

REVISTA CRITICA

DE

DERECHO INMOBILIARIO

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

AÑO XXXII

Enero-Febrero 1956

Núms. 332-333

Apuntes sobre las anotaciones de embargo y algunos de sus problemas *

III

LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS Y LAS ANOTACIONES DE EMBARGO.

La casi unanimidad de los comentaristas convienen en que los principios sustantivos, básicos de nuestro Derecho Inmobiliario, sólo de una manera relativa son aplicables a las anotaciones preventivas de embargo, derivadas de créditos no hipotecarios. Nosotros, apartándonos de la opinión de los tratadistas, entendemos que en nuestro Derecho positivo hay base suficiente para que, en una interpretación benigna, puedan aplicarse algunos de dichos principios a la institución que nos ocupa, como vamos a ver :

A) *La anotación de embargo y el principio de prioridad.*

Entre los principios hipotecarios ocupa lugar preferente el de *prioridad*, base y sustentación de todos los demás, por cuanto determina el orden de aplicación en el tiempo de los asientos del Registro, y su desconocimiento equivale a dejar vacío, vacío y reducido a una entelequia jurídica, nuestro ordenamiento jurídico inmobilia-

* Continuación del número 330-331 de esta Revista.

rio. El principio de prioridad, que se hace patente mediante la presentación de los títulos inscritos en la oficina del Registro, es una proyección en el tiempo de los efectos de todo sistema hipotecario español, y en su función prelativa (la garantía de las anotaciones de embargo siempre juega prelativamente) sirve para determinar el orden de preferencia de los diferentes asientos concurrentes sobre una finca, ya de una manera *definitiva*, a través de los efectos inmunitadores de la fe pública registral, respecto a los asientos y derechos protegidos por ella, ya de una manera *provisional*, respecto a los asientos o derechos protegidos exclusivamente por la presunción *juris tantum* de la legitimación registral. A nuestro entender, salvo disposición expresa y terminante de la Ley en contrario, todos los asientos hipotecarios están, en principio, protegidos por la prioridad registral, en su manifestación fuerte o débil, y aquellos casos que se presentan como excepciones al principio, son más bien supuestos de no aplicación de la *fides publica*, ya que, como dice el maestro ROCA SASTRE (Ob. cit. T. I, pág. 667), los principios hipotecarios se complementan mutuamente, intercambiando entre sí sustancia jurídica, dentro del círculo de sus respectivas competencias.

Los autores que niegan la aplicación de la prioridad hipotecaria a los asientos de anotaciones de embargo, como SANS (Ob. cit. T. II, página 50), se fundan en que el embargo no modifica la prelación civil de los créditos anotados, según lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley Hipotecaria en su relación con el número 4 del artículo 1.923 del Código civil. Aunque esto es cierto, no lo es menos que tal prioridad *sustantiva* de los créditos sólo funciona *a posteriori*, cuando ha mediado una resolución judicial, sobre ello a instancia del tercero, y en principio, la prioridad *registral* del asiento se antepone a aquélla; *interin* no media dicha resolución.

Fundamos nuestras proposiciones en estas razones:

a) Que el principio de prioridad, aunque como dice la Resolución de 22 de octubre de 1952, se halla deficientemente regulado en nuestra legislación hipotecaria, faltando una formulación general del mismo, como la contenida en el Anteproyecto de reforma de la legislación hipotecaria de 1944, y ha de inducirse de preceptos aislados, declaraciones jurisprudenciales y afirmaciones doctrinales, es lo cierto que la idea del mismo late en todo nuestro ordenamiento, hipotecario, hasta el punto de haber sido recogido como símbolo del Cuerpo de Registradores de la Propiedad, por lo cual debe declararse ex-

tensivo a todos los asientos —decimos nosotros— que se practican en el Registro de la Propiedad, salvo disposición expresa y terminante de la Ley en sentido contrario.

b) Según las prescripciones del número segundo del artículo 1.927 del Código civil, los créditos hipotecarios, los refaccionarios anotados o inscritos y los anotados preventivamente en el Registro de la Propiedad, por *embargo*, secuestros o ejecución de Sentencia, gozarán de prelación entre sí por el orden de antigüedad de las respectivas inscripciones o anotaciones en el Registro de la Propiedad (42). Este precepto, de acuerdo con el carácter propiamente ejecutivo del procedimiento de apremio ordinario, en que no hay fase alguna declarativa ni cognitiva de los derechos concurrentes sobre la finca embargada, se limita a conceder la preferencia al asiento más antiguo, *mientras no sea definida* por los Tribunales la prelación civil de los créditos, según el criterio establecido en el número 4 del artículo 1.923 del mismo Código.

Como en los juicios singulares de apremio de nuestro ordenamiento jurídico, no hay, como en los juicios universales de ejecución, trámite sobre reconocimiento y graduación de créditos, el órgano competente se limita a liquidar los bienes embargados y satisfacer con su importe el crédito del ejecutante. Además, si las expresiones legales han de servir para algo, no puede menos de dársele al precepto comentado la significación que revela su propia letra, sin que sea obstáculo para ello el número 4 del artículo 1.923 del Código civil, dada la compatibilidad de sus doctrinas, según hemos expuesto en otro lugar de este trabajo.

Dicho artículo, como dice MANRESA (Comentarios al Código civil. Tomo XII, edición 1951, página 771), se ha atenido para determinar la preferencia entre esas tres clases de *asientos*, a la prioridad de sus respectivas fechas, conforme al fundamental principio del régimen hipotecario español.

c) Como expresa el insigne procesalista señor PRIETO CASTRO, en Derecho español, aunque no se diga expresamente, rige el principio de prioridad o prevención en los supuestos de ejecuciones singulares, cuando existen pluralidad de embargantes sobre una misma cosa, como resulta de los artículos 1.516 y 1.511 de la Ley de En-

(42) El Tribunal Supremo, en Sentencia de 20 de noviembre de 1928, declara que el número 2.º del artículo 1.927 del Código civil se refiere a los créditos de los números tercero y cuarto del artículo 1.923.

juiciamiento civil, ya que los acreedores posteriores sólo perciben el importe de su crédito en tanto en cuanto quede remanente después de pagado el acreedor-ejecutante.

En el régimen español, añade dicho profesor (43), a diferencia de lo que sucede en el Derecho italiano, en que en todo caso se respeta la preferencia de derecho material, «repercute sobre la ejecución el principio registral *prior tempore, potior jure*, aunque hay atisbos en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros, y en la doctrina hipotecaria respecto a una preferencia por razón de la prioridad de derecho material». Y aunque el artículo 1.516 de la Ley de Enjuiciamiento civil, decimos nosotros, se refiere concretamente a la ejecución de un crédito hipotecario, regido exclusivamente por privilegios registrales, al principio debe dársele mayor expansión y aplicarse a los créditos que acudan a la ejecución, cualquiera que sea su naturaleza.

d) Además, la existencia en nuestras normas procesales de un procedimiento especial donde los terceros no intervinientes en la ejecución pueden hacer valer sus derechos y privilegios frente al ejecutante, obliga a mantener la conclusión que propugnamos, pues, preguntamos, ¿para qué sirven entonces los procedimientos de tercerías, si el Juez de oficio, *mot proprio*, puede resolver dentro del procedimiento de apremio, la preferencia entre los distintos embargos de una finca? Los terceros, dice el referido profesor, señor PRIETO CASTRO (lug. cit., pág. 11), *únicamente* disponen entre nosotros para garantizar sus derechos de preferencia en el dominio de la finca embargada, o en el cobro de su crédito, de las tercerías de dominio o de mejor derecho. Así lo reconoce también implícitamente el Decreto resolutorio de competencia de fecha 13 de marzo de 1954, que después comentaremos.

Como en nuestro Derecho positivo las diversas ejecuciones sobre una misma finca actúan independientemente unas de las otras, y cada acreedor puede proceder al cobro de su crédito mediante la venta de la finca embargada, y si ésta tiene lugar por iniciativa de un *segundo o posterior* embargo, se aplica la prioridad registral, ya que del producto de la finca, en el trámite de liquidación de cargas,

(43) «Correcciones al derecho de ejecución forzosa de la Ley de Enjuiciamiento civil». *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, mayo de 1952, páginas 26, 30 y 32 de la separata. Y «Derecho Procesal». Tomo II, páginas 435 y 438.

hay que rebajar las cantidades correspondientes a los embargos anteriores, como resulta del artículo 1.511 de la Ley de Enjuiciamiento civil, después de modificado por la Ley Hipotecaria de 1909 (44).

e) No constituyen argumento en contra de lo que llevamos expuesto las palabras que la Exposición de Motivos de la primitiva Ley Hipotecaria dedica a la carrera hacia el Registro, por ilógicas y paradójicas. Lo que se considera justificable y normal para el comprador, se estima vituperable y anormal para el acreedor. La referida Exposición de Motivos, refiriéndose a las inscripciones, dice: «... al que se descuida le debe perjudicar su negligencia... la Ley presume que renuncia a su derecho en perjuicio de un tercero». En cambio, con referencia a las anotaciones, dice: «... las hipotecas judiciales que en adelante según el proyecto, llevarán el nombre de anotaciones preventivas, no declaran ningún derecho, ni menos convierten en real al que antes no tenía este carácter. *no puede decirse que son un premio a la carrera*». De manera que si el segundo comprador que ha inscrito antes adquiere la finca en perjuicio del primer adquirente, el segundo acreedor que ha anotado antes no adquiere preferencia alguna frente al primer acreedor que acudió después al Registro, según la técnica de la citada Exposición de Motivos. Si preguntáramos al Tío Celedonio o al Séneca de Pemán sobre este diferente trato, seguramente darían chispeante respuesta.

f) Que, como colofón y argumento final que excluye cualquier otro comentario, basta citar el Decreto de 13 de marzo del pasado año 1954 (B. O del 18), que al resolver a favor de la jurisdicción ordinaria la competencia promovida por un Delegado de Hacienda para que se reconozca la prelación y competencia de la recaudación de Hacienda para el cobro de débitos correspondiente a la última anualidad vencida y no satisfecha y a la anualidad corriente, sobre los bienes de determinado deudor, y se suspenda la subasta acorada respecto a los mismos en virtud de un embargo judicial de fecha anterior, sentó estas interesantísimas conclusiones: a) «Que ninguno de los preceptos invocados por el requirente contiene esa especial atri-

(44) Las tercerías de dominio constituyen procesos sobre graduación de créditos, muy análogos al concurso de acreedores, habiendo gran similitud entre las tercerías de dominio y de mejor derecho, con los procesos reivindicatorios y concursales. (F. MENÉNDEZ PIDAL: *Elementos de Derecho Procesal civil*. Madrid, 1935, pag. 817.)

bución de competencia a la Administración para que sea ella la que decida acerca de la prelación de sus créditos, puesto que se limita a afirmar tal prelación, sin que ello signifique la competencia administrativa para atraer las ejecuciones judiciales que coexisten con la suya, sino que, por el contrario, *el criterio que se tiene manteniendo cuando se da esa coexistencia es «conceder la preferencia al embargo más antiguo»*, como ya se ha declarado en otros casos análogos y señaladamente en los Decretos decisorios de competencia, de 6 de mayo de 1933 y 29 de enero de 1953, según los cuales *la preferencia habrá de ser más bien definida por los Tribunales, puesto que de otro modo vendría a resolver la Administración sobre cuestiones de índole especialmente civil; precisándose en esos Decretos que si la Delegación de Hacienda se cree asistida de un derecho preferente, puede hacerlo valer ante los Tribunales, pero sin que ésta, en nombre de la Administración, tenga atribuciones para hacer por sí dicha declaración en perjuicio de otros acreedores*. b) «Que falta, por consiguiente, una disposición expresa por la que corresponde entender al requirente (la Delegación de Hacienda) en el negocio cuyo conocimiento reclama, necesaria conforme al artículo nueve de la Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 17 de julio de 1948, y que el hecho de mantener la competencia judicial no significa menoscabo para los créditos fiscales, cuya satisfacción se pretende, puesto *que dentro de esa competencia, podrá la Hacienda, hacer valer sus derechos y privilegios frente a los otros acreedores sobre los que tenga derechos preferentes*».

Como se ve, esta interesantísima disposición, que no tiene desperdicio, resuelve de una vez las dudas y vacilaciones de la doctrina hipotecarista sobre el particular, nada menos que frente a créditos singularmente privilegiados, que tienen la categoría de hipoteca legal tácita según el artículo 194 de la Ley Hipotecaria declarando, repetimos: que una cosa es la *afirmación* de la preferencia y otra es la *declaración* de esa preferencia: que esta declaración de preferencia corresponde a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria a instancia de la Hacienda, y que mientras tanto debe mantenerse la preferencia del embargo *más antiguo*.

Así se deduce también del artículo 1.520 de la Ley de Enjuiciamiento civil, al disponer que «sin estar reintegrado completamente el ejecutante del capital e intereses y de todas las costas de la ejecución, no podrán aplicarse las sumas realizadas a ningún otro ob-

jeto que no haya sido declarado preferente por *ejecutoria*, salvo lo prevenido en los artículos 1.516 y 1.517».

B) *Las anotaciones de embargo y la legitimación registral.*

El principio de legitimación registral, derivado de la *gewere* germana establece la investidura formal del Derecho, y aunque nacido en el campo de los derechos reales, extiende más tarde su esfera de acción a todos los actos y relaciones jurídicas que hayan sido debidamente publicadas. La publicidad, sea real (posesión) o del libro (en los sistemas registrales), provoca la apariencia formal del Derecho, con miras a la seguridad del tráfico que a la del Derecho mismo, y aunque la teoría de las apariencias, según la doctrina predominante, sólo se aplica a los supuestos concretos y excepcionales previstos por el legislador, cuando las apariencias del Derecho tienen su base en las inscripciones (*latus sensu*) necesariamente debe extenderse sus efectos no solamente al campo de los derechos reales, sino también a todas aquellas situaciones jurídicas hechas constar en el Registro para conocimiento de terceros, salvo que la Ley expresa y terminantemente diga lo contrario.

La teoría de las apariencias (45) adquiere cada día más importancia en la vida moderna, la celeridad del tráfico, la «prisa», en frase de BÉRGAMO, obliga a valorar los derechos por el *lugar* que ocupan en el campo de las relaciones jurídicas, sin perjuicio de las correspondientes acciones de impugnación para colocar cada cosa en el lugar que el derecho material determina.

El principio de legitimación registral, acogido en los artículos 1.º y 32 de la Ley Hipotecaria y desenvuelto con mayor amplitud en el 38 de la misma Ley, establece una vigorosa presunción *juris tantum* de exactitud e integridad de lo que el Registro pregona, la cual, como dice SANZ (46), actúa desde dos puntos de vista: *procesal*, mediante el desplazamiento de la carga de la prueba, a tenor de los artículos 1.250 y 1.251 del Código civil, y desde el punto de vista *sustantivo* pone al presunto en una situación jurídica privilegiada que permite hacer efectivas todas las consecuencias del derecho ma-

(45) Véase BÉRGAMO (Conferencia en el Colegio Notarial de Valencia: *Anales*... 1945, pág. 241), y F. GÓMEZ-ACEDO en *Revista de Derecho Privado*, 1952, pág. 219.

(46) Obra citada, tomo I, pág. 306, y especialmente pág. 314.

terial inherente a la relación jurídica presumida, mientras no sea destruída la apariencia legitimadora por la prueba en contrario. La apariencia legitimadora de la presunción del Registro, agrega dicho autor, no es el Derecho mismo, ni se confunde con él, pero es tratada como tal y se le permite producir los efectos mismos de aquél.

¿Es aplicable a las anotaciones de embargo la presunción legitimadora del Registro? La mayoría de los tratadistas contestan negativamente. Así, para SANZ (Ob. cit., T. I, pág. 304) y ROCA SASTRE (Ob. cit., T. I, pág. 236 B.), la presunción legitimadora del Registro no opera respecto a las anotaciones preventivas, salvo aquellas que representan la función de una inscripción provisional del derecho real, como ocurre con las de defectos subsanables, las de legado específico de cosas inmuebles, las de créditos refaccionarios y las de derecho hereditario. Nosotros, apartándonos de la opinión de tan autorizados autores, entendemos que las anotaciones de embargo caen dentro de los límites de la presunción legitimadora del Registro, en mérito de las siguientes consideraciones:

a) Porque las palabras *inscripción* y *derechos reales* que utiliza el legislador al definir la legitimación registral en el párrafo primero del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, hay que entenderla en sentido figurado, como lo revela la equiparación que hace en el último párrafo de dicho precepto de las *anotaciones* (que no son inscripciones) de *créditos personales* (que no son derechos reales) a las inscripciones de hipotecas, en el caso de que los bienes anotados hayan pasado a poder de un tercer poseedor. Y tanto es así, que la mayoría de los tratadistas no han encontrado obstáculos en la dicción de dicho precepto para extender los efectos de la legitimación registral a situaciones jurídicas no reales que se han hecho constar mediante asientos distintos del de inscripción, como sucede, por ejemplo: en las anotaciones de créditos refaccionarios. Y es que todas las anotaciones son precursoras, más o menos directamente, de modificaciones jurídicas de derechos inscritos, y en Derecho Hipotecario la primacía es un grado de preferencia, cuando menos.

b) Porque si la prioridad registral, según hemos demostrado en el párrafo anterior, es aplicable a las anotaciones de embargo, también debe serlo el de presunción del Registro, complemento de aquél, como reconoce el Decreto decisorio de competencia de 13 de marzo del pasado año, que mantiene el estado de derecho proclamado por el asiento anterior, mientras no sea *definida* la preferencia

de los asientos posteriores por los Tribunales de Justicia, una vez hechos *valer* ante ellos los derechos y privilegios.

c) Porque la doctrina restrictiva de la legitimación registral va siendo revisada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Dirección de los Registros —en ocasiones— y aun por el propio Poder Ejecutivo del Estado. Así la interesantísima Sentencia de 21 de mayo de 1953 declara que la presunción del párrafo primero del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, ampara todo el contenido del Registro, incluso los datos físicos de la finca, mientras no se pruebe lo contrario. El considerando cuarto de la Resolución de 13 de junio de 1952 aplica el artículo 38 a las anotaciones de embargo cuando la finca ha pasado a poder de un tercer poseedor. Y el Decreto decisorio de competencia, tantas veces citado, dispone terminantemente, frente a créditos singularmente privilegiados de la Hacienda Pública, que tienen la consideración de hipoteca legal, que la anotación de embargo declara un estado de derecho por el orden que ocupa mientras no sean definidos los derechos preferenciales de los asientos posteriores, por los Tribunales de Justicia, a instancia de sus respectivos titulares. Y la Resolución de 17 de diciembre de 1929 declara aplicable la publicidad registral a las anotaciones de embargo.

d) Porque, como dice el profesor PRIETO CASTRO (47), cuando el embargo opera a base de un sistema de Registro, como, según el artículo 1.409 de la Ley de Enjuiciamiento civil sucede en Derecho español, los principios hipotecarios repercuten sobre aquél, dotándole de efectos peculiares.

e) Si examinamos los párrafos finales del artículo 38, tantas veces citado, observamos que la posición jurídica del tercer poseedor de finca embargada es idéntica a la del tercer poseedor de finca hipotecada, y si éste no está amparado por el principio de legitimación registral, por no ser tercero hipotecario (Sentencia de 29 de octubre de 1953), ya que la legitimación se proyecta sobre el futuro registral y no sobre el pasado, tampoco está amparado por dicho principio frente al anotante anterior, y por consiguiente viene constreñido al cumplimiento de la obligación garantizada con la anotación en los términos que resulta del párrafo cuarto del artículo 38 en relación con el 134 y concordantes de la Ley, sin perjuicio de los derechos

(47) Opúsculo citado.

de dicho tercero para ejercitar ante los Tribunales las acciones de que se crea asistido (48).

f) Porque las anotaciones preventivas de embargo, en su consideración de gravámenes, que no puede negársele, derivan de la facultad dispositiva del titular registral, proclamada por el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, ejercitada no directamente, sino por el Juez o autoridad que tramita el expediente, como «representante legal» suyo, porque si lo es para lo más (otorgar la escritura de venta por consecuencia de la enajenación—artículo 1.514 de la Ley de Enjuiciamiento civil), debe serlo también para lo menos —el embargo—. Porque si a todos los efectos legales —artículo 38 de la Ley Hipotecaria— se presume que los derechos reales existen y pertenecen a su titular en la forma señalada en el asiento correspondiente, esta presunción trasciende a todos los que adquieran algún derecho sobre la finca y lo hagan constar en el Registro en la forma correspondiente (49).

g) Porque siendo el Registro, según expresión de TRIAS SANCHE (REVISTA CRÍTICA. 1953, pág. 168), un medio de defensa contra lo desconocido y eventual, el principio de buena fe obliga a extender los efectos protectores del sistema, no solamente a los derechos reales perfectos, sino también a las situaciones jurídicas que, siendo más o menos interino, tienden a tomar posición jurídica sobre la finca.

En resumen, a dos reconducimos las teorías sobre las anotaciones de embargo y el principio de legitimación registral, y ambas conducen a la misma solución práctica. Así:

1.ª *Tesis positiva*.—Considerar que el anotante ocupa la misma posición que el acreedor hipotecario, ya que los párrafos finales del

(48) Según ROCA (Ob. cit., tomo III, pág. 413) y PUIG BRUTAU (lug. cit.), el Registro frente al anotante no se presume exacto, principio que a nuestro entender hay que examinarlo con muchas cautelas y prevenciones.

(49) En el campo jurídico pueden darse situaciones muy curiosas, como vamos a ver. Así, las enajenaciones y gravámenes realizados *voluntariamente* por el dueño de una finca, una vez ingresados en el Registro, no son perjudicados por lo no inscrito; ni por las acciones rescisorias o resolutorias derivadas de causas que no figuran explícitamente en el Registro; las enajenaciones realizadas por el Juez de la ejecución —representante legal del deudor— una vez inscritas no son perjudicadas por lo no inscrito ni por las acciones; los gravámenes (no se nos diga que las anotaciones de embargo no lo son) impuestos por el Juez, en garantía del crédito ejecutado, una vez hechos constar en el Registro *pueden ser perjudicados* por lo no inscrito y por las acciones. ¡Y dirán que el derecho no es festivo...!

artículo 38 de la Ley Hipotecaria equiparan ambas figuras jurídicas cuando la finca ha pasado a ser propiedad de un tercer poseedor, aplicando a ambas personas —acreedor y anotante— lo dispuesto en los artículos 134 y *concordando* de esta Ley, y entre éstos conviene resaltar los artículos 127, 132 y párrafo último del 134 de la Ley Hipotecaria y el artículo 143 de su Reglamento, referentes a la *continuación* del procedimiento de apremio no obstante la inscripción del tercer poseedor. Es decir, que el tercer poseedor es perjudicado por el embargo, al menos provisionalmente.

Pero, con respecto al anotante, ¿quién tiene la consideración de tercer poseedor? La Ley y la doctrina llaman tercer poseedor al adquirente a título singular de la finca *hipotecada* (este concepto se ha construido con vistas a la hipoteca) que haya verificado su adquisición antes o después de la hipoteca, haya registrado o no su título adquisitivo. ¿Sirven estas ideas para las anotaciones de embargo? Hay quien dice que no, porque el concepto del tercer poseedor *frente* a la anotación hay que construirlo con vistas a la doctrina del artículo 44 de la Ley Hipotecaria, y por tanto, sólo consideran como tal al que ha adquirido a título singular el dominio de la finca embargada con *posterioridad* a la anotación, por cuanto los adquirentes *anteriores* no son perjudicados por la anotación. Nosotros, una vez más, entendemos lo contrario, porque estando equiparado el anotante al acreedor hipotecario, tratándose de la ejecución de la finca (párrafos finales del artículo 38 de la Ley Hipotecaria), no cabe hacer distinción conforme al conocido aforismo, donde la Ley no distingue... (50).

2.^a *Tesis negativa*.—Si se considera que el anotante no está protegido por el principio de legitimación registral, pero como tampoco el inscribiente *posterior* es tercer adquirente, frente a lo anotado o inscrito con *anterioridad* —que es lo que dice la Sentencia de 29 de octubre de 1953—, no le alcanza la legitimación registral frente a ellos, y en consecuencia las relaciones jurídicas entre ambos se desenvuelven conforme a las normas del Derecho Civil (que es también lo que dijo la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria primitiva), y por consiguiente el adquirente de la finca embargada, *cualquiera* que sea la fecha de su título de adquisición, si quiere defender su dominio no tiene otra solución que utilizar los medios de defensa

(50) Sin embargo, más adelante al tratar de la cancelación de los asientos posteriores a la anotación del ejecutante, y a fines *discursivos*, haremos una distinción entre tercer poseedor y tercer adquirente.

que le concede la Ley de Enjuiciamiento civil, concretamente la tercera de dominio o el juicio declarativo correspondiente. El tercer poseedor puede pedir que se levante el embargo, pero mientras esto no suceda, como la inscripción del mismo no suspende por sí el procedimiento de apremio, éste sigue su curso con todas sus consecuencias, como dice la Resolución de 20 de mayo de 1944.

Por esto hemos dicho anteriormente que la solución es siempre la misma: la iniciativa tiene que partir siempre del propietario de la finca —tercer poseedor— contra el anotante anterior, que es, en sustancia, lo que en el campo procesal significa el principio de legitimación registral.

C) *Las anotaciones de embargo y la fe pública registral.*

En este punto, de acuerdo con la generalidad de los comentaristas, los efectos inmunizadores de la fe pública registral sólo son aplicables a las anotaciones preventivas de embargo de un modo relativo respecto a los créditos y actos dispositivos realizados por el deudor con *posterioridad* a la fecha de la anotación. Respecto a los actos y negocios jurídicos posteriores, las anotaciones de embargo producen los efectos de hipoteca, en virtud de lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley Hipotecaria.

Los actos y negocios jurídicos ingresados en el Registro con fecha posterior a la anotación, pero en virtud de un título de fecha anterior, sólo provisionalmente (legitimación registral) son perjudicados por el asiento que garantiza el crédito del anotante, según lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley Hipotecaria en relación con el número 4 del artículo 1.923 del Código civil y disposiciones concordantes.

IV

EN EL PROCEDIMIENTO DE APREMIO ORDINARIO, ¿PUEDE PRESCINDIRSE DEL TRÁMITE DE LIQUIDACIÓN DE CARGAS ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 1.511 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

Los procedimientos de ejecución inmobiliaria de las leyes de Enjuiciamiento civil o Hipotecaria y Estatuto de Recaudación son los siguientes, por lo que a nuestro estudio interesa:

a) En el sistema de la Ley de Enjuiciamiento civil, anterior a la reforma hipotecaria del año 1909, el precio de remate se destinaba, directa o indirectamente, a pagar las cargas y gravámenes existentes sobre la finca subastada: a), «el capital de censos y demás cargas perpetuas» se dejaban subsistentes, previa rebaja o deducción de su importe del precio de remate, en el trámite de liquidación de cargas (art. 1.511); b), las cargas y gravámenes, de otro orden, aunque fueran preferentes al crédito del ejecutante se cancelaban, previo su pago con el importe del precio de remate, en los términos establecidos en los artículos 1.516 y 1.518 de la Ley de Enjuiciamiento civil (51).

De aquí que según el texto primitivo de la Ley de Enjuiciamiento civil, el precio de enajenación (52) de la finca objeto de la ejecución, se destinaba al pago de las cargas y gravámenes que afectaban al inmueble, si bien en cuanto a la purga o liberación de ellas se seguía un sistema *mixto*: los censos y demás cargas perpetuas quedaban subsistentes, deduciendo su importe del precio de venta, y quedando responsable de ella la propia finca, e indirectamente su propietario; las demás se cancelaban con el precio del remate, recibiendo el rematante la finca libre de ellas.

b) En el sistema de la Ley de Enjuiciamiento civil, tal como quedaron los artículos 1.511 y 1.516 después de la reforma introducida por los párrafos último y segundo de los artículos 131 y 133 de las Leyes Hipotecarias de 1909 y la vigente, del precio de remate o adjudicación se rebajan las cargas y gravámenes anteriores y preferentes al crédito del ejecutante, fueren o no perpetuos, quedando su importe en poder del adquirente para aplicarlo en su día, como subrogado en ellas, al pago de las mismas. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.519 de la Ley de Enjuiciamiento civil que el considerando segundo de la Resolución de 22 de octubre de 1952 estima vigente.

Aquí se mantiene el sistema de *liquidación* de cargas como *cálculo*

(51) Como dice ROCA (Ob. cit., tomo IV, pág. 811 y ss.), el régimen de purga, liberación o extinción quedaba limitado a las que llama cargas extrínsecas, que son las que desempeñan una función de garantía como las hipotecas, anticresis, anotaciones preventivas en general y anotaciones de embargo en particular.

(52) Este procedimiento sólo se aplicaba cuando hubiere existido rematante en la subasta, pues si la finca se adjudicaba al propio ejecutante subsistían las hipotecas anteriores a la de éste, por lo establecido en el artículo 1.519 de la Ley Procesal.

lo para determinar lo que el adjudicatario o rematante debe consignar, pero no rige el sistema de liberación o purga tratándose de las anteriores o preferentes al crédito del actor. Después volveremos sobre esto.

c) En el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria; aplicable a la realización de préstamos hipotecarios, cuya realidad y rango están determinados claramente, no existe el trámite de liquidación de cargas, y tanto las anteriores como las de igual rango al crédito ejecutado quedan subsistentes, sin destinarse a su extinción, directa ni indirectamente, el precio de venta o adjudicación de la finca.

d) En el procedimiento administrativo de apremio del vigente Estatuto de Recaudación de 29 de diciembre de 1948, la determinación del *tipo* para la subasta se verifica por el ejecutor mediante capitalización al 5 por 100 del líquido imponible en las fincas rústicas, y al 4 por 100 en las urbanas de la riqueza con que figuren amilarradas o catastradas las fincas de que se trate, deduciendo del capital así obtenido las cargas y gravámenes que consten en la certificación del Registro, y el líquido resultante servirá de tipo para la subasta (art. 101).

Pero como puede suceder que las cargas y gravámenes absorban o excedan del valor *fiscal* de la finca, o no dejen margen para el pago del débito, se procederá, en dichos casos, por un técnico de la Hacienda o perito práctico a la tasación pericial, por si hubiese ocultación de riqueza. En caso afirmativo, esta tasación servirá de base para la subasta, y si no existiere ocultación, la subasta se verificará sin rebaja alguna por el importe del principal, dietas, costas, recargos y gastos de peritación, que servirán de tipo para la subasta (53) (54).

Cómo hemos expuesto anteriormente, la legalidad actual, en cuan-

(53) Véamos con un ejemplo: 1.º Sistema de la Ley de Enjuiciamiento civil primitivo. Precio de remate de la finca, 10.000 pesetas; capital de un censo, 500 pesetas; ídem de una primera hipoteca, 1.000. El comprador tiene que consignar 9.500 pesetas (10.000—500) de las cuales destina el Juzgado 1.000 pesetas, a pagar la hipoteca anterior. 2.º Sistema de la Ley de Enjuiciamiento civil, modificada por la Hipotecaria. El rematante tiene que consignar solamente 8.500 pesetas (10.000—(500+1.000)), reteniendo la diferencia para pagar en su día el censo y la hipoteca preferentes. 3.º Sistema de la Ley Hipotecaria. El rematante tiene que consignar íntegramente las 10.000 pesetas, con lo cual resulta que la finca le ha costado 11.500 pesetas (o sea, 10.000+500+1.000). 4.º Sistema del Estatuto de Recaudación.

to al procedimiento de apremio ordinario de la Ley de Enjuiciamiento civil, después de modificado el artículo 1.511 de dicha Ley por el párrafo último del artículo 131 de la Ley Hipotecaria de 1909 —hoy párrafo segundo del artículo 133 de la vigente—, está contenida en los principios de *subsistencia* de las cargas y gravámenes anteriores o preferente al crédito del actor, y *deducción* del importe de ellas por el Juzgado del precio de remate o adjudicación, para determinar la cantidad que los adquirentes deben consignar en metálico. Pero como las subastas de fincas se verifican generalmente en dicho procedimiento, copiando literalmente en los edictos la regla octava del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, surge la cuestión referente a la aplicación o no de esta norma de Derecho Hipotecario a los apremios regulados por la Ley Procesal, en particular en lo que atañe al último inciso de dicha regla.

Para proceder con orden, en la disposición contenida en la indicada regla, se distinguen tres puntos fundamentales, cuyo examen debe hacerse separadamente para determinar su alcance respectivo en orden al procedimiento ordinario de ejecución, que son, a saber: *subsistencia* de cargas; *subrogación* del adquirente en el importe de ellas, y no aplicación a su pago del precio de remate o adjudicación.

1.º En cuanto al primer punto, constituye actualmente una norma de carácter general, aplicable por dicción expresa del referido párrafo segundo del antes citado artículo 133 de la Ley Hipotecaria a todos los procedimientos que produzcan la venta de bienes inmuebles la *subsistencia* de todas las cargas y gravámenes anteriores o preferentes al crédito del ejecutante, cualquiera que sea la naturaleza real o personal de la acción ejercitada. La finalidad del sistema de subsistencia de cargas es garantizar los derechos de los titulares de ellas contra los posibles abusos de los deudores, que provocando enajenación forzosa de la finca gravada podían anticipar el vencimiento de la deuda garantizada; rompiendo por ese medio indirecto el vínculo contractual en punto tan importante como la fecha señalada para el pago del débito garantizado, cosa factible en el sistema antiguo de la Ley de Enjuiciamiento civil

En esto, aunque no en su desenvolvimiento, viene a coincidir con el de la Ley Hipotecaria ya que la finca le cuesta realmente 11.500 pesetas.

(54) Según el artículo 109 del Estatuto anterior de 1928, del tipo de capitalización sólo se deducían las cargas anteriores en un año, al débito que se perseguía.

Las disposiciones legales sobre *subsistencia* de cargas (con o sin liquidación) son de carácter *imperativo*, imponiéndose a la voluntad de los litigantes y aun a la propia Autoridad judicial, siendo nulas las subastas anunciadas en contravención de dicha regla, no pudiendo practicarse la cancelación de las anteriores sin consentimiento de sus titulares respectivos, o en su defecto mediante la resolución judicial dictada en el juicio declarativo o de tercería correspondiente, como resulta también del artículo 233 del Reglamento Hipotecario, salvo las excepciones que oportunamente indicaremos.

Están, pues, afectados por el principio *todos* los adquirentes de fincas en los distintos procedimientos de apremio.

2.º En lo tocante a la doctrina del penúltimo inciso de la expresada regla octava del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, que se refiere, como es sabido, a la *subrogación* del adquirente de la finca hipotecada, en las responsabilidades de las hipotecas y cargas anteriores y preferentes al crédito que provoca la enajenación del inmueble, para determinar el alcance de la subrogación de los procedimientos de apremios, hemos de ocuparnos previamente de la extensión de dicha subrogación en la venta voluntaria de finca hipotecada, ya que los problemas están tan concatenados, que para resolver los unos hay que tener presente los otros.

En toda relación jurídica, según la doctrina moderna (55), hay que distinguir dos elementos, fundidos entre sí y que primitivamente actuaron con independencia: el *débito*, o sea el deber de realizar una determinada prestación por parte del deudor, y la *responsabilidad*, o sea el poder que el derecho concede al acreedor de realizar por equivalencia sobre el patrimonio del deudor el valor de la prestación que le es debida y que no ha sido espontáneamente realizada (RUGGIERO y MAROI). Y esta responsabilidad puede ser general (artículo 1.911 del Código civil) o especial, sin que el establecimiento de la segunda (prenda e hipoteca, por ejemplo), excluya, por regla general, la primera, como proclama el artículo 105 de la Ley Hipotecaria. La distinción entre el débito y la responsabilidad (real) aparece recogida en el artículo 118 de la Ley Hipotecaria, que ha abordado y resuelto algunas de las cuestiones derivadas de la transmisión de fincas hipotecadas, llenando un vacío que se notaba en nuestra legislación.

(55) Véase CASTÁN: *Derecho Civil*, 7.ª edición. Tomo III, págs. 138-159.

Nuestro ordenamiento jurídico inmobiliario, a partir de la reforma hipotecaria de 1909, y de la última, que ha regulado la cuestión (que el art. 131 de la Ley de 1909 se limitó solamente a enunciarla), admite la transmisión pasiva de las obligaciones aseguradas con hipotecas, cargas o gravámenes inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad a través de la venta o enajenación de la finca afectada por ellos, y sin recurrir al fenómeno de la novación, se sustituye al deudor primitivo de la relación jurídica contemplada por el adquirente o adjudicatario del inmueble gravado. La transmisión de la finca hipotecada (o gravada) viene a constituir una forma directa o indirecta de transmitir las obligaciones (¿el débito?, ¿la responsabilidad?, ¿ambas cosas?, ¿con o sin liberación del primitivo deudor?) garantizadas con ellas, presumiéndose, en principio, realizada la subrogación por dicho hecho, aunque los efectos pueden ser distintos según medie o no convenio expreso entre el vendedor y el comprador, y según preste o no su asentimiento a dicha sustitución el acreedor hipotecario, titular de las cargas que gravan la finca transmitida. Pero bien entendido que, si otra cosa no se conviene, la responsabilidad del asumente queda limitada al máximum de responsabilidad de la finca en cuestión.

A) *Transmisión voluntaria de finca hipotecada.*

Transmitido el dominio de una finca, el adquirente se subroga, por ministerio de la Ley, en las *responsabilidades* derivadas de las hipotecas y cargas que la afectan, ya que por definición legal (artículo 104 de la L. H. y 1.876 del Código civil) la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de las obligaciones para cuya seguridad fué constituida. Y lo que se dice para las hipotecas es aplicable a las demás cargas y gravámenes que afecten a la finca.

Pero lo que discutía la doctrina, y ha sido resuelto por la última reforma hipotecaria, si bien no con absoluta claridad, es la subrogación del comprador (56) en la *deuda* garantizada con la hipoteca.

(56) Aunque la Ley se refiere solamente a la compraventa, según SANZ se aplica la misma solución a las siguientes figuras jurídicas: a), la permuta, donación onerosa y adjudicación en pago de deudas; b), transmisión, a título de herencia, cuando el heredero que recibió la finca no se haya hecho cargo de la obligación garantizada, por haber correspondido ésta a

- Los artículos 118 y 230 de la Ley y Reglamento Hipotecario, dedicados al particular, regulan tres supuestos, a los que la doctrina agrega un cuarto caso, que pasamos a examinar bajo las siguientes rúbricas:

a) Compraventa con pacto de asunción de deuda.

Quando el vendedor y el comprador, dice el párrafo primero del artículo 118 de la Ley Hipotecaria, hubieren convenido que el segundo se subrogara no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la *obligación personal* con ella garantizada, quedará el primero desligado de dicha obligación, si el acreedor prestare su consentimiento expreso o tácito.

La naturaleza de este pacto, como reconoce unánimemente la doctrina, es una asunción o toma interna de deuda, que sólo produce efectos entre las partes contratantes, y para que quede vinculado el acreedor, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.205 del Código civil, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 16 de julio de 1908, 28 de octubre de 1910, 22 de junio de 1911 y 8 de junio de 1929, entre otras) y el texto hipotecario antes citado, es necesario que éste lo consienta expresa o tácitamente. El adquirente, en virtud de este pacto, no adquiere la cualidad de tercer poseedor.

Por consecuencia de dicho convenio, el acreedor puede utilizar, para la efectividad del crédito, además de la acción real derivada de la hipoteca: a), la personal contra el deudor de la obligación garantizada con la hipoteca, ya que la liberación de éste no surge hasta que lo consienta; b), la personal contra el asumente, si bien con alcance y significación distintos, según la clase de acción que se ejercite; si es la *directa*, nos encontramos ante un consentimiento tácito de la subrogación hecha a su espalda; si es la indirecta o *subrogatoria* del artículo 1.111 del Código civil, entonces la relación jurídica primitiva se conserva intacta, excepto en cuanto a su extensión objetiva, por razón de los pagos que se hubieran hecho.

b) Compraventa con descuento o retención del importe de la obligación garantizada del precio de la venta, sin pacto de asunción de deuda.

otro o a todos los herederos; c), transmisión en virtud de legado, en el caso del artículo 867 del Código civil; d), transmisión en virtud de donación (arts. 642 y 643 del Código civil). (*Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, págs. 351 y ss.).

Esta figura jurídica resulta deficientemente regulada en la legislación hipotecaria, porque el párrafo segundo del artículo 118 de la Ley Hipotecaria y el 230 de su Reglamento solamente recogen un aspecto del problema, referente a los derechos del vendedor-deudor, cuando paga el importe de la deuda descontada o retenida por el comprador. Así, dice el primero de dichos preceptos: «Si no se hubiere pactado la transmisión de la obligación garantizada, pero el comprador hubiere *descontado* su importe del precio de la venta, o lo hubiere *retenido* y al vencimiento de la obligación fuere ésta satisfecha por el deudor que vendió la finca, quedará subrogado éste en lugar del acreedor hasta tanto que por el comprador se le reintegre el total importe retenido o descontado.»

Para nosotros, siguiendo el parecer de SANZ (lugar últimamente citado, pág. 361), descuento y retención tienen la misma consideración jurídica, porque todo descuento implica tácitamente una retención, y toda retención implica tácitamente una operación de descuento (57), y la naturaleza jurídica de ambas operaciones, a falta de una estipulación en contrario, es la de una asunción tácita, por parte del comprador, de la obligación personal asegurada con la hipoteca. Esta es la doctrina del Tribunal Supremo en su interesantísima Sentencia de 22 de noviembre de 1943, a cuyo tenor (considerando tercero) «la circunstancia de haber *retenido* el comprador la cantidad necesaria para hacer frente a la hipoteca, demuestra que *tácitamente asumió* la obligación de satisfacer la deuda, y, consiguientemente, al pagarla actuó por cuenta propia y pagó con dinero propio, pues que en momento alguno salió de su patrimonio para entrar en el del vendedor...» (58).

(57) Para Roca, descuento y retención tienen consideración y significados jurídicos distintos. La retención equivale a una asunción de cumplimiento o a un mandato de pago con provisión de fondos, y el retentor no tiene la consideración legal de tercer poseedor. El descuento tiene consideración distinta, y el acreedor adquiere la condición jurídica de tercer poseedor.

(58) La doctrina de esta Sentencia es interesante, no solamente porque fija la posición del Supremo en cuanto a la naturaleza jurídica de la retención, sino porque desvanece la opinión de algún autor sobre la posibilidad de embargar el precio retenido por el comprador por deudas y obligaciones del vendedor distintas de la asegurada con la hipoteca. Si se considera como un mandato de pago con provisión de fondos, como éstos son del vendedor, que retiene en depósito el comprador, técnicamente no hay obstáculo para su embargo para satisfacer otros créditos, lo cual es injusto, porque de prosperar esta opinión el comprador pagaría dos veces. En cambio, en caso de asunción de deuda, como el dinero retenido por el comprador es suyo, no hay posibilidad de embargarlo por deudas de otro.

En consecuencia, a nuestro parecer, las relaciones jurídicas entre comprador y vendedor son las mismas que las derivadas de la asunción expresa de deuda, como también son las mismas las relaciones entre vendedor y comprador con el acreedor hipotecario de la finca transmitida, remitiéndonos a lo expuesto en el apartado anterior sobre las acciones que puede ejercitar el acreedor y el significado de cada una de ellas (59).

Ahora bien, si la cantidad descontada no la retiene el comprador, sino un tercero, lo cual no se presume, salvo prueba en contrario, el adquirente se convierte en tercer poseedor, por no ser deudor personal de la deuda garantizada con la hipoteca.

c) Compraventa sin descuento, retención ni asunción expresa de deuda.

Cuando en la escritura de compraventa no se ha tenido en cuenta la hipoteca en la fijación del precio, entonces la cuestión se complica, y aunque desde el punto de vista del derecho material, como dice SANZ (pág. 363), debe presumirse, de acuerdo con la realidad de la vida práctica y el criterio interpretativo del artículo 1.289 del Código civil, que el comprador solamente ha pagado por la finca el pre-

(59) SANZ, que, como hemos dicho, considera las figuras examinadas, como asunción tácita de deuda, al fijar la posición del comprador (pág. 366), indica que éste se mantiene extraño a la relación personal garantizada con la hipoteca, y el acreedor solamente puede utilizar contra él, bien porque descontó o retuvo, bien porque dejó aplazado, la acción subrogatoria del artículo 1.111 del Código civil, y si paga al acreedor hipotecario este pagotendrá la consideración legal de pago hecho por un tercero, y en consecuencia el comprador queda en la situación legal de tercer poseedor de la finca hipotecada, con todos sus derechos y obligaciones. Para las jurisprudencias francesa e italiana, según BONET (*Revista de Derecho Privado*, 1944, página 48), sólo el comprador que ha *descontado* adquiere la condición de tercer poseedor pero cuando ha *asumido* la deuda garantizada, o cuando ha *retenido* el importe de ella, la situación varía. En el primer caso —asunción— habrá una asunción de deuda y, por tanto, el tercer poseedor dejará de ser tal para convertirse en deudor personal. En el segundo —retención— se producirá una especie de asunción imperfecta o tácita de deuda, pendiente únicamente de la aceptación del acreedor; pero entonces, tanto si se le considera como asunción de deuda como si se ve en la retención una especie de depósito (que será irregular), el tercer poseedor asume la obligación de satisfacer la deuda, y, por tanto, puede el acreedor dirigirse contra él, tratándolo como deudor personal. Para la citada Sentencia de 22 de noviembre de 1943, «... en el terreno práctico, el tercer poseedor, titular de la finca gravada, está frente al acreedor en situación análoga a la de un *deudor subrogado* en la posición hipotecaria del prestamista respecto al pago del crédito... como consecuencia del principio de inseparabilidad del crédito y de la hipoteca, según puede colegirse del artículo 134 de la Ley Hipotecaria, siquiera sus términos literales aluden a la subrogación *pro-casa*».

cio neto de ella, y ya habrá tenido cuidado de deducir del valor íntegro del inmueble las hipotecas y cargas que pesen sobre el mismo. Para dicho autor se produce una situación igual a la del caso de haberse descontado del precio de venta las hipotecas y cargos anteriores, correspondiendo probar lo contrario a aquel que lo alegue.

Aunque esta interpretación está de acuerdo con la presunción establecida en el artículo 100, apartado 3.º, del Reglamento del Impuesto de Derechos reales, creemos que debe asignarse al comprador la condición jurídica de tercer poseedor, con los derechos y obligaciones concedidos por la legislación hipotecaria.

d) Cuando se trata de cargas intrínsecas (por ejemplo, censos), o de aquellas que siendo extrínsecas tienen un deudor fungible (por ejemplo, hipotecas de responsabilidad limitada), la transmisión voluntaria de la finca supone también la transmisión de las deudas y obligaciones de dichas clases garantizadas con ella quedando liberado el antiguo o primitivo deudor.

B) *Transmisión forzosa de la finca hipotecada*

Cuando la finca se ha transmitido en el procedimiento judicial sumario de la Ley Hipotecaria para la efectividad de una segunda o posterior hipoteca, la posición jurídica del comprador o adjudicatario es la de *subrogado* en los débitos y en las responsabilidades de las cargas y gravámenes que quedan subsistiendo sobre la finca en cuestión.

La subrogación en las *responsabilidades* garantizadas deriva de los artículos 1.876 del Código civil y 104 de la Ley Hipotecaria, y en particular de las reglas octava, décima y trece del artículo 131 de esta Ley, según las cuales las cargas o gravámenes continuarán subsistentes, entendiéndose que el rematante los acepta y queda subrogado en las responsabilidades de los mismos.

La subrogación en las *obligaciones* garantizadas con dichas cargas y gravámenes es una consecuencia de la doctrina contenida en el artículo 118 de la Ley, siendo la posición jurídica del adquirente la de un comprador que ha *descontado* o le han descontado las expresadas cargas del valor de la finca transmitida, porque, como dice la Sentencia de 7 de febrero de 1942, confirmando la doctrina de la Resolución de 4 de diciembre de 1929, en «el procedimiento sumario son los interesados los que tasan la finca por el valor efectivo,

deduciendo o debiendo deducir del valor económico integral las cargas preferentes». De aquí que como en estos casos el precio real de la finca viene determinado por el precio en que ha sido rematada o adjudicada, *más* las hipotecas y cargas preferentes, que continúan subsistentes, que han sido descontadas para fijar el tipo de subasta y remate, la naturaleza jurídica es la de *asunción expresa* de deuda, ya que el rematante, para que le sea admitida la postura (regla 13 del artículo 131 de la L. H.) tiene que aceptar expresamente las obligaciones consignadas en la regla octava, entre las cuales figura la subsistencia de las cargas anteriores y preferentes —si las hubiere— al crédito del actor y la subrogación en la obligación de satisfacerlas (reglas octava y décima).

Por dichas razones, como la subasta de fincas en los procedimientos de apremio conduce a un contrato, entre cuyas estipulaciones figuran las condiciones de los edictos de subasta, el caso contemplado se asimila al regulado en el párrafo primero del artículo 118 de la Ley, con los efectos especificados en el apartado a), epígrafe A), número 2 de este capítulo.

Ahora bien, a nuestro juicio, en contra del parecer de ROCA, SANZ y otros autores (60), la subrogación del rematante o adjudicatario en las obligaciones garantizadas por las cargas y gravámenes que quedan subsistentes, no lleva aneja la liberación del deudor constituyente de dichas cargas, excepto si son de las denominadas por ROCA *intrínsecas*, o de deudor fungible, sino que continúa vinculado al cumplimiento de la obligación por él constituida, a menos que el acreedor lo consienta expresa o tácitamente: 1.º, por razón de analogía, porque si la transmisión voluntaria de fincas hipotecadas no supone la liberación del primitivo deudor, a no ser con consentimiento expreso o tácito del acreedor (párrafo 1.º, art. 118), tampoco hay razón para que se produzca tal liberación cuando la transmisión es forzosa, venciendo la voluntad rebelde del deudor ejecutado; 2.º, porque según la doctrina del artículo 1.205 del Código civil, confirmada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia de 28 de octubre de 1910) y por el parecer de la mayoría de los civilistas, para que la transmisión de deuda (el hecho de tener carácter legal no cambia su naturaleza jurídica) obligue al acreedor, se requiere necesariamente que éste lo consienta expresa o tácita-

(60) Sobre la posición de la doctrina, véase ROCA. Ob. cit. Tomo IV, páginas 123 y ss.

mente; 3.º, porque la liberación del antiguo o primitivo deudor puede suponer perjuicio para el titular de dichas cargas y gravámenes, y envolver un posible fraude para el mismo; 4.º, porque si la constitución de hipoteca no supone una excepción, por regla general, al principio de responsabilidad patrimonial universal (art. 105 de la Ley Hipotecaria), prácticamente podría quedar limitada la responsabilidad del deudor a la finca hipotecada mediante la transmisión de la misma a un comprador insolvente; 5.º, porque siendo necesario para la validez de los procedimientos de apremio (art. 126 y regla tercera del 131 de la Ley) el requerimiento de pago al *deudor* y al *tercer poseedor* (art. 143 del R. H.), no tendría razón el requerimiento al primero si el segundo le hubiera sustituido en el pago de las obligaciones garantizadas con las cargas que quedan subsistentes.

C) *¿Son aplicables estas normas al procedimiento de apremio de la Ley de Enjuiciamiento civil?*

Dichas reglas, por consecuencia de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 133 de la Ley Hipotecaria, son aplicables a todos los procedimientos que produzcan la venta de bienes inmuebles y en especial al ejecutivo ordinario y al administrativo de apremio, porque en ambos, en aquél *a posteriori* y en éste *a priori*, se practica la liquidación de cargas para obtener el precio *neto* de venta mediante descuento y retención por el adquirente del importe de las que quedan subsistentes.

Son aplicables a estos procedimientos las consideraciones anteriormente expuestas para el judicial sumario de la Ley Hipotecaria.

3.º En cuanto a si la locución final de la regla octava del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, consistente en que el precio del remate no se destinará a la extinción de las cargas anteriores o preferentes al crédito del actor es o no aplicable al procedimiento de apremio de la Ley de Enjuiciamiento civil, el criterio de la doctrina es distinto según la época en que nos situemos.

Antes de la reforma hipotecaria de 1909, el problema no se planteaba: el precio del remate se destinaba directa e indirectamente a la extinción de las cargas preferentes en el trámite de liquidación de cargas establecido en el artículo 1.511 de la Ley Procesal. Des-

pués de la innovación introducida en el procedimiento de apremio ordinario por la reforma hipotecaria de 1909 (párrafo final del artículo 131) y antes de la Sentencia del Tribunal Supremo, fecha 7 de febrero de 1942, predominaba en la doctrina científica y en la práctica forense la idea, aún no desterrada, de que la susodicha regla octava, en la parte que comentamos, era aplicable al procedimiento ordinario de ejecución, y puesto que era *obligatorio* insertar en los anuncios de subasta las prevenciones contenidas en dicho precepto, y como el rematante o adjudicatario se subrogaba en las responsabilidades de las cargas y gravámenes anteriores, se entendía que el artículo 1.511 de dicha Ley había quedado derogado y desaparecido el trámite de liquidación de cargas.

Después de dictada la Sentencia de 1942 cambia de signo la doctrina predominante, habiendo declarado el Tribunal Supremo «que si en el procedimiento judicial sumario de la Ley Hipotecaria está justificado que en los anuncios de subasta se haga saber a los licitadores que del precio que ofrezca el rematante no se podrá deducir cantidad alguna con destino a la extinción de cargas o gravámenes anteriores o preferentes que habrán de subsistir, tal advertencia no es aplicable al procedimiento ordinario», porque su finalidad se suple con el trámite de liquidación de cargas perpetuas y temporales, previsto en el artículo 1.511 de la Ley de Enjuiciamiento civil, modificado por el párrafo final del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, debido a «la marcada diferencia entre ambos procedimientos en cuanto al modo de fijar el tipo mínimo de la oferta de subasta, pues mientras en el procedimiento ordinario se fija por tasación pericial del valor económico íntegro de la finca (Resolución de 4 de diciembre de 1929), en el sumario son los propios interesados los que la tasan por su valor efectivo, deduciendo o debiendo deducir del valor integral las cargas preferentes; diferencia que, a su vez, lleva aparejada la necesidad de una liquidación de cargas en el procedimiento ordinario para rebajar del precio del remate el importe de las que subsistan —pagadero en su día— y señalar la cantidad de pago inmediato, evitando así duplicidad de pago, mientras que en el procedimiento sumario carece de finalidad el trámite de liquidación de cargas, según quedó bien esclarecido en la discusión parlamentaria de la reforma de 1909 y confirmó de modo indirecto la Resolución de 4 de diciembre de 1929».

ROCA (61) y BENEDICTO BLÁZQUEZ (62) son de este último parecer, si bien el primero indica la «conveniencia de que en los anuncios de subasta se exprese tal subsistencia de cargas y la subrogación en ella por el rematante —aunque no lo estime necesario la Sentencia de 7 de febrero de 1942—, así como conviene que se advierta en ellos que el precio tipo de subasta, así como el de remate, constituirá el precio *bruto*, del cual habrá de rebajarse, en la correspondiente diligencia de liquidación de cargas, el importe de los censos, hipotecas y demás gravámenes (perpetuos o temporales, intrínsecos y extrínsecos) que por ser anteriores deben subsistir a pesar de la ejecución. En todo procedimiento ejecutivo ordinario, incluso que sea por un crédito hipotecario, dicha diligencia de liquidación de tales cargas es indispensable».

A nuestro juicio, salvando los respetos que nos merecen las decisiones de nuestro más Alto Tribunal, como el criterio de los autores anteriormente citados, aunque estimamos que lo oportuno es anunciar las subastas en los términos indicados por ROCA, en cambio, apartándonos del parecer de BLÁZQUEZ, no consideramos nulas las subastas anunciadas en la forma de la regla octava del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, alegando en justificación de ello:

a) Que una Sentencia no constituye doctrina legal, según tiene declarado reiteradamente el mismo Tribunal Supremo en Sentencias de 7 de noviembre de 1885, 7 de marzo de 1933, 29 de octubre de 1934 y 28 de marzo de 1936, entre otras.

b) Que no existiendo en la Ley de Enjuiciamiento civil, a diferencia de lo que sucede en la Hipotecaria (párrf. primero del artículo 129), un precepto que prohíba alterar las condiciones legales de la subasta, la disposición del artículo 1.511 de la Ley Procesal la consideramos de carácter dispositivo, pudiendo modificarse, a voluntad de las partes, los términos y condiciones de la subasta, sin que estas alteraciones afecten a la validez del procedimiento (63).

c) Porque siendo las condiciones de la subasta otras tantas es-

(61) Obra citada, tomo IV, pág. 730 en donde puede leerse un buen resumen de las diferentes opiniones. Véase también el folio 131.

(62) En esta misma Revista, 1944, págs. 227 y ss.

(63) Como dice el profesor GUARS (en esta Revista, 1941, pág. 480), «en Derecho Procesal hay normas de índole muy diversas: preceptos que son de observancia inmodificables por las partes; preceptos que, por el contrario, permite a los sujetos privados estipulaciones en contra de su contenido; es decir, que son reglas de derecho absoluto y de derecho dispositivo».

tipulaciones del futuro contrato de compraventa a que conduce la enajenación judicial de la finca embargada, cuyo contrato se encuentra sometido a las prescripciones del Código civil sobre las obligaciones y contratos en general, y a las especiales de los contratos de compraventa, el destino que ha de darse al precio del remate no puede incluirse entre los pactos prohibidos por el artículo 1.255 del Código civil, no siendo contrario a la Ley debido al carácter dispositivo que asignamos a la disposición contenida en el artículo 1.511 de la Ley Rituaria.

d) Porque si los contratos han de interpretarse conforme al tenor literal de sus cláusulas (art. 1.281 del Código civil), sin que sea lícito alterar su sentido con interpretaciones que las desvirtúen cuando son claras (Sentencia de 5 de octubre de 1905), resulta absurdo e incongruente consignar en los anuncios de subasta que «el precio del remate no se destinara a la extinción de las cargas anteriores y preferentes», y después deducir dichas cargas, cuyo proceder no puede sancionarse por ser incongruente con la oferta del contrato, pudiendo dar lugar a manejos y confabulaciones del acreedor, deudor y terceros.

e) Porque el hecho de que el tipo de subasta se fije por el valor íntegro de la finca, sin baja ni deducción alguna, porque los peritos que realizan el avalúo no se encuentran autorizados para decidir sobre la subsistencia de las cargas que afectan a la finca (Resolución de 28 de mayo de 1929), que por ser una operación eminentemente jurídica escapa a su competencia, no quiere decir que no pueda prescindirse del trámite de liquidación de cargas, porque sabiendo los licitadores con lo que *cargan* y que el precio del remate no se destina al pago de los gravámenes que quedan subsistentes, tendrán sumo cuidado en examinar los autos y los antecedentes del Registro para fijar el límite de sus proposiciones, y si no lo hacen, a nadie pueden culpar de los daños y perjuicios que pueda sobrevenirles por su negligencia. Aunque en el procedimiento sumario de ejecución de la Ley Hipotecaria el tipo de subasta viene determinado por el precio *neto* de la finca, en la práctica muchas veces no es así, sobre todo tratándose de segundas o posteriores hipotecas, en que se fija como tipo de subasta de los posteriores gravámenes cantidades muy superiores a la de las primeras o anteriores hipotecas, como si estos gravámenes no absorbieran parte del valor del inmueble (64).

(64) Como dice el maestro J. GONZÁLEZ, «nada hay menos formal en

Como la fijación del tipo de subasta y la determinación de las cargas y gravámenes que han de quedar vigentes son conceptos íntimamente enlazados, lo lógico sería, como sucede en el procedimiento administrativo de apremio y en algunas legislaciones extranjeras, que la rebaja, descuento o liquidación de cargas se practicara por el Juzgado *a priori*, antes de fijar el precio de subasta, y que en los anuncios de subasta se expresara el *valor íntegro* en que la finca había sido apreciada por los peritos, las cargas y gravámenes que *quedan subsistentes*, con expresión de su valor, y el *precio neto* o tipo que ha de servir de base para que los licitadores hagan sus ofertas.

De aquí, que a nuestro modo de ver, el procedimiento de apremio ordinario de la Ley de Enjuiciamiento civil presenta dos variantes, según la forma en que haya sido anunciada la subasta: a), cuando la subasta se ha anunciado insertando literalmente la regla octava del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, su locución final u otra fórmula que claramente exprese que el precio del remate no se destinará a pagar las cargas y gravámenes anteriores o preferentes al crédito del actor, el trámite de liquidación de cargas es innecesario y si se practica su finalidad no será la de rebajar del precio del remate las que subsistan, sino solamente para precisar y puntualizar las que asume el rematante, como subrogado en las responsabilidades de ellas, y b), en cambio, cuando dicha regla no se inserta en los anuncios de subasta, rige íntegramente el artículo 1.511 de la Ley procesal, practicándose la liquidación de cargas, rebajándose del precio del remate el importe de las que subsistan —pagadero en su día—, para señalar la cantidad de pago inmediato que, dentro del plazo legal, debe consignar el comprador o adjudicatario de la finca subastada.

la transmisión de inmuebles por medio de subasta pública que la subsistencia de cargas, gravámenes y derechos oscuros o de valor desconocido. El mejor postor compra un *caballo de gitano*, y a las dificultades de esta clase de contratación, en la que el Juez muchas veces vende sin la garantía del Estado y casi sin la del deudor rebelde, hay que añadir el cálculo de probabilidades de la vigencia y extensión de los derechos preferentes». «El sistema de subsistencia —añade—, por su misma simplicidad hace inútil los datos y valoraciones, porque el mejor postor carga con todo, y ya ha echado sus cuentas antes de tomar parte en la subasta» (pág. 143). El mismo autor nos habla de las curiosas prácticas seguidas para la determinación del precio que ha de servir de tipo en la subasta. (*Estudios de Derecho Hipotecario y Civil*. Tomo II, págs. 139 y ss.).

V

CONSTITUCIÓN Y EFECTOS DE LAS ANOTACIONES DE EMBARGO

Después de las consideraciones hechas en los apartados anteriores vamos a ocuparnos brevemente de la constitución de las anotaciones de embargos, para detenernos en los efectos de las mismas.

1.^a CONSTITUCIÓN A).---*Elementos personales*

a) En cuanto al *órgano*, corresponde decretar el embargo al Juez, autoridad o funcionario que esté conociendo del correspondiente procedimiento, pero cuando los bienes embargados sean inmuebles o derechos reales inmobiliarios, el mandamiento para la anotación del embargo practicado será expedido por el Juez, Tribunal o Autoridad en cuya jurisdicción radique el Registro donde deba tomarse la anotación preventiva, al que exhortarán con tal objeto los demás Jueces y Tribunales (art. 165 del Reglamento Hipotecario). Cuando se trate de embargos practicados en los expedientes o procedimientos administrativos de apremio, dentro de la demarcación de cada zona no tendrá competencia, así para el cobro en período voluntario como para el ejecutivo, más que el Recaudador titular de ella, o, en su caso, el que interinamente la desempeñe (art. 20, núm. 3, del Estatuto de Recaudación), cuyos embargos se practicarán en la forma ordenada en los artículos 78 y 79 del Estatuto. Los Jueces militares y los de Marina pueden dirigirse directamente al Registrador. Rige el principio de territorialidad atendiendo al lugar del Registro.

b) Están legitimados *activamente* para pedir el embargo las personas autorizadas para ello según las Leyes y los Reglamentos, correspondiendo apreciar este punto a la Autoridad que tramita el expediente. No se exige capacidad especial para pedir la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, aplicándose las disposiciones contenidas en los artículos 6 de la Ley y 39 del Reglamento Hipotecario, sobre las personas que pueden pedir las inscripciones.

c) Desde el punto de vista registral, que aquí interesa, están legitimados *pasivamente*, la persona o personas a cuyos nombres

aparezcan inscritas las fincas o derechos embargados, ya que, según el artículo 140 del Reglamento Hipotecario, sólo se hará anotación preventiva de embargo sobre la finca o fincas que aparezcan inscritas a nombre de la persona contra quien se hubiere decretado el embargo.

Pero el principio del tracto sucesivo, fundamental también en materia de anotaciones, presenta ciertas modalidades que pasamos a examinar :

1.º *Embargo sobre bienes gananciales.*

El nuevo Reglamento Hipotecario, en su artículo 144, cuyos precedentes se encuentran en las Resoluciones de 12 de enero de 1913, 27 de junio de 1916, 4 de noviembre de 1926, 10 de julio de 1935 y 16 de enero de 1941, contiene una disposición destinada especialmente a regular las anotaciones preventivas de embargo sobre bienes gananciales, por deudas y obligaciones a cargo de la sociedad conyugal, distinguiendo según que el embargo se haya decretado antes o después de disuelta la sociedad de gananciales. En el primer caso, (durante la sociedad de gananciales) podrá anotarse el embargo, según dicho precepto, sobre los bienes inscritos a nombre de la mujer, del marido o de ambos indistintamente, que hubieren sido embargados, siempre que la adquisición hubiere sido a título oneroso durante el matrimonio y no conste la pertenencia exclusiva del dinero de uno de los cónyuges. En el segundo caso, cuando se ha disuelto la sociedad de gananciales, hay que subdistinguir: si se hubiere inscrito la partición de bienes, podrá anotarse el embargo cuando la demanda se hubiere dirigido contra los respectivos adjudicatarios; si no se hubiere inscrito la partición, podrá ser anotado el embargo, si la demanda se hubiere dirigido conjuntamente contra el cónyuge supérstite y los herederos del pre-muerto.

Pero como este precepto, al ponerse en contacto con los artículos 95, 96 y 140 del Reglamento Hipotecario, y en particular con los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria, básicos en materia de tracto sucesivo, sobre todo cuando la naturaleza jurídica de los bienes no está perfectamente definida en los asientos del Registro, puede suscitar ciertas dificultades de índole registral, vamos a examinarlos a través de las anotaciones preventivas de embargo y en relación con el carácter que tengan los bienes en el Registro de la Propiedad, distinguiendo :

a) Bienes inscritos a nombre de mujer casada, como parafernales o dotales.

Cuando la adquisición se ha verificado constante matrimonio por título de herencia, legado o donación, su naturaleza jurídica es clara y diáfana. En cambio, cuando la adquisición se ha verificado a título oneroso durante el matrimonio, para que puedan inscribirse como dotales o parafernales es necesario que se acredite que el precio o contraprestación es de la exclusiva propiedad y libre disposición de la mujer, según dispone el número primero del artículo 95 del Reglamento Hipotecario.

Como estos bienes pertenecen privativamente a la mujer, solamente pueden ser enajenados y gravados por ella (artículo 1.361 y 1.387 en relación con los artículos 61 y 68 del Código civil, y artículo 96 del Reglamento Hipotecario) con licencia o poder marital, o habilitación judicial en ciertos casos, o bien por el marido u otra persona como apoderado de la misma, y como las anotaciones suponen un gravamen y una enajenación en potencia, para que pueda anotarse el embargo practicado sobre estos bienes es necesario que se haya decretado en procedimiento seguido contra la propietaria, denegándose en otro caso la anotación de conformidad con lo dispuesto en los artículos 96 y 140 del Reglamento Hipotecario y 20 de la Ley, aun en aquellos casos en que los bienes dotales y parafernales están sujetos (artículos 1.362 y 1.385 del Código civil) al levantamiento de las cargas del matrimonio. En cambio, si la reclamación la ha formulado el acreedor contra la mujer, aun en el supuesto de que sus bienes no sean responsables de la deuda reclamada, puede practicarse la anotación decretada sobre ellos, sin perjuicio de las acciones o excepciones que puedan asistirle para pedir que se levante y cancele el embargo practicado.

b) Bienes adquiridos como privativos por mujer casada, pero no inscritos con este carácter por no justificarse la procedencia del precio o contraprestación.

En este caso, como dispone el número 2 del artículo 95 del Reglamento Hipotecario, los bienes se inscriben a nombre de la mujer, pero haciéndose constar en el asiento que no se ha demostrado la procedencia del dinero, y si el marido asevera o no que el precio o la contraprestación es de la propiedad exclusiva de la mujer, sin que prejuzgue la inscripción la naturaleza ganancial o privativa de los bienes.

Aunque la condición jurídica de tales bienes es ambigua, ya que frente al marido y sus herederos voluntarios, si aquél aseveró que el precio o contraprestación era de la exclusiva propiedad de su esposa, los bienes se consideran como dotales o parafernales (Sentencias de 30 de junio de 1948 y 2 de febrero de 1951; según proceda, y frente a terceros (acreedores, legitimarios, y el mismo marido si no hizo aseveración alguna sobre la procedencia del dinero) los bienes se consideran como civilmente gananciales por la presunción del artículo 1.407 del Código civil, los poderes dispositivos, desde el punto de vista registral, para los actos de enajenación y gravamen, residen en la mujer con consentimiento (65) de su marido, según dispone el artículo 96 del citado Reglamento Hipotecario. De esta manera se armonizan los poderes dispositivos que según el artículo 20 de la Ley Hipotecaria corresponden a la mujer como propietaria y titular registral de dichos bienes (art. 38 de la Ley), con los que el artículo 1.415 del Código civil atribuye al marido como administrador de los bienes de la sociedad conyugal, salvándose así los intereses de ambos cónyuges, sin perjuicio real y efectivo para los terceros (66).

Pero si tratándose de actos y negocios jurídicos de carácter voluntario la cuestión aparece resuelta mediante la intervención de ambos cónyuges, tratándose de actos de carácter necesario o forzoso, se plantea el problema referente a si la doctrina del artículo 144 de Reglamento Hipotecario es aplicable a los bienes adquirentes dotales o parafernales e inscritos sin este carácter por no justificarse la procedencia del precio o contraprestación y, por consiguiente,

(65) ¿Cómo habrá de prestarse este consentimiento? SANZ (*Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo II, pág. 120), contestando a esta pregunta, manifiesta: «Que puesto que el Reglamento Hipotecario no distingue, no parece que haya inconveniente en que sea expreso o tácito. Habrá consentimiento tácito cuando el marido preste su licencia o autorización en términos que permitan darle el alcance de un consentimiento efectivo. Así ocurrirá si el marido comparece en el mismo acto dispositivo y presta su licencia para él, o si el marido concedió licencia a la mujer por acto separado y anterior para realizar actos dispositivos respecto de aquella finca. En estos casos, la intervención directa del marido permite que la licencia sea considerada como verdadero consentimiento, al menos como un consentimiento tácito.»

(66) VALLET DE GOYTISOLO (*Anuario de Derecho Civil*, 1949, pág. 655), sostiene que una vez disuelto el matrimonio puede disponer la viuda de tales bienes por sí sola, sin necesidad del consentimiento de los herederos de su marido, cuya opinión no compartimos.

si es anotable el embargo de ellos en procedimiento seguido exclusivamente contra *uno* de los cónyuges.

Reconocemos que la cuestión es dudosa. Si por un lado los precedentes jurisprudenciales y la consideración de que la afirmación de la mujer sobre la procedencia del dinero, como la confesión o aseveración del marido, no producen efectos contra los acreedores de la sociedad conyugal, inclina a una contestación de carácter afirmativo; el carácter particular de la regla contenida en el artículo 144 del Reglamento Hipotecario, que constituye una excepción al principio de tracto sucesivo, fundamental en nuestra legislación hipotecaria, conduce a una solución de tipo contrario, sobre todo teniendo en cuenta que los bienes inscritos al amparo del núm. 2 del artículo 95 del citado Reglamento no se encuentran comprendidos en la excepción que examinamos, como vamos a ver.

En efecto, los requisitos exigidos para la aplicación del artículo 144 antes citado, son fundamentalmente los siguientes: a) Que la deuda u obligación determinante del procedimiento de apremio en que se haya decretado el embargo sea a cargo de la sociedad de gananciales. b) Que se hayan embargado bienes pertenecientes a la sociedad conyugal, inscritos en el Registro a nombre de la mujer, del marido o de ambos indistintamente, siempre que la adquisición hubiere sido a título oneroso durante el matrimonio y *no conste* la pertenencia del dinero de uno de los cónyuges.

La calificación del primer requisito corresponde a la Autoridad que tramita el expediente de apremio, con vista de los documentos presentados y del título de ejecución, sin perjuicio de los derechos de impugnación que puedan asistir a cualquiera de los cónyuges.

El segundo requisito se divide en dos: a) Que el embargo se haya decretado «sobre bienes pertenecientes a la sociedad conyugal». De los términos de la inscripción, los bienes que nos ocupan no puede decirse que sean típicamente gananciales, sobre todo teniendo en cuenta la declaración final del número 2 del artículo 95 del Reglamento Hipotecario. La presunción legitimadora de titularidad mixta o compleja de los bienes adquiridos como propios e inscritos sin este carácter impide, según hemos dicho, catalogarlos en el aspecto registral en el grupo de los gananciales (67); como el subsodicho ar-

(67) Debido a la titularidad mixta o compleja de estos bienes, no consideramos aplicable a los mismos lo dispuesto en el artículo 94 del Reglamento Hipotecario.

artículo 96 no distingue entre actos dispositivos voluntarios y forzosos y como la inscripción no *prejuza* la naturaleza ganancial o privativa de tales bienes, si se permitiera su anotación preventiva en virtud de embargo practicado en procedimiento seguido exclusivamente contra el marido, de facto *quedaría prejudicado* el carácter ganancial de ellos, en contra de los designios del legislador. b) Que en la inscripción *no conste* la pertenencia exclusiva del dinero de uno de los cónyuges. Precisamente lo que caracteriza a estos bienes es que en la inscripción se hace constar, por exigencias del número 2 del artículo 95, que el precio o contraprestación es de la exclusiva propiedad de la mujer. El Reglamento no exige que la inscripción acredite la propiedad exclusiva de los bienes de cualquiera de los cónyuges, sino solamente que en la inscripción *no conste haberse adquirido* con bienes privativos, y como una cosa es la constancia o manifestación de un hecho y otra es la justificación de dicho hecho, desde el punto de vista registral, que es lo que interesa, los bienes en cuestión no se encuentran comprendidos en la excepción del artículo 144 del texto reglamentario.

Quedan, pues, exceptuados del citado artículo 144, no solamente los bienes inscritos como privativos de la mujer (núm. primero del artículo 95 del Reglamento Hipotecario), sino también los adquiridos como privativos e inscritos sin este carácter (núm. 2 del artículo 95 del Reglamento Hipotecario), y por consiguiente los bienes de esta segunda clase solamente pueden embargarse en procedimiento seguido conjuntamente contra el marido y la mujer, titular registral de estos bienes. Y si se permitiera la anotación del embargo de estos bienes en procedimiento seguido exclusivamente contra el marido de la titular registral, sería para asegurar provisoriamente los derechos del acreedor; pero para la inscripción de la venta o adjudicación de ellos en procedimientos de apremios sería en todo caso necesario el consentimiento de la mujer.

La solución adoptada por la jurisprudencia hipotecaria (Resoluciones de 13 de enero de 1913 y 10 de julio de 1935, entre otras) ha perdido eficacia en virtud de la innovación introducida en nuestro ordenamiento registral por los artículos 95 y 96 del Reglamento Hipotecario.

c) Bienes inscritos a nombre de mujer casada, adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, con o sin licencia mari-

tal (68), sin decirse nada sobre la procedencia del dinero con que se realizó la adquisición.

En este caso, como en el anterior, existe una divergencia entre las declaraciones formales del Registro a favor de la mujer (artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria) y las del derecho material en favor del marido (arts. 1.415 y siguiente del Código civil), y aunque todos los autores están conformes en que los bienes adquiridos e inscritos en esta forma son presuntivamente gananciales (art. 1.407 del Código civil), como nada dicen sobre ellos los artículos 95 y 96 del Reglamento Hipotecario, la doctrina discute sobre la capacidad dispositiva de estos bienes.

DÁVILA GARCÍA sostiene, que como los bienes así adquiridos son típicamente gananciales por la presunción del artículo 1.407 del Código civil, y como el Reglamento Hipotecario no ha variado el régimen anterior sobre disposición de los bienes gananciales, ni puede derogar al Código civil sobre esta materia, debe aplicarse a tales bienes el régimen de los gananciales puros, y por tanto el marido por sí solo puede disponer de ellos o la mujer con poder (no licencia) del esposo. Otros autores, como CABELLO DE LA SOTA (69), VALLET de GOYTISOLO (70) y LA RICA (71), con indudable acierto opinan que el marido no podrá realizar actos dispositivos, por sí solo, ya que el principio de tracto sucesivo y la titularidad registral exigen que la mujer preste su consentimiento para que la transmisión sea inscribible, añadiendo LA RICA que esto no implica una desviación de lo dispuesto en el artículo 1.413 del Código civil, ya que la razón estriba en que el Código regula las facultades civiles de disposición y el Reglamento Hipotecario de potestad registral de disposición, o sea de otorgar actos dispositivos que sean inscribibles.

Pero como el Reglamento Hipotecario contiene un precepto especial, el artículo 144, destinado a las anotaciones de embargo sobre bienes inscritos a nombre del marido o de la mujer, *sin constar* la pertenencia exclusiva del dinero de uno de los cónyuges, en nuestro concepto para llegar a la solución del problema que suscita la dis-

(68) La falta de licencia marital no impide la inscripción, según el artículo 94 del Reglamento Hipotecario.

(69) En esta misma Revista, 1947, pág. 201.

(70) En *Anuario de Derecho Civil*, 1949, pág. 655.

(71) Obra cit., tomo I, pág. 81.

ponibilidad de los bienes inscritos sin aludirse para nada a la procedencia del dinero, es necesario establecer una distinción entre enajenaciones voluntarias y las de carácter necesarias o forzosas, impuestas por decisiones de las autoridades.

A) Tratándose de enajenaciones y gravámenes de carácter *voluntario*, rige la doctrina expuesta anteriormente, y por tanto, para que sean inscribibles es necesario que medie el consentimiento de ambos cónyuges, ya que como dijo la Resolución de 7 de septiembre de 1921 «la divergencia entre las declaraciones formales del Registro a favor de la mujer y los derechos sustantivos del otro cónyuge, que en los actos de enajenación se salva con la comparecencia de ambos cónyuges ante el Notario para que aquélla asuma el papel de transferente, en consecuencia con los precedentes de la inscripción realizada, y el marido preste su consentimiento en el doble concepto de jefe de la sociedad conyugal e interesado directo en la transferencia». De este modo, como dice CABELLO DE LA SOTA, no puede haber perjuicio para tercero, ni se prejuzga el carácter ganancial o parafernial de los bienes matrimoniales (72).

En su virtud, los actos de disposición realizados exclusivamente por el marido no serían inscribibles.

B) Cuando los actos dispositivos, sean de enajenación o gravamen, tienen carácter de necesarios o *forzados*, impuestos por decisiones de los Jueces, Tribunales o de las autoridades competentes, según dispone expresamente el artículo 144 del Reglamento, se produce una aplicación irregular del principio de tracto sucesivo, por exigirlo razones de justicia y tanto las embargos preventivos, como

(72) El proyecto de Reglamento Hipotecario elaborado por la Comisión redactora era más completo que el que fué aprobado siguiendo el informe del Consejo de Estado, disponiendo la forma de disposición de los bienes inscritos a nombre de mujer casada: a), si se acreditar que el precio o contraprestación es de la exclusiva propiedad de la mujer, se inscribirán como dotales o parafernales, según proceda, y su disposición se regiría por las normas de los bienes dotales o parafernales; b), si el marido asevera que el precio o la contraprestación es de la exclusiva propiedad de la mujer y, sin embargo, no se probare la procedencia del dinero, se harán constar ambas circunstancias en la inscripción y el otorgamiento de los actos de disposición y gravamen corresponderá a la mujer, con *licencia marital*; c), si el marido no asevera que el precio o contraprestación es de la propiedad exclusiva de la mujer y tampoco demostrare la procedencia del dinero, se consignará en la inscripción ambas circunstancias, y la facultad dispositiva de estos bienes corresponderá también a la mujer, pero con consentimiento del marido. (Tomado de CABELLO DE LA SOTA. Esta Revista, 1947, pág. 239.)

las ventas o enajenaciones producidas a consecuencia de los mismos; son anotables o inscribibles sobre los bienes que figuren registrados a nombre de la mujer, aunque la demanda en que el acreedor ejercite su acción se haya dirigido contra el marido, siempre que concurren los siguientes requisitos: a), que las deudas y obligaciones reclamadas, contraídas por el marido o la mujer, en su caso, sean a cargo de la sociedad de gananciales y anteriores a la disolución de la misma; b), que la finca figure inscrita a nombre de la mujer, sin aludirse para nada a la procedencia del dinero; c), que del Registro no resulten antecedentes contrarios al régimen de gananciales. (Sobre este último extremo hay que tener en cuenta las particularidades forales.)

Cuando las deudas y obligaciones determinantes del procedimiento sean a cargo de uno de los cónyuges, rige la regla general, y en consecuencia solamente podrá ser anotado el embargo sobre las fincas o derechos inscritos a nombre de la persona contra quien se ha practicado el embargo.

Si la sociedad conyugal ha sido disuelta, el párrafo segundo del antes citado precepto distingue según se haya o no inscrito la partición de bienes. En el primer caso, sólo podrá anotarse el embargo cuando la demanda se hubiere dirigido contra los respectivos adjudicatarios. En el segundo, podrá ser anotado el embargo, si la demanda se hubiere dirigido conjuntamente contra el cónyuge *supérstite* y los herederos del premuerto.

En este último caso, aunque la anotación puede practicarse sin necesidad de que se justifique la cualidad de los herederos del cónyuge premuerto, para que pueda inscribirse la escritura de venta o el testimonio del auto de adjudicación de la finca embargada, por analogía con la que se expresa en el apartado siguiente y la doctrina de la Resolución de 3 de marzo de 1903, es necesario que se presenten en el Registro los documentos oportunos para saber si las personas contra quienes se ha seguido el procedimiento son o no herederos del cónyuge premuerto, si bien no es necesaria la previa inscripción en favor de éstos (tracto abreviado) para que pueda inscribirse el título del adquirente, si media dicha justificación.

2.º Anotaciones de embargo en procedimientos seguidos contra los herederos del titular registral, por deudas del causante o de los propios herederos.

En este caso el artículo 166, número primero del Reglamento

Hipotecario, contiene algunas particularidades referentes a la práctica de estas anotaciones, referentes a dispensar provisional o definitivamente del requisito de la previa inscripción a favor de los herederos y a no exigirse la justificación documental de la cualidad de herederos, para que puedan practicarse dichas anotaciones, como vamos a ver:

a) Cuando el procedimiento se hubiere seguido contra herederos del titular registral (73) para hacer efectivas deudas y obligaciones del causante, hay que subdistinguir: a), cuando el procedimiento se sigue contra herederos *indeterminados* del deudor se expresará en la anotación la fecha del fallecimiento del mismo; b), cuando el procedimiento se hubiere seguido contra herederos ciertos y *determinados* del deudor, se consignarán, además, las circunstancias personales de aquéllos

En el primer caso, para que pueda anotarse el embargo e inscribirse en su día la enajenación forzosa consecuencia del mismo, no es necesario ni la previa inscripción en favor de los herederos ni justificarse documentalmente quiénes son los herederos del deudor, los cuales, por ser personas inciertas e indeterminadas, serán citados por edicto. En el segundo caso, para que pueda inscribirse la enajenación forzosa no es necesario la previa inscripción en favor de los herederos (Resolución de 22 de diciembre de 1927), pero sí es necesario acompañar los correspondientes títulos sucesorios para calificar si las personas contra quienes se ha seguido el procedimiento son o no los verdaderos herederos del deudor. Esta previa justificación no es necesaria para la anotación del embargo, a fin de facilitar el aseguramiento de los derechos del acreedor debido al carácter provisional del embargo. Sin embargo, la Resolución de 1.º de diciembre de 1927, fundándose en que el artículo 20 de la Ley Hipotecaria no tolera más excepciones que las que taxativamente señala y que su doctrina es aplicable tanto a las ena-

(73) El caso contemplado en el artículo reglamentario es distinto del supuesto examinado en el número tercero del penúltimo párrafo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que es el siguiente, según ROCA (Ob. cit. T. primero, pág. 755): seguido contra un deudor un procedimiento ejecutivo que termina con una sentencia condenando'e, encontrándose ésta ya en trámite de ejecución, y después de celebrada la subasta en la vía de apremio, llega el momento de otorgar la escritura de venta o de dictar el auto de adjudicación, resultando entonces que el deudor ha fallecido, y en tal caso la escritura se otorga o el auto se dicta en nombre de los herederos del ejecutante, en caso de rebeldía.

jenaciones voluntarias como a las forzosas, exigió la previa inscripción en favor de los herederos para que pudiera inscribirse el título del adquirente.

b) Cuando el procedimiento se ha seguido para hacer efectivas deudas y obligaciones del demandado, el párrafo segundo de la indicada regla primera del artículo 166 del Reglamento Hipotecario dispone que las anotaciones se practicarán sobre los inmuebles o derechos que especifique el mandamiento en la parte correspondiente al derecho hereditario del deudor, haciéndose constar las circunstancias del testamento o declaración de herederos y de los certificados del Registro general de actos de última voluntad y de defunción del causante.

Así como en el caso anterior lo que se embarga son cosas específicas y determinadas del patrimonio del causante, aquí lo que se embarga y constituye el objeto de la anotación son los derechos pertenecientes al deudor en la herencia del finado, planteándose el problema de si es necesaria la previa inscripción del derecho hereditario del deudor para que pueda anotarse el embargo practicado. Dos son las posiciones de los autores :

a') *Tesis positiva*.—Los partidarios de la opinión afirmativa se fundan : a), en que no encontrándose el caso comprendido en ninguna de las excepciones o modalidades del tracto sucesivo, hay que estar a la regla general del artículo 20 de la Ley Hipotecaria y, por consiguiente, para que pueda anotarse el embargo del derecho hereditario del deudor es necesaria la previa registración del mismo a favor del demandado, y b), en que siendo necesaria providencia judicial para la anotación del derecho hereditario cuando es solicitada por quien acredite un interés legítimo en el derecho que se trate de anotar, según los artículos 46 y 57 de la Ley Hipotecaria, este mandato judicial no existe si el embargo se anota directamente, sin constar previamente anotado el derecho embargado.

b') *Tesis negativa*. — Otros autores, cuya opinión compartimos, sostienen que no es necesaria la previa anotación del derecho embargado a nombre del deudor para que pueda ser anotado el embargo practicado, fundándose : a), en razones históricas, ya que bajo el régimen de la Ley Hipotecaria de 1909 así se hacía en la práctica ; b), en que carecería de sentido el párrafo segundo de la regla primera del artículo 166 del Reglamento Hipotecario, porque si los derechos del deudor están ya registrados no sería necesario presentar los documentos justificativos de la cualidad de heredero (testa-

mento, defunción y última voluntad), y cuando dicho precepto lo exige claramente da a entender que no es necesaria dicha previa anotación, y c), lo que sucede es que nos encontramos ante una situación de tracto sucesivo comprimido o abreviado, al solo efecto de la anotación, y en el mismo sentido se anota el embargo del acreedor y el derecho hereditario del deudor, y como esto se hace en virtud de resolución judicial, las exigencias de los artículos 46 y 57 del Reglamento Hipotecario quedan virtualmente cumplidas.

Ahora bien, este embargo, como todo lo que se refiere al derecho hereditario, queda sujeto a la resulta de la partición, pues, como dice el número 10 del artículo 206 del Reglamento Hipotecario, si la finca sobre que resulte anotado el embargo, se adjudica a persona distinta del deudor, procede cancelar la anotación tomada.

B) *Elementos reales*

Siendo el embargo un derecho de realización de valor, sólo son susceptibles de anotación los embargos practicados sobre bienes y derechos *enajenables* que figuren inscritos en el Registro de la Propiedad, diciendo MORELL que son embargables los mismos bienes que son objeto de la hipoteca, debiendo, en este particular, tenerse presente las disposiciones contenidas en los artículos 106 al 108 de la Ley Hipotecaria, en cuanto puedan aplicarse teniendo en cuenta los caracteres específicos del asiento objeto de nuestro estudio.

C) *Elementos formales*

Los requisitos formales exigidos para constitución de las anotaciones de embargo se concretan en dos: título anotable y circunstancias de las anotaciones.

a) Según el párrafo primero del artículo 165 del Reglamento Hipotecario, «toda anotación preventiva que haya de hacerse por resolución judicial se verificará en virtud de la presentación de mandamiento del Juez o Tribunal, en el que se insertará literalmente el particular de la resolución judicial que se haya dictado y su fecha» (74).

(74) Sobre los requisitos de los mandamientos de embargos, derivados del procedimiento administrativo de apremio, véanse los artículos 96 y 97 del Estatuto de Recaudación.

c) Dicho mandamiento, que se presentará por duplicado, contendrá, además, las circunstancias exigidas por la Ley y el Reglamento Hipotecario. El Registrador devolverá uno de los ejemplares con la nota que proceda, y archivando el otro ejemplar, extendiendo en él una nota rubricada igual a la que hubiere puesto en el ejemplar devuelto (art. 257 de la Ley).

b) Son *circunstancias* de las anotaciones de embargo las generales de los artículos 9 de la Ley y 51 del Reglamento Hipotecario, y en especial las determinadas en los artículos 72 de la Ley y 166 del Reglamento antes citados.

2.º *Efectos de las anotaciones de embargo.*—Distinguiremos:

A) Con relación a la *mecánica* registral pueden darse las siguientes situaciones, según los artículos 20 y 38 de la Ley y 140 del Reglamento Hipotecario, principalmente:

a) Si la propiedad de la finca embargada aparece inscrita o anotada a nombre del deudor y si no hay defectos que lo impidan se hará la anotación preventiva.

b) Si la propiedad de la finca embargada apareciese inscrita a favor de una persona que no sea aquella contra quien se hubiere decretado el embargo, se denegará o suspenderá la anotación, según los casos (regla primera del art. 140 del R. H.).

c) Si la propiedad de los bienes embargados no resultare inscrita, se suspenderá la anotación del embargo y en su lugar se tomará anotación de suspensión por término de sesenta días (regla tercera del art. 140 del R. H.).

B) Con relación al *acreedor* anotante. Como las anotaciones de embargo producen los efectos de la hipoteca, el acreedor tiene derecho a promover la venta de los bienes embargados para cobrar con el importe de los mismos en la cuantía y límite que proceda. Sin embargo, no puede disponer hipotecariamente del crédito anotado.

C) Con relación al *deudor*. Según resulta del artículo 71 de la Ley Hipotecaria y se deduce del párrafo último del artículo 38 de la misma Ley, los bienes y derechos anotados podrán ser enajenados y gravados, sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación.

Se exceptúan de dicha regla las anotaciones de embargo practica-

das cuando el demandado haya sido declarado en rebeldía, que según el artículo 764 de la Ley de Enjuiciamiento civil lleva aneja la prohibición absoluta de vender o gravar los bienes embargados.

D) Con relación a *terceros*. Para la opinión que podemos llamar clásica, como el principio *prior tempore potior jure* no funciona de un modo absoluto, ni la anotación cambia la naturaleza de los créditos o derechos anotados, los derechos del anotante frente a los créditos y actos dispositivos del deudor, se determinan con arreglo a este dístico: a), los actos dispositivos y créditos *anteriores* a la anotación que sean preferentes al crédito anotado según las normas del Derecho Civil puro, continúan manteniendo su preferencia como si la anotación no se hubiera practicado, ya que, dicen, el Derecho Hipotecario nos remite al Derecho Civil, por la invocación del artículo 44 de la Ley Hipotecaria al artículo 1.923 del Código civil; b), en cambio los actos dispositivos y créditos posteriores a la anotación son perjudicados por ella, prevaleciendo el crédito anotado sobre las enajenaciones, gravámenes y demás débitos del deudor posteriores a la fecha de la propia anotación.

Para nosotros, según resulta del curso de este trabajo, las anotaciones de embargo, como las hipotecas, son gravámenes que al hacerse públicos por el Registro adquieren eficacia y preferencia contra los terceros adquirentes, terceros poseedores y los restantes acreedores del deudor que han ingresado en el Registro con posterioridad a la fecha de la anotación, si no actúan con la debida diligencia en defensa de los derechos que sean preferentes conforme las normas del derecho sustantivo, mediante el ejercicio de la correspondiente acción ante los Tribunales de Justicia. Más adelante, en el apartado VI, 2.º, volveremos a tratar de los efectos de las anotaciones.

JUAN M.ª MAZUELOS
Registrador de la Propiedad

(Continuará).

Derecho Hipotecario Minero

(Notas sobre transmisión y gravamen de la propiedad minera)

Muy diversas cuestiones plantea la minería en el orden jurídico; muchas de ellas no han sido estudiadas, al contrario que otras, y algunas no lo fueron con la profundidad debida; por lo que al lado de zonas luminosas existen otras oscuras o en penumbra. Cuando la relación minera se plasma en el Registro de la Propiedad, tal situación se refleja en el Derecho Hipotecario, dentro del cual surgen además otros problemas propios, bien de forma o de fondo.

Entre mis notas sobre temas mineros, escojo hoy las referentes a limitaciones legales en orden a la facultad de disponer del concesionario, sin perjuicio de molestar la atención de los lectores, posteriormente, con otras, si es que plumas mejor cortadas—como espero—no lo hacen antes.

En la legislación del Nuevo Estado se van abandonando los viejos criterios liberales décimonónicos, acentuándose la intervención de la Administración. En la esfera que nos ocupa, la Exposición de Motivos de la Ley de Minería de 19 de julio de 1944 acusa duramente las anteriores normas legales «saturadas de espíritu individualista y carentes del obligado sentido armónico con los supremos intereses nacionales» que condujeron «a la postre a un despilfarro de nuestras riquezas mineras...», y lo que es más sensible aún a la ingerencia a veces descompasada de elementos extraños en la propiedad, disfrute

y explotación de esta riqueza». Consecuente con tales principios, dicha Ley y su Reglamento de 9 de agosto de 1946 contienen las normas que a continuación transcribo tendentes a evitar tan descompasada ingerencia y a la vez a coordinar el interés egoísta individual con el nacional, siendo indudable que las limitaciones que indicaré—en cuanto a la segunda de dichas finalidades—son un medio de evitar que al socaire de transmisiones o imposición de gravámenes se impida o dificulte gravemente la ejecución de los planes de laboreo forzoso de las minas que la Ley impone como obligatorio en sus artículos 32 y 33.

Según el artículo 35 de la Ley: «Las ventas, cesiones, arriendos, subarriendos, gravámenes o cualquier otra forma de transmisión por actos intervivos de concesiones de explotación, no podrán realizarse a favor de extranjeros. En las transmisiones que a favor de ellos pudieran causarse por actos *mortis causa*, el Estado podrá subrogarse en los derechos del adquirente, previa la correspondiente indemnización. Si se trata de españoles, las transmisiones por actos intervivos habrán de ser autorizadas por el Ministerio de Industria y Comercio. Las transmisiones de bienes inmuebles o de instalaciones de toda clase, propios de las minas y afectos a su explotación, así como la constitución de derechos reales sobre unos y otros, deberán ser oportunamente comunicadas a la Jefatura del Distrito correspondiente, y serán autorizadas por éste, en plazo no superior a quince días desde su presentación, si con ello no se altera ni perturba la explotación, entendiéndose concedidas si transcurrido dicho plazo la Jefatura no comunicase oposición al interesado... Los subarriendos de concesiones de explotación sólo serán autorizados por el Ministerio de Industria y Comercio cuando en los contratos quede garantizado el buen aprovechamiento del criadero y sea fijado un tanto por ciento máximo a percibir por arrendador y subarrendador». En el artículo 15 de la misma Ley, apartado segundo, se dice: «Los permisos de investigación podrán ser transferidos previa autorización de la autoridad que los hubiese otorgado, con sólo demostrar que el nuevo titular cumple los requisitos expresados en el artículo 9.º de esta Ley.»

Los artículos 119, 120 y 121 del Reglamento desarrollan los aludidos preceptos legales. No parece necesario transcribirlos literalmente, salvo, por lo que después veremos, el apartado segundo de dicho artículo 119, según el cual: «Para hacerlo a favor de espa-

ñoles—la transmisión o gravamen—será preciso solicitar la correspondiente autorización de la Dirección General de Minas y Combustibles, por intermedio de la Jefatura del Distrito Minero, en el que se entregará la oportuna instancia y tres ejemplares del *proyecto* de contrato a realizar, acompañando la documentación probatoria de ser español y estar en el uso de sus derechos civiles aquel a cuyo favor se pretenda la transmisión del dominio. La Jefatura remitirá, con su informe, dos ejemplares del proyecto a realizar. La Dirección General dictará su resolución mediante la oportuna Orden, que trasladará a la Jefatura, acompañada de uno de los ejemplares de dicho proyecto en que figure la diligencia, haciendo constar la autorización, si ésta hubiera sido concedida. La Jefatura comunicará la Orden de la Dirección General al interesado, *que sólo entonces, y en caso de su autorización, podrá formalizar el contrato de un modo válido*. Añade el Reglamento que si fuera una sociedad deberá acompañarse dos copias de sus estatutos y los documentos acreditativos del cumplimiento de las condiciones exigidas en el artículo 30 del propio Reglamento, y que una vez formalizado el contrato se dará cuenta a la Jefatura de Minas en el plazo de sesenta días, acompañando copia del correspondiente documento público. Se ordena también en el precepto reglamentario de que se trata que «en todos los casos se hará constar en los contratos correspondientes que el comprador, arrendatario o subarrendatario de una concesión de explotación se somete a las condiciones establecidas en su otorgamiento, así como que se compromete al desarrollo de los proyectos aprobados para la misma». En el artículo 67 del mismo Reglamento se señalan los requisitos necesarios para obtener la previa autorización exigida en la Ley para la transferencia de los permisos de investigación.

De los preceptos transcritos, se deduce que la autorización afecta :

«Primero, a los permisos de investigación ; segundo, a la transmisión y gravamen de concesiones ; tercero, a los mismos actos referentes a inmuebles o instalaciones propios de las mismas y afectos a su explotación.

I

PERMISOS DE INVESTIGACIÓN.—Decía Ignacio de Casso, en su «Derecho Hipotecario»: «Se suscita la duda sobre si aquellos permisos originan un derecho real inscribible. La Ley Hipotecaria no ha afrontado este problema, que a nuestro juicio debe motivar alguna regulación en el nuevo Reglamento ». El Reglamento—en mi opinión—acertadamente—guarda silencio.

Carlos Puyuelo, en su «Tratado de Derecho Minero», afirma que el permiso no constituye una concesión administrativa independiente, sino que del contexto de las disposiciones que le regulan se deduce que es un trámite que conduce al otorgamiento de la concesión.

En realidad—como dirían los administrativistas germánicos—, se trata más bien de una autorización policial, que de una concesión, en virtud de la cual se declara que la Administración no pone obstáculo a la actividad investigadora del particular. Este no adquiere derecho alguno a explotar, sino simplemente a averiguar si existe mineral, o sea, precisamente la materia explotable; no hay, pues, un verdadero derecho que recaiga sobre la mina, que real y verdaderamente aún no existe, sino puramente permitir una actividad técnica. La mina y la relación minera emanan de la concesión propiamente dicha y de ahí que la misma sea inscribible según los artículos 2.º, 107 y 154 de la Ley Hipotecaria; 31, 44 (a. p. 6.º), 67 y 68 del Reglamento Hipotecario, y 23 de la Ley de Minas; de donde se deduce que *el permiso de investigación no es trascendente en el orden hipotecario y si sólo la concesión, por lo que, a su vez, la autorización de transferencia de tales permisos es asimismo irrelevante en tal orden.*

Lo que sí concede el permiso es una preferencia para obtener la concesión, pero creo que la misma actúa dentro del ámbito administrativo, pues en el hipotecario carece incluso de objeto, pues en tanto la concesión no se otorgue, la mina—llamémosla así—integra el dominio público, según dispone el artículo 339 del Código civil. No obstante, hay quien opina que si bien el permiso no origina

un derecho real, sí crea una vocación hacia él, y que por ello debiera admitirse su anotación. No lo creo así por lo antes expuesto y porque, además, no existen términos hábiles dentro del marco del artículo 42 de la Ley.

La autorización de transmisión de permisos, pues, no interesa hipotecariamente.

TRÁFICO DE CONCESIONES.—Los problemas que suscita son el objeto principal de este modesto trabajo, y de ellos me ocuparé en el título siguiente.

TRANSMISIÓN DE INMUEBLES E INSTALACIONES. — Como dijimos, nuestro Ordenamiento vigente no permite una inactividad al concesionario—salvo supuestos de excepción—, sino que le impone el deber de explotar con arreglo al plan aprobado para cuya ejecución son necesarios diversos medios, entre ellos «inmuebles e instalaciones»; de ahí que para desafectar o limitar los mismos sea necesaria la intervención administrativa, pues tales actos pudieran perjudicar la explotación. Tal intervención se concreta en la necesidad de obtener autorización de las Jefaturas de los Distritos Mineros, presumiéndose concedida por el silencio administrativo; naturalmente, se probará documentalmente su otorgamiento a efectos de la inscripción.

Lo dicho es de estricta aplicación cuando tales bienes se transmitan o graven con independencia de la concesión, pero no cuando lo sean conjuntamente con ella, pues en tal hipótesis no hay desafeción de la explotación, ni por tanto posible perjuicio de esta última; «los inmuebles e instalaciones» corren, como accesorios, la suerte de la concesión, integrándose en una la autorización, que, como veremos, será la concedida por la Dirección de Minas para la concesión, como principal. Sería absurdo el exigir dos intervenciones administrativas distintas, tanto por lo antedicho como por razones procesales. En la práctica, claro es, se sigue tal criterio unitario.

No todos los bienes de un concesionario son «propios de las minas», y los que no lo son pueden naturalmente transmitirse y gravarse con libertad. En muchos casos, aun siéndolo, será difícil determinar la afección a la explotación, ya que salvo los casos en que consten los inmuebles e instalaciones agregados a concesiones, formando hipotecariamente grupos, o bien hayan sido adquiridos me-

diante expropiación forzosa, no suele constar tal afección; no obstante deberá examinarse cuidadosamente el Registro por si en los asientos consta el destino—escombrera, lavadero, etc.—, o bien datos suficientes en que basar la existencia de una adscripción.

Es de notar que la libertad de transmisión o gravamen de bienes afectos puede resultar de manera indirecta de la propia autorización de enajenación de la concesión y sus accesorios. Tal acaecerá en aquellos casos en los que aparezcan excluidos tales inmuebles, que al permanecer en poder del que fué concesionario quedan indirectamente desafectos de la explotación de la mina transmitida.

La aplicación de las normas legales al supuesto que estudiamos no exige grandes esfuerzos, y si bien en ocasiones se plantean problemas con respecto a la autorización, los mismos son análogos a los que inmediatamente pasamos a examinar con referencia a las concesiones.

II

TRANSMISIÓN Y GRAVAMEN DE LAS CONCESIONES. — El Ordenamiento minero distingue claramente los actos intervivos de los *mortis causa*, y dentro de cada categoría diferencia las adquisiciones a favor de españoles de los que lo sean a favor de extranjeros. Me ocuparé separadamente de los mismos, ya que las reglas aplicables son dispares.

A. ACTOS INTERVIVOS.— Dos limitaciones se establecen: una, que pudiéramos llamar absoluta, y la otra, relativa. La Ley, en efecto, prohíbe la transmisión y gravamen de concesiones plenamente a favor de extranjeros, y también cuando los adquirentes sean españoles, salvo en este último caso cuando les autorice para otorgar tales actos la Dirección General de Minas y Combustibles del Ministerio de Industria. A los extranjeros es evidente que se les priva de la facultad de adquirir, y como correlativa, al concesionario, de la de transmitir; es una simple consecuencia de lo dispuesto en el artículo 9.º de la misma Ley de Minas, que prohíbe se otorguen concesiones a favor de extranjeros.

I. *Actos intervivos de transmisión o gravamen a favor de extranjeros.*—Poco podemos comentar en cuanto a tal prohibición de adquisición por no españoles. Los negocios jurídicos de transmisión o gravamen que contravengan el claro y expreso mandato legal, carecerán totalmente de eficacia, siendo de aplicar lo dispuesto en el artículo 4.º del Código civil; de presentarse un título (?) semejante, lo cual es muy poco probable, la denegación registral se impone.

Bien por preexistir a la Ley vigente o por haberse adquirido a título *mortis causa*, sin que el Estado haya hecho uso de su facultad de subrogación forzosa, puede acaecer que existan concesiones a favor de extranjeros, y ello plantea la cuestión de si la prohibición de adquirir éstos titularidades reales sobre concesiones, es aplicable a las que puedan constituirse en favor precisamente de las minas de las que son titulares legales. De existir la situación jurídica expresada, o sea, titularidad de un extranjero de una concesión, entiendo debe reconocerse al mismo la facultad de adquirir aquellos gravámenes sobre concesiones ajenas que sean necesarias o simplemente convenientes para el mejor goce o disfrute de la propia, tanto por ser tal facultad prácticamente aneja a su titularidad como por interés nacional, pues éste exige la mejor explotación posible, que en muchos casos no podría realizarse debidamente sin el establecimiento o constitución de tales derechos sobre concesión ajena. ¿Cómo prohibir a un extranjero la adquisición de una servidumbre de desagüe o de paso, por ejemplo, a favor de su concesión? La interpretación finalista de la Ley admite esta excepción meramente aparente.

Otro problema interesante es el de si en la palabra *gravámenes* se comprende, cuando de extranjeros se trata, la constitución de hipotecas a favor de los mismos. Debo anticipar que, en un caso determinado, la Dirección General de Minas admitió la constitución, según Orden que he tenido a la vista. Que la hipoteca es una carga o gravamen está fuera de toda duda, bastando para convencerse de ello la simple lectura del artículo 104 de la Ley Hipotecaria; por ello, en principio, y en base a una interpretación literal de los preceptos aplicables de la legislación minera, ha de entenderse prohibida su constitución a favor de extranjeros. Ahora bien, examinadas todas las normas contenidas en la Ley y Reglamento de Minas, se deduce que nuestro Ordenamiento persigue la finalidad que la Exposición de Motivos—en el párrafo al comienzo copiado—expresa; y por tal razón creo que lo que las normas pretenden es que los ex-

tranjeros no adquieran derechos de uso, goce o disfrute de la minería, que entrañaría una ingerencia en la explotación de tal riqueza; pero entre tales derechos no cabe incluir la hipoteca, la cual, como ya decía el viejo Nicolás Coviello, es una mera garantía, sin que atribuya otro poder esencialmente que el de persecución preferente. Por otra parte, no repugna a nuestro Derecho el que la industria nacional obtenga los créditos extranjeros necesarios para su mejor desarrollo; y si es así, ¿cómo prohibir la constitución de hipotecas que son meramente accesorias a tales créditos? Ciertamente es que al socaire de la constitución de una hipoteca pudiera establecerse algún pacto que concediera a extranjeros un control directo o indirecto de la explotación, pero ello no contradeciría nuestra tesis, pues tales pactos no serían válidos y la propia Administración impediría su otorgamiento. El problema que nos ocupa es distinto, claro es, al que puede suscitar la aplicación de las normas sobre divisas, que no es minero, sino de carácter general.

Las dos excepciones que acabamos de estudiar exigen que los actos a que se refieren sean autorizados por la Dirección de Minas, ya que, naturalmente, hay la misma razón que en el supuesto de que fuesen españoles los adquirentes—éstos no son de peor condición—y debe dicha Dirección aplicar las mismas normas que para éstos, además de analizar si se dan los presupuestos necesarios para admitir tal aparente excepción.

II. *Actos intervivos de transmisión o gravamen a favor de españoles.*—Dispone la Ley que si se trata de españoles, las transmisiones, gravámenes, arriendos y subarriendos «habrán de ser autorizados por el Ministerio de Industria y Comercio». El Reglamento, más prolijo, ordena que «será preciso solicitar la correspondiente autorización..., acompañando el proyecto de contrato..., y si ésta fuere concedida... se comunicará la Orden de la Dirección General al interesado, que sólo entonces, y en caso de autorización, podrá formalizar el contrato de un modo válido». La distinta forma de expresión de ambos cuerpos legales ha originado discusión sobre si tal autorización ha de ser previa o no, lo cual a su vez envuelve un problema de mayor importancia, que es el de determinar los efectos de la misma en orden a la validez y eficacia del negocio jurídico de transmisión o gravamen, y como consecuencia la naturaleza del defecto atribuible, en su caso, al título.

· Veamos, ante todo, la primera de dichas cuestiones.

Roca—en la última edición de su «Tratado»—sostiene que, aunque la letra de la disposición parezca impedirlo, hay razones de índole práctica favorables a la intervención administrativa posterior, aparte del argumento de analogía de la Resolución sobre el Registro Mercantil de 3 de julio de 1944, relativa a la previa autorización por el Ministerio de Hacienda a las sociedades, en los casos exigidos por la Ley de 10 de noviembre de 1942.

La Rica—en sus «Comentarios al Reglamento»—rechaza la anterior opinión, asegurando que, dado lo dispuesto en los artículos 119 y 120 del Reglamento de Minas, la solución de la autorización previa se impone.

En general, la mayoría del Ilustre Cuerpo Notarial comparte la doctrina de Roca, y hasta época muy reciente también la Dirección de Minas, según el criterio que expone Puyuelo: considerar el contrato ya otorgado como proyecto, y si el mismo reúne todos los requisitos precisos, a juicio de la Dirección, se aprueba, en cuyo momento—dice Puyuelo—«adquiere plena eficacia administrativa»; de no reunir todos los requisitos, la autorización debe ser condicionada a la adición de las deficiencias o subsanación de otras faltas, siendo en este último caso necesario el otorgamiento de nueva escritura. Como vemos, la Administración, un tanto forzosamente, admitía la autorización *a posteriori*. Y digo forzosamente porque últimamente he leído una Orden de una antigüedad poco superior a un mes, de la que se deduce una aplicación rigurosa y literal del Reglamento, o sea, la necesidad de la autorización previa, pues si bien en el caso concreto al que dicha Orden se refería siguió considerando la escritura ya otorgada como proyecto, exigió como condición el otorgamiento de otra posterior para su presentación en la Jefatura del Distrito, sin duda por no considerar válida o bastante la primera.

El Tribunal Supremo de Justicia, en Sentencia de 4 de octubre de 1954, declara: «Que en los términos en que se halla redactado el artículo 35 de la Ley de 1944 no exige que la autorización administrativa sea previa al otorgamiento del contrato, como efectivamente lo requiere el artículo 119 del Reglamento, precepto que no puede tener aplicación en el caso presente—se refiere al de autos—, por cuanto dicho Reglamento se dictó cuando el contrato objeto de litigio llevaba año y medio de efectiva vigencia». Por tanto, según el

Alto Tribunal, la Ley no exige autorización, sino aprobación. Pero el Reglamento ordena lo primero; pues exige sea previa.

Creo, sin reservas, que La Rica tiene razón, y así lo reconoce en definitiva el Tribunal Supremo. El mandato del Reglamento que ejecuta e interpreta la Ley es claro y debe cumplirse; y he dicho el Reglamento y no también la Ley por respeto a dicho Tribunal, aunque en mi fuero interno creo que éste no está en lo cierto, pues gramaticalmente «autorizar» implica tanto «como dar a uno autoridad o facultad para hacer alguna cosa», que no es lo mismo que aprobar. Sustentar opinión distinta podrá tener excusa en razones prácticas, pero al parecer carece de justificación legal.

Intentaré ahora resolver la segunda parte del problema planteado, o sea, el de la validez o eficacia del negocio otorgado sin autorización, y los efectos de la aprobación posterior. Llegué antes a la conclusión de que la autorización debe ser previa, ¿qué sucederá cuando anormalmente se otorgue el negocio sin tal requisito?

Expondré ante todo la tesis de Puyuelo, que de ser cierta impediría el planteamiento de la cuestión dentro de la órbita del Derecho Privado. En efecto, dice Puyuelo: «La transmisión de la propiedad minera, como la de otra clase de propiedad, está sujeta en cuanto al aspecto civil de la cuestión al Código civil, añadiendo que así lo reconoce el artículo 64 de la Ley de Minas, al disponer «que los Tribunales ordinarios de Justicia conocerán y resolverán todas las cuestiones que en las minas y concesiones de minas se produzcan entre particulares sobre propiedad, particiones, deudas y demás incidencias civiles...». Y después de citar los artículos 1.091, 1.278, 1.279 y 1.280 del Código civil (todos ellos referentes a los efectos y forma de los contratos), llega a concluir diciendo que la autorización «es una formalidad de carácter administrativo, cuya omisión no invalida el contrato ni afecta a las obligaciones que nacen de aquél, aunque desde luego le prive de eficacia ante la Administración, que no reconocerá como explotador al adquirente sin su previa autorización».

Tal criterio (que por cierto fué sostenido en un recurso gubernativo, rechazado recientemente por auto—hoy firme—de la Presidencia de la Audiencia de Oviedo) le juzgo inadmisibles, dicho sea con todos los respetos, por la alta consideración que me merece el Asesor del Ministerio de Industria, por las razones que paso a exponer:

A) La llamada propiedad minera no es una clase o categoría de

la ordinaria; pues el mismo Código civil la califica de especial, y la doctrina la enmarca dentro del cuadro de los derechos reales administrativamente estructurados. Precisamente por esta causa, el Código civil nos reenvía, en su artículo 427, a la legislación especial minera. La Ley de Minas regula esta materia, según dispone su artículo 1.º, derogando el 77 cualquier disposición—salvo la Ley de Aguas—que «regule materias que son objeto de la presente Ley». El Reglamento General de Minería es de ejecución de tal Ley, según el artículo 76 de la misma. Los artículos 35, 119 y 120, respectivamente, de la Ley y del Reglamento, contienen normas sobre las facultades de disposición de tal propiedad especial, que en virtud de lo antedicho son de primaria aplicación, sin que quepa desvirtuar el claro mandato legal basándose en el sistema espiritualista del Código civil. Esto no quiere decir que los preceptos de la Ley fundamental civil no sean en ningún caso aplicables en materia minera, pues evidentemente lo son, pero como supletorios de las deficiencias de las normas especiales, según el artículo 16 del Código; y si bien es pertinente interpretar de modo que armoniosamente se conjuguen las normas comunes y las especiales, lo serán—según frases de la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1944—sin forzar los textos aplicables ni extremar sus naturales consecuencias.

B) El artículo 35 de la Ley de Minas y los concordantes de su Reglamento se expresan en términos absolutos, sin excepción alguna, y, por tanto, no caben distingos en cuanto a su aplicación en una esfera o en otra, ya que la Ley tampoco distingue, sino que se refiere a todos los órdenes.

C) Sería absurdo que el Estado no reconociera la validez o eficacia de una transmisión o gravamen y a la vez siguiera la norma contraria, como ocurriría de admitir la teoría que impugnamos que concede sólo efectos en el orden administrativo y no en los demás. La Ley no es una margarita en manos de mujer enamorada, que tan pronto dice que sí como que no.

D) Seguro estoy de que Puyuelo habrá tenido en cuenta todo lo antedicho, y que, por eso, esgrime hábilmente el artículo 64 de la Ley de Minas..., pero tampoco este argumento presta solidez a su tesis. Dicho artículo establece una pura regla de competencia, pero no limita la aplicación del artículo 35 de la Ley. A nadie se le ocurriría pensar que los Tribunales ordinarios deben sólo aplicar las Le-

yes llamadas comunes u ordinarias y no las especiales, pues ello significaría ir contra todo nuestro sistema jurídico y, muy especialmente, contra terminantes preceptos de la Ley Orgánica; aplicarán todas las normas que procedan. La claridad meridiana de nuestra tesis nos exime de más comentarios.

Bajo signo complementario opuesto, o sea, el de la necesidad de la intervención administrativa con plenitud de efectos, existen dos teorías que podemos denominar de la nulidad del negocio de transmisión y de la eficacia suspendida, las cuales paso a estudiar.

Repitiendo lo al comienzo dicho, cabe entender que la Ley contiene una limitación en la facultad de disponer: absoluta, si se trata de extranjeros, y relativa, si son españoles los adquirentes. En ambos casos, hay una verdadera prohibición de disponer, que implica una falta de facultad, ya que la Ley no sólo no la concede, sino que expresamente priva de ella, si bien en el segundo supuesto el propio Derecho concede a la Administración el otorgarla si existen los presupuestos necesarios para ello, de forma que tal facultad de enajenar por el concesionario a favor de españoles, aunque indirectamente emane de la Ley, directamente surge del acto administrativo, de la autorización. De esto se deriva que de otorgarse el negocio jurídico sin tal concesión de poder lo será por quien carece de facultad, y en tal caso parece de entera aplicación la opinión de Wincheids—en sus Pandectas—: «La prohibición de enajenar puede fundarse en la Ley... una prohibición legal anula la enajenación realizada en contra de ella. Con la desaparición posterior de los presupuestos de hecho no vuelve válida la enajenación, si bien en tal caso el propietario no puede ejercitar la acción de nulidad, pues entran en juego los principios que se dan en el supuesto de que el no propietario o enajenante llegue a serlo...». JERÓNIMO GONZÁLEZ, en sus «Principios», dice que «esta clase de prohibiciones, si de la Ley o de su interpretación no se deduce otra consecuencia, destruyen el acto *erga omnes*». Nuestro Código civil, en su artículo 4.º, con el antecedente del Código justiniano y la Ley de Partidas, declara nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley. De aplicar este precepto, la consecuencia es obvia.

Antes de seguir adelante debo recordar la repugnancia que la mayor parte de los civilistas sienten por las mal llamadas—en este caso—autorizaciones administrativas, que les impele a atenuar en todo lo posible sus efectos en el orden privado. También he de re-

cordar, como contrapartida que, según JERÓNIMO GONZÁLEZ, las limitaciones en la facultad de disponer pueden estar determinadas: por la Ley (legalés), por un acto administrativo (administrativas), por providencia judicial (judiciales) o por el querer de los particulares (voluntarias). El artículo 26 de la Ley Hipotecaria se refiere a las limitaciones en la facultad de disponer ordenando que las establecidas por la Ley, que sin expresa declaración judicial o administrativa tengan plena eficacia jurídica, no necesitarán inscripción separada y especial, y surtirán sus efectos como limitaciones de dominio, mientras que las que deban su origen inmediato a una resolución administrativa serán objeto de anotación preventiva (no interesa el consignar lo dispuesto en el apartado 3.º de dicho artículo). A la luz de tal doctrina científica y legal, no me parece dudoso el calificar la limitación de que se trata de legal, con todas sus consecuencias.

Las últimas Ordenes de la Dirección General de Minas, al exigir el otorgamiento de documento posterior a la autorización, aceptan implícitamente la teoría expuesta.

Nuestro Tribunal Supremo, calificando de administrativa tal limitación, e influido, sin duda, por la aversión general contra ellas, no admite en toda su pureza lo que acabamos de exponer, puesto que distingue la validez del negocio jurídico y la eficacia del resultado por él creado, que considera supeditado a la autorización. En efecto, en la Sentencia ya citada de 30 de octubre de 1954, considera: «Cuando un contrato como el que se examina reúne los requisitos esenciales que previene el artículo 1.261 del Código civil, la falta de autorización no producirá, en modo alguno, la nulidad del convenio, sino en todo caso la carencia de su eficacia a los fines pretendidos...». Prescindiendo del *en todo caso*, que parece una concesión máxima cuando para mí es mínima, debo dejar bien sentado que tal falta de eficacia no habrá de entenderse en términos absolutos, pues de ser así, prácticamente, tanto monta como nulidad, sino que habrá que entender que tal eficacia se halla meramente suspendida, subordinada a la autorización.

La doctrina últimamente expuesta, tanto por la altura de quien la sostiene como porque se aviene con la repugnancia a la que antes aludíamos, así como porque permite soslayar muchos inconvenientes prácticos, tiene gran ambiente entre los civilistas. Aunque en mi opinión la verdadera es la de la limitación pura y la consi-

guiente nulidad, creo que será la última la que en definitiva se impondrá, teniendo actualmente como único obstáculo el criterio expresado de la Dirección de Minas; pero pienso que esta última volverá a su antigua opinión teniendo en cuenta la fuerte corriente en contra. De suceder así, aunque sólo sea por cubrir una apariencia de respeto a la Ley, entiendo aconsejable la práctica siguiente: 1.º Hacer constar en la escritura expresamente la suspensión de todos sus efectos en tanto la autorización no se obtenga. Así, aunque forzadamente, podrá considerarse la propia escritura, jurídicamente, como proyecto. 2.º Conceder la autorización consignando que en virtud de ella el contrato adquiere plena eficacia. 3.º Que, efectivamente, se tome razón de la transmisión o gravamen en el Registro Administrativo de la Jefatura del Distrito Minero, prueba clara del reconocimiento del titular por la Administración. Como quiera que no es de suponer que el Tribunal Supremo altere en futuras sentencias su criterio, éste se transformará en verdadera doctrina jurisprudencial, por lo cual no es de temer, teniendo en cuenta lo antedicho, que los asientos registrales practicados de conformidad con tal doctrina corran peligro alguno.

Antes de cerrar este apartado, debo aclarar un importante extremo, pues la frase «eficacia suspendida» que antes empleamos pudiera inducir a error. ¿La autorización posterior produce efectos *ex tunc* o *ex nunc*, o, dicho de otra manera, tiene efecto retroactivo o no? Escribo partiendo de la teoría de la ineficacia y no de la nulidad, ya que de admitir esta última la interrogación carecería de sentido. Aun siendo válido el negocio, éste no produce resultado hasta la autorización, sin que ésta obre a manera de condición, pues no lo es —artículo 1.113 del Código—, sino que concede una facultad que antes no se tenía; tal facultad es la de enajenar en los supuestos previstos. De admitir el efecto retroactivo violaríamos claramente la Ley, pues concederíamos efectos al contrato en un momento en el que la Ley no les otorga. Esta tesis de la no retroactividad la he visto sostenida en auto, hoy firme, de la Presidencia de la Audiencia de Oviedo. Tal vez de la Sentencia del Tribunal Supremo, ya comentada, pudiera artificiosamente obtenerse conclusión contraria, pero no lo creo así, teniendo sobre todo en cuenta las circunstancias insólitas del caso resuelto. La cuestión no es baladí, sino de extraordinaria trascendencia, pues de admitir la retroactividad el contrato no autorizado producirá siempre un efecto: reserva de rango de su

propio resultado jurídico, y sería absurdo que un negocio ilegal pudiera ser causa de una preferencia en cuanto a otro posterior, pero autorizado antes y por ello «antes eficaz». De regir esta doctrina, habría que conceder a la relación legalmente *non nata* la protección provisoria de la anotación... e incluso la definitiva de la inscripción subordinada a una condición. Inadmisibles. Por ello es preciso huir de la cómoda frase ritual, al calificar, de suspender «por no constar la autorización administrativa» y tener la decisión de denegar sin vacilación.

Y para terminar este apartado, sólo me resta añadir que la autorización es necesaria en todos los casos de transmisión inter vivos, incluso en los de aportación a sociedad, y en los de constitución, modificación o transmisión de derechos reales —incluyendo arriendos y subarriendos—, pero no en los de extinción. Interesante sería estudiar los derechos reales que pueden imponerse sobre las minas examinando muy especialmente el llamado derecho de explotación, del cual se ocupó hace unos años, en esta Revista, mi ilustre antecesor en este Registro de Laviana, don José González—, pero lo dejaremos para mejor ocasión.

B. TRANSMISIONES «MORTIS CAUSA».—No existe verdadera limitación en esta clase de transmisiones, rigiendo íntegramente el Código civil, tanto si se trata de españoles como de extranjeros. Esto no quiere decir que no haya intervención alguna administrativa, lo que acaece es que es de otro orden: en lugar de autorización se establece, cuando son extranjeros los adquirentes, un derecho de expropiación; pudiendo —según el artículo 121 del Reglamento— el Estado subrogarse en los derechos de los adquirentes mediante la oportuna indemnización.

Examinados conjuntamente todos los preceptos referentes al caso, resulta que la palabra *transmisión* debe entenderse extensiva a la constitución y modificación de los derechos reales sobre la concesión. Deberá extremarse el celo al calificar la naturaleza de la transmisión, pues no debe considerarse *mortis causa* el acto intervivos otorgado con ocasión de una herencia, como ocurrirá frecuentemente en las particiones. Por otra parte, pueden surgir complicaciones cuando la transmisión no emane directamente del testamento o en su caso de la Ley, sino indirectamente, si se impone al heredero el deber de hacerlo; creo, como norma general, que a estos efectos no

puede ni debe considerarse que cambie la naturaleza *mortis causa* del acto, siempre que el heredero se limite puramente a ejecutar la voluntad suprema rectora de la sucesión.

III

No quiero terminar estas enmarañadas notas sin referirme al candente problema de las facultades de la Administración en cuanto a la autorización, ¿son o no puramente discrecionales? Y digo referirme cuando más bien debiera decir aludir, porque no es esta cuestión propiamente hipotecaria, ya que la calificación registral, como es sabido, no puede entrar a analizar los fundamentos que la Dirección de Minas, como órgano administrativo, tenga o no para conceder aquélla.

No hay nadie que se atreva a contestar afirmativamente a la pregunta que hemos hecho, ya que ello equivaldría a caer en el error de que la Ley estableció la limitación de enajenar sólo para dejar al capricho de la Administración la vida misma de una titularidad real; pero los criterios son diversos cuando se trata de delimitar el campo de actuación administrativa, y es que la Ley omitió el señalar expresamente tal ámbito, dejando a la disputa de los intérpretes el deducir de las normas legales tales límites.

Opina el Asesor del Ministerio de Industria que, ateniéndose a los términos literales de los artículos 35 y 119 ya citados, parece que la Administración debe examinar únicamente si el nuevo adquirente reúne las circunstancias exigidas por la Ley en cuanto a la personalidad, nacionalidad y proporcionalidad entre el capital español y extranjero, cuando se trata de sociedad y cumplimiento de las condiciones impuestas; pero añade que, en general, se deniega también la autorización cuando el contrato que se pretenda realizar esté pendiente de una cuestión litigiosa de carácter civil. Y, en efecto, he visto Ordenes denegatorias por el hecho de existir pleito pendiente en cuanto a la propiedad de la mina, y otra condicionando la autorización a que se admita como preferente a una hipoteca una anotación de embargo, etc.

La esfera de actuación, según Puyuelo, me parece por una parte demasiado pequeña y por otra..., exageradamente amplia.

El que la Dirección de Minas deniegue por la sola razón de existir litigio, me parece francamente poco jurídico, pues el artículo 64 de la Ley lo impide; es a los Tribunales a los que corresponde adoptar las medidas precautorias que procedan, sin que sea admisible que con el pretexto de un auxilio, no pedido, a la Justicia, se entrometa la Administración en el propio litigio, impidiendo además el tráfico de concesiones, tal vez con grave perjuicio a los interesados.

Examinados los preceptos legales a la luz de las finalidades perseguidas y expresadas en la Exposición de Motivos, creo que el ámbito dentro del cual debe moverse la Administración a tales efectos, es el siguiente: 1.º Constatar que el transmitente sea el actual titular de la concesión, reconocido como tal por la propia Administración, y que del Registro Minero no resulte la existencia de un derecho que impida crear otro opuesto a él. 2.º Que el adquirente reúna las condiciones exigidas en el artículo 9.º de la Ley para los concesionarios. 3.º Que la transmisión o gravamen no viole ninguna norma especial minera (por ejemplo el mínimum de pertenencias). 4.º Aceptación y subrogación en las condiciones de la concesión y plan de laboreo. 5.º Que el acto que se intente no impida o dificulte la ejecución de dicho plan.

Considero que la verdadera razón en que descansa el sistema de autorización está precisamente en el número 5.º, pues la constatación de los demás requisitos pudiera dejarse en manos del Notario, del Registro Minero y del Registro de la Propiedad, sin necesidad de dilatorios y costosos expedientes. El plan de laboreo es algo fundamental en el nuevo régimen minero, según se desprende de lo dispuesto en los artículos 32 y 33 de la Ley; el párrafo final del artículo 119, según el cual el Ministerio «fijará en los casos de subarriendo el tipo máximo a satisfacer por los arrendatarios y subarrendatarios, tanto si se trata de una cantidad fija, como un tanto por ciento sobre el mineral extraído», no es sólo una consecuencia de dicho artículo 33 de la Ley, sino claro exponente de la importancia del plan de laboreo en orden a la autorización, según han puesto de relieve algunas Ordenes, entre ellas recuerdo una denegatoria de un arrendamiento por considerar la Dirección que el mismo dificultaría la ejecución de tal plan. Indudablemente, la Dirección

obra con acierto al seguir tal criterio, debiendo examinar la circunstancia de cada caso a la luz de dichos artículos 32 y 33.

Comentar más ampliamente esta cuestión nos llevaría demasiado lejos, y, como al comienzo indiqué, sólo he intentado dar una opinión pero no estudiar a fondo un problema que no es hipotecario.

LADISLAO G.-ARANGO Y CANGA

Registrador de la Propiedad

ESTUDIOS DE DERECHO HIPOTECARIO Y DERECHO CIVIL

POR

D. JERONIMO GONZALEZ Y MARTINEZ

Prólogo del Excelentísimo Señor Don José Castán Tobeña,
Presidente del Tribunal Supremo

Precio de la obra: 175 pesetas

Publicados los tres tomos.

Envíos contra reembolso, con aumento de dos pesetas.

Los pedidos a la Administración de

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

ALCALÁ, 16, 5.º, n.º 11 - MADRID

Cuestiones jurídicas que surgen del artículo 811 del Código civil

Importantes cuestiones jurídicas que surgen del artículo 811 del Código civil.—Concepto general de la reserva lineal. ¿Se extingue siempre la reserva a la muerte del reservista, o, por el contrario, puede darse el caso de que un reservatario devenga reservista?—Por la renuncia del reservista a la herencia del descendiente, ¿dejan de pasar exclusivamente a los reservatarios los bienes reservables? ¿Se extingue la reserva por virtud de la renuncia de los presuntos reservatarios a los bienes reservables?—La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1954 hace cambiar de rumbo a la jurisprudencia del mismo Tribunal.—Naturaleza de los derechos del reservista y de los reservatarios. ¿Pueden reservista y reservatarios pactar durante la pendencia la extensión de la reserva o provocar el cumplimiento de la condición que afecta al derecho de los mismos en los bienes reservables?

El artículo 811 del Código civil comprende una situación jurídica de pendencia que tiene dos titularidades: una titularidad interina, con sujeto determinado y actual, el ascendiente reservista, y una titularidad preventiva, expectante, el reservatario. El reservista, si acepta expresa o tácitamente la titularidad; tiene el papel de *heredero fiduciario* tiene la obligación de *reservar* los bienes que

hubiere adquirido por ministerio de la ley para los reservatarios. Estos son titulares condicionales, tienen un derecho de expectativa, que es de la misma naturaleza que el definitivo porque el expectativo es un derecho a adquirir, *ipso jure*, la propiedad de los bienes reservables al cumplirse la condición. Las dos titularidades están vinculadas por el engranaje de una condición, que es el hecho futuro e incierto de que existan en el momento de surgir el evento decisor parientes dentro del tercer grado que pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden.

Hay dos momentos importantes en esta situación de pendencia, que son: el momento de la muerte del descendiente, de quien adquiere el reservista, momento en que se inicia la reserva, con el antecedente de haber adquirido el descendiente bienes de un ascendiente o de un hermano. Si acepta la herencia el ascendiente, éste inicia su papel de titular interino de heredero fiduciario, con derecho sujeto a condición resolutoria, y, por tanto, se constituye en deudor de los bienes reservables mientras sea posible el cumplimiento de la condición. Frente a su titularidad resoluble existe o puede existir el otro sujeto del derecho condicional, el reservatario presunto, que es el destinatario de los bienes reservables.

Según la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1954, de la que fué ponente el culto Magistrado don Cèlestino Valledor, esta situación de pendencia del artículo 811 no está establecida como una limitación a la legítima del ascendiente, sino que fué estatuida como una legítima especial independiente de aquélla, con normas propias, a favor de los parientes del descendiente dentro del tercer grado y que pertenezcan a la línea de la procedencia de los bienes, y que, por tanto, no hay por qué hacer del artículo 811 una interpretación restrictiva que favorezca al ascendiente y perjudique a los parientes lineales. (Adelantamos este criterio establecido en dicha Sentencia porque hemos de hacer uso del mismo con frecuencia en el texto de este trabajo.)

O sea, que el artículo comprende dos legítimas: una a favor del ascendiente que hereda del descendiente, la cual, cuando se refiera a los bienes reservables, hace tránsito en el ascendiente, sujeta a condición resolutoria, y otra, legítima, a favor de los parientes del descendiente que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea del ascendiente o del hermano, de quien proceden los bienes. Tales parientes lineales son, por tanto, herederos forzosos en cuan-

to a los bienes reservables, cuyo derecho legitimario está pendiente de la condición suspensiva de que existan en el momento en que surja el evento decisor.

Y al ser los reservatarios herederos forzosos en cuanto a los bienes que resulten reservables, ni el ascendiente reservista ni el descendiente fallecido pueden disponer de tales bienes *mortis causa* porque son bienes reservados por la ley a determinados herederos, los reservatarios, resultando por esto herederos forzosos. Por ello la mencionada Sentencia dice que el artículo 811 constituye, por una parte, una norma jurídica de carácter impositivo, por la que el legislador ha retenido para sí la facultad de señalar la trayectoria que habrán de seguir los bienes de carácter reservable, y, por otra parte, tal artículo es norma jurídica prohibitiva en cuanto veda al reservista todo acto dispositivo *post mortem* de tales bienes, y que será ineficaz toda actuación que en cualquier forma altere el destino de los bienes preordenado por la ley; o sea, que el derecho legitimario de los reservatarios no puede ser frustrado sino por el incumplimiento de la condición suspensiva a que está afecto, y así habrá de llegar a ellos por el principio impositivo-prohibitivo que gobierna la reserva lineal, con secuela, dice dicha Sentencia, de reparto de los bienes entre los reservatarios por iguales partes, salvo, en su caso, el *derecho de representación en la línea colateral dentro del tercer grado*, sin que el reservista pueda alterar tal igualdad, o sea, que no puede mejorar a ninguno de los reservatarios.

Dice la aludida Sentencia (bien merece reproducir su contenido) que en trance de buscar analogías entre la reserva lineal y otras instituciones jurídicas, y prescindiendo de las diferencias accidentales, estaría justificada la asimilación del reservista a la del *fiduciario en la sustitución fideicomisaria condicional* o a la *del legitimario en la legítima corta o estricta*, también impuesta por la ley como intangible para el testador, en vez de establecer la analogía con la reserva matrimonial, que difiere de la lineal o extraordinaria por su origen, por su objeto, por la persona a quien se impone, por la del favorecido y por la procedencia de los bienes sobre que recae. Que por el hecho de la locución inicial del artículo 978, «además de la reserva impuesta en el artículo 811», no cabe atribuirle, dice, significación de que todas las normas de la reserva matrimonial sean aplicables también a la reserva semitroncal o extraordinaria, y lo que da a entender aquella expresión es que, sin perjuicio y con in-

dependencia de la reserva lineal, el cónyuge viudo que contraiga segundas nupcias o tenga un hijo natural, viene obligado a constituir otra reserva, pero que en la reserva lineal como en la matrimonial se aplicará su propio régimen, que puede ser idéntico en materia de medidas de aseguramiento del derecho eventual de los reservatarios «pendente conditione» y en supuesto de enajenación de bienes reservables por el reservista, enajenación limitada por el juego propio de la condición resolutoria, pero sin que la identidad o similitud pueda ampliarse a otras situaciones jurídicas discrepantes, como la referente a la facultad de mejorar el reservista a alguno de los reservatarios, y así, recae dicha Sentencia, para demostrar la diferencia e independencia de las dos reservas, que no es exacto que las líneas paterna y materna se esfumen por la circunstancia de que los reservatarios sean hijos comunes del reservista y del cónyuge premuerto, de quien proceden los bienes, ni lo es que la reserva lineal pierda su razón de ser por la circunstancia de que el reservista deba legítima al reservatario, lo contrario de lo que dice la Sentencia de 4 de enero de 1911, ni, en fin, que la legítima normal, la del ascendiente, resulte gravada por la reserva, como no sea confundiendo y unificando dos sistemas legitimarios distintos y con vida propia e independiente; no puede, pues, confundirse la reserva lineal con la matrimonial, porque la primera obliga al cónyuge reservista en todo caso, tanto en estado de viuded como en el de nuevo matrimonio.

Como diremos luego, todas estas razones que comprende la referida Sentencia de 8 de junio de 1954 destruyen las bases en que se fundaban las Sentencias de 19 de noviembre de 1910 y 7 de noviembre de 1927, la de 25 de marzo de 1933 y la misma de 24 de mayo de 1945, para afirmar que si el ascendiente renuncia a la herencia del descendiente, no hay reserva, dando así lugar a que se abra la sucesión abintestato de éste.

ELEMENTOS PERSONALES DE LA RESERVA LINEAL. — En el artículo 811 se hace referencia a cuatro personajes, con papel distinto: a) El ascendiente o ascendientes que heredaren de su descendiente... Este ascendiente puede ser el padre o la madre del descendiente o los dos a la vez, en el supuesto de que el descendiente adquiriese bienes por título gratuito de los abuelos o bisabuelos o de un hermano. En tal supuesto de que hereden los padres de su descen-

diente, heredarán por partes iguales (arts. 810 y 936). Si fuesen ascendientes de grado más distante, heredarán por líneas. Por tanto, en estos casos en los que hereden dos ascendientes de igual grado, hay más de un reservista, y cada uno es titular fiduciario o interino de su parte de los bienes reservables con independencia del derecho resoluble del otro ascendiente.

b) Otro personaje es el descendiente que da lugar a la reserva, y que es causante del derecho del ascendiente reservista y del de los reservatarios. Sirve también este descendiente para computar el parentesco de los reservatarios y saber si están dentro del tercer grado.

Este descendiente puede tener a su fallecimiento bienes de carácter reservable, por haberlos adquirido de un ascendiente o de un hermano, y puede también ser dueño de bienes no reservables; pero la naturaleza de reservables no se altera por su confusión con otros en poder del descendiente y del ascendiente reservista, porque la reserva no se concede como a causahabiente de una persona, sino por su derecho lineal de reserva (Sentencia de 21 de noviembre de 1902). Respecto a los bienes reservables, no tiene el descendiente la libre disposición de los mismos, y así, en el caso de que otorgue testamento, no puede disponer libremente más que de la mitad, porque la otra mitad es legítima que adquiere el ascendiente por ministerio de la ley, con obligación de reservarla para los parientes del descendiente que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden.

Como se puede observar, la cuantía de los bienes reservables cuando el descendiente fallece abintestato, es doble de la parte de que no pudo disponer si murió con testamento.

Y si el descendiente hace donación a su ascendiente de los bienes que habrá adquirido de otro ascendiente o de un hermano, ¿tiene el donatario obligación de reservar tales bienes? El artículo 811 dice: «El ascendiente que heredare de su descendiente... se halla obligado a reservar los que hubiera adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado.» Si interpretamos literalmente este artículo, solamente el ascendiente tiene obligación de reservar cuando herede del descendiente; pero si consideramos la reserva lineal como legítima a favor de los aludidos parientes, si consideramos que es legítima que obliga a algunas

personas a no disponer libremente de ciertos bienes, caracterizados, entre otras circunstancias, por su procedencia y asegurar la transmisión *mortis causa* de los mismos bienes, o de su equivalente, a otras personas determinadas, si existieran al fallecer aquéllas, como dice De Buen y confirma la Sentencia de 8 de junio de 1954, tenemos que concluir que los bienes donados por el descendiente al ascendiente, que adquiriría por ministerio de la ley si no hubieran sido donados de antemano y que el donante hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano, los tendrá que reservar el ascendiente como si los hubiera heredado al tenor literal del artículo 811 y así los reservatarios que sobrevivan al reservista donatario podrán exigir de los herederos de éste (basándose en el contenido del artículo 818, que sólo requiere que haya una parte con derecho forzoso para exigir a otros que pueden ser o no herederos forzosos) que colacionen los bienes reservables o su importe o que se anule la donación inoficiosa y determinar así si el donante se ha excedido en sus facultades de disposición, pues que, al ser legitimarios los bienes reservables, no sólo le está limitada la facultad de disposición al ascendiente reservista, sino al descendiente, por el hecho de haber adquirido los bienes por título gratuito de un ascendiente o de un hermano, que es el antecedente que da carácter legitimario a los bienes reservables.

Si nos atuviésemos al *substructum* doctrinal de los fallos del Tribunal Supremo anteriores a la Sentencia de 8 de junio de 1954, que establecía que la reserva lineal es limitativa de los derechos legitimarios del ascendiente, tendríamos que interpretar literalmente el artículo 811, diciendo que el ascendiente no tiene obligación de reservar nada más que cuando *herede* del descendiente; pero, dado el trascendental sentido, contrario a la jurisprudencia anterior, de la citada Sentencia de 8 de junio de 1954, que nos parece acertadísima, nos inclinamos a estimar que el ascendiente tiene obligación de reservar, aunque los bienes reservables le hayan sido donados por el descendiente, toda vez que ésta Sentencia no admite que la reserva lineal sea una limitación a los derechos legitimarios del ascendiente, sino que establece que los bienes reservables constituyen una legítima independiente con normas propias y que el artículo 811 contiene una norma jurídica de carácter impositivo-prohibitivo, que tiene por objeto asegurar la legítima de los reservatarios

y que, por tanto, no se debe hacer tal interpretación restrictiva que favoreciera la legítima del reservista.

c) La otra persona aludida por el artículo 811 es el ascendiente o hermano de quien o de quienes adquirió el descendiente fallecido los bienes reservables. Este ascendiente o hermano sirve para determinar la línea familiar a que han de pertenecer los parientes con derecho a la reserva, a fin de que los bienes que el descendiente había adquirido no hagan tránsito en otra familia extraña por efecto de sucesiones forzosas ordenadas por la misma ley; sirve para reflejar el aspecto limitado de troncalidad que comprende el artículo 811.

d) Y el otro cuarto grupo de personas lo constituyen los parientes del descendiente dentro del tercer grado y que pertenezcan a la línea familiar de la procedencia de los bienes. Estos parientes reservatarios son herederos forzosos, y para determinar su parentesco con el descendiente se seguirán las reglas establecidas por el Código para la sucesión abintestato, pero teniendo presente siempre que han de pertenecer a la línea de procedencia de los bienes. Por tanto, serán llamados a heredar los bienes reservables los parientes más próximos en grado, según el artículo 921, admitiéndose, según claramente establece la citada Sentencia de 8 de junio de 1954, el derecho de representación en la línea colateral dentro del tercer grado, que tendrá que ser cuando con hermanos del descendiente concurren hijos de hermanos del mismo.

En esta sucesión legítima será preferida en primer lugar, la línea recta ascendente (arts. 935 al 938); pero, si al extinguirse la reserva tiene que ser llamado a heredar como reservatario, por estar dentro del tercer grado, un ascendiente, ¿ha de ser considerado como reservatario o como nuevo reservista? Desde luego, éste será también un ascendiente que hereda del descendiente tal como había heredado el anterior ascendiente reservista. Veamos: A heredó bienes de su madre, B, que ésta había adquirido de su madre, C. A fallece sin sucesión y le hereda su padre, D, por ministerio de la ley, y, por tanto, con obligación de reservar. A la muerte del reservista D, existen tres hermanos de A, de doble vínculo, pero también vive el abuelo materno de A, esposo de C; por tanto, al fallecer el reservista D, se abre, respecto a A, una sucesión legítima en cuanto a los bienes que por ministerio de la ley había

adquirido el padre de A, y que éste había heredado de su madre, B. ¿A quién llama la ley en este caso? Al pariente más próximo de A, y que pertenezca a la línea o familia de la madre de A. Los hermanos de A son parientes en segundo grado de éste, y son de la línea de la madre B, porque son hijos de ésta; pero el abuelo materno de A también es pariente de éste en segundo grado y pertenece a la línea de su madre, B, porque es precisamente el padre de ésta; mas el abuelo está en segundo grado por línea recta, y, en cambio, los hermanos están en línea colateral, y como la reserva extraordinaria tiene carácter legitimario, el abuelo de A excluye a los hermanos de éste, según dicho artículo 935.

Pero si el abuelo de A hereda por ministerio de la ley, según este artículo, bienes que A heredó de su madre, habrá de ser sin perjuicio de lo ordenado en el artículo 811, según preceptúa el artículo 938; y surge por ello una nueva reserva lineal, y, por tanto, el abuelo tendrá obligación de reservar tales bienes lo mismo que si los heredase a la muerte del nieto A, si entonces no viviera el padre de éste, y tendrá por ello la misma limitación que había tenido el padre, para evitar en uno y otro caso que los bienes que A había heredado de su madre pasen a parientes de otra línea, cual sucedería si el abuelo de A hubiese estado casado en segundas nupcias, teniendo hijos de su segunda esposa y aquél heredase de A sin reserva; o sea, como reservatario, pasarían los bienes o parte de ellos a parientes que no son de la línea de la madre de A, y se frustraría el propósito contenido en el artículo 811; y, por tanto, es preciso considerar al abuelo o a todo ascendiente que sea llamado a la muerte del primer reservista a heredar los bienes reservables, como reservista y no como reservatario. La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1910 nos viene a dar la razón al decir que «si al fallecer el descendiente el ascendiente heredero renuncia a la herencia y los bienes pasan a otros parientes *no ascendientes*, ya los bienes no son reservables». Lo cual indica que al extinguirse la titularidad del ascendiente que heredó inmediatamente del descendiente (o pudiera heredar) si hereda luego otro ascendiente, siguen siendo los bienes reservables, porque existe la misma razón de ser del artículo 811, que tiene por objeto, según la Sentencia de 25 de marzo de 1933, impedir que por un azar de la vida personas extrañas a una familia puedan adquirir bienes, que, sin aquel azar, hubieran quedado en ella; finalidad, dice la Sen-

tencia, que no debe olvidarse en todas las aplicaciones prácticas de este precepto legal.

Los reservatarios pueden existir al iniciarse la reserva con el fallecimiento del descendiente, nacidos o concebidos sin nacer (*nasciturus*), y, por tanto, si renunciase el ascendiente a la reserva o a la herencia del descendiente, tales nacidos o *nasciturus* serían los reservatarios definitivos. También puede darse el caso de que después de iniciarse la reserva sean concebidos otros presuntos reservatarios (*nondum conceptus*), y que podrán heredar también si existen al cumplirse la condición.

Todos estos *nasciturus* y *nondum conceptus* pertenecerán a la línea colateral, que podrán ser hermanos del descendiente fallecido, por ejemplo, si éste había adquirido los bienes de abuelos o de un hermano y viven los padres al fallecer aquél, que tienen hijos después, y lo mismo puede haber un *nasciturus* si el ascendiente reservista es la madre del descendiente que hubiese enviudado en estado y que dió a luz después del fallecimiento del descendiente. Con facilidad puede haber hijos de hermanos que sean *nasciturus* o *nondum conceptus*, y también lo pueden ser tíos del descendiente fallecido, pues que vemos con frecuencia que hay tíos más jóvenes que los sobrinos, y así se puede dar el caso de que nazcan o sean concebidos tíos después de fallecer un sobrino que es causante de la reserva.

De modo que al extinguirse la reserva los abuelos y bisabuelos que existan entonces excluyen a los colaterales, aunque éstos tengan un parentesco de igual o más próximo grado, y en la línea colateral; los sobrinos excluyen a los tíos del descendiente; pero téngase en cuenta que los ascendientes que sean llamados como reservatarios adquirirán los bienes reservables como reservistas.

CONTENIDO DE LA RESERVA.—¿La renuncia a los bienes reservables extingue la reserva? Por la renuncia del reservista a la herencia del descendiente, ¿dejan de ser reservables los bienes que éste había adquirido por título lucrativo de un ascendiente o de un hermano? Mejor dicho, por el hecho de tal renuncia, ¿dejan de adquirir los reservatarios como parientes lineales por considerarse abierta la sucesión del descendiente a favor de sus parientes, aunque no sean de la línea de la procedencia de los bienes? El Tribunal Supremo venía interpretando este artículo 811 de manera que el derecho

de los reservatarios quedaba a merced de la voluntad del reservista en el sentido de que si éste renuncia a la herencia del descendiente; no hay reserva, y se abre por esto la sucesión a la herencia del descendiente, conforme a las normas ordinarias del Código civil; prescindiendo de la cualidad de parientes lineales de los reservatarios, pudiendo venir a la sucesión personas extrañas a la línea de donde los bienes procedan, por ejemplo, en el caso de que el ascendiente renunciante tenga hijos de un segundo matrimonio (Sentencia de 1.º de julio de 1955), o que el descendiente esté casado sin sucesión y que, a falta de otros ascendientes, herede un hijo natural, o a falta de hermanos o sobrinos de un descendiente sea llamada a la herencia la esposa de éste.

La Sentencia de 19 de noviembre de 1910 dice que el artículo 811 es un caso excepcional de restricción impuesta a la legítima del ascendiente, y que, por tanto, habrá de interpretar en sentido restrictivo y que así la renuncia que haga el ascendiente a la herencia del descendiente no tiene salvedad en el párrafo segundo del artículo cuarto del Código, al objeto de que la renuncia no afecte al derecho de los reservatarios, porque, dice el Supremo, éstos no pueden llegar a serlo sino mediante la circunstancia de que el ascendiente herede al descendiente, y que, si los bienes reservables no han sido adquiridos por el ascendiente, obligado a reservar, se imposibilita el nacimiento de la reserva, sin darse cuenta de que ésta no nace con la aceptación que haga el ascendiente de la herencia del descendiente, sino que surge como una legítima especial caracterizada por la procedencia de los bienes que tienen que reservarse para los parientes de la línea de procedencia; surge por la circunstancia de haber adquirido una persona bienes de un ascendiente o de un hermano por título lucrativo, de manera que al fallecer tal persona sin descendencia la ley establece una sustitución fideicomisaria condicional, en el supuesto de que a tal persona le suceda un ascendiente, con el fin de que aquellos bienes recaigan en los parientes de la línea de su procedencia, y llama el artículo 811 al ascendiente como fiduciario legal con obligación de reservar los bienes para dichos parientes, si es que existen al extinguirse el derecho del reservista. ¿Qué renuncia el fiduciario a su derecho? Su facultad de uso y de disfrute y su *jus disponendi* resoluble de los bienes legitimarios pasan a los fideicomisarios que entonces existen.

La Sentencia de 7 de noviembre de 1927 viene a decir lo mismo que la Sentencia citada de 1910, repitiendo que el artículo 811 es una excepción especial a la sucesión de los ascendientes, y que esta forma excepcional de suceder no puede tener efecto sin que el ascendiente haya adquirido los bienes reservables y que, si la adquisición no se realizó por cualquier motivo, incluso *por renuncia del ascendiente*, no tiene lugar la reserva, y que tal artículo hay que interpretarlo restrictivamente. Abundan en lo mismo las Sentencias de 25 de marzo de 1933 y de 25 de mayo de 1945.

Naturalmente, con arreglo a esta jurisprudencia, el ascendiente puede frustrar la norma jurídica impositiva del artículo 811 con la renuncia preventiva de la herencia del descendiente; pero la renuncia es un acto voluntario del reservista, quizá interesado en que no haya términos hábiles para el cumplimiento de la condición que resulta del artículo 811, y, por tanto, tal renuncia no debe desvirtuar este precepto legal, y en tal caso, desde la renuncia, se tendrá por cumplida la condición, si en ese momento existen reservatarios.

Pero la Sentencia de 8 de junio de 1954 destruye las principales bases en que se fundaban los fallos citados del Tribunal Supremo, haciendo cambiar de rumbo a su doctrina, interpretando el artículo 811 en un sentido muy distinto, que hace comprender que la renuncia que pueda hacer el ascendiente a la herencia del descendiente no mermará en nada el derecho de los reservatarios, al decir la nueva Sentencia que la reserva lineal, salvo diferencias accidentales, se asimila a la sustitución fideicomisaria condicional y que el derecho del reservatario es legitimario, es legítima impuesta por la ley, como intangible para el mismo descendiente, aunque teste y para el ascendiente, al que esta reciente Sentencia le niega el derecho a mejorar a cualquiera de los reservatarios, a los que considera, por tanto, como herederos forzosos, y que será ineficaz toda actuación que en cualquier forma altere el destino de los bienes preordenados por la ley, y la renuncia puede considerarse por esto mismo como actuación del reservista conducente a frustrar el destino de los bienes reservables.

Considera esta Sentencia de 1954 la reserva lineal como una sustitución fideicomisaria condicional, y, por tanto, hemos de mirar el alcance que pueda tener la renuncia que haga el ascendiente a la herencia del descendiente respecto de los bienes reservables. La sus-

titución fideicomisaria es, como decía Sánchez Román, la combinación de la sustitución y del fideicomiso. De la sustitución se toma el supuesto de poder ser sustituido el heredero (el fiduciario) por otra u otras personas, en el caso de que aquél muera antes que el causante, o no quiera (renunciando) o no pueda aceptar la herencia (art. 774). Del fideicomiso se ha tomado la posibilidad de designar varias personas, por cuyas manos ha de pasar la herencia, aplicando la doctrina de la sustitución, en cuanto al llamado en primer término y tener el derecho al uso y al disfrute de los bienes hereditarios, con la obligación de conservarlos para que sean transmitidos a su muerte al llamado en segundo lugar como sustituto del primero. Así, pues, hoy en la sustitución fideicomisaria el fiduciario es heredero porque disfruta de la herencia y sucede en los derechos y obligaciones, mientras que en el fideicomiso el fiduciario no es heredero, sino un depositario de la herencia, generalmente un simple ejecutor testamentario.

En la sustitución fideicomisaria hay dos llamamientos sucesivos: uno, a favor del fiduciario, y otro, a favor del fideicomisario. Si falta el primero, la herencia pasa al segundo, que es el heredero definitivo, aunque el derecho a la sucesión lo adquiere desde la muerte del causante, *de no estar limitado por una condición* (Sentencias de 9 de julio de 1910 y de 7 de abril de 1928). El heredero fiduciario puede dejar de serlo, por tanto, por no existir a la muerte del causante, por renunciar a la herencia o por incapacitarse, y, en tal caso, adquiere directamente el heredero o legatario fideicomisario, llamado en segundo lugar. Y, por el contrario, si no existe el fideicomisario a la muerte del causante o en el momento del cumplimiento de la condición suspensiva, si la sustitución estuviese afectada por ella o por no poder heredar, en tal caso, el fiduciario hereda definitivamente los bienes del causante; según se desprende del artículo 786 del Código y de la Sentencia de 20 de octubre de 1954, que dice que en la sustitución fideicomisaria las transmisiones acordadas por el disponente recaen sobre el mismo objeto con efecto sucesivo; es decir, se llama a una misma cosa al fiduciario y al fideicomisario, de tal modo que, si por cualquier causa no pudiera tener lugar la sustitución, adquiere el fiduciario todos los derechos que habrían de corresponder al sustituto. Y, como dice don Víctor Covián, si el fiduciario premuere al testador, discurrirse como se quiera respecto a la concurrencia de aquél para

la existencia del fideicomiso, conocida la persona del fideicomisario, que es el verdadero y principal heredero, nada influye tal accidente en su derecho; y esto mismo podemos aplicár al caso de que el ascendiente reservista y fiduciario renuncie a la herencia del descendiente; y si tiene obligación el fiduciario de conservar y transmitir a un tercero el todo o parte de la herencia, como dicen los artículos 781 y 811 del Código, será en tanto en cuanto haga uso de la facultad del disfrute de la herencia. ¿Que no ha hecho uso de tal facultad o que no adquirió tal derecho porque no ha querido o porque no pudo? Pasa en tal caso la herencia al fideicomisario que exista en tal momento, o sea, a los reservatarios nacidos o *nasciturus*.

La sustitución fideicomisaria condicional es la que se establece para que tenga efecto en un caso futuro e incierto previsto por el ordenador de tal sustitución, sin que la condición haga cambiar de naturaleza a la misma. En cuanto al artículo 811, el caso futuro e incierto es la existencia de parientes dentro del tercer grado pertenecientes a la línea de donde los bienes procedan.

¿En qué momento tienen que existir tales parientes para que se cumpla la condición? Se dice que a la muerte del reservista. El artículo 811 no preceptúa nada sobre esto. Dice que el ascendiente se halla obligado a reservar a favor de dichos reservatarios, como también lo dicen el artículo 781, en que se encarga al heredero (al heredero fiduciario) que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, y lo mismo el artículo 968; pero esta obligación existe en el reservista o en el fiduciario en el caso de que herede y acepte y persista en el disfrute de su derecho mientras viva, y en tal caso la condición habrá de concurrir en el momento de la muerte del reservista o fiduciario, que es el último momento para conocer si hay términos hábiles para el cumplimiento de la condición; pero tal obligación existirá en el reservista o fiduciario, como hemos dicho, si heredó y persiste en el disfrute de su derecho hasta su fallecimiento; más si no heredó por la causa que sea, o, de heredar, cede su derecho a los reservatarios o con éstos se cede a un tercero, en el momento de surgir la causa de no heredar, si entonces existen reservatarios, o en el momento de la cesión aludida, se determinará el cumplimiento de la condición; y así, si el reservista deja de serlo por renuncia preventiva o abdicativa de la herencia del descendiente, se cumplirá la condición, si entonces existen parientes que puedan

ser reservatarios, quienes adquieren definitivamente los bienes reservables, cumpliéndose así los propósitos del legislador, toda vez que, al dejar de ser el reservista titular de su derecho resoluble, no hay peligro de que los bienes vayan a parar a personas extrañas. Pero, entiéndase bien: si en el momento de la renuncia no hubiese reservatario, se tendrá que aplazar el momento de poderse cumplir la condición hasta el fallecimiento del reservista, para ver si entonces existe algún reservatario *nondum conceptus*.

¿SE EXTINGUE LA RESERVA POR VIRTUD DE LA RENUNCIA A LOS BIENES RESERVABLES HECHA POR LOS PRESUNTOS RESERVATARIOS «PENDENTE CONDITIONE», DÁNDOSE POR CUMPLIDA LA CONDICIÓN?— Realmente, si con la renuncia gratuita de los presuntos reservatarios pasa la titularidad expectante a consolidarse definitivamente con el derecho resoluble del reservista y se tiene así por no cumplida la condición resolutoria que afecta al derecho del reservista, puede frustrarse el alcance del artículo 811, pasando, o pudiendo pasar, los bienes a personas extrañas. Por tanto, en este caso de renuncia lucrativa que puedan hacer los reservatarios *pendiente conditione*, no debe impedir que a la muerte del reservista se consolide el derecho expectante renunciado en las personas de grado de parentesco posterior al de los renunciantes, que existan al fallecimiento del reservista.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 20 de septiembre de 1904, establece que la reserva se extingue por la renuncia de los reservatarios, y la misma Sentencia, de 20 de octubre de 1954, si asimilamos el concepto de reservista al del fiduciario condicional, al decir esta Sentencia que si por cualquier causa no pudiera tener lugar la sustitución, adquiere el fiduciario todos los derechos que habrían de corresponder al sustituto aunque en nuestro caso, si hay parientes de grado posterior, siempre podrá tener lugar la sustitución. No será lo mismo si el reservista adquiere el derecho expectante por contrato celebrado con los presuntos reservatarios, toda vez que, en tal caso, el reservista no adquiere tal derecho por herencia del descendiente, como resultaría en el supuesto de renuncia hecha por los reservatarios, sino por otra causa de adquisición.

NATURALEZA DE LOS DERECHOS DEL RESERVISTA Y DEL RESERVATARIO.—Como ya indicamos, el reservista queda propietario de los

bienes reservables bajo condición resolutoria y el reservatario "llega a ser propietario, bajo condición suspensiva, de los mismos bienes"; de modo que el artículo 811 pone frente a frente dos derechos de propiedad, pero sin que se excluyan durante la pendencia, por el efecto de la condición, toda vez que este artículo establece una situación de protección jurídica interina en favor de los reservatarios, transitoriamente indeterminados, y esta situación implica la coexistencia de dos titularidades: por una parte, la titularidad interina y resoluble del reservista, cual fiduciario legal, al que la ley le confiere, no sólo la facultad de uso y disfrute de los bienes reservables y el *ius disponendi* de los mismos, con la carga restitutoria, sino el deber de conservar la situación de pendencia, o sea, el patrimonio reservable, que está vinculado a la determinación del sujeto definitivo; y, por otra parte, la titularidad expectante de los parientes del descendiente que estén dentro del tercer grado de la línea de procedencia de los bienes, o sea, la titularidad que corresponde a los reservatarios o fideicomisarios legales, cuyo derecho está afecto a una condición suspensiva.

No es, en el fondo, falsa la creencia de que toda condición suspensiva tiene al mismo tiempo algo de resolutoria y que toda condición resolutoria implica condición suspensiva; o sea, que el derecho del titular expectante, que tiene un valor patrimonial, es resoluble en cuanto no tenga cumplimiento la condición suspensiva, y el derecho del titular interino, que también es patrimonial y negociable, resulta expectante en cuanto el titular deudor tiene la esperanza de que se consolide su derecho mediante el incumplimiento de la condición. Y este retruécano de las titularidades condicionales se cotiza en la enajenación de uno y otro derecho teniendo en cuenta el mayor o menor número de posibilidades de que se cumpla la condición. Por ejemplo, en esta situación del artículo 811 se ve a través de la pendencia que no hay más reservatario que un tío anciano del descendiente, ni la posibilidad de que surja otro; en tal caso, el valor del derecho resoluble del reservista es mucho mayor, la esperanza de que habrá de consolidarse el derecho del reservista será más grande que cuando existen hermanos y sobrinos jóvenes del descendiente; y viceversa, respecto al valor de los derechos de los reservatarios, cuando éstos sean jóvenes, el valor del derecho expectante se aproximará al del pleno dominio, y, por el contrario,

cuando haya un solo reservatario y tenga pocas probabilidades de sobrevivir al reservista, puede resultar difícil el que sea cumplida la condición.

EN CUANTO A LA SITUACIÓN DEL RESERVISTA.—La jurisprudencia declaró al principio que podía equipararse a la del usufructuario, si bien más adelante estableció que no existe tal analogía, toda vez que el reservista puede disponer de los bienes inmuebles como dueño con la carga restitutoria, si se cumple la condición. Mucius Scaevola quiso equiparar la reserva a la sustitución fideicomisaria. No estaría desacertado si la equiparase a la sustitución fideicomisaria condicional, cual lo hizo la Sentencia de 8 de junio de 1954. La Sentencia de 1.º de abril de 1914 no quiso asimilar la reserva a la legítima, ni admitió que al reservatario se le considere heredero forzoso; pero este criterio fué rechazado por la citada Sentencia de 8 de junio de 1954, que dice que la reserva lineal equivale a la legítima estricta y que, como tal, será respetada por el reservista. Esta Sentencia dice que el reservista, desde la iniciación de la reserva por fallecimiento del descendiente heredado, adquiere la facultad plena de uso y disfrute vitalicio ligada al *jus disponendi* como titular de un dominio revocable y supeditado a la condición resolutoria de que le sobrevivan parientes hasta el tercer grado de la línea de procedencia de los bienes; y que, en trance de buscar analogías, estaría justificada la asimilación del reservista a la del fiduciario en la sustitución fideicomisaria condicional y, de ser así, la Sentencia de 20 de octubre de 1954, referente a la sustitución fideicomisaria condicional, dice que los conceptos de heredero fiduciario y de usufructuario se diferencian sustancialmente en que en las sustituciones fideicomisarias las transmisiones acordadas por el disponente recaen sobre el mismo objeto, con efecto sucesivo; es decir, se llama a una misma cosa a fiduciario y al fideicomisario, de tal modo que, si por cualquier causa no pudiera tener lugar la sustitución, adquiere el fiduciario todos los derechos que habrían de corresponder al sustituto; lo cual no ocurre, dice, con el usufructuario, porque el usufructo y la nuda propiedad son cosas diferentes y se producen simultáneamente, adquiriendo el nudo propietario sus derechos al mismo tiempo que el usufructuario, al que no puede corresponder el dominio, aunque al extinguirse el usufructo haya desaparecido el nudo propietario.

De modo que el reservista puede enajenar, según declara la Reso-

lución de 25 de junio de 1892, esa plena facultad de uso y disfrute-vitalicio y ese *jus disponendi*; enajenación limitada, claro está, por el jégo propio de la condición resolutoria.

SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS RESERVATARIOS.—El Tribunal Supremo acentuó categóricamente las facultades de los reservatarios durante la pendencia de la reserva, viendo en esta institución la existencia de derechos condicionados a favor de los reservatarios, enlazada al hecho incierto de que sobrevivan al reservista, y que, según la Sentencia de 1.º de abril de 1914; seguida por la Resolución de la Dirección de 27 de octubre de 1917, tal derecho condicionado tiene carácter de derecho real inscribible, embargable y transmisible si bien condicionalmente, y lo mismo afirma la citada Sentencia de 8 de junio de 1954 al decir que el derecho de los reservatarios sobre los bienes reservables es un derecho eventual, pendiente de condición suspensiva respecto de ellos y que, si la condición se cumple, surge inexorablemente la Resolución del derecho del reservista y adquieren el pleno dominio de los bienes reservables.

De modo que la situación jurídica de pendencia que comprende el artículo 811 equivale a una sustitución fideicomisaria condicional establecida por la ley sometida, por tanto, al juego de una condición, en la que entren como sujetos el reservista y el reservatario; estando el primero determinado desde que se inicia la reserva, y, en cambio, el segundo puede no estarlo con carácter definitivo, porque, aunque exista en el momento de la muerte del descendiente y sea conocido; no se sabe si existirá en la fecha del fallecimiento del reservista, si es que antes, por voluntad de uno y otro, no se ha hecho cumplir la condición. ¿Y pueden los dos provocar el cumplimiento de la condición? Aquí no se trata de dos condiciones, sino de una sola que afecta a la relación jurídica establecida en el artículo 811, en dos sentidos: uno, respecto al reservista, que hace traba en su derecho legítimo heredando al descendiente; pero con la obligación de reservar los bienes para otros parientes del descendiente, si existiesen al cumplirse la condición, y otro, en cuanto al reservatario que es llamado también por la ley a heredar al descendiente después del reservista; pero no como un fideicomisario puro, que adquiere desde la muerte del causante, sino como un fideicomisario que sólo adquiere si existe al fallecer el reservista o cuando éste cese en la obligación de reservar. O sea que, en esta relación condicionada, está el reservista actuando

de fiduciario, pero no de fiduciario con obligación pura de reservar los bienes para el fideicomisario, sino que es fiduciario con *jus disponendi*, sujeto a condición resolutoria; y está también el reservatario como acreedor de aquella obligación de reservar que tiene el reservista esperando el reservatario a adquirir definitivamente los bienes reservables. Por tanto, creemos, es válido cualquier acto o contrato que celebren el deudor y el acreedor condicionados, incluso para provocar el cumplimiento de la condición o la extinción de la reserva por la confusión de derechos con tal de que no sea frustrada la trayectoria determinada por el artículo 811.

Así, pues, al admitir que la relación jurídica del artículo 811 es una sustitución fideicomisaria condicional, en la que hay un heredero con derecho actual resoluble y con la obligación de conservar y transmitir a otros, o sea deudor en tal obligación, y otro heredero presunto, con derecho sujeto a condición suspensiva, con la esperanza de recibir en su día los bienes reservables por el hecho, desde luego incierto, de existir y sobrevivir y tener parentesco idóneo y ser, por tanto, acreedor de aquella obligación, tenemos que admitir también, aunque sea *pendente conditione*, que la obligación del deudor reservista y su derecho resoluble y el derecho del acreedor reservatario, forman parte de sus patrimonios respectivos y son susceptibles de renuncia y cesión y también de novación. Y por esto cabe preguntar, ¿pueden el titular interino actual y el titular expectante presunto pactar una novación de manera que desaparezca la condicionalidad? Giorgi lo admite, y no ofrecería la menor duda si el sujeto del derecho expectante estuviese determinado como lo está el reservista, ya que, en tal caso, al ser la condición un simple accidente de la relación jurídica que atañe a las dos partes, pueden éstas pactar la extinción de la condición, la extinción de la reserva; pero los reservatarios son solamente presuntos herederos del derecho expectante, sin que se pueda saber *a priori* en quiénes se habrá de consolidar el derecho que corresponde a los parientes más próximos dentro del tercer grado; o sea que, en realidad, antes de la muerte del reservista no es posible la determinación nominal de la persona o personas que, según el artículo 811, han de suceder en los bienes reservables, y por esto cabe la duda, respecto a los reservatarios, de si la renuncia o lo pactado sobre enajenación verificado por ellos antes de la muerte del reservista producirá efecto para sus descendientes o para otros parientes que sean llamados a la reserva en defecto de aquéllos que han

renunciado o enajenado. El Código civil en el artículo 811 sólo dice que el reservista tiene obligación de reservar a favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes procedan, pero no nos dice cuándo han de existir tales parientes, aunque se sobreentiende que habrá de ser en el momento en que surja o tenga que surgir el evento decisor del cumplimiento de la condición.

La jurisprudencia, incluso la Sentencia de 8 de junio de 1954 y la doctrina, han completado la laguna del artículo aplicando en general a la reserva lineal los artículos referentes a la reserva ordinaria, como es el artículo 970, y se pone el fallecimiento del ascendiente reservista como momento definitivo para el cumplimiento de la condición, ateniéndose al artículo 971 y al 975. En fin, que la Sentencia de 27 de diciembre de 1904 consideró extinguida la reserva por la renuncia de los reservatarios, y luego la Sentencia de 1.º de abril de 1914 y la Resolución de la Dirección de 27 de octubre de 1917 establecen que el derecho expectante de los reservatarios es, como ya se ha dicho antes, un derecho real inscribible, embargable, renunciable y transmisible; y la Resolución de 30 de marzo de 1925, además de afirmar que la renuncia puede hacerse antes de que la reserva esté consumada, ha dicho que es válida la renuncia del derecho a la reserva cuando los hijos del matrimonio, causa de la misma, autorizan la libre enajenación de los bienes reservables, sin que obste a ello el que existan nietos que, en su día, puedan ser reservatarios, «concediendo un verdadero poder dispositivo o facultad de enajenar a personas que no pueden reputarse propietarias definitiva e incondicionalmente, en atención a necesidades apremiantes, situaciones especiales y racionales previsiones».

Tanto el Reglamento del Impuesto de Derechos reales como la jurisprudencia del Tribunal Económico-Administrativo Central admiten la extinción de la reserva lineal por la renuncia y por la enajenación de los derechos del reservista y de los reservatarios.

El artículo 34 del Reglamento de dicho Impuesto dice: «Por la herencia reservable con arreglo al artículo 811 del Código civil, satisfará el impuesto el reservista en concepto de usufructuario (aplazándose la legislación relativa al valor de la nuda propiedad); pero si por fallecimiento de todos los parientes a cuyo favor se halla establecida la reserva o por su *renuncia* se extinguiera ésta, vendrá obligado el reservista a satisfacer el impuesto correspondiente a la nuda pro-

piedad, haciéndose en tal caso aplicación de lo prevenido en el párrafo último del artículo 57 de este Reglamento.»

Según la Resolución de dicho Tribunal E. A. C. de 3 de octubre de 1944, la renuncia del derecho de acrecer (del derecho expectante) que hagan los futuros reservatarios no es liquidable y sólo provoca la liquidación de la nuda propiedad a nombre del reservista por el concepto de herencia de descendiente a favor del ascendiente (sin aplicar en este caso el número 17 del artículo 31 del Reglamento).

La Resolución de 29 de enero de 1946 del citado Tribunal Central referente a la venta de bienes reservables hecha por el reservista y posibles reservatarios, establece que la reserva lleva implícita una condición suspensiva y el acto no se causa hasta que se cumple aquélla. Entiende este Tribunal que por el hecho de tal venta de bienes reservables, llevada a cabo por el reservista y por los reservatarios, dan por cumplida la condición, aunque no haya ocurrido el fallecimiento del reservista, declarando extinguida la reserva por concentrarse el derecho del reservista y el de los reservatarios en la persona de un tercero, porque se ha extinguido para el reservista la obligación de reservar al transmitir su derecho juntamente con los presuntos reservatarios, desapareciendo así la limitación que afectaba al derecho condicionado del reservista y de los reservatarios, surgiendo el evento decisor sin esperar a que fallezca el reservista, y los reservatarios que existan entonces reciben el valor de su derecho expectante y el comprador adquiere el pleno dominio de los bienes reservables, desapareciendo por esta consolidación el peligro previsto por el artículo 811; y en cambio, como hemos indicado antes, no desaparece en el caso de que los reservatarios se limiten a renunciar a su derecho, porque, por tal renuncia, acrece o se va a fundir con el derecho del reservista, considerado como fiduciario, según las Sentencias citadas de 8 de junio y de 20 de octubre de 1954, pudiendo luego el reservista transmitir los bienes que antes eran reservables o su importe a personas extrañas a la línea de donde los bienes proceden.

En la realidad vemos que se acude a la renuncia de los reservatarios para vender luego el reservista el pleno dominio, aunque aquéllos reciban el precio de su derecho expectante, simulándose la renuncia para aplicar el artículo 34 del Reglamento; lo que no se haría si se aplicase a tal renuncia el párrafo 17 del artículo 31 del mismo Reglamento.

También se extingue la reserva por consolidación si los reservatarios venden al reservista el derecho expectante, según hemos dicho antes, y viceversa, se extingue la reserva también en el caso de que el reservista ceda su derecho sobre los bienes reservables a los presuntos reservatarios.

MANUEL VILLARES PICÓ

Registrador de la Propiedad

De la legitimación registral

LA SUSPENSIÓN Y EL SOBRESEIMIENTO EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA

I. *La publicidad es la causa del Registro de la Propiedad.*—Fue don JERÓNIMO GONZÁLEZ quien, por primera vez dentro del ámbito registral patrio, utilizó la denominación «principios hipotecarios» para designar con ella las «orientaciones generales o directrices fundamentales» que sirven para «orientar al juzgador, economizar preceptos, facilitar el estudio de la materia y elevar sus investigaciones a la categoría de científicas» («Estudios», pág. 291, t. I).

Entre tales principios destaca, por ser el más reciente en nuestra legislación hipotecaria, el de legitimación, el cual, partiendo del sistema de inscripción registral por fincas y sobre la base de una distinción perfecta entre la vida extrarregistral y la de los libros hipotecarios, sienta la norma de que la realidad es la que consta del Registro y, por tanto, la situación jurídica de la finca y su titularidad son, única y realmente, las que aparecen consignadas en el folio adecuado mientras no se pruebe la falsedad o inexactitud de tales datos. Por tanto, de la misma manera que el principio de fe pública registral actúa con presunción «iuris et de iure», declarando la exactitud e integridad de los libros en todo lo que afecta a tercero, el de legitimación lo hace con presunción «iuris tantum», respecto del titular inscrito, aunque extrarregistralmente se trate de mera apariencia jurídica.

Actúa este principio, por medio de la inscripción, a modo de

«inversión»: el que aparece inscrito como titular de un derecho lo es, mientras no se demuestre lo contrario, por la sola circunstancia de aparecer como tal, con la extensión y contenido que del asiento resulta.

Pero tal legitimación registral no es independiente de la fe pública, sino que, precisamente, se complementa con ella para formar lo que ROCA SASTRE llama «presunción de verdad del Registro» («Instituciones de Derecho Hipotecario», 2.^a edic., t. I, pág. 166), o, por otra denominación, principio de publicidad que es, indudablemente, el principio hipotecario por antonomasia, si por tal entendemos, con la Real Academia, «causa primitiva o primera de una cosa o aquello de que procede», y como el Registro de la Propiedad no es más que una creación jurídica, producto de una larga evolución histórica, tendente, como dice CASSO («Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad», pág. 22), a «la protección de los derechos reales inscribibles», podemos asegurar que es la meta deseada en que termina la carrera histórica de la publicidad.

Por tanto, antes de entrar en materia, debemos señalar, en forma somera y a grandes trazos, los diversos modos de manifestación publicitaria a través de los tiempos, sobre todo cuidando de destacar el aspecto legitimador que aquéllos encerraban, y aunque GIANTURCO sostenga («Studi é ricerche sulla trascrizione», pág. 7, tomo I) que no se puede buscar el origen de la publicidad en el derecho antiguo, porque realmente se trata de una creación del derecho moderno, ya que, en aquél más que publicidad se pretendía obtener, mediante formas y solemnidades, la prueba notoria del acto acaecido, y los juristas del medievo nos indiquen la dificultad que existe para apreciar la diferencia entre la publicidad que se hacía en pro de los terceros de la simple prueba, que se facilitaba con la existencia de pregones, notificaciones, inscripciones, etc., que de omitirse no producían infracción legal de ninguna especie, es indudable que existe una publicidad en los actos de transmisión de bienes, manifestada incluso en las narraciones bíblicas, que hace decir a BESSON («Les libres fonciers», pág. 11) que «la publicidad es un hecho tan antiguo como la misma propiedad inmueble».

Prescindiendo de aquellas narraciones bíblicas que antes mencionamos, por la oscuridad que encierran los versículos que se citan por algunos autores, la primera manifestación de publicidad nos la ofrecen los «oroi», en que se anotaban los débitos que pesaban

sobre las fincas por los mismos delimitadas, y las «*tabulae*», que cita el «*Corpus juris*», en las que constaban los gravámenes que limitaban el derecho del titular de la finca.

Pero estos medios de publicidad no suponen, en manera alguna, una legitimación, porque no proporcionan una titularidad jurídica, sino que eran, más bien, meros indicios publicitarios que tenían como única finalidad la protección del patrimonio familiar, característico de los pueblos antiguos, muy diferente de la publicidad más reciente, con contenido jurídico, tendente a evitar fraudes de posible existencia en los negocios jurídicos de transmisión de bienes, y que encierra, no sólo una publicidad respecto de los que contratan sobre las fincas como terceros, sino que incluso produce una prueba evidente respecto de la titularidad de quien aparece facultado para disponer.

En el Derecho greco-egipcio, la «*Papirología*» nos ofrece un precedente de publicidad registral al ordenar la inscripción de las compraventas, previa publicación de las mismas, en asambleas de vecinos, para conocimiento de los recaudadores de impuestos (agoránomos) y facilitar el cobro de éstos, cuyos actos tenían cierto carácter *constitutivo*, porque sin ellos no se perfeccionaba el contrato y más tarde, los encargados de las inscripciones expedían un «*epistalma*» o certificado, reflejo exacto del contenido del Registro, que servía de título legitimador para que quien ostentaba el derecho pudiera acreditarlo de modo fehaciente. Tal sistema subsiste hasta que, por influencia romana y, sobre todo, a partir de Justiniano, se admite el negocio consensual.

En Roma, al desaparecer el colectivismo agrario, surge la propiedad familiar en la cual el «*páter*», investido del «*manus*», lo era todo lo mismo en el seno de la familia que para efectuar, mediante la «*vindicatio*», reclamaciones a otros jefes de familia, aunque tal situación, en la época de las XII Tablas, ya aparece plenamente modificada al iniciarse el sistema individualista, y, por tanto, se admitía que el dominio quiritario se atribuyese a cualquier persona que ostentase la cualidad de «*ciudadano romano*».

También los pueblos germanos nos ofrecen similares características, aunque se diferencian de los romanos por el ritualismo solemne de que siempre hicieron gala, tratándose de actos relativos al gravamen o transmisión de bienes, distinguiendo perfectamente, a diferencia de aquéllos, que sólo diferenciaban las cosas atendiendo

a su carácter corporal o incorporeal, las cosas muebles de las inmuebles, siendo precisamente, respecto de éstas, donde más exigencias formalistas existían; pero, también es cierto que en estos pueblos es donde hay mayor dificultad para obtener una diferencia esencial que separe el carácter probatorio, que tales ritos suponían, de la publicidad.

Existieron en Roma dos formas típicas de transmisión de bienes: la «mancipatio» (simbólica, formal y abstracta venta de bienes «mancipi» y, por tanto, propia del Derecho quirritario), y la «in iure cessio» (procesal, formal y también abstracta venta de bienes; tanto «mancipi» como «nec mancipi», aunque esto no desvirtúa su arcaica vetusted). El carácter más típico de tales figuras es, según afirma JÖRS-KUNKEL («Derecho Privado Romano», § 71, pág. 179), que de ellas surgía un derecho nuevo sobre la cosa, una adquisición originaria, porque en aquellos tiempos se desconocía la posibilidad de transmitir el existente.

La primera obtenía la publicidad por la intervención de cinco testigos (púberes, rogados y ciudadanos de cada una de las cinco tribus en que, en aquellas épocas, estaba dividido el pueblo romano) y un «libripens». La segunda, precisamente por su carácter procesal, ya que, tratándose de un auténtico juicio efectuado ante asamblea popular presidida por el Magistrado o Pretor, según el lugar de celebración, tenía ínsita la publicidad.

Estas figuras no eran simples medios de publicar el negocio o acto realizado, sino que tenían un fundamental carácter probatorio y, además, mediante la entrega solemne que originaba un nuevo derecho en la persona del «accipiens» o «vindicante», según los casos, legitimaban a éste para el ejercicio de los derechos dimanantes de su titularidad.

Análogas solemnidades, publicitarias y legitimadoras, se observan en los pueblos germanos primitivos (intervención de 3, 6 ó 12 testigos, según el valor de la finca, y análogo número de niños, ante todos los cuales se efectuaba el acto, abofeteando después a los pequeños para que recordasen el acto regulado, según HÜBNER, citado por JERÓNIMO GONZÁLEZ (obr. cit., pág. 42, T. I, en la Ley Ripuaria); pero robustecidos con la conocida figura de la Gewere, que era, entre otras cosas, un medio de garantía y protección de los derechos adquiridos, como su etimología indica (Gewähr, seguridad, protección), mediante la transmisión de la misma y que producía efectos

con relación a los terceros, a quienes se podía oponer, del mismo modo que se utilizaba como forma de «investidura» legitimadora cuando, en virtud de negocio jurídico o, por lo menos, de posesión o tenencia mantenida sin impugnación durante año y día, se adquiría el derecho; porque, como dice HÜBNER (pág. 42 del T. I de la obra citada, de JERÓNIMO GONZÁLEZ), la «gewere» no era ni el mero señoría de hecho, ni la protección del acto que traducía la voluntad del propietario, ni el derecho a la posesión, ni como ALBRECHT imagina, un «característico derecho de disposición» («vertretung»), sino más bien un concepto formal, cuya función más importante, abstracción hecha de sus efectos traslativos, consistía en servir de legitimación formal para ejercitar los derechos reales que en ella se presumían y a los cuales sólo era necesario retroceder cuando se suponía en tela de juicio».

Cierto que se conocen diversos tipos de «gewere», entre los cuales, por sus efectos legitimadores, se destacan la corporal y la ideal, siendo necesario, para que exista la primera, el uso de la cosa, percibiendo los frutos de la misma, y, para la segunda, una publicidad que tenía como soporte un previo proceso formal y público en el que se efectuaba, primero, la transferencia de la cosa mediante un negocio de enajenación y, más tarde, la «investidura» que se lograba por el acto de entrega, integrado de dos formalidades: la entrega simbólica de la cosa, representada por un puñado de tierra u otra materia del inmueble que, con el tiempo, terminó por ser un bastón, palo o «festuca», y la desposesión del vendedor que si primero se hacía materialmente, por su incomodidad, quedó después reducida a un mero acto formal que consistía en la declaración verbal seguida de la entrega del objeto que simbólicamente representaba a la finca, dando lugar al procedimiento denominado «exfestucatio», similar procesalmente a la «iure cessio» romana.

La «gewere» producía, en cuanto al adquirente, efectos similares (aunque más enérgicos, pues incluso favorecía al detentador y al tercero que de éste adquiría) que la posesión romana, porque ambas servían para legitimar al protegido que podía, en su virtud, ejercitar los derechos que se derivaban de su titularidad.

Más tarde, en Roma, al desaparecer la distinción entre las «res mancipi» y las «nec mancipi», desaparecen también los procedimientos formalistas llegando al imperio de la «traditio», complementada por una justa causa, que si primero tuvo cierto aspecto formal, me-

«diante la entrega real de la cosa, más tarde, en tiempos de Justiniano (siglo VI), se admitió la «traditio ficta», estimándose incluso suficiente el consentimiento de las partes para perfeccionar el negocio, con lo cual, aunque de «iure» proporcionaba una legitimación al adquirente, estaba exenta de publicidad, ya que aquella puede producirse con independencia de la publicidad, aunque otra cosa parece opinar Roca Sastre («Instituciones», pág. 27, T. I, 2.ª edición), y no es propio tratarla en una evolución histórica de la publicidad.

Por tanto, únicamente por su interés legitimador, haremos algunas referencias de la misma. Era, sin duda, la «traditio» la más antigua forma de transmisión de bienes y coexistió con la «mancipatio» y la «in iure cessio», pero aplicada sólo a las «res nec mancipi», por ser la adquisición de ésta «natural» y no «civil», que, de serlo, requeriría formas y solemnidades, por lo que su plenitud de efectos jurídicos se lograba mediante la posesión. Ahora bien, tal posesión, para producir la plenitud de efectos, requería que la entrega de la cosa que la producía fuese complementada por una justa causa que, si bien al principio se consideraba como tal el negocio jurídico precedente, más tarde, al admitirse el negocio consensual, se estimó radicaba en la mera voluntad de las partes que consentían en entregar y recibir, surgiendo, de esta doble apreciación, las dos teorías que más tarde dividieron a los romanistas de la justa causa, considerada desde un punto de vista causal o abstracto.

A pesar del imperio de la tradición, no se produce una extinción completa de la publicidad que dé lugar a un truncamiento total de la cadena histórica que queremos establecer subsiste, con la «traditio», la «insinuatio» que, aunque originariamente se aplicaba únicamente a las donaciones de cierta cuantía, más tarde se extendió a los testamentos, tutelas, emancipaciones e incluso a las ventas, siendo un auténtico medio de publicidad, ya que requería la intervención del Magistrado que extendía un acta, que se registraba para evitar fraudes, la cual no sólo tenía una finalidad probatoria de la voluntad del donante, sino que producía la legitimación del donatario en la titularidad de los bienes donados, ya que, como dice SANZ FERNÁNDEZ, «puede atribuirse a la insinuación la finalidad de constituir una prueba pública y auténtica del contrato» («Instituciones», Tomo I, pág. 48).

El Derecho germánico, por su parte, conservó los formalismos y solemnidades que siempre fueron su característica, perfeccionán-

dose, con el transcurso del tiempo, al requerir para la formación de la «*auflassung*» la intervención judicial, llegando a sustituir la asamblea popular por un consejo de «*escabinos*» y éstos más tarde por el Juez único, que era quien otorgaba la «*auflassung*» al adquirente. Este acto, con el transcurso del tiempo, se transformó en una simple actuación de jurisdicción voluntaria precedente del posterior proceso de registración.

Como dice ROCA SASTRE («*Instituciones*», t. I, pág. 29), «la «*mancipatio*» es pública porque se desenvuelve en el mercado en presencia de cinco testigos y la «*in iure cessio*» es pública porque se desarrolla en un tribunal; pero esta publicidad no podía tener eficacia en un vasto ambiente como el de la Italia de Augusto o como el «*orbis Romanus*» de Caracalla», por lo que, mediado el siglo VI, siendo Emperador Justiniano, aun con el imperio absoluto de la «*traditio*», el «*Codex*», después de decirnos ser aquella suficiente respecto de las transmisiones mobiliarias, se preocupa de que las relativas a inmuebles se constaten en documento escrito o escritura, extendida la cual se procedería a la entrega material de la finca al adquirente para que surtiera efectos el negocio celebrado que, además, debería ser insinuado, según se reguló más tarde, en los procesos verbales, redactados formalmente en las secretarías judiciales con el fin de darles carácter público.

También aparece entre los germanos la forma escrita, trasunto romano, cuyo uso se propagó en estas tierras por la influencia de los francos, con lo cual, si bien en los primeros momentos, en los procedimientos judiciales relativos a transmisiones inmobiliarias, predominó la oralidad, se llega al sistema escrito con intervención judicial, derivándose de éste, que era fruto de la unión de la «*traditio per cartam*» romana y la «*investitura*» germana, la creación de un nuevo tipo de «*gewere*» ideal o incorporal.

Aquella costumbre de la intervención judicial que para formar la «*auflassung*» se había establecido de manera general para las transmisiones inmobiliarias, convertido ya en acto de jurisdicción voluntaria, fué perdiendo importancia y se suplió por los Consejos municipales, los cuales no sólo intervenían en el acto, sino que, a mediados del siglo XII, en Colonia, aparece la costumbre de hacer constar los procesos de mayor importancia en libros-registro, que, aunque al iniciarse este sistema tenía simples efectos probatorios, más tarde, al proporcionar la inscripción una investidura análoga a la de la

«rechte gewere», y, por tanto, una legitimación perfecta del adquirente, sirvieron de base a la fe pública registral, llegándose más tarde a dar el paso definitivo de considerar la inscripción como elemento constitutivo del negocio jurídico celebrado, sin la cual no se perfeccionaba éste, siendo no sólo elemento publicitario en cuanto a terceros, sino base de los derechos adquiridos por el titular de la inscripción mediante la cual estaba legitimado para ejercerlos.

Paulatinamente, el Derecho romano fué extendiendo su esfera de influencia llegando, a pesar de la oposición de principios, al territorio germano, donde fueron aceptados los sistemas de transmisión y gravamen basados en la «traditio», con lo cual, queda dicho, se estuvo a punto de terminar con todo el sistema publicitario existente al oscurecerse la figura de la «auflassung», que viene a adoptar una similitud formal con la «insinuatio» romana, llegando a admitirse la posibilidad de entender efectuada la entrega mediante el simple consentimiento, facilitando con ello la clandestinidad en las transmisiones y gravámenes de bienes inmuebles.

Sin embargo, la influencia romanística no fué absoluta, porque, por una parte, se conservaron en la mayoría de las localidades germanas sistemas más o menos conservadores y, fundamentalmente, en las ciudades que formaban parte de la ya entonces decaída Liga anseática, hasta el extremo de que en 1693, el 28 de septiembre, se ordena en Colonia y Berlín proceder a la inscripción de todos los bienes que allí radicasen, así como de sus gravámenes, orden que posteriormente fué extendiéndose a otros territorios, dando lugar a que en 1783 se estableciera el primer Registro de Hipotecas, aunque con efectos muy limitados, por lo que en 1872 y 73 se dictan nuevas leyes que regulan un sistema bastante perfecto de Registro Inmobiliario, que, por último, se completa al promulgarse el Código civil de 1896.

La historia de la publicidad en España no difiere gran cosa, en los primeros tiempos, de la estudiada, pues, aunque realmente los análisis históricos anteriores a la Reconquista ofrezcan mucha oscuridad, todos los autores parecen hallarse conformes en que debió existir, antes de la dominación romana, un período de publicidad formalista análoga a la de casi todos los pueblos poco civilizados.

El Derecho de los vencedores, al advenimiento de los romanos, no se impuso de una manera tajante y absoluta, sino paulatinamente y dando lugar, precisamente por esa lenta imposición, a que las

costumbres peninsulares ejerciesen, también, su influencia sobre aquel Derecho. Al adquirir la condición de Provincia romana, coexisten, con el Derecho de la metrópoli, algunas disposiciones propias de los indígenas.

Hay una gran oscuridad para poder obtener datos precisos relativos a tales épocas, pues, aunque es verdad que la «Lex Malacitana», citada por don JERÓNIMO GONZÁLEZ («Estudios», pág. 93, t. I), estableció con carácter publicitario un registro de contratos, parece indudable que tenía un efecto limitado de carácter económico-administrativo.

El dato más importante que de tal ley se obtiene es el de determinar la forma de garantía inmobiliaria denominada «prediatura», recogida de la legislación romana, donde se regulaba ampliamente como exigencia estatal por los créditos incobrados sobre los predios de los deudores y que subsistía, aunque éstos pasasen a poder de tercero, estableciendo de esta suerte la legitimación del acreedor (Estado) para perseguir los bienes.

La legislación romana perduró al advenimiento de los visigodos, porque éstos seguían el sistema personalista del Derecho, y, por tanto, siendo entonces la Península provincia romana, subsistió su legislación. Ciertamente que, con el tiempo, fué ejerciendo su influencia, pero mitigada por la circunstancia de ser un tipo romanizado del Derecho germano por la influencia ejercida por la Iglesia Católica. La Lex Wisigothorum no contiene ninguna imposición de ritos y solemnidades cuando se trata de efectuar una transmisión de propiedad, aunque también es verdad que tampoco admite expresamente la posibilidad de efectuar tal acto en forma clandestina.

Es sólo después de la restauración de la Monarquía Visigótica, al iniciarse la Reconquista, cuando se nota el poder del Derecho germánico y, fundamentalmente, con la legitimadora figura de la posesión de año y día que impedía la impugnación de la posesión ganada mediante una «investidura» de tipo análogo al de la «gewere», produciendo a la par un desplazamiento de prueba al que no se hallaba investido; bastándole al poseedor con acreditar su situación de hecho durante el tiempo indicado.

Pero, en el siglo XIII, al promulgarse el Fuero Real, y, sobre todo, con las denominadas Leyes de Estilo, interpretativas de aquél, nuevamente triunfa el Derecho romano, pues, aun respetando la legitimación producida por la posesión de año y día, vino a exigirse,

distanciándose de la concepción germana, determinados requisitos, como buena fe, justo título, derecho, etc., para que tal posesión surtiese efectos, con lo cual se precisa la distinción entre figuras tan dispares como la prescripción ordinaria y extraordinaria, e incluso su aplicación no sólo a la posesión, sino al dominio, iniciándose el sistema de la reclamación interdictal que, indudablemente, nos aleja de la legitimación que producía la simple «investidura» de tipo germánico.

No obstante lo cual, se puede afirmar, siempre existió publicidad en su doble aspecto, protector de terceros y legitimador de la situación del titular del derecho. Por eso, las Partidas tratan de la «insinuatio» en forma análoga a como se regulaba en Roma en tiempos de Constantino y Teodosio (siglo iv), y, sobre todo, encontramos por estas épocas un sistema de publicidad completamente original, denominado «robración», «robratio» o «roboratio», por la que se daba publicidad a las ventas efectuadas anteriormente mediante escritura, pregonándolas oralmente en las plazas públicas o en las iglesias durante las ceremonias religiosas, fundamentalmente en la colación de la misa o por el procedimiento de «tabulas» fijadas en sitios públicos. Tal medio, aun teniendo carácter publicitario, no producía legitimación, la que en realidad procedía más bien de la escritura otorgada, y únicamente era medio de poner en conocimientos de terceros la transmisión que se decía efectuada en favor de determinada persona.

Sin embargo, no es posible desconocer que, aun existiendo los medios de publicidad citados, de indudable procedencia germánica, preponderaba, como trasunto romano, y por la influencia de la «traditio», la clandestinidad en las transmisiones y gravámenes, lo que producía efectos devastadores, facilitando el fraude, por lo que, en 1423, Don Juan II dictó la Pragmática, de 21 de diciembre, mandando que a cargo de «contadores» se llevasen libros oficiales donde se inscribiesen las «mercedes de jueros» (S. ROMÁN, «Estudios de Derecho civil», t. III, pág. 881).

Peró el verdadero precedente del Registro de la Propiedad nos lo da la Pragmática dictada por Don Carlos I, a petición de las Cortes de Madrid de 1528 y de Toledo de 1529, creando los denominados Registros de censos y tributos, la que, aun habiendo sido de escasos efectos (lo que dió lugar a que las Cortes de Valladolid en 1548, 1555 y 1558 recordasen la necesidad de cumplirla), sirvió,

después de que Don Felipe II y Don Felipe V indicasen la obligatoriedad de sus disposiciones, aunque con poco resultado, para que el 31 de enero de 1768 Don Carlos III, en El Pardo, dictase una nueva Pragmática, en la que se daba el paso definitivo mediante la creación de los Oficios o Contadurías de hipotecas, verdadero y auténtico, aunque limitado en contenido y efectos, registro de los gravámenes que pesaban sobre la propiedad inmueble, con indudables efectos publicitarios y, por tanto, aunque no exista disposición legal que tal cosa determine, productor de una legitimación del titular de aquéllos. Esta legitimación es resultado de que quien es titular de un derecho, por esta sola circunstancia, está legitimado para actuar las facultades y acciones que de su titularidad dimanen, mientras no se pruebe lo contrario, y si, con fines publicitarios, se crea un registro, no puede estar desposeído de una presunción de verdad, porque de otra suerte no serviría para nada, con lo que es suficiente para obtener, de tal presunción, una legitimación práctica.

Posteriormente, todo lo que la Historia nos enseña es el continuo afán de los legisladores, sin descontar las aportaciones de los grandes hipotecaristas, por conseguir una perfección técnica del sistema registral, a la que se llegó en 1861, al aceptarse un sistema semejante al prusiano, adaptado a nuestro Derecho, llegándose, por fin, en 1944, a la perfección científica con una completa y amplia regulación de principios hipotecarios, así como de los efectos que los mismos pueden producir y fundamentalmente del de legitimación, que hasta entonces no había sido regulado (aunque ya fué reconocido por el Reglamento de 1915), pero ello no quiere decir que no existiera, porque de la inscripción siempre surge una «investidura» legitimadora.

II. *La publicidad es algo más que expresión formal de negocios jurídicos.*—Se tacharon de incompletos los sistemas publicitarios (los no registrales sin posible contradicción) utilizados hasta 1861, e incluso los posteriores hasta 1944, y, efectivamente, lo eran, porque si, como dice SANZ FERNÁNDEZ («Instituciones», t. I, pág. 10), puede afirmarse que hasta que no se estableció el Registro de la Propiedad no pudo hablarse de Derecho Inmobiliario, el cual, por tanto, no hay inconveniente en caracterizarlo como Derecho Registral, y, por su parte, ese Derecho Inmobiliario, a través del Regis-

tro, ha de tener, no sólo un contenido publicitario, sino, como dice CASSO («Derecho Hipotecario», pág. 7), ser *definidor* de los derechos reales y protector de los intereses de las personas que intervienen en su vida de tráfico, por lo que no puede limitarse su actuación a una mera función publicitaria. pues para ello sería suficiente con sistemas más simples y menos científicos, tales como anuncios periodísticos o el arcaico procedimiento de las notificaciones, aun utilizado en 1869, para que del Registro surgiese una fe pública que realmente se producía artificialmente mediante aquéllas y no por el hecho de la inscripción, como realuente debe suceder.

Lo importante es atribuir al Registro de la Propiedad los máximos efectos para que de la publicidad ínsita en él puedan obtenerse las mayores garantías jurídicas, no sólo en pro de los terceros que contratan asomándose a los libros, sino también, e incluso en plano preferente, legitimando al que adquiere. De todos los terceros, el más interesante y digno de ventajas es el que verdaderamente entró en relación jurídica con el titular del asiento para llegar a sustituirle, ya que, ¿de qué vale el protegerle contra los posibles fraudes y los negocios jurídicos clandestinos, si después, al adquirir la categoría de titular, no se facilita su actuación, frente a los perturbadores, por medios expeditivos que del Registro deben dimanar?

Pues bien, todo ello se logra adoptando la publicidad registral en su doble sentido de fe pública y legitimación, porque siempre sería útil un organismo investido de fe pública para proteger a los terceros, pero ¿qué se lograría de no llevar aparejada la legitimación del adquirente? Fácil es contestar en el sentido de considerar los asientos del Registro como un elemento perturbador de las relaciones jurídicas, porque frecuentemente se obtendría la contradicción de que aquellos asientos no reflejasen exactamente la titularidad, con lo que mejor sería prescindir de ella y que se limitase a constatar tan sólo a las circunstancias reales de la finca.

El tercero, protegido por la fe pública, adquirente a título oneroso, de buena fe, una vez inscrito su derecho deja de ser tercero, y la fe pública le absorbe, integrándolo en sí misma, como cuando dos luces irradian su haz en la misma dirección, que la más débil aparece, al observador distante (tercero), embebida en la más potente. Ello no quiere decir que la publicidad no actúe en favor del mismo; actúa, pero en faceta distinta, porque si antes le protegía con la fe pública, ahora le inviste de poder, le legitima para actuar sus

derechos, dándose la especial circunstancia de efectuarse la metamorfosis, no por el negocio jurídico extrarregistral, sino cuando éste se inserta en el folio correspondiente, con la cual se producen o, por mejor decir, se obtienen resultados sumamente enérgicos al atribuírsele un poder legitimador, por declaración legal, del mismo modo que en el Derecho antiguo ocurría con aquellas figuras de que más arriba tratamos, porque de nada servirían las manifestaciones formales ni el transcurso de un espacio de tiempo determinado si la ley no viniera a declarar que tal forma o espacio de tiempo transcurrido producían un determinado efecto.

Por tanto, cuando el tercero, en virtud de la inscripción, ha dejado de serlo para convertirse en titular del derecho inscrito, es necesario reconocer que jurídicamente es cierto lo que del Registro resulta, y, como consecuencia, por ser el folio registral una prueba de mayor excepción por las presunciones que legalmente lleva aparejadas, investirle de un poder de actuación mucho más amplio que el que pueda atribuir cualquier otra forma de legitimación. Debe ser suficiente la inscripción para que, sin necesidad de procedimientos probatorios, quede facultado el titular para ejercitar y defender su derecho, sin necesidad de actuaciones judiciales, que únicamente servirían como dilatorias al ser reiteración de lo que ya resulta del Registro. La inscripción debe producir, respecto de los inmuebles, efectos similares a los que la posesión produce respecto de los muebles, o sea, que, «sin necesidad de presentar títulos —salvo el correspondiente certificado—, el favorecido por el Registro alega ante el Juez esta condición, con la misma esperanza y las mismas pretensiones que quien, con referencia a muebles, afirma: *soy poseedor*. Demandante o demandado, el titular emplea como arma ofensiva o medio de defensa la inscripción, y a su contrario compete la tarea de destruir los fundamentos del derecho subjetivo en que se apoya el ataque o la contestación» (JERÓNIMO GONZÁLEZ, «Estudios», t. I, pág. 377).

III. *La hipoteca, forma de garantía que nace con la inscripción.* La garantía que la hipoteca proporciona al acreedor no existe sin la inscripción del acuerdo del dueño de la finca gravada con aquél, manifestado en escritura pública. Por tanto, hoy día, podemos asegurar que la hipoteca es una garantía registral, ya que, siendo constitutiva la inscripción, no existirá el derecho hasta que no se

practica el asiento, y esto es así como consecuencia de una amplia evolución histórica de la garantía sobre cosas que, en España, se inicia con la «prediatura» y termina con la Pragmática de 1768, la cual nos muestra su gran imperfección, sobre todo por el predominio de la clandestinidad que el Derecho romano había permitido en los negocios jurídicos a base del sistema espiritualista, en el cual la posesión o el mero consentimiento tenían el máximo valor como instrumento perfeccionador de negocios jurídicos, por lo cual, y ante el engrandecimiento económico que para los pueblos supuso el descubrimiento de América, se sintió viva y urgente la necesidad de establecer una garantía real que no fuese objeto de fraudes ni de gravámenes que, aun siendo tácitos y solidarios, afectasen a aquella por razón de su prioridad, lo cual únicamente podría lograrse adoptando medios eficaces de dar a conocer públicamente los gravámenes que realmente existieren, lo que no pudo conseguirse, aun cuando se regulase en tal sentido, hasta el año 1768 al establecerse, aunque sólo fuera en germen, un sistema registral.

Si la publicidad del Registro, como doctrinalmente se entiende, desdobra su actuación protegiendo al tercero y legitimando al titular, podemos asegurar que este segundo efecto tiene su más característica manifestación en el derecho de hipoteca, porque, si la constitución de éstas se efectúa precisamente tomando como requisito esencial la inscripción y esta misma es el elemento primario de la legitimación, puede observarse cómo aparecen, viven y se extinguen con auténtica uniformidad. De donde se deduce que, siendo el sistema hipotecario español de tipo meramente declarativo (aunque con tendencia a la obligatoriedad al establecer el artículo 313 de la Ley la inscripción necesaria), y, aunque la hipoteca sea históricamente anterior al Registro, por adoptar en cuanto a ella la inscripción constitutiva, ésta nació realmente con la creación del Registro de la Propiedad, que es quien, por su fuerza, da vida a la hipoteca, impide los fraudes, dificultando la actuación de lo que no consta inscrito y garantiza al acreedor que, en su día, podrá obtener el resarcimiento del perjuicio que del incumplimiento por el deudor se le depare.

IV. *La suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria es una manifestación de la legitimación registral.*—La hipoteca, como derecho integrado por un débito y una responsabilidad real, en for-

ma de gravamen sobre bienes inmuebles, ha de estar amparada legalmente para impedir que se trastoque su finalidad aseguradora del cumplimiento de obligaciones mediante la enajenación de la finca gravada para obtener su valor en venta, el cual se ofrece como resarcimiento pecuniario de la obligación incumplida, y cuya enajenación se logra a través del adecuado procedimiento ejecutivo.

El acreedor, que hipotecariamente tendrá tal condición cuando lo acredite tan sólo mediante titulación adecuada, actúa revestido de un poder tan enérgico —derivado de la legitimación registral— que el legislador prohíbe, saliendo al paso de habilidosas actuaciones de terceros de mala fe, toda dilación o paralización del procedimiento ejecutivo que, cosa lógica, de admitirse producirían el fracaso legal de la hipoteca, porque si del Registro de la Propiedad resulta la vigencia sin contradicción de ninguna especie de un gravamen hipotecario, es porque realmente, con la extensión y contenido que de los libros resulta, existe y no puede admitirse actuación entorpecedora que no dimanase del contenido mismo del o de los asientos.

Ahora bien, la legitimación y la fe pública, del mismo modo que actúan protegiendo al acreedor hipotecario, también actúan protegiendo al titular de la finca gravada, y como no es posible desconocer que algunas veces puede figurar como acreedor quien, por las razones que sean, no lo es, o que, aun siéndolo desde un punto de vista registral, extrarregistralmente ha dejado de serlo o no lo ha sido nunca, es por lo que el legislador determina los casos, tasados hasta el extremo de ser de difícilísima aplicación, en que se puede suspender o paralizar el procedimiento ejecutivo.

En nuestra legislación aparecen regulados, según el procedimiento de que se trate, en los artículos 127 (párrafo segundo) y 132 de la Ley Hipotecaria, y en el 236 del Reglamento Hipotecario, respondiendo todos a la misma consigna de no admitir con facilidad la interrupción del proceso ejecutivo, mediante excepciones a base de circunstancias que, por su anormalidad, están plenamente disculpadas.

En tales artículos, en general, se observa, ante todo, la tendencia a impedir la intervención de cualquier tercero en el proceso; esta medida es perfectamente lógica, porque si el Registro de la Propiedad afecta al tercero, que debe considerarlo como exacto y pleno, no parece natural que se admita la actuación genérica de los que, mientras no penetren en el mundo registral, tienen un poder muy inferior que el del legitimado registralmente, y, además, si la hipo-

teca nace, vive y muere en el Registro, salvo excepción, no debe afectarle lo que pueda resultar de otro ámbito.

El tercero deberá entablar el procedimiento declarativo correspondiente y solicitar, porque los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales (art. 1.º de la Ley Hipotecaria), la declaración de nulidad del asiento y reclamar lo que él estime procedente, cuya reclamación, parece lógico entenderlo así, habrá de efectuarse sin esperar a la ejecución, salvo cuando resulte precisamente de ella la defraudación o el hecho en que se base el tercero para considerarse lesionado. Ahora bien, puede ocurrir que la reclamación resulte de un título inscrito, y, por tanto, como lo inscrito está bajo la fe pública, es cosa natural facilitar esta clase de reclamaciones basadas en circunstancias de constatación registral, y, por tanto, públicas.

Pero es interesante determinar el momento en que tal título debe ingresar en el Registro. Interpretado literalmente, el artículo 127 de la ley parece referirse al que lo hace en cualquier fecha, y, sin embargo, si «los títulos de dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudicarán a tercero» (art. 32 de la Ley Hipotecaria y 606 del Código civil), no debe admitirse sea paralizada la marcha del acreedor por otras causas que las resultantes de documentos inscritos cuando él era tercero, y que hubo de conocer necesariamente por su constancia en los libros. Así lo expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1907, al declarar improcedente una reclamación por no justificar en autos que el título en que se fundaba estaba anteriormente inscrito.

Las demás circunstancias que, señaladas en los artículos 127 y 132 de la Ley Hipotecaria y 235 del Reglamento, no producen la suspensión del procedimiento, son así, pura lógica jurídica, porque no se extingue la garantía inmobiliaria por ninguna de ellas: la muerte, con la sucesión hereditaria que subroga al heredero en el lugar del causante, no es suficiente para dar por extinguida una deuda, ni siquiera mediante los benéficos efectos del inventario o la deliberación, y el acreedor hipotecario siempre cobraría con la prelación registral que resultare afectando al bien concreta y específicamente gravado, y, análogamente, cobraría en los casos de concurso y quiebra.

Pero tampoco se puede desconocer que en algunas ocasiones debe

facilitarse, precisamente por la fuerza de la legitimación, la actuación de quienes se ven perjudicados por un procedimiento ejecutivo, y eso es lo que hace el artículo 132 de la Ley Hipotecaria al señalar los casos de suspensión de aquél, y el artículo 38, al deducir de la titularidad registral una radical actuación, permitiendo oponer una simple certificación registral al procedimiento de apremio, embargo o ejecutivo seguido contra bienes inscritos a nombre distinto del de la persona contra quien se actúa, cuya certificación es, por sí sola, suficiente para obligar al Juez a sobreseer el procedimiento. Interesa un ligero análisis de las causas de suspensión, que, como más arriba decimos, son manifestaciones de la legitimación:

a) En el número primero del artículo 132 se señala, como posible causa de suspensión del procedimiento ejecutivo, la justificación documental de seguirse un procedimiento criminal por falsificación del título hipotecario en cuya virtud se proceda, siempre que en el procedimiento se haya admitido querella o dictado auto de procesamiento.

Diffícil, pero posible, es el caso contemplado por este número. De todas maneras es la causa de suspensión más sencilla de obtener, aunque ello conduzca a una posible responsabilidad criminal de quien la obtenga, porque todos sabemos la facilidad con que se admite una querella que contenga indicios de criminalidad, que, además (Sentencia de 3 de septiembre de 1913), por disposición de los artículos 312 y 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha de ser admitida, aunque más tarde se demuestre la inexistencia de delito, pero se ha obtenido el fin perseguido suspendiendo el procedimiento ejecutivo por un medio inicuo y artificioso, lo que acaso permita al titular del asiento habilitar medios para impedir la enajenación de la finca.

De todas maneras debe aceptarse este sistema, porque la legitimación registral se puede poner en marcha mediante un título falsificado, y, naturalmente, el medio de paralizar los efectos de éste es la querella admitida judicialmente.

b) El párrafo segundo del artículo 132 recoge una causa de suspensión que, aun siendo perfectamente lógico tenerla en cuenta, es la de menos justificación. Se refiere a la tercería de dominio acompañando con ella título de propiedad de la finca inscrita a favor del tercerista o de su causante, con fecha anterior al crédito, siempre que se justifique la vigencia de tal inscripción mediante certifica-

ción registral, y realmente es innecesario el número segundo del artículo que comentamos, porque, una de dos: o el título hipotecario es falso, en cuyo caso estaremos en el número anterior, o ha surgido de alguna anormalidad, en cuyo caso tampoco es necesaria la tercería, porque la actuación del principio de legitimación, acreditada la anormalidad registral, es de una energía tal, que basta la presentación o incorporación a los autos del procedimiento ejecutivo de una certificación del Registrador acreditando que los bienes no se hallan inscritos a favor de la persona contra quien se sigue el procedimiento, para que el Juez deba, sin más trámites, ordenar el sobreseimiento y no la suspensión, cómo resultaría al presentar la demanda de tercería.

Admitido y regulado legalmente en España el principio de legitimación con su manifestación más inmediata de constatar, a todos los efectos legales, que un derecho real existe y pertenece a una persona determinada, es completamente absurdo admitir la impugnación de lo que perjudica a quien registralmente está legitimado para actuar en derecho por el procedimiento de tercerías, que más bien es un procedimiento de plena justificación extrarregistral. Dar preferente aplicación a las defensas extrarregistrales y no a las registrales, cuando se trata de la legitimación registral, es negar la virtualidad de este principio, el cual, además, actúa aún sin certificación registral productora del sobreseimiento, porque piénsese que, robustecido este principio por el del tracto continuo, si la ejecución se lleva a cabo contra quien no es verdadero titular de la finca (como puede suceder en el caso de que hubiera figurado fraudulentamente inscrita a nombre de un extraño y posteriormente, declarada la nulidad de tal inscripción, se cancelase este asiento, pero impuesta una hipoteca durante la vigencia de la inscripción fraudulenta, tal hipoteca no debe cancelarse por el perjuicio de los acreedores, que pueden ser terceros hipotecarios, según estimó en alguna sesión el Centro directivo), no será posible la inscripción en favor del rematante, con lo que todo el procedimiento sería inútil frente a lo que resulta del Registro, y ello aunque se obtenga la posesión judicial de los bienes, porque todo sería inútil si el rematante no lograba la inscripción, y ¿cómo lograr ésta si el vendedor o transmitente no es titular registral de los bienes enajenados?

Posiblemente se piense en la rectificación del Registro, pero tampoco es fácil prometer un éxito a quien la persiga, sino todo lo

contrario, al iniciarse un juicio declarativo en el que, naturalmente, se robustecería la postura del actual legitimado por la inscripción.

Claro está que siempre existen en esta materia opiniones dispares y, por lo mismo, habrá quien niegue aplicación del párrafo tercero del artículo 38 de la Ley Hipotecaria (en el que concretamente se dispone el sobreseimiento), a la hipoteca por ser, en su espíritu, contrario al artículo 132. Para opinar así es necesario olvidar que este último artículo tan sólo regula las causas de suspensión o de entorpecimiento en la marcha normal del juicio, que pueden fundarse en razones diversas e independientes, incluso del ámbito registral, y que, una vez resueltas, dan lugar a que el procedimiento interrumpido reanude su marcha al ser desestimada la causa de suspensión, mientras que el artículo 38 es el que contiene la regulación básica del principio de legitimación, aplicable en general a todo problema que del Registro resulte, llámese hipoteca, servidumbre, enfiteusis o cualquier otra especie de derecho real.

El principio de legitimación produce una investidura, por medio de la inscripción, de tal magnitud, que es ella suficiente para enervar cualquier actuación contraria a la misma, como no vaya dirigida a demostrar la inexactitud del Registro o bien impugnar su contenido. Es preciso, también, solicitar en el mismo escrito de demanda o anteriormente la nulidad del asiento cuyo contenido se ataca, por las causas que taxativamente resultan de la Ley Hipotecaria cuando haya de perjudicar a tercero

c) Las otras dos causas de suspensión del procedimiento ejecutivo son perfectamente aceptables. La primera, relativa a la extinción del asiento de hipoteca por haberse cancelado la misma, encierra en sí otra manifestación de la legitimación registral en su sentido negativo.

El artículo 97 de la Ley Hipotecaria determina que, «cancelado un asiento, se presume extinguido el derecho al que el mismo asiento se refería», y si se acredita ante el Juez tal circunstancia, es suficiente para suspender la actuación procesal. Como el principio actúa con presunción «iuris tantum» es aceptable el sistema de la Ley, pero mejor estaría determinar el sobreseimiento en forma análoga a la del párrafo tercero del artículo 38, pues el Registro es exacto mientras no se pruebe lo contrario, y tal prueba corresponde al impugnador, por lo que, mientras éste no ataque el contenido de los libros, debe dárseles todo su valor.

La cuarta causa de suspensión no afecta a la materia de que tratamos, ya que, al tratarse de hipotecas de máximo, la publicidad no interviene nada más que respecto de la cifra tope designada, como medida de garantía.

* * *

El de legitimación es principio adoptado por la reforma hipotecaria de 1944, pues, aunque ya era tratado doctrinalmente y se pretendió obtener algunos efectos de la legitimación que resulta de la titularidad del Registro, no podía considerarse existente con verdadera base o elemento esencial mientras la Ley no atribuyese al aspecto formal del mismo los efectos que son su lógica expresión material.

Precisamente por la novedad que supone es mirado con cierta desconfianza y recelo porque, si bien en el campo hipotecario, donde se vive con todá intensidad la vida del Registro, no ofreció nunca la menor duda los benéficos efectos que podrían obtenerse de tal principio, no ocurre lo mismo en el ambiente judicial, donde, como es natural por su función, se suele mirar con cautela toda innovación, aunque se derive de disposición legal.

Pero, en este caso, no es lógica la cautela. Al no existir duda en determinar una legitimidad de derechos de quien adquiere por usucapión, y esta forma de adquisición existe precisamente porque la Ley le atribuye un valor. ¿Por qué la desconfianza hacia una investidura de efectos mucho más claros en su determinación y exteriorización que los de aquella?

Poner cortapisas a la aplicación del principio que tratamos, ante el temor de absurdos perjuicios irreparables, no es otra cosa que poner barreras al desenvolvimiento del Derecho Hipotecario, y hasta el momento actual todo lo que del mismo se ha conseguido es beneficioso para el comercio jurídico. No se reguló legalmente para quedar en el olvido, o, todo lo más, como una obra de arte jurídico digna de conservarla, sin hacer uso de ella, en una vitrina. Su regulación es producto de largos años de estudio y experiencia registral que llega para «superar la inicial y pasiva fase de protección, para otorgar a los titulares aquellas ventajas de derecho material y procesal que, lógicamente, cabe esperar de una situación legitimada y pro-

tegida por la fe pública del Registro» (E. de M. de la L. de 30-XII-44). Uno de los fundamentales fines que persiguió el legislador a través de los tiempos fué «la subsanación de esta señalada deficiencia» que para la legislación hipotecaria suponía el privar a los titulares registrales de las armas precisas para actuar ofensiva o defensivamente, según los asientos que protegen los derechos inscritos.

RAFAEL MOUTAS MERÁS

Abogado

Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

RECURSO GUBERNATIVO.—PARA SU PROCEDENCIA ES REQUISITO INDISPENSABLE QUE AL CALIFICAR EL REGISTRADOR EL TÍTULO PRESENTADO DENIEGUE O SUSPENDA SU INSCRIPCIÓN, ANOTACIÓN, CANCELACIÓN O NOTA MARGINAL, POR LO QUE NO PUEDE CORRECTAMENTE PLANTEARSE CUANDO SE HAYA EXTENDIDO EL ASIENTO SOLICITADO.

Resolución de 9 de agosto de 1955 (B. O. de 27 de septiembre).

Interpuesto recurso contra el Registrador de la Propiedad de Bilbao, que en virtud de un mandamiento judicial expedido por el Juzgado Especial de Responsabilidades Políticas, de Madrid, y en el cual se ordenó la cancelación por caducidad, conforme al artículo 86 de la Ley Hipotecaria, de determinadas anotaciones preventivas de demanda, formalizó las notas marginales cancelatorias correspondientes; la Dirección, confirmando el auto del Presidente de la Audiencia, ratificatorio de la actuación del Registrador, declara la improcedencia del recurso gubernativo por las razones del encabezamiento y toda vez que para evitar perjuicios a los interesados en las operaciones registrales la legislación hipotecaria sujeta la actividad del Registrador a la observancia de la Ley, en virtud del denominado principio de legalidad, y permite que los par-

ticulares puedan interponer las acciones oportunas ante los Tribunales para ventilar y contender entre sí sobre la nulidad o validez de los títulos o documentos que motivaron las inscripciones por las que se crean lesionados, puesto que los asientos practicados se hallan bajo la salvaguardia de los Tribunales, conforme a lo preceptuado en el último párrafo del artículo primero de la Ley Hipotecaria.

Se ratifican diversas Resoluciones y en especial la de 16 de junio de 1948.

REGISTRO MERCANTIL.—¿ANTE LA DEFUNCIÓN DEL ÚNICO GERENTE DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA, OCURRIDA DESPUÉS DE LA CONVOCATORIA PARA CELEBRAR JUNTA GENERAL ORDINARIA, SE PUEDE NOMBRAR EN ÉSTA NUEVO GERENTE, SIN ESTAR PREVISTO TAL ACUERDO EN EL ORDEN DEL DÍA?

EN CASO AFIRMATIVO, SI POR TRATARSE DE UNA SOCIEDAD AÚN «NO ADAPTADA» SON DE APLICACIÓN, PARA LA ELECCIÓN DEL CITADO GERENTE, LOS ESTATUTOS SOCIALES, O HA DE CONSIDERARSE EXISTENTE EN LA LEY DE ANÓNIMAS UN PRECEPTO PREFERENTE Y DE INEXCUSABLE OBSERVANCIA, CONFORME A LO DISPUESTO EN LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA.

FINALMENTE, INTERPRETACIÓN QUE DEBE DE DARSE A LA FRASE «SIMPLE MAYORÍA DE CAPITAL», CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 22 DE LOS ESTATUTOS, QUE TRATA DEL NOMBRAMIENTO DEL GERENTE EN JUNTA ORDINARIA O EXTRAORDINARIA.

Resolución de 19 de octubre de 1955 (B. O. de 16 de noviembre).

Mediante acta autorizada por el Notario de Barcelona don Francisco Virgili, el 12 de julio de 1953, a requerimiento de don S. V. F., como mandatario de doña F. C. V., accionista de la Compañía Mercantil «Hijos de Enrique Capellá, S. A.», se hicieron constar los acuerdos tomados por la Junta general ordinaria de accionistas de la referida Sociedad, anunciada en primera convocatoria para el día 11 de junio último, y en segunda, para la misma hora del día siguiente, y de la cual acta resulta que constituido el Notario en el despacho de la fábrica propiedad de la Compañía, acompañado

del requirente y dos accionistas más, dicho requirente manifiesta a éstos que se va a celebrar la Junta general ordinaria convocada al efecto, a lo que contestan que no era posible por no haberse depositado ninguna acción a tales efectos, afirmando el requirente, por su parte, haberse cumplido dicho trámite, y siendo la hora señalada, dicho señor declara celebrarse la Junta; se procede a la lectura de la convocatoria y de distintos artículos de los Estatutos, formándose la lista de accionistas presentes y acciones que representaban, con un resultado de 1.320 acciones—de las 2.000 con las que se constituyó la Sociedad y de las 3.000 que tienen en circulación—, en poder de tres accionistas; estos tres declaran constituida la Junta general ordinaria en segunda convocatoria, nombrando Presidente y Secretario de la misma, y después de la lectura del Orden del día, se manifiesta por el Presidente que, a causa del fallecimiento del Administrador-Gerente, precisaba el nombramiento de un nuevo Administrador para que formule el Balance y Memoria que la Ley obliga a aprobar antes del 31 del mismo mes, proponiendo se nombre a don L. M. Z., lo que quedó aprobado por unanimidad, así como el nombramiento de Censores de cuentas; el Presidente manifiesta seguidamente que no conociendo el estado económico de la Compañía, ni existiendo propuesta alguna sobre adaptación de sus Estatutos a la legislación vigente, no era posible entrar a discutir los restantes puntos del Orden del día, aprobándose a continuación el acta de la Junta, en la cual acta se testimonian a continuación cinco documentos, tres de ellos referentes a depósito de acciones en el Banco Español de Crédito a efectos de la Junta general, y dos cartas, con las firmas legitimadas, que acreditan en los comparecientes la delegación con que actúan. El nuevo Gerente nombrado en dicha Junta compareció ante el mismo Notario, señor Virgili, y otorgó escritura con fecha 13 del mismo mes de julio, con su aceptación expresa del referido cargo.

Presentados ambos documentos en el Registro Mercantil de Barcelona, fecayó calificación del tenor siguiente: «Denegada la inscripción del precedente documento por los defectos siguientes: 1.º En el Orden del día que resulta de la convocatoria de la Junta general ordinaria para el 12 de junio corriente no figura el nombramiento de Administrador-Gerente, dejándose incumplido para esta clase de Juntas lo preceptuado en los artículos 50 y 53 de la Ley de 17 de julio de 1951; 2.º No reunirse el quórum que para el nom-

bramiento de Gerente determina el artículo 22 de los Estatutos sociales; 3.º Incluida en la convocatoria la adaptación de los Estatutos a la nueva Ley de Sociedades Anónimas, no hubiera podido tomarse acuerdo por no haberse reunido el quórum que determina el artículo 58 de dicha Ley; 4.º No se justifica asimismo el haberse intentado la reunión en primera convocatoria. Y siendo insubsanables los tres primeros defectos, no procede anotación de suspensión, en el caso de ser solicitada.»

Interpuesto recurso, la Dirección, habida cuenta que fué consentido el tercer defecto de la nota, y subsanado el cuarto, declara inscribible la escritura de aceptación del cargo de Administrador, mediante la doctrina siguiente:

Que el súbito fallecimiento del único Administrador-Gerente implicaba en los accionistas—todos ellos conocedores de lo ocurrido hacía quince días, por tratarse de Sociedad familiar y hallarse de hecho, si no formalmente, presentes en la Junta legalmente constituida—, no sólo el derecho, sino el deber de un nuevo nombramiento, con la urgencia requerida por la propia vida de la Sociedad, de la que aquél es órgano social indispensable, y más tratándose de la Compañía «Hijos de Enrique Capellá, S. A.», regida sólo por Junta general y Gerente, sin que en tales circunstancias fuera posible la ampliación del Orden del día por el medio normal de solicitarlo del Gerente, como disponían los artículos 18 y 19 de los Estatutos, ni aun, con los aplazamientos consiguientes, proceder a nueva convocatoria de Junta ordinaria en la forma establecida en los artículos 56 y 57 de la Ley de Sociedades Anónimas, ya que tales procedimientos presuponen, según la letra de la Ley, la existencia, por lo menos, de un Administrador, quien, aun en el caso de intervención judicial, deberá ser oído.

Que si bien debe estimarse fundamental, conforme al precepto del artículo 53 de la Ley de Sociedades Anónimas—que consagra una práctica y jurisprudencia constantes—y 19 de los Estatutos, la inclusión en el Orden del día de todos los asuntos sobre los que ha de tomarse acuerdo válido, principio que, como expresa la doctrina, tiene una función positiva, de anticipada información de los socios, y una negativa, de impedir que se sorprenda la buena fe de los asistentes deliberando sobre puntos acerca de los cuales no había mo-

tivo de pensar que se trataría, y en este sentido la nota del señor Registrador sostiene la doctrina canónica general; sin embargo, ello no obsta para que en urgentes casos extraordinarios, por incidencias surgidas durante la sesión y ya antes, a partir de la convocatoria, pueda y deba admitirse—conforme señala la doctrina y dispone la propia Ley, en sus artículos 75 y 80, también en materia de Administradores—alguna excepción que, como la de la elección de Gerente en este supuesto: a), surge de hecho imprevisible e incidental, en cuanto posterior a la convocatoria; b), no tiene regulación específica en la Ley de Sociedades Anónimas ni en los Estatutos; c), se acuerda en Junta general, legalmente constituida en segunda convocatoria; d), se funda en la necesidad de dotar a la Sociedad de su único medio de actuación con la urgencia debida a la buena marcha de los negocios sociales, y e), en todo caso, queda subordinada a la posible revocación en cualquier momento, en futuras Juntas generales.

Que la Ley de Sociedades Anónimas no contempla el caso excepcional de vacantes por defunción sobrevinida de Gerente durante el plazo de convocatoria de Junta general, y solamente en el artículo 73, párrafo segundo, dispone unos nombramientos interinos hechos por el Consejo hasta que se reúna la primera Junta general; mas la Compañía «Hijos de Enrique Capellá, S. A.», como se ha dicho, se rige exclusivamente por la Junta general y el Gerente (artículo 15); que, por otra parte, aquella Ley tampoco impone ningún quórum determinado para la elección de administradores en segunda convocatoria, por todo lo cual, conforme a lo establecido en la disposición transitoria primera, serán de aplicación al caso tratado las normas que regulan la vida de la Sociedad, es decir, el artículo 22 de los Estatutos, que permite la designación de Gerente «por simple mayoría de capital»; sin que, por tanto, reste otra cuestión que la interpretación de esta frase.

Que la expresión «bastando para ello la simple mayoría del capital» no puede interpretarse sino referida a la mayoría de capital concurrente a la Junta, de manera que el artículo 22 cuestionado, para facilitar la adopción del acuerdo—finalidad evidente con las palabras «bastando» y «simple»—y evitar que la abstención de los socios, como ocurrió en este caso, pueda impedir el desenvolvimiento del ente social—inversión del derecho de voto en derecho de veto—, lo que hace suprimir todo quórum, bastando para la validez del

acuerdo una simple mayoría concurrente, la cual, y en rigor, holgaba decirlo, no será de los accionistas que asistan, sino de acciones, o sea de capital, interpretación aquélla, por lo demás, de acuerdo con el contexto de los Estatutos, que no imponen quórum para las Juntas ordinarias en ningún caso, ni para las extraordinarias en segunda convocatoria, y también en consonancia con reciente disposición que, en supuesto también de urgencia—adaptación de Estatutos—, ha permitido una debilitación del quórum para facilitar la exteriorización de la voluntad social.

Nuestro criterio, en términos generales, en la principal cuestión planteada, quedó fijado en la glosa que pusimos a la Resolución de 26 de febrero de 1953 (pág. 670 y siguiente de esta Revista de dicho año).

Para el Registrador, escribíamos, después de dejar sentadas las opiniones de GARRIGUES y URÍA, no puede haber opción: su posición debe ser la de no admisión de acuerdos que no figuren previamente en el Orden del día o su ampliación en forma.

Y aunque éste, también genéricamente, parece ser el criterio de nuestro Alto Centro (véase segundo de los considerandos copiados), lo debela ante la urgencia del caso planteado.

Estimamos, sin embargo, que ocurrido el óbito del Gerente con quince días de antelación a la celebración de la Junta que aquél convocara, pudieron—y debieron—los mismos socios que, sin figurar en el Orden del día, nombraron otro nuevo, solicitar del Juez de Primera Instancia convocatoria de Junta extraordinaria, conforme al párrafo segundo del artículo 57 de la Ley, precisa, exclusivamente, para nombramiento de tan vital importancia en la Sociedad de que se trata, sólo regida por el Gerente y la Junta general.

Es indudable que la Ley de Sociedades Anónimas no contempla, como dice la Dirección, el caso excepcional de vacantes por defunción sobrevenida de Gerente durante el plazo de convocatoria de Junta general (*¿ y por qué iba a descender a tal minuciosidad ?*) ; pero tampoco estimamos, ante caso tan insólito, debe contemplarse el párrafo segundo del artículo 57 de forma restricta, al punto de considerarlo de irremediable dependencia del primero, que claramente se refiere a convocatoria de Junta general ordinaria y por ello presupone la existencia de Administradores, cuya audiencia se exige, de la cual, o sea de *esta audiencia*, para nada se habla en el párrafo se-

gundo; para que en el mismo encajen los más diversos casos, como el actual, planteado de súbita defunción de Gerente, y a cuyo detalle no puede acudir la Ley por no ser propio de sus normas.

Y como el artículo 56 se refiere escuetamente a cuando los socios se dirigen a los Administradores para convocatoria de Junta general extraordinaria, bien claro se patentiza en el párrafo segundo del 57, cuándo los mismos socios, para el mismo fin, *sin audiencia* de aquéllos, podrán solicitarlo del Juez.

Lo singular del caso es que en la reunión celebrada se hallaban presentes todos los componentes de la Sociedad, de los cuales sólo los representantes de 1.320 acciones de las 3.000 que integran el capital social acordaron dar por constituida la Junta y proceder al nombramiento de Gerente.

No hay para el recurrente problema de validez del acuerdo tomado por razones de urgencia y de imposibilidad de pedir su inclusión en el Orden del día.

A lo que cabe replicar que, como hemos consignado, en su momento tenían los resortes que les brinda el párrafo segundo del artículo 57, para que hubiera quedado sin mácula el problema.

Porque para el Registrador—insistimos—no podía haber opción. El no es quién para decidir en una cuestión en extremo dudosa, sin que puedan, a más de las apuntadas, impresionarle las razones de no impugnación del acuerdo por los demás accionistas—cuyo derecho, por otra parte, no tienen prescrito, conforme a los artículos 67 y 68 de la Ley—y las que dar por no celebrada la Junta por la abstención de la mayoría hubiera equivalido a impedir el desenvolvimiento del ente social y con ello «invertir el derecho de voto en derecho de veto», frase que ha hecho fortuna, como puede apreciarse por su transcripción en el último considerando.

En cuanto a los otros dos defectos, seguramente es ajustada la interpretación de nuestro ilustre Centro —siquiera como dijera el Registrador refiriéndose a la frase «la simple mayoría de capital» que emplea el artículo 22 de los Estatutos, dada la importancia del nombramiento de Gerente— debiera contemplarse rigurosamente y estimarse dirigida no al capital asistente a la Asamblea, sino al total social.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO

Registrador de la Propiedad

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

I.—*Familia*

SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1955.—*Costumbre de separación de bienes en Mallorca.*

Es práctica consuetudinaria en Mallorca el régimen económico de separación de bienes en el matrimonio, a virtud del cual los cónyuges tienen de hecho la más amplia libertad para adquirir bienes de toda clase sin hacerse de propiedad común ni distribuirse entre ellos en concepto de gananciales, allí desconocidos o en desuso aun cuando exista la presunción *juris tantum* que recoge la Ley 51 del Digesto *donationibus inter virum et uxorem*, título 1.º del Libro 24; de que mientras otra cosa no se acredite en cada caso, se reputa hecha la compra con dinero del marido y de su propiedad particular; pero esta presunción, como dice la Sentencia del T. S. de 19 de mayo de 1903 ratificando la doctrina de la de 27 de octubre de 1892, sólo tiene virtualidad cuando existen dudas, sobre el modo cómo llegaron los bienes a poder de la mujer, para evitar la sospecha de una causa torpe, y declarado por el Tribunal de Instancia que el dinero no era propiedad del marido es claro que no ha dejado de tomar en consideración la tan repetida presunción, que por tal razón no puede ser aplicada.

II.—*Propiedad*

SENTENCIA DE 1 DE JUNIO DE 1955.—*Artículo 38 de la Ley Hipotecaria: No es aplicable cuando se alega el dominio por vía de excepción.*

El artículo 24 de la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909 —38 de la actual— prohíbe el ejercicio de ninguna acción contradictoria del dominio de bienes inmuebles o derechos reales inscritos sin que previamente o a la vez entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción corres-

pondiente, precepto que es aplicable al actor y lo es también al demandado cuando por reconvencción accione contra el derecho inscrito, ya que tanto en uno como en otro caso se trata del ejercicio de una acción y ambos están comprendidos en el texto del citado artículo; pero en el caso presente, el demandado no ha ejercitado por reconvencción acción alguna, sino que se ha limitado a alegar por vía de excepción la falta de acción en el demandante por no corresponderle el dominio de las partes indivisas, que reclamaba en cuanto había sido adquirido por usucapión por el demandado, pero la mera alegación de tal excepción, encaminada, como todas, a enervar la acción ejercitada, no puede asimilarse al ejercicio de la acción a que se refiere el expresado artículo 24, según estableció el T. S. en su Sentencia de 25 de octubre de 1924.

SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1955.—*Art. 38 de la Ley Hipotecaria: La presunción de posesión es juris tantum.—Prescripción ordinaria frente al tercero hipotecario.*

Considerando: Que por apreciación conjunta de prueba documental y testifical, el juzgador de instancia declaró acreditado: a) Que desde tiempo inmemorial viene el Concejo demandado en la posesión quieta, y en concepto de dueño de todos los aprovechamientos del helechal en discusión, salvo en el del helecho que corresponde al actor mediante el pago de un canon al Concejo y el de 45 pies de castaño que a aquél le pertenecen; b) Que dicho helechal forma parte de un montón de utilidad pública incluida en el Catálogo como de la propiedad comunal del Concejo; y, c) Que el demandante adquirió la finca de quien aparecía como dueño en el Registro de la Propiedad e inscribió su título de compra conociendo el aludido estado posesorio del Concejo, que el transmitente había tolerado durante más de cuarenta años.

Considerando: Que con base en estos antecedentes procesales, la Sala sentenciadora desestimó la demanda que iba encaminada a que se declarase que el dominio del helechal pertenecía al actor, siendo fundamento jurídico de este pronunciamiento la apreciación de que la acción ejercitada había prescrito y, además, el Concejo demandado había adquirido el dominio por usucapión, según textos que cita del Fuero General y de la Novísima Recopilación de Navarra, en relación con el artículo 36, apartado a), de la vigente Ley Hipotecaria, que estatuye o reconoce el modo de adquisición dominical por usucapión ya consumada al tiempo de la última compra-venta inscrita en favor de quien conocía la aludida posesión de hecho que siempre había tenido el demandado, y frente a este enjuiciamiento de la cuestión en litigio se alzan los dos motivos del presente recurso denunciando error de derecho que se dice padecido en la instancia al estimar probado que los causantes del actor han venido pagando un canon al Concejo por el aprovechamiento del helecho, e infracción por aplicación indebida del artículo 36, apartado a), en relación con el 34 y 38 de la citada Ley Hipotecaria.

Considerando: Que es claramente desestimable la alegación del error de derecho atribuido a la Sala de instancia en punto al hecho de pago de

un canon por el aprovechamiento del helecho, pues la valoración dada por el juzgador a este respecto a la prueba testifical no es accesible a la casación, según jurisprudencia muy reiterada, y en todo caso, no quedaría desvirtuada en este trámite por el hecho invocado en el recurso de que en los libros del Concejo demandado no existía constancia de haber efectuado el pago del canon, posiblemente debido a diferencia administrativa suplida en este pleito por la prueba testifical.

Considerando : Que al quedar firmes en casación los hechos afirmados en la Sentencia recurrida, no ofrece duda que en ella se dió aplicación acertada a los artículos 38 y 36, apartado a), de la Ley Hipotecaria, pues si bien es cierto que por virtud del principio de legitimación el Registro proclama la exactitud y veracidad de sus asientos y atribuye la posesión de inmuebles a quien tenga inscrito su dominio según reza el artículo 38, también lo es que tal protección registral, traducida en exoneración de carga de prueba, se concede sólo *prima facie*, como presunción *juris tantum* mientras los Tribunales no declaren la inexactitud del asiento por su discordancia con la realidad jurídica extrarregistral, que es precisamente lo que ha declarado el Tribunal *a quo* por apreciación de la prueba documental y testifical practicada en este litigio, y aunque es cierto también que en principio no se da la prescripción adquisitiva ordinaria contra terceros hipotecarios, sino en virtud de título igualmente inscrito, el repetido apartado a) del artículo 36 establece una excepción a dicho principio y admite la usucapión contra tabulas en supuestos como el de autos en que el actor, al perfeccionar la adquisición del helechal, sabía que éste era poseído de hecho y a título de dueño por persona *distinta* de la que se lo transmitió, hecho éste que probado en la instancia y no impugnado en casación eficazmente, enerva además la presunción *juris tantum* de buena fe que el artículo 34 concede al titular inscrito, con secuela de no poder ser considerado como tercer adquirente protegido por el principio hipotecario de la fe pública registral con presunción *juris et de jure*.

Considerando : Que a los Tribunales está encomendada la misión de salvaguardar los asientos hechos en el Registro de la Propiedad a fin de que la institución hipotecaria rinda los efectos que persigue de dar seguridad a los derechos reales acogidos a su régimen y fomentar así el crédito territorial, pero si la propia Ley excluye de protección legitimadora y de *fides publica* determinadas situaciones de hecho y de derecho, a los Tribunales incumbe velar por la pureza de la institución procurando no desbordar el ámbito marcado a la misma por el legislador, y, en consecuencia, si por lo expuesto en anteriores considerandos la norma legal no ampara la pretensión del demandante, procede la desestimación de los dos motivos del recurso.

Considerando : Que a mayor abundamiento, que la absolución de la demanda se funda no sólo en que la parte demandada sea dueña por usucapión de la finca que el actor reclama como suya, sino también en que la acción por éste ejercitada ha prescrito por falta de ejercicio durante más de cuarenta años, y como el recurso combate únicamente y sin eficacia el fundamen-

to jurídico de la prescripción adquisitiva en favor del demandado, pero no es de la prescripción de la acción ejercitada por demanda, que es suficiente por sí sola para mantener dicho pronunciamiento absolutorio, éste habría de quedar firme en casación, aun en el supuesto de que fuera viable alguno de los motivos del recurso.

Hemos copiado íntegros los considerandos de esta Sentencia de 10 de junio porque nada de ellos es desaprovechable. En los dos primeros se resumen con plausible claridad los antecedentes del caso; en los cuatro siguientes (sobre todo en el tercero y en el cuarto), se expone con la misma claridad y no menos elogiabile sencillez la doctrina atinente, de interés por referirse a los artículos 38 y 36 de la Ley Hipotecaria, ambos producto de modificaciones nacidas de la última reforma fundamental de dicha Ley.

Se reconoce por el Tribunal Supremo el principio de legitimación que informa nuestro Derecho Hipotecario, consecuencia del cual es la presunción de exactitud y posesión del artículo 38, de acuerdo con la doctrina, se establece que esta presunción es *juris tantum*, que exonera de la carga de la prueba. Como dice La Rica, otra cosa equivaldría a dar fuerza de cosa juzgada a los pronunciamientos del Registro, lo que no ha sido intención del legislador, según declara en el preámbulo.

Roca (p. 245, t. 1.º, edic. 1948) se lamenta de que no se haya suprimido esta presunción de posesión, que ha dado lugar a varias teorías al estudiar su significado y alcance. Nos atrevemos a discrepar del ilustre tratadista, y entendemos que es útil y práctico, que es una lógica consecuencia del principio aludido, el que la Ley proclame la presunción de posesión, la que entendida como la entiende el mismo autor, es decir, como presunción de que el titular registral está legitimado como poseedor mientras no se demuestre lo contrario, no produce confusiones, sino que detalla y matiza las consecuencias del principio de legitimación. Su supresión dejaría incompleto el desarrollo de dicho principio o idea fundamental, mermaría su contenido y a nuestro modesto entender, daría lugar a más dudas e interpretaciones que la formulación actual, sin que el artículo 41, de contenido más concreto y específico, baste para sobreentender la repetida presunción de posesión; la cual, como comenta La Rica, actúa erga omnes: contra tercero e inter partes.

Aplica también la Sentencia el artículo 36 de la Ley Hipotecaria en su apartado o supuesto a): prescripción adquisitiva frente al tercero que al adquirir conocía el hecho sobre el que se basa la prescripción. Montada nuestra Ley en la doble vertiente de la buena fe y de la seguridad del tráfico, y estimado probado que el titular registral conocía al adquirir la posesión de hecho y a título de dueño que tenía persona distinta del transmitente, la solución no podía ser otra, y nada se puede objetar a las mencionadas palabras del penúltimo considerando.

SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 1955.—Requisitos de la acción declarativa de dominio y reivindicatoria: Prescripción adquisitiva en Navarra.

Es doctrina de la jurisprudencia y especialmente de la Sentencia de 21

de febrero de 1941, que el propietario ha de suministrar la prueba del derecho de propiedad que pretende pertenecerle mediante la demostración de estos tres elementos o circunstancias: a). Que media un hecho jurídico apto para dar existencia a aquella relación entre persona y cosa en que la propiedad consiste; b). Que la persona que acciona es aquella que es sujeto de la relación; y, c). Que la cosa sobre la que se pretende la propiedad es aquella que es sujeto o sustrato de la indicada relación; habiéndose de agregar todavía a estas demostraciones cuando se trata de acción reivindicatoria propiamente dicha el de que la persona contra la que se acciona tiene la posesión o tenencia de esa cosa sobre la que recae el derecho del actor; no pudiendo ser más lógico que se exija la prueba de las tres circunstancias antes indicadas en el ejercicio de ambas acciones declarativas del dominio y reivindicación, porque sin ella no puede demostrarse que sea dueño el demandante de la cosa objeto de la declaración judicial que se interesa, sin que la cuarta circunstancia de que el demandado está poseyendo de hecho la cosa reclamada interese si no se solicita su entrega ejercitando la acción reivindicatoria.

Que el examen y coordinación de las diversas leyes que constituyen el Derecho civil de Navarra en el que en la materia que es objeto de este juicio rige primordialmente el Derecho propiamente navarro con preferencia de la Novísima Recopilación acordada por las Cortes de Navarra en 1701, sobre el Fuero General, y como supletorio el Derecho romano de Justiniano, lleva a la convicción de que la prescripción adquisitiva sin título requiere el transcurso de cuarenta años de posesión, con buena fe, como se establece en las leyes octava y décima, título trigésimosegundo, libro segundo, de la Novísima Recopilación de Navarra a cuyos preceptos hay que darles preferencia sobre lo dispuesto en el capítulo tercero, título quinto, libro segundo, del Fuero General por ser aquellas leyes posteriores a éste y de carácter general no circunscrito a las viñas y labranza; y dentro de esas leyes octava y décima se estima que se exige la buena fe para esa prescripción de cuarenta años, no sólo porque, como dice un ilustre tratadista del Derecho navarro, sería un medio inícuo de adquirir el dominio de las cosas y de librarse de las obligaciones que pesasen sobre el prescribiente si se prescindiese de ese requisito, y porque al pedir a las Cortes de Pamplona en 1580 y 1604, respectivamente, esas leyes, la petición se hizo solicitando que se concediese la prescripción por cuarenta años sin título y con buena fe conforme al Fuero del Reino, sino porque así se tiene declarado por el T. S. en su Sentencia de 30 de junio de 1859, en cuyo quinto considerando terminantemente se dice: «Que para que —la posesión— produzca el efecto de adquirir constituyendo prescripción, se exige por las leyes particulares de Navarra el transcurso de veinte años entre presentes, treinta entre ausentes con título y buena fe y el de cuarenta sin título, pero con buena fe».

Que según el párrafo y leyes del Derecho romano que antes se han citado, «la posesión que no tuvo un principio justo no aprovecha aunque la ignoren al heredero ni al poseedor de los bienes» «Los vicios de las posesiones contraídas por los antecesores subsisten» y «cuando el heredero su-

cede en todo el derecho del difunto, no excluyen con su ignorancia los vicios de la posesión» y «no podrá usucapir lo que no pudo el difunto».

III.—Obligaciones y contratos

SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 1955.—*Concepto de necesidad para excepción a la prórroga de arrendamiento urbano.*

Que repetidas veces ha definido el T. S. la necesidad suficiente para denegar la prórroga obligatoria del arrendamiento que no puede identificarse con la que se predica de las leyes naturales, sino que ha de referirse a situaciones del hombre en relación con sus cosas, cuyo uso puede serle necesario para realizar un fin lícito y útil, para conseguir comodidades o recreos que sin ellos no tendría, o meramente para proporcionarle lujo y ostentación.

Que la única necesidad adaptable como causa de excepción de la prórroga obligatoria es la primera de las indicadas, la que se tiene para conseguir un fin lícito y útil, como lo es el que, sin infringir el artículo 90 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, se aprecia en la Sentencia recurrida de corregir, en lo posible, deficiencias en la crianza de los vinos por insuficiencia de los locales.

SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 1955.—*Concepto de «unidad patrimonial» excluida de la Ley de Arrendamientos Urbanos.*

Si bien con arreglo al artículo cuarto de la Ley de Arrendamientos Urbanos la unidad patrimonial constitutiva de la industria ha de tener vida propia, no es esencial a los efectos de la calificación del contrato, como tiene declarado el T. S., que la organización industrial esté en todo momento funcionando sin interrupción como entidad viviente, pues las paralizaciones que puedan producirse —por circunstancias temporales y extrínsecas— no impiden subsista con su propia estructura y finalidad; y así el mencionado artículo 4.º de la Ley de Arrendamientos no exige que la unidad patrimonial a que se refiere esté en funcionamiento al contratarse el arriendo sino sólo que sea susceptible de ser inmediatamente explotada, o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas.

SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1955.—*Apoderamiento de toreros. Es revocable.*

El concepto jurídico de la figura moderna contractual llamada «apoderamiento de toreros», aún no ha sido recogido por la legislación positiva, pero que admite la costumbre al conceder al titular de esta denominación un especial conocimiento que no puede atribuir al fruto de una experiencia técnica, ya que muchas veces no fué tal profesión artística practicada por el mandatario, por lo que no es lógico imputarle condición superior, ya que toda su actuación ha de estar respaldada por el valor y el prestigio de su mandante, debiendo por ello su servicio y función reputarse accidental y secundaria su intervención desde el punto de vista legal, sin que sea nota

admisible la irrevocabilidad del documento en que se conceda, como ya la Sala Segunda del T. S. se pronunció en Sentencias de 30 de junio de 1891 y 16 de enero de 1906, sosteniendo en ellas la licitud de la revocación del mandato, aun cuando se pacte lo contrario.

SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1955.—Los depósitos y almacenes se reputan viviendas, aunque no estén en edificio habitable.

Según el artículo 10 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, los depósitos y almacenes se reputarán viviendas, sin determinar ni distinguir que se hallen establecidos en edificio habitable o que no lo sea, por lo que una bodega o lugar destinado a almacenar vinos se ha de reputar vivienda, si quiera sea subterránea, y en consecuencia, así ha de reputarse la que es objeto del arrendamiento en cuestión.

SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1955.—Concepto de subarriendo. Resolución del subarriendo al extinguirse el arrendamiento.

El contrato de subarriendo por su naturaleza y como su nombre indica, depende en su existencia de la previa del de arrendamiento sobre la casa subarrendada, y, en su consecuencia, no puede subsistir al extinguirse éste, cualquiera que sea la causa de la extinción, porque si por el contrato de subarriendo el arrendatario da al subarrendatario el goce o uso que él tiene de la cosa arrendada por virtud del arrendamiento (art. 1.543 del C. c.), y por la extinción de éste él pierde el derecho a ese goce o uso, no puede transmitirle ni mantener en ese extinguido derecho al subarrendatario, sin perjuicio, claro es, de las consecuencias jurídicas que puedan derivarse del incumplimiento de obligaciones contraídas en el contrato de subarriendo.

«La resolución» del arrendamiento, contrato creador de una relación permanente, en el sentido en que la Ley de Arrendamientos Urbanos emplea dicho término, significa la extinción desde que la resolución se produce, de las obligaciones y derechos recíprocos, contenidos de dicho contrato, extinción que puede producirse por voluntad de las partes, llamada también revocación y renuncia, o por las demás de ellas, mediando las causas a que se refieren los artículos 149 (para el arrendador) y 150 (para arrendatario), de la Ley de Arrendamientos Urbanos, causas que, exceptuadas la octava y novena del 149, también dependen de las respectivas voluntades.

La causa sexta del artículo 152 de la citada Ley, de resolución del contrato de subarriendo, ni por su texto literal ni por su interpretación sistemática, según lo dicho respecto a la imposibilidad de subsistencia del subarriendo una vez extinguido por cualquier causa el arrendamiento, y según la significación también dada al término resolución, no distingue entre causas de resolución del arrendamiento que den lugar a la del subarriendo y aquellas que, produciendo la del arrendamiento, no den lugar a la del subarriendo, y aquellas que, produciendo la del arrendamiento, no den lugar a la del subarriendo, y así al establecer esa distinción en la Sentencia recurrida, se interpreta erróneamente dicho precepto legal y deja de aplicarle al caso,

a consecuencia de tal error de interpretación, error que alegado como causa del recurso, debe dar lugar a éste.

IV.—Sucesión «mortis causa»

SENTENCIA DE 1.º DE JULIO DE 1955.—*El artículo 811 del Código civil es de interpretación restrictiva.*

El artículo 811 del Código civil ha de ser objeto de interpretación restrictiva por cuanto aludido precepto envuelva una modalidad limitativa del orden de suceder en el Derecho.

SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1955.—*El Código civil es supletorio del Derecho foral de Vizcaya y la aplicación de su artículo 811 no se opone al espíritu de éste.*

El Código civil es supletorio del Derecho foral de Vizcaya y así lo ha reconocido el Tribunal Supremo en numerosas Sentencias, entre otras, alguna tan antigua como la de 2 de marzo de 1861, y otras, como las de 18 de junio de 1896 y 11 de noviembre de 1902, y como Derecho supletorio llena las lagunas del foral.

La aplicación del artículo 811 del Código civil a la tierra llana o de infanzón en que rige el Fuero de Vizcaya no se opone al espíritu de sus leyes, las que en todo caso reconocen como herederos a los profincos tronqueros en favor de los cuales se reserva ciertos bienes en virtud del principio de troncalidad que caracteriza estas leyes dentro del llamamiento de los herederos, hasta el punto de que el Proyecto de Apéndice foral, en su artículo 45, transcribe el artículo 811, y dado que en él se pretende recoger aquellas disposiciones forales que deben mantenerse por representar la tradición de la región y su evidente autoridad, no cabe desconocer que aquel precepto no se opone a las Leyes del Fuero, y la única objeción que se hizo a su inclusión fué la de que no era necesaria por sobreentenderse.

PROCESAL

I.—Parte general

SENTENCIA DE 12 DE ABRIL DE 1955.—*Diferencia entre la acción por enriquecimiento torticero y la aquiliana.*

La acción de restitución por enriquecimiento torticero tiene sustantividad propia frente a la de indemnización por daños y perjuicios, de la que la independizan múltiples notas diferenciales que la doctrina científica ha se-

ñalado, entre las que conviene destacar por su aplicación al caso de autos estas dos: la acción aquiliana requiere en el provocador la concurrencia de un hecho ilícito, culposo o negligente, y la *contidio* puede surgir por el solo hecho del desplazamiento patrimonial indebido, incluso con ignorancia o de buena fe por parte del provocador, cual ocurre frecuentemente en materia de intrusiones mineras, y por otra parte la acción de enriquecimiento supone siempre en el autor del hecho un incremento de patrimonio que no es indispensable en el supuesto de la acción aquiliana, que es la contemplada en el artículo 38 de la Ley de Minas. Muy nutrida doctrina científica repudia la tesis de que la *contidio* funcione siempre como norma subsidiaria de Derecho, y aunque así no fuera, el resultado práctico sería el mismo, ya que a pesar de las múltiples manifestaciones que el Código civil contiene en punto al enriquecimiento ilícito, no hay norma legal ni consuetudinaria que, en forma sistemática, general o específica, gobierne la acción de enriquecimiento indebido, y así pasa a primer plano de fuente jurídica el principio de que a nadie es lícito enriquecerse a costa de otro, reconocido unánimemente como derivación de derecho natural por la legislación romana, por la tradicional española, por la doctrina científica y por la jurisprudencia. Porque en el caso de que el hecho de la intrusión minera pudiera ser determinante del ejercicio de diferentes acciones como la interdictal para retener o recobrar la posesión reivindicatoria, para obtener la devolución del mineral extraído o la sustitución del equivalente pecuniario, y la declarativa de culpa, se estaría en presencia de concurrencia de acciones que no tienen orden preestablecido de preferencia y exclusión, por lo que la titular del derecho lesionado podrá ejercitar la que juzgue adecuada.

SENTENCIA DE 12 DE ABRIL DE 1955.—*El «abastanteo» del letrado no puede aumentar ni disminuir las facultades consignadas en el poder.*

La suficiencia del mandato es a los Tribunales a quien correspondió apreciarla, sin que el letrado que lo bastantea pueda, como dice la Sentencia de 4 de febrero de 1904, extenderla a casos en él no comprendidos ni limitar las facultades que al mandatario se le hayan conferido; y consiguientemente apoderado el Procurador de la actora para representarla en todos los negocios civiles de jurisdicción voluntaria y contenciosa, la amplitud de tal apoderamiento implica su evidente suficiencia para los autos incidentales originarios del recurso, siquiera el letrado que lo bastanteó lo limitara, por extraño error, a los juicios de menor cuantía.

BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ

Registrador de la Propiedad

Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

Resoluciones de 12 y 26 de enero de 1954 del Tribunal Económico-Administrativo Central.

En ellas se reitera la doctrina de la de 15 de diciembre de 1953, según la cual el valor asignado por los contratantes para la subasta de fincas hipotecadas, a los efectos del artículo 130 de la Ley Hipotecaria, es valedero para fijar la base liquidable cuando la transmisión tiene lugar entre los mismos contratantes o sus herederos, tiene vigencia incluso en el caso de que el acreedor adquiera la finca como contratante en segunda o ulteriores subastas.

En el número de esta Revista correspondiente a noviembre-diciembre pasado comentamos ampliamente la aludida Resolución de 1953 y, en su consecuencia, creemos excusado nuevo comentario y nos remitimos a las apostillas que allí opusimos a la doctrina del Tribunal Central.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 16 de febrero de 1954.

EL CONTRATO DE COMISIÓN MERCANTIL POR EL QUE RESULTA NOMBRADA UNA PERSONA AGENTE DE VENTAS DE CIERTA SOCIEDAD, PERCIBIENDO POR ELLO DETERMINADA CANTIDAD SEGÚN ESCALA, NO

ENGENDRA ACTO SUJETO AL IMPUESTO, Y SI EL CONTRATO PRODUJO SUCESIVAS LIQUIDACIONES ANUALES NO ES OBSTÁCULO PARA RECURRIR LA ÚLTIMA EL HABERSE CONFORMADO EL CONTRIBUYENTE CON LAS ANTERIORES.

Antecedentes: En documento privado una Empresa contrató con D. J. C. que éste sería agente de ventas de aquélla, cobrando la comisión que se estipuló.

Presentado el documento a liquidación fué liquidado como arrendamiento a cargo de la Sociedad con nota expresiva de las sucesivas presentaciones, a efecto de girar las liquidaciones anuales sobre las respectivas percepciones a que el contrato diciera lugar.

Así se giraron en ingresaron las liquidaciones de varios años hasta la girada en 1952, la cual fué recurrida con fundamento en que, según el número XIV del artículo 5.º y el número 6.º del artículo 6.º del Reglamento del Impuesto, no están sujetos al tributo los contratos por servicios personales cuando ostentan carácter de permanencia y están exentas las entregas de cantidades en metálico que constituyen pago de servicios personales.

El Tribunal Provincial dijo que la calificación jurídica y fiscal se hizo al liquidar el impuesto de la primera anualidad, y que habiendo consentido el contribuyente la primera y sucesivas liquidaciones, no cabía impugnación contra la últimamente practicada en el año 1952.

Apelado el acuerdo, la Empresa reforzó la anterior argumentación diciendo que las sucesivas liquidaciones constituyen actos administrativos autónomos e independientes de las primeras, y el Central resuelve la contienda examinando, en primer lugar, la posibilidad procesal de que contra una liquidación como la impugnada quepa recurso, supuesto que la calificación del acto fué hecha al practicar la primera liquidación y fué consentida por el contribuyente e incluso ratificado el consentimiento al ingresar las sucesivas y precedentes a la ahora impugnada; y después, y ya entrando en el fondo, dilucida si el acto en sí cae dentro del área del impuesto y está sujeto al mismo.

La primera cuestión la resuelve diciendo que sí tiene cauce procesal la reclamación, y la segunda, declarando que el acto no está sujeto al impuesto.

Empieza por afirmar, en cuanto al primer extremo, que para las

liquidaciones anuales fraccionadas del artículo 51 del Reglamento «no existe en dicho precepto, ni en ningún otro, un acto administrativo previo en que se definan o declaren derechos y obligaciones o se sienten pronunciamientos de que sean mera ejecución las liquidaciones anuales sucesivas, sino que, por el contrario, en cada una de dichas liquidaciones, conforme al artículo 126 del Reglamento, se expresan el concepto general del acto o contrato liquidado, número y tipo de la tarifa aplicable», etc., sin más limitación que la de computar en su caso las bases que ya hubieran tributado, «y, por tanto, es de concluir que todos los pronunciamientos contenidos en el acto administrativo son impugnables», de acuerdo con las normas del Reglamento de procedimiento económico-administrativo.

A ello no se opone, sigue diciendo el Central, la norma del artículo 4.º, número 5.º, de la Ley procesal de lo Contencioso-administrativo de 8 de febrero de 1952, al decir que no corresponde a los Tribunales de esa jurisdicción el conocimiento de «las resoluciones que sean reproducción de otras que hayan causado estado y no hayan sido recurridas y las confirmatorias de acuerdos anteriores consentidos», porque en «dicha exclusión no están comprendidas las resoluciones administrativas que no se limitan a reproducir o confirmar otras anteriores firmes, sino que amplían o restringen sus términos o modifican su contenido, ni las que contienen declaraciones o liquidaciones distintas». Y tampoco se opone a esta conclusión el principio o norma de que «nadie puede ir contra sus propios actos», porque ese principio es específicamente propio de la materia contractual o privada y no cabe admitirlo cuando se trata de relaciones o actos futuros de naturaleza jurídico-fiscal.

Por lo que al fondo respecta, es de notar que el contrato en cuestión debe ser calificado de comisión mercantil, definida como una especie de mandato en el artículo 224 del Código de Comercio, que no está típicamente comprendida entre los actos sujetos al impuesto detallados en el artículo 2.º de la Ley y que únicamente en el concepto de servicios personales, coincidente a esos efectos con el contrato de arrendamiento de servicios, podrá ser considerado como contrato sujeto al impuesto y regulado en el apartado 1) del artículo 16 del Reglamento si se dieran los requisitos que en él se señalan, o sea, cuando los servicios personales, sin ostentar carácter de permanencia y excediendo de 20.000 pesetas, se refieran a activida-

des profesionales por tiempo limitado u obra determinada, cuyas circunstancias no concurren en la comisión mercantil de que se trata.

En su consecuencia, el Tribunal da lugar al recurso, anula la liquidación y califica el acto como no sujeto.

Comentarios: A la solución de la cuestión de fondo que la Resolución propugna nada tenemos que oponer, ya que la comisión mercantil, como tal, no está sujeta al impuesto, y por lo que hace al arrendamiento de servicios es también claro que, aunque el contrato discutido se calificase como tal, no podría ser sometido al impuesto dadas las características que en él concurren.

Otra cosa es el primer problema planteado y relativo a la admisibilidad del recurso, o sea, dicho de otro modo, la cuestión de si la primera liquidación nace de un acto administrativo propiamente dicho y, por tanto, con todas sus consecuencias reglamentarias, incluso la de que, una vez firme y consentido, es inatacable tanto para el contribuyente como para la misma Administración.

Sobre tal extremo discrepamos del Tribunal Central y vamos a razonar por qué.

En toda liquidación hay dos momentos o dos aspectos perfectamente distinguibles y separables en el proceso de calificación: el primero es el de determinar el concepto jurídico del acto con arreglo a legislación sustantiva que le sea aplicable, y el segundo, el de aplicar al acto así calificado la tarifa, de acuerdo con el Reglamento. Esos dos momentos están claramente acusados en el caso que analizamos al decirle al contribuyente que lo contratado fué un arrendamiento y que al no poderse precisar la base liquidable total desde el primer momento, dada la modalidad del contrato, habría de presentar anualmente el contrato al efecto de precisar las percepciones a que diere lugar y girar las oportunas liquidaciones complementarias. Y dicho está que en ellas no solamente no se rozaba la calificación del contrato, sino que se daba por supuesta e incluso por reafirmada tanto de parte de la Administración como del contribuyente.

Esto supuesto, es perfectamente eficaz y convincente el razonamiento del Tribunal Provincial cuando dice que la *calificación* fué consentida, y en este caso reiteradamente consentida, y por lo mismo no hay términos hábiles, ni en lo económico-administrativo ni en lo contencioso-administrativo, para impugnarla sin que contra

esto tengan valor los argumentos del contribuyente ni los de la Resolución que analizamos.

Dice, en efecto, el contribuyente que las sucesivas liquidaciones son actos administrativos autónomos e independientes de la primera, pero, a poco que se reflexione, se ve claramente que ni es ni puede ser así. No todas; a partir de la primera, nacen y se practican como ineludible consecuencia de la calificación conceptual del acto o contrato y no tienen autonomía y menos independencia de ella. De tal manera ello es así, que sin referirlas a dicha calificación como hijas legítimas carecerían en absoluto de razón de ser.

El argumento de la Resolución examinada tiene aún menos fuerza dialéctica que el que acabamos de analizar. Se reduce a decir, según anotamos antes, que para las liquidaciones anuales, fraccionadas del artículo 51 del Reglamento, no hay en ese precepto ni en ningún otro una definición relativa a que tales liquidaciones sean mera ejecución de un acto administrativo anterior. Esto nos parece que es decir muy poco o no decir nada, porque semejante definición expresa es innecesaria desde el momento en que todo el artículo gira a base de que todas ellas son a cuenta del total ingreso con el que queda gravado el contrato al ser calificado de suministro cuando su cuantía excede de 250.000 pesetas y el ingreso total no puede determinarse desde el primer momento.

Es decir, que el precepto de ese artículo 51 gira siempre sobre la calificación inicial dada al contrato y, al regular las sucesivas liquidaciones anuales, no hace otra cosa que ir precisando los anuales ingresos a cuenta del ingreso total con el que el contrato quedó gravado en fuerza de aquella primera y fundamental calificación dada al contrato.

Esto lo corrobora de modo inequívoco el mismo artículo 51 cuando prevé que al terminar el suministro presente el contribuyente nuevamente el contrato, junto con una certificación en la que «se haga constar la cantidad y el valor de los bienes realmente transmitidos», con el fin de girar «la liquidación complementaria a que en su caso hubiere lugar» o de reconocer «el derecho del interesado a la devolución de lo que en la *provisional* hubiese pagado de más».

De estas citas y de esta argumentación queda patente con meridiana claridad que esas sucesivas liquidaciones son mera y forzosa consecuencia de la primaria y fundamental calificación dada al contrato, la cual quedó inconvencible, así para la Administración

como para el contribuyente, salvo si la Administración acuerda en tiempo y forma su revisión o el contribuyente la recurre en el plazo reglamentario. Y en cuanto a las ulteriores liquidaciones, llamadas complementarias y provisionales por el propio artículo 51, claro es que serán discutibles, pero su discusión no podrá referirse al *concepto* liquidado, o sea a la calificación del contrato, sino a los elementos secundarios de ellas, como su base, su tipo o cualquier error material o de hecho que en las mismas pueda cometer el liquidador.

Con esto queda contestada también la parte de la argumentación del Tribunal en que invoca el artículo 126 del Reglamento, puesto que aunque es exacto que en toda liquidación se expresa —en la hoja de liquidación— el concepto del acto o contrato, tipo aplicable, etc., no es menos cierto que en las complementarias, y en las provisionales nacidas de una anterior calificación, cual ocurre con las del suministro, se apoyan y parten de una primera calificación y de ella continúan dependientes sin propia sustantividad, a manera de cordón umbilical jurídico-fiscal.

Por fin, en cuanto a este aspecto del problema se refiere, diremos que el argumento, por analogía, del número 5.º del artículo 4.º de la Ley de lo Contencioso-administrativo, no nos parece desdeñable, aunque la Resolución lo subestime, porque si bien es verdad que al excluir de su campo jurisdiccional las resoluciones que hayan causado estado y no hayan sido recurridas y las confirmatorias de acuerdos consentidos, no se refiere a las que las restringen o amplían, también lo es que en nuestro caso, según lo que llevamos razonado, no solamente se parte de una calificación de concepto fiscal consentida, sino que no hay, ni remotamente, ampliación ni restricción ni modificación de la calificación primitiva y consentida.

En lo que al fondo del problema respecta, decimos sencillamente que estamos conformes con la doctrina del Tribunal en que la verdadera calificación que el acto merece es el de comisión mercantil y, como tal, no sujeto al impuesto; pero, añadimos, que supuesta la calificación de arrendamiento dada inicialmente, no vemos con claridad cómo el Tribunal por sí pueda variarla, toda vez que el contribuyente la consintió y que la Administración no ha acordado la revisión prevista en el artículo 141 del Reglamento o, en su caso, la declaración de lesividad a que se refiere la Ley de lo Contencioso-administrativo de 8 de febrero de 1952 en su artículo 7.º.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 23 de febrero de 1954:

SOLAMENTE TIENE ACCIÓN PARA RECURRIR CONTRA UNA LIQUIDACIÓN LA PERSONA A CUYO CARGO FUÉ GIRADA, AUNQUE EN EL DOCUMENTO SE PACTE QUE SEA EL OTRO CONTRATANTE Y ADQUIRENTE DEL DERECHO EL OBLIGADO AL PAGO, Y ELLO AUN EN EL SUPUESTO DE QUE LA LIQUIDACIÓN DEBIERA HABERSE PRACTICADO A NOMBRE DEL RECURRENTE.

Antecedentes: Una Sucursal del Banco de España pactó con D. E. R., éste como comprador de varias fincas gravadas con hipoteca a favor del Banco, que se subrogaba en la obligación de pago de los créditos que la hipoteca garantizaba, sin que tal subrogación implicase extinción ni renovación de tales créditos, los cuales continuarían en las condiciones con que se pactaron, con plena subsistencia de la garantía hipotecaria.

La Abogacía del Estado giró a cargo del Banco de España la pertinente liquidación por el concepto de subrogación de la hipoteca; y, ante ello, el D. E. R. entabló recurso, fundamentando su «personalidad» para recurrir en ser obligado al pago, según lo pactado en la escritura aludida, y apoyando la impugnación en que lo pactado no encierra en modo alguno una modificación de hipoteca, sino una subrogación o sustitución de deudor, implícita en cuanto a la hipoteca en caso de transmisión de la finca hipotecada, tratándose, por tanto, de un acto no sujeto en lo que a la deuda garantizada con la hipoteca se refiere.

El Tribunal Provincial estimó que no era viable la reclamación porque, conforme al artículo 15 del Reglamento de procedimiento, los que pueden promover reclamaciones contra los actos de la Administración son los afectados directamente en sus intereses por esos actos; supuesto que no se daba en el recurrente, ya que la liquidación había sido girada a cargo del Banco de España.

Y en cuanto al fondo, sostuvo la procedencia de la liquidación porque en la escritura existe una asunción de deuda, puesto que el reclamante se hace cargo de las deudas garantizadas por la hipoteca

y el Banco acepta la subrogación en la persona del nuevo deudor, siendo inadmisibile la tesis del recurso, porque para ser viable sería necesario que la finca se hubiese transmitido sin asunción expresa de deuda, y ello engendra un claro negocio jurídico de subrogación, perfecto por el consentimiento del acreedor, conforme al artículo 1.205 del Código civil, que da lugar no a una cancelación de hipoteca y consiguiente sustitución de ésta, sino a un acto liquidable de modificación al amparo del artículo 2.º de la Ley y 13 del Reglamento.

El Tribunal Central insiste en cuanto a la aplicación del citado artículo 15 del Reglamento de procedimiento, en la tesis del inferior sobre carencia de acción, o, como es precepto, dice, de personalidad en razón de que la persona obligada al pago no era el recurrente, sino el Banco de España, cualquiera que fueran los pactos contractuales sobre el particular y las repercusiones que entre las partes pudieran tener en el orden legal contractual, completamente distintas de las que se refieren a la Hacienda, con la cual quien queda ligado es aquel que ante ella aparece como contribuyente, siendo en definitiva el Banco el que tenía capacidad para accionar administrativamente. A lo que añade que, con arreglo al artículo 59 del Reglamento, el impuesto lo satisfará el que adquiera o recobre los bienes o derechos gravados, cualesquiera que sean los pactos que entre sí celebren los contratantes.

Comentarios: Diremos solamente que, con arreglo al texto literal de los preceptos citados, la solución que da la Resolución que comentamos no podía ser otra; pero su verdadero sentido es muy dudoso que sea ése, porque, ¿cómo negar que el contratante que se comprometió al pago del impuesto tiene interés, e interés directo, en que al acto se le dé la calificación adecuada?

La tesis contraria a la del Tribunal Central es sostenida por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 4 de octubre de 1944 y ha sido sostenida también por nosotros en esta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO al comentar esa Sentencia y algunas Resoluciones del Tribunal Central dictadas con posterioridad a la aludida Sentencia, en las que, no obstante esa doctrina, siguió aquél firme en su criterio.

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1954.

LA MODIFICACIÓN DE LOS ESTATUTOS DE UNA SOCIEDAD LIMITADA, CUYO CAPITAL ESTABA REPRESENTADO POR ACCIONES, CONVIRTIÉNDOSE EN OTRA, EN LA QUE LAS ACCIONES DESAPARECEN, QUEDANDO REPRESENTADA LA PARTICIPACIÓN ECONÓMICA DE LOS SOCIOS EN UNA DETERMINADA PARTE ALÍCUOTA, VALORADA EN PESETAS, DEL CAPITAL SOCIAL, ENCIERRE EL ACTO LIQUIDABLE DE «TRANSFORMACIÓN».

Antecedentes: Constituida una Sociedad de responsabilidad limitada con un capital representado por 1.200 acciones, fué acordada posteriormente la supresión de tales acciones y la fijación del haber de cada socio en un tanto por ciento, valorado en pesetas, del capital social, haciendo constar en la correspondiente escritura que, como consecuencia de la supresión, quedaban sin efecto cuantos artículos de los Estatutos hacían referencia a dichas acciones y que debería entenderse en adelante que el concepto «accionistas» quedaba sustituido por el de «socios».

La escritura fué liquidada como transformación de Sociedad y recurrida tal calificación alegando que la supresión de acciones en una Sociedad de responsabilidad limitada no supone modificación o transformación alguna, y que si se examinan los casos que el Reglamento determina como de transformación de Sociedad se ve que no guardan ni relación ni paridad con el discutido, puesto que no ha habido cambio de naturaleza, al ser siempre mercantil, ni ha cambiado su objeto ni su forma; ya que en todo momento ha sido de las llamadas de responsabilidad limitada, es decir, que ésta queda referida, como ocurre en las anónimas, a la cantidad que los socios aportaron, y que la existencia o no de las acciones no es el elemento distintivo y diferencial entre las anónimas y las comanditarias. Además, se dice, con arreglo a la legislación extranjera, se ve que es permitida en las sociedades de responsabilidad limitada la incorporación de las participaciones a un título negociable, que es el justificante de los derechos de socio, y, por fin, que las Juntas de socios en ambas clases de Sociedad es análoga en su constitución y funcionamiento.

El Tribunal Provincial desestimó el recurso y confirmó la liquidación diciendo que la supresión de las acciones constituye la modificación de una de sus condiciones esenciales y, por ello, una novación de contrato, con arreglo al artículo 1.203 del Código civil, siendo confirmado el acuerdo por el Central.

La Sala confirma también dicha tesis y argumenta diciendo que la diferencia entre la forma de una Sociedad que tenga su capital representado por acciones y la de otra que lo tenga constituido por participaciones de los socios, no representadas por títulos de ninguna clase, son tan evidentes como sustanciales, puesto que las acciones son transmisibles y negociables en Bolsa sin necesidad de la conformidad de la Sociedad ni de los restantes accionistas, lo que no ocurre en la Sociedad Limitada cuyo capital está dividido en participaciones a los socios, sin que éstas estén incorporadas a ningún título transmisible o negociable y en las que, por tanto, la enajenación o transmisión sólo puede tener lugar por escritura pública, lo que implica que falta en esta clase de sociedades la libre transmisibilidad a la cualidad de socio mediante el título que se da y es característica de las sociedades constituidas por acciones.

Comentarios: Entendemos que debe desecharse de plano el argumento de la novación esgrimido en la primera instancia; y en cuanto a los de la Sentencia reseñada, no nos parecen aplastantes desde el momento en que de los conceptos que implican «transformación», según el apartado 14) del artículo 19 del Reglamento, sólo parece aplicable al caso el referente al «cambio de naturaleza o forma», y es lo cierto que tal cambio no se ve, porque la recurrente, antes y después de suprimir las acciones, siguió siendo de responsabilidad limitada y personalista.

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1954.

Esta Sentencia estudia el caso de una Empresa que tenía en circulación 40.000 obligaciones hipotecarias del 6 por 100, libre de impuestos, y que, posteriormente, tomó el acuerdo de proceder a la reducción del interés de las mismas al 5 por 100, dejando subsistentes íntegramente las condiciones, plazos y garantías estipuladas al tiempo de la emisión.

Ante la correspondiente escritura, la Oficina liquidadora giró liquidación, concepto «sociedades», número 63 de la Tarifa, como transformación de obligaciones hipotecarias emitidas por sociedades mercantiles o industriales definida en el artículo 20 del Reglamento del Impuesto, siendo confirmada tal calificación fiscal sucesivamente por los Tribunales Provincial y Central, éste en Resolución de 21 de febrero de 1950, y en esta Sentencia por el Tribunal Supremo.

Dado que la indicada Resolución del Central fué comentada por nosotros en esta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, nos abstuvimos de tratar nuevamente del caso y nos limitamos a registrar la confirmación de la doctrina por el Tribunal Supremo en la Sentencia a que nos venimos refiriendo.

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1955.

En 1920 los esposos Astorquia-Zabala adoptaron a don Cipriano Antonio A. G., quien habría de usar los apellidos Astorquia y Zabala.

Fallecido el marido adoptante en 1922, la viuda y madre adoptante otorgó testamento cerrado en 1942, bajo el que murió en 1944; y en él instituyó heredero suyo al don Cipriano Astorquia Zabala—llamado también Antonio—, denominándole «hijo», sin adverbio que denotase la condición de hijo adoptivo de ella. En la inscripción de defunción de dicha señora, según la correspondiente certificación, consta que el óbito se produjo «dejando un hijo llamado Antonio, mayor de edad».

Este, que aparecía nombrado por su madre adoptiva contador-partidor de la herencia, confeccionó el cuaderno particional y, una vez protocolizado, lo presentó en la Oficina liquidadora e hizo declaración negativa sobre cotitularidad de efectos mobiliarios con la causante, designando a ésta escuetamente como su «madre», sin mayor precisión de parentesco.

La Oficina liquidadora giró las correspondientes liquidaciones por el número y tipo correspondientes a hijos legítimos, pero el caso fué objeto de denuncia y consecuencia de ella fué la rectificación de las liquidaciones con las correspondientes sanciones reglamentarias.

Recurridos los actos de la Oficina liquidadora y previas otras

incidencias que no hacen a nuestro objeto, en los que intervino la Dirección General de lo Contencioso, llegó el asunto a la Sala 3.ª.

Dice ésta que lo primero que ha de dilucidarse es si el recurrente tenía o no conocimiento de su condición de hijo adoptivo de la causante cuando presentó el cuaderno particional a la Oficina liquidadora confeccionado por él, como albacea, toda vez que reiteradamente lo niega, y a este efecto hace constar la Sentencia que si bien en el testamento de la señora Zabala no consta mención alguna de la adopción, sí consta ampliamente en el de su marido, en el cual éste instituyó heredera a aquélla y sustituto al adoptado, y además, en las operaciones particionales dichas, confeccionadas por el recurrente, consta que trece de diecisiete bienes inmuebles pertenecían a dicha señora por herencia de su esposo; todo lo cual prueba que tenía pleno conocimiento de su condición de hijo adoptivo cuando presentó el documento particional, puesto que al consignar en él que varios bienes pertenecían a la causante por herencia de su esposo es que conocía el título de procedencia, que no era otro que el testamento del mismo, y al conocerlo supo también, ya que en él se relata ampliamente, el extremo de la adopción.

Además, añade la Sala, la condición de Abogado del reclamante evidencia sin género de duda que, para matricularse y obtener el título de Licenciado, como antes el de Bachiller, tuvo necesariamente que hacer uso de su certificación de nacimiento, en la que constaba la naturaleza de su filiación.

Esto sentado, al omitir en el cuaderno particional presentado al pago del impuesto su condición de hijo adoptivo, sabiéndolo y sabiendo también por su profesión de Abogado y práctico en operaciones particionales el mayor tipo de gravamen que corresponde a los hijos adoptivos en relación con los legítimos, ocultó una circunstancia especial de tal entidad que indujo a error al liquidador y éste aplicó el tipo de 8 por 100 en lugar del 12, que era el que legalmente correspondía.

Rechaza, pues, la Sentencia el recurso en todos sus matices; en cuanto a la imposición de multa con arreglo a los artículos 221 y 227 del Reglamento, dice que son aplicables al caso porque su finalidad es la de sancionar las infracciones cometidas por los contribuyentes en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales, una de las cuales es, cuando de herencias se trata, la de presentar relación de los herederos con expresión de su parentesco con el causante, y en cuan-

tó a la procedente de no aplicar la bonificación del 3 por 100, también la considera ajustada a derecho, porque tal bonificación la concede el artículo 112 del Reglamento cuando se presentan todos los documentos necesarios para practicar las liquidaciones, mas siempre sobre la base de entenderse por tales las que rectamente procedan, premiando así la Ley no sólo la diligencia, sino la lealtad del contribuyente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y por documentos los válidamente eficientes para girar las liquidaciones.

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1955.

Reitera la doctrina sentada por el mismo en la de 14 de octubre de 1944, en contra del criterio reiteradamente sostenido por el Tribunal Central acerca de si sólo aquél a cuyo nombre está extendida la liquidación es el que tiene acción para recurrir contra ella, conforme dispone el artículo 15 del Reglamento de Procedimiento Económico-Administrativo.

Dicha Sentencia fué en su día comentada en esta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO en sentido favorable a su contenido, opuesto a la tesis del Central, y ahora el Supremo reitera la doctrina diciendo «que la aplicación de los preceptos reguladores del impuesto a la procedente de no aplicar la bonificación del 3 por 100, tampoco, y en su vista decidir que una persona, sin ser la legalmente obligada al pago del tributo, pueda impugnar válidamente el acto administrativo si se alega y demuestra que el mismo ha de serle perjudicial».

La Redacción.

VARIA

DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO, por *Jesús González Pérez*, Profesor adjunto de la Facultad de Derecho de Madrid.—Prólogo de *Jaime Guasp*.—Instituto de Estudios Políticos.—Estudios de Administración.—Tomo primero.—Madrid, 1955.

Cuando se publica un libro y en la hipótesis de que el resultado merezca el calificativo de bueno, excelente o superior (de los malos no vamos a preocuparnos), es fácil averiguar cuál fué el propósito del autor al escribirle. Puede pretender desarrollar un tema inédito, perfeccionar el estudio de temas ya tratados o utilizar los materiales existentes para construir un edificio que difiera de las reglas arquitectónicas en uso. Hay un gran mérito en los tres propósitos, pero tiene razón Guasp al conceder primacía al último, que significa innovación, originalidad, revolución en la forma, muchas veces más difícil que la revolución en el fondo.

González Pérez, autor que ha merecido, merece y merecerá siempre que se estudien sus trabajos con atención interesada, acaso más por su juventud, ha elegido el tercero de los caminos antes indicados. Los procesalistas han sentado la tesis de que el llamado contencioso-administrativo, no es, en definitiva, más que un proceso, singularizado por recaer sobre materia administrativa, pero sin desenvolver rigurosamente las consecuencias que se derivan de esta tesis. Los cultivadores del Derecho Administrativo no han replicado a la afirmación procesalista, ni la han combatido, porque han

optado por silenciarla. Ahora, con la iniciativa de González Pérez, que no se condensa en un intento o en una monografía, sino en un tratado general, aparece diáfananamente que la tesis procesalista no es una declaración de principio y que se trata de una premisa que informa todo el desenvolvimiento del contencioso - administrativo, apoyada en la idea procesal de la satisfacción de pretensiones.

Léase al prologuista Jaime Guasp y se despertará la curiosidad por el contenido del libro, perfectamente sistematizado en su forma y claro en el lenguaje, pues González Pérez escribe bien, con párrafos cortos y terminantes. Este primer tomo está dividido en cuatro títulos, que tratan, respectivamente, de: El proceso administrativo, el Derecho Procesal Administrativo, Derecho Comparado y el Derecho Procesal Administrativo en España.

El título primero trata del proceso en general (concepto, naturaleza jurídica, fundamento, tipos del proceso y unidad fundamental de los mismos) y del proceso administrativo (concepto y clases). El título segundo estudia el Derecho Procesal Administrativo (concepto, naturaleza jurídica, método, contenido y plan), sus fuentes (nociones generales, enumeración, jerarquía) y su aplicación (normas de elección, interpretación y de integración).

El título tercero examina el Derecho Comparado en los pueblos hispánicos, en los países árabes, en Francia, países anglosajones; Italia, Alemania, Bélgica, Rusia y países satélites, etc.

Y el título cuarto indica la evolución de nuestra legislación contencioso-administrativa hasta el 22 de junio de 1894 y desde esta fecha en adelante, destacando como fechas las de 5 de abril de 1904 y la de publicación del texto refundido de 1952, para después señalar las fases de la ciencia española del Derecho Procesal Administrativo hasta 1888, desde entonces hasta 1943 y desde 1943 hasta nuestros días.

La tarea ha sido y es inmensa, realizada en plazo corto y con el éxito que demuestra el mismo tomo publicado, salpicado de notas y de referencias doctrinales y legislativas, de sugerencias y de reflexiones.

A través de sus páginas, recordamos lo que es el proceso, sus modalidades, su razón de existir y el fin que persigue, así como las dificultades de adaptación cuando uno de los sujetos es la Administración con su posición privilegiada (decisión ejecutiva y acción de oficio). Sin embargo, los particulares han de gozar también

de un medio para fiscalizar la autodefensa administrativa y defenderse de sus arbitrariedades (recursos contencioso-administrativos). Hemos entrado ya en el examen del proceso administrativo y en la sistemática clasificación que del mismo nos presenta González Pérez, como antecedentes a la exposición del Derecho Procesal Administrativo y a sus relaciones con el Derecho Procesal. Capítulos cortos, excepcionalmente claros y admirablemente pergeñados.

El panorama que ofrece la legislación comparada, bien dibujado, nos hace ver los distintos tipos de organización de la jurisdicción especial administrativa: órganos independientes, órganos encuadrados en la organización judicial y órganos esencialmente administrativos. Francia constituyó el modelo de organización independiente de la judicial y de la administrativa. Inglaterra se atiene a la organización judicial. Hoy no cabe hablar de que se mantengan puros estos sistemas; proporcionándonos serios temas para meditar las consecuencias que produjeron.

En cuanto a la evolución española, se advierte: primero, la influencia francesa; después, la reacción contraria; más tarde, el sistema armónico o transaccional. Se concluye el tomo con la exposición de las corrientes doctrinales modernas y del estado actual en España de la ciencia del Derecho Procesal Administrativo.

Esperemos la aparición del tomo segundo confiados en que el autor ha de superarse a sí mismo, pues entonces es cuando la inspiración señalada por Guasp (excelente catador, como insuperable maestro) ha de expansionarse libremente. Estamos seguros de ello, sin que influyan para nada en esta afirmación mi excepcional afecto hacia González Pérez, ni su condición de Registrador de la Propiedad, Cuerpo que se honra al tenerle en su escalafón. Basta para ello el mérito intrínseco de este primer tomo.

CÓDIGO DE DEONTOLOGÍA JURÍDICA, por *Alejandro Martínez Gil*, Presbítero, con la colaboración de un grupo de juristas.—Prólogo del *excelentísimo señor don José Castán Tobeñas*, Presidente del Tribunal Supremo.—P. Y. L. S. A., Madrid, 1954.

En un mundo que ha perdido la moral, que desconoce el concepto del pecado y que, por añadidura, ignora la paciencia y carece de resignación, la publicación de un Código de moral articulado y

sistematizado siempre sería aconsejable para poner freno a la extensión práctica de que «el fin justifica los medios», entendiendo por fin el egoísmo individual y por medios aquellos que sirven para la adquisición de bienes materiales, sean lícitos o ilícitos, con marcada preferencia por los rápidos. Hay que hacerse rico, hay que llegar a la meta rápidamente, hay que empezar por lo que antes (en sentido despectivo) era el terminar. El estraperlo, el negocio ocasional y fácil, seducen; la labor lenta, el elevarse con trabajo, por propios méritos, por el estudio y por actos meritorios unidos a la labor del tiempo, es incomprensible. Si hay que poner una zancadilla o eliminar a quien estorba, se realiza sin fijar la atención en el interés colectivo o en el interés del sujeto que es el obstáculo; se mira a través de un solo cristal el interés propio. Se abusa de la palabra *derecho* y cuidadosamente se oculta la palabra *deber*; existirá, indudablemente, pero hay que obrar como si no existiese y desespera que se recuerde tal existencia.

La lucha por implantar el predominio del deber moral y de que la idea del deber impregne todos los actos del individuo, ha sido entablada por la moral católica desde remotos tiempos. Una de sus facetas forma el campo de la moral profesional y dentro de ella, el espacio acotado de las profesiones jurídicas. En este espacio se mueve el *Código de la Deontología jurídica*. Castán, en el prólogo, justifica el motivo que inspira la obra y señala sus precedentes con el acierto que le caracteriza. Por su parte, el autor afirma que ha querido dar a los jurisperitos cristianos un resumen claro y escuetamente articulado de los deberes que les impone nuestra inmutable moral.

El libro se ha dividido en tres partes: La primera condensa los principios generales de moral; la segunda, los relativos a la moral de las profesiones jurídicas, y la tercera, en Apéndices, trata del probabilismo moral, de las pasiones en el terreno jurídico, de las psicopatías y el jurisconsulto, de la ley injusta y el jurista, del narcoanálisis en la práctica jurídica, de la moral del jurista (financiera y fiscal, en materia laboral, en el funcionario público, en materia penitenciaria, en medicina y práctica forenses, en la diplomacia, en la política y en la cátedra), y termina con la inserción de cuatro discursos del Papa. Hay índice alfabético, bibliografía y el correspondiente sumario. Más no se puede pedir en un librito de 193 páginas.

No se asusten los tímidos ni crean que todo es condenación eterna. A mi juicio, un párrafo de la página 79, al estudiar sucin-
tamente el probabilismo moral, ilumina perfectamente la teoría
aceptada. El párrafo dice textualmente: «Todo esto no parece *man-
ga ancha*, aunque algunos lo dicen. Dios es toda bondad y miseri-
cordia».

Hay capítulos especiales para Notarios, Registradores de la
Propiedad, Abogados del Estado e Inspectores de Tributos.

ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS.—COMENTARIOS A LA NUEVA LEY DE
15 DE JULIO Y AL DECRETO DE 17 DE DICIEMBRE DE 1954, por
Joaquín de Camps y Arboix-Bosch.—Casa editorial. — Barce-
lona, 1955.

No es un libro que analiza el articulado, sino que atiende tam-
bién al objeto y fin de la Ley, que lleva la marca jurídico-social de
su contenido en lugar destacado. Se trata de facilitar el acceso a la
propiedad de los arrendatarios protegidos por nuevos procedimien-
tos directos. Los retractos, bastante desacreditados, son indirectos
y eventuales.

Previa referencia a la evolución del contenido de la propiedad
o, mejor dicho, del derecho de propiedad, que de poder absoluto se
transforma en algo similar a un servicio de interés común y no
individual, se exponen someramente los antecedentes patrios de la
Ley a partir del Real decreto de 21 de noviembre de 1924, que cam-
bió el sistema seguido por el Código napoleónico de protección al
arrendador para imponer la protección al arrendatario. Los medios
empleados por las distintas reformas agrarias, incluida la de los
Gracos, son: expropiación, retracto y censos (enfitéutico general-
mente). Nuestro autor muestra preferencia por la enfiteusis con
el sentido moderno, pues si antiguamente se centraba la protección
en el dominio directo, hoy este dominio ha adquirido el carácter
de una carga, de un derecho real, que grava el dominio útil, ver-
dadero dominio.

Nuestra Ley de 1954, en sus artículos primero y segundo, li-
quidan la situación provisional de los arrendamientos protegidos
para señalar después el procedimiento adoptado hasta conseguir el
acceso a la propiedad. En primer lugar, indica el nacimiento del

derecho y el modo de fijar el precio de la finca (módulo en quintales métricos de trigo, porcentaje de la capitalización, según la fecha de los contratos, mejoras, etc.). Observación importante: la anomalía que supone el existir dos precios del quintal métrico de trigo en cada año, uno el de tasa a efectos de los contratos, y otro, el real, que percibe el agricultor. El primero es muy inferior al segundo, que se ha elevado sensiblemente. Consecuencia: que el precio de la finca señalado legalmente no corresponde al precio real de la misma en el mercado, al igual que no corresponde dentro de cada año el importe de la renta tasada con el de la renta real que se debería obtener.

Muy en su lugar las observaciones que surgen de las modalidades y limitaciones del derecho de acceso a la propiedad (condiciones que debe reunir el colono para ejercitar su acción; medios del arrendador para conservar la finca; peligros de lucro contra el espíritu de la Ley; renuncia de derechos; aprovechamientos especiales, etcétera), y detenido estudio del concepto de cultivo directo, primero, y de cultivo directo y personal, después, motivo de una trascendental Sentencia de reciente comentario público. Frecuentes y elogiosas alusiones a la aparcería, mención de la peligrosa intervención fiscal que puede dar al traste con los propósitos del legislador. Siempre la crítica constructiva, que no es obstáculo para señalar errores donde aparecen, y un consejo que nunca debiera olvidarse: huir de las fórmulas agrarias uniformistas, para instaurar métodos de carácter regionalista y, *mejor aún*, localista. Cuantas leyes no sigan este consejo, no sólo están condenadas al fracaso, posiblemente por el olvido, sino que además pueden producir daños inmediatos y crear problemas inexistentes.

Por último, como *addenda*, se comenta el Decreto de 17 de diciembre de 1954. El libro es de interés general y aclara con ejemplos muchos puntos dudosos o poco perfilados en el texto legal.

EL ESPÍRITU DEL «COMMON LAW», por Roscoe Pound, Decano Emeritus de la Escuela de Derecho de Harvard.—Traducido por José Puig Brutau.—Bosch, editorial, Barcelona.

En el prefacio del autor a la traducción española, se hace constar que el contenido del libro fué objeto de conferencias en la se-

gunda decena del presente siglo, pero que permanece inalterable el tema a pesar de las transformaciones del mundo del Derecho en los años transcurridos desde entonces, de que algunos problemas han perdido importancia y han surgido otros desconocidos en aquella época y de la inmensa trascendencia del hecho de que una sociedad agrícola y rural haya pasado a otra de carácter urbano e industrial. Por ello confía nuestro autor en que la técnica del *common law* permitirá a sus juristas mantener este sistema de derecho a la altura de las necesidades actuales, y añade: «No tenemos ninguna obligación de conservar las normas y los dogmas del pasado en la forma que los hemos recibido, pero nos incumbe el deber de trabajar con la experiencia del pasado y con el mismo espíritu del derecho que nos la ha proporcionado».

Por su parte, el traductor advierte que las frases y las palabras no tienen exacta concordancia de sentido en los distintos idiomas. *Common law*, en su versión literal, es Derecho común, pero a su vez es el sistema inglés del Derecho. *Equity*, puede ser equidad, pero también es el fenómeno peculiar que se desarrolló en el Tribunal inglés de la Cancillería. *Law* es derecho objetivo y *legal right*, derecho subjetivo, pero a veces *law* es también ley. Igual sucede con las palabras *frontier* y *pioneer*, que no son frontera ni explorador respectivamente. E indica de qué modo ha empleado las palabras, para mejor claridad en la exposición, y de la razón que ha tenido para suprimir notas que no mejorarían la claridad del texto original.

Los epígrafes del índice y que encabezan cada uno de los ocho capítulos del libro, también nos demuestran la dificultad que para el estudiante español tienen los ingredientes formativos del *common law*, porque muchos de ellos son fenómenos desconocidos para nosotros. No hemos conocido históricamente en nuestra Patria: el elemento feudal, el puritanismo, las luchas entre los Tribunales y la Corona, los pioneros, ni el empirismo judicial del estilo a que se refiere el libro. Otros fenómenos históricos han informado nuestra evolución jurídica, desconocidos a su vez por los ingleses.

Roscoe Pound es una gran figura jurídica americana, tan enamorada de su sistema del *common law*, que le cree superior a todo lo creado y aplica su poderosa inteligencia y su gran cultura a mantener esta idea de la supremacía.

Por empezar, afirma que es esencial al *common law* «una forma

peculiar del pensamiento judicial y jurídico, una manera de tratar problemas jurídicos más bien que un cuerpo definido de reglas determinadas; pero en todas partes acaba por configurar las reglas, cualquiera que sea su origen, en consonancia con sus principios y logra que éstos se mantengan con firmeza ante poderosas tentativas dirigidas a eliminarlos o superarlos». El no admitir posibilidades de superación entraña un orgullo que no comprendemos.

Pero no es esto sólo, sino que «El anglosajón se niega, en definitiva, a someterse a ningún otro sistema de Derecho, ya sea ello debido a las excelentes cualidades propias de nuestro sistema jurídico o a la suficiencia innata de la gente que vive bajo sus normas. En todo caso, damos por supuesto que las nociones fundadas en el *common law* forman parte del orden jurídico de la naturaleza y no podemos comprender que un ser racional pueda abrigar conceptos que las contradigan».

Menos mal que «Cuando se trata de una comparación entre sistemas abstractos, el *common law* se encuentra en peores condiciones; pero en cambio, siempre ha prevalecido cuando se ha tratado de someter a prueba su eficacia para resolver controversias particulares». Pudiera ser que lo abstracto lleve aparejada la condición de científico y la conclusión salta a la vista: el empirismo romano, con todos sus inconvenientes, y la necesidad de efectuar una labor similar a la de los glosadores, trabajando con distintos materiales, para no caer en contradicciones y configurar reglas que proporcionan forma y consistencia a la abundante legislación que se promulga (pág. 17), reglas o principios a los que se ajusten los jueces (pág. 116), o un cuerpo de precedentes consistente, lógico, detallado y preciso (pág. 138). En definitiva, utilizar el método inductivo, pues por razones históricas hay repugnancia a las normas promulgadas por el legislador (cada vez hay más), aunque sean excelentes, y se prefiere buscar otro origen. Preocupa la forma en que aparece la norma, porque en el legislador se cree ver el retrato de un emperador romano o de un rey feudal y un destructor de la libertad individual. Se busca aquélla a través de los precedentes judiciales, de la analogía, de los fenómenos o hechos sociales y de las doctrinas científicas. Es decir, de los mismos medios que emplea para su códigos el método deductivo, denominado por el autor abstracto, no solamente para efectos de diferenciación, sino porque sus reglas son producto de un estudio depurado cons-

cientemente (nunca arbitrarias, pues lo arbitrario es más probable con el método inductivo por razón de la persona que lo emplea) y aparecen cristalizadas en textos legales, promulgados por un Cuerpo legislativo.

Cuanto se ha transcrito consta en la primera página y podría suponerse que con tanta soberbia y con tal desdén por el pensamiento ajeno se haría automáticamente un crítica. No es así, sin embargo, aunque nos sorprendan tales afirmaciones. La consecuencia es otra: que el texto se lee con prudentes reservas, que se perciben censuras explícitas o implícitas a tantas excelencias y que se descubren contradicciones desconcertantes, tal vez porque las características de los métodos inductivo y deductivo no permiten afirmaciones tan concretas respecto a la superioridad esencial de un sistema sobre el otro. Ambos tienen sus inconvenientes y sus ventajas.

Desde luego, no parece señal de bondad intrínseca de un sistema su extensión o infiltración a determinados territorios (Luisiana, Texas, California, Quebec, Africa del Sur, Filipinas y Puerto Rico), porque cuando en cualquier país se ejerce una dominación económica y política, la imposición y la fuerza que la acompañan son suficientes para producir aquel fenómeno. No olvidemos que en España el Derecho romano fué impuesto por la fuerza, venciendo resistencias de las costumbres observadas. Cuando el país dominante, los Tribunales y los juristas están impregnados de sustancias propias de un sistema jurídico determinado, a la larga poco vale lo que quieran u observen los pueblos y aquéllos vencen siempre, aunque la lucha sea de siglos.

Menos aún nos pueden convencer, como síntomas de eficacia, el orgullo la suficiencia innata, el desdén por lo que no sea suyo o la negativa a someterse a ningún otro sistema de Derecho, como se dice ocurre con los anglosajones. Más bien son síntomas de terquedad, que desde luego en la práctica tiene su importancia aun cuando no sea muy objetivo.

Goza de primacía en el estudio el elemento feudal, pero antes de que sea determinado hay una serie de consideraciones que nada tiene que ver con el feudalismo. Primero es un canto a la tradición jurídica angloamericana, cuidadosamente expuesta para dar la impresión de que es un Derecho mundial en medida no inferior a la del sistema rival, continental, abstracto, en cuya fuerza radica en el

desarrollo lógico de conceptos generales. Destaca que el *cammon law*, es una manera de administrar justicia, de tratar problemas jurídicos, resultante de la idea de que la creación del Derecho tiene lugar a través de la resolución judicial de los casos. Después señala las vicisitudes y luchas entabladas con la Iglesia del siglo XII; con la recepción del Derecho romano del siglo XVI; con el sistema judicial de los Tudor; con la Corona inglesa en el siglo XVII; con el prejuicio contra todo lo que fuera procedente de Inglaterra después de la Revolución; con la hostilidad hacia los hombres de Derecho y la administración de justicia sistemática y según Derecho, predominante después de la separación de Inglaterra. Luego indica las nuevas luchas entabladas recientemente en tres frentes: Poder judicial para declarar inconstitucionales las leyes, Derecho mercantil codificado y Derecho de responsabilidad por actos ilícitos (concurrency de culpas, asunción de riesgo y existencia de culpa) y en el mismo nivel, la aparición de la justicia ejecutiva, la creación de organismos que proceden extrajudicialmente (en suma, las nuevas teorías y los nuevos hechos del Derecho Administrativo), todo unido a los inconvenientes de una judicatura electiva, no muy bien preparada, y al número de asuntos litigiosos (1819, siete Jueces y 33 Sentencias; 1919, nueve Jueces y 242 Sentencias).

Aunque la escuela histórica del Derecho está de momento desacreditada y se quiere sustituir por la historia de base sociológica y económica, en realidad existen en la historia del Derecho, según el autor, dos fuerzas poderosas que han impedido alcanzar el nivel deseado de desarrollo jurídico que podían haber logrado los factores económicos y las luchas de clases: Una, la tenaz insistencia en el desarrollo del Derecho de una manera lógica, a base de analogías proporcionadas por las reglas y doctrinas existentes, tanto por suponer que el Juez o el jurista no pueden crear Derecho, sino hallarlo, como por la seguridad de que era preciso hacer una deducción según una técnica conocida, a base de premisas existentes, para garantizar la certeza en las decisiones. La otra, la tarea consciente de conseguir que el Derecho expresara unos supuestos ideales eternos e inmutables.

La creación consciente del Derecho representa un fenómeno tardío en la historia jurídica. En la sociedad primitiva se cree en un Derecho sagrado o en una costumbre establecida. En una etapa posterior se tiene fe en la autoridad del Derecho estricto tradicional. Más

tarde aparece la concepción de un Derecho natural, que el Derecho de cada lugar y tiempo se limita a declarar. Estos factores se oponen a la creación consciente y deliberada del Derecho por medio de la libre admisión de nuevas premisas o de la promulgación de reglas que no pueden derivarse o hacer que aparezcan derivadas de premisas existentes. Para evolucionar es natural que se acuda a la analogía para resolver los nuevos problemas con base en los materiales jurídicos tradicionales.

La tradición jurídica americana o angloamericana presenta dos características: Por un lado, un extremado individualismo, sin preocuparse de lo que sea socialmente justo (los problemas de más interés social son considerados como disputas privadas entre Fulano y Mengano). Un litigio es un combate ajustado a ciertas reglas, con la misión del Tribunal reducida a procurar juego limpio y a evitar influencias. Por otro lado, hay otro elemento de tendencias opuestas, como es el de fijar deberes y responsabilidades con independencia de las personas obligadas, la de tener en cuenta las relaciones con preferencia a los negocios jurídicos, y la de imponer responsabilidades y reconocer incapacidades en quienes se hallan en determinada relación por su calidad de miembros de una clase, con preferencia a su condición individual. A este último elemento le llama el autor elemento feudal.

La historia del Derecho inglés, en términos generales, empieza en el siglo XIII, y aun cuando no cabe señalar, arbitrariamente, el origen de ninguna institución, sí puede afirmarse que el substrato de aquel Derecho es germánico puro (desarrollo e interpretación inglesa de ideas jurídicas germanas), con menos influencia del Derecho romano que el actual Derecho germánico o alemán. Los trabajos de Eduardo Coke en el siglo XVII sobre el Derecho inglés determinaron la forma de recibir el *common law* en América, aunque fueran reelaborados. Esta base del Derecho americano corresponde a la que el autor califica como de Derecho estricto (cumplimiento de una obligación asumida en forma jurídica, de modo exacto, sin gracia por causa de accidente, ni piedad para el moroso; no hay protección; el individuo, libre, debe preocuparse de salvaguardar sus propios intereses sin esperar un maternalismo jurídico; al obrar, lo hace a su propio riesgo), templada posteriormente por la evolución jurídica de la equidad o del Derecho natural y ambas etapas han representado un doble sistema conservado a través de la evolución del Derecho

americano. Por el contrario, el Derecho continental aceptó la versión bizantina de los juristas romanos clásicos (siglos I al III), no al arcaico y estricto *ius civile*, sino el liberal y moderno *ius gentium* y el *ius naturale*.

Mientras el Derecho estricto insistía en que cada hombre respondiera plenamente de sus actos y hasta las últimas consecuencias, la principal institución social y jurídica de aquella época en Inglaterra era la relación feudal entre señor y vasallo; derechos y deberes recíprocos; derechos de servicio y homenaje contra deberes de protección y seguridad. De ello resultó la concepción jurídica de unos derechos, deberes y responsabilidades que no eran consecuencia de haber sido asumidos voluntariamente, sino que brotaban implícitamente de una relación nacida de un simple hecho. Esta idea de la relación impregna todo el derecho del *common law*.

El negocio jurídico romano y la autonomía de la voluntad, privan en el Derecho continental: Contrato de mandato, de sociedad, compraventa, etc., mientras que en el *common law* se piensa en la relación entre principal y gestor, relación de sociedad, de vendedor y adquirente (no compraventa). No se trata de dar eficacia a la voluntad, sino de dar eficacia a los efectos que se consideran implícitos en la relación, aunque no se hayan querido. Esta idea de la relación es eminentemente germánica y el Derecho inglés la generaliza a través de la casuística judicial y de la analogía. No es la marcha del *status* al contrario, de Henry Maine, aplicable en la historia del Derecho romano solamente. Los deberes de una Compañía de servicios públicos no son contractuales, sino relaciones jurídicas que existen con independencia de la celebración de un contrato. En el negocio jurídico sólo se tiene en cuenta al individuo y esto no basta cuando se trata de clases, grupos y relaciones de las sociedades urbanas e industriales actuales.

Acusa el libro un perfecto conocimiento de la filosofía jurídica y de la historia del Derecho, que demuestran la extensa cultura del autor. El desarrollo de las ideas elementales expuestas tiene lugar en los sucesivos capítulos antes indicados. No olvidemos que se trata de la joven América, con enormes problemas de adaptación de ideas trasladadas de la vieja Inglaterra y con problemas propios originados por la colonización de extensas zonas, por la idiosincrasia especial de sus poblaciones y por la incultura jurídica de sus primitivas

instituciones judiciales. La superación de todas estas dificultades acredita a los juristas norteamericanos.

En definitiva, el método adoptado es el inductivo. Por razones históricas se originó una fuerte resistencia a emplear los medios legislativos como creación principal del Derecho, los que necesariamente obligan a la deducción. En vez de un Cuerpo legal de Derecho, creación consciente del Derecho por el estudio, la meditación, el análisis (de las teorías, de la tradición, de las costumbres, de la evolución social, etc.), se ha preferido encontrar el Derecho y un Cuerpo de reglas y principios jurídicos a través de la observación del caso concreto planteado, del examen de los precedentes (jurisprudencia), con el sorprendente resultado de que las soluciones del empleo de uno u otro método son coincidentes, salvo las especiales circunstancias de lugar y tiempo. En ambos sistemas existen principios y reglas, cambiando solamente la forma como aparecen presentadas: en uno es un Código, en el otro es un repertorio. En el sistema que prefiere el método deductivo, el texto legal casi todas las veces es insuficiente y hay que emplear la analogía, el examen de casos precedentes (jurisprudencia), las particularidades del caso planteado, las nuevas doctrinas, los nuevos hechos sociales, etc. Con el método inducido se procede al revés. Varía solamente el orden en el manejo de los medios a disposición del jurista, pero siempre o en la mayoría de los casos en la cúspide encontraremos una regla, un principio de derecho, el mismo, reflejado en un texto legal o recopilado en un repertorio de sentencias.

Confesamos que la lectura del libro, aun cuando nos ha deleitado, no nos ha convencido de la afirmación ya indicada de que el *common law* «ha prevalecido cuando se ha tratado de someter a prueba su eficacia para resolver controversias particulares». Por el contrario, después de la lectura, hemos encontrado que el método inductivo es o puede ser más engorroso, que requiere mayor preparación profesional práctica en el jurista y en el Juez para que la solución sea la más ajustada a Derecho y que para preferirle se requiere una buena dosis de terquedad, de adherencia (más que adhesión) a la tradición, y de idiosincrasia de raza, aparte de la educación jurídica. Un ejemplo o historia de Ihering (página 159): Un profesor redacta un detallado y profundamente razonado dictamen para resolver una cuestión y cuando se le advirtió que la misma solución se encontraba ya, incluso en la letra de un texto legal vigente, contestó que no era de su incum-

bençja ocuparse de si tal Código, se manifestaba o no en contra de la razón y del Derecho romano. La anécdota, aplicable exactamente a la manera de proceder de los juristas del *common law*, es una crítica rotunda de esa manera de proceder. Igualmente, el desconcierto del Juez, que, envuelto por la habilidad del Abogado y por la doctrina de las Sentencias invocadas, absuelve de unos daños: primero, porque el objeto dañado era mueble y, después, porque era inmueble, cuando se trataba del mismo objeto (pág. 131), es otro exponente de las fragilidades del método inductivo.

Innumerables observaciones podrían añadirse, pero ya se sabe lo que son las recensiones: una nueva indicación y con lo dicho puede apreciarse lo sugestivo del tema, desarrollado con maestría y originalidad. No es libro para leer de un tirón, sino para meditar, al mismo tiempo que se admira la recia personalidad del ilustre jurista americano.

PEDRO CABELLO
Registrador de la Propiedad