*—Es indudable que la exclusión del «recurso contencioso-administrativo» existe respecto de los actos dictados en ejercicio de la función de Policía sobre la prensa, según el apartado b) del propio artículo 40, L.J. Por lo que la resolución del recurso regulado en la Ley de prensa de 1938 no es susceptible de impugnación ante la Jurisdicción contencioso-administrativa, no porque en los preceptos respectivos se diga que el *Jefe del Gobierno* resolverá «sin ulterior recurso», sino porque la exclusión de la «vía contencioso-administrativa» se establece en el artículo 40, apartado b), L.J.

2. *En materia de enseñanza media y tesoro artístico.*—Las regulaciones respectivas se limitan a establecer la posibilidad de recurso en los casos antes señalados ante el Consejo de Ministros. Pero no se pronuncian en orden a la exclusión de la «vía contencioso-administrativa», por lo que hay que entender que, dictado por el Consejo de Ministros el acto resolutorio del recurso ante el interpuesto, es admisible la impugnación ante órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa (10).

3. *En materia de declaración de fincas manifiestamente mejorables.*—Más dificultades que en los supuestos anteriores ofrece el del recurso contra la declaración de fincas manifiestamente mejorables. Dado el tenor literal del artículo 3.º de la ley de 3 de

(10) En el mismo sentido GARRIDO, *Recursos administrativos*, cit., páginas 331-332.

diciembre de 1953, parece que la intención del legislador fué excluir esta materia de impugnación contencioso-administrativa (11), al decir que «la declaración de finca mejorable se considera atribuida a la potestad discrecional de la Administración, y contra el Decreto dictado a tal efecto sólo podrá interponerse... el recurso de súplica, esto es, se arbitra este recurso, porque, al tratarse de un acto dictado en ejercicio de la potestad discrecional, estaba excluido de la vía contencioso-administrativa, en aplicación del artículo 4.º, número 6, de la Ley de lo contencioso-administrativo antes vigente. Sin embargo, existen argumentos más que suficientes para entender que la ley de 3 de diciembre de 1953 no supone una exclusión de la impugnación jurisdiccional y que el recurso de súplica viene a ser una última instancia en la vía administrativa (12). En efecto:

a) La razón aducida para estimar que no es admisible el «recurso contencioso-administrativo» es que el acto ha sido dictado en ejercicio de la potestad discrecional. Ahora bien: desaparecido de la vigente L.J. el requisito de que el acto emane de la Administración en el ejercicio de facultades regladas, carece de fundamento la exclusión. Como se dice en el preámbulo de la L.J. (apartado IV, 3, párrafo 7.º y 8.º): «La discrecionalidad, por el contrario, ha de referirse siempre a alguno o algunos de los elementos del acto, con lo que es evidente la admisibilidad de la impugnación jurisdiccional en cuanto a los demás elementos; la determinación de su existencia está vinculada al examen de la cuestión de fondo, de tal modo, que únicamente al juzgar acerca de la legitimidad del acto debe concluir sobre su discrecionalidad; y, en fin, esta surge cuando el Ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado, lo que sea de interés público. La discrecionalidad, en suma, justifica la improcedencia, no la inadmisibilidad, de las pretensiones de anulación y aquélla no en tanto el acto es discrecional, sino en cuanto, por delegar al Ordenamiento jurídico en la Administración la configuración según el interés público del elemento del acto de que se

(11) Sobre el problema, GONZÁLEZ PÉREZ, *Los procesos administrativos en materia agraria*, «RAP», núm. 30.

(12) GONZÁLEZ PÉREZ, *La declaración de fincas mejorables*, cit., págs. 225-229.

trata y haber actuado el órgano con arreglo a Derecho, el acto impugnado es legítimo.»

b) Al no existir el obstáculo procesal de la discrecionalidad, únicamente podría admitirse la exclusión de la vía contencioso-administrativa, de conformidad al artículo 40, apartado f), LJ. Pero del texto de la ley de 3 de diciembre de 1953 se desprende que no existe exclusión expresa de esta vía, como exige reiterada jurisprudencia. Y la expresión de que contra la resolución del recurso de súplica «no procede recurso alguno», ha de interpretarse, según jurisprudencia también reiterada—verbigracia, Sentencias de 22 de noviembre de 1954 y 20 de enero de 1958—en el sentido de que debe referirse a la vía administrativa, que queda agotada.

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ,
Registrador de la Propiedad,
Catedrático de Derecho administrativo.

El régimen fiscal del usufructo en el nuevo Reglamento del Impuesto de Derechos reales (*)

USUFRUCTO, USO Y HABITACIÓN.—VALORACIÓN DEL USUFRUCTO TEMPORAL Y VITALICIO.—VALORACIÓN DE LOS DERECHOS DE USO Y HABITACIÓN.—VALORACIÓN DE LA NUDA PROPIEDAD.—USUFRUCTO A FAVOR DE PERSONA JURÍDICA.—REGLAS DE LIQUIDACIÓN AL CONSTITUIRSE Y AL EXTINGUIRSE EL USUFRUCTO.—TRANSMISIÓN DE LA NUDA PROPIEDAD Y DEL USUFRUCTO.—USUFRUCTOS SUCESIVOS.—USUFRUCTO CON CONDICIÓN RESOLUTORIA DISTINTA DE LA VIDA DEL USUFRUCTUARIO.—REGLAS DE LIQUIDACIÓN APLICABLES A LOS DERECHOS DE USO Y HABITACIÓN.

I.—USUFRUCTO, USO Y HABITACIÓN.

1. En razón a su naturaleza y no obstante sus muy acusadas diferencias con los demás Derechos reales, el *usufructo*, el *uso* y la

(*) El presente trabajo de nuestro colaborador don Rafael Chinchilla Rueda es un capítulo de su nueva obra, en prensa, *Nociones de Legislación Tributaria*, que por contraerse a tema tan complejo y discutido como el gravamen de los derechos de usufructo, uso y habitación en el último Reglamento del impuesto de Derechos reales, hemos considerado del mayor interés publicar en la Revista, anticipadamente a su publicación en el libro, que muy pronto será realidad y que con tanto interés es esperado.

Al ofrecer a nuestros lectores el referido trabajo nos es grato agradecer a su autor la amable concesión que nos hace al autorizar su publicación anticipada.

habitación debieran estimarse comprendidos en la norma general del párrafo 1.º del art. 12 del Reglamento, que grava con el impuesto a todos los derechos reales en general. Sin embargo, no es así. El concepto fiscal de tales derechos ofrece peculiares notas diferenciales que justifican su específico régimen tributario. Y a tal respecto, el propio Reglamento desarrolla, en su art. 66, un conjunto de normas tributarias relativas tan sólo a los derechos de usufructo, uso y habitación. Y también a la nuda propiedad, que soporta el gravamen de tales derechos reales.

2. Las variadas y complejas normas contenidas en dicho artículo reglamentario han sido objeto de retoques y variaciones en las distintas reformas legislativas del tributo. Lo que acusa una inseguridad de criterio sobre la naturaleza de tales derechos reales y las dudas del legislador respecto a la técnica fiscal de justa aplicación en las distintas manifestaciones de su existencia.

Si ya en el Reglamento de 14 enero 1873 se consideraban *servidumbres personales* y la ley y el Reglamento de 25 septiembre 1892 mantuvo tal criterio, contra el principio que inspiraba nuestro Código Civil, no es menos cierto que la ley de 2 de abril de 1900, vino a *reformular, aunque tan sólo en parte*, aquel antiguo concepto fiscal. Pues si su art. 2.º, apartado B), declaraba sujetos al impuesto los actos de constitución, reconocimiento, subrogación, transmisión y extinción, por cualquier título, de derechos reales inmobiliarios, ya fueran censos, foros, subforos y toda clase de servidumbres reales y personales, el Reglamento para su ejecución de 10 de abril del mismo año mantenía, en su art. 70, la antigua calificación de derechos de servidumbre personal para los usufructos.

Es el Reglamento de 1911, en su art. 65, el que inicia lo que pudiéramos llamar «independización fiscal» del usufructo. Se reconoce su naturaleza de derecho real y se le grava como concepto fiscal autónomo, desligado de los derechos de uso y habitación. Sin embargo, en los párrafos 10 y 11 de dicho art. 65, se establecieron dos concretas normas relativas a la calificación fiscal del usufructo, de oscura e imprecisa redacción, que contribuyeron a mantener la inseguridad de criterio respecto a su verdadero concepto fiscal. Sobre todo, en las figuras de usufructos retenidos. Y que al conservarse, con la misma o parecida redacción, hasta

el Reglamento de 1947 hubieron de sembrar cierto y criticado confusiónismo sobre la consideración fiscal del usufructo (1).

Al afirmarse en tales normas —que pasan a ser los párrafos 15) y 16) en el reglamento de 1941— que cuando el que transmite *se reserve la nuda propiedad o el usufructo* se entenderán *transmitidos derechos y no bienes* (párrafo 15), y que cuando, por el contrario, tal reserva se contraiga a una pensión, censo, servidumbre, uso o habitación, se reputará el acto como *transmisión de bienes y no de derechos* (párrafo 16), quiso decir el legislador —como sostiene Bas siguiendo a Roca— que no obstante la norma general de gravamen relativa a los derechos reales contenida en el art. 2.º de la Ley no tributaria la «*constitución*» del usufructo por vía de reserva y tan sólo se exigiría el impuesto por la transmisión de la nuda propiedad. Lo que no ocurriría en los supuestos de otros derechos reales distintos del usufructo —incluso el uso y la habitación— también nacidos por vía de reserva o retención. Y al desaparecer en el Reglamento de 1947 el antiguo párrafo 15) del artículo 66, hubo de entenderse confirmado el criterio de no gravar los actos de constitución del usufructo retenido.

El Reglamento vigente de 1959 ha dado una nueva y completa redacción al artículo 66, suprimiendo el párrafo 16 del anterior Reglamento de 1947, y, con ello, todo rastro de las comentadas normas nacidas en el Reglamento de 1900 y en las que se pretendía apoyar el criterio de calificación fiscal sobre la naturaleza del derecho de usufructo. Tal supresión del texto reglamentario anterior y la nueva redacción dada a los párrafos 2.º y 3.º del vigente artículo 66—del que después nos ocuparemos—permiten llegar a la conclusión de que el legislador de 1959 ha purificado la técnica tributaria de los derechos de usufructo, uso y habitación. Aceptando su naturaleza de derecho real y las notas diferenciales que le independizan de los demás derechos inmobiliarios objeto de regulación

(1) Véase en la conocida obra de Bas y Rivas, t. II, pág. 19, la abundante bibliografía que cita en la nota núm. 443 de la misma. Y más concretamente a Roca Sastre en *La concepción del usufructo como pars domini*, en «Revista de Legislación y Jurisprudencia», diciembre de 1942, pág. 575 y siguientes; y a Benedicto Blázquez, en *Problemas civiles y fiscales en la venta y en la extinción del usufructo*, conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Barcelona el 21 de marzo de 1946. Y también a Porpeta, en obra citada, tomo I, pág. 250.

separada, a la vez que ha simplificado la redacción del precepto Reglamentario (2).

3. En razón a su contenido económico y a la función que los derechos de usufructo, uso y habitación están llamados a desempeñar en la vida práctica, el ejercicio de tales derechos viene a hacer posible que del conjunto de las utilidades del propietario, algunas pasen *temporalmente* a otro sujeto mediante la posesión o entrega de la cosa. De ahí que su estructura de derecho real se conciba como una *desmembración* de las potestades jurídicas de goce y disfrute integradas en el dominio, que deja al propietario desprovisto—desnudo—temporalmente de las mismas. El nudo propietario conserva su derecho de dominio, pero en forma restringida. Integrado el derecho de dominio, como recuerda Porpeta (3), por la adición de la nuda propiedad y el usufructo, claramente se explica la concepción de este derecho como *pars domini*, defendida por Roca Sastre. Y la cual parece seguir el Reglamento del impuesto en opinión de este último autor (4).

4. El artículo 66 del Reglamento desarrolla, como antes decimos, las reglas de liquidación aplicables a los derechos de usufructo, uso y habitación.

Y de conformidad con la regla general contenida en el artículo 12 del propio Reglamento, grava tales derechos sobre la base

(2) Sin embargo, la crítica de su nueva redacción no ha sido del todo favorable. La novedad que introduce en su apartado 3) relativa a las anticipadas liquidaciones por la futura extinción del usufructo—sujetas, lógicamente, a rectificación de base y de tipo—con su complicada contabilidad y atribución de responsabilidad fiscal a terceros adquirentes de fincas gravadas con usufructo, no parece acertada. No sólo por su contraria orientación al criterio simplificador del moderno procedimiento administrativo, sino por su falta de base legal, como afirma Bas y Rivas. El artículo 5.º de la ley del impuesto sólo admite la formalización de liquidaciones anticipadas y la nota marginal de afección registral en garantía de su pago, en los supuestos de exenciones o bonificaciones concedidas condicionalmente, y no cabe admitir que tales liquidaciones provisionales por la futura extinción del usufructo puedan estar incluidas en el precepto legal que las autoriza. Mucho menos que puedan disfrutar de la garantía registral, frente a terceros, esbozada en el citado párrafo 3) del artículo 66, que deberá ser de efectos inoperantes en tales casos. (*Impuesto de Derechos reales*. Textos fiscales anotados de la Editorial de Derecho Financiero, páginas 452 y 453. Madrid, 1959).

(3) Obr. cit., tomo I, pág. 252.

(4) Véase el trabajo antes citado en «Revista de Legislación y Jurisprudencia».

de su naturaleza civil de *pars domini*, que provoca situaciones jurídicas de dominio desmembrado o dividido. Son actos sujetos a tributación:

a) Respecto del *usufructo* los actos de *desmembración* (*constitución*) y *reintegración* (extinción) al dominio pleno y los de su *transmisión* como derecho autónomo.

b) Respecto del *uso y habitación*, tan sólo los actos de su desmembración y reintegración al dominio (5).

c) Respecto de la *nuda propiedad* únicamente los actos de su *transmisión*.

II.—VALORACIÓN DE LOS DERECHOS DE USUFRUCTO TEMPORAL Y VITALICIO.

El artículo 66 del Reglamento comienza por establecer las normas de valoración relativas al usufructo, uso y habitación, y también a la nuda propiedad. Quizá porque, como recuerda un distinguido autor (6), el fijar la base liquidable de tales derechos resulta lo más complicado e importante de su regulación fiscal, ya

(5) En la terminología corrientemente usada se habla de «constitución» y «extinción» del usufructo, uso y habitación. Nosotros, siguiendo a pluma tan autorizada como Bas y Rivas, hemos preferido hablar de la *desmembración y reintegración* de tales derechos del o al dominio pleno, del que son pertenencias. Y hemos prescindido de la terminología corriente por considerarla, como sostiene Bas, contraria a la naturaleza de *pars domini*, que les reconoce la Legislación Fiscal. Como afirma el citado autor, según esta teoría del *pars domini*, el usufructo nunca se «constituye» ni se «extingue» porque ya está constituido como potestad jurídica integrada en el dominio. Tan sólo se «separa» de éste para manifestarse como valor autónomo y se «reintegra» al mismo, una vez cumplida su función, *consolidándose* con la nuda propiedad. De ahí que, en realidad, tan sólo debiera gravarse con el impuesto la transmisión de este derecho por ser el único acto que provoca la manifestación de su existencia separada e independiente y su reintegración o consolidación al punto de origen, el pleno dominio, del cual es parte desmembrada.

El legislador del impuesto tampoco habla nunca de «constitución» del usufructo, sino de usufructos constituidos o manifestados, como valores autónomos. No considera la acción de crear o constituir el usufructo, porque, como antes decimos, su tráfico opera sobre valores ya constituidos. Tan sólo habla del efecto o resultado de su separación o desmembración del dominio pleno, en el que estaba inserto. Y aún cuando se habla de «extinción» del usufructo, ello es con manifiesta impropiedad y en contradicción con la teoría del *pars domini*. De ahí que involucre, a veces, dicho término con el de consolidación, efecto o consecuencia de los actos que provocan la reversión o reintegración del usufructo a su originario dominio pleno (Véase la citada obra de F. Bas y Rivas, tomo II, pág. 18 y sigt.).

(6) PORPETA, en obr. cit., tomo I, pág. 252.

que la aplicación del tipo de gravamen no ofrece especialidad alguna.

No cabe establecer una regla general para fijar la base imponible en los derechos de usufructo, uso y habitación. Pues aun cuando el contenido de tales derechos se suele mantener invariable durante toda su existencia, su alcance o extensión no es siempre la misma. Depende de los términos en que se constituya el derecho y del tiempo que dure el disfrute de los bienes usufrutuados. Lo que exige calcular, en cada caso, la extensión de su contenido económico.

En esta operación de cálculo el Reglamento del impuesto distingue varios supuestos, según se trate de usufructos temporales o vitalicios, del uso y habitación y de la nuda propiedad. Y en todos ellos se fija el *valor fiscal del respectivo derecho en una fracción o cuota del valor total de los bienes*, de cuyo dominio pleno, como unidad, se considera parte desmembrada el derecho valorado. Durante la vigencia de éste puede alterarse el valor de los bienes usufrutuados, pero la cuota o fracción de los mismos en que se calcula el valor del usufructo permanece inalterable, salvo que fuera objeto de tráfico como derecho autónomo o independiente.

A) *Valoración de los usufructos temporales.*

Establece el artículo 66 en la regla 1.ª del párrafo 1.º, que el valor de tales usufructos se estimará, según su duración, en el tanto por ciento del valor de los bienes, según las siguientes normas:

- a) Hasta cinco años, inclusive, de duración del usufructo, el 10 por 100 del valor total de los bienes.
- b) Por cada año más de duración del usufructo se aumentará su estimación en un 2 por 100 del valor total de los bienes.
- c) En ningún caso podrá exceder la estimación del usufructo del 70 por 100 del valor total de los bienes.

B) *Valoración de los usufructos vitalicios.*

Según la regla segunda del párrafo 1.º del propio artículo 66, el valor de los usufructos vitalicios se fijará tomando del valor

total de los bienes el tanto por ciento, que, según la edad del usufructuario, se determina por las normas siguientes:

a) Si el usufructuario tiene veinte o menos años de edad, el valor del usufructo será del 70 por 100 del valor total de los bienes.

b) Por cada año más de veinte que el usufructuario tuviera, se disminuirá en una unidad dicho porcentaje.

c) En ningún caso podrá ser la estimación del usufructo inferior al 10 por 100 del valor total de los bienes (7).

C) Para el usufructo, vitalicio o temporal, disfrutado *simultáneamente* por varias personas no existe precepto alguno reglamentario. Y respecto de tales supuestos, parece lo más indicado, recuerda Porpeta (8), considerar tantos usufructos gravados como cotitulares existan y tomar como base liquidable para cada uno la cuota parte del total valor de los bienes que corresponda, según la edad del respectivo usufructuario o el tiempo fijado a su disfrute en el título de constitución.

III.—VALORACIÓN DE LOS DERECHOS DE USO Y HABITACIÓN.

La regla 3.ª del párrafo 1.º, del artículo 66 del Reglamento, reproduciendo la regla 7.ª del artículo 8.º, de la ley del impuesto, valora los derechos de uso y habitación mediante aplicación de las mismas reglas que al usufructo, temporal o vitalicio, según que tales derechos se constituyan temporal o vitaliciamente.

Pero con la modalidad especial de aplicar la cuota o fracción correspondiente sobre el 75 por 100 del valor total de los bienes sobre los cuales recae el uso o la habitación.

(7) Es digna de alabanza la simplificación de las reglas de valoración del usufructo establecidas en el nuevo Reglamento. La amplitud de su fórmula reguladora ha dado una justa flexibilidad y sencillez al cálculo, cerrando así un proceso de evolución en el criterio de valoración fiscal del usufructo iniciado en el Reglamento de 1927. De desear hubiera sido, sin embargo, que fuera la ley y no el Reglamento del impuesto el texto que recogiera este criterio reformador. Máxime si se advierte que las normas reglamentarias del artículo 66 vienen a modificar la regla 6.ª del artículo 8.º de la ley, que, por otra parte, no altera el antiguo texto reglamentario de 1947.

(8) Obr. cit., tomo I, pág. 256.

IV.—VALORACIÓN DE LA NUDA PROPIEDAD.

Como efecto y consecuencia de las situaciones jurídicas de dominio desmembrado que provocan, al nacer, los derechos de usufructo, uso y habitación, la nuda propiedad se nos ofrece como una parte, como un resto, más bien, del dominio pleno sobre los bienes que son objeto del usufructo, del uso o la habitación. De ahí que cuando se opera con la nuda propiedad su valoración fiscal no se obtenga directamente, sino en función del valor que se atribuya al usufructo, al uso o habitación, que es la otra parte del dominio pleno sobre los bienes.

A tal respecto, la regla 4.^a del párrafo 1.^o, del artículo 66 del Reglamento del impuesto, reproducción de la contenida en el último párrafo de la regla 6.^a del artículo 8.^o de la ley, dispone que el valor del derecho de *nuda propiedad* se estimará en todos los casos, por la *diferencia entre el valor del usufructo, uso o habitación*, fijado según las reglas anteriormente expuestas, y el *valor total de los bienes* sobre los cuales recaigan tales derechos.

Añade la regla 5.^a del párrafo 1.^o, del artículo 66 del Reglamento que en los supuestos de usufructos vitalicios que, a su vez, sean temporales (9), la nuda propiedad se valorará aplicando, de las reglas anteriores, aquella que le atribuya menor valor.

V.—USUFRUCTO A FAVOR DE PERSONA JURÍDICA.

Constituye una variedad de usufructo temporal, en razón a su naturaleza civil. Así se desprende del artículo 515 del Código Civil, que prohíbe constituir el usufructo en favor de personas jurídicas por plazo mayor de treinta años. Y así lo confirma el artículo 66 del Reglamento del impuesto, en la regla 6.^a de su párrafo 1.^o.

En consecuencia, para valorar tales usufructos serán aplicables las normas contenidas en la regla 1.^a de dicho artículo reglamentario, según el tiempo por el cual se hubieran constituido.

(9) Tales supuestos tan sólo podrán darse cuando fueran dos o más sujetos los llamados simultánea o sucesivamente al disfrute del derecho, unos vitaliciamente y otros por tiempo limitado.

Es de advertir, sin embargo, que la propia regla 6.ª del citado párrafo 1.º, del artículo 66 prevé el supuesto de constitución de usufructo en favor de persona jurídica por plazo superior a los treinta años o por tiempo indeterminado. Y en ambos casos niega su existencia como tal usufructo en razón a su prohibición legal por el artículo 515 del Código Civil. Estima, en consecuencia, que la operación realizada se considerará fiscalmente como transmisión del pleno dominio sujeta a condición resolutoria.

VI.—REGLAS DE LIQUIDACIÓN AL CONSTITUIRSE Y AL EXTINGUIRSE EL USUFRUCTO.

Como ya hemos dicho anteriormente, las facultades dominicales de goce o disfrute son susceptibles de ejercicio por persona distinta del propietario. Este puede desprenderse de tales facultades y cederlas o atribuir las a otra persona—usufructuaria—que con potestad jurídica implícita en el acto de cesión puede ejercitar tal goce y disfrute como derecho subjetivo autónomo. Puede también ceder o transmitir la propiedad de los bienes reservándose o reteniendo el usufructo de los mismos, que habrá de vivir y ejercitarse, entonces, desmembrado del dominio pleno. Y asimismo, en ciertos casos, puede la ley atribuir a determinadas personas el usufructo sobre ciertos bienes con independencia de su propietario.

En todos estos supuestos se crea una situación jurídica de dominio desmembrado, ya que el usufructo y la nuda propiedad se reputan, entonces, *pars domini*, que viven separadamente. Y sobre este presupuesto civil se construye la técnica fiscal que grava los llamados actos de «constitución» y «extinción» del usufructo, que estudiaremos, por separado, a continuación.

1. Reglas liquidatorias relativas a los llamados actos de constitución.

El gravamen fiscal del usufructo varía según la naturaleza del acto que lo origina o constituye. Y que a tenor de lo dispuesto en el artículo 468 del Código Civil habrá de ser la ley o la voluntad de los particulares manifestada en negocio jurídico o testamento.

A) *Usufructos legales.*

Como olvido de su naturaleza familiar los antiguos reglamentos del impuesto gravaban la constitución y extinción de los usufructos legales, hasta que el Reglamento de 7 de noviembre de 1947 suprimió su gravamen eliminando del artículo 66 toda alusión a los usufructos que pueden originarse por ministerio de la ley. Y que el vigente Reglamento de 15 de enero de 1959 confirma y mantiene en razón, sin duda, a su estricto carácter familiar que repugna a la naturaleza de acto sujeto al tributo.

No obstante, se suelen considerar incluidos en el concepto de actos gravados la «constitución» y «extinción» de los usufructos viduales de carácter sucesorio, y a los cuales se refieren el artículo 834 y siguientes del Código Civil y los derechos forales, y a los que son de aplicar, en lo pertinente, las normas liquidatorias de los usufructos voluntarios.

B) *Usufructos voluntarios constituidos por actos «inter vivos».*

Se suele ofrecer la constitución del usufructo de diferentes formas, a saber:

a) *Por vía de cesión o enajenación:* Cuando el titular del dominio pleno se desprende del usufructo y lo atribuye o adjudica a otra persona, reteniendo la nuda propiedad, o bien cede el usufructo a una persona y la nuda propiedad a otra.

En el primer supuesto, tan sólo tributará el acto de cesión del usufructo. Y en el segundo, además, la transmisión de la nuda propiedad. Y en ambos, a tenor de lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 66 del Reglamento, la cesión del usufructo tributará conforme a la naturaleza jurídica de su título transmisivo.

a') *La persona obligada al pago* será el usufructuario.

b') *La base liquidable* vendrá fijada por el valor del usufructo, según las reglas que antes quedaron expuestas.

c') *El tipo de gravamen* será el que corresponda, según el título de su transmisión, a saber:

a'') Si fuera *gratuito* (donación) el correspondiente a la escala de las herencias, atendido el parentesco entre donante y usufructuario y el valor del usufructo donado.

b'') Si fuera *oneroso*, el 3 por 100 o el 6 por 100, según recaiga el usufructo sobre bienes muebles o inmuebles.

b) *Por vía de retención*: Cuando el titular del dominio pleno cede o enajena la nuda propiedad y se reserva el usufructo.

En este supuesto no hay desplazamiento del goce o disfrute. El dominio se desmembra, pero el disfrute de la cosa cedida o enajenada permanece en el patrimonio del cedente de la nuda propiedad. De ahí que en tales supuestos de usufructo retenido no quepa hablar, realmente, de constitución de usufructo. Y por eso para el Reglamento del impuesto no hay más acto sujeto a gravamen que la cesión o enajenación de la nuda propiedad, según el título que la provoque.

A tenor de lo que dispone el párrafo 3.º del artículo 66 del Reglamento:

a') *La persona obligada al pago* será el adquirente de la nuda propiedad.

b') *La base liquidable* será la que resulte de valorar la nuda propiedad, según la regla 4.ª del párrafo 1.º de dicho artículo 66, anteriormente expuesta.

c') *El tipo de gravamen* varía según el título de adquisición, a saber:

a'') Si es *oneroso*, el 3 por 100 o el 6 por 100, según se trate de bienes muebles o inmuebles.

b'') Si es *lucrativo* (donación), el correspondiente a la escala de las herencias, según el grado de parentesco entre donante y adquirente de la nuda propiedad, pero aplicándose el tipo de gravamen sobre el valor íntegro de los bienes (10).

d') *Liquidación provisional anticipada* a cargo del nudo propietario. El vigente Reglamento del impuesto ha introducido una

(10) Es de destacar, como observa Rodríguez Salas, que en la nueva regulación fiscal del usufructo y nuda propiedad juegan dos valores distintos: el valor de la nuda propiedad a los efectos de fijar su base liquidable y el valor íntegro de los bienes para fijar el tipo de gravamen en sus adquisiciones por título gratuito.

En las liquidaciones del usufructo, en cambio, sólo entra en juego el valor del derecho, tanto para fijar su base liquidable como el tipo de gravamen en los actos de su constitución por título gratuito (*Legislación del Impuesto de Derechos reales y transmisión de bienes y Derecho fiscal*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1959).

destacada novedad en la técnica liquidatoria del usufructo. Con fines cautelares, que pretenden evitar posibles evasiones fiscales, el párrafo 3.º del artículo 66 dispone que al desmembrarse el dominio pleno en usufructo y nuda propiedad, la Oficina liquidadora girará, *provisionalmente*, sobre la base y por el tipo aplicables en tal momento, la *liquidación a pagar en su día* por la «extinción» del usufructo (11).

Y que en la nota al pie del título que provoque las liquidaciones se haga constar, a los efectos del artículo 5.º de la ley, que el nudo propietario o, en su caso, el tercer adquirente queda obligado al pago de las mismas, sin perjuicio de su rectificación al extinguirse realmente el usufructo, habida cuenta del valor de los bienes y de la Tarifa que rija en dicha fecha.

Establece, asimismo, el citado precepto reglamentario la obligación del nudo propietario de presentar en la Oficina que liquidó el acto de desmembración del dominio la fe de vida del usufructuario cada nueve años, contados desde los tres meses siguientes al día en que se causó el acto o se otorgó el contrato que originó dicha desmembración. Y si no lo hiciera, se entenderá, a efectos fiscales y por vía de sanción, consolidado el dominio y será exigible la liquidación correspondiente por el concepto de extinción de usufructo.

C) *Usufructo voluntario constituido por acto de disposición «mortis causa».*

En las adquisiciones de usufructo por título de herencia o legado no existen diferencias sustanciales con las provocadas por acto o negocio *inter vivos*. Tan sólo es de advertir que por acto *mortis causa* no caben los supuestos de usufructo retenido y que, por tanto, siempre se producirán dos liquidaciones: una a favor del usufructuario y otra a favor del nudo propietario. Y a las cuales son de aplicación las normas que quedan expuestas para las adquisiciones gratuitas por actos *inter vivos*.

(11) Estas liquidaciones se extienden en el libro especial destinado a tal fin que se lleva en todas las Oficinas liquidadoras. Y provoca, además, la formalización de dos fichas que registran los correspondientes vencimientos, cada nueve años.

2. Reglas de liquidación al extinguirse el usufructo.

El usufructo se extingue por las causas que enumera el artículo 513 del Código Civil. Y todas ellas producen, como efecto natural, la reintegración al dominio de la facultad de goce y disfrute que vivía separada de él. Si al nacer el usufructo como derecho subjetivo autónomo se produce una desmembración del dominio, al extinguirse como tal se opera el fenómeno inverso: la reincorporación del usufructo a la nuda propiedad, que así se convierte nuevamente en dominio pleno.

El usufructo es por naturaleza un derecho temporal. Su destino final resulta ser, *ministerio legis*, su reintegración al dominio pleno del cual se desmembró en su día. Y cuando la reversión se produce, cuando el usufructo se reintegra al dominio, en cabeza del nudo propietario, se dice y con acierto, que éste consolida su titularidad expectante sobre el dominio pleno.

Desde el punto de vista fiscal la extinción del usufructo representa, siempre, un acto adquisitivo del nudo propietario. Y como tal lo valora y sujeta a gravamen el artículo 66 del Reglamento, que establece, al respecto, las oportunas reglas de liquidación con apoyo en estos dos principios:

1.º Se *adquiere ahora* el mismo derecho de usufructo que *antes se separó* del dominio. Y su *valor* resulta ser también *ahora el mismo que antes* le fué fijado al desmembrarse.

2.º Sea cual sea la causa de extinción del usufructo, que según el artículo 513 del Código Civil legitima su reintegración al dominio pleno, el *título que decide* y califica el *gravamen fiscal* por la extinción del derecho *es el mismo que en su día provocó la adquisición del primer nudo propietario*.

Sobre estos dos principios, el párrafo 3.º del artículo 66 del Reglamento establece las siguientes reglas de liquidación.

a) *La persona obligada al pago* será el primer nudo propietario. O el posterior adquirente de la nuda propiedad subrogado en sus obligaciones legales (12).

b) *La base liquidable* vendrá fijada por el tanto por ciento en

(12) El vigente Reglamento del impuesto recoge en este punto la doctrina del Tribunal Económico-Administrativo Central (Resolución de 24 de marzo de 1931).

que se valoró el usufructo al constituirse y por el que, naturalmente, no se pagó el impuesto al adquirirse la nuda propiedad. Dicho porcentaje se calculará, lógicamente, sobre el valor que tuviesen los bienes al momento de la consolidación del dominio.

c) *El tipo de gravamen* será el que corresponda, según el título de la adquisición—oneroso o gratuito—. Y habrá de calcularse sobre el valor íntegro de los bienes y con sujeción a la Tarifa vigente en la fecha de la consolidación.

d) Cuando en la «extinción» de un usufructo tan sólo se acredite el hecho que la provoca, pero no el *título adquisitivo del primer nudo propietario*, se presumirá a efectos fiscales—dice el propio Reglamento—que el título de la referida extinción es el de herencia entre extraños.

e) Respecto a la *renuncia* como causa especial de extinción del usufructo, el último párrafo del apartado 4) del artículo 66 del Reglamento dispone que cuando dicha renuncia se refiera al *usufructo ya aceptado*, se considerará a efectos fiscales como donación del usufructuario al nudo propietario. En cuyo caso deberán tenerse en cuenta las normas aplicables a los supuestos de transmisión del usufructo, y de las cuales nos ocuparemos seguidamente.

VII.—TRANSMISIÓN DE LA NUDA PROPIEDAD Y DEL USUFRUCTO.

El artículo 66 del Reglamento del impuesto se ocupa, especialmente, de la transmisión de estos derechos. Sin duda, porque tales actos de enajenación suelen provocar la «extinción» del usufructo y la subsiguiente consolidación del dominio pleno por confusión de ambos derechos en una misma persona.

Una vez desmembrado el dominio en usufructo y nuda propiedad, ambos derechos se ofrecen, por separado, como objetos del tráfico. Y lógico resulta el gravamen fiscal de su transmisión o enajenación como valores patrimoniales autónomos, lo que no presenta complicación alguna. Mas cuando el acto de transmisión provoca una extinción anticipada del usufructo y la simultánea consolidación del dominio pleno en cabeza del nudo propietario, se ofrecen a la consideración del legislador fiscal problemas técnicos

que no siempre han sido resueltos de acuerdo con los postulados de la justicia distributiva (13).

El artículo 66 del Reglamento vigente contiene una síntesis excesiva de las normas liquidatorias sobre el usufructo. Más que simplificar la normativa anterior, el nuevo texto reglamentario ha complicado la técnica liquidatoria del usufructo con su exagerado laconismo, tan propenso a la obligada y varia interpretación. Y mantiene el equivoco concepto fiscal de la llamada «consolidación», mero efecto jurídico de la extinción del usufructo y carente, por tanto, de la sustantividad propia de un verdadero concepto liquidable.

En los Reglamentos anteriores al vigente se distinguían, al respecto, diferentes supuestos de hecho relativos a la transmisión del usufructo y de la nuda propiedad. Y se establecían, por separado, sus respectivas reglas liquidatorias. Tales supuestos, de hecho, eran tres, a saber:

1) Transmisión del usufructo al titular de la nuda propiedad o viceversa.

2) Transmisión a un tercero de uno u otro derecho.

3) Transmisión a un tercero de ambos derechos conjuntamente.

a) En el *primer supuesto*, el anterior Reglamento de 1947 gravaba, lógicamente, el correspondiente acto de transmisión, según el título que lo causaba. Aunque si el título constitutivo del usufructo, en su día, hubiera sido gratuito, entonces venía gravado el acto de transmisión por el concepto de «extinción» de usufructo y le sería aplicable el tipo correspondiente a la escala de las herencias, según el grado de parentesco entre el titular del dominio pleno y el primer adquirente de la nuda propiedad, salvo que el tipo correspondiente a la transmisión onerosa ruese mayor.

b) En el *segundo supuesto* igualmente se gravaba el acto de transmisión del usufructo o de la nuda propiedad. Y al terminar

(13) Recuerdese el texto del artículo 66 en el Reglamento de 1941, objeto de duras críticas y que provocaron su rectificación en el Reglamento de 1947 (véase a Federico Bas, obra citada, tomo II, pág. 21 y siguientes; a Porpeta, en obra citada, tomo I, pág. 267 y siguientes; a R. Villamil, en obra citada, páginas 340 y 341) y a Ruiz Artacho, en el brillante trabajo *La confusión o consolidación, como causa de extinción del usufructo, ante el impuesto de Derechos reales*, en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, diciembre de 1944.

el usufructo y consolidarse el pleno dominio en la persona del nudo propietario tributaría dicho nudo propietario por la extinción del usufructo, pero teniendo en cuenta el título de su constitución.

c) Y en el *tercer supuesto* o de transmisión «conjunta» del usufructo y de la nuda propiedad a un tercero, el Reglamento de 1947, teniendo en cuenta que el acto de transmisión provoca siempre una inmediata consolidación del dominio en la persona del adquirente, establecía a cargo de éste dos liquidaciones: una por la *transmisión del usufructo*, según su valor en dicho momento y otra por la *transmisión de la nuda propiedad*, según la regla prevista en el supuesto anterior a); esto es, por el concepto de extinción de usufructo y tipo de gravamen de las herencias, atendido el parentesco entre el titular del dominio pleno al constituirse el usufructo y el primer adquirente de la nuda propiedad.

El Reglamento vigente ha variado la ya expuesta sistemática anterior de sus reglas liquidatorias para concretarlas sobre dos nuevos supuestos jurídicos; a saber: que la transmisión del usufructo deje *subsistente la situación de dominio desmembrado* o que provoque la *consolidación del dominio pleno*. Tales normas se contienen en los párrafos 1.º y 2.º del apartado 4) del artículo 66 del Reglamento, a saber:

A) *Transmisión del usufructo o de la nuda propiedad, quedando subsistente la desmembración del dominio.*

Establece el vigente Reglamento las siguientes reglas:

1.ª Si el nudo propietario o el usufructuario transmiten sus respectivos derechos a un tercero por separado, se girará a cargo del adquirente la liquidación correspondiente a la adquisición de tal derecho según el título que la produzca. Y en consecuencia:

a) *La persona obligada al pago* será el adquirente del derecho transmitido.

b) *La base liquidable* vendrá fijada por el valor que corresponda al usufructo o a la nuda propiedad en el momento de la transmisión.

c) *El tipo de gravamen* será el que corresponde al título de la transmisión, a saber:

a') Si es *oneroso*, el 3 por 100 o el 6 por 100, según que se refiera a bienes muebles o inmuebles.

b') Si es *gratuito* el correspondiente a la escala de las herencias, según el parentesco entre transmitente y adquirente, aplicado al valor del derecho si se trata del usufructo y al valor íntegro de los bienes si se trata de la nuda propiedad.

2.^a Las obligaciones del primer nudo propietario establecidas en el apartado 3) del artículo 66 del Reglamento, a saber: liquidación provisional anticipada por el concepto de extinción de usufructo, presentación cada nueve años de la fe de vida del usufructuario y liquidación definitiva por la extinción y consolidación del dominio, se entenderán endosadas, en todo caso, al nuevo adquirente de la nuda propiedad, subrogado en la personalidad del primer nudo propietario.

B) *Transmisión del usufructo o de la nuda propiedad con consolidación del dominio pleno.*

El propio apartado 4) del artículo 66 del Reglamento establece las siguientes reglas liquidatorias:

1.^a Si el nudo propietario transmite su derecho al usufructuario o viceversa, o si ambos los transmiten conjuntamente a un tercero, deberá girarse la liquidación correspondiente a cargo del adquirente, según el título que cause la enajenación, conforme a las reglas anteriormente expuestas.

2.^a También se exigirá al adquirente—dice el párrafo 2.º del citado apartado 4)—*la liquidación «procedente» por la «consolidación» del dominio.*

Con tan lacónica expresión el nuevo texto reglamentario puede sembrar la duda y la confusión. Al no precisar cuándo habrá de reputarse «procedente» liquidar el impuesto por «consolidación» ha abierto un peligroso margen a la incertidumbre. Porque o bien alude a la procedente liquidación que debe exigirse al primer nudo propietario cuando se extingue el usufructo y a la cual se refiere el párrafo 2.º del apartado 3) del propio Reglamento, o bien se trata de una especial y suplementaria liquidación por el concepto de consolidación.

En el primer supuesto sobraba la alusión. El precepto contenido

en el citado párrafo 2.º del apartado 3) es lo suficientemente expresivo y terminante para ser aplicado a todos los casos en que el nudo propietario enriquece su patrimonio con el usufructo que se le incorpora al extinguirse como derecho autónomo y provoca la consolidación del dominio pleno.

En el segundo supuesto, cabe pensar en un riguroso y antiguo criterio fiscal que, recordando el mantenido en el Reglamento de 1941, grave la extinción del usufructo y, además, el concepto de «consolidación» en aquellos supuestos de adquisición del usufructo por el nudo propietario o viceversa, o en los de transmisión conjunta del usufructo y la nuda propiedad *a un tercero*, en todos los cuales, por la confusión de ambos derechos en una misma persona, se produce, anticipadamente, la consolidación del dominio. El tiempo de duración del usufructo, previsto al constituirse—la vida del usufructuario o un determinado plazo—se reduce por efecto de la transmisión. Lo que produce su extinción anticipada, y, con ello, la consolidación del dominio pleno que así se libera, anticipadamente también, de la carga real del usufructo.

Tal vez en esta anticipada liberación pudiera radicar el fundamento civil de tan riguroso criterio fiscal—implica una triple imposición—que significaría un inexplicable salto atrás en la técnica tributaria del usufructo.

Precisamente por ello nos resistimos a admitir que el criterio reglamentario se oriente hacia este segundo supuesto o solución (14). Más bien nos inclinamos por el supuesto primero. Creemos que la alusión del texto reglamentario a la liquidación «procedente por la consolidación del dominio» contenida en el párrafo 2.º del apartado 4), no tiene más alcance que el meramente confirmatorio de una norma ya contenida en el párrafo 2.º del apartado 3). Esto es, simplemente, la extinción del usufructo.

3.ª Establece el párrafo 2.º del citado apartado 4) del artículo 66 una original y extraña norma de endoso de responsabilidad personal al adquirente de la nuda propiedad o el usufructo que

(14) «De los preceptos que contiene el artículo 66 se deduce que, en sustancia, y con excesivo rigor fiscal, se ha vuelto a la regulación ordenada en el Reglamento de 1941, doctrinalmente tan discutida, según la bibliografía que hemos ofrecido, sobre todo en los supuestos de doble imposición que autoriza el apartado 4) del artículo 66, y que había desaparecido en el Reglamento de 1947 con el beneplácito de todos». Federico Bas, en «Revista de Derecho Financiero».

consolide el dominio. Dice el referido precepto que se le exigirán, desde el momento que adquiriera, cuantas liquidaciones hubiera pendientes de ingreso por la desmembración del dominio (15).

VIII.—USUFRUCTOS SUCESIVOS.

1. En los usufructos sucesivos se produce un acto originario de «constitución» a favor del primer titular y tantas sucesivas transmisiones del derecho como titulares posteriores vienen llamados al disfrute de los bienes por el título constitutivo del usufructo. Cada llamamiento al usufructo resulta ser para el llamado una adquisición de tal derecho, cual si se tratase de tantos usufructos nuevos e independientes como usufructuarios fueran llamados al disfrute de los bienes.

En consecuencia, tanto el acto originario del usufructo a favor del primer llamado, como los sucesivos llamamientos, vienen gravados por la adquisición del derecho según la naturaleza de su título adquisitivo. Y a cada uno de los sucesivos usufructos le son de aplicación las normas ya estudiadas sobre fijación de base liquidable y tipo de gravamen.

La nuda propiedad en los supuestos de usufructo sucesivo se valora teniendo en cuenta el usufructo de mayor porcentaje, que corresponde al usufructuario más joven (16). Y una vez fijada la base liquidable le son de aplicación las reglas liquidatorias relativas a la adquisición de nuda propiedad, anteriormente expuestas.

(15) Este supuesto difícilmente podrá darse si no es por la falta de diligencia de la propia Administración. El precepto legal alude a liquidaciones ya giradas y pendientes de ingreso, las cuales, por ministerio de la ley, no tienen más que un responsable directo ante la Administración: el adquirente del derecho transmitido. Y un cauce legal para hacer efectivo su importe: el apremio administrativo contra el responsable directo, dentro del cual operan las garantías reales que la propia ley señala sobre los bienes objeto del usufructo o de la nuda propiedad. Por tanto, si el usufructuario o el nudo propietario se ceden recíprocamente su derecho o lo enajenan a un tercero, sin haber pagado las liquidaciones correspondientes a su originaria adquisición del usufructo o de la nuda propiedad, no cabe el endoso de responsabilidad personal establecido en el artículo 66 del vigente Reglamento. El adquirente podrá verse afectado por las consecuencias del impago, tan sólo en el procedimiento de apremio contra su causante o transmitente, pero en forma derivada y subsidiaria, como tercer adquirente de bienes gravados con carga real preferente o privilegiada, nunca como responsable directo de deudas fiscales de tipo personal que no admiten endoso. Tal es la correcta doctrina contenida en el artículo 127 del propio Reglamento.

(16) Se corresponde este criterio Reglamentario con el sostenido por T. E. A. C., comentado por Bas y Rivas en obra citada, tomo, II, pág. 26.

2. Respecto al concepto fiscal de extinción de usufructo sucesivo el Reglamento vigente ha modificado la técnica que seguía el anterior.

Según el Reglamento anterior al extinguirse el usufructo con la desaparición del último de los titulares llamados sucesivamente al disfrute de los bienes, se giraba la oportuna liquidación a cargo del nudo propietario por la diferencia de valor entre lo liquidado a su cargo al constituirse el usufructo y el correspondiente al dominio pleno de los bienes.

El Reglamento vigente ha establecido la novedad de exigir liquidaciones intermedias cada vez que desaparece un usufructuario. Porque estima que, en tal caso, con la extinción de un usufructo y el comienzo del que le sigue en orden de llamamiento, se opera un correlativo enriquecimiento para el nudo propietario. Que no siempre es de la misma entidad. De ahí que no siempre se justifique el gravamen por el mismo concepto fiscal. Distingue, al respecto, el apartado 5) del artículo 66 los dos siguientes supuestos:

a) Si el usufructo que *primero se extingue* fuera el de *mayor porcentaje*—usufructuario más joven—se girará una liquidación a cargo del nudo propietario por el concepto de *consolidación parcial de dominio*.

En este primer supuesto, con la extinción de dicho usufructo y la entrada en vigor del siguiente, de menor porcentaje, se opera un correlativo enriquecimiento a favor del nudo propietario, que viene representado por una fracción del pleno dominio equivalente a la diferencia entre el valor de la nuda propiedad al iniciarse el disfrute de los bienes por el usufructuario más joven—usufructo de mayor porcentaje—y el que correspondería a la misma nuda propiedad en el momento de extinguirse dicho usufructo y comenzar el nuevo, de menor porcentaje, correspondiente al usufructuario de más edad. De ahí que al concepto liquidable en tal caso se llame *consolidación parcial de dominio*. Y le sean aplicables las Reglas correspondientes a la extinción de usufructo contenidas en el párrafo 2.º del apartado 3) del artículo 66 del Reglamento (17).

(17) Un ejemplo aclarará la idea: Carlos instituye herederos usufructuarios, vitaliciamente y con carácter sucesivo, a María y a Carmen, y en nuda propiedad a José. En el momento de iniciarse el usufructo, María tiene cuarenta

b) Si el usufructo que *primero se extingue* fuera el de *menor porcentaje*—usufructuario de más edad—se girará una liquidación a cargo del nudo propietario por el concepto de *cumplimiento de condición suspensiva o plazo*.

En este segundo supuesto, tan sólo se opera un incremento de valor en la nuda propiedad, correlativo a la disminución que sufre el valor del usufructo de mayor porcentaje—usufructuario más joven—al comenzar su ejercicio. En razón al tiempo transcurrido desde la iniciación del usufructo con el de menor porcentaje—usufructuario de más edad—hasta el momento que entra en vigor el de mayor porcentaje—usufructuario más joven—, evidentemente se reduce el valor de este último en la misma fracción que se incrementa el valor de la nuda propiedad.

Al comenzar el disfrute de los bienes, el derecho de nuda propiedad fué estimado con valor más bajo del que realmente le correspondía, según el valor del usufructo inicial—el de menor porcentaje—. Y, por tanto, la primera liquidación girada a cargo del nudo propietario fué como una liquidación a cuenta. De ahí que al extinguirse dicho usufructo inicial y valorarse definitivamente la nuda propiedad en relación con el usufructo de mayor porcentaje, deba girarse la oportuna liquidación a cargo del nudo propietario por la adquisición de presente que implica el incremento de valor en su derecho, que estaba pendiente del cumplimiento de condición suspensiva o plazo (18).

años y Carmen veinticinco. Se inicia el usufructo con Carmen, por lo que en razón a su edad se valora tal derecho en el 65 por 100 del valor de los bienes. Se gira a su cargo la oportuna liquidación por la adquisición de tal derecho y al propio tiempo, otra liquidación a cargo del nudo propietario, José, sobre una base del 35 por 100 del mismo valor de los bienes. Fallecida Carmen a los diez años de iniciarse el disfrute de los bienes y extinguido su usufructo, éste vale entonces el 55 por 100 de los bienes, lo que representa un incremento del 10 por 100 sobre el 35 por 100 en que antes se valoró la nuda propiedad. Habrá, pues, de girarse una liquidación a cargo del nudo propietario, José, sobre la referida base del 10 por 100 del valor de los bienes en que se incrementa su derecho, por el concepto de consolidación parcial de dominio y según el mismo título de adquisición que causó, en su día, la nuda propiedad, a los efectos de fijar el tipo de gravamen.

(18) Ejemplo: supuesta la misma «institución» que en el ejemplo anterior, pero siendo María—usufructuaria de más edad—la primeramente llamada, se girará a su cargo la correspondiente liquidación sobre la base del 50 por 100 del valor de los bienes, en razón a su edad (cuarenta años). Y a cargo del nudo propietario, José, la suya sobre una base del 35 por 100, puesto que el valor de la nuda propiedad se calcula en relación al valor del usufructo de mayor porcentaje (65 por 100). Fallecida María a los diez años de iniciarse el disfrute

IX.—USUFRUCTO CON CONDICIÓN RESOLUTORIA DISTINTA DE LA VIDA
DEL USUFRUCTO.

A tenor del apartado 6) del artículo 66 del Reglamento, si el usufructo se establece con condición resolutoria distinta de la vida del usufructuario, la liquidación correspondiente se ajustará a las reglas establecidas para el usufructo vitalicio, que ya quedaron expuestas. Pero con carácter *provisional*, a reserva de que *al tener cumplimiento la condición resolutoria se practique nueva liquidación*, conforme a las reglas establecidas para el usufructo temporal. Y se hagan las rectificaciones que fueran procedentes, en beneficio del Tesoro (?) o del interesado.

De recordar es en este lugar, que el usufructo constituido con facultad de enajenar los bienes usufructuados y afecto, por tanto, a la condición resolutoria que implica el ejercicio de tal facultad de vender, se reputa fiscalmente como adquisición en pleno dominio. Y como tal deberá liquidarse, sin perjuicio de la devolución que proceda si la condición resolutoria no se cumpliera—no se enajenan los bienes usufructuados—de acuerdo con lo prevenido en el artículo 57 del Reglamento, apartado 3).

X.—REGLAS DE LIQUIDACIÓN APLICABLES A LOS DERECHOS
DE USO Y HABITACIÓN.

El anterior Reglamento de 1947 se ocupaba de los derechos de uso y habitación muy brevemente: al establecer la regla para su valoración y al equiparar tales derechos a las cargas reales deducibles del valor de los bienes transmitidos. Por lo cual les eran aplicables las reglas liquidatorias del usufructo con un criterio de analogía.

de los bienes y entrado en su usufructo la sucesivamente llamada Carmen—usufructuaria más joven, y, por tanto, de mayor porcentaje—, se girará a cargo de esta última la liquidación correspondiente a su adquisición sobre el valor del usufructo en tal momento, según su edad (treinta y cinco años), que asciende al 45 por 100 del valor de los bienes. Y otra liquidación a cargo del nudo propietario José sobre el incremento del valor de su derecho, 10 por 100—al cumplirse la condición suspensiva o plazo—, el fallecimiento de la primera usufructuaria, verbigracia, de la cual pendía su enriquecimiento.

El artículo 66 del vigente Reglamento de 1959 establece nuevas y más detalladas normas de liquidación aplicables a los derechos de uso y habitación. Distinguiendo, al efecto, las de aplicar al tiempo de constituirse tales derechos, de las que se aplican al momento de su extinción. Y en uno y otro supuesto, según concurren o no con el derecho de usufructo sobre los mismos bienes.

A) Reglas liquidatorias al tiempo de su constitución.

Establece el párrafo 1.º del apartado 7) que el adquirente de los derechos de uso y habitación pagará el impuesto al momento de constituirse el derecho a tenor de las siguientes reglas:

1.ª La naturaleza jurídica del título de su constitución—oneroso o gratuito—decide la fijación del tipo de gravamen.

2.ª La base liquidable se calculará—según la regla 3.ª del apartado 1) del propio artículo 66—aplicando al 75 por 100 del valor de los bienes las reglas de valoración correspondientes al usufructo.

3.ª Dicha base liquidable será deducible de la que se fije al liquidar el usufructo, si coexistiera con el uso y la habitación, y en caso contrario de la que corresponda a la nuda propiedad.

4.ª Si la adquisición de los derechos de uso y habitación fuese por título de herencia, legado o donación y el interés legal del valor de tales derechos no excediera de 5.000 pesetas anuales, se considerará, a efectos fiscales, como constitución de pensión, tomándose el capital calculado a la misma para las deducciones expresadas en la regla anterior.

B) Reglas liquidatorias al tiempo de su extinción.

A tenor de lo dispuesto en el párrafo último del citado apartado 7) del artículo 66 del Reglamento, al extinguirse los derechos de uso y habitación procede girar distintas liquidaciones, según el supuesto de hecho que pueda darse, a saber:

a) Si coexisten tales derechos con el usufructo.

Distingue, a su vez, el Reglamento dos hipótesis, según que el usufructo se extinguiese *antes o después* que los derechos de uso o habitación.

1) En el primer supuesto—si el usufructo se extingue primero—, el nudo propietario vendrá obligado a tributar por la «conso-

liquidación» parcial operada con motivo de la extinción de dicho usufructo (19), en cuanto al aumento que experimenta el valor de la nuda propiedad.

2) En el segundo supuesto—subsiste el usufructo al extinguirse primero el uso o la habitación—se girará una liquidación a cargo del usufructuario, en razón al aumento de valor que experimenta el usufructo y sobre la base que representa el valor del derecho extinguido.

b) *No existiendo usufructo, sino tan sólo uso o habitación.*

Se exigirá al nudo propietario la correspondiente liquidación por el concepto de extinción de tales derechos de uso y habitación. Esto es, por el concepto de extinción de derecho real, según el número 23 de la Tarifa, al tipo del 6 por 100—ya que tales derechos recaen siempre sobre inmuebles—y sobre la base que represente la diferencia entre el valor íntegro y actual de los bienes y el fijado a tales derechos al momento de su constitución. Que resulta ser, precisamente, la fracción del valor de aquéllos por la cual no se devengó el impuesto.

RAFAEL CHINCHILLA RUEDA,
Registrador de la Propiedad.

(19) Aquí la dicción del texto reglamentario es correcta y está de acuerdo con la naturaleza civil de la consolidación, mero efecto jurídico de la extinción del usufructo.

La nueva regulación del Registro Mercantil

CAPÍTULO I

DEL REGISTRO MERCANTIL, SU HISTORIA Y ORGANIZACION ACTUAL

CONCEPTO DEL REGISTRO MERCANTIL.

Los modernos problemas de la cibernética han motivado el que el estudio sobre la información salga del antiguo campo de la filosofía para pasar al de las ciencias naturales. Es evidente que los conceptos elaborados por el individuo pueden pasar a otro solamente mediante el lenguaje, con lo cual tenemos en sustancia en este simple hecho: una información, una comunicación de ésta y dos sujetos que son, respectivamente, los puntos iniciales y finales de aquélla. Pero, como dice G. KING (en *Control automático*, «Revista de Occidente»), «la información y la comunicación de ésta es una cuestión sutil, y hasta ahora no hemos hecho más que comenzar a aproximarnos a una inteligencia exacta de sus esquivos atributos». Y si consideramos que el medio de comunicación a que nosotros interesa es la palabra, el problema de transmitir fielmente una idea adquiere aún mayor dificultad.

Dice ETTORE CESÀRI (en *Lo que el hombre ignora*), que «Las primeras palabras representaban seguramente objetos, las que si-

guieron indicaban acciones. Después vinieron otras que representaron relaciones entre objetos y objetos o entre objetos y acciones, o entre acciones diversas. Cuando más se complicaba, más crecía el número de las palabras con varios significados.» Y esta última afirmación constituye casi una regla general en el lenguaje de las ciencias, en el que las palabras pierden su significación gramatical y etimológica para adoptar otra distinta, que solamente es valedera para la ciencia de que se trate.

Registro Mercantil no es, por ello, el «lugar» donde se copian a la letra, en los libros al efecto, algo referente al mercader, a la mercadería o al comerciante, o donde se puede ver lo que a los mismos se refiere y que se ha hecho constar en él con anterioridad. Nuestro Registro Mercantil no es sólo un «registro», y menos un registro de mercaderes o de mercaderías, su objeto y contenido es más variado y dotado de un contenido jurídico que lo eleva por encima de lo que la significación literal de sus términos puede inducirnos a pensar. Tampoco podemos formarnos una idea de ese Registro por lo que dicen las mismas disposiciones legales que a él se refieren, pues vemos que el mismo Reglamento se limita a realizar en su art. 1.º una sucinta enumeración de su objeto, al decir que: «El Registro Mercantil tiene por objeto la inscripción de los comerciantes o empresas individuales, Sociedades mercantiles, buques y aeronaves y la de los actos y contratos que sean inscribibles con arreglo a las leyes.»

Hay, por tanto, necesidad de ahondar en el contenido de la institución, y sobre todo en su finalidad, para poderse llegar a una noción, al menos aproximada, de lo que debe entenderse por Registro Mercantil en la vida del derecho.

El estudio de esta institución nos pone de relieve como primer carácter de la misma, el de que hoy constituye una función estatal, que está encomendada en algunos países a funcionarios judiciales, en tanto, que en otros, como en España, lo ha sido a otros especiales del orden de los jurídico-administrativos. La razón de esa atribución radica, como apunta Echávarri, en que para conseguir y afianzar la garantía que el mismo Registro supone para los terceros, deberá de estar ineludiblemente en manos de personas distintas a las que intervienen en los negocios de comercio, las cuales deberán tener, además, una preparación jurídica

que las capacita para que su actuación produzca los efectos que suponen los principios de legalidad, etc., y sin los cuales el Registro pasaria a ser lo que indica el significado etimológico de la palabra, perdiendo con ello toda su eficacia, e incluso la utilidad de su misma existencia.

También debemos considerar como tal el que ya destacó con gran claridad la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de diciembre de 1914, en la que se decía que al crear el legislador el Registro Mercantil, dándole el carácter de «institución de terceros», fué su intención la de establecer un poderoso medio de publicidad que sirviera de «garantía» suficiente para todos los que se interesen en las operaciones mercantiles. Y desde este punto de vista, deberá llevarse a él cuantos datos contribuyan a hacer más clara y diáfana la vida comercial, facilitando la inscripción cuanto sea posible dentro del margen legal, a fin de que los terceros puedan apreciar en todo caso las condiciones en que gira una firma y las modificaciones que ellas puedan haber sufrido.

Otro de sus caracteres, el cual está posibilitado precisamente por la cualidad de juristas de los funcionarios encargados de llevarlo, es el de la legalidad de los asientos. No sólo en cuanto al aspecto de legitimación registral que se recoge por el párrafo 3.º del artículo 1.º del Reglamento, sino en un sentido aún más amplio, cual es el de la necesidad de que ella sea aplicada a los títulos o documentos motivadores de cualquier asiento y como trámite previo a la redacción del mismo. De la cual podemos decir en relación con el Registro de que nos ocupamos, que tiene la especialidad de no ser uniforme, sino que va aumentando paulatinamente desde los documentos referentes a los comerciantes individuales, que constituyen su punto más bajo, hasta llegar a un plano de igualdad con la tradicional en el Registro de la Propiedad, cuando es aplicado a los documentos relativos a los negocios jurídicos sobre buques o aeronaves.

Finalmente, la publicidad y el objeto al que la misma está encaminada, es el último de los caracteres de esta institución, siendo precisamente él la meta a la que se encaminan todos los caracteres anteriores. Respecto a esa publicidad, no debemos olvidar lo que dijo Garrigues al referirse al presente Registro (en trabajo

publicado en esta misma Revista): «Para analizar su esencia jurídica es preciso distinguir o separar el Registro Mercantil, propiamente dicho, y el de buques, distinción que no ha sido vista por los redactores de la Exposición de motivo del vigente Reglamento (se refería al anterior, aunque sus palabras pueden aplicarse en su integridad al vigente), ni recogida en la mayoría de los estudios doctrinales elaborados por los tratadistas españoles.»

Por todo ello, si como dice Ehremberg, la utilidad del Registro es la de servir al público como medio de publicidad, considerando a ésta en el sentido de obligación, según precisa con gran acierto Echávarri, o sea, estimándola en interés de terceros y como garantía de ciertos derechos del comerciante, es evidente que ello obrará en una esfera más o menos amplia, según el objeto a que se refiera; así, respecto al comerciante individual, ha de limitarse a publicar las «declaraciones» de un hecho, que precisamente ha sido realizado por él mismo, pasando en las sociedades a constituir ya la de una situación jurídica, cual es la de su nacimiento, facultades, etc., por lo que intervendrá en mayor medida la calificación registral previa a la redacción del asiento, y llegando a su plena perfección jurídica, similar, como dijimos, a la del Registro de la Propiedad, cuando se trate de buques o aeronaves.

Esta importante distinción continúa siendo desconocida, incluso por la jurisprudencia, quizá por darla por sobrentendida y parecer que cuando se habla de Registro Mercantil, se entiende contrapuesta esa denominación a la de Registro de buques. Así la resolución de la Dirección General de los Registros, de 20 de febrero de 1954, se muestra un poco ambigua al respecto, ya que dice: «Que aun sin olvidar que el Registro Mercantil encuentra su principal fundamento en la legitimación de las situaciones jurídicas y en la autenticidad y fehaciencia de los documentos aportados, con lo que claramente se pone de manifiesto sus diferencias con el Registro de la Propiedad dirigido a la concreción y tutela de derechos, por lo que no cabe una absoluta equiparación entre ambos.» Admitiendo, a pesar de ello, el que en el Mercantil se aplique la doctrina sobre la anotación preventiva de demanda, lo que no parece congruente con esa separación absoluta que pretende, ya que excluyendo al de buques y al de aeronaves, las restantes secciones de este Registro están incluidas dentro de la diferenciación

formulada por Garrigues (en el año 1930 de esta misma Revista), «de que en el Registro Mercantil se inscriben personas y hechos, mientras que en el de la Propiedad se inscriben cosas y Derechos reales», por lo cual, «las anotaciones preventivas pierden en el Registro Mercantil su significación primordial (asegurar una acción personal que tiende a la inscripción o a la cancelación de un derecho)».

En vista de lo expuesto podríamos definir el Registro Mercantil, como la oficina pública, a cargo de funcionarios letrados, en la que, mediante asientos puestos bajo la salvaguardia de los Tribunales, se lleva a efecto la publicidad frente a terceros de determinados hechos que atañen a los comerciantes individuales, del nacimiento, modificación y demás circunstancias de la sociedad y de la situación jurídica en que se encuentran los buques y las aeronaves.

De esa definición se derivan dos presunciones, que puestas ya de relieve por Echávarri, han sido recogidas en el artículo 2.º del vigente Reglamento y confirmadas por la jurisprudencia en cuanto a su homónimo el Registro de la Propiedad. Dichas presunciones son las siguientes:

1.ª Presunción a favor del conocimiento de la cosa, hechos y situaciones inscritas.

2.ª Presunción a favor de la ignorancia de las no inscritas.

Cuyas presunciones obran en favor del que se basa en el contenido del Registro, frente al que pretende oponerle un hecho o una situación no inscrita, obligándole a probar que ello era conocido por aquél, o sea, destruyendo su buena fe, que es otro postulado fundamental de la institución.

PRECEDENTES, ORGANIZACIÓN ACTUAL Y CRÍTICA.

A) *Precedentes.*

Ni de éste ni de ninguna otra clase de Registros encontramos precedentes remotos, si nos atenemos al carácter eminentemente jurídico con el que son concebidos en la actualidad, salvo el esporádico caso de Egipto durante la dominación romana, en cuanto al de la Propiedad, motivado en la necesidad de liberar al adquirente

romano de inmuebles radicantes en dicho territorio, de los derechos que hubiese podido adquirir sobre los de esta clase que perteneciesen al marido, la mujer casada en el momento de su matrimonio, los cuales no tenían constancia oficial, siendo por ello una causa de peligro para las adquisiciones que pudiesen realizar los ciudadanos romanos. Es para el «registro», entendido éste en un sentido casi gramatical, para el que podemos encontrar precedentes que se remontan a la época romana.

Si nos fijamos en los comerciantes individuales, encontramos los precedentes más remotos en los «collegia» romanos, con la consecuente distinción entre «negociator», o comerciante inscrito y «mercator» o comerciante no inscrito, pero que pese a ello ejercía de hecho esa profesión. Posteriormente surgen en el mismo sentido las listas o matrícula gremial de los comerciantes durante la Edad Media, que si bien en un principio tuvieron por finalidad la defensa mutua y la garantía de la profesión, terminaron convirtiéndose en un privilegio abusivo de los inscritos en ella, siendo sustancialmente ese sistema el que, con ligeras variaciones ha perdurado hasta el principio de siglo pasado.

En cuanto a los buques y a las sociedades, la Ordenanza del Comercio de Luis XIV; el capítulo X de nuestras Ordenanzas de Bilbao; las matrículas y listas de abanderamiento de los buques; la Ordenanza de la matrícula del mar, y el Reglamento para la navegación mercante, constituyen los precedentes del sistema actual.

Pasando ya a épocas más jurídicas y avanzadas, aunque limitándonos ya a nuestra patria, nos encontramos con el Código de Comercio de 1829, el que un criterio unificador hace surgir el actual Registro Mercantil, del cual sólo quedaron apartados los buques. Esta separación fué subsanada por el vigente Código de Comercio, que incrementando a la vez la organización jurídica de este Registro, lo convirtió en general y único para cada circunscripción.

Pese a los adelantos apuntados, el escaso desarrollo de la institución en el último de esos cuerpos legales, motivado en la parquedad de artículos que a ella le dedicaba, motivó el que el Reglamento provisional para su desarrollo, del año 1885, se tuviese que

salir del marco propio de todo Reglamento, cuyo defecto persistió, y aún se incrementó, en los siguientes, como el de 1919 y el actual.

El Reglamento hoy vigente es el de 14 de diciembre de 1956, que entre sus muchas novedades motivadas en general por haber recogido la serie de disposiciones mercantiles publicadas con posterioridad al Código y carente por ello de desarrollo en el Reglamento anterior, contiene la de haber recogido la registración de las aeronaves, dándose así un paso más en el camino de constituir un eficiente y completo Registro Mercantil, para lo cual falta solamente el que puedan acogerse a él los vehículos terrestres de motor y la propiedad intelectual e industrial, así como el que se modernice la inscripción del comerciante individual mediante la admisión como objeto de registro de la empresa mercantil.

B) *Organización actual.*

El precepto inicial para la exposición de la organización de este Registro, es el contenido en el artículo 32 del Código de Comercio, por el que se dispone: «El cargo de Registrador mercantil se proveerá por el Gobierno, previa oposición.» Esta idea que involucraba la de la creación de un cuerpo especial de Registradores mercantiles, careció de viabilidad desde su iniciación, por lo que dicho cargo fué atribuido con un carácter provisional a los Registradores de la Propiedad, continuando así en el del 1919, si bien con cierta tendencia a convertir en definitiva esa atribución provisional, hasta llegarse en el presente al reconocimiento e identificación de los dos cargos como funciones diversas de un cuerpo único de funcionarios para los dos Registros.

En efecto, la Exposición de Motivos del Reglamento vigente dice textualmente al respecto: «Demostrada la preparación técnica y competencia jurídica de los Registradores de la Propiedad, a quienes hace más de setenta años y de modo provisional confió el Código de Comercio el Registro Mercantil, ha parecido llegado el momento de acabar con tan dilatada interinidad y de sancionar definitivamente la doble condición de Registradores de la Propiedad y Mercantiles en los funcionarios que vienen desempeñando ambos Registros, que, como es sabido, ingresan por rigurosa oposición, con lo que se cumplen así todos los requisitos del artículo 32 del Código de Comercio.»

Desarrollando este criterio se dispone a su vez por el artículo 11 del Reglamento:

«Los Registradores de la Propiedad, con la cualidad de Registradores Mercantiles, conforme al artículo 32 del Código de Comercio, tendrán a su cargo los Registros Mercantiles y dependerán de modo inmediato de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

El nombramiento de los Registradores Mercantiles se hará por el Ministro de Justicia y recaerá en el funcionario que obtenga en concurso el Registro de la Propiedad al que actualmente esté incorporado el Mercantil, salvo que estén separados ambos Registros, en cuyo caso, se proveerá en el Registrador que corresponda.»

Vemos por ello, que estando reunidas en un mismo funcionario las cualidades de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, su actuación como estos últimos sólo procederá, o bien cuando el titular de un Registro de la Propiedad tenga incorporado otro Mercantil, o bien cuando tenga únicamente la titularidad de un Registro Mercantil pero tanto en uno como en otro supuesto, el funcionario tendrá siempre esa doble cualidad, tanto legal, como técnicamente, bien que transitoriamente ejerza sólo una de ellas.

El número de Registros Mercantiles existentes en España ha de ser forzosamente inferior al de los de la Propiedad, y más aún en cuanto a los Mercantiles en los que se puedan efectuar inscripciones de buques o aeronaves. Por ello se dice en el párrafo 1.º del artículo 10 del Reglamento, que: «El Registro Mercantil, con excepción del libro de buques, continuará establecido en todas las capitales de provincia, y además en las plazas de Melilla y Ceuta.» Añadiéndose por el artículo 177, que se abrirá una sección especial para las inscripciones referentes a las aeronaves «en los Registros Mercantiles de la Provincia donde hubiere matrícula» de ellas. Completándose esas disposiciones por lo dispuesto en el párrafo 2.º del citado artículo 10, al determinar con criterio enumerativo, que: «Los libros destinados a la inscripción de buques se llevarán en Gerona, Barcelona, Tarragona, Castellón de la Plana, Valencia, Alicante, Cartagena, Almería, Motril, Málaga, Cádiz, Sevilla, Huelva, Vigo, La Coruña, Ribadeo, Gijón, Santander, Bilbao, San Sebastián, Palma de Mallorca, Las Palmas, Santa Cruz de

Tenerife, Melilla y Ceuta»; o sea, que la sección de buques existe en todas las capitales de provincia en las que el territorio de su partido judicial confina con el mar o con puerto fluvial, pasando a radicar en Registros de cabezas de partido judicial que no sean capitales de provincia, cuando confinando esa provincia con el mar no se dé esa circunstancia en el distrito correspondiente a la capitalidad, con las únicas excepciones de Ceuta y Melilla, y ello motivado por diversas causas fácilmente comprensibles.

En virtud del contenido de los artículos expuestos podríamos clasificar los Registros Mercantiles en atención a su contenido en:

1.º Registros Mercantiles plenos, que son aquellos en los que se comprenden todas las secciones posibles del mismo, como son las de comerciantes, sociedades, buques y aeronaves.

2.º Registros Mercantiles intermedios, en los cuales sólo falta una de esas secciones, bien sea la de buques o bien la de aeronaves.

3.º Y Registro Mercantiles restringidos, cuyo contenido se reduce solamente, bien a las secciones de comerciantes y sociedades (que a estos efectos podríamos considerar como una sola), o bien a la de buques.

La circunscripción territorial de este Registro es mucho más amplia que las del de la Propiedad, pues generalmente comprende el territorio de una provincia, llegando incluso en cuanto a las aeronaves, en el momento actual, a confundirse con el de la nación. En cuanto a ella se dispone por el artículo 10 del Reglamento, que será la existente para cada Registro en el momento en que éste fué publicado, necesitándose para su alteración, así como para la creación o división de las establecidas, e incluso para la separación en oficinas independientes de los Registros Mercantil y de la Propiedad, cuando estuviesen unidos, el observarse las normas establecidas por el artículo 275 de la Ley Hipotecaria, y los concordantes de su Reglamento, para los Registros de la Propiedad.

Resumiendo brevemente las normas aludidas, ya que esta materia será de rara aplicación en cuanto a los Registros de que nos ocupamos por lo extenso y especial de su circunscripción, diremos que en ellas se prevén los cuatro supuestos de: creación, supresión, alteración de la circunscripción territorial y cambio de su capitalidad, para todo lo cual se exige en sustancia, Decreto acordado en Consejo de Ministros, en cuanto a los dos primeros casos

y Orden ministerial para los restantes, dictadas todas ellas por el Ministro de Justicia, a propuesta de la Dirección General de los Registros y del Notariado, previo un expediente en el que se habrán aportado datos estadísticos, así como los informes razonados de las autoridades locales: Registrador de la Propiedad, Notarios, Juez de Primera Instancia, Presidente de la Audiencia Territorial y Junta directiva del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad.

C) Comentarios y crítica del sistema.

Pretender argumentar hoy en pro de un Registro de los actos, contratos y situaciones jurídicas referentes a las cosas susceptibles de tráfico jurídico, es como si tratásemos de hacerlo en favor de la industrialización de un país que no lo esté. En la actualidad todo ello es evidente hasta la saciedad, surgiendo las discrepancias solamente cuando se trata de determinar qué sistema deberá seguirse, o sobre el momento oportuno para la reforma del que rige en cada país, o sobre si el elegido deberá ser alcanzado directamente o a través de sucesivas etapas.

Esas consideraciones no deben impedirnos el que debamos poner de manifiesto la honda preocupación que existe en la actualidad en casi todos los países sobre el Registro y sus problemas, con mayor o menor importancia, según el adelanto que en cada uno ha conseguido esta institución, por lo que aquélla es mayor en las naciones en las que su desarrollo es insuficiente, o en las que sólo está esbozada.

Francia, con un arcaico Registro de contenido predominantemente personal, sin calificación que lo convirtiese de un Registro de títulos en otro de derechos, ha sentido la urgencia del problema y ha dictado al efecto los Decretos de 9 de agosto de 1953 y 6 de enero de 1954, cuyo objeto ha sido el de reorganizar el Registro Mercantil, dedicando el primero de ellos a reformar los artículos 47 al 70 de su Código de Comercio, en tanto que el objeto del segundo ha consistido en desarrollar reglamentariamente esa reforma. Por otra parte, ha acometido también la de su Registro inmobiliario, reforma de mucha más envergadura que la del Mercantil, dedicando al efecto los importantes Decretos de 4 de enero y 14 de

octubre de 1955, que respectivamente se refieren a la parte substantiva y a la adjetiva de la institución.

Méjico acometió también la solución de este problema, habiéndola llevado a efecto por la ley de 31 de diciembre de 1951, la cual entró a regir el 1 de julio de 1953, mediante la que se reformó el título 2.º, de la parte 3.ª, del libro 4.º de su Código Civil para el distrito y territorios federales, comprensivo de los arts. 2.099 al 3.068.

El año 1951 fué también crucial para la estructuración del Registro en Portugal, al través de una ley sobre la organización del Registro y del Notariado en esa nación. Disposición bastante ambiciosa, pese a lo limitado de su articulado, consistente en sólo 180 artículos.

La actividad legislativa registral en el Brasil, que fué iniciada en el año 1890, ha sido muy variada y fecunda hasta la actualidad. El Registro creado inicialmente siguiendo el sistema de Torres, por disposiciones de 1890, fué regulado de nuevo sobre una base más amplia por el Código Civil de 1916, el que a su vez ha sido completado por varias decenas de disposiciones que reformaron y perfeccionaron el sistema, a la vez que regulaban su desarrollo.

Colombia recogió la institución registral en los artículos 2.637 al 2.684 de su Código Civil, cuyas normas han sido precisadas y adjetivadas por dos Decretos de 6 y de 8 de junio de 1954, referentes al Notariado y al Registro.

Pero la reseña sería inacabable, aun sin necesidad de tener que aludir a los países en los que la institución ha tenido un mayor desarrollo, como ocurre con Alemania, Suiza, Italia, Inglaterra (de regulación bastante adelantada, aunque de objetivo limitado), Australia, España, etc. Bastando lo dicho para demostrar que el problema registral es hoy uno de los de más actualidad en el orden jurídico privado internacional.

Partiendo de ese axioma nos interesa estudiar el contenido y desarrollo de la institución, precisando cuáles «cosas» deberán ser objeto de registración, mejor dicho, respecto a qué cosas deberán ser objeto de registración las situaciones jurídicas que a las mismas se refieran.

A ese efecto son expresivas simplemente las denominaciones utilizadas en cada país. Así tenemos: Registro de Inmuebles. Re-

registro Mercantil y Registro de Hipoteca Mobiliaria en España. Registro de inmuebles y de prendas de máquinas y aparatos utilizados en la industria, en cuanto al Brasil. En Portugal es el Registro Civil, predial, comercial y de automóviles, según expresa el epígrafe del capítulo I de la ley que antes hemos citado. Méjico, con un Registro de la Propiedad Inmueble, el de Operaciones sobre muebles y el de Personas morales. Italia, con su Registro de inmuebles, de naves, aeronaves y automóviles. Francia, con el Mercantil y el de Inmuebles. Y análogamente en los restantes países. Con lo que se pone de relieve el estado de incertidumbre que existe sobre cuáles deban ser las «cosas» susceptibles de registración, sin que ello nos impida deducir de esa enumeración cuatro conclusiones fundamentales:

1.^a Que los inmuebles son estimados siempre como cosas objeto de registración.

2.^a Que en la misma consideración se tiene a los buques.

3.^a Que también el comerciante individual y las Sociedades es considerado sujeto a registración por la generalidad de las legislaciones.

4.^a Y que respecto a los demás bienes muebles, o sea, aparte de los buques, la tendencia dominante es la de su registración, sobre todo en cuanto a algunos de ellos como las aeronaves y automóviles, surgiendo las divergencias en cuanto a los efectos de la misma y cuáles de ellos permiten por su individualización esta registración y su mayor o menor eficiencia, pareciendo que los dos que hemos citado son estimados como fundamentales y susceptible de parangón en este aspecto con los inmuebles.

A nuestro juicio, el problema de cuáles bienes y qué efectos debe producir su inscripción, tiene un planteamiento equivocado, pues su esencia radica en reunir en mayor o menor grado la cualidad de estar dotados de individualidad, para cuya solución deberemos acudir al campo de la filosofía, y mejor aún, al de la filosofía biológica de reciente desarrollo.

Admitida la necesidad del Registro, dada la complejidad de la vida moderna, la determinación de qué cosas o bienes deberán acogerse a su amparo no podrá ser encontrada en la antigua clasificación de los bienes en muebles e inmuebles, por ser conceptos que cada vez tiene una aplicación más restringida. Es, como

hemos dicho, en el carácter de individualización de los objetos y de los sujetos en el que encontraremos la ayuda y precisión que la anterior clasificación no es ya susceptible de darnos y cuyo estudio nos hará adelantar considerablemente en la materia que nos ocupa.

La individualidad en sentido estricto, es quizá una meta inalcanzable, pero para nuestro objeto nos basta con poder conseguir una mayor aproximación a ese objetivo inasequible. Bergson reflejó ya esa idea, a la vez que realizaba una definición, cuando dijo: «La vida manifiesta una búsqueda de la individualidad y tiende a constituir sistemas naturales aislados, naturalmente cerrados.»

La primera piedra para la formación de la individualidad la equipara Julián S. Huxley (en, *El individuo en el reino animal*), a la independencia del mundo exterior, añadiendo que «por independencia se entiende, no la que disfruta el recluso», sino la del hombre de acción que utiliza el mundo exterior como instrumento de trabajo, o lo que es lo mismo, para sus fines propios. Por ello, esa utilización supone un oponerse a ese mundo, que hace inteligible la frase de Zarathustra: «No puede sobrevenirme accidentes, porque todo lo que ahora podría acontecerme pertenecería a mi existencia.»

Así concebida la individualidad, marcha en orden creciente desde lo homogéneo a lo heterogéneo, y dentro de este último, de lo simple o lo complejo. Cuando esa heterogeneidad y especialismo llegan a producir algo tan perfecto como el cerebro humano, dotado de memoria y razón, la actividad de este ser de una individualidad tan alta se centuplica y, sobrepasando el lapso asignado a su sustancia, crea la individualidad, utilizando para ello el artificio del lenguaje. Pero aún llega a más, pues al sumarse varias de estas personalidades, siguiéndose en ello el mismo camino de lo homogéneo a lo heterogéneo, puede dar lugar a los entes, entre cuyas variadas clases se encuentran los admitidos en el campo del derecho, entre los cuales se llega a un alejamiento paulatino de la sustancia base, según el grado de perfección de cada uno de ellos. Y si seguimos por el mismo camino de alejamiento de la sustancia base del ente, por perfeccionamiento de éste, pero recorriéndolo ahora la personalidad aislada

y no la suma de varias de ellas, podrá llegarse, trascendiendo ya de esa base material, a los «espíritus inmateriales» de los teólogos, con lo que cerráramos así el ciclo desde la extrema simplicidad a la complejidad suma.

Sin ahondar más en estas cuestiones, merecedoras de un estudio más detallado y extenso, sí podemos extraer algunas conclusiones de gran utilidad para nuestro estudio, de la breve reseña que hemos apuntado sobre el desarrollo de la individualidad.

Efectivamente, toda cosa susceptible de comercio humano que esté dotada de individualidad, puede y debe ser registrada para precisar los derechos que sobre ellas puedan surgir, y sólo razones de conveniencia práctica pueden aconsejar el que en determinado momento histórico no lo sean una u otra de las varias que reúnen esas características.

Iniciándose la individualización en las fincas rústicas, las menos individualizadas, y, sin embargo, las primeras sujetas a registración por la importancia que en el derecho histórico se les concedía y por haber fundamentado la registración en la permanencia y no en la individualización, al ir creciendo ésta, la registración adquiere un fundamento más sólido al permitir una mayor facilidad en la identificación y, por ende, en los derechos recayentes sobre ellas, por lo que, siguiendo esa individualización en un orden creciente, su secuela, la registración marchará en el mismo sentido desde los buques hasta la empresa mercantil, la registración de la cual deberá suplantar a la vetusta del comerciante que se practica en la actualidad.

En cuanto a una de las individualidades más perfectas, o sea la personalidad, su registración es, sin disputa, la más antigua de todas, llevándose a efecto hoy al través de la institución del Registro Civil; con la particularidad de que no sólo es ella la objeto de tal registración, sino que incluso lo es también los productos puros de su espíritu mediante el Registro de la Propiedad Intelectual e Industrial. Aún más, si como dijimos antes, de la personalidad pasamos al ente que surge por la reunión de varias de ellas, el cual y en cuanto interesa el derecho recibe el nombre de persona jurídica, su registración es aún más notoria y necesaria, y efectivamente lo ha sido así desde antiguo; si bien se ha oscilado entre dos extremos, considerando que esa

registración interesaba más, bien al derecho público o bien al privado, habiendo predominado esta última opinión en el sector más numeroso de la doctrina, en tanto que las legislaciones se han inclinado por una tercera postura intermedia. En esta cuestión nuestra opinión es la de que la registración de las personas jurídicas interesa sobre todo al derecho privado, sin que ello sea obstáculo a que, en determinados casos y por reunirse en ciertas personas jurídicas no sólo el interés primordial y netamente privado de su capacidad, sino también otros más de derecho público, por serlo también su actuación, se exija igualmente la registración de las mismas en instituciones cuya finalidad sea precisamente la de vigilar esa actuación en el campo del derecho público, lo cual no está en contradicción con la anterior, pues la primera asegura su existencia y confirma su nacimiento, en tanto que la segunda precisa su actuación en determinada esfera jurídica.

Pasando al problema del oportunismo en la registración de cada una de ellas y, sobre todo, de las que interesan al presente trabajo, será evidente que no se requiere comentario sobre su procedencia en cuanto al grupo de cosas que actualmente tienen el carácter de registrables; aunque no podamos omitirlo respecto a otras varias, que, según la doctrina antes expuesta, deberían serlo también, aunque no lo sean en nuestra patria en el momento actual. Respecto a ellas vamos a limitarnos a transcribir lo que ya dijimos en un artículo publicado en esta misma Revista en el año 1956.

«El inconveniente fundamental de esta nueva ley (nos referíamos a la de Hipoteca mobiliaria) radica en su vuelta a los anticuados sistemas de las Pragmáticas de 1539 y 1768, especialmente el instaurado por esta última, creadora de un Registro de gravámenes que sustancialmente instituyó para los inmuebles un sistema análogo al que la presente estatuye para los muebles, como lo reconocen sus mismos redactores en la Exposición de motivos al decir: Han sido objeto de meditación el alcance que deberá darse al nuevo Registro en el sentido de si sería procedente establecer un sistema de Registro de la Propiedad que, al modo de la propiedad inmueble, recogiera toda la historia jurídica de los bienes, incluso las transmisiones de dominio de los mismos, o un sistema de Registro de gravámenes, limitado a las fi-

nalidades de esta ley. Aunque, en principio, se ha desistido de él en atención a las dificultades prácticas de su adopción, toda vez que exigiría un cambio total y absoluto en el sistema de transmisión de propiedades y contratación de esta clase de bienes. Por esta razón se ha regulado solamente un Registro de gravámenes, si bien se estima procedente hacer constar el criterio favorable al Registro de la Propiedad de los bienes muebles, al menos para algunos de ellos, como los establecimientos mercantiles y los automóviles.»

Las razones del párrafo que transcribimos no pueden convencernos de la necesidad de volver a instaurar un Registro de gravámenes y, sobre todo, si analizamos el contenido del apartado final del mismo párrafo, que precisamente, por lo que omite constituye una declaración positiva de que los razonamientos aducidos encubren otros más reales, que son los que constituyen la verdadera causa que ha impedido la creación de un Registro similar al de inmuebles, siendo quizá ellas, no orden jurídico, sino de oportunismo o coyuntura legislativa, pero aún así, no creemos que puedan ser suficientes para justificar la postura adoptada, pues, por el contrario, entendemos que es precisamente ahora cuando puede llegarse a ese Registro sin necesidad de pasar por el de gravámenes.

Si estudiamos la cuestión en las legislaciones de los países de ascendencia latina, más similares en su vida y costumbres al nuestro, veremos que el Libro VI del Código Civil italiano, que está dedicado a la tutela del Derecho, consagra el capítulo III a la inscripción de los actos relativos a algunos bienes muebles, recogiendo en su sección 1.^a todo lo referente a las inscripciones de las naves, aeronaves y automóviles.

En el art. 48 del Código de Comercio francés, que es el segundo de su sección primera, sujeta a inscripción en el Registro de Comercio, a los establecimientos públicos de carácter comercial. Y esto ocurre en una nación de tan deficiente sistema registral como el vigente en la misma para los inmuebles (en vías de profunda reforma, como dijimos antes).

Finalmente, la reciente ley portuguesa sobre la organización de los Servicios de Registro y Notariado, establece en el art. 8.º un Registro de Comercio a cargo de las oficinas del Registro Pre-

dial, creando por su art. 9.º un Registro de automóviles a cargo de los mismos funcionarios que aquél, el cual radicarán en todas las poblaciones en las que existan Direcciones de Vías Públicas y en el que deberán de inscribirse con carácter obligatorio la adquisición de todos los vehículos citados.

Esas referencias a otras legislaciones ponen de relieve, sin necesidad de razonamiento alguno, la posibilidad y conveniencia de establecer un Registro similar al de los inmuebles, para esta especial clase de bienes muebles que constituyen en la actualidad un grupo privilegiado y preferente a los demás.

Podrá haberse pensado que al instaurar un Registro de gravámenes se habituaria a sus usuarios, constituyendo así un primer escalón para un ulterior paso hacia un Registro más completo, evitando el cambio demasiado rápido en su actual organización y, sobre todo, en cuanto a los requisitos de las transmisiones de todos esos bienes, que aparentemente quedan ahora en una situación de libertad; pero este razonamiento no está muy conforme con la realidad presente, como nos lo revela el más somero análisis de cada uno de ellos.

Las aeronaves no requieren siquiera el mencionado análisis, ya que está prevista su inscripción en una sección especial del Registro Mercantil al desarrollarse en un Código de navegación aérea la actual Ley de Bases dictada a tal fin (hoy ha sido ya recogida esa sección por el vigente Reglamento del Registro Mercantil).

La propiedad intelectual e industrial tiene una legislación y un Registro especial, que obliga a las mismas formalidades que podría exigirsele por la creación del Registro que propugnamos.

El numeroso grupo de los vehículos de motor, si se acogiese a otra sección del Registro Mercantil, quedaria en una situación más eficaz y cómoda para los usuarios que la vigente en la actualidad: El pago del impuesto de Derechos reales es ahora más gravoso en relación con los demás bienes sujetos al mismo, por ser uno de los pocos que no tienen fijado un medio cómodo de comprobación, teniéndose que acudir al extraordinario y anormal de la tasación pericial (cuya injusticia continúa subsistiendo en la recientísima modificación de ese impuesto). La transmisión se lleva a efecto, generalmente, con la intervención de

una de las múltiples Agencias a ello dedicadas, con la finalidad de asegurarse el adquirente de que han sido cumplidos todos los requisitos que su registración le va a exigir, y si ello podría llegar a cierta similitud con la escritura notarial en cuanto al aspecto económico, en el jurídico no puede plantearse siquiera la comparación. Por último, habrá de acudir el adquirente al Registro Administrativo especial que se ha establecido para esos vehículos, y no podemos imaginar ninguna función del mismo, tanto pública como privada, que no pueda ser llevada a efecto mediante el Registro Mercantil, además de conseguirse con ello una seguridad en el tráfico jurídico y un aumento de su función crediticia, que el actual Registro administrativo es incapaz de conseguir por su naturaleza tan especial.

En cuanto a los establecimientos mercantiles e industriales parece a primera vista que les será más forzada la implantación de un Registro, pero en la generalidad de los supuestos apenas supondría ello algún incremento en los requisitos que en la actualidad requiere su transmisión. Si el establecimiento radica en un local arrendado, su transmisión o traspaso requiere el otorgamiento de escritura pública y, en consecuencia, la imposibilidad de que esa transmisión pueda ser ocultada, razón final de muchas opiniones, con la finalidad de defraudar el impuesto correspondiente; por ello, el requisito de la inscripción queda sobradamente compensado con las ventajas que ella traería consigo. Si el restablecimiento radica en local propio, el problema es casi indiferente, pues bastantes de los elementos del negocio mercantil o industrial, quizá los más valiosos, cual ocurre con las máquinas, son susceptibles de inscripción al incorporarlas, en forma permanente, al inmueble donde radiquen, y de ser objeto, juntamente con éste, de una hipoteca inmobiliaria, como se determina por el art. 111 de la Ley Hipotecaria.

Queda por tratar solamente de la maquinaria industrial, considerada independientemente del complejo mercantil a que se encuentre afecta, como asimismo del inmueble donde radique; pero respecto a ella estimamos que incluso ha sido improcedente su designación como objeto de esta modalidad de hipoteca (nos referíamos a la mobiliaria). En efecto, si pertenece al dueño del inmueble donde radique, ya disponía éste de la hipoteca mobi-

liaria del establecimiento, o de la inmobiliaria de la finca, como forma de garantía en la que incluir la maquinaria como medio de elevar esa misma garantía; si estuviese enclavada en local arrendado con facultad de traspasar, cabría su inclusión en una hipoteca mobiliaria del establecimiento, y únicamente si radicase en local arrendado sin esa facultad de traspasar sería cuando quedaría a su titular la forma especial de la hipoteca mobiliaria de la maquinaria como garantía que pudiera serle aplicable; pero para este caso únicamente no sería el que se haya permitido desgajarla del establecimiento a que corresponde, pudiéndose haber suplido esta falta con la admisión de la prenda sin desplazamiento para este caso específico, ya que por lo poco jurídico de esta última figura de garantía no podría haber obstáculo alguno en añadir un caso más a la concreta enumeración de las cosas susceptibles de ella que se realiza por la ley actual.»

Después de los párrafos transcritos, sería una redundancia exponer lo que entendemos sobre el Registro Mercantil y sobre la formación de un único y amplio Registro de esa clase que sustituyese a los varios actuales, verdaderas ¡pertenencias sin un todo!

CAPÍTULO II

DE LOS LIBROS DEL REGISTRO MERCANTIL, DE LA FORMA DE LLEVARLOS Y DE SUS ANALOGIAS CON EL DE LA PROPIEDAD

LIBROS DEL REGISTRO MERCANTIL.

Del contenido de los arts. 6.º y 14 del Reglamento podemos deducir que los libros que han de llevarse en el Registro Mercantil pueden ser divididos en tres clases:

- a) Libros principales.
- b) Libros accesorios.
- c) Libros y documentos auxiliares.

Todos ellos, y cuando se trate de libros propiamente dichos,

tienen el requisito común de tener que ser numerados por orden de antigüedad (art. 18); pero debiendo entenderse por analogía con lo dispuesto en el Reglamento Hipotecario, que es supletorio del presente según la disposición transitoria 4.ª de este último, que esa enumeración no es única y general para todos ellos indistintamente, sino especial para cada uno de los grupos de que a continuación vamos a tratar, siempre que por tal numeración nos refiramos a los Libros en sí y no a la general del Archivo, que, como es lógico sólo podrá ser una para todos los de una misma clase, sea cualquiera la sección a que correspondan.

a) *Libros principales.*

Sólo pueden ser considerados como tales el Libro Diario de presentación de documentos y el de inscripciones, los cuales, si bien con distintas dimensiones, deberán constar de doscientos cincuenta folios útiles, numerados y sellados con el del Registro en el ángulo superior derecho de cada uno, encuadrados en el formato oficial y llevando estampada en la parte superior de la hoja sin numeración que se dedica a portada, las palabras «Registro Mercantil de...», «Tomo...», «Número...» y «Sección...» (art. 15). Lo cual no obsta para que esta igualdad cese cuando nos fijemos en el contenido, al que van dedicados los que se vayan abriendo en los distintos Registros Mercantiles, ya que ellos serán tan varios como las secciones de que conste el que analicemos en cada caso, y, por tanto, podrán existir, por ejemplo, Libros de inscripciones de: comerciantes, Sociedades anónimas, Sociedades comanditarias, buques, etc.

Como requisitos comunes hemos de señalar el que todos los folios tendrán que encontrarse encasillados, y cuyas casillas llevarán como título: en el Libro Diario, los de «Notas marginales», «Número de los asientos» y «Asientos de presentación», y en los Libros de Inscripciones, los de «Notas marginales», «Número de orden» y «Hoja número...» (arts. 16 y 17).

El contenido de cada una de las casillas casi se deduce de su misma denominación. Así, en el Diario, la casilla dedicada a notas marginales, la que, por otra parte, será la última a redactar, contendrá las que expresen qué operaciones o actuaciones han motivado el documento a cuya presentación se refiera el

asiento a cuyo margen sean extendidas, y, por tanto, su inscripción, su suspensión, su denegación, etc.; la referente al número del asiento recoge el que correlativamente y en cada Diario de los que se vayan abriendo, corresponda al asiento de presentación a cuyo margen consta, y, por último, la que lleva como epígrafe el de asientos de presentación, constituye la fundamental de este Libro, ya que es precisamente en ella donde va extendido el asiento de presentación del documento de que en cada caso se trate y con cual se inicia la actuación de toda la oficina del Registro en cuanto al mismo. En los Libros de inscripciones el contenido guarda bastante similitud con el anterior. La casilla dedicada a las notas marginales recoge estos asientos de inferior categoría, en cuanto estén relacionados con el comerciante, Sociedad, buque, etc., al margen de cuya inscripción consten; el número de orden se refiere en este supuesto al número especial de cada una de las inscripciones que se hayan practicado respecto al comerciante, Sociedad, etc., que figuren inscritas en la hoja o folio registral de que se trate; finalmente, la casilla dedicada a «Hoja número ...», resulta ser la menos expresiva, en atención a su denominación, ya que la misma tiene una doble finalidad: de una parte y en la cabecera de la misma, la de hacer constar el número correlativo que corresponda dentro de cada Sección al buque, Sociedad, etc., de cuya inmatriculación se trate, y de otra, y precisamente en el resto y casi totalidad de la página, resulta ser el espacio reservado para los asientos de inscripción propiamente dichos, los cuales son el remate al que van encaminadas todas las actuaciones que la presentación de un documento motiva en el Registro Mercantil.

Finalmente, unos y otros libros tendrán que llevar una diligencia autenticadora de ellos en la parte media de la hoja de portada, en la que se hará constar por el Juez municipal y bajo su firma: el número de folios útiles que contiene el libro de que se trate; la circunstancia de no encontrarse ninguno de ellos manchado o inutilizado; el que el libro esté ajustado a los modelos oficiales, y que en dicho estado se le ha entregado al Registrador. Este extenderá a su vez otra nota, también autorizada con su firma, en la que exprese que ha recibido el libro en las circunstancias expresadas en la que ha sido firmada por el Juez. La

existencia de alguna falta en el libro, obligará al Juez a devolverlo al Registrador, el cual deberá sustituirlo por otro (art. 15).

Hemos dicho que los libros principales eran el Diario de presentación y los de inscripciones, y así como el primero es único para cada Registro Mercantil, no ocurre lo mismo con los segundos, de los que tendrán que llevarse tantos como Secciones comprenda el Registro Mercantil de que en cada caso se trate. Por tanto, habrá en cada uno como máximo los de todas las Secciones posibles, que podrán ser las siguientes (arts. 6.º y 14):

- 1.^a De comerciantes y empresarios individuales.
- 2.^a De Sociedades colectivas y comanditarias.
- 3.^a De Sociedades limitadas.
- 4.^a De Sociedades anónimas.
- 5.^a De buques.
- 6.^a De buques en construcción.
- 7.^a De aeronaves.
- 8.^a De aeronaves en construcción.

Pero todas ellas, repetimos, no se llevan en todos los Registros Mercantiles, sino que en cada uno se llevarán las que procedan, según el que se trate, atendido al grupo que corresponda de los que enumeramos en el capítulo I del presente.

b) *Libros accesorios.*

Hemos de considerar como tales, según el art. 14 del Reglamento, los de Indices, Honorarios, Estadística e Inventario. Cuyo contenido queda de relieve por sus respectivas denominaciones. No obstante, dado el carácter formalista que en parte se les da a los mismos por el citado Reglamento, entendemos que hemos de precisar con mayor extensión su contenido, aunque reduciéndolo en los de menos importancia.

1.º Libro índice.

En cuanto a ellos, se dispone por el art. 39 del Reglamento, que se formarán en cuadernos o tomos separados de papel común, numerándose sus folios y sellándose con el sello de la Oficina; debiéndose llevar tantos como Secciones se comprendan en el Registro Mercantil de que se trate.

Según el precepto ya aludido, su contenido consistirá en recoger por orden alfabético y en cada una de las cuatro casillas que los mismos comprenden:

1.º Los apellidos y nombres del comerciante o empresario individual; la razón o denominación de la Sociedad; el nombre o distintivo del buque, y esa misma circunstancia en cuanto a la aeronave.

2.º El domicilio del comerciante o empresario individual; el de la Sociedad, o el lugar de matrícula del buque o de la aeronave.

3.º El número de la hoja que haya sido destinada a cada comerciante o empresario individual; a la Sociedad; al buque o a la aeronave, así como el tomo y el folio en que se encuentra.

4.º Las observaciones que en cada caso procedan.

No se limita el referido art. 39 a indicar la reseña anterior sobre el contenido de estos libros, sino que, entrando ya en su redacción misma, indica que deberán hacerse en ellos «las indicaciones necesarias o útiles para facilitar la busca y evitar errores», a cuyo «efecto se permitirán las acotaciones y los interlineados que sean necesarios», añadiendo otras indicaciones más sobre el espacio a dedicar a cada letra y sobre la forma de hacer constar los pases de ella a otros folios del mismo o de otros tomos y hasta recogiendo en su párrafo final una nota de ¡modernidad!, al autorizar el que «los índices podrán ser llevados, además, por fichas», cuyo párrafo requiere por ello un comentario especial.

No hay que meditar mucho para lamentarse del atraso en que se mueve el presente Reglamento, que en este extremo ha copiado al Hipotecario ¡la referida nota de modernidad! Ante ella pensamos que se habrán motivado hondas discusiones en el seno de la Comisión redactora sobre los peligros que podría acarrear el extravío de alguna ficha y la repercusión que ello llevaría consigo, para llegarse en ella a la conclusión de la bondad del sistema ¡antiguo!, haciéndosele a la vida moderna la concesión de permitirse también el que puedan ser llevados por fichas.

Reminiscencias de antiguos escribanos. Permanencia de la idea de que el trabajo no importa perderlo, ya que es barato y existen sobrados empleados y funcionarios para desempeñarlo. ¿No habrán realizado ninguna busca en el Registro los redactores del Re-

glamento?, ¿o lo han olvidado ya? El tiempo invertido y la dificultad de la misma busca es casi la mitad del total que exige el despacho de cualquier documento que la requiera. Mientras tanto, qué rapidez y claridad con el sistema de ficheros. Cuanto ahorro de trabajo. Y todo ello pudiendo repercutir en el costo de la inscripción, certificación, etc., lo cual no era como para ser desdeñado a la ligera.

No se nos pasa por alto el peligro de la pérdida de alguna ficha, pero ello no debería haber motivado por sí sólo la repudiación del sistema, sino a lo sumo una regulación cuidadosa del mismo. ¿Que cómo podría haberse conseguido esa seguridad? De muchas maneras, entre las que por vía de ejemplo podríamos sugerir, la de ser numeradas las fichas, llevándose un libro, o contrafichero, en el que brevemente se indicase el número de la ficha abierta y la persona a quien se abre. O bien, y llegando más lejos esa seguridad, podría indicarse el número de la ficha en el asiento mismo, en cuyo caso, y para no recargarlo, se podría suprimir la larga y complicada cita que ahora se hace al pago del impuesto de Derechos reales, sustituyéndola por el número de archivo de la carta de pago en el legajo correspondiente, y aun esto sería más apropiado hacerlo en el asiento de presentación y no en el de inscripción, anotación, etc. En fin, que cualquiera de ellos, e incluso el de libro fichero con hojas cambiables podría haber sido más eficiente, por permitir reunir en serie ordenada y correlativa todas las fichas correspondientes a una letra dada y más aún si este libro fuese único, superando lo artificioso y lento de utilización de los libros múltiples, ya que la diversidad de secciones que en una misma ficha puedan recogerse, quedarían de sobra aclaradas en cada asiento por una casilla en que se consignasen las iniciales de ella, con la enorme ventaja de evitarse las buscas en cada índice, aunque este defecto es más pronunciado en el Registro de la Propiedad que en el Mercantil de que nos venimos ocupando.

2.º Libros de honorarios y de inventario.

Los libros de honorarios y el de inventario están destinados, como su mismo nombre indica, a hacer constar los honorarios que devenguen en el Registro el documento de que se trate, mediante un casillero ajustado a los distintos conceptos y número

del arancel (artículo 40) y a contener inventario de todos los libros y legajos existentes en el Registro Mercantil, adicionándose por años a este último, o antes, si hubiese cambio de titular en el Registro, todos los que durante ese período se hayan abierto e incorporado, por tanto, al archivo (artículo 41). Igualmente servirá el libro de inventario para la finalidad de hacerse constar en él el cambio de titularidad del Registro, mediante la oportuna diligencia de entrega que será firmada por los Registradores saliente y entrante; cuya diligencia y el contenido del libro mismo impone al Registrador cesante la obligación de responder de lo que conste en el repetido libro de inventario y no haya entregado al que le sustituye (artículo 41).

3.º Libro de estadística.

La finalidad del libro de estadística es puramente extrarregistral. Consiste en reunir una serie de datos de la misma Oficina, que remitidos anualmente a la Dirección General de los Registros y del Notariado, permita el que se pueda formar a su vez por ella un resumen estadístico nacional, de gran utilidad para todos los que directa o indirectamente se relacionan con la materia que es objeto de registración (artículo 191).

El primero de esos estados se refiere a los comerciantes o empresarios individuales, respecto a los cuales recoge los datos siguientes: Número de los inscritos en el año; escrituras de constitución, revocación o modificación de poderes; títulos de propiedad industrial expedidos a su favor; autorizaciones a las mujeres casadas para ejercer el comercio, y escrituras de dote, capitulaciones matrimoniales y relativas a los bienes parafernales que hayan sido inscritas (artículo 192).

En el segundo, que a su vez está dividido en dos secciones, comprenderá respectivamente. En la dedicada a las Sociedades: El número de las constituidas, clasificadas a su vez en atención a la forma (Colectivas, Comanditarias, Anónimas y de Responsabilidad limitada) y por la índole de sus operaciones (Bancos, Sociedades de depósito, Compañías de Seguros, Compañías Cooperativas de producción, de crédito y de consumo y Sociedades dedicadas en general a otra clase de operaciones). Y en la dedicada a las sociedades ya constituidas se comprenderá a su vez: La emisión de

acciones u obligaciones que se lleven a efecto con posterioridad a la constitución; el número de las emitidas; el valor nominal de cada una y el del total; el interés de las obligaciones, distinguiendo según sea éste hasta el 4 por 100 o superior a él, y los actos o contratos de transformación, fusión, disolución y rescisión de las sociedades (artículo 192).

El tercer estado está dividido en tres secciones, expresivas. En la primera del número de buques inscritos, distinguiendo si son de construcción nacional o extranjera, clasificándolos además por su tonelaje y por la clase de servicio a que se destine; el número de los buques en construcción, y asimismo el de los que hayan perdido la nacionalidad española. En la segunda se recogerán todos los actos y contratos referentes a los mismos, con exclusión de los que son objeto especial de la sección tercera, por lo que se comprenderán en la segunda las transmisiones y modificaciones de la propiedad; las ventas voluntarias y las judiciales; los embargos; el precio aplazado; las anotaciones de créditos refaccionarios, y todas las demás anotaciones judiciales. Finalmente el objeto de la sección tercera del presente estado se reduce a recoger los datos relativos al número e importancia de los préstamos a la gruesa y a las hipotecas (artículo 192).

El estado cuarto es sencillamente una copia de los datos indicados para el tercero, pero con la diferencia de que su objeto lo constituyen las aeronaves en vez de los buques (artículo 192).

Finalmente, el quinto es en definitiva el mismo libro de honorarios que antes indicamos, pero adicionándole a los datos que en él figuran los referentes a los gastos de la oficina. Y teniendo como nota especial este estado, la de que los datos que figuran en el mismo no son resumidos y publicados posteriormente por la Dirección General de los Registros como ocurre con los cuatro anteriores (artículo 192).

c) *Libros y documentos auxiliares.*

Los libros y cuadernos auxiliares en sentido estricto son los que con carácter discrecional pueden llevarse en los Registros Mercantiles, por considerarlos convenientes para el buen servicio de la Oficina el titular que esté al frente de ella (artículo 14).

Los legajos son a su vez derivaciones necesarias—mal menor—

de la marcha normal de cualquier oficina. Realizándose su formación por períodos fijos, cuya duración será fijada por el propio Registrador en atención al movimiento de la misma. Los requisitos de ellos son bastante sucintos, pues se reducen a que los documentos que en los mismos se comprendan estén numerados correlativa y cronológicamente, a la vez que son sellados con el sello de la oficina. Sin embargo, es práctica muy extendida y que facilita bastante su manejo la de ponerles un cajetín en el que conste el número del Diario y el del asiento de presentación, así como el folio, libro y número de la inscripción en donde se haya extendido el asiento a que se refiera el documento archivado; lo cual debería haber sustituido al sistema de numeración que se exige por el Reglamento, ya que el que hemos indicado permite, no sólo su archivo ordenado en atención al número del asiento de presentación, sino que hace facilísimo buscar indistintamente el asiento, cuando lo que se tiene a la vista es el documento, o éste cuando es el asiento el que sirve de iniciador de la busca.

El número de estos legajos que tendrán que formarse en cada Registro Mercantil está determinado taxativamente por el artículo 42 del Reglamento, cuya enumeración señala el mínimo número de los que obligatoriamente existirán en dichos Registros, pero sin obstaculizar la formación de otros que se estiman también convenientes a juicio del Registrador. Como tales determina:

- 1.º El de copias de solicitudes y de títulos inscritos que carecen de matriz en un protocolo notarial o archivo público.
- 2.º El de copias de las escrituras de venta de buques que hayan sido autorizadas por los cónsules españoles.
- 3.º El dedicado a los mandamientos judiciales, comprensivo de los duplicados de esos documentos.
- 4.º El de comunicaciones oficiales.

Aparte de los legajos antes indicados, hay que tener en cuenta que existen otros más calificados también de obligatorias por el mismo Reglamento, ya que el Registro Mercantil es el depósito obligado de ciertos libros y documentos, según varias disposiciones legales, por ello ha dispuesto el artículo 43 del citado Reglamento, que los Registradores Mercantiles estarán obligados a recibir y a custodiar los libros y documentos siguientes:

Conforme al artículo 99 del Código de Comercio, los libros ofi-

ciales de los Agentes de Bolsa, Corredores de Comercio y Corredores intérpretes de Buques, en los casos de inhabilitación, incapacidad o suspensión de oficio de cualquiera de ellos.

Según el artículo 49 del mismo Código de Comercio, recibirán y archivarán los libros, correspondencias y documentos de las Compañías disueltas por convenio o por sentencia.

MODOS DE LLEVAR EL REGISTRO MERCANTIL Y SUS ANALOGÍAS CON EL DE LA PROPIEDAD.

La gran utilidad que los años de vigencia del actual Registro Mercantil ha venido demostrando, han motivado el que aumentase su contenido jurídico, llegándose con ello a un acercamiento cada vez mayor con el de la Propiedad, especialmente en cuanto a la regulación de ambos. Por esto es por lo que la Exposición de Motivos del vigente Reglamento del Registro Mercantil ha dicho, en cuanto a ese extremo, que «los principios básicos del sistema, no son substancialmente distintos, ni se hallan alejados de los principios fundamentales de nuestro sistema hipotecario». En vista de ese hecho, puede sentarse como norma de carácter general, la de que la legislación hipotecaria constituye el derecho supletorio de la que es propia del Registro Mercantil.

La evidencia de esa afirmación no podía pasar desconocida a los redactores del Reglamento de este Registro, y así han dispuesto en la 4.ª de las Disposiciones transitorias, adicionales y final derogatoria, el que: «En jurisdicción disciplinaria, publicidad formal, rectificación de errores, honorarios de los Registradores y demás materias no previstas en este Reglamento, en cuanto no se opongan a él, serán aplicables como supletorias las disposiciones del vigente Reglamento hipotecario». Pero esa norma es de un contenido bastante más amplio de lo que su rápida lectura induce a suponer, ya que como es fácilmente observable, bastantes de esas normas reglamentarias sólo son inteligibles cuando se relacionan con las de la Ley Hipotecaria, a las que complementan, por lo que si nos encontramos con una de esta clase, que por su contenido deberá ser aplicada al Registro Mercantil, tendremos forzosamente que aplicar también las de la Ley Hipotecaria que la hacen

inteligible, bien como citada implícitamente por la Disposición transitoria y adicional transcrita, bien por ser necesaria para la aplicación de la del Reglamento Hipotecario que es el directamente aludido como vigente.

Pero el precepto anterior y lo que de él se deduce, con revelar mucho, no pone de relieve la íntima compenetración que en cuanto al desarrollo y efectos de ambas instituciones, como así mismo en todo lo relativo a la forma de llevar el Registro, existe entre el Mercantil y el de la Propiedad; pudiendo decirse de todo ello, un poco exageradamente, que la regla general está constituida por las normas del de la Propiedad, en tanto que las excepciones son las que en número reducido han sido dictadas para el Mercantil, cuyo Reglamento podría muy bien absorberse por el del primero, con sólo añadirle algunos preceptos especiales en la materia o un apéndice en su caso, que es lo que realmente constituye el del Mercantil, ya que sólo se aparta de aquél en cuanto a las circunstancias de las inscripciones, y esto por el contenido tan distinto y específico de él, siendo el resto del articulado del Mercantil una copia libre de los preceptos del de la Propiedad, como se observa en la parte que dedica a los libros del Registro, a la forma y tiempo en que han de practicarse los asientos, a la calificación, a los recursos, etc., en tanto que otros dan por sobrentendido la doctrina sentada con anterioridad por la legislación hipotecaria, y sólo regulan las variaciones que respecto a ella establecen, como ocurre entre otras materias con las anotaciones, tracto sucesivo, etc.

Sentada con ello la regla general sobre el derecho supletorio, podemos pasar ya al estudio de las normas particulares referentes a la forma de llevarse este Registro, pero sólo en aquello que le sea propio por suponer alguna especialidad respecto a la legislación hipotecaria, dejando también fuera del presente capítulo todas aquellas otras materias que serán objeto especial de otros posteriores.

Como extremos fundamentales en la marcha de este Registro podríamos destacar los siguientes:

- a) Actos y situaciones sujetas a registración o susceptibles de ella.
- b) Documentos necesarios para ello.

c) Donde deberán ser extendidos los asientos que en cada caso procedan.

d) Y forma y requisitos de los asientos en general.

Del primero de esos enunciados no nos es posible dar una norma general, dado el distinto alcance y desarrollo de la institución, según que ésta se aplique a los comerciantes, a las sociedades o a los buques, por ello su estudio es más apropiado en los capítulos siguientes dotados de un carácter más específico.

Igual consideración merece el segundo punto. No obstante hemos de señalar respecto a él, que el Reglamento contiene al respecto una norma de carácter general expresiva de que: «La inscripción se practicará en virtud de escritura pública o de documento judicial o administrativo expedido por autoridad o funcionario competente. También podrá practicarse en virtud de documento privado, en los casos expresamente prevenidos en las leyes y en este Reglamento» (artículo 8.º). Cuya regla está complementada por el artículo siguiente al decir en él que la capacidad de los extranjeros deberá ser acreditada, bien por el Notario español que asegure conocer la ley nacional del compareciente, bien por certificado del cónsul de su país en España, o bien por la representación diplomática del mismo país.

De la materia objeto del enunciado tercero no hemos de exponer nada sobre ella, ya que lo ha sido al principio del capítulo presente, quedando sólo como objeto de estudio ahora la del último de ellos, en el cual, y por las razones apuntadas omitiremos la exposición de los particulares de cada inscripción, limitándonos a la parte general sobre la materia.

Puede decirse que la mecánica del Registro Mercantil es obvia. Se inicia mediante la oportuna presentación en él de los documentos de que se trata, cuya presentación se realizará precisamente durante las horas en las que la Oficina está abierta al público, las cuales serán las mismas y en los mismos días que se fijan para el de la Propiedad, procediéndose en su virtud a extender el asiento de presentación del documento referido en el libro Diario abierto al efecto (artículo 12 y 25), siendo ese asiento el originador de toda la posterior actuación registral, a la vez que sirve de base para la aplicación del principio del tracto sucesivo, que constituye la piedra angular del Registro mismo.

No hemos de destacar la importancia del principio de prioridad en la marcha del Registro, pues es de sobra conocida, sobre todo en cuanto a las hipotecas; pero su iniciación atendida sólo a la fecha del asiento de presentación del título en el Registro, es un sistema bastante defectuoso, que puede motivar verdaderas carreras, en el sentido literal de la palabra, así como situaciones a que no debería darse lugar, como la planteada a un compañero que en el momento de la apertura de la Oficina se encontró con que estaban esperando ese momento dos presentantes de sendas hipotecas referentes a la misma finca. La solución que la legislación hipotecaria regula para estos supuestos, puede calificarse de extrema, por lo que tanto en ella como en la que venimos ocupándonos debería haberse regulado con más precisión esta materia, tratando de evitar o disminuir al mínimo la misma o parecida situación.

Es de notar a este efecto, que no hubiese habido necesidad de buscar la solución oportuna, pues ya se ha conseguido en otras legislaciones, que en otros extremos están menos adelantadas que la nuestra, así el artículo 3.016 del Código Civil para el Distrito y territorios federales de Méjico (reforma que, como ya dijimos, entró en vigor el 1 de julio de 1953), después de sentar en el artículo anterior el principio de que el día y hora de la presentación del título es el iniciador de todos los efectos que la inscripción deba producir, ha dispuesto: «A más tardar, dentro de los dos días hábiles siguientes a aquél en que se firme una escritura en que se creó, declare, reconozca, adquiera, transmita, modifique, limite, grave o extinga la propiedad o posesión originaria de bienes raíces, o cualquier Derecho real sobre los mismos o que sin serlo sea inscribible, el Notario ante quien se otorgue, dará al Registro un aviso en el que conste la finca de que se trata, el negocio jurídico otorgado, los nombres de los interesados en él, el número y la fecha de la escritura y la de su firma e indicación de los números y demás datos bajo los cuales aparezca inscrita la propiedad o el derecho en su caso. El Registrador, con el aviso del Notario y sin cobro de derecho alguno, hará inmediatamente el asiento de presentación. Si dentro de los sesenta días naturales siguientes a la fecha en que se hubiera firmado la escritura se presentare el testimonio respectivo, su inscripción surtirá efectos contra tercero desde la

fecha del asiento de presentación, hecho en virtud del aviso del Notario. Si el testimonio se presentare después, su registro sólo surtirá efectos desde la fecha de su presentación».

Hay que reconocer que la idea de la disposición transcrita es buena. Su eficacia radica en buen servicio de correos, el cual es en nuestra patria uno de los mejores entre los a cargo de la Administración pública, y tampoco es novedad su utilización para fines semejantes, ya que la ley de 2 de abril de 1954, referente a las notificaciones de los actos dictados por Dependencias del Ministerio de Hacienda, regula la notificación a través de ese servicio, lo cual ha sido desarrollado y ampliada su utilización por la Ley de Procedimiento Administrativo y por varias disposiciones complementarias dictadas en el año 1958, bien que la utilidad de todas ellas no haya producido aún el resultado que es de esperar, debido al escaso tiempo transcurrido desde la publicación de las normas adjetivas citadas y al desconocimiento de las mismas por la generalidad de sus posibles usuarios.

De otra parte, el mayor trabajo que una regulación semejante a la de México produjere en las Notarías y Registros, quedaría de sobra compensado con las ventajas evidentes que ello significaría para los otorgantes, e incluso con el aumento en el tráfico jurídico escriturario que indudablemente llevaría ello consigo.

Una vez practicado el asiento de presentación, se necesitará aún otro requisito como previo a la práctica del asiento que se solicite, consistente generalmente en que sea acreditado el pago del impuesto de Derechos reales, o como con mayor amplitud y precisión se dice por el Reglamento en su art. 32: «En el Registro Mercantil no podrá practicarse asiento alguno sin que se acredite previamente el pago de los impuestos establecidos por las leyes, si los devengare el acto o contrato que se pretende inscribir, salvo si se tratare de nombramiento y cese de Administradores, poderes y autorizaciones de toda clase, y su revocación, o de solicitudes de inscripción de comerciante o de Empresa individuales.»

En vista del contenido de ese precepto, parecería que no es posible siquiera extender el asunto de presentación de aquellos documentos que estando sujetos al pago de algún impuesto, no llevasen nota o carta de pago acreditativa de haberlos satisfecho, pero como ello podría acarrear grandes perjuicios a los interesa-

dos, sin beneficio alguno para el Fisco, se ha previsto a su vez por el art. 33 del citado Reglamento.

«No obstante lo prevenido en el artículo anterior, podrá extenderse el asiento de presentación antes de que se verifique el pago del impuesto. En tal caso se suspenderá la inscripción y se devolverá el título al representante, a fin de que se satisfaga dicho impuesto.

Realizado el pago, podrá el interesado devolver el título para la práctica del asiento correspondiente, cuyos efectos se retrotraerán a la fecha del asiento de presentación, siempre que éste estuviera vigente.

Si se devolviera el título transcurrido el plazo de vigencia del asiento, deberá extenderse nuevo asiento de presentación.»

El asiento a que nos venimos refiriendo tiene señalado por el artículo 27 un plazo de vigencia de sesenta días. No obstante, como el de inscripción, anotación o nota marginal que se pretenda por el título presentado, habrá de ser extendido dentro de los ocho días siguientes a la fecha del asiento de presentación, según dispone el art. 35 del Reglamento, y ello anularía ese plazo de sesenta días de vigencia que tiene el referido asiento, por hacerlo innecesario, es evidente que la discordancia deberá ser sólo aparente. Efectivamente, la regla general de que sea extendido el asiento solicitado dentro de los ocho días de la fecha del de presentación, tiene como excepciones la de que si el título adoleciera de algún defecto, incluso el de no tener satisfecho el impuesto correspondiente, podrá subsanarse el mismo dentro de los sesenta días de vigencia aludidos, extendiéndose entonces el asiento solicitado dentro de los ocho días siguientes a aquel en que se subsane el defecto de que se trate, para lo cual se hará constar esa devolución por nota marginal, a cuyo efecto, si faltase menos de ese tiempo para la caducidad del asiento, se entenderá prorrogado éste por el número de días necesarios, a fin de que, sumados a los que aún le quedan de vigencia, den el período de ocho días que se extingue para el despacho, según se establece por el citado art. 35. Además de esos casos especiales de prórroga del asiento de presentación, se recoge otro por el mismo precepto, el cual tiene como nota especial la de que la duración de la prórroga es por un tiempo mayor, ya que se concede igual beneficio en todos aque-

llos casos en los que se establece recurso contra la calificación del título realizada por el Registrador, siempre que en ella se atribuya al mismo algún defecto que impida su inscripción, tanto si se califica a éste como insubsanable como si calificándolo de subsanable no se accede a la misma por los interesados y se recurre de ella por disconformidad con ese criterio, ya que la mera incoación del recurso produce siempre el efecto de que el plazo de vigencia del asiento de presentación queda interrumpido, no reanudándose de nuevo, y esto como si aún quedasen los ocho días necesarios para el despacho, hasta la fecha en la que se le notifique al Registrador la resolución o acuerdo que hubiese recaído en el mismo.

En los casos normales, una vez redactado el asiento de presentación, deberá procederse a la práctica del que se hubiese solicitado en virtud de él, el cual podrá ser, o bien un asiento de inscripción, o bien de anotación, o bien de cancelación e incluso de nota marginal (art. 18), pero cualquiera de ellos tendrá que ser extendido precisamente en el libro de la Sección que corresponda de las varias que pueden comprenderse en un Registro Mercantil (art. 6.º). A esos efectos deberá tenerse en cuenta que el primer asiento que se practique respecto a algún comerciante, empresario individual, Sociedad, buque o aeronave abrirá hoja o folio registral, al cual se le atribuirá un número correlativo por cada sección, siguiéndose para ello un riguroso orden cronológico en cuanto a la que debe atribuirse, dentro de ella, a cada inmatriculación, y exigiéndose el que esa numeración se consigne precisamente en guarismos y en la casilla destinada a ese efecto como dijimos al estudiar la forma de los libros de este Registro (art. 207).

Dentro ya de cada folio, los asientos que en él se extiendan tendrán que serlo unos a continuación de otros, sin dejar entre ellos espacio alguno, numerándose a su vez correlativamente dentro de cada folio, si los asientos fuesen de inscripción propiamente dicha, o designándose por letras, según el orden alfabético, si se tratase de anotaciones (art. 22). De esta ordenación quedan excluidas las notas marginales, que por su propia naturaleza han de situarse al margen del asiento de inscripción o de presentación a que se refieran, y por tanto seguirán al mismo en su vida

e incidencias, sin tener otra propia que obligue a que se las numere. Finalmente, a efectos de disponer de espacio donde extender los asientos que en lo sucesivo se soliciten respecto al comerciante, empresario, etc., se obliga por el Reglamento a dejar en cada folio registral que se abra otros varios folios en blanco, los cuales precisa que serán al menos diez para las Sociedades anónimas y cinco para las demás especies de sociedades, dejando al juicio del Registrador los que deberán dejarse en los restantes casos (art. 22) ello no obstante, podrá ocurrir que se agoten los folios en blanco que en su día se dejaron y sea necesario otros nuevos para la redacción total o parcial de un asiento, en cuyo caso procederá el abrir nueva hoja en el libro corriente que corresponda a la Sección de que se trate, en la cual se pondrá la misma numeración del folio registral de cuyo pase se trate, con la indicación de duplicado o de triplicado, etc., si los pases a otros libros fuesen varios, indicando en el último folio, y al margen del respectivo número del folio, el tomo y la Sección en que continúa dicho folio registral, así como se hará la misma indicación, pero con referencia al folio, tomo y Sección de donde procede, a continuación del número consignado en el folio en donde se ha efectuado el pase (art. 22).

Los asientos de que venimos tratando han de tener forzosamente determinados requisitos, que podríamos clasificar en intrínsecos y extrínsecos. De los primeros hemos de tratar con más detalle en capítulos posteriores, con lo que liberaremos así al presente del casuismo que ello supondría. Respecto a los segundos, se dispone como norma general por el art. 19 del Reglamento: «Las cantidades, fechas y números que hayan de contener los asientos, podrán expresarse en guarismos, excepto aquellos que se refieran a determinación de capital social, número y valor de las cuotas y participaciones sociales, acciones y obligaciones, importe de cada emisión, precio de las transmisiones, responsabilidad en las hipotecas y embargos, y aquellos otros que a juicio del Registrador convenga expresar en letra. En los asientos de presentación y notas marginales se podrá utilizar guarismos en todo caso.»

Todavía se dicta por el Reglamento otra norma general sobre la materia, el disponer por su art. 34 la necesidad de ajustarse, en lo posible, al redactar el asiento, a las instrucciones y modelos

oficiales, sin consignar datos o circunstancias que no sean indispensables, según lo prevenido en el mismo, añadiendo que aun cuando una estipulación o pacto sea necesaria para el asiento de que se trate, si ya constase en idéntica forma en otros asientos anteriores, bastará el que se haga, en el asiento que se practique, una remisión a esas circunstancias, estipulaciones o pactos, con indicación de cuál sea el asiento, libro y folio en donde hayan sido consignadas.

A esa norma se añade, por el mismo precepto, la autorización para que los conceptos especiales del asiento puedan ser destacados del resto de su texto, mediante subrayados, empleo de tinta de distinto color o mediante la utilización de diferentes tipos de letra, en lo cual hemos de poner de relieve el carácter de novedad que tiene la utilización del subrayado como medio de deshacer conceptos del asiento mismo. Respecto a esa última novedad, aunque no podemos por menos de alabar la finalidad que con ella se persigue, no por ello deja de existir el hecho de que, mediante ella, puede originarse el confucionismo en la práctica, ya que, sin estar apoyada en ninguna disposición al efecto, pero ante la necesidad de destacar aquellas partes de un asiento que estaban afectadas por un error, el cual había sido subsanado mediante un «confrontado» consignado al final del mismo, se venía utilizando para ese fin en casi todos los Registros de la Propiedad el subrayado de esa parte, con lo que venía darse a entender no el que lo subrayado fuese una parte importante del asiento, sino precisamente lo contrario, el que era errónea y debería verse, por tanto, la rectificación que de esa parte se realizaba mediante el aludido confrontado. Ante la nueva disposición, es evidente la necesidad de desechar esa práctica, sin que la finalidad con ella perseguida haya sido sustituida por otro medio de igualdad o semejante eficacia, sino que sólo podrá serlo, a lo sumo, mediante un interlineado a lápiz u otro procedimiento similar, siempre que no pueda ser confundido con los indicados por el Reglamento actual para la función de destacar conceptos, y esta consecuencia ya no es tan digna de loa, pues lo lógico y a la vez lo práctico hubiese sido el señalar al subrayado la función que casi tradicionalmente venía desempeñando, dejando las otras dos formas para la de destacar conceptos, regulando así en forma legal la práctica utilizada respecto

al subrayado, la cual sólo está apoyada hasta ahora en una indicación de la anterior Ley Hipotecaria y sin que su utilidad pueda ser suplantada por la nota marginal que a este fin se exige por el vigente Reglamento Hipotecario.

Como último requisito del asiento, participante también del carácter de generalidad de los que ahora hemos expuesto, y precisamente como el requisito que eleva al mismo a perfecto y definitivo, hemos de señalar el de que tiene que estar autorizado con la firma del Registrador, la cual será entera en los asientos de presentación, inscripción, anotación, cancelación y en las notas al pie del documento, bastando el que sea media firma en todas las demás notas y diligencias que deba autorizar dicho funcionario (art. 18).

Terminado el asiento, será necesario realizar ciertas operaciones complementarias, indispensables para la buena marcha de la oficina y para hacer constar lo realizado; entre ellas hemos de destacar la de poner al margen del de presentación, así como al pie del documento, una nota expresiva de la clase de asiento que se haya efectuado, del número de la hoja registral en que lo haya sido y del tomo, libro y Sección a que corresponda dicha hoja (artículo 31), sin que tengamos que aludir a los asientos a realizarse en los libros auxiliares, ya que al describir su contenido lo hicimos con la necesaria amplitud para revelar qué datos deberían consignarse en cada uno de ellos al terminarse el despacho de cada documento.

Finalmente, como requisito, si no del asiento mismo, sí de las notas complementarias que de él se derivan, se exige por el Reglamento, en su art. 13, el de que siempre que la firma del Registrador sea puesta en nota o documento distinto a los libros del Registro, deberá llevar estampada a su margen el sello de la Oficina, el que si bien es de modelo uniforme, tiene como diferencia, entre los varios Registros Mercantiles, la de llevar el nombre de la población en la que esté demarcado el que se trate.

BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE

Registrador de la Propiedad.

Algunos aspectos de la problemática jurídica en el siglo XVI

La primera mitad del siglo xvi, por la que discurre principalmente la vida del emperador Carlos V, condensa—sin exagerar—la mayor parte de aquellos hechos, acontecimientos creaciones y realizaciones que más acusadamente han asentado, no sólo las bases de una presencia histórica de España en el mundo—y en sus problemas—, sino las nuestras propias. Están casi agolpados, casi con prisas; apenas hay reposo y descanso. El mundo giraba en torno nuestro y nosotros respondimos con una superación y un esfuerzo singulares.

Si esto es una realidad en los diversos órdenes—y otros tratadistas (1), habrán expuesto los puntos más salientes en la Literatura, el Arte, el Pensamiento, la Historia, la Política, etc.—en materia de Derecho, se da un esplendor jurídico de primera magnitud. No ya las obras de los doscientos juristas—a que alude Luciano Pereña (2)—de esta época, sino los numerosos tratados y estudios a que ha dado lugar el Siglo de Oro del Derecho Español, exigen recor-

(1) Este trabajo constituye mi modesta aportación al ciclo de conferencias organizado por el Colegio Calasancio de Madrid, con motivo del Centenario de Carlos V, y en él fueron invitados a colaborar los ilustres profesores Pérez Bustamante, Aranguren, P. Aguilera, Pérez Tudela, Valdecantos, Morales Oliver, Montero Díaz, Lain Entralgo, entre otros. Sin perder la finalidad de divulgación con que me fué encomendado el trabajo, se publica aquí, anotado con sus fuentes más significativas. Al corregir galeradas, resalto aquí la obra del profesor Sánchez Agesta, *Pensamiento jurídico en el siglo XVI*. Madrid, 1959.

(2) En *Bien común y paz dinámica*, Euramerica, pág. 32.

tar la problemática jurídica de la etapa imperial a algunos aspectos parciales.

En ellos, va una exégesis, forzosamente breve, de las preocupaciones en orden a la Justicia en nuestros clásicos, sin propósito de hacerlas panacea para toda la problemática del Derecho, y sin acentuar a ultranza sus doctrinas a realidades de nuestros días. Esto, de una manera general, sería peligroso. Alvaro D'Ors, en un trabajo reciente, titulado *Tres mitos jurídicos* (3), apuntaba que «para el derecho público, nuestros teólogos del siglo xvi, dieron al mundo muchas formaciones realmente importantes... Pero la configuración política del mundo es hoy tan distinta a la que aquellos teólogos tenían en cuenta, que resulta casi imposible obtener de ellos para nuestros días una traslación fecunda». Y, sigue concluyendo Alvaro D'Ors, «el interés por nuestros clásicos del siglo xvi no tiene más interés, por tanto, que un interés erudito. Todo consistirá en descubrir que tal o cual escritor ya dijo lo que dijo otro, diez años más tarde, y cosas por el estilo... «Hablemos de nuestros vivos», decía en cierta ocasión a propósito de este tema de «nuestros clásicos»... Seamos «actuales», lo que no es incompatible con ser también «esenciales».

Sin estar plenamente de acuerdo con esta segunda parte, en cuanto que el interés por nuestros clásicos haya de ser meramente erudito, este pensamiento de Alvaro D'Ors, nos mueve a nosotros a estructurar este trabajo, de manera objetiva y abierta, quizá, más que con el afán de presentar lo que dijeron, con el de ofrecer la inspiración y circunstancias de su doctrina, pues sólo así podrá sacarse—aunque, esto, ya no entre en nuestro estudio—*lo que querían decir hoy*, los motivos— a mi modo de ver—de todo trabajo de erudición que quiera tener una proyección social, actual y viva.

CONFIGURACIÓN GENERAL DE AQUELLA ETAPA

La unidad española, conseguida en el reinado de los Reyes Católicos, a costa de esfuerzos y de renunciaciones recíprocas, singularmente para el reino de Aragón, que se había trasplantado hasta

(3) En «Nuestro tiempo», núms. 39-40, pág. 231, sept.-oct. 1957.

Italia, viene a ser un hecho de singular importancia. El hará posible la expulsión de los árabes, el mismo descubrimiento de América, la política imperial de dominio y en parte de coexistencia, y todos aquellos hechos guerreros y diplomáticos en los que no eran sólo las armas las que hablaban, sino el sentido religioso, espiritual y ecuménico, que trascendía a las concepciones jurídicas todas. Trento mismo fué, en el fondo, un crisol de la problemática general de aquella época, en la que había que salvar en concreto, pero algo más que sobre el protestantismo, unos valores cristianos, sostenidos y reforzados por la rigidez jurídica en la que el teólogo español estaba ya bien adiestrado por su preocupación por los problemas de entonces.

Me parece interesante reseñar con algunas pinceladas, este marco histórico de la gran época.

El prestigio de nuestras Universidades, con sus proyecciones hispánicas (4), son un hecho de relieve; mientras las alemanas padecían la intromisión de los príncipes protestantes, las españolas—por el espíritu de la auténtica Reforma—conocen su mejor época. Los juristas españoles eran, en su mayor parte, universitarios, y en consecuencia, vocados por la preocupación universalista que todo saber universitario encierra.

Luis Vives había publicado—hacia 1525—su trabajo *De subventionem pauperum de Humanis necessitatibus*, muchos de cuyos párrafos—dice Corts Gráu (5)—, suscribiría un León Bloy, y que nos ponen en guardia sobre la vivencia plena de un cristianismo que tantas y tantas inquietudes de este tiempo había de fundamentar. *Os llama la avaricia—dice (6)—, tintinea su plata en vuestros oídos, y ya nada sois fuera de su son; brilla el oro, y al punto se os van los ojos deslumbrados... Cristo sudó sangre y vosotros sudáis*

(4) Véase, entre otros trabajos, AJO G. y SÁINZ DE ZÚÑIGA, *Historia de las Universidades Hispánicas*. Madrid, 1957; *Historia y espíritu de la Universidad de Braga da Cruz* «Nuestro tiempo», núm. 9, págs. 13-14, marzo 1955. Véase también Pereña, *La Universidad de Salamanca, forja del pensamiento político español*. Madrid, 1954.

(5) *Estudios filosóficos y literarios*. Biblioteca del Pensamiento Actual, página 130. Madrid, 1954.

(6) En «*De sudore Jesu-Christi*», *De Subventionem*, que se cita en el texto. En *Raíces jus naturalistas del cooperativismo*, aportamos una bibliografía sobre este punto. (Este trabajo aparece publicado en «*Revista de Estudios Agro-sociales*». Madrid, 1958, núm. 23.)

en vuestras crápulas... ¿Y cómo no habéis de sudar, si bebisteis el sudor de los desheredados?

La situación económica no es tan floreciente como puede pensarse. Si ya la recaudación de tributos personales dió lugar a incidentes internos, la de los impuestos reales, acrecentados y proliferados, motivaron numerosas interpelaciones a Carlos V y Felipe II, como las de las Cortes de 1528, 1539, 1548, 1555 y 1558, para evitar abusos y esclarecer la situación real de los bienes inmuebles (7). Me gusta recordar, al hablar de estas etapas, aquella Pragmática de Felipe II, sobre *el precio de pan*, que parece muy de nuestros días: «Sabed que la esterilidad de los tiempos y mucha cantidad de gente que en nuestros reinos hay... ha sido la causa de que el precio y valor de todas las cosas que son necesarias para el sustento de los hombres, esté tan subido, que los pobres y miserables personas padecen mucho trabajo y no pueden vivir sin mucha dificultad... Con lo cual hay tanta falta de pan en todos estos nuestros reinos, casi generalmente, que en muchas partes dellos se pasdece, de algunos años a esta parte, hambre y necesidad» (8). Estas palabras de aquel rey, *en cuyos dominios el sol no se ponía*, creo que son expresivas, y al mismo tiempo de una sinceridad tremenda. Menéndez Pelayo (9) había de explicar más tarde el esfuerzo agotador de esta etapa, en la que nuestra fortaleza espiritual y política, no iba—ni siquiera entonces—pareja con nuestra fortaleza material.

Destaco también otro hecho, que sin afectar directamente a las grandes preocupaciones jurídicas, cualifica y aún explica algunas realidades sociales. Me refiero a la presencia de Calasanz y a su invento—nunca valorado justamente—de enseñar a los pobres—es decir, a todos—algo más que los rudimentos, concretamente también «latín y ábaco», habilitándoles para la enseñanza superior, y de manera que por este sistema equilibrado de cultura, se llegara a

(7) El hecho lo señalan todos los historiadores del Derecho Hipotecario. Véase Roca Sastre, *Derecho Hipotecario*, tomo I, pág. 43. Barcelona, 1948.

(8) *Archivo de Simancas. Diver... de Castilla*, leg. 1, folio 41., cit. por el Padre Crisógono de Jesús, en *Vida y obras de San Juan de la Cruz*. Biblioteca de Autores Cristianos, pág. 28. Madrid, 1955.

(9) Puede verse, entre otros textos, *Causas de la decadencia española* (siglo xvi, en *Antología General de Menéndez Pelayo*. B. A. C., tomo I, páginas 622-624. Madrid, 1956).

romper el cerco de las clases dominantes, para un ascenso social superior (10).

A algunos otros hechos, como el descubrimiento de América y la guerra contra los turcos, nos referimos más adelante, como determinantes precisos de los aspectos jurídicos que vamos a examinar.

LA ESCUELA ESPAÑOLA DE DERECHO NATURAL

Descritos aquellos hechos más relevantes que enmarcan esta etapa Imperial, me refiero ahora a la denominada Escuela Española de Derecho Natural, restauradora de la escolástica, no sólo en España, sino en todo el mundo, y a la que pertenecían maestros insignes como Vitoria, Soto, Azpilcueta, Covarrubias, Alfonso de Castro, Vázquez de Menchaca, Molina, Suárez, Ayala, Rivadeneira, Mariana, y también otros muchos que formarían legión, discípulos de los maestros, pero maestros ellos en sí mismos, como Domingo de Arriaga, Miguel de Palacios, Las Casas, Juan de Matienzo, Núñez de Avendaño, Blas Navarro, Juan de Azor, etc. (11).

Para sistematizar este punto tan elaborador en la literatura jurídica (12) vamos a reflejar algunas de sus características:

1.^a Los pertenecientes a esta Escuela, son casi todos ellos religiosos, principalmente dominicos y jesuitas (13), sin que ello supusiera una dualidad de criterios, dentro de la unicidad, en ge-

(10) Véase nuestro trabajo *Vigencia del sentido social de la pedagogía Calasancia*. «Revista Calasancia», núm. 12, págs. 595-613, 1957.

También PEDRO VALDECANTOS, *El momento histórico de San José de Calasanz*, en la misma Revista y número.

(11) Véase la enumeración que hace Pereña, uno de quienes recientemente más han investigado con mayor ahínco sobre nuestros juristas del siglo XVI, en *Criteriología democrática*, «Euramérica», págs. 14-15.

(12) Además de los trabajos citados a lo largo de este estudio, y por no hacer extensa la bibliografía sobre esta materia, nos remitiremos a la muy completa contenida en *Historia de la Filosofía del Derecho*, de Luño Peña, tomo II, págs. 14-15, 52-53, 66-67, 76, 87, 95, 99, 103, 128-131, 138, 147, 151-152 principalmente. Barcelona, 1949.

También desde un plano histórico político es interesante ver el apartado *La posición de la Escuela Española*, en «*Historia de las doctrinas políticas*», de Beneyto, pág. 227 y sigs. Madrid, 1948.

(13) Dominicos eran Vitoria, Soto, Melchor, Cano, Bañez; sacerdotes regulares: Ginés de Sepúlveda, Vázquez de Menchaca, Palacios Rubio; jesuitas: Molina, Gabriel, Vázquez, Suárez, Arriaga, Mariana; franciscanos: Alfonso de Castro, por citar algunos ejemplos.

neral, de esa Escuela y sin perjuicio de las posturas distintas que se puedan observar en algunos puntos específicos. Así, por ejemplo—Barcia Trelles ha señalado (14)—, dentro de la Escuela internacionalista del siglo xvi se puede excluir a Palacios Rubios y a Ginés de Sepúlveda, a pesar de ser coetáneos de Vitoria y Soto. Y aun dentro de la dicha escuela propiamente dicha, no todos los autores están de acuerdo, por ejemplo, en que Suárez constituya la continuidad internacionalista, como luego aludiremos.

2.^a No se da en esta Escuela de Derecho Natural un tema exclusivo para sus autores, de manera que la Teología, Metafísica, la Filosofía Jurídica propiamente dicha, la Filosofía Moral y la Filosofía Política, y aun temas penales, son tratados por ellos, más o menos profundamente.

3.^a En orden al Derecho Natural, desarrollando la doctrinatomista (15) y haciendo de él el eje de la problemática jurídica, lo consideran de origen divino, admiten su coexistencia con el Derecho positivo, le dan carácter normativo, obligatorio; va dirigido a los hombres y de manera que no puedan alegar ignorancia en cuanto a los principios universales, y resaltan su unidad, la universalidad y la inmutabilidad de tal Derecho Natural (16).

4.^a Se da en sus estudios un criterio *realista*, de manera que aun siguiendo las huellas del saber tradicional, vierte sobre circunstancias específicas, a las que, con flexibilidad, adapta los principios de la moral cristiana, pero siempre bajo un rigor científico-jurídico y con un sentido social destacado, hasta el punto de que la incursión que casi todos hacen a los temas jurídico-políticos, supone una gran innovación (17).

5.^a Como ha expuesto Legaz Lacambra (18) hay «una gloria inmarcesible, un valor fundamental y primario, en la obra de los teólogos juristas españoles del Siglo de Oro, que es su decisión radical de no apelar a más instancia en su pensamiento que la de su *suprema verdad*. Ningún interés público concreto, ninguna con-

(14) En *Interpretación del hecho americano por la España Universitaria del siglo XVI*, pág. 18. Montevideo, 1949.

(15) Véase RENATO TREVES, en *Diccionario Filosófico*, voz «Filosofía del Derecho», pág. 1035, por citar algún autor no español, orientado en este sentido.

(16) Véase HERNÁNDEZ GIL, *Metodología del Derecho*, cap. I, núm. 16.

(17) Véase LUÑO PEÑA, *Derecho natural*, pág. 32. Barcelona, 1950

(18) En *Prólogo a Interpretación del hecho americano*, obr. cit., págs. 7-8.

sideración de orden puramente histórico había de desviarles de un campo cuya trayectoria estaba trazada por principios de orden teológico y metafísico, o sea, por el más alto tipo de saber que al hombre es dado alcanzar».

Vamos a concretar ahora nuestro estudio a tres puntos principales, aunque en torno a ellos existan en conexión otros muchos problemas: uno es el de las cuestiones que yo rubrico con el nombre: de *cuestiones sobre la convivencia pacífica entre los hombres*, otro, *sobre el derecho de gentes*, y un tercero, *sobre la guerra justa*. El primero se enlaza con los *problemas sociales y políticos* concretos de *entonces*; el segundo, viene impulsado singularmente por el problema jurídico del *Nuevo Mundo*; y el tercero, principalmente por la preocupación europea, en torno a los turcos, aun cuando el problema no tanto del descubrimiento, sino de la «conquista» en América, estuviere también presente en la mente de nuestros juristas.

1.º *Cuestiones sobre la convivencia pacífica entre los hombres.*

Hay aquí un hecho significativo: España es el primer pueblo constituido nacionalmente. Lógico hubiese sido, por tanto, una preocupación de los juristas «nacionales» para cimentar o elaborar una teoría estrecha y compacta sobre el Estado nacional. Y, sin embargo, no vino a suceder así. Al menos aparentemente. Hasta el punto de que en una reciente *Historia de la Filosofía Política* (19), de autor nada equívoco, como Holstein, en el análisis de las constantes jurídico-políticas que han animado la filosofía política desde la antigüedad hasta Rousseau, pasando por Platón, Aristóteles y Santo Tomás, no hay ni siquiera mención para nuestros juristas del siglo xvi, a pesar de que en tal obra podían haber estado perfectamente en la misma línea que empieza por San Agustín, se

(19) Traducido por Legaz Lacambra. Madrid, 1953. Este silencio se observa también en no pocos historiadores extranjeros de la Filosofía jurídica, como puede advertirse, entre otros, en las obras de Bataglia, *Curso de Filosofía del Derecho*. Traducción de Elías de Tejada y Lucas Verdú (Madrid, 1951), en cuya página 210 apenas quedan mentados de manera que es muy acertado el Apéndice final del profesor Elías de Tejada sobre «la filosofía del Derecho en el mundo hispánico»

Tampoco se encuentra alusión en el capítulo V «las condiciones indispensables para la vida en común. La justicia. Necesidad racional del derecho y del Estado», De Filosofía del Derecho, pág. 319, de Vanni, Madrid, 1922. Han sido los autores alemanes los que más interés han prestado a nuestros clásicos.

desarrolla en Santo Tomás, y a mi modo de ver se multiplica en nuestros clásicos, como portada, como prólogo, como contraposición de las doctrinas de Grocio sobre el Estado y la soberanía.

Y, sin embargo, no es así. Luciano Pereña, entre nosotros, ha puesto de relieve la atención de nuestros clásicos por la problemática jurídica de la convivencia en tres importantes trabajos. *Bien común y paz dinámica*, *Hacia una sociología del bien común*, y especialmente en *Criteriología democrática* (20).

Quizá sea en esta parte de la Filosofía Política en nuestros clásicos la que más habría de profundizarse, porque aun en los mismos aspectos internacionalista o sobre la guerra justa en los que gozaron de fama universal, no se pueden desconocer las raíces jurídicas, sociales y democráticas, que en definitiva se condensan en el Estado, y éste, a su vez, con los demás Estados. «Ningún organismo—dice Suárez (21)—puede vivir si no hay en él algún principio que tenga por misión procurar el bien común del organismo y velar por él, como se comprueba en el organismo físico... La razón de esto es clara. Porque cada miembro en particular cuida de su propio bien, que con frecuencia se opone al bien común.»

Nuestros clásicos aportan a la literatura jurídica una serie muy importante de doctrinas sobre la convivencia social. Y es extraño que apenas tuviesen ascendiente en las doctrinas de aquel entonces, porque acaso pocos como ellos no podían ser tachados de la ausencia de objetividad. Conocidas son las razones extrajurídicas (22) de Marcilio de Padua, Maquiavelo, Grocio, Hobbes, Bodino, y aun del mismo Rousseau, que animaron el pensamiento político de sus obras. Los juristas del siglo xvi se encontraron con un Estado fuerte, bajo un signo Imperial, en el cual además se enrolaba con frecuencia el mismo signo de la Cristiandad. Pero su literatura jurídica no es la propia de un Estado fuerte, y acaso esto, a lo largo de los años, fuese un factor de la decadencia Imperial, que no es lo mismo que de la decadencia española. Holstein, en el comentario que hace a *La República*, de Platón se refiere a que si

(20) Publicado en la colección «Bien Común», de Euramérica (aunque sin año), se corresponden con publicaciones de 1957. El último, *Criteriología...* orienta esta parte de nuestro trabajo.

(21) SUÁREZ, *De Legibus*, III, 1, 5.

(22) HOLSTEIN, en diversos pasajes de su *Historia*, obr. cit., se refiere a esos motivos. Véanse, especialmente, las págs. 183, 200, 205, 223, 253, 271.

el derecho no es más que una institución humana, y, por tanto, arbitraria, entonces se le puede oponer la Naturaleza, que, frente a aquélla, siempre se abre paso con su elemental poder. Esto se designó entonces como «derecho natural». Pero tras él estaba... *el hecho de que hay algunos, los fuertes que están frente a muchos, los débiles. Partiendo de aquí, la ley aparece justamente como creación de los débiles, de la gran masa* (23).

El hecho, pues, sorprendente, con muy pocas analogías en la Historia del Derecho—piénsese por ejemplo en el caso tan distinto del Derecho romano (24)—es que los juristas del Estado Imperial, el Estado del Siglo de Oro español, elaboran sus doctrinas, no como lucubración de los débiles, sino como verdad que brota quizá de su misma condición de fuertes. De aquí, a mi modo de ver, que el mito que encontraba Alvaro D'Ors en nuestros clásicos, no siempre sea acertado, ya que las doctrinas de su Filosofía no estaban circunstanciadas por los hechos, sino proyectados—por encima de ellos, y del mismo poder imperial—a la realidad social, en la que el hombre juega un papel, siempre muy semejante, movido por la libertad que le hace responsable ante el bien común.

Los rasgos más salientes de la problemática jurídica expuesta por nuestros juristas del xvi, sobre este punto pueden ser los siguientes:

Libertad y responsabilidad de la persona. Por aquélla, el hombre interviene y coopera en la formación del Estado (25) *y el pueblo deja de ser masa.*

Sociabilidad natural: el hombre apetece vivir, naturalmente, en Sociedad. Esto exige un orden, al cual deberá ajustarse la libertad, precisamente para que ella exista. La libertad es un deber moral (26).

Así surgirá una doble comunidad: perfecta o política, o suficiente e imperfecta, o familiar o insuficiente. Esa comunidad política aparece así como un organismo social supremo. Tiene en sí todos los medios suficientes para realizar la vida humana en la

(23) Obr. cit., pág. 36.

(24) En la misma definición de Ulpiano de Derecho civil, *Quod ipse populus ipse sibi jus constituit*, se observa que el derecho del pueblo romano. V. POU DE FOXÁ, *Lecciones de Derecho Romano*, pág. 4. Zaragoza, 1940.

(25) SUÁREZ, *De Legibus*, III, 2, 4.

(26) SUÁREZ, *De Legibus*, III, 1, 7.

paz y educación. Es así como se integrará en comunidad de derechos (27).

En esa comunidad «es, naturalmente, necesaria la potestad o autoridad a la que corresponda el gobierno y dirección de la misma, a fin de intentar y procurar el bien común» (28).

La autoridad, ejercitada supremamente, es la que ostenta además la representación del pueblo. «No pudiendo cada uno de los ciudadanos defenderse por sí mismos, en nombre de toda la sociedad realizada en Estado por su forma de constitución y administración propia, comisiona a uno o muchos que procuren el bien de la comunidad política, que es el fin del Estado» (29).

Todos los hombres, por naturaleza, son iguales, y sólo la sujeción espontáneamente aceptada, hace superiores a unos sobre otros. Por tanto, todo lo que pertenece al poder político hay que buscarlo en el consentimiento y costumbre del pueblo, y se le hace injuria si exige obediencia en cosas que desbordan la voluntad del pueblo (30).

El modo del régimen temporal no ha sido definido ni preceptuado por Dios, sino dejado a la disposición de los hombres (31).

El pueblo puede cambiar su forma de gobierno, derogar la monarquía e instituir otro régimen político, según lo que le parezca más útil para conservar la paz y el bien común (32).

El pueblo no tiene la formación suficiente para saber escoger el jefe que mejor cuadre y que anteponga la utilidad pública a sus propias comunidades. Siendo moralmente imposible exigir su voto a cada uno de los ciudadanos o de aquellos que forman parte del Estado, conviene que el pueblo realice los negocios públicos por

(27) SUÁREZ, *De Legibus*, III, 1, 3.

(28) SUÁREZ, *De Legibus*, III, 1, 4 y 5.—COVARRUBIAS, *Queaestionum Practicarum*, 1, 7.

En uno de los más recientes y enjuiciosos trabajos del profesor Conde, *El hombre, animal político*, Madrid, 1957, se encuentra parecida resonancia. En la pág. 37 escribe: «La idea del poder» es una de las instituciones radicales y espontáneas del hombre. Es, desde luego, una institución natural y originaria. Natural, porque viene dada en la naturaleza del hombre como inteligencia, sentiente. Originaria, porque va inexorablemente envuelta en la experiencia primaria de la realidad.»

(29) FOX MORCILLO: *De Regni Regisque Institutione*, I, 5.

(30) ROA DAVILLA, *De Bellorum et Regnorum iustitia*, núm. 5, pág. 456.

(31) SUÁREZ, *Defensio Fidei*, lib. III, 2, 13.

(32) MIGUEL DE PALACIOS, *In Tertium librum sententiarum*, disp. 37, cap. 7, núm. 10, págs. 435-436.

medio de los mejores, con el fin de que sea gobernado el Estado sin tumultos ni sediciones (33).

He aquí, mentados, unos textos que se corresponden con doctrinas de nuestros clásicos—aunque reflejadas en las coincidencias más acusadas—, que podían y pueden constituir una teoría de la convivencia humana, en cuanto se organiza en Estado, y con validez, al menos explicativa, de su nacimiento y justificación, su finalidad, y su conservación y transformación (34).

SOBRE EL DERECHO DE GENTES.—EL HECHO AMERICANO

El descubrimiento de América es el hecho singular que antecede en pocos años a la vida y obra de nuestros juristas. Supuso entonces, posiblemente bastante más que cualquier otro episodio humano, cualquier otro «descubrimiento», como puedan ser hoy los progresos atómicos o la misma realidad «aproximada» de los otros satélites. Nuevas tierras, nuevos hombres. Conocidos son los episodios del viaje de Colón y también la ausencia, como consecuencia de una doctrina legal que pudiera servir de base para la problemática jurídica de América.

De otro lado, las doctrinas filosófico-políticas, tendentes al equilibrio o a la proporción simétrica entre el poder papal y el Imperio, con el que el Cristianismo venía haciendo impacto en la vida social, especialmente tras las doctrinas de San Agustín, Santo Tomás y Bernardo de Claivaux, van a encontrar, con el hecho americano, un motivo de planteamiento inédito. Generalmente el tratadista político desconoce este aspecto (35) cuando en realidad constituyó un experimento de singular importancia, de cuyos resul-

(33) JERÓNIMO OSORIO, *Del Rey y de la Institución real*, I, II, 31. V. también COVARRUBIAS, *Practicarum Quaestionum*, I, 4.

(34) Todas estas doctrinas, de neto sabor escolástico, están implicadas en la más pura doctrina tomista, y puede cotejarse la reciente obra de Demongeot, *El mejor régimen político según Santo Tomás*. Madrid, 1959.

(35) FRAGA IRIBARNE es entre nosotros uno de los tratadistas políticos que conocen bien este aspecto. Aparte de las esporádicas alusiones en su obra—con frondosa bibliografía—*La crisis del Estado*, Madrid, 1955, no puede desconocerse que es autor de importantes trabajos sobre el P. Molina: *Los seis libros de la Justicia y el Derecho*, Madrid, 1941; *Luis de Molina y el derecho de la guerra*, Madrid, 1947, y *La doctrina de la soberanía en el P. Luis de Molina*, Madrid, 1941 («Rev. de la E. de Derecho», núm. 4-5).

tados se desaprovecharon ingenuamente, acudiendo a criterios racionalistas, que aunque rompieron la dogmática de la escolástica, no supieron agotar las bases realistas y humanas que nuestros clásicos encontraron para sus doctrinas en el hecho americano.

A mi modo de ver, él es uno de los motores más significativos de la que había de ser Escuela Internacionalista del siglo xvi, a la que tantos estudios se ha dedicado.

El derecho de gentes no supone toda la problemática jurídica americana, pero sí recibe por ella un espaldarazo importante. El derecho de gentes está más atrás, es decir, está en la propia médula de la existencia del Natural, tal como—en el aspecto científico—había sido ya advertido por Cicerón, Gayo y Ulpiano, en una terminología incipiente del *ius civile* y del *ius gentium*.

La Escuela Internacionalista se encontró, pues, con el problema de América, que, como señala el profesor Barcia Trelles (36), «se conecta de modo evidente, con una historia polémica, entablada en torno al problema de la autoridad universal del emperador y del Romano Pontífice». Este mismo profesor ha explicado la inaplicabilidad de la legislación vigente en aquel entonces, que eran las Partidas (37), al hecho de América. La Bula de Alejandro VI de 1493 había de ser, por decirlo así, el primer título jurídico, aunque en el fondo encerraba una donación, una demarcación y una extensión a nuestros dominios, mejor que una justificación.

Frente a las tesis monistas de Gil de Roma, Tolomeo de Lucas, Alvaro de Pelayo y Serafin de Freitas, cuya influencia en la posición jurídica de las Bulas pontificias se discute (38) la del Padre Vitoria, llegó nada menos que a conmover al emperador Carlos V, hasta el punto de que los historiadores reflejan un momento de vacilación en él y aun con inclinación a abandonar América.

El planteamiento de las nuevas gentes en América es el resorte de la mayor parte de la preocupación jurídica de entonces, al menos en lo que tuvo caracteres de originalidad, como son las materias del Derecho Internacional. La opinión de que Grocio sea «ab-

(36) En *Interpretación*, ob. cit., pág. 36, a cuyo autor seguimos principalmente sobre este punto

(37) BARCIA TRELLES dedica en *Interpretación*, ob. cit., suficientemente el capítulo III a *Dos mundos y dos concepciones jurídicas desemejantes* (páginas 31-35).

(38) Véase BARCIA TRELLES, *Interpretación*, ob. cit., págs. 35-50.

solamente original» que abundó en el siglo XVI, ha quedado claramente desvirtuada, entre otros, por Brown Scott y el doctor Pérez Blesa, que han demostrado (39) que en Vitoria y en la escuela española encontró Grocio las fuentes más conexas e inmediatas de sus trabajos, aunque unas veces no las citase y otras se limitase a elogiar a sus autores (40).

En la continuidad de Vitoria con Suárez (41) y en la profusión de especialistas múltiples que forman auténtica escuela y magisterio, se elaboran las doctrinas sobre el Derecho de gentes.

El Padre Vitoria parte de la definición romana de Derecho de gentes, y lo entiende como «lo que la razón natural establece entre todas las naciones» (42), sustituyendo en la definición de Gayo (43) la palabra «gentes» por «naciones». Distingue un Derecho de gentes natural o Derecho natural internacional, que regula el orden jurídico internacional sobre el que descansa toda la organización jurídica de la Comunidad internacional, vislumbrada por vez primera por el Padre Vitoria; y un Derecho de gentes positivo, que deriva del natural, pero no por conclusión directa. Los principios que integran aquel Derecho de gentes natural son los siguientes: derecho natural de viajar, inmigrar y establecerse en un territorio; derecho del libre comercio; derecho a la libertad de los mares; derecho de residencia en tierras extrañas; derecho de vecindad y opción de ciudadanía; derecho a la seguridad e integridad humana; derecho a la explotación de las cosas comunes; derecho a la predicación del Evangelio (44).

(39) BROWN SCOTT ha escrito: «Sin Vitoria y sin la escuela española ni el derecho de gentes, ni su filosofía hubiera estado a la disposición de Grocio y del mundo, y el mundo podría encontrarse todavía en espera de su tratado. (*El descubrimiento de América y su influencia en el Derecho internacional*, página 41, Madrid, 1936.)

Esta idea se mantiene en nuestros tratadistas modernos de Filosofía del Derecho. El Profesor Pérez Blesa es de quien mejor he comprendido justamente esta interpretación que se encuentra en sus *Lecciones de Cátedra* (Zaragoza, curso 1946-1947, apuntes dactilográficos y a cuyo problema dedica en *La ontología de la Ley en la Escolástica*, «Revista de la Universidad», Zaragoza, 1942), el apartado «Grocio y los teólogos españoles».

(40) Véase también BARCIA TRELLES, *Francisco de Vitoria, fundador del Derecho Internacional moderno*, Valladolid, 1928.

(41) Véase, entre otros, LUÑO PEÑA, ob. cit., pág. 121.

(42) *De Indis, Relectio prior*.

(43) *Ius gentium: quod naturalis ratio inter omnes homines constituit id apud omnes populos peraeque custoditur, vocaturque ius gentium, quasi quo iure, omne geste utuntur* (*Institutiones*, I. I, t. 2).

(44) *De Indis*. De tit. leg. 1, 12.

Las ideas internacionalistas del Padre Vitoria fueron desarrolladas por Soto, Molina y singularmente por el Padre Suárez, a pesar de la tesis del Padre Delos, al sostener que con Suárez se inicia en la escuela internacionalista española una fase de subjetivismo y relativismo que hace truncar la trayectoria de la escuela, tesis que refutan Miaja de la Muela y Barcia Trelles (45), entre otros, y sin perjuicio de la creencia general de la continuidad de Suárez en la línea internacionalista de Vitoria.

Precisamente Suárez desarrolla y puntualiza la existencia de la Comunidad jurídica internacional. «La comunidad jurídica internacional—dice (46)—, integrada por los diversos pueblos y naciones, exige que, en virtud de una común alianza y consentimiento de estas comunidades políticas y naciones, observen entre sí ciertos preceptos en garantía de mutua paz y concordia.» El Estado —comenta Pereña (47)— queda integrado en una comunidad natural de pueblos dirigida por el interés general del orbe y regulada por el derecho de gentes: la persona no ha quedado anulada en la comunidad internacional; constituye el elemento básico del orden histórico, porque es miembro dinámico de la humanidad, en la que radica y para la que surgen la comunidad de Estados».

La doctrina del derecho de gentes de la escuela española puede decirse que *ha sido* —entonces costó «políticamente» que Pontífice y emperador la aceptasen— *y es* la doctrina que la Iglesia sostiene y que más citan los Papas. La objetividad de esta doctrina resalta precisamente por encima de las circunstancias adversas, o al menos de acontecimientos que pudieron estimular una teoría distinta. Sin embargo, por haberla fundamentado en bases teológicas y metafísicas, en la línea tomista, los principios del derecho de gentes, tuvieron una originalidad singular.

El profesor Pérez Blesa explicaba en su cátedra (48) las consecuencias del abandono de esta doctrina en su ortodoxia jurídica,

(45) BARCIA TRELLES se refiere a este punto en *Interpretación*, ob. cit., páginas 19 y sigs., y contrapesa la tesis contraria del Padre dominico Delos, con la del profesor Miaja de la Muela, así como la opinión no muy clara del internacionalista inglés Brierly sobre este punto.

(46) *De Legibus*, lib., III, cap. 1, núm. 1 a 5.

(47) En *Estudio preliminar a guerra. Intervención y paz internacional*, de Francisco Suárez. Colección Austral, Madrid, 1956, pág. 31.

(48) *Lecciones cit.*

ya que luego se comenzó a hablar de *Política* internacional; o de Derecho *internacional*, en el que la nación aparecía como un todo supremo y exclusivo; o de un *Derecho* internacional, en el que el Derecho estuviese inspirado en criterios positivistas o racionalistas. Y así, se llegará a hablar de *Sociedad de Naciones*, pero no de *Comunidad* de Naciones. Esta nace naturalmente, y aquélla se presenta con carácter contractual y voluntario. De aquí que la política internacionalista contemporánea tenga todavía mucho que aprender de quienes, partiendo de la unidad e igualdad de los hombres ante Dios, pensaron en una Comunidad Jurídica Internacional, no dividida en compartimientos estancos acoplados según razones económicas, políticas o utilitarias, siempre egoístas, sino inspiradas en la mutua ayuda, en la razón de ser común, de acuerdo con la naturaleza (49).

SOBRE LA GUERRA JUSTA.—EL PELIGRO TURCO

Las doctrinas sobre la guerra justa se inician por nuestros clásicos bajo la problemática del hecho americano, pero, a mi modo de ver, su mayor valor objetivo se consigue cuando alcanzan un sentido más universalista, debido especialmente al peligro de los turcos.

Así, el pensamiento de Vitoria sobre la guerra justa se desarrolla en aquellas ya famosas *clases de títulos, legítimos e ilegítimos*, para fundar el derecho de España. Sus doctrinas se desarrollan en coincidencia, en buena parte con el Padre Las Casas y en desacuerdo con Ginés de Sepúlveda (50), pero como señala Pérez Blesa (51), *no constituyen una labor sistemática*, sino más bien una enumeración de principios acerca de estos cuatro puntos principalmente (52): Si es lícito a los cristianos hacer la guerra; en quién reside la autoridad competente para declararla; cuáles deben ser las justas causas de la guerra, y qué cosas es lícito hacer

(49) Estos aspectos los hemos reflejado nosotros en el problema específico de la crisis del canal de Suez en nuestro trabajo publicado en «Rev. Crit. de Derecho Inmob.» (Madrid, sep.-oct. 1959) titulado *Suez a la luz del Derecho internacional natural*. La política internacionalista contemporánea está llena de ejemplos semejantes.

(50) Véase LUÑO PEÑA, *Historia...*, ob. cit., págs. 64 y 65.

(51) *En Lecciones...*, cit.

(52) Véase BARCIA TRELLES, *Interpretación*, ob. cit., pág. 102.

frente a los enemigos en la guerra justa. Los puntos se plantean en Vitoria en paralelismo sobre sus doctrinas acerca de la autoridad cuasi universal del emperador, en la forma que anteriormente hemos reseñado.

Los trabajos posteriores de Soto, Las Casas, Ginés de Sepúlveda, que dieron lugar a la famosa disputa que motivó la reunión del Consejo de Indias en Valladolid, año 1550, están, claramente enfocados, según el hecho Americano, es decir, la justificación o no de la conquista de Indias y de las guerras y resistencia ya iniciadas en aquellos territorios. Había un problema religioso de evangelización, y *había un problema de hegemonía política*.

Por eso, a mi modo de ver, las doctrinas sobre la guerra justa adquieren mayor valor universalista cuando se enfrentan ante un problema que, a los efectos de España, reviste mayores caracteres de objetividad. Me refiero al peligro de los turcos (53).

Sin desconocer los antecedentes anteriormente mentados, creo que «la teoría de Francisco Suárez sobre el derecho de guerra históricamente queda vinculada a los momentos más importantes de la política exterior de España» (54), ya que la invasión de los turcos supone para Carlos V, Felipe II y demás príncipes cristianos la adopción posible de una triple postura: pacifista, agresiva o de coexistencia (55). Ni que decir tiene que tal triple postura es, en definitiva, la que actualmente tiene plantada la humanidad ante el peligro comunista.

¿En qué sentido se orientaron nuestros clásicos?

Ya Vitoria había reafirmado—y en esto se perjudicaba al emperador—la conciencia de unidad europea que los turcos ponían

(53) Sin embargo, ni el hecho americano, ni el de los turcos, han llamado siempre la atención del filósofo del Derecho al pronunciarse sobre los problemas de la guerra justa. Así, RADBRUCH, en *Filosofía del Derecho*, Madrid, 1933, en el cap. 29, dedicado a «La guerra: La guerra ante la Ética, la Filosofía del Derecho, la Filosofía de la Historia y la Filosofía de la Religión», ni menciona ni cita a nuestros clásicos; y eso que aquellos hechos podrían entenderse como hechos religiosos, susceptibles de indicar, al menos en su importante conclusión final: «Sólo a la religión le está, pues, permitido encontrar el bien en la guerra; para cualquiera otra consideración, la guerra debe quedar siempre como un hecho desgraciado, carente de sentido y ajeno a toda consideración. Cualquiera otra actividad, fuera de la religiosa, que es la única que nos salva de todo mal, sólo puede ver en la guerra una desdicha y en la victoria únicamente la menor de dos desgracias.»

(54) PEREÑA, *Estudio*, cit., pág. 11.

(55) Véase PEREÑA, *Bien común*, cit., pág. 8.

en peligro común. Francisco de Vitoria (56) pretendía únicamente hacer la paz sin exacerbar los pueblos, aniquilar a los enemigos y fomentar odios. Su postura fué aceptada por Melchor Cano, Bartolomé de Carranza y Diego de Chaves. Las bautizadas por Barcia Trelles «*las tres reglas de oro de la guerra*» (57) pueden sintetizarse así: 1.^a La guerra no debe declararse sino como último extremo y contra la voluntad del príncipe. 2.^a Declarada con justicia, no debe hacerse para la ruina del enemigo, sino para defensa de la Patria y de la comunidad jurídica internacional, y para conseguir la paz y la seguridad. 3.^a Terminada la guerra, hay que usar con moderación cristiana de la victoria, y que el vencedor se considere como juez entre las dos repúblicas beligerantes, a fin de dictar sentencia para satisfacer a la nación ofendida con el menor perjuicio de la nación ofensora.

Martín Azpilcueta, Fox Morcillo, Alonso de Castro, el mismo Luis Vives, estaban también en primera línea de un pensamiento tendente a procurar la unidad europea, partiendo, en el fondo, como lo hacía el Padre Vitoria, de la necesidad de la empresa común de la Cristiandad contra el Imperio otomano (58). El Padre Molina había de terminar planteando el problema de la guerra en el terreno de la justicia y no en el de la caridad, como antes Santo Tomás y luego haría Suárez (59).

Fué Suárez el que más definitivamente matizó los problemas de la guerra justa, que a su vez se trasladaban a los de una paz justa. Los interrogantes con que puede resumirse la doctrina de Suárez son los siguientes (60): ¿Es la guerra intrínsecamente mala?

(56) Idem, pág. 109.

(57) Véase *Interpretación...*, ob. cit., pág. 105. Véase también LUÑO PEÑA, *Hitoria...* ob. cit., pág. 64.

(58) Véase PEREÑA, *Bien común*, págs. 109-111.

(59) El Padre Molina trata del derecho de la guerra en las 26 *Disputationes* de su tratado *De Justitia et jure*, y en sus *Comentarios a la Cuestión* 40, II, II de la *Summa* de Santo Tomás. Véase sobre este punto: LUÑO, *Historia...*, ob. cit., pág. 93; PEREÑA, *Estudio...* ob. cit., pág. 11; el trabajo sobre el Padre Molina, antes citado, del profesor Fraga, y ZURBANO *Enseñanzas de Suárez sobre la guerra* («Estudios de Deusto», núm. 9, 1917).

(60) Como indicamos antes, el tema de la guerra es tocado por SUÁREZ en *De fide, spe et charitate*, publicado en 1621, en la parte correspondiente a la caridad. Los puntos síntesis que en el texto se mencionan corresponden con la obra síntesis ofrecida por PEREÑA, *Guerra...*, 1.^a parte. Pueden consultarse también: GUERRERO, *La verdadera doctrina de Suárez sobre el derecho a la guerra* («Pensamiento», núm. 4, 1948) y PEREÑA, *Teoría de la guerra en Francisco Suárez*.

¿Quién tiene poder legítimo para declarar la guerra? ¿Está permitido a los clérigos declarar la guerra y tomar parte en ella? ¿Cuáles son los títulos justos de la guerra según la razón natural? ¿Tienen los príncipes cristianos algún justo título de guerra además del que dicta la razón natural? ¿Qué certeza se requiere sobre la justa causa? ¿Cuál es el modo justo de hacer la guerra?

Extensísimos nos haríamos si contestásemos una por una estas preguntas. El enorme mérito de Suárez es haberlas planteado, analizado y contestado en distintas obras y en aquellas circunstancias. La guerra contra los turcos no fué nunca una guerra de conquista, agresiva o imperial, sino defensiva, de pura coexistencia. Los turcos nunca se consideraron infieles y a quienes había, por este solo hecho, que exterminar. Suárez lo había expuesto en una de sus conclusiones: «Si un Estado que estuviera sujeto a un príncipe infiel quisiera recibir la Ley de Cristo y el rey infiel lo impidiera, tendrían derecho los príncipes cristianos a defender a los inocentes. Pero si este mismo Estado quisiera recibir la ley de los infieles, la mahometana, por ejemplo, y su príncipe no quisiera, no tendría el entonces príncipe infiel turco un derecho semejante contra aquel otro rey. ¿Por qué razón? Porque ciertamente es un mal y una grave injuria impedir la Ley de Cristo, pero no lo es prohibir la ley mahometana. Del mismo modo, si quisiera oír el Evangelio, podrían ser convencidos racionalmente que eso es más creíble y debe ser deseado (61).

Nunca hasta entonces, pues, se habían expuesto tan certeramente los problemas de la paz internacional, que implicaban el de la guerra justa. Pena ha sido que estos criterios objetivos, que muchas veces en aquel entonces tuvieron que frenar la pasión y el ardor de sus propios autores, en ocasiones protagonistas guerreros y consejeros del emperador o del rey, hayan sido posteriormente desenfocados por ideas contractualistas o racionalistas. Si no se mira el bien común internacional, bien poco puede progresarse en la paz internacional.

Con razón se ha dicho que el nacionalismo no es idea muy cristiana (62), y mientras la comunidad internacional no se considere

(61) SUÁREZ, *Guerra...*, ob. cit., pág. 89.

(62) El profesor SÁINZ DE VARANDA aludía concretamente a ello en artículo publicado en «El Noticiero» (Zaragoza, agosto 1956).

plenamente jurídica, es decir, realizadora del derecho al servicio de la paz internacional, bien poco habremos adelantado.

PERSPECTIVA FINAL

A mi modo de ver, estos tres aspectos principales de la problemática jurídica en el siglo xvi, tiene un enlace preciso, una base teológica y jurídica semejante y un valor objetivo que, sin convertirlo en mito, sí puede—debidamente enmarcado en los hechos que le sirven de resorte—servir para tres aspectos muy significativos de la problemática jurídico-política del siglo xx: 1.º La convivencia pacífica, equilibrada y progresiva entre los hombres que integran los pueblos dentro de la libertad y respecto a la persona, responsables ante el bien común. 2.º La comunidad internacional, de orden jurídico y de orden *económico* también (63) para hermanar a los hombres en la ayuda mutua, en la cooperación y en el reparto incluso de sus recursos; y finalmente, una política de coexistencia pacífica, vigilante y activa, que suponiendo a cada pueblo y en el conjunto de todos dispuestos a salvarse y a ser libre un esfuerzo comunitario, una unicidad de propósitos e intenciones, constituyan el más poderoso frente y la más tremenda coacción ante el peligro internacional comunista; aquí empezará su derrocamiento, que habría de ser en todo caso *regeneración* más que agresión; aquí, finalmente, en otra suerte, se agolparían las razones de una guerra justa para la salvación de Occidente (64).

(63) El profesor VITTORIO MARRAMA, catedrático de Economía Política de la Universidad de Siena, en el cursillo de conferencias (mayo 1958) desarrollado en la Facultad de Ciencias Políticas y Económicas de Madrid, ha insistido en la idea de una *alta comunidad del capital*, que, afectando singularmente a los países poco desarrollados, puede hacer más viable la comunidad de las naciones; puede decirse que el porvenir de la civilización occidental depende del modo como nuestros países de Europa y de las naciones adelantadas de América del Norte puedan acelerar el ritmo del desarrollo económico de los países atrasados. (Sin publicar aún esta conferencia, puede verse la referencia de «Ya», Madrid, 15-V-58)

(64) Al repasar, para su envío a la imprenta, este trabajo, Luciano Pereña inicia en «Ya» (29-IV-59) una serie de artículos sobre *Los católicos y la coexistencia internacional*, cuyo interés se justifica por las solas primeras líneas: «¿Por qué los católicos, unidos en una misma verdad y en unos mismos sentimientos, chocan tan frecuentemente cuando se trata de definir su postura ante instituciones o movimientos no cristianos o anticristianos? No es lícito achacarlo a mala fe o falta de criterios rectos. Falla más bien la valoración práctica del conjunto y la perspectiva histórica.»

Ni que decir tiene que estas conclusiones brotan incidentalmente en este trabajo, aunque no puedo sustraerme a su cita por su notoriedad. Sería muy largo explicar el paralelismo de situaciones de doctrinas; pero es del todo cierto que los hombres y los pueblos ahora en danza saben muy poco de esta problemática jurídica que elementalmente hemos expuesto nosotros frente a la abundancia de razones más occidentales, utilitarias o necesarias. Queda, pues, mucho por hacer con este Centenario, y yo, modestamente, con este trabajo, he querido contribuir un poco en esta preocupación, que tiene el optimismo del cristiano y el orgullo de aquella etapa imperial que corona el gran Carlos I de España y V de Alemania.

JESÚS LÓPEZ MEDEL.

Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

DONACIÓN «MORTIS CAUSA» EN CATALUÑA. ¿PUEDEN TRANSMITIRSE, MEDIANTE LA MISMA, LA TOTALIDAD DE LOS BIENES PERTENECIENTES AL DONANTE? ¿ES SUSCEPTIBLE DICHA DONACIÓN «MORTIS CAUSA» DE SER REVOCADA POR UN TESTAMENTO POSTERIOR?

Resolución de 3 de octubre de 1959 («B. O.» de 4 de noviembre).

Por escritura de 2 de diciembre de 1954 otorgada ante el Notario de Borjas Blancas don Gregorio Verdaguer y Cortés, los cónyuges don Prudencio Martí Rosinach y doña María Maymó Rosinach se hicieron «mutua y recíproca donación, por causa de muerte, de la totalidad de los bienes y derechos que de su respectiva pertenencia existan en el día de su fallecimiento, es decir, el que de ellos premuera al que sobreviva, de manera que el sobreviviente pueda disponer libremente de la totalidad de los bienes del difunto, sin otra limitación que la legítima correspondiente a los hijos que, nacidos o póstumos, acaso dejare, y la que en otro caso correspondiera a la madre de la donante, doña Magdalena Rosinach Castellá; ambos esposos aceptaron en el citado instrumento «la donación a su respectivo favor otorgada, revocando con ella cuantos testamentos y actos de última voluntad hubiera otorgado con anterioridad. En 13

de agosto de 1956, doña María Maymó Rosinach, otorgó testamento ante el Notario de Barcelona don Ramón Faus Esteve, en el que nombró heredero universal de todos sus bienes a su hermano don Manuel Maymó Rosinach e hizo constar que «revoca los actos de última voluntad anteriores al presente testamento, el cual quiere que a todos los demás prevalezca». La testadora falleció el 3 de noviembre de 1956.

Presentada en el Registro por don Prudencio Martí Rosinach instancia pidiendo la inscripción a su favor de los bienes inmuebles dejados por la donante, consistentes en la mitad indivisa de una casa y tres fincas rústicas, puso el Registrador la siguiente nota: «No admitida la inscripción del presente documento, por cuanto la donación *mortis causa* en el mismo comprendida debe reputarse nula, por abarcar la totalidad de los bienes y derechos de la donante al día de su fallecimiento, acto que tiene su adecuado encaje en un testamento que regula la sucesión a título universal y además porque aun en el supuesto de declararse válida la aludida donación, estaría revocada por testamento posterior a la misma, que está presentado en este Registro de la Propiedad.»

Interpuesto recurso, la Dirección confirma el segundo de los defectos de la nota del Registrador, aceptada íntegramente por el Presidente de la Audiencia, en méritos de la doctrina siguiente:

Que, según los fragmentos I y 35, segundo, del título VI, libro XXXIX del *Digesto*, y párrafos 1 y 2 del título VII, libro II de la *Instituta*, vigentes en Cataluña, se entiende por donación *mortis causa* la hecha en contemplación a la muerte del donante, momento hasta el cual son susceptibles de ser revocadas, y al que se subordinan sus efectos, circunstancias que las distinguen de las donaciones *inter vivos*, caracterizadas porque transmiten el dominio de la cosa donada una vez aceptada la donación, son irrevocables sin justa causa y además, exigen, en algunos casos, la insinuación.

Por tanto, que en las donaciones *mortis causa*, junto con el fideicomiso, legado y *mortis causa capio* constituyen una de las formas o variedades en Cataluña, por la supervivencia de la legislación justiniana, puede revestir la sucesión a título singular, y dada su asimilación con los legados y las posibilidades de que éstos comprendan la totalidad de la herencia, también es admisible por analogía que se pueda percibir a título particular por

el donatario *mortis causa* la totalidad de los bienes y derechos pertenecientes al donante, en cuyo caso responde de todas las obligaciones que integran el patrimonio del de *cuius*, sin que sea obstáculo que la donación se hubiese otorgado recíprocamente por marido y mujer, conforme autoriza el fragmento 40, título y libro mencionados del *Digesto*.

Que aunque las donaciones *mortis causa* sean irrevocables cuando se hayan pactado en capitulaciones matrimoniales o el donante haya renunciado a la facultad de revocarla en los demás supuestos podrán ser revocadas como todos los actos de última voluntad por otros posteriores, si bien por su naturaleza y por la independencia formal con el testamento, para que una disposición de carácter testamentario les afecten, deberá hacer referencia especial al objeto de la donación, y así, en el presente caso, por el otorgamiento hecho por la mujer de testamento posterior, en el que instituyó heredero de todos sus bienes a su hermano, ha de entenderse revocada la donación que había hecho a favor de su marido en la escritura calificada.

* * *

Es de justicia resaltar el escrito de impugnación del recurrente, particularmente cuando expone «que la donación de que se trata no ha sido revocada por la testadora, que en su testamento sólo revoca *los actos de última voluntad anteriores al presente testamento*», y la donación *mortis causa* no es acto de última voluntad, sino *inter vivos*, tanto más cuanto que los bienes ya fueron dados en vida y siempre han estado en poder del donatario.» Pero aun cuando fuera un acto *mortis causa*, la donación hecha —agrega más adelante—, no puede estimarse revocada, por cuanto lo que revoca el testamento de la causante es lo propio de tal acto, o sea las donaciones unilaterales y gratuitas, que tienen carácter de legado, y son las de índole revocatoria que señala el Derecho romano (*Instituta*, libro II, párrafo primero, (frag. XIII, XIV, XXV del libro 39, título VI del *Digesto*). La donación *mortis causa* hecha por doña María Maymó —escribe— no es acto unilateral, sino *bilateral, compensativo*, y no tiene carácter de legado, porque no lo tienen las donaciones *mortis causa*

(fr. 5.º, párrafo 17, libro XXXIX, título XIX del *Digesto*). Por otra parte, aun suponiendo que la revocación hecha en el testamento alcanzara a todas las donaciones anteriores, sea cual fuere su carácter, tendria que haberse hecho de una manera clara, categórica y precisa para que no hubiese lugar a duda sobre la voluntad del testador, sea expresando concretamente que revoca el acto en sí, sea disponiendo de lo que es objeto de él. Para el recurrente, por tanto, lo que revoca el testamento son los actos que se rigen por las reglas de la sucesión hereditaria, por las que no se regula la donación *mortis causa*.

Se pregunta Vallet de Goytisolo, si la donación *mortis causa* en el Derecho romano era un acto unilateral o bilateral, y después de exponer las opiniones de las que la conceptúan sólo acto unilateral—Schirach y Müller—, o de ambas clases—Glasson—, dice que lo más corriente es considerar —con Winscheid, Ortolan y Maynz—, que la donación *mortis causa* es siempre bilateral.

Roca expresa que para que exista esta donación se requiere el concurso de las voluntades del *donante* y del *donatario*. Lo que sucede —escribe anteriormente— es que esta donación viene a ser un legado dispuesto en forma de donación. Es su característica.

Por ello el juego de *disposición* del donante y *aceptación* por el donatario, no hay que confundirlo con la vinculación contractual resultante de la oferta del contrato aceptada. Los dos tiempos, el de disposición y el de aceptación, están más espaciados en materia de disposiciones testamentarias, pero en el fondo es el mismo mecanismo de la donación.

Con lo expuesto es fácil concatenar el último y decisivo Considerando de nuestro Ilustre Centro, de considerar revocada por doña María Maymó la donación que hiciera a su esposo por el testamento posterior a favor de su hermano.

(Véase: VALLET DE GOYTISOLO: *La donación «mortis causa» en el Código Civil español*. T. V. A. A. M. N.—ROCA SASTRE: *La donación «mortis causa»*.—«Estudios de Derecho Privado», t. I.)

HIPOTECA MOBILIARIA.—AUTORIZANDO LA LEY ESPECIAL, ADEMÁS DE LA HIPOTECA SOBRE EL ESTABLECIMIENTO—QUE HA DE COMPRENDER, NECESARIAMENTE, EL DERECHO DE ARRENDAMIENTO SOBRE EL LOCAL, LAS INSTALACIONES FIJAS Y PERMANENTES Y, MEDIANTE PACTO, OTROS ELEMENTOS INTEGRANTES DEL ESTABLECIMIENTO—, LA HIPOTECA SEPARADA E INDEPENDIENTE—ART. 12, 4.º—DE LA MAQUINARIA DESTINADA A LA EXPLOTACIÓN DE LA INDUSTRIA, NO ES NECESARIO EL CONSENTIMIENTO DE LA MUJER CUANDO HIPOTEQUE EL MARIDO EN ESTE ÚLTIMO SUPUESTO, COMO TAMPOCO LO ES PARA EL DE VENTA, PUES NO DEBE DARSE MAYOR ALCANCE DEL QUERIDO POR EL LEGISLADOR AL ARTÍCULO 1.413 DEL CÓDIGO CIVIL EN SU REFORMA.

Resolución de 23 de octubre de 1959 («B. O.» de 11 de noviembre).

Por escritura otorgada en Tolosa ante el Notario don Juan de Araluce y Villar en 24 de enero de 1959, don Felipe de Juan Lorenzo, casado con doña Esther Pasaban Muguerza, constituyó, en garantía de un préstamo en cuenta corriente concedido por la Compañía Derivados del Papel, Sociedad anónima (DEPASA), «hipoteca mobiliaria sobre máquinas industriales reseñadas en el antecedente segundo de esta escritura para responder del saldo final de la cuenta corriente hasta la cantidad máxima de trescientas cincuenta mil pesetas y de otras cincuenta mil pesetas más que se fijan para costas y gastos en su caso». En dicha escritura consta que don Felipe de Juan es titular de un negocio industrial dedicado a la manipulación del papel, situado en la calle del Generalísimo, núm. 21, del barrio de Astigarraga, de la ciudad de San Sebastián, en donde existen diversas máquinas de su propiedad, en buen estado de conservación y funcionamiento, que fueron adquiridas por compra.

Presentada en el Registro Mercantil de San Sebastián primera copia de la citada escritura, fué calificada con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del presente documento por el defecto de no constar el consentimiento de la esposa del deudor, don Felipe de Juan Lorenzo, para la constitución de la hipoteca mobiliaria que previene el art. 1.413 del Código Civil, y siendo subsanable ese defecto, se ha tomado en su lugar, a petición del presentante y por plazo de sesenta días, anotación preventiva en él.

Interpuesto recurso por el Notario autorizante de la escritura, la Dirección revoca la nota del Registrador, mediante la ponderada doctrina siguiente:

Que la cuestión planeada en este recurso consiste únicamente en resolver si puede el marido por sí solo constituir, en garantía de un préstamo, hipoteca sobre bienes muebles de carácter ganancial, en este caso maquinaria industrial, o si será necesario además el consentimiento de la mujer, de acuerdo con lo establecido en el art. 1.413, reformado, del Código Civil.

Que la ley de 24 de abril de 1958, en su reforma del art. 1.413 del Código Civil, atribuye a la mujer nuevas facultades en orden a la enajenación y gravamen, durante el matrimonio, de bienes gananciales, al exigir su consentimiento en los actos dispositivos de inmuebles y establecimientos mercantiles, con lo que resultan más protegidos sus intereses, mas sin que se haya estimado oportuno extender este requisito cuando se trate de supuestos relativos al patrimonio mobiliario, porque, aun habida cuenta que no existen razones decisivas para la excepción, según manifiesta la propia exposición de motivos, «se ha juzgado oportuno orientar en tal sentido la reforma con el propósito de limitar en la mayor medida posible las perturbaciones que en el tráfico jurídico puede introducir la obligada intervención de ambos cónyuges en los actos de disposición».

Que la aplicación del art. 1.413, reformado, del Código Civil, al objeto de determinar los supuestos en que sea necesario el consentimiento de la mujer, ha de estar condicionada al concepto de establecimiento mercantil, ya que éste puede entenderse en un sentido primario y vulgar, como base física de la Empresa, acepción que, por incompleta, no debe admitirse, o como un conjunto de elementos organizados que integran una unidad patrimonial caracterizada por el fin industrial o mercantil perseguido con vida propia y aun independiente de sus distintos componentes, algunos de los cuales—tales las máquinas, instrumentos y utensilios destinados de modo fijo y permanente a la industria—, si bien por su volumen e importancia pueden constituir la base de la explotación y hasta encontrarse inmovilizados por su destino, no cambian, sin embargo, su propia naturaleza mueble porque tengan acceso al Registro para ser objeto de garantía hipotecaria.

Que el repetido art. 1.413 del Código Civil establece, en primer término, la regla general de que el marido es el administrador de los bienes de la sociedad de gananciales, los cuales pueden enajenar y obligar, y, en segundo lugar, una limitación de tales facultades, a la 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, y, como por otra parte, la ley de 16 de diciembre de 1954, además de la hipoteca sobre el establecimiento mercantil —que ha de comprender, necesariamente, el derecho de arrendamiento sobre el local, las instalaciones fijas y permanentes y, mediante pacto, otros elementos integrantes del establecimiento— autoriza la hipoteca separada e independiente, conforme al núm. 4.º del artículo 12 de la maquinaria industrial destinada por su propietario —como tal ha de entenderse al marido administrador con amplias facultades— a la explotación de la industria y que concurra directamente a satisfacer las necesidades de la misma, habrá de llegarse a la conclusión de no ser necesario el consentimiento de la mujer en tal supuesto, como realmente no lo es para el de la venta, y, por tanto, que es inscribible la escritura calificada, en la que comparece sólo el marido al objeto de constituir sobre determinada maquinaria de imprimir una hipoteca en garantía del préstamo recibido.

CANCELACIÓN DE HIPOTECA. CONSTITUÍDA ÉSTA PARA ASEGURAR UN CRÉDITO PRESUNTIVAMENTE GANANCIAL E INSCRITA CON ANTERIORIDAD A LA PUBLICACIÓN DE LA LEY DE 24 DE ABRIL DE 1958, QUE MODIFICÓ EL ARTÍCULO 1.413 DEL CÓDIGO CIVIL, PUEDE EL MARIDO POR SÍ SOLO CANCELARLA.

Resolución de 2 de noviembre de 1959 («B. O.» de 20 de igual mes).

Por escritura de 26 de octubre de 1954, inscrita en el Registro de la Propiedad, don F. P., casado con doña M. B., prestó a doña M. O. 125.000 pesetas, sin interés y por plazo de un año, en garantía de cuyo préstamo y de los gastos que pudieran originarse,

así como de las costas, la deudora hipotecó una casa sita en Granada, en la calle de Mano de Hierro, núm. 17; el 22 de octubre de 1958, la deudora devolvió al acreedor la cantidad prestada y se otorgó la correspondiente escritura de cancelación de dicha hipoteca.

Presentada en el Registro primera copia de la citada escritura, fué calificada con la siguiente nota: «No es posible admitir la inscripción a que se refiere el título, por existir el defecto subsanable de no acreditarse el consentimiento de la esposa del acreedor, o, en su defecto, autorización judicial. No se ha pedido anotación preventiva.

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, que lo es el de Granada, don Luis Rodríguez y Ponce de León, la Dirección ratifica el auto del Presidente de la Audiencia, revocatorio de la nota del Registrador, en méritos de la doctrina siguiente:

Que el problema que se plantea en el presente recurso queda circunscrito a determinar si el marido puede por sí solo cancelar una hipoteca constituida para asegurar un crédito presuntivamente ganancial y con anterioridad a la publicación de la ley de 24 de abril de 1958, que modificó el art. 1.413 del Código Civil, fué inscrita en el Registro, o si, por el contrario, se debe exigir además el consentimiento de la mujer para conseguir eficazmente dicha finalidad.

Que nuestro Ordenamiento jurídico y la mayor parte de la doctrina reconocen el carácter accesorio de la obligación respecto al Derecho real de hipoteca, puesto de relieve por los arts. 1.528 y 1.861 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria, especialmente en cuanto a las hipotecas ordinarias o de tráfico en las cuales declara con acierto la exposición de motivos de la ley de 1861 que el Derecho real «se adhiere al cumplimiento de la obligación a que sirve de garantía», si bien es cierto que modernamente algunos escritores han impugnado el carácter absoluto de tal accesoriedad.

Que el pago constituye el modo normal de extinción de las obligaciones, según el art. 1.156 del Código Civil, y cualquiera que sea su naturaleza, simple hecho realizado por el deudor con independencia de la voluntad del acreedor, o negocio jurídico que exige la intervención de éste para su debida eficacia, no ha de verse afectado por las limitaciones introducidas por el reformado ar-

título 1.413 del Código Civil, que, al dejar subsistentes las facultades que corresponden al marido como administrador de la sociedad de gananciales, le faculta para cobrar los créditos que existan a favor de la misma sociedad, y, por tanto, que podrá consentir válidamente la cancelación de los Derechos reales de garantía que las asegure.

Que ello no supone negar la naturaleza de acto dispositivo de la cancelación, puesta de relieve en diversas Resoluciones de este Centro Directivo, toda vez que el mismo Reglamento hipotecario, para orientar los problemas que en la práctica se suscitan por la reciente reforma del Código Civil, dispuso en el art. 170, párrafo último, que es título bastante para la cancelación por pago de las hipotecas constituidas e inscritas a favor del marido la escritura pública en que éste manifieste su consentimiento sin necesidad de que intervenga la mujer.

* * *

¿Es el problema, como apuntamos en nuestras notas a los «Comentarios a la Reforma del Reglamento Hipotecario» (núm. septiembre-octubre de esta Revista), de Ramón de la Rica, siguiendo a éste, de derecho transitorio por estar constituida la hipoteca con anterioridad a la reforma del Código Civil?

Porque para este autor no será aplicable la norma del último párrafo del art. 178 del actual Reglamento Hipotecario (y, por tanto, la doctrina de la Resolución que antecede), respecto de las hipotecas que se constituyan después de la vigencia de dicho Reglamento, «por la sencilla razón —escribe La Rica— de que esas hipotecas se han de inscribir, conforme al nuevo art. 95 del mismo texto reglamentario a nombre de ambos cónyuges, indistintamente y sin atribuciones de cuotas, y su cancelación, por consiguiente, y conforme al art. 96, se ha de otorgar también con el consentimiento de los dos, marido y mujer.

No obstante la explanación —por así decirlo— de la cuestión en el Considerando primero, de la que pudiera deducirse que está dirigida precisamente para resolverla en razón del tiempo de la constitución de la hipoteca, el tercer Considerando—y aun el cuarto—nos hacen dudar, máxime si tenemos en cuenta—como en las aludidas notas dejamos expuesto—que esa fórmula del nuevo art. 95

del Reglamento: «inscripción a nombre de ambos cónyuges conjuntamente, sin atribución de cuotas y para la *sociedad conyugal*», no ha modificado—sino a lo sumo aclarado—lo expresado reiteradamente con anterioridad por nuestro ilustre Centro, de que en el Registro no existen inscripciones especialmente extendidas a favor de la sociedad de gananciales, sino que los bienes o derechos aparecen inscritos a nombre del marido o de la mujer (o de los dos con la nueva fórmula reglamentaria) con ciertas *circunstancias o datos*, que permiten su atribución a «la comunidad ganancial».

REGISTRO MERCANTIL.—EL HECHO DE HABERSE OMITIDO EN LA TRADUCCIÓN DE UN PODER, OTORGADO EN LENGUA EXTRANJERA, LA RESEÑA DE LA FIRMA DEL NOTARIO AUTORIZANTE, CUANDO SE ACOMPAÑA EL ORIGINAL EN DONDE CONSTA, AUNQUE PUEDA DUDARSE QUE TÉCNICAMENTE CONSTITUYA UN DEFECTO, COMO EN EL REGISTRO DEBEN INGRESAR LOS TÍTULOS Y DOCUMENTOS EN FORMA CLARA E INEQUÍVOCA, IMPONE LA SUBSANACIÓN DE LA OMISIÓN PADECIDA.

LA FALTA DEL PERMISO DE IMPORTACIÓN DE LA MAQUINARIA Y UTILLAJE EXTRANJERO APORTADOS ESCRITURARIAMENTE A UNA SOCIEDAD EN CONSTITUCIÓN, IMPLICA QUE TAL APORTACIÓN NO ES TODAVÍA REAL. POR ELLO, DEPENDIENDO LA EFICACIA DEL CONTRATO DE LA AUTORIZACIÓN DEL INSTITUTO DE MONEDA EXTRANJERA Y DE LA CORRESPONDIENTE LICENCIA DE IMPORTACIÓN, PERMISOS NO PRESENTADOS EN EL MOMENTO DE EXTENDER LA NOTA CALIFICADORA, NO ES SUFICIENTE LA TRADICIÓN INSTRUMENTAL DERIVADA DEL ART. 1.462 DEL CÓDIGO CIVIL, QUE ENCUENTRA ENERVADA SU EFECTIVIDAD POR EL REQUISITO DE TALES AUTORIZACIONES EN RÉGIMEN DE EMERGENCIA. EN CONSECUENCIA, AL NO HABER INGRESADO EN LA CAJA SOCIAL LOS BIENES QUE DEBEN SER APORTADOS, NO ESTÁN COMPLETAMENTE DESEMBOLSADAS LAS ACCIONES SUSCRITAS HASTA TANTO NO PASE LIBREMENTE DICHA MAQUINARIA Y UTILLAJE A PODER Y POSESIÓN DE LA SOCIEDAD CONSTITUÍDA.

Resolución de 10 de noviembre de 1959 («B. O.» de 26 de igual mes).

En escritura autorizada el 29 de abril de 1958 se constituyó en Barcelona una Sociedad, en la cual la Compañía francesa «Le Car-

bone Lorraine», representada por don M. D., según poder autorizado por el Notario de París M. Yves-Bonnel, suscribió 1.000 acciones, representativas de la cuarta parte del capital social, transferibles a extranjeros; el importe de dichas 1.000 acciones era 1.000.000 de pesetas, por el que se aportaron el pleno dominio de maquinaria y utillaje, valorado en 955.313,85 pesetas, y el resto, de 44.686,15 pesetas en efectivo, que se ingresaría en la Caja Social tan pronto se obtuviese la instada y preceptiva autorización del Instituto Español de Moneda Extranjera, obligándose «a la entrega y saneamiento de las cosas objeto de aportación», en los términos establecidos en el Código Civil para el contrato de compraventa, siendo de aplicación las reglas del Código de Comercio sobre este mismo contrato, en cuanto a transmisión de riesgos. El texto del art. 26 de los Estatutos es del tenor siguiente: «Las vacantes que se produzcan en el Consejo, podrán ser interinamente provistas por personas que elija el propio Consejo y la designación será ratificada en la primera Junta general que se celebre o, en otro caso, la Junta hará otros nombramientos...

Presentada en el Registro Mercantil primera copia de la citada escritura, acompañada del poder de la Sociedad francesa suscriptora de acciones y de su traducción oficial, en que no se consignaba la firma del Notario francés autorizante del mismo, así como fotocopia del permiso del Ministerio de Industria para la aportación de la maquinaria francesa, fué calificada con nota del tenor literal siguiente: «Denegada la inscripción del procedente documento por los defectos siguientes: 1.º En la traducción de los poderes otorgados en lengua francesa por la Sociedad «Le Carbone Lorraine» a favor de don Mario Deprez Bornachea, a 18 de diciembre de 1957, acompañada al original, no resulta la firma de don Yves-Bonnel, Notario autorizante, que es precisamente la que es objeto de las subsiguientes legalizaciones. 2.º De la Resolución de la Dirección General de Industria, comunicada con fecha 29 de enero de 1958, que se acompaña por fotocopia autenticada, ni del documento presentado resulta la circunstancia necesaria de las autorizaciones previstas en la legislación vigente para la efectividad de las aportaciones de maquinaria y utillaje por parte de la Sociedad francesa «Le Carbone Lorraine» para pago de las acciones suscritas por la misma en el acto constitutivo; y 3.º El art. 26 de los Estatutos no se ajus-

ta a lo previsto en el párrafo segundo del art. 76 de la Ley de Sociedades Anónimas. No procede anotación de suspensión, aun en el caso de ser solicitada.

Interpuesto recurso por don Francisco Virgili Sorribas, Notario autorizante de la citada escritura de 29 de abril de 1958, constitutiva de la Compañía «Sociedad de Fabricación de Carbones Eléctricos, S. A. (S. O. F. A. C. E. L.)», a efectos exclusivamente doctrinales, y que desistió del tercer defecto de la nota, la Dirección confirma el acuerdo y los dos restantes defectos señalados por el Registrador, en méritos de la doctrina siguiente:

Que, por haber desistido el Notario recurrente del tercer defecto de la nota, las cuestiones que plantea este recurso, entablado tan sólo a efectos doctrinales, son las siguientes:

1.^a Si constituye un obstáculo para la inscripción el hecho de haberse omitido en la traducción de un poder, otorgado en lengua extranjera, la reseña de la firma del Notario autorizante, cuando se acompaña el original en donde precisamente consta, por ser la misma objeto de legalización.

2.^a Si la falta del permiso de importación de la maquinaria y utillaje extranjero aportados escriturariamente a la Sociedad en constitución implica que tal aportación no es todavía efectiva o real, y en consecuencia no puede considerarse hecho el correspondiente desembolso a la propia Sociedad.

En cuanto a la primera cuestión que, si bien en la traducción del *brevet* francés hecha por el fedatario español—autorizado para ello conforme al artículo 253 del Reglamento Notarial—no figura la constancia de la firma de su colega extranjero, del mismo texto traducido—«Y previa lectura, el compareciente ha firmado conmigo el Notario»—, así como de todo el proceso de autenticación de su firma, mediante las legalizaciones correspondientes, que aparece igualmente bajo la fe del traductor, se deduce claramente la existencia tan sólo de un «lapsus» de tipo material, fácilmente corregible por omisión de un dato del documento original, y que, aun cuando pueda dudarse de que esto constituya técnicamente un defecto—máxime teniendo en cuenta que al texto traducido se ha acompañado en su presentación al Registro el documento francés en el que figuran, incluso con distinta clase de tinta, las dos firmas ilegibles, correspondientes una al otorgante y otra al fedatario—,

siempre será conveniente subsanar una omisión de esta naturaleza, con objeto de que en el Registro ingresen los títulos y documentos en forma clara e inequívoca y pueda realizarse sin entorpecimiento la función calificadora.

Que las disposiciones dictadas a consecuencia del régimen de liberalización establecido, entre otras, el Decreto de 27 de julio de 1959 sobre inversión de capitales extranjeros, que deroga el artículo 5.º de la Ley de Protección a la Industria Nacional, de 24 de noviembre de 1939, han afectado profundamente a la materia que constituye el objeto del segundo defecto de la nota calificada, el cual, no obstante, debe ser tratado y resuelto según las normas vigentes en el momento de extensión de la nota, que exigían, en el supuesto de constitución de sociedad con participación de divisas o maquinaria aportada por extranjero, autorización del Ministerio de Industria sobre la conveniencia y establecimiento de la misma, otra del Instituto de Moneda Extranjera sobre importación de divisas que correspondan al contravalor de las acciones suscritas y una última del Ministerio de Comercio con la licencia de importación de la maquinaria o utillaje.

Que una de las máximas preocupaciones de la Ley de Sociedades Anónimas, de 17 de julio de 1951, puesta de relieve en la exposición de motivos y plasmada, entre otros, en los artículos 8.º, 12, 20 y 31 de la misma, fué la de asegurar la efectividad de las aportaciones realizadas a cambio de las acciones recibidas, ya que la aportación se hace no sólo en interés de la Sociedad para integrar su propio patrimonio, sino—lo que es más importante—en interés de los acreedores, que tienen su garantía en la cifra de capital social de la Compañía, el cual, como fondo de responsabilidad que es, debe corresponder con las aportaciones realmente hechas, y por ello el párrafo 2.º del citado artículo 31 de la ley establece la obligación, por parte del aportante, de la entrega y saneamiento de la cosa en los términos prescritos en el Código Civil para el contrato de compraventa, que se apliquen las reglas del Código Civil sobre este mismo contrato en punto a transmisión de riesgos, e incluso obliga a revisar, por parte de los administradores—artículo 32—, las valoraciones hechas de estas aportaciones no dinerarias en un plazo de cuatro meses, a contar desde la constitución de la Sociedad.

Que, consecuentemente con lo expuesto, no puede entenderse que la Sociedad constituida haya recibido efectivamente la aportación de la maquinaria y utillaje, sito en el extranjero, por parte de la Sociedad francesa, porque la eficacia del contrato depende de la autorización del Instituto de Moneda Extranjera—Decreto de 24 de noviembre de 1939—y de la correspondiente licencia de importación, permisos no presentados en el momento de extender la nota, sin que sea suficiente la tradición instrumental derivada del artículo 1.462 del Código Civil, la cual, en régimen de emergencia, encuentra enervada su efectividad por el requisito de dichas autorizaciones; por todo lo cual hay que concluir que, al no haber ingresado en la Caja social los bienes que deben ser aportados, no están completamente desembolsadas las acciones suscritas hasta tanto no pase libremente dicha maquinaria y utillaje a poder y posesión de la Sociedad constituida.

NO PROCEDE RESOLVER EN RECURSO GUBERNATIVO LA NEGATIVA DEL REGISTRADOR A PRIVAR DE EFECTOS A UN ASIENTO DE INSCRIPCIÓN MEDIANTE ESCRITO QUE SE LE DIRIGE A TAL EFECTO.

Resolución de 24 de noviembre de 1959 («B. O.» de 5 de diciembre).

El 2 de febrero de 1957, al número 181 del Diario 23 del Registro de Riaza, se asentó una certificación duplicada expedida por el Secretario de la Comunidad de Villa y Tierra de Fresno de Cantespino, con el visto bueno del Alcalde Presidente de la misma, para inmatricular, conforme al artículo 206 de la Ley Hipotecaria y 303 de su Reglamento, varias fincas pertenecientes a dicha Comunidad, entre las que figuraba «un campo titulado Reyertas de Valdesoria, proindiviso con Campo de San Pedro, en término municipal del mismo». Tal certificación, como título de la finca mencionada, causó el 15 de febrero del mismo año la inscripción primera de la finca número 4.080, al folio 34 del tomo 569 del archivo, libro 28 del Ayuntamiento de Campo de San Pedro. El 12 de febrero de 1957 el Alcalde de Riahuélas dirigió escrito al Registrador de Riaza pidiendo dejase sin efecto la inscripción a favor de la Comunidad, y dicho funcionario contestó en 14 de marzo

que el procedimiento indicado para lograrlo era la demanda judicial.

Interpuesto recurso contra la negativa del Registrador a cancelar la inscripción, la Dirección confirma el auto del Presidente de la Audiencia, ratificatorio de dicha negativa, en méritos de la irrefutable doctrina siguiente:

Que con la interposición de este recurso se pretende cancelar en el Registro el asiento de inscripción de una finca que aparece inmatriculada de conformidad con lo establecido en el artículo 206 de la Ley Hipotecaria, en virtud de una certificación de dominio expedida por el Secretario del Ayuntamiento en cuya circunscripción radica.

Que este recurso gubernativo no ha sido incoado con el objeto de impugnar la nota de suspensión o denegación de un asiento puesta por el Registrador en un título inscribible, sino para privar de efectos a un asiento de inscripción practicado en los libros registrales y que se encuentra, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.º de la ley, bajo la salvaguardia de los Tribunales de Justicia y que no puede ser rectificado si se exceptúan los casos previstos en el título VII de la misma ley más que por sentencia obtenida en el procedimiento adecuado.

Que, en consecuencia, carece el recurso de los requisitos indispensables, según el artículo 18 de la ley y 112 y siguientes del Reglamento para su ejecución para poder ser debidamente tramitado, toda vez que no aparece fundado en ningún instrumento público o documento inscribible, conforme al artículo 33 del propio Reglamento Hipotecario, ello sin perjuicio del derecho de la Corporación Pública para ejercitar conforme al 348 del Código Civil la acción reivindicatoria que ampare su dominio y poder asimismo contender con los interesados acerca de la validez o nulidad del título que provocó la inscripción.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO,

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL

II.—*Propiedad.*

SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 1958.—*Adquisición de aprovechamiento de aguas públicas.*

El derecho de aprovechamiento de las aguas públicas, con carácter exclusivo, se adquiere, bien por concesión administrativa, bien por prescripción de veinte años, sin oposición de la Autoridad o de terceros, regulándose el contenido del derecho por los términos del acto administrativo en el primer caso, y por el modo y forma en que vino haciéndose el disfrute en el tracto posesorio, en el segundo supuesto, según el artículo 409 del Código Civil relacionado con el 149 de la Ley Especial de Aguas.

III.—*Obligaciones y contratos.*

SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 1958.—*El inquilino tiene derecho al retracto legal e impugnación de precio, en la transmisión de parte indivisa de la nuda propiedad.*

Si bien es cierto que la doctrina del Tribunal Supremo no ha sido uniforme en la materia y que la sentencia de 24 de enero de 1928 declaró que el derecho de retracto requiere para su ejercicio que se encuentren reunidos en una sola persona el usufructo como dominio útil y la nuda propiedad o dominio directo, pues la reunión y consolidación de ambos es lo que en realidad constituye la propiedad o dominio pleno de una cosa, y, por tanto, fuera de los casos determinados especialmente entre coherederos o comuneros, el retracto ha de referirse siempre a la transmisión de un derecho perfecto y completo, no de un derecho incompleto y falto de virtualidad para su consolidación, no es menos cierto que la sentencia del propio Tribunal de 3 de diciembre de 1946, que esta Sala hace suya, llega a distinta conclusión proclamando que entendido el

dominio como señorío abstracto y unitario sobre una cosa y no como suma de las facultades que le son propias, de las que puede verse privado el propietario temporalmente, sin que por ello se pierda la integridad potencial determinante de la posibilidad de una recuperación efectiva de todas las facultades dominicales, se comprende bien que la venta de la nuda propiedad con reserva del usufructo vitalicio no supone una desintegración del dominio, pues éste pasa totalmente al nudo propietario. El usufructo reservado constituye mero gravamen o Derecho real en una cosa de ajena pertenencia, que es el concepto que en nuestro derecho, esencialmente inspirado en el Derecho romano, le asigna el artículo 467 del Código Civil, no tiene el usufructuario el carácter de titular de un dominio dividido, sino de un Derecho real de goce o gravamen del dominio único y abstracto, de todo lo cual se desprende que el actor, como titular del derecho de retracto sobre el piso objeto de la venta, puede ejercitar la acción de impugnación del precio por exceso en el mismo, y que la sentencia recurrida, al no entenderlo así, ha infringido por falta de aplicación los artículos 67 y 68 en relación con el 63 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que se citan en el segundo motivo del recurso.

SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1958.—Plazo para ejercitar el retracto por el inquilino cuando la venta no se ha inscrito.—Consumación de la venta.

Que si bien es cierto que el artículo 64 del texto articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946 previene que los plazos para ejercitar la acción de retracto a que dicho precepto se refiere, se contarán desde que fuera inscrita la transmisión en el Registro de la Propiedad, no es menos que tal disposición sólo puede ser aplicable en los casos en que la inscripción se haya verificado; pero no cuando la misma no ha llegado a tener efecto, pues para tal supuesto rige el particular del mismo precepto legal que determina que, a falta de inscripción, tales plazos se contarán desde que el retrayente hubiese tenido conocimiento de la venta, habiendo establecido la jurisprudencia que no basta la mera noticia de aquélla, sino que es necesario el conocimiento completo de los pactos y condiciones consignados en la escritura para que en su vista pueda el interesado ejecutar si le conviene la acción de retracto y la consiguiente subrogación en los derechos y obligaciones del comprador, a quien ha de sustituir. Como en el presente caso el retrayente fué notificado de la existencia de la venta el 16 de febrero de 1955, mediante la remisión por medio de Notario de la copia literal de la escritura de compraventa, es visto que el conocimiento de tal acto jurídico que el retrayente tuvo fué perfecto, y, por tanto, que desde tal día comenzó a correr el plazo que para ejercitar la acción tenía, y como no la ejercitó hasta el 8 de junio siguiente en que fué presentada la demanda, tal plazo había transcurrido lo mismo en el supuesto de que dicho plazo fuera el de quince días a que se refiere el apartado c) de dicho precepto legal que el de sesenta comprendido en el a) del mismo artículo, por lo que la Sala sentenciadora, al declarar caducada dicha acción, aplica debidamente el citado artículo 64 y no comete la infracción del mismo que le atribuye el primer motivo del recurso.

Que aunque la acción de retracto exige para su viabilidad que la venta haya sido consumada, la consumación no la determina la inscripción de tal acto en el Registro de la Propiedad, como el recurrente sostiene en el segundo motivo del recurso, sino la tradición real o simbólica de la cosa vendida y como la venta se realizó mediante escritura pública el otorgamiento de ésta, como

dice el artículo 1.462 del Código Civil, equivale a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario, circunstancia esta última que no solamente no concurre, sino que en la propia escritura se declara expresamente que el comprador queda posesionado del piso que adquiere por el hecho del otorgamiento de aquélla, por todo lo cual la sentencia recurrida al computar el plazo para el ejercicio de la acción desde el momento en que tal escritura fué notificada no desconoce la naturaleza real de tal acción ni la del derecho de retracto origen de la misma definidos por el artículo 1.521 del Código Civil, cuya infracción no puede ser estimada.

SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1958.—*El domicilio y valoración fijados para el procedimiento judicial sumario, son válidos en el procedimiento ejecutivo ordinario.*

Si se entiende que las citaciones, emplazamientos y requerimientos fueron hechos en el domicilio señalado en las escrituras de préstamo hipotecario, mal puede admitirse que debieron ser practicados en el que realmente tuviera el deudor demandado, el cual era ignorado al ser presentada la demanda. En todo caso, quien imposibilitó el conocimiento de su domicilio real fué el propio recurrente, pues siendo una de las acciones que se reconocían en favor del acreedor la del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, incumplió lo ordenado en su artículo 130, al no dar conocimiento al acreedor del cambio de domicilio, que se haría constar en acta notarial, única forma fehaciente admitida por la ley, toda vez que este procedimiento estaba atribuido al acreedor, pero que indudablemente, cualquiera que sea el seguido, hace preciso estimar que el domicilio fijado no había sido cambiado, y menos puede admitirse que esta infracción legal favorece al recurrente que la produjo.

Tanto la fijación de domicilio como la expresión de la cantidad en que los bienes habrían de subastarse, en su caso, es aplicable a todos los procedimientos que el acreedor estaba facultado para seguir, a fin de obtener el cobro de su crédito, y que si bien el artículo 1.483 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere al caso de que los bienes embargados sean muebles, sus normas, según la doctrina, son también aplicables al avalúo de los inmuebles, conforme ordena el artículo 1.494 que a aquél se remite sin reserva alguna, por lo que no cabe hacer una distinción que no se establece y que se refiere al avalúo de inmuebles; sin que tengan mayor consistencia los razonamientos que hace el recurrente respecto a la existencia de segundos acreedores hipotecarios, pues éstos, según afirma la sentencia recurrida, tuvieron conocimiento del procedimiento de apremio, sin que ejercitaran los derechos que la ley les confería, y, como bien dice tal sentencia, a ellos exclusivamente les asiste ese derecho que no puede hoy arrogarse el recurrente por serle ajeno.

SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1959.—*No existe una noción unitaria jurídica de solar.—La habitabilidad del edificio ha de ser referida al momento de la constitución de la relación arrendaticia.—La cuestión referente a la habitabilidad de la finca arrendada es un problema estrictamente jurídico, a efectos del pleito.*

No existe una noción unitaria de solar que pueda elaborarse a base de fundir los conceptos empleados por el legislador, ya que no coinciden las definiciones

legales que sobre el particular se encuentran en el derecho fiscal (artículos 497 y 587, número 3.º del texto articulado de la Ley de Régimen Local de 17 de julio de 1945), en el Derecho administrativo (artículo 1.º de la ley de 15 de mayo de 1945, artículo 3.º del Reglamento de 23 de mayo de 1947 sobre Ordenación de Solares y artículos 63 y 142 de la ley de 12 de mayo de 1956), y en el Derecho Social Agrario (artículo 2.º de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935).

Si de la finca arrendada no forma parte integrante una edificación, cualquiera que sea la solidez de su fábrica, o la edificación es inhabitable, o siendo habitable no constituye el objeto principal de la relación jurídica, el arrendamiento quedará al margen de la ley especial, sin que deba preocupar, si la finca excluida ya de este ordenamiento responde al concepto de solar, concepto inexistente dentro del Derecho excepcional de Arrendamientos Urbanos o si la edificación merece la calificación de permanente o provisional.

Para que el arrendamiento quede regulado por la ley especial, es preciso que el edificio arrendado sea habitable, ya sea para vivienda, ya para local de negocio, aunque el módulo, conforme al cual ha de apreciarse la habitabilidad de un edificio, sea distinto según el destino al que haya de dedicarse. Sería equivocado aplicar a la habitabilidad de los locales de negocio, el módulo correspondiente a las viviendas.

La habitabilidad del edificio ha de ser referida al momento de la constitución de la relación arrendaticia, como establece la sentencia de 28 de diciembre de 1953, pero no al momento de la demanda.

La cuestión referente a la habitabilidad de la finca arrendada, que en sus elementos básicos constituidos por la naturaleza y realidad de la misma, es un mero hecho, en su calificación a los efectos del pleito es un problema estrictamente jurídico, pues tal calificación no depende sólo de las condiciones materiales y físicas del terreno, sino de que esas sean precisamente las características que exigen los cuerpos legales a los terrenos o locales para enmarcarlos en sus preceptos, y la interpretación de éstos para aplicarlos a la realidad, es una labor doctrinal y técnica del juzgador de instancia, que, por esos caracteres, puede ser impugnada en casación por la vía del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (sentencia de 28 de diciembre de 1953).

IV.—Sucesión «mortis causa».

SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1958.—*Validez de la disposición testamentaria que ordena se pague en metálico parte de la legítima.*

La testadora dispuso que la totalidad de sus acciones de la Sociedad «Herederos de A. B. S. A.» se adjudicasen por su justo valor y en proporción a sus respectivos haberes hereditarios a aquellos de sus herederos que al tiempo del fallecimiento de la misma fueran titulares en plena propiedad de acciones de dicha Compañía y que la participación que le correspondía en la Compañía «Pesquera A. S. L.» se adjudicara en proporción de sus haberes hereditarios respectivos, a aquéllos de sus herederos que al tiempo del fallecimiento de la testadora fueran socios de dicha Sociedad. En su caso, los adjudicatarios de las referidas acciones y participación social abonarían en metálico a sus coherederos el exceso de los resultados en la adjudicación.

Instada demanda pidiendo la nulidad de esta cláusula testamentaria, la

nulidad de la partición practicada conforme a ella, etc., el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia absolutoria. La Audiencia Territorial la revocó y estimó las nulidades pedidas. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación y mantuvo el criterio del Juzgado, razonando así:

Que las dos cuestiones fundamentales discutidas se concretan a determinar si en la cláusula testamentaria la testadora hizo uso de la facultad que en el supuesto específico que contempla otorga a los padres el párrafo 2.º del artículo 1.056 del Código Civil, supuesto en el cual, en defensa de un criterio familiar, cabe satisfacer en metálico su legítima a los demás hijos—tesis del recurrente—, o si tratándose de un evento no previsto en la hipótesis legal, hay que reputar nula con todas sus consecuencias la referida cláusula, ya que en ella se desnaturaliza la legítima alterando en perjuicio de algunos legitimarios la composición cualitativa de los lotes adjudicados en la partición, pese a su idéntica valoración cuantitativa—tesis de los actores—.

No erró la resolución impugnada porque en el caso en litigio no se trataba de subvenir al legítimo deseo de conservar una explotación indivisa, mediante el arbitrio que el artículo 1.056 del Código Civil tiene previsto, sino de una expresión de voluntad referida exclusivamente al designio de impedir que de las Sociedades constituidas pudieran ser accionistas personas extrañas a la familia, y para ello, y sin excluir a ninguno de los herederos nominalmente designados, disponía que las acciones se adjudicaran por su justo valor y en proporción a sus respectivos haberes, según queda expresado, lo que no implica una operación particional, sino una terminante disposición testamentaria que, como las demás del testamento, señalaba a los contadores las bases sobre las que habían de actuar.

El segundo motivo del recurso, denuncia la violación de los artículos 1.056, párrafo 1.º del 808, 819, 829 y 1.045 del Código Civil, y en él, como en los demás que en el recurso se articulan, se trae a la casación un tema directamente enderezado a la nulidad con todas sus indeclinables consecuencias de la cláusula expresada del testamento, porque la sentencia de instancia sostiene que la naturaleza singular de la legítima impedía a la testadora disponer de los bienes relictos, compensando en metálico a los demás el importe de los respectivos lotes. En este punto, la decisión de la Sala no sólo tiene que abordar el problema doctrinal que el recurso y la sentencia plantean, sino decidir si en este caso, los hechos que han de enjuiciar se justifican la posición de la Sala al pronunciar la nulidad de la cláusula testamentaria, y con ella la de la partición que la tuvo en cuenta.

En cuanto al primero de los temas indicados, lo que ha de ponerse en claro, es lo relacionado con la naturaleza de los bienes que han de atribuirse al haber de la legítima (*pars hereditatis*) por oposición a *pars bonorum*, y si bien es verdad que en la doctrina, aunque no con unanimidad, se pretende encontrar un criterio favorable al concepto de la legítima como *pars hereditaris*, inferido del artículo 829 del Código Civil, del 838, del 840, párrafo 2.º, del 1.056, párrafo 2.º y del 1.062, el mero hecho de proveer a esas situaciones, que no por numerosas dejan de ser excepcionales, para casos irregulares y predeterminados, vigoriza la interpretación del artículo 806, en el sentido de afirmar que por regla general el derecho de los legitimarios así ha de tener en cuenta el volumen cuantitativo de las cuotas como los bienes de la herencia que han de adjudicarse para su pago (*pars bonorum*).

En relación con el segundo de los temas propuestos, no es cierto que en el caso concurren las circunstancias indispensables para aplicar la nulidad, por-

que la mera lectura de la cláusula en discusión pone de relieve que, mediante ella, no se trata de hacer una arbitraria distribución de bienes hereditarios, sino, por el contrario, el testamento coloca a todos los legitimarios en situación parigual, no sólo en relación con las acciones, sino también con los créditos que figuraban en el haber y que todos se distribuyeron atendiendo a la situación de hecho existente cuando la partición se practicó, de acuerdo con la situación creada por los legitimarios que había dispuesto de sus acciones y cumpliendo en ese punto lo dispuesto por la testadora. Por ello, es digna de casación la sentencia dictada por el Tribunal *a quo* que prescindiendo de la realidad de los hechos por él y por todos aceptada, aplicó, infringiéndolas, normas que no se hallan establecidas para ese supuesto, declarando nula una cláusula que patentemente no lo era.

Es interesante en los razonamientos expuestos, aquello de que en la interpretación del artículo 806, ha de tenerse en cuenta tanto el volumen cuantitativo de las cuotas («pars hereditatis»), cuanto la igualdad de los bienes en las adjudicaciones («pars bonorum»), posición que encierra una prudente solución ecléctica.

La doctrina y las legislaciones han vacilado al decidirse en tal cuestión.

Así, en Planiol, puede leerse: Pueden tomarse en consideración los derechos concedidos por la legítima y atender de modo especial a la situación del legítimo; por el contrario, se la puede definir atendiendo a los derechos de que priva al disponente y poner de manifiesto así el derecho de los legitimarios. Si se acepta el primer supuesto, habrá que determinar legislativamente la porción perteneciente a cada legítimo, dándole un derecho personal y cierto, independiente de toda condición que no sea su calidad de pariente del difunto; se trata de una «pars bonorum». Si, en cambio, se adopta la otra concepción el derecho del legítimo no queda establecido por la Ley; solamente se tiene en cuenta la obligación impuesta al difunto, privándole de disponer en exceso de ciertos límites; el resto pertenece a los legitimarios a título de herederos, quienes reciben, en tal caso, una «pars hereditatis». Los autores del Código—se refiere, claro está, al francés—han adoptado este segundo sistema. No han determinado la legítima que ha de atribuirse a tal o cual pariente; solamente se limitaron a fijar la cuota de libre disposición. Han dividido en dos partes el patrimonio del difunto: una de ellas disponible, la que puede ser objeto de donaciones y legados en favor de los terceros; la otra, es indisponible. Ya se descubre el principio fundamental. El título por el cual los legitimarios reciben los bienes declarados indisponibles, resulta de su condición de heredero.

Barasi, refiriéndose al Derecho italiano, afirma que los parientes designados por la ley tienen derecho autónomo e inmediato sobre una parte del patrimonio, parte que les está por ello reservada (de aquí el nombre de «reseva» y sustraída a la disponibilidad del testador.

Refiriéndose al Código alemán, Kipp dice que se ha unido al sistema de la legítima dineraria, para evitar discusiones jurídicas complicadas y para facilitar el saneamiento del caudal relicto. Concede, añade, una pretensión de la legítima sobre la mitad del valor dinerario de la porción hereditaria legal a los descendientes, a los padres y al cónyuge.

Para nosotros, sostiene Roca en sus «Estudios de Derecho privado», la legítima es la parte alicuota del activo hereditario, resultante una vez deducidas las deudas del causante, que la ley atribuye a determinadas personas llamadas legitimarios. Su concreción cuantitativa depende del valor de los bienes que quedaren una vez hecha la indicada deducción (art. 818), y ha de consistir en

definitiva en la percepción de bienes pertenecientes o comprendidos en la herencia (art. 806).

La legítima, pues, añade el mismo autor refiriéndose a nuestro Derecho, se convierte en un derecho de contenido actual a través de un criterio cuantitativo y de otro cualitativo. Consiste en una parte alicuota del saldo activo de los bienes relictos. Por ello, el legitimario a quien no se haya instituido heredero y a quien el testador no haya legado bienes concretos y determinados en pago de su derecho, tendrá un derecho cualitativamente igual al de un legatario de parte alicuota. El legitimario tiene, efectivamente, derecho a una «pars bonorum» (art. 806), que no se le podrá atribuir hasta que se hayan deducido las deudas (art. 818). Cuando se trate de concretar la legítima sobre bienes determinados, deberán ser aplicables los arts. 1.061 y 1.062 del Código civil. Así, resulta también del art. 832 del mismo Código, referente a la mejora.

La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1950 viene a decir, de pasada, que el legitimario aparece en nuestro sistema legal como titular de un derecho sobre un valor económico dinerario («pars valoris bonorum»). La que hoy estudiamos viene a contener una rectificación de tal aserto, a dar una solución más adecuada a la realidad y costumbres de nuestro Derecho sucesorio común.

El problema está, hoy por hoy, planteado y vigente. Ahora que se piensa en la indivisibilidad de ciertas explotaciones y patrimonios agrícolas y en la posibilidad de resolver la cuestión de la legítima con el pago en dinero, adquiere la cuestión una candente actualidad. Esta sentencia y estas breves consideraciones pueden ser acicate para estudios más completos y reposados.

SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1959.—Desheredación, declarada nula por sentencia, de una hija. Efectos: *No es equiparable a la preterición. El desheredado no tiene derecho a participar en el tercio de libre disposición ni en el de mejora.*

No puede identificarse la preterición de un heredero con la desheredación inválida, que sólo anula la institución cuando perjudique al desheredado, pues claramente dispone el art. 851 que la institución es válida si no perjudica o en cuanto no perjudique al desheredado. Lo que hay que discriminar es en dónde empieza y acaba el perjuicio, sin olvidar que en la preterición no hay voluntad declarada del testador, mientras que en la desheredación esta voluntad está declarada, y sabido es cómo el testamento debe ser respetado y constituye la norma de la sucesión, en aquello que no se oponga a la ley o al derecho necesario que sobre ella debe imperar.

Que el padre testador puede disponer de dos tercios de la herencia, uno, el de libre disposición en favor de quien quiera, en donde están incluidos los hijos; y otro, el de mejora, sólo en favor de éstos, y, por consiguiente, los hijos no tienen más derecho en la sucesión de los padres, en contra de la voluntad de éstos, que a la legítima estricta.

Que la nulidad de la desheredación, al lado de la nulidad limitada o restringida de la institución de herederos, salva las mandas y mejoras que el testamento contenga y todas las demás disposiciones en lo que no perjudiquen la legítima.

El desheredado, cuya desheredación se ha declarado nula, sólo tiene derecho al tercio de la legítima estricta, pues es indudable que desde el momento en que el testador le excluye de la herencia, esta voluntad debe prevalecer en

cuanto no perjudique su derecho, y ninguno tenía al tercio de mejora al margen de la voluntad del testador, existiendo, como existen otros hijos. Por tanto, expresamente resulta excluido por el testamento de la mejora, que debe seguir la misma suerte que el tercio de libre disposición. No es posible dudar de que la terminante institución de herederos y la exclusión total de la herencia del recurrido, ha de llegar al límite de las atribuciones del testador, pues la voluntad expresa de éste de desheredar totalmente a un hijo, incluye la desheredación parcial en aquella parte que depende de la voluntad de dicho testador.

SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 1958.—*Partición nula por falta de consentimiento de un interesado. Negocio inexistente. No prescribe la acción que en él se funda.*

Negocio jurídico inexistente es el que carece de algún elemento esencial, a saber: el consentimiento, la causa o el objeto, o también la forma en aquellos negocios en que ésta se exige como requisito «ad solemnitatem», siendo la inexistencia perpetua e insubsanable, por lo que no puede ser objeto de confirmación ni prescripción, conforme al clásico principio romano «*quod ab initio nullum est non potest tractu temporis convalescere*».

Nuestro Código civil excluye la posibilidad de confirmación de los contratos inexistentes al disponer en el art. 1.310, que «sólo son confirmables los contratos que reúnen los requisitos expresados en el art. 1.261 y la jurisprudencia de esta Sala, igualmente ha excluido la prescripción, declarando terminantemente la sentencia de 11 de enero de 1928, que, como la inexistencia es perpetua e insubsanable, no cabe prescripción de la acción o excepción que en aquélla se funde.

En el caso de autos, la Sala sentenciadora, después de estimar inexistente la partición obrante en el documento privado de 21 de junio de 1932, por haberse verificado cuando el actor, hoy recurrente, tenía trece años, tanto más cuanto la minoridad civil no sólo no fué, sino que no podía ser, suplida, pues no estaba constituido el Consejo de Familia, para manifestación de consentimiento, acoge en su sentencia recurrida la excepción de prescripción de la acción, infringiendo el art. 1.261 del Código civil y la doctrina jurisprudencial antes invocada, como denuncia el motivo 2.º del recurso, que debe ser estimado, siendo inútil el examen de los restantes motivos.

SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1958.—*Efectos de la declaración de herederos.*

Hay que estar a la situación legal creada por la declaración de herederos, que si bien no es de la misma consistencia que las sentencias dictadas en juicio contradictorio, sí crea una situación de derecho que produce todos sus efectos, mientras no sea impugnada y anulada en el juicio pertinente.

BARTOLOMÉ MENCHÉN,
Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 14
de octubre de 1958.*

LA NOTIFICACIÓN DE UNA LIQUIDACIÓN GIRADA A NOMBRE DE PERSONA QUE FALLECE ANTES DE SERLE NOTIFICADA ES NULA SI SE REALIZA A NOMBRE DE LA MISMA, AUNQUE LA FIRME UN HIJO Y HEREDERO DE AQUÉLLA.

Antecedentes.—Realizada una liquidación a nombre de marido y mujer conjuntamente, el marido falleció antes de serle notificada. Por ello, al llevar a cabo la notificación a nombre del marido, firmó la diligencia de notificación pertinente un hijo y heredero del matrimonio. Y seguido procedimiento de apremio para hacer efectiva la liquidación, se alegó en el momento procesal oportuno la nulidad de la notificación como efectuada a nombre de persona fallecida con anterioridad al momento de realizarla.

El Tribunal Provincial sostuvo la validez de la diligencia de notificación, fundándose en que el hijo y heredero se subroga en todos los derechos y obligaciones de su causante conforme al artículo 661 del Código Civil.

El Central, después de decir que la notificación de las liquidaciones es preceptiva en relación con todos los interesados de

acuerdo con el art. 171 del Reglamento, y que ha de hacerse con todos los requisitos del Reglamento de Procedimiento, cosa que no se cumplió con la viuda reclamante, deduce, en su consecuencia, que la notificación es completamente ineficaz y vicia de nulidad todas las diligencias y actuaciones subsiguientes; y añade que esta conclusión no se altera por la circunstancia de haber sido firmada la notificación por un hijo de la reclamante, ya que no consta que fuera mandatario o representante de ella ni que dicha señora hubiese ratificado posteriormente la notificación.

Comentarios.—Pocos sugiere y necesita el criterio que la Resolución comentada mantiene: en puridad legal y reglamentaria, la doctrina que sienta es impecable y perfectamente concorde con la ley, pero acaso esta concordancia se encuentre más fácilmente con la letra de la ley que con su espíritu. La ley lo que quiere es que el contribuyente conozca con precisión sus obligaciones tributarias y los recursos y plazos que tiene para su defensa, y esto parece claro que quedó asegurado al ser notificado el hijo y coheredero. Y fuera de esta consideración, es de notar que si es válida la notificación, en el caso de ausencia del notificado, hecha en la persona de un familiar, un criado e incluso un vecino, ¿por qué no ha de serlo la realizada por medio de la persona de un hijo que hereda, juntamente con su madre, al obligado al pago de la liquidación notificada?

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 21 de octubre de 1958.

EL REINTEGRO HECHO POR LOS SOCIOS DE UNA SOCIEDAD AL ACERVO SOCIAL DE LA MISMA PARA ENJUGAR LAS PÉRDIDAS SUFRIDAS, CONSTITUYE UNA APORTACIÓN LIQUIDABLE AL 1 POR 100, NÚM. 58 DE LA TARIFA DEL IMPUESTO.

Antecedentes.—La Sociedad anónima L. A. presentó a la Abogacía del Estado una solicitud haciendo constar que, como consecuencia de fuertes pérdidas en el ejercicio 51-52, incidía en lo dispuesto en el art. 150 de la Ley de Sociedades anónimas de 17

de julio de 1951, y por ello los accionistas habían acordado unánimemente la regularización financiera de tal situación, y al efecto habían reintegrado a la entidad el importe de una parte de las pérdidas, en cuantía de 1.750.000 pesetas; lo que la Sociedad ponía en conocimiento de la Oficina liquidadora, a los efectos de la liquidación o exención del impuesto de Derechos reales.

La Oficina liquidadora giró liquidación a cargo de la Sociedad por el concepto «Sociedades», núm. 58 de la Tarifa al 1 por 100, y no conforme, la entidad la recurrió, aduciendo que se trataba de un acto exigido por la citada ley de Sociedades anónimas para evitar la disolución, y por tanto exento del impuesto, como comprendido entre los exentos mencionados en la disposición transitoria vigésima de la expresada ley, y, en otro caso, que lo precedente era calificarlo como no sujeto por analogía con los reintegros de pérdidas con cargo a beneficios, los cuales en ningún caso se consideran sujetos al impuesto.

El Tribunal Provincial, entendiendo que si bien la Tarifa, en el núm. 58, refiere el gravamen por el concepto de «Sociedades» a las aportaciones que se hacen al constituir las o a las posteriores que se refieren a los aumentos de capital, cuyos conceptos son distintos al de reintegro de las pérdidas por los accionistas, también es verdad que el apartado 13) del art. 19 del Reglamento—hoy apartado 14) en el vigente Reglamento de 1959—, dispone que todo acto que dé lugar a nuevas aportaciones se considerará como constitución de Sociedad y tributará como tal constitución.

El Central, al conocer, en apelación, en la Resolución que comentamos, insiste en la doctrina del Provincial, y dice que aunque el acto estudiado supone una transmisión de bienes de manera definitiva con carácter análogo al de una subvención o de una cesión a título oneroso, gravada al 3 por 100 en los números 14 y 46 de la Tarifa, no se debe desconocer que en el caso ha existido una reducción del capital social, y que, por tanto, las cantidades aportadas por los socios encierran un acto de aumento del capital social existente, por aportación de los accionistas, que obliga a considerar tales aportaciones como comprendidas en el apartado XVI del art. 2.º de la ley del impuesto de 7 de noviembre de 1947 y en el núm. 58 de la Tarifa, y en el aparta-

do 13) del art. 19 del Reglamento de la misma fecha, comprensivos de todo acto que dé lugar a nuevas aportaciones de los socios.

Respecto al argumento esgrimido por la Sociedad, consistente en ser de aplicación la transitoria 20 de la aludida ley de 17 de julio de 1951, sobre exención de los actos y documentos de las Sociedades preexistentes a ella, necesarios para adaptarse al contenido de la misma, la Resolución del Central dice que, por tratarse de pérdidas sufridas en el ejercicio social de 1951-52 eran de plena aplicación los preceptos de la repetida ley sin necesidad de acto o documento alguno de adaptación, porque el acto se causó vigente ya la ley, dado que la aportación o regularización del capital se realizó después de 1 de enero de 1952, fecha de vigencia de la ley, según decreto-ley de 18 de agosto de 1951.

Termina la Resolución estudiada por hacerse cargo del argumento de la recurrente cuando ésta dice que así como los reintegros de las pérdidas sociales no devengan impuesto, si se imputan a los beneficios, tampoco lo deben devengar cuando tales pérdidas las sufragan directamente los socios; y dice el Central que el argumento es inadmisibile, porque entre ambos supuestos no media ninguna analogía, por la sencilla razón de que, en el caso cuestionado hay un acto oneroso de transmisión de dominio y en el otro no media tal transmisión.

Comentarios.—Por nuestra parte, tenemos que decir, siempre respetuosos con el Tribunal Central, que así como estamos plenamente conformes con la inaplicabilidad de la vigésima disposición transitoria de la ley de 1951, puesto que el acto nació bajo la plena vigencia de la misma y no requería ninguna modificación de los Estatutos sociales para ser obligatorio, y así como igualmente estamos de acuerdo en que no hay paridad ni semejanza entre el acto de deducir de las ganancias las pérdidas, o dicho con más propiedad, entre el acto de fijar las ganancias teniendo en cuenta los gastos y demás elementos negativos de la vida económica de la Sociedad, y el de subvenir los socios a tales pérdidas, no lo estamos tanto en cuanto a que se trate de una *aportación social* de las que el art. 19 del Reglamento tarifa en los apar-

tados 1), 2), 8 e incluso el 13) —que fué el aplicado— del Reglamento de 1947, bajo cuyo imperio se enjuició la cuestión.

Y la razón que nos induce a la vacilación es ésta: la aportación propiamente dicha del socio a la Sociedad, esto es, al haber social, implica, por su propia naturaleza, una serie de derechos frente a la entidad, entre los que descuella el de reconocérsele en aquel haber una participación equivalente, cosa que en nuestro caso no puede ocurrir, porque, aunque sobre esto nada diga el acta o documento liquidado ni tampoco esté previsto el evento en la legislación positiva, es claro que los socios ahora aportantes cedieron a fondo perdido, y sus derechos ante la persona jurídica, como tales socios, son los mismos que ya ostentaban con arreglo a sus primitivas aportaciones y a las acciones que les correspondían. Es decir, que su posición jurídico-social no ha cambiado; de manera que si en lo futuro esa minoración del capital social se repara y sanea hasta reconstituir y aun superar el primitivo capital, no por ello los socios podrán alegar más participación en él que la que primitivamente tenían en relación con las acciones poseídas; sin que esto quiera decir que entre los socios y la Sociedad no haya nacido, merced a tales entregas, otro vínculo jurídico que engendre obligaciones de la Sociedad a favor de los socios.

Esta dificultad y esta falta de reciprocidad entre las obligaciones de la Sociedad y de los socios frente a ella, como tales socios, aparecen en realidad apuntadas en la Resolución comentada, cuando dice, según anotamos anteriormente, que el acto estudiado supone la transmisión definitiva de bienes de carácter análogo al de una subvención o al de una cesión a título oneroso gravada con el 3 por 100, siquiera se traduzca en aumento de capital social. Aumento del capital social, sí, decimos nosotros también, pero sin reciprocidad de derechos a favor de los socios como tales, puesto que estos derechos, repetimos, siguen siendo los mismos que habían adquirido cuando desembolsaron el capital representado por sus acciones.

Por todo ello, nos parece que en estricto derecho fiscal es más fácilmente defendible la calificación del acto cuestionado como subvención o como cesión, que no como aportación social de las comprendidas en el art. 19 del Reglamento del impuesto.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 21 de octubre de 1958.

AFIANZADAS POR D. F. G., EN DOCUMENTO PRIVADO, HASTA CIERTA CANTIDAD, TODAS LAS OPERACIONES MERCANTILES QUE REALIZASE UNA EMPRESA CON UN BANCO, EL ACTO HA DE CONSIDERARSE EXENTO DEL IMPUESTO.

Antecedentes.— El contrato comprendía las operaciones siguientes:

a) El buen fin de las letras que el Banco tenga descontadas o descuento en lo sucesivo a la Compañía afianzada.

b) El buen fin de cualquier otro documento que el mismo Banco descuenta o negocie por cuenta de dicha Compañía.

c) El importe de cualquier descubierto en la cuenta de la misma, y, en general, cualesquiera descubierto en favor del Banco en la cuenta de la Sociedad; constando que la fianza es de carácter mercantil, y apareciendo formalizado el contrato con intervención de Agente de Cambio y Bolsa.

El contrato fué liquidado por la Oficina liquidadora por el concepto «fianzas», y recurrida la liquidación por el Banco, con fundamento en que el art. 13 del Reglamento del impuesto de 1947, apartado 2), exceptúa del tributo las fianzas convencionales cuando el contrato garantizado no esté sujeto al impuesto o esté exento, como ocurre en el caso, al referirse la garantía a operaciones bancarias exentas, conforme al núm. 7.º de los artículos 3.º y 6.º, respectivamente, de la ley y Reglamento de 7 de noviembre de 1947, aplicables al caso.

El Tribunal Provincial desestimó el recurso, fundándose en que los actos afianzados son variados y complejos y no se puede afirmar *a priori* su exención del impuesto, y en su consecuencia declarar la del acto accesorio.

Planteado el tema ante el Tribunal Central, éste dice que la simple enumeración de las operaciones garantizadas en el contrato, acredita cumplidamente que se refieren a negociaciones de tráfico mercantil comprendidas en la exención regulada en los citados preceptos fiscales, la cual, en relación con la regulada en el

núm. 8.º de los antedichos artículos, está establecida ante la necesidad de favorecer y no poner trabas a dicho tráfico, sea de mercaderías, sea de operaciones de cambio.

En su consecuencia, declara ser de aplicación la pretendida exención por aplicación de los citados artículos de la legislación de 1947, que se corresponde, añadimos nosotros, con los números 8.º y 20 del art. 3.º de la vigente ley del impuesto de 21 de marzo de 1958, y los mismos números del art. 6.º del Reglamento de 15 de enero de 1959.

El caso es de extrema claridad y no requiere otro comentario que el de prestar la conformidad del comentarista.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 21 de octubre de 1958.

EN LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO, REGULADAS EN EL ART. 51 DEL REGLAMENTO LAS LIQUIDACIONES QUE SE PRACTICAN, SALVO LA ÚLTIMA, SON PROVISIONALES Y SOMETIDAS A RECTIFICACIÓN AL TÉRMINO DEL CONTRATO EN CUANTO A LA BASE LIQUIDABLE, Y POR TANTO NO SON RECURRIBLES.

Antecedentes.—En un contrato de ejecución de obras con suministro de cuantía superior a 250.000 pesetas, de más de un año de duración, se liquidó e ingresó la liquidación inicial correspondiente, y posteriormente, con motivo de presupuesto adicional, se giró y pagó la procedente en cuanto a ese presupuesto.

Ante ella el contribuyente entendió que, comparadas ambas liquidaciones, resultaba una duplicación de pago, y dentro del plazo de cinco años pidió la devolución de lo que consideraba indebidamente pagado.

La Delegación Central de Hacienda, interviniente en el caso, fundándose en la provisionalidad de las liquidaciones que se practican, al aplicar el citado art. 51 entendió que no concurría la pretendida duplicación de pago, y denegó la devolución.

El Tribunal Central, en alzada, dice que las devoluciones fundadas en duplicación de pago requieren inexcusablemente que la duplicación se refiera a «una liquidación anterior que tenga, a to-

dos los efectos, la calificación legal de definitiva y no a una provisional, porque, implicando ésta la revisión o comprobación posterior para su elevación a definitiva, cuando se produzcan los supuestos de hecho necesarios para concretar la base, concepto y tipo de liquidación», es tal momento el adecuado para instar las rectificaciones y devoluciones que la revisión produzca con relación a las anteriores liquidaciones, y aquí las liquidaciones enfrentadas son provisionales: la primera, con arreglo al presupuesto inicial, y la segunda a otro adicional; es decir, no por obras ejecutadas, sino presupuestadas y, por lo mismo, pendientes de la liquidación procedente al terminar el contrato.

Por consiguiente, siendo rectificables las liquidaciones enjuiciadas al practicar las posteriores, el error de hecho y la consiguiente duplicación de pago no engendran derecho a la pretendida devolución, conforme al mencionado art. 51.

Comentarios.—El criterio de que las liquidaciones anuales originadas en los contratos de suministro no son recurribles, no es sostenible con carácter de generalidad y sin importantes distinguos.

El repetido artículo, regulador de la materia, prevé dos supuestos: uno, aquel en que el contrato haya de consumarse en un año o en menor tiempo, o cuya cuantía total no sea superior a 250.000 pesetas, y otro, aquel en que, excediendo de tal cuantía, la duración del contrato sobrepase el año, o sea de cuantía indeterminada.

En ambos supuestos se produce, desde luego, una primera liquidación provisional sobre la base del valor de los bienes o cosas que hayan de suministrarse durante el último año de vigencia en el primer caso, y durante el primero de ellos en el segundo y al terminar ese primer año surge ya la diferenciación: en el primer supuesto aquella liquidación provisional se eleva a definitiva, con las rectificaciones que procedan, sea a favor del Fisco, sea a favor del contribuyente, según que lo realmente transmitido sea mayor o menor que lo presupuestado y que sirvió de base a la liquidación provisional.

Tenemos, pues, una primera liquidación que es provisional y

una segunda, definitiva: ésta, claro está que es recurrible, salvo en cuanto al concepto; ¿pero lo será asimismo la primera?

Nosotros hacemos esta distinción: no lo será en cuanto a la base si ésta está calcada en el presupuesto, pero lo será en todo lo demás, concepto, tipo, multa, etc., porque la provisionalidad no alcanza más que a la base, ya que la cuantía de los bienes realmente transmitidos, base de tal liquidación, puede ser mayor o menor que la calculada al contratar.

En el segundo supuesto—ser el contrato de duración superiores al año, o de cuantía mayor de 250.000 pesetas—a la primera liquidación le será aplicable el razonamiento expuesto, y a la segunda también.

Redondeamos el pensamiento diciendo que el «concepto» es siempre discutible en las primeras liquidaciones y no en las subsiguientes, porque en ellas, pese a su provisionalidad, aquél quedó definitivamente fijado y consentido, tanto para la Administración como para el contribuyente. No es admisible y sí antirreglamentario que la Orden liquidadora revise la *calificación* primitiva ni que el contribuyente la discuta al serle girada cualquiera de las posteriores.

El Central, en este caso, parece sentar doctrina distinta, y el Tribunal Supremo, en sentencia de 12 de marzo de 1920 y 5 de mayo de 1930 da a entender un criterio disconforme con el que acabamos de sentar. Nosotros, con todo el respeto que el Central y la Sala nos merecen, entendemos la provisionalidad en la forma y con el alcance dichos.

Por otra parte y siempre con el máximo respeto, entendemos que dar a la provisionalidad el alcance que se le quiere dar, si quiera sea referido al suministro, es decir, sentar que las liquidaciones provisionales no son recurribles porque son rectificables al practicar la definitiva, es olvidar que, sin acudir a otros impuestos, en los Derechos reales se practican numerosas liquidaciones provisionales, especialmente en las herencias, muchas de las cuales son recurridas en la vía administrativa y después en la contencioso-administrativa, sin que ni en uno ni en otro cauce se haya planteado, que sepamos, la excepción o motivo de inadmisibilidad del recurso con fundamento en la provisionalidad y posible rectificación al practicar las definitivas.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 25 de noviembre de 1958.

LAS CONCESIONES DE TRANSPORTES MECÁNICOS POR CARRETERA, AUN CONCEDIDAS SIN PREFIJAR SU DURACIÓN, TIENEN EL CARÁCTER DE PERPETUAS A LOS EFECTOS DEL IMPUESTO, SIN QUE SIRVA DE OBSTÁCULO A ELLO EL POSIBLE RESCATE ANTICIPADO.

ASÍ LO RESUELVE ESTA DECISIÓN Y OTRAS TRES DE LA MISMA FECHA.

Antecedentes.—La entidad concesionaria entabló recurso impugnando la base liquidable y el tipo de liquidación aplicado, por tratarse de una concesión de carácter temporal y condicional, de acuerdo con la ley de 27 de diciembre de 1947 y su Reglamento de 16 de diciembre de 1949; y tanto el Tribunal provincial como el Central desestimaron el recurso, porque la base había sido fijada conforme al presupuesto de gastos para la instalación del servicio, como previene el artículo 71 del Reglamento del impuesto, y en cuanto a la calificación de la concesión como perpetua y no revertible, porque, de acuerdo con dicha ley, estas concesiones se otorgan por plazo indefinido y sin reversión automática a favor del Estado.

Por lo que a esta segunda cuestión afecta, dice el Central que es de tener en cuenta que desde el momento en que la concesión se otorgó sin prefiarle plazo de duración, es incuestionable su carácter perpetuo, siquiera esté subordinada a las limitaciones del capítulo IV de la dicha ley relativas a la posibilidad del rescate en cualquier momento después de los veinticinco años, porque este rescate es equivalente a una rescisión, la cual, una vez acordada, daría derecho a la devolución del impuesto. Es decir, que por convertirse la concesión en temporal, el tipo aplicable sería el correspondiente a éstas, y automáticamente nacería el derecho a la devolución del exceso en la liquidación, a tenor del artículo 58 del Reglamento.

En conclusión, decimos nosotros, si bien estas concesiones son rescatables en cualquier momento en virtud de la ley que las regula, una vez cumplidos los requisitos del artículo 30 de la misma,

ello es con las compensaciones adecuadas y según que haya transcurrido o no los veinticinco años desde que se otorgaron y con el derecho a las consiguientes devoluciones del exceso del impuesto satisfecho.

Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1959.

Esta sentencia confirma la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 10 de febrero de 1958, que fué anotada en el número de esta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, correspondiente a marzo-abril de 1959, resolviendo que la institución testamentaria, mediante la que ciertos bienes pasan en usufructo a una hija del testador y en plena propiedad a los dos hijos mayores de la misma al fallecimiento de ella por partes iguales, y si uno de ellos fallece sin sucesión a los hijos del otro, con la previsión de que si ambos fallecen sin sucesión heredarán los demás hijos de dicha hija del testador, no encierra un fideicomiso.

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ VILLAMIL.

V A R I A

La categoría de los contratos reales, por Juan B. Jordano Barea.

Prólogo de José Luis Lacruz Berdejo, Catedrático de Derecho Civil.—Publicaciones del Seminario de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza.—Bosch. Casa Editorial. Barcelona, 1958.

El ya muy acreditado publicista jurídico y profesor compostelano, abogado en ejercicio, se nos muestra ahora *demagogo*: el dogma de los contratos reales es inexistente o falso. Claro que esta posición coincide con la de otros eminentes juristas y no es nueva, pero ninguno ha escrito una monografía sobre el tema del carácter de la presente obra. El prologuista también se nos muestra partidario de la tesis sustentada, y aunque en Derecho romano es una autoridad, y, tal vez por serlo, cree no debe de resucitarse una categoría romana en el Derecho actual, si científicamente no existe base para ello.

Claro que el autor se refiere sólo a los contratos reales que se contraponen a los contratos consensuales y en los que la entrega de la cosa (*datio rei*) juega un papel importantísimo, dejando a un lado los contratos con eficacia real o creadores de Derechos reales, contrapuestos a su vez a los relativos a derechos obligacionales. Si lo normal es la entrega *solvendi causa*, como función de cumplir o ejecutar el contrato, la excepción radica en los contratos en que la *datio rei* funciona, de alguna manera, en el momento mismo de la formación del contrato y que sin ella no se

perfecciona: contraposición básica; *datio contrahendi-causadatio solvendi causa*; objeto del estudio que se realiza.

En el Derecho romano y en el intermedio, en el primero respecto a las acciones y en el segundo en cuanto a los contratos, aparecen las distinciones clásicas y tradicionales: *re, verbis, litteris* o *consensu*, tanto en los glosadores y postglosadores como en los juristas de la Escuela de Derecho Natural, aunque Heineccio inicia la duda. La codificación europea, por influjo de Pothier y Domat, continúa manteniendo el dogma: antes que restituir hay que entregar; sin entrega, no cabe restitución. Así el *Code* francés, el *Codice* de 1865 y el *Nuovo Codice civile* italianos, el Código austriaco, el portugués, y dudosamente el B. G. B., siguen la línea tradicional. Nuestro proyecto de 1851, el Código suizo de obligaciones y el civil mejicano sostienen que es regla general que los contratos se forman por el simple consentimiento.

En nuestro Código Civil no existe duda, pues aunque no conoce la categoría general de los contratos reales, menciona la entrega en sus respectivas definiciones (comodato, mutuo, depósito y prenda), pero además atribuye carácter real a otros contratos: donación verbal de cosa mueble, subarriendo de vivienda, las arras, el precario, la renta vitalicia, el contrato estimatorio (no regulado especialmente, sino deducido: una especie de depósito, contrato atípico), el contrato de doble o *report* (típico en nuestra legislación mercantil): el arrendamiento de cosas, el transporte, el pago y la *datio in solutum*. La tesis tradicional nos es conocida: la *datio rei* es presupuesto o elemento autónomo del contrato real: la entrega es asimismo *forma* normal de exteriorizar la voluntad: también es la causa o la función económico-social que el contrato cumple; es igualmente un requisito de forma, un elemento formal. Frente a la doctrina anterior, surgen las tesis consensualista (Simonetto) y la intermedia (Berliri) y el autor, *depura* el falso dogma de la realidad del comodato, mutuo, depósito y prenda, justificando la validez de los contratos *consensuales* del mismo nombre. Sólo se salvan dos figuras del contrato real *novo sensu*: la donación verbal de cosa mueble y el subarriendo de vivienda.

Cómo, cuándo, por qué y por medio de quiénes sucede esto, es el secreto del sumario. Para revelarlo se requiere la previa lectura, que bien lo merece, del precitado trabajo. Ciertamente, es algo que

convence, y además, para nosotros, que entendemos que la famosa tradición (causa próxima, modo, etc.) ha pasado a la Historia por ser tan *ficta*, y es un elemento irreal, sustituido por la inscripción en los inmuebles, la teoría sustentada es satisfactoria en grado sumo.

El condominio y la inscripción arrendaticia, por Agustín Aguirre, Profesor titular de Derecho Hipotecario en la Universidad de La Habana y Registrador de la Propiedad.—Editorial Librería Martí. Apartado 5.197 (Est. Metropolitana).—O'Reilly, 413.—La Habana, 1958.

Este folleto, obra maestra, como todas las de este ilustre Profesor y Registrador cubano, aplicable, casi íntegramente, a nuestra patria, por la similitud de las legislaciones respectivas, comienza por señalar las diferencias entre actos de administración y actos de riguroso dominio y las dificultades para diferenciarlos, con parecido examen de los Derechos reales y de los derechos personales, y entra seguidamente en el estudio del arrendamiento de fincas y su inscripción en el Derecho cubano, con indicaciones de la relación entre la Ley Hipotecaria y el Código Civil, del condominio y del arrendamiento y de las consecuencias de la división de la cosa común en el arrendamiento. Las conclusiones, en aquel Derecho, son: Que el arrendamiento de fincas, en general, cuando es inscribible, tiene la condición de gravamen, carga real o afectación dominical, y, consiguientemente, su constitución es un acto de riguroso dominio: que cuando se trate de fincas rústicas, la inscripción es de naturaleza constitutiva; que cuando el predio pertenezca en condominio a varias personas, es indispensable la concurrencia y consentimiento de todos los partícipes, pues de no concurrir, el asiento sería nulo, y en caso de división de la cosa común, podrían darse por terminados los arrendamientos, que entonces revestirían carácter de derecho personal, y su constitución obedecería solamente a un acto de administración mayoritario. El análisis, finísimo y de gran sencillez: da a conocer a un catedrático acostumbrado a enseñar con claridad.

Por cierto que entre la bibliografía consultada veo una refe-

rencia a una obra inédita, cuyo título reza *La Relación Jurídica-Inmobiliaria-Registral, y la Ley Uniforme de Publicidad Inmobiliaria*. Un ruego en nombre de los Registradores españoles, ¿no podría nuestro gran amigo y colega publicar en esta Revista, que siempre está a su disposición, las primicias de tal obra, por medio de un artículo, lo más largo posible, porque todo sería interesante? Esperamos contestación, y, desde luego, afirmativa.

¿Existe un Derecho de la Seguridad social? Artículo publicado en la «Revista cubana de Derecho», julio-septiembre de 1958, por don Carmelo Mesa Lago, Profesor de la Universidad social católica San Juan Bautista, de la Salle.—La Habana, 1958.

El título es terminante y la razón del mismo arranca del célebre Decreto francés de 27 de marzo de 1954, que creó una novísima asignatura en los cursos de la licenciatura gala con el título de «Seguridad social».

Este desgajamiento del Derecho laboral, escindido en dos porciones, da ocasión al autor para profundizar en la materia y estudiar: Las teorías de la dependencia de la Seguridad social, las intermedias y las de la independencia. Las primeras, a través de la Economía política, la Sociología, la Política social y el Derecho (constitucional, fiscal, mercantil, administrativo y laboral). Las segundas, en consideración al Derecho social, del trabajo y previsión social y de la actividad profesional. Y las últimas, según se trate de autonomía didáctica, jurídica o científica.

Estima que aunque debe de existir la autonomía didáctica, aún no es hora de proclamar la autonomía jurídica y científica. Sin embargo, está próximo el momento de tal declaración.

El Derecho de superficie, E. Fosar Benlloch.—Anales de la Universidad de Valencia, volumen XXVIII, fascículo III, II curso 1954 y 1955.

Este completísimo trabajo, a través del Derecho Romano, del medieval, de la codificación y del Derecho contemporáneo, nos

informa del concepto y vicisitudes de este renacido derecho de superficie, que modernamente, y con asombro de todos, se disgrega en dos en la modificación del Reglamento Hipotecario (claro que no tienen la culpa sus redactores, sino los no especialistas, que al legislar, según su particular concepción del Derecho, para lo que desde luego no están preparados, llevan a situaciones penosísimas, a preceptos ininteligibles e inaplicables o a creer que la vida humana ha de ajustarse al tiralíneas: el Derecho no es un deseo, inmejorable técnicamente, ni una imposición por la fuerza: si no se ajusta a determinadas situaciones y coyunturas y cala en la entraña y en el sentir de quienes son su objeto, fracasará siempre o no se cumplirá; y más cuando su desmesurada extensión impide la aplicación, aun sin contar los fallos jurídicos de lo legislado).

La historia del derecho de superficie es aleccionadora: desde los albores del Derecho Romano, del *ager publicus*, se aprecia la lucha entre los rígidos principios del Derecho Civil y las necesidades vitales que acoge el Pretor; y se conocen las necesidades del Derecho postclásico que van minando la férrea consistencia de la *lex accesionis*; el triunfo del trabajo, del pluralismo jurídico en el Derecho germánico; la transacción escolástica de ambos principios en la glosa y en los postglosadores, y, finalmente, la resurrección en el Derecho moderno como instrumento apto de la política urbana. En esta síntesis de la introducción del trabajo, está el desarrollo del estudio.

Roma: *lex Icilia de Aventino*, publicando, con insulas en el monte y pisos a familias, la legendaria concesión de tierras de los húmedas a Elisa, fundadora de Cartago, la *occupatio bellica*, el arriendo privado a largo plazo y la concesión del Estado sobre el *ager publicus*, también a largo plazo (la opinión más extendida): como fuentes jurídicas las inscripciones en Montecitorio (1777), correspondiente al año 193 de Jesucristo y la de Puzzuoli (1861).

Nace el derecho como frustración del intento de adquirir la superficie del suelo por obra de la *lex accesionis* (desde el subsuelo hasta el cielo, es del dueño del fundo). El Pretor interviene y concede acciones de defensa: el edificio tiene sustantividad propia, distinta del suelo, vacila el principio de *superficies solo cedit*, hay posesión, goce pleno, canon, ficciones (afición de los romanos),

ius in re aliena, plazo, constitución (por enajenación, locación *locatio conductio*, ¿caso donación, herencia, legado, ocupación, prescripción?). Muy detallado estudio de las fuentes y de las opiniones de los autores de todos los tiempos, con referencias a textos romanos, de primera mano, y detención en los derechos de goce, disposición, hipoteca, servidumbres, interdictos, acciones, posesión, obligaciones (*solarium*, pago de impuestos y cargas públicas, custodia de la cosa gravada) y extinción (destrucción, falta de pago del *solarium*, abandono, no uso y casos normales de término de plazo, etc.). Un completo panorama de la superficie romana, que era una institución fuerte, robusta y bien delineada.

Confunde la claridad de la institución la alta Edad Media: destaca el Derecho germánico, sencillo, sin sutilezas ni simbolismos ni ficciones, el único inmueble, la tierra, todo lo demás mueble, y por eso, la accesión no se comprende, triunfa el *numerus clausus* (pocos derechos: precario, enfiteusis, etc.) y la Gewere, la investidura, la apariencia de propiedad, la seguridad jurídica, en una palabra, en vez de la *legalidad jurídica* (valga la frase).

Luego desfilan las naciones (Italia, Alemania, Francia, Inglaterra) y la elaboración de la superficie por el Derecho común, para desembocar en el período de la codificación, con una mirada a cada uno de los distintos y diferentes Códigos y a la influencia del *Code* francés, que omite la superficie. Por el contrario, los Códigos germánicos la regulan, y el Suizo sienta las bases modernas del derecho de superficie. Esto ocasiona la moderna regulación (ordenanza alemana de 1919), y la reciente legislación portuguesa, muy completa y acertada. La pobreza de regulación en nuestro Derecho continúa, hasta que por la jurisprudencia, la doctrina, e incluso la Ley del Suelo y la modificación recientísima hipotecaria, se da la importancia que merece la superficie, aunque haya errores de bulto, que el tiempo corregirá.

Buen servicio el de Benlloch, al resucitado Derecho, a su estudio y al de sus consecuencias legales y prácticas.

El abuso del Derecho. Teoría de los actos antinormativos, por Lino Rodríguez Arias, Profesor de la Universidad de Panamá. «Revista de la Facultad de Derecho de Méjico», tomo IV, número 16, y tomo V, números 17 y 18, octubre-diciembre de 1954 a enero y junio de 1955.

Contiene este folleto: Prólogo y Advertencia. Introducción y Precedentes históricos. Derecho comparado. Evolución de la doctrina. Criterios seguidos para calificar el derecho de abusivo (intencional, económico, finalista o funcional, aspectos subjetivo y objetivo). Relaciones de esta teoría con otras instituciones jurídicas (la moral, fraude de ley, conflictos de derechos). Categorías de actos (ilegal, ilícito, excesivo). La teoría del abuso del derecho en el Derecho español (histórico, posición de la jurisprudencia y legislación especial). Termina exponiendo la posición del autor (principio de orden público y sus ingredientes: función económico social de la norma, motivo legítimo del particular, y principio de buena fe), y como conclusión, una sugerencia de reforma del Código Civil español.

En la advertencia, plantea el autor nada menos que el deseo de construir una teoría jurídica que «evite en lo posible la invasión estatal de la esfera acotada a la libertad individual, capacitando al individuo para reaccionar y defenderse legítima y eficazmente contra el ejercicio abusivo de los derechos públicos», y añado yo, de los derechos privados por el Estado, pues hasta ahora lo discurrido no sirve. Quien consiguiera este deseo, sería el mayor benefactor del mundo, pues poder evitar jurídicamente las arbitrariedades de los organismos comunales y del mismo Estado, limitando las funciones de éste a sus justos límites, sería, y es, el ideal universal. Claro que el punto de vista del ilustre Profesor radica una vez más en su conocida teoría comunitaria.

Se trata de evitar el *ius abutendi*, intento que empezó en Roma, pero que tuvo su mayor desarrollo a fines del siglo XIX contra el influjo pulverizador del individualismo, aunque el resultado fué llegar a una concepción opuesta (Josserand). Gracias a la jurisprudencia, que prudentemente se ha ocupado de perfilar la teoría moderna, extensiva, no sólo a la propiedad, sino al dominio del

Derecho civil, al público, al administrativo y al internacional, público y privado.

Conocida por los romanos la prohibición de dañar a los esclavos por su dueño, de castigar la intención de dañar y la *aemulatio* (ampliada en la Edad Media en los conflictos ante la coexistencia de fundos), es regulada más ampliamente por los Derechos canónico y musulmán, en éste desde el siglo vi de la Egira, en condenación unánime de los moralistas del Islam, sobre todo ante el perjuicio «exorbitante». También el Derecho comparado recoge la sustancia de nuestro artículo 1.902 del Código Civil, unánimemente, con mayor extensión en la jurisprudencia francesa, y en los Derechos alemán y suizo, pero sin que se omita en los nuevos Códigos italiano, ruso, polaco, mejicano, panameño, uruguayo, jurisprudencia anglosajona, etc. La evolución de la doctrina fué rapidísima y copiosísima: el tema era atractivo, aunque no nuevo, y los criterios para calificar el derecho abusivo, según la intención, el interés jurídicamente protegido o la finalidad, sin admitir desviaciones (en el ruso, prepondera ésta, como es natural, y a sus exclusivos fines), rompen lanzas a su favor, buscando fundamentos en la moral, en el fraude de ley, en los conflictos de derechos, o en los actos ilegales, ilícitos o excesivos. Las diferencias son esenciales y notorias: sus autores y defensores argumentan o critican la posición adversaria, pero en todos hay un gran acierto y una intención recta.

En España, los Fueros, desde el *Fuero Juzgo*, y *Las Partidas*, no eluden la cuestión: *nom fase tuerto a otro, quien usa de su derecho*, luego no cabe abuso sin dolo, culpa o negligencia. La jurisprudencia amplía el marco: La ley de represión de la usura, luego la legislación laboral, después los casos de arrendamientos, mencionan explícitamente el abuso del derecho, aunque con imprecisión técnica, según el autor. Este recomienda ir de lo objetivo a lo subjetivo, califica de actos antinormativos aquellos que ejercitan un derecho con infracción de la buena fe, que ocasionan un daño moral o material a un tercero, no protegido por una específica prerrogativa jurídica, aunque no violen el orden público y cree debería insertarse en el artículo 4.º del Código Civil un párrafo 3.º. «También el ejercicio de un derecho, cuando su titular, faltando al principio de buena fe, infrinja intereses o derechos

ajenos a el orden público, obliga a indemnizar al perjudicado» o bien «Quien en el ejercicio de su derecho desvirtúe, sin un motivo legítimo o faltando al principio de la buena fe, la finalidad económica y social de la institución jurídica de que dimana su facultad subjetiva, deberá indemnizar al perjudicado, ya sea éste un particular o la misma comunidad».

Origenación contractual y testamentaria del arbitraje. Discurso leído en el acto de su recepción como Académico de número (de la Academia valenciana de jurisprudencia y legislación), por el ilustrísimo señor don Tomás Ogayar y Ayllón, el 10 de diciembre de 1955 y contestación del Académico de número, ilustrísimo señor don Enrique Taulet y Rodríguez Lueso—número 41.—Ilustre Colegio de Abogados de Valencia.

En esta publicación de la Academia valenciana, el ilustre Magistrado que pasó a ocupar la vacante del fallecido Conde de Altea, estudia la ley de 22 de diciembre de 1953, con comentarios doctrinales de gran valor y señalando sus características más esenciales con la profundidad y agudeza propias de quien conoce a fondo su profesión. Se detiene en el contrato preliminar del arbitraje (concepto, naturaleza jurídica, requisitos, efectos y extinción, con examen de la capacidad de las partes, objeto y forma del contrato), para entrar a fondo en el contrato de compromiso y en el arbitraje testamentario. Estima, después de desarrollar la materia objeto del tema, que de los Abogados depende la suerte del arbitraje recién nacido y que se requieren en los árbitros condiciones difíciles de encontrar reunidas de acierto, nobleza, caballerosidad, independencia, imparcialidad, autoridad y prestigio profesional bien ganado, ya que en definitiva en la ley se elimina al Juez profesional, lo que puede tener enorme trascendencia.

La forma canónica del matrimonio y los matrimonios civiles celebrados en España durante la República. Conferencia pronunciada por el M. R. Padre doctor fray Vicente Montserrat, O. P., Profesor de Derecho canónico en la Facultad Pontificia del *Angelicum de Roma*, y en el Estudio General Dominicano de Valencia, colaborador del Instituto de San Raimundo de Peñafort del C. S. I. C., en la Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, el 6 de marzo de 1956.— Publicación número 45.

El tema, gravísimo en España, especialmente para las conciencias, y de gran actualidad. Deben de publicarse íntegramente las conclusiones del conferenciante, pues lo de menos, para aquel fin, es la argumentación irreprochable y la justificación legal y doctrinal de ellas. Son:

1. El quebrantamiento de la forma canónica del matrimonio ha sido prohibido y penado por el Derecho canónico y el Derecho civil, reconociendo ambos, sin embargo, su validez hasta la promulgación del capítulo Tametsi del Concilio de Trento en 1564.

2. La licencia para asistir a un matrimonio debe ser expresa, y para un sacerdote determinado, con exclusión de toda clase de elegaciones generales, salvo la licencia prevista en el canon 1.096, párrafo 1.º

3. La nulidad del matrimonio por quebrantamiento de forma es subsanable, con efectos retroactivos, siempre que persevere el consentimiento de los cónyuges y no obsten impedimentos de derecho natural o divino.

4. Los matrimonios civiles celebrados al amparo de la ley de 28 de junio de 1932 hasta el 18 de julio de 1936, excluida la forma canónica, son nulos ante la Iglesia.

5. Los celebrados con posterioridad al 18 de julio de 1936 hasta el día 1 de abril de 1939, deben ser examinados, en particular, para su calificación de validez o de nulidad.

6. Debe ampliarse equitativamente la Disposición segunda de la ley derogatoria del divorcio de 23 de septiembre de 1939, autorizándolo, sin distinción, a cuantos contrajeron matrimonio civil

durante la vigencia de aquella ley, probada la invalidez natural o canónica del mismo.

7. Serán causas bastantes para fundamentar la petición de divorcio el deseo de reconstituir un legítimo hogar o de tranquilizar la conciencia de creyentes, para los que estuvieren ligados canónicamente a otra persona.

8. Serán también causas bastantes para fundamentar la petición de divorcio, el deseo de tranquilizar su conciencia para los que estuvieren ligados sólo civilmente, cuando su unión, carente de validez canónica, fuese además, imposible o inconveniente de ratificar.

En el caso anterior, los interesados podrán contraer matrimonio canónico, procurando evitar el posible escándalo.

La justificación sistemática de estas conclusiones es el objeto de la conferencia, propia de quien la pronunció y de sus extensos conocimientos en tal materia.

La obligación (La parte general de las obligaciones), por Michele Giorgianni, Catedrático de Derecho civil en la Universidad de Bolonia.—Traducción de la edición italiana, con un prólogo del autor a la edición española, de Evelio Verdera y Tuells. Bosch. Casa Editorial. Barcelona, 1858.

El autor intenta construir la parte general de las obligaciones, exclusivamente: Problemas generales e introductivos al concepto de la obligación. La tarea es ardua y dificultosa, pero una monografía de más de 200 páginas es un argumento en favor de la posibilidad. Ciertamente que mucho del trabajo consiste en criticar teorías contrarias, pero el resto es constructivo y ha contribuido a la evolución doctrinal italiana en los últimos tiempos.

En el prólogo a esta edición española, el autor impugna las teorías de Satta y de Mengoni, que se esfuerzan en atribuir a la obligación una estructura que excluye que el derecho de acreedor tenga como objeto exclusivamente el comportamiento del deudor, tesis del libro, aunque ambos autores admitan por buenas las críticas de Giorgianni. El primero, considera la obligación como preordenada a la constitución de una situación *final*, en que el sujeto entrará en relación directa con un bien: esto es cierto cuando

tenga por objeto o contenido la entrega de cosa determinada, pero cuando es genérica, el verdadero objeto es la suma de dinero que representa el resarcimiento del daño derivado del incumplimiento y se puede argüir entre otros reparos, que la consecuencia del incumplimiento del deudor no se puede elevar nunca a objeto, por ser el incumplimiento algo *ilícito*.

El segundo contradictor, cree que el interés del acreedor está limitado a la producción del *resultado* debido a la actividad del deudor, y esta actividad tiene un puro valor instrumental respecto al resultado. Esta teoría tiene muchos puntos de contacto con la del autor, aunque también puede confundirse con la teoría que Mengoni combate del *bien debido*.

Pero sea como sea, ambas tesis se separan de esta última teoría, que predominaba en Italia cuando la obra de Giorgianni fué publicada, y, por tanto, la brecha está abierta y un nuevo camino se nos ofrece.

Estima que la definición debe ser el resultado de la investigación, y así, al fin de la primera parte del trabajo, define: «Es obligación aquella relación jurídica en virtud de la que una persona determinada, llamada deudor, está vinculada a un comportamiento valorable para satisfacer un interés, aunque no sea patrimonial, de otra persona determinada, llamada acreedor, que tiene derecho al cumplimiento por parte de la primera.» Es larga, pero completa, a juicio del autor, y atiende tanto al deber jurídico del deudor como al poder jurídico del acreedor, aunque no haya referencia al célebre contenido (exacto) de las obligaciones: al dar, hacer o no hacer, por que este contenido no le parece que individualiza bastante la obligación.

Por cierto que en la obra se emplea continuamente la palabra «individuar» por individualizar: no tenemos autoridad ninguna lingüística, pero esa palabreja suena mal en castellano y no nos gusta: acaso sea otra modalidad recientísima.

Para llegar a la preinserta definición se examinan y combaten las teorías del deber jurídico (Binder, Brunetti), con referencias a la llamada carga, el «modus», la condición potestativa, la sujeción o dependencia... y al criterio derivado de la obligación del resarcimiento del daño (la obligación de indemnizar nace precisamente *como consecuencia de la violación* del deber jurídico,

cuando el acto en que la violación se concreta produzca daño). Aunque el autor no entra en Derecho comparado, creo muy interesante recordar que, merced a los estudios de divulgación de Puig Brutau, conocemos que la doctrina anglosajona entiende concretamente que el contenido de la obligación es el resarcimiento de daños y no el comportamiento del deudor: hay un mucho de discordancia entre los sistemas de derecho de más amplitud de aplicación.

Después de los capítulos dedicados a los caracteres fisonómicos de la obligación y a la crítica de la doctrina acerca de los mismos (patrimonialidad de la prestación, presencia de dos sujetos, activo y pasivo, y determinación de éstos, y el interés del acreedor) y a la separación de la obligación y el derecho público («obbligo» y «obbligazione» en italiano), examina la tesis del poder jurídico, también combatiendo las distintas teorías: del derecho potestativo, de las diferencias de la obligación y los llamados Derechos reales, las obligaciones reales, la obligación y los «obblighi» no jurídicos (obligación natural, como causa de la atribución patrimonial; donación remuneratoria y donación), mas unas consideraciones finales, interesantísimas sobre el llamado vínculo jurídico.

La segunda parte de la monografía, dedicada a la estructura de la obligación, termina con la conclusión de que puede decirse que la obligación está caracterizada, sobre todo, por una postura particular de la situación jurídica, de la situación en que se encuentra el deudor. Aquí, diversamente que en otras relaciones (patrimoniales), el deber del obligado sirve exclusivamente para la satisfacción del interés de otro sujeto, y en este sentido es puesto a disposición de este último. Aquel interés puede o no vincularse a una situación jurídica más amplia, pero no forma parte de ésta en absoluto. Para llegar a esta conclusión, se pasa revista, con las consiguientes críticas o reparos, a la responsabilidad del deudor y al nexo entre los aspectos personal y patrimonial de ésta, a la responsabilidad patrimonial, a la ejecución forzosa, a la responsabilidad y a la garantía, a la teoría del débito y de la responsabilidad (con examen de sus fenómenos, que deberían demostrar su exactitud, entre ellos el de que la responsabilidad no es peculiar de la obligación: tesis de Pacchioni y de Rocco), etc.

En cuanto a la función de la ejecución forzosa y del cumplimiento del tercero y las teorías patrimoniales, examina en particular la teoría que ve el objeto del derecho del acreedor en el *bien debido* y entra a determinar la posición del deudor en las teorías patrimoniales (Carnelutti y Nicolo), para llegar al punto central de la teoría propia del autor: el comportamiento como punto de referencia del deber del deudor y el objeto del derecho del acreedor y a la correlación entre el derecho y el deber de la obligación, afirmando que la naturaleza del poder del acreedor debe de ser vista, exclusivamente, sobre el terreno sustancial, no pudiendo tener sobre éste ninguna relevancia el aspecto procesal dado por la acción de condena y por la ejecución forzosa.

Sea cualquiera el juicio definitivo que se obtenga de la obra, según los distintos criterios subjetivos, no existe duda alguna de que un primer paso, muy firme, está dado en la investigación de si es posible formular una parte general de las obligaciones. Y se puede añadir más: ponemos esperanzas muy fundadas en que el trabajo, en preparación, del mismo autor sobre la reglamentación de la relación obligatoria, ha de abrir nuevos horizontes en favor de aquella investigación y reafirmar la teoría de la comentada monografía.

PEDRO CABELLO,

Registrador de la Propiedad.

Arrendamientos rústicos (Legislación y Jurisprudencia). Tomo III y Apéndice, por Federico Rodríguez-Solano Espín y Eduardo García-Galán Carabias. Instituto de Estudios Agro-Sociales. Madrid, 1959, 420 páginas.

La legislación sobre Arrendamientos rústicos afecta a un gran número de españoles, arrendadores unos y arrendatarios otros, que obtienen del campo medios de subsistencia. El carácter social de esta legislación, la complejidad que ha llegado a adquirir como consecuencia de la pluralidad de situaciones que han precisado de una regulación, incluso estableciendo en algunos casos largos períodos transitorios, y la dilatada jurisprudencia a que ha dado lugar, hacían necesario recoger en una extensa publi-

cación, de modo exhaustivo y debidamente sistematizado, el contenido de dichas normas, así como de la aludida jurisprudencia.

Y esta es precisamente la labor que ha realizado el Instituto de Estudios Agro-Sociales, sirviéndose para ello de los señores Rodríguez-Solano Espín y García-Galán Carabias, figuras bien conocidas en nuestros ambientes jurídicos como publicistas de tal especialidad.

El contenido de esta obra se adapta, en cuanto a la orden, al articulado de la ley fundamental, de 15 de marzo de 1935. A continuación de cada uno de los preceptos se anotan los posteriores que lo modifican o complementan, y después se realiza el desenvolvimiento legal y jurisprudencial de los textos vigentes mediante los Decretos, Ordenes y sentencias de las Salas 1.^a y 6.^a del Tribunal Supremo, convenientemente clasificados por materias, aspectos o problemas jurídicos.

La minuciosidad con que se ha llevado a cabo esta eficiente y compleja recopilación, ha hecho necesaria su publicación en tres tomos, ya que, dada su extensión, hubiera resultado imposible adaptar el texto a un solo volumen. Hace aproximadamente un año, vió la luz el segundo tomo, que hacía referencia a los artículos 19 al 50 de la ley de 1935. Ahora acaba de publicarse el tomo tercero, artículos del 51 al final de la referida ley, incluyéndose, como antes se dice, los preceptos de la legislación especial que los han modificado o complementado, y la jurisprudencia interpretativa y aclaratoria de los mismos, así como todo lo relativo a los arrendamientos protegidos.

Completa tan exhaustiva recopilación un Apéndice, que acaba igualmente de publicarse, en el que se recoge el Reglamento de 29 de abril del corriente año, con notas explicativas y referencias jurisprudenciales.

Es justamente elogiable esta labor del Instituto de Estudios Agro-Sociales, que, sin pretender iniciar con esta obra una serie de ediciones de carácter jurídico, que no corresponde a sus fines, únicamente trata de ofrecer a juzgadores, *justiciables* y abogados, un nuevo medio eficazmente sistematizado de conocimiento e interpretación del derecho particular de la institución arrendaticia.—R.