

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

DEPÓSITO LEGAL: M. 968.—1958

Año XXXVIII

Marzo-Abril 1962

Núms. 406-407

Ley uniforme de publicidad inmobiliaria

I. BREVE EXPOSICION

Nuestros estudios nos han llevado a distinguir claramente, y desde un punto de vista teleológico, la existencia de tres teorías que comprenden todas las legislaciones posibles de publicidad inmobiliaria. Tales teorías están centradas en la naturaleza de la inscripción, y sus efectos: sistema de inscripción constitutiva, sistema de inscripción declarativa con eficacia convalidante y sistema de inscripción declarativa con eficacia corroboradora. Dichos sistemas no son enteramente practicados en ningún país, sino que un conjunto de principios, aplicados con mayor o menor rigor, fijan en cada lugar las características primordiales de la legislación, que así se orienta hacia determinado sistema. De esta manera encontramos que las normas generales del Derecho alemán sitúan a éste en el ámbito de la teoría o sistema de inscripción constitutiva, en que el asiento es un presupuesto esencial de toda adquisición de derechos sobre fincas. Que las reglas jurídicas de la legislación francesa se desarrollan en el marco del sistema de inscripción declarativa con eficacia corroboradora, en que el asiento registral no altera en lo absoluto los principios tradicionales de los regímenes clandestinos de base romanística (*Nemo plus juris*

transfere potest quam ipse habet, y Resoluto juris dantis resolvitur jus accipientis), sino que actúan—por el contrario—confirmando las adquisiciones hechas de un mismo y legítimo causante. Y que las disposiciones de la Ley española separan nitidamente las relaciones entre pares, que someten al negocio jurídico por ellas elaborado, de las cuestiones o conflictos que surjan entre personas que no han establecido entre sí ninguna relación jurídica respecto a determinado bien inmueble o derecho sobre el mismo, a quien precisamente dirige el proceso registral y sus efectos, que concluye en la teoría o sistema de inscripción declarativa con eficacia convalidante. Estas personas no son, como supone el distinguido profesor VINDING KRUSE, de la Universidad de Copenhague, las que forman el «círculo invisible», sino las que reúnen los requisitos que el régimen hipotecario tiene preestablecidos y que la jurisprudencia ha depurado muy claramente a través de cien años de fecunda labor. Si los tratadistas escandinavos o ingleses estudiaran la legislación española, se sorprenderían de observar que muchas dudas y problemas sin correcta solución entre ellos hace bastantes años que están resueltos felizmente por la ciencia hipotecaria hispana.

Creemos que, en definitiva, el sistema de inscripción declarativa con eficacia convalidante es la fuerza de equilibrio entre las dos posiciones extremas que representan las otras teorías. Tal sistema acoge al mismo tiempo—sin que ello signifique eclecticismo ni equidistancia alguna—los postulados de los dos restantes sistemas. Es decir, carece del rigor excesivamente formalista que caracteriza a la inscripción constitutiva, sin llegar a la fórmula negativa de una publicidad sin verdaderos efectos positivos, que es el atributo esencial de la inscripción declarativa con eficacia corroboradora. Por otra parte, la teoría convalidante concede al título toda la importancia que al mismo corresponde y la une a los mejores efectos de las constancias registrales.

Pero no hemos preparado las bases y proyecto adjuntos para que se establezca universalmente el sistema de inscripción declarativa con eficacia convalidante. Tal trabajo no sería propiamente de bases y proyectos de Ley uniforme. Hemos sentado como base principal la existencia de las tres teorías antedichas, y, respetando las legislaciones de los distintos países, procuramos que ciertos

criterios de igual orientación permitan utilizar la publicidad inmobiliaria en todas partes y con la finalidad de dar garantía a los negocios sobre fincas. Buscamos que, en todo caso, el cumplimiento de un conjunto de reglas armonizantes con los distintos sistemas permitan que la contratación en materia inmobiliaria esté protegida por un ordenamiento general uniforme. Únicamente así podrá facilitarse la inversión de capitales a beneficio de la fabricación, la agricultura, el comercio y la industria de los países signatarios de la Ley uniforme.

Tenemos muy presente que vivimos una época de vasta y profunda crisis económico-social. Nuestro proyecto está de acuerdo con las grandes transformaciones que afectan a la propiedad inmueble. Se trata de un proceso uniforme de instrumentación jurídico-inmobiliaria, en base de los supuestos que rijan al Derecho material o sustantivo de cada país. Ahora bien, toda instrumentación documental y de libros públicos exige que los derechos por ella protegidos tengan la indispensable estabilidad legal, que juega con las normas de vida y cambios inherentes a nuestra civilización occidental democrática. En breves palabras, sólo puede hablarse de sistemas de instrumentación jurídica en materia de propiedad inmueble cuando ésta es reconocida por el Estado y protegida con arreglo a los principios que la regulan en el Derecho internacional. Bajo un sistema de vida que niegue la propiedad privada, está de más hablar de estas cosas.

Nuestro proyecto es de gran amplitud en cuanto a los derechos inscribibles, condicionada por el criterio que cada pueblo sustente, pues únicamente así pueden conciliarse los sistemas de *numerus clausus* y *numerus apertus* que se practican distintamente en las naciones occidentales. De ahí su base II, que dice: «Lo establecido en la base anterior—registro de los actos y contratos sobre bienes inmuebles—, es aplicable específicamente a todos los actos y contratos referentes a derechos sujetos a registro. Y en tal sentido, los expresados derechos tendrán la consideración de bienes inmuebles, sin perjuicio de las normas jurídicas que determinen las oportunas diferencias para otros fines».

Ciertamente, la publicidad la fundamos en los Registros públicos. Las otras medidas de publicidad tienen un valor complementario, que ha de funcionar dentro del régimen de Registros.

El sistema de la Ley uniforme se apoya en los tres principios matrices que estructuran todas las legislaciones sobre negocios en bienes raíces: publicidad, especialidad y legalidad. La indispensable aplicación de estos principios exige—y así lo hemos llevado al proyecto—que sean precisados un mínimo de extremos capaces de configurar las normas de garantías que se brindan. Ese mínimo responde a los criterios que las circunstancias generales de orden histórico, de soberanía nacional y de conveniencias reciprocas aconsejan.

En cuanto al principio de publicidad, aparecen en el proyecto los extremos siguientes: 1) actos, contratos y derechos sometidos a la L.U.P.I.; 2) actos, contratos y derechos a que se exigirá—en forma compulsoria—el registro; 3) casos y derechos a que se conceden máxima eficacia registral y efectos asignados a los demás casos y derechos; 4) legitimación simple y legitimación plena, dejando a salvo las acciones de enriquecimiento sin causa; 5) cuestiones de posesión y registro, fundadas en el régimen legal que en cada país exista al momento de efectuarse el negocio jurídico registrado, y 6) protección plena a los créditos hipotecarios cuando recaigan en derechos de máxima substantividad (inmuebles poseídos en dominio pleno o derechos constituidos sobre tal dominio). El proyecto establece la llamada reserva de prioridad, para asegurar anticipadamente los negocios sobre fincas y al mismo tiempo evitar cualquier solución de continuidad en el tracto financiero, que conlleve perjuicios a los adquirentes de derechos. También, como es natural, acoge el proyecto las medidas de cautela que, dentro de un régimen taxativo de anotaciones preventivas, se practican en todas partes. En esta materia creemos que las Leyes de los distintos países deben responder al criterio uniforme de otorgar tales medidas sólo ante pretensiones concretas, admitidas por la Ley y en todo caso subordinadas al sistema de inscripción de la L.U.P.I.. Así aparece en el proyecto. Por otra parte, el proyecto establece que los asientos practicados en el Registro se extingan únicamente mediante la cancelación de ellos. Es decir, conforme al asiento de cancelación que cumpla todos los requisitos que fije la Ley de cada país. Mas, al objeto de dar uniformidad a esos requisitos, también se determina que sólo procede dicha cancelación en los casos que, según el régimen legal que protege los derechos

inscritos, conste de modo fehaciente le extinción de los referidos derechos. Así colocamos la cancelación en lugar próximo y dependiente del asiento de inscripción y también del amparo que éste concede a los derechos registrados. En otras palabras, la cancelación es una consecuencia directa de la extinción de los derechos inscritos, y éstos han de extinguirse con arreglo y sin contradicción alguna a las normas de protección que la Ley uniforme les asegura.

Sobre el principio de especialidad—identificación física de los inmuebles y determinación precisa de los derechos en ellos establecidos—el proyecto acoge tal principio en toda su extensión y lo acomoda a las realidades que existan en cada país.

Respecto al principio de legalidad, su desenvolvimiento en el proyecto abarca tres aspectos básicos que, en todo caso, son imprescindibles: 1) cumplimiento en los actos y contratos sujetos a registro de los requisitos y disposiciones legales que en cada nación rijan la materia; 2) necesidad de título o acuerdo fehaciente para obtener la protección del sistema, y 3) investir al funcionario del Registro de las facultades necesarias para que exija el cumplimiento de los requisitos 1 y 2, señalando, al propio tiempo, la procedencia de un rápido procedimiento en que los interesados puedan discutir la calificación de dicho funcionario.

Los efectos de la inscripción son desarrollados en el proyecto de Ley uniforme en un amplio sentido, para así estar de acuerdo con las peculiaridades de las legislaciones existentes en los diferentes países que lo acepten. Los tres puntos esenciales que presupone la protección registral aparecen integrados por: 1) los grados de substantividad de los derechos registrados, objeto del comercio inmobiliario; 2) la buena fe, contemplada sobre la base de un criterio de probabilidades objetivas y subjetivas, y 3) la onerosidad de las transacciones.

La posesión ha sido considerada en dos sentidos primordiales: como medio de prueba en los problemas de identificación predial y como estado real, contacto físico o de disfrute de la cosa inmueble. En el primer supuesto, se ordena apreciar su valor y eficacia conforme a la naturaleza, extensión y efectos que le reconozca la Ley de cada país. Y en cuanto al segundo, se sienta una presunción inicial de concordancia entre registro y posesión, refiriendo las situaciones de discordancia al régimen legal vigente en cada na-

ción en el momento de haberse verificado la adquisición y registro del derecho en conflicto. Al objeto de procurar la indispensable concordancia entre registro y posesión se establece en el proyecto la consolidación de los estados registrales cuando éstos sean conformes con la posesión y así se mantengan durante cinco o diez años, según los efectos que se persiguen. Por otra parte, el proyecto respeta en toda su integridad los derechos registrados, según la naturaleza de los mismos, sometiénolos a las normas legales de cada país en cuanto a la prescripción liberatoria o extintiva.

“ Hemos abolido la vieja práctica de las menciones de derechos con efectos reales. La ciencia ha puesto de manifiesto, y la experiencia comprobado, que el sistema de menciones, propio de las legislaciones de asientos por transcripción o por actos en que se consignan las circunstancias o elementos a inscribir, anule toda claridad en las transacciones sobre fincas y crea innumerables perjuicios al tráfico inmobiliario, sin brindar siquiera protección cierta a los derechos mencionados. Son situaciones de incertidumbre que deterioran gravemente los fines perseguidos por el Registro. No obstante, ante la realidad de que una Ley uniforme debe armonizar los diferentes criterios que presentan las legislaciones de los diversos países, nuestro proyecto adopta una actitud de máxima prudencia. Ordena determinar los derechos que se inscriban con todos los particulares que, en cada caso, fijen de manera clara y exacta la denominación, naturaleza, extensión y gravámenes de ellos, según el régimen del país respectivo, excluyéndose cualquier referencia a circunstancias de meras abligaciones sin trascendencia real o relativas o derechos que la Ley no admita a registro.

“ Establece que en ningún caso se haga mención de los derechos a que la Ley exija el registro para estar constituidos. Y dispone que las menciones de derechos no prohibidas por la Ley uniforme queden sometidas a un plazo de caducidad de cuatro años que, una vez transcurridos, darán lugar a la cancelación de dichas menciones, bien de oficio o mediante la simple petición de cualquier interesado y salvo los casos en que dichas menciones se hubieran convertido en asientos separados y especiales.

“ El proyecto instituye la inscripción como necesaria en el caso de la hipoteca. No puede ser de otra manera. Desde la época en que los griegos inscribían el gravamen hipotecario en la misma he-

redad, hasta nuestros días, ha podido observarse que la existencia del Derecho real de hipoteca no sólo responde al criterio romano del no desplazamiento de la cosa dada en garantía, sino que exige la adopción de una medida eficiente de publicidad, tanto en garantía del acreedor hipotecario como para la seguridad general del tráfico de fincas en el aspecto que al través de los siglos más ha preocupado a las naciones: el crédito real inmobiliario. Y esa medida está, conforme una evidencia de varias centurias nos enseña, en el Registro público y en el asiento—indispensable, dice certeramente el artículo 1.875 del Código civil español—del título-documento. Sin el registro del acto o contrato constitutivo de la hipoteca no es posible asignar a este derecho naturaleza real, ni mucho menos concederle las prerrogativas de inmediata realización y de gravamen que el mismo demande para su plena eficacia crediticia. La hipoteca carece de contacto real con la cosa o derecho a que afecta. Es una afección de garantía que se determina mediante una declaración de voluntad impresa en un papel, que así gana la categoría de documento. Pero tal documento por sí es notoriamente insuficiente para que la determinación en él contenida trascienda a la comunidad con efectos *erga omnes*. De ahí la necesidad de acudir en todo caso a la medida pública de registro del título para que la hipoteca quede válidamente constituida y surta los efectos característicos de las cargas reales, más los privilegios del orden procesal. Pero no debe olvidarse que toda protección máxima concedida a la hipoteca depende de la naturaleza del derecho gravado e inscrito, lo cual es una consecuencia natural del proceso de legitimación registral. Así lo consigna el proyecto. En razón de lo expuesto, hemos procurado que la hipoteca encuentre en la Ley uniforme plenitud de efectos y grandes facilidades para que de esta manera contribuya al mayor y mejor desenvolvimiento del crédito inversionista, dejando a la Ley de cada país la reglamentación amplia de los postulados centrales que deben regirla y que son: 1) reconocer a la hipoteca inscrita como derecho real o gravamen de realización de valor; 2) aplicar la garantía hipotecaria a las emisiones de títulos-valores, pudiendo también hacerse representar la deuda asegurada mediante dichos títulos, caso éste en que, más propiamente, se trata de una hipoteca de cédula, y 3) un procedimiento sumarísimo—que cada na-

ción desarrollará convenientemente—para dar cumplida realización, cuando fuere necesario, al gravamen hipotecario, ajustándose a determinadas normas básicas que fijan las características principales del procedimiento.

El proyecto afronta los casos de fraude de acreedores y de enriquecimiento sin causa, con arreglo a la más depurada técnica legal moderna.

Y, por último, la Ley que hemos proyectado instaura el fondo de seguro, que puede sustituirse por el afianzamiento de los funcionarios encargados del Registro. No creemos en la bondad del afianzamiento de los funcionarios registrales, pero la realidad de estar este sistema implantado en muchos países y las dificultades que una Caja de indemnizaciones presenta, nos mueve a sostener un criterio conciliatorio. Además, sabemos por experiencia que los principios desenvueltos en el proyecto cuando siguen los lineamientos que hemos trazado, obran como fuerza de equilibrio y control y son de plena idoneidad. La regulación que el proyecto hace para los casos indemnizables, tiene igual lineamiento: referirse a irregularidades cometidas, con dolo o negligencia, por los funcionarios del Registro, sus subalternos o cualquiera otra persona que tuviere acceso a la oficina; manera de apreciar los Tribunales de justicia las irregularidades cometidas; cantidad exacta de cada indemnización; y reserva de responsabilidades y acciones, para ser exigidas y ejercitadas, respectivamente, en las formas y vías correspondientes.

La Ley uniforme de Publicidad Inmobiliaria—como afirma la última de sus bases—debe constituir un conjunto de normas jurídicas fundamentales, cuyo más amplio desenvolvimiento, con sujeción a las esencias de tales normas, corresponde a cada país, conforme al régimen legal que tenga establecido o adopte en el futuro.

II. BASES.

PARA UNA LEY UNIFORME DE PUBLICIDAD INMOBILIARIA

I

Todos los actos, contratos y, en consecuencia, derechos admitidos por la Ley sobre bienes inmuebles, quedan sometidos al sistema legal de publicidad o registro cuyas disposiciones son el objeto de la Ley uniforme.

II

Lo establecido en la base anterior es aplicable específicamente a todos los actos y contratos referentes a los derechos sujetos a registro. En tal sentido, los expresados derechos tendrán la consideración de bienes inmuebles, sin perjuicio de las normas jurídicas que determinen las oportunas diferencias para otros fines.

III

El sistema que instituya la Ley uniforme estará fundado en Registros públicos. Dichos Registros responderán a principios adecuados de organización y funcionamiento, y serán llevados por fincas, mediante folios reales, sin que ello impida la conveniente agrupación de las referidas fincas en folios reales-personales.

IV

El sistema desenvolverá en sus lineamientos centrales los principios matrices de Publicidad, Especialidad y Legalidad, verificándolos y fijando sus efectos en forma que concilie los distintos regímenes existentes, de acuerdo con las posibilidades jurídico-económicas de cada país.

V

El principio de Publicidad comprenderá el aspecto substantivo, tanto en las normas primeras o de instauración del sistema, como en las de proceso de registro, sus efectos en general y demás que complementen sus esencias institucionales. Y también el aspecto adjetivo o de simple manifestación de los asientos y constancias del Registro.

VI

El aspecto substantivo tomará en consideración el régimen jurídico de cada nación y determinará claramente las normas fundamentales del Registro y su protección legal, conforme a los extremos siguientes:

- A) Fijando los actos, contratos y, en consecuencia, derechos a los que se aplicará la Ley uniforme.
- B) Precisañdo los actos, contratos y, en su consecuencia, derechos a los que se exigirá el registro.
- C) Estableciendo los casos y derechos a los que la Ley concederá máxima eficacia registral. También determinando los efectos que la Ley concederá a los demás derechos registrados.
- D) Distinguiendo los efectos de legitimación simple a facultad de disponer a favor del titular que registra su derecho, de los efectos de legitimación plena o fe pública a beneficio del titular que esté en el caso o adquiera un derecho a que la Ley otorga máxima eficacia. Los efectos de legitimación plena dejarán a salvo las acciones por enriquecimiento sin causa.
- E) Respetando los estados de posesión, con arreglo a la Ley de cada país, vigente en el momento de efectuarse la ad-

quisición y registro de la finca o derecho objeto de dichos estados. Y por dicha Ley serán determinados los requisitos de causa eficiente, ocupación real y tiempo necesario, para que los estados de posesión expresados produzcan efectos.

- F) En todo caso, la hipoteca constituida de buena fe sobre una finca poseída en dominio pleno, o sobre un derecho impuesto sobre tal dominio, producirá legitimación plena a favor de su titular y a todos los efectos que sean procedentes.

VII

El aspecto adjetivo será referido, respetándose las reglas de mecánica registral vigentes en cada país, a la manifestación de los libros y demás constancias del Registro a cualquier persona que tenga interés conocido y razonable. También a las certificaciones de dichas constancias. Y se ordenará la conveniente reserva de prioridad al objeto de que los titulares de derechos registrados puedan llevar a efecto toda clase de negocios jurídicos con la previa garantía de la indicada reserva.

VIII

El principio de Especialidad alcanzará, en todo caso, a una correcta identificación de las fincas y a una clara determinación de los derechos.

IX

Mientras un país no tenga organizado un sistema catastral idóneo, la identificación de las fincas se hará por los medios de prueba de mayor eficacia posible: planos de deslinde convencional o judicial; descripciones documentales apropiadas; croquis o planos de ingenieros, arquitectos y agrimensores, según los casos; y otros medios adecuados.

X

En todo supuesto, la identificación de las fincas será considerada una cuestión de hecho, bajo las normas pertinentes del Catastro parcelario debidamente organizado o, en su defecto, sometida a la justa apreciación de los Tribunales de justicia, que estará fundada en la existencia real del inmueble, los antecedentes registrales del mismo y sus títulos, planos o croquis, documentos descriptivos y restantes medios probatorios, todo con arreglo a la sana crítica. Si hubiera deslinde convencional o judicial, producirá los efectos que la Ley del país le atribuye, en armonía con los derechos pertenecientes a un tercero de buena fe.

XI

Los estados de posesión comprendidos en la base VI, letra E) de la Ley uniforme serán apreciados a la finalidad de identificar la finca de que se trate, conforme a su naturaleza, extensión y efectos.

XII

La determinación de los derechos comprenderá los particulares que fijen en forma indubitable la denominación, naturaleza, extensión y gravámenes de los mismos, con la debida economía.

XIII

El principio de Legalidad será desenvuelto en el sentido de exigir que los actos y contratos y, en consecuencia, derechos sujetos a registro, cumplan los requisitos y disposiciones legales que les sean aplicables, a fin de evitar que se publiquen como válidas y protegidas por la fe pública operaciones contrarias a la Ley y viciadas de nulidad, o que aparezcan realizadas con defectos contrarios al sistema de aseguramiento registral.

XIV

Se establecerá, como presupuesto esencial de este principio, que dichos actos, contratos y, en consecuencia, derechos registrales, consten en título fehaciente o acuerdo, según expresa la base XVI.

XV

Al objeto de la mejor verificación de este principio, el funcionario encargado del Registro será investido de las necesarias facultades de calificación, estableciéndose un recurso o procedimiento de fácil y rápida tramitación, que permita discutir los puntos sobre faltas en las titulaciones. En todo caso, este principio se aplicará mediante la indicada calificación, en vista de los antecedentes del Registro, de los títulos que se presenten, circunstancias relativas a las fincas, los derechos y sus titulares, todo en su debida interrelación y conforme la Ley prescribe.

XVI

Los actos, contratos y, en consecuencia, derechos referentes a fincas, deberán efectuarse mediante título-documento fehaciente, o acuerdo, con la necesaria autenticidad. Tal título-documento o acuerdo debe cumplir en cada caso los requisitos que la legislación del país exija, y será objeto de presentación en el Registro público correspondiente para su calificación y asiento, conforme a las reglas que rijan la materia.

XVII

Los asientos del Registro y, en consecuencia, los derechos registrados, estarán protegidos con arreglo al principio de buena fe que cada país determina, en atención al régimen de publicidad que acoge y desarrolla. Son elementos esenciales que identifican

y uniforman los distintos regímenes (y que la Ley uniforme precisará) los siguientes:

- A) Los grados de substantividad o eficacia que integran el régimen de cada país.
- B) Una amplia protección a las personas que adquieran y registren derechos, a título oneroso, en la creencia de que el Registro público expresa la verdad jurídica.
- C) El criterio de probabilidades objetivas y subjetivas acerca de la ignorancia de cualquiera inexactitud del Registro. Como apreciación general, es presumible la buena fe y la prueba que la contradiga debe estar dirigida a evidenciar la discordancia entre el Registro y la realidad extrarregistral, y debe fundarse en hechos indubitables.

XVIII

Los efectos propios de los distintos grados de eficacia que todos los regímenes tienen, con mayor o menor extensión e intensidad, según la protección que en cada caso otorguen al derecho registrado, serán puestos en juego con los estados de posesión y, en concordancia entre unos y otros, se determinará la fórmula de la Ley uniforme para la máxima substantividad de la inscripción.

XIX

La hipoteca debe instituirse para todos los países con normas constitutivas iguales, y una reglamentación especial le concederá la protección máxima.

XX

El fraude de acreedores y el enriquecimiento sin causa deben ser objeto de disposiciones concretas, determinándose los casos en que se presume dicho fraude y dejando a salvo cualquier acción

fundada en la *conditio sine cause*, sin afectar a legítimo adquirente.

XXI

Cada país establecerá un fondo de seguro o medio de afianzamiento adecuado para garantizar las posibles indemnizaciones debidas a irregularidades ocurridas en el Registro, mediando dolo o negligencia de los funcionarios encargados de dichas oficinas, de sus empleados o de cualquiera otra persona que a las dichas oficinas tengan acceso. Los casos indemnizables serán precisados en sus distintos aspectos y sobre la base de los daños y perjuicios ocasionados a legítimos adquirentes. Y las indemnizaciones con cargo al fondo de seguro o medio de afianzamiento no excluirán las responsabilidades penal, civil y administrativa de los funcionarios y personas antedichas.

XXI

La Ley uniforme constituirá, según las bases expuestas, un conjunto de normas jurídicas fundamentales cuyo más amplio desenvolvimiento, con sujeción a las esencias de ella, corresponde a cada país conforme al régimen legal que tenga establecido o adopte en el futuro.

III. PROYECTO

LEY UNIFORME DE PUBLICIDAD INMOBILIARIA

CAPÍTULO I.—*Publicidad registral.*

ARTÍCULO 1. Todos los actos relativos a derechos que la Ley admite sobre bienes inmuebles quedan sometidos al sistema de registro cuya regulación uniforme es determinada en estas disposiciones.

ART. 2. Lo establecido en el artículo precedente comprende específicamente el dominio y los demás derechos admitidos en fincas, así como los derechos sobre uno u otros, conforme a la Ley de cada país.

ART. 3. A los efectos que expresan los artículos anteriores, tiene la condición de bien inmueble o finca toda entidad física o jurídica a que la Ley de cada país ordene o permita abrirle matrícula registral.

ART. 4. El sistema de publicidad registral inmobiliaria que esta Ley uniforme instituya, debe realizarse en cada país mediante Registros públicos, debidamente organizados por la Ley nacional correspondiente y los Reglamentos complementarios. Dichos Registros se organizarán por fincas utilizando folios o matrículas reales, pudiendo agruparse varias fincas matriculadas a favor de un mismo titular en un solo folio real-personal.

ART. 5. Los Registros públicos se integrarán, en general y salvo otras formas similares, por dos juegos de libros: principales y auxiliares. Tienen la condición de principales los siguientes:

- A) El libro de presentación de documentos y peticiones de registro, así como de solicitudes de certificaciones.
- B) El de registro o inscripciones en que se abre matrícula a cada finca y se practican, en hojas integrantes del correspondiente folio real, los asientos relativos a dicha finca y a los derechos que la afectan.

Y tienen la condición de auxiliares:

- A) Los libros índices de fincas y de personas.
- B) El libro inventario.
- C) El de incapacitados.
- D) Los legajos, protocolos o archivos de documentos.

- E) El libro de honorarios o derechos de registro, con sus ta-lonarios de recibos.
- F) Las estadísticas.
- G) Los demás libros y documentos, en general, que se utilicen para el mejor y más conveniente manejo de la Oficina re-gistral.

ART. 6. La matricula y demás asientos correspondientes a cada finca estarán integrados por los distintos elementos y sus circuns-tancias respectivas que las operaciones registrales exigen, en trac-to sucesivo y mediante la necesaria unidad, a saber:

- A) El elemento físico, con todas las circunstancias que lo for-man e identifican al bien inmueble o finca matriculada.
- B) El elemento jurídico, con sus circunstancias, que evidencian el estado registral de los derechos sobre la finca matricu-lada y sobre los derechos que a la misma afectan; inte-grándose por los derechos ya inscritos y por los que sobre éstos se inscribieren.
- C) El elemento personal, con sus circunstancias identificativas de los titulares de derechos registrados y del estado civil de los mismos.
- D) El elemento formal, con sus circunstancias que constitu-yen el presupuesto indispensable de toda matricula y asien-to registral y que expresan el *título-documento*, el acuerdo o la razón legal, en sus diferentes y necesarios aspectos, a la vez que se fundan en el mismo.
- E) El elemento registral, integrado por las constancias técni-cas necesarias a la unidad, exactitud, claridad y autentici-dad de los asientos.

ART. 7. Toda persona que, a juicio del funcionario encargado del Registro o, por negativa de éste, de la autoridad superior com-petente, tenga interés, directo o indirecto, en conocer el estado re-

gistrar de determinadas fincas, está facultado para solicitar y obtener del expresado funcionario la manifestación de los correspondientes libros, al objeto de verificar por si mismo o por otra persona que expresamente designe la compulsa pertinente. Y también a que le sean expedidas por el propio funcionario las certificaciones de los particulares que a su interés devenga; todo ello con arreglo a las disposiciones reglamentarias de cada país, que aseguran y armonizan el interés privado con el normal desenvolvimiento de las actividades registrales y la exacta expresión del estado registral de las fincas y derechos inscritos.

CAPÍTULO II.—*Identificación de las fincas.*

ART. 8. La identificación de las fincas tiene lugar por los datos del Catastro, conforme a las normas legales que rigen al mismo en cada país. A falta de un sistema catastral eficiente para una identificación correcta de las fincas, son utilizables como medios de prueba conducentes a tal finalidad, los siguientes:

- A) Los planos de deslinde judicial o convencional.
- B) Las descripciones documentales apropiadas.
- C) Los croquis o planos levantados por ingenieros, agrimensores y arquitectos, según los casos.
- D) Y todos los demás que sean adecuados y procedentes, a juicio de los Tribunales de justicia.

ART. 9. En todo caso, la identificación de las fincas es considerada una cuestión de hecho, bajo las normas legales del Catastro o, en su defecto, sometida a la justa apreciación de los Tribunales de justicia, que estará fundada en los puntos básicos siguientes:

- a) la existencia real del inmueble,
- b) los títulos inscritos,
- c) los antecedentes registrales y

- d) los planos, croquis, documentos descriptivos y demás medios de prueba que, en el más amplio arbitrio judicial, sean utilizables.

Tal apreciación debe hacerse en conjunto, valorando los medios de prueba con arreglo a la importancia y eficacia que en concreto les correspondan, y conforme a las reglas de la sana crítica.

ART. 10. Cuando exista deslinde convencional o judicial, producirá los efectos que la Ley atribuye al mismo, en armonía con los derechos que pertenezcan a un tercero de buena fe. Respecto a dicho tercero, será efectuada la identificación establecida por el deslinde existente, tomando en consideración los actos de reconocimiento, expreso o tácito, del mismo; a falta de estos actos, el deslinde será apreciado, en cuanto a tercero, como un medio de prueba comprendido en el artículo anterior. Y si hubiere un estado de posesión amparado por la Ley, según lo establecido en el artículo 31 de esta Ley uniforme, se apreciará su valor y eficacia al objeto de la necesaria identificación predial, conforme a la naturaleza, extensión y efectos del mismo.

ART. 11. A los efectos que dispone el párrafo primero del artículo 8 de esta Ley uniforme, sólo tiene la condición de Catastro el sistema de identificación de fincas que, apoyado en bases geodésicas o en planos topográficos indubitables, cumpla, respecto a cada circunscripción territorial, los requisitos de un deslinde, debidamente publicado en todas sus fases esenciales y aceptado por los titulares a quienes afecta o, en defecto de esta aceptación, aprobado por la autoridad competente, previa citación y audiencia de dichos titulares, y firmeza de la resolución definitiva que se dicte. En todo caso, deberá concederse a los titulares afectados por el deslinde catastral un recurso o procedimiento de rápida ventilación ante los Tribunales de justicia del país, salvo que la decisión del deslinde haya sido pronunciada por dichos Tribunales y tenga el carácter de ejecutoria. Mientras que el recurso o procedimiento exigido en el párrafo anterior no sea concedido y resuelto en firme por los Tribunales, queda en suspenso y sin aplicación alguna la decisión adoptada sobre el deslinde, y toda iden-

tificación predial es regida por las disposiciones de los artículos 9 y 10 de esta Ley uniforme.

CAPÍTULO III.—*Proceso de registro.*

ART. 12. Todo título, acuerdo o cualquier otro medio o instrumento de expresar el consentimiento y pedir el registro de derechos, incluyendo la solicitud de matrícula de las fincas, será objeto de la oportuna instancia registral ante el funcionario encargado de la oficina, mediante la presentación de los documentos que la Ley determina y, en todo caso, de los medios justificativos pertinentes.

ART. 13. El registro de derechos será precedido por la calificación que, bajo las normas de responsabilidades instituidas en cada país, debe hacer el funcionario encargado de la oficina. En tal sentido, los actos y contratos relativos a derechos inscribibles, el acuerdo de inscripción que opera sobre tales derechos, o cualquiera otra forma legal de llevar a efecto los actos de disposición referentes a dichos derechos, deben cumplir para su registro los requisitos de validez adecuados a la naturaleza de los mismos y que la Ley establece, tanto en el orden extrínseco como en el material o intrínseco. A dichos requisitos está referida la calificación del funcionario del Registro, quien tiene las facultades necesarias para cumplir el expresado deber de calificación, conforme a la reglamentación de cada país, que debe fijar los trámites, recursos y plazos correspondientes de manera breve y expedita.

ART. 14. Los actos y contratos relativos a derechos sobre fincas o sobre derechos inscritos, o actos de disposición respectivos, sujetos a registro, deben realizarse mediante título-documento, acuerdo de inscripción o cualquiera otra forma legal de autenticidad indubitable. Dichos títulos, acuerdo o forma legal indubitable, expresarán, en sus casos, la adquisición, modificación o extinción de los derechos registrales, según la nomenclatura y sistema de derechos inscribibles de cada país. Los títulos o acuerdos y las medidas de aseguramiento provisional se rigen por las dispo-

siciones legales instituidas en cada país, subordinadas a lo establecido en esta Ley uniforme.

ART. 15 Los asientos correspondientes a cada finca se practicarán en orden sucesivo de antecedentes y consecuentes entre ellos, sin solución de continuidad; y se comenzará por la inscripción expresiva de la matrícula, o asiento básico del inmueble. Las inexactitudes en el registro particular de una finca y las deficiencias del tracto sucesivo expresado en el párrafo anterior, son corregibles mediante reglas que garanticen los derechos de todos los titulares inscritos y sus derechohabientes.

ART. 16. La determinación de los derechos que se inscriban comprenderá todos los particulares que fijan, en cada caso, de manera clara y exacta, la denominación, naturaleza, extensión y gravámenes de los mismos, conforme al régimen jurídico del país, excluyéndose cualquier referencia a circunstancias de meras obligaciones sin trascendencia real o relativas a derechos que la Ley no admita a registro. En ningún caso se hará mención de los derechos a que la Ley exija el registro para estar constituidos; estos derechos deberán ser objeto de asientos separados y especiales, en que se determinarán los particulares antedichos y demás requisitos correspondientes a tales asientos.

ART. 17. A la finalidad del proceso de registro expuesto en los artículos precedentes, la presentación de documentos y medios justificativos necesarios a la instancia de inscripción, se hará constar, mediante asiento, en el libro correspondiente. Dicho asiento consignará los requisitos indispensables para la comprobación de los títulos presentados, identidad del peticionario e instancia de registro. Toda representación tendrá un plazo reclusivo, en que se llevará a efecto la calificación del funcionario encargado del Registro; y se establecerán, en todo caso, las normas legales necesarias que han de regir los recursos contra dicha calificación. Una reserva de prioridad debidamente hecha y presentada en la oficina del Registro, asegurará mediante nota al margen del asiento del derecho de que se trate, cualquier negocio jurídico que un titular inscrito tenga en concertación y participe al funcionario regis-

tral, especificando claramente el nombre o nombres y demás generales de la persona o personas que sean parte en la negociación concertada y los requisitos de ésta. La reserva antedicha tendrá un plazo improrrogable de duración no mayor de treinta días.

ART. 18. Los derechos admitidos por la Ley a registro pueden ser objeto de un asiento provisional o anotación preventiva, cuando las condiciones en que se encuentren los mismos impidan su inscripción y ameriten tal medida de seguridad. También procede la práctica del mismo asiento expresado en los casos de justificada cautela judicial, de rectificación del registro particular de una finca o reanudación del tracto sucesivo, según la Ley, y por las demás causas compatibles con el sistema general de inscripciones establecido en cada país. Los referidos asientos provisionales estarán fundados, necesariamente, en pretensiones concretas admitidas por el régimen legal de cada país y, en todo caso, tendrán el menor plazo de duración de acuerdo con la naturaleza de la medida de seguridad que acojan.

CAPÍTULO IV.—*Efectos del registro, caducidad de menciones y cancelación de asientos.*

ART. 19. Los asientos del Registro tomarán fecha y producirán todos los efectos legales que la fe pública determina en cada caso, desde la presentación de los documentos y medios justificativos integrantes del título inscrito, salvo lo dispuesto en los dos últimos párrafos del artículo 17 de esta Ley uniforme.

ART. 20. Conforme a las normas propias de los principios de tracto sucesivo y prioridad, y en consideración al sistema de derechos sujetos a registro que cada nación mantenga vigente, los efectos de la fe pública se determinan mediante el cumplimiento de esta Ley uniforme. Los distintos regímenes jurídicos de publicidad inmobiliaria son reducibles a los tres sistemas siguientes:

- A) De inscripción constitutiva, aplicable a los derechos cuya existencia está subordinada al registro en calidad de inversión necesaria.

- B) De inscripción declarativa con eficacia convalidante, aplicable a los derechos cuya existencia no está subordinada al registro en calidad de investidura necesaria, sino protegida con arreglo a las constancias registrales.
- C) De inscripción declarativa con eficacia corroboradora, aplicable a los derechos cuya existencia no está subordinada al registro en calidad de investidura necesaria, ni protegida con arreglo a las constancias registrales, sino relacionada con éstas en forma de simple manifestación pública, dependiente del origen y naturaleza de los derechos registrados. Bajo este régimen jurídico las constancias del registro tienen la consideración de una presunción de hecho.

ART. 21. Los efectos de la fe pública del Registro comprenden el derecho de disponer atribuible a todo titular inscrito, conforme a las evidencias de los asientos practicados y en calidad de legitimación simple; y la protección concedida a los adquirentes de buena fe, según el régimen aplicable al derecho registrado.

ART. 22. La buena fe se presume siempre, y contra ella sólo es procedente la pretensión que se funde en los supuestos y presunciones que fija la presente Ley uniforme. En los casos de adquisición a título gratuito, la presunción de buena fe y cualquiera pretensión contra ella serán referidas a la conducta del transmitente, que afectará al adquirente aunque ignora las causas de invalidación apreciadas por los Tribunales de justicia.

ART. 23. Cuando la inscripción de un derecho es de naturaleza constitutiva, la protección concedida a los adquirentes de buena fe tiene la categoría de legitimación plena e irrevocable. En tal supuesto, la falta de buena fe es referible exclusivamente a los derechos cuyo registro no se exige por la Ley para existir, y a las inexactitudes registrales conocidas por el titular inscrito. En este régimen de inscripción constitutiva sólo es apreciable la inexactitud registral si el derecho está indebidamente inscrito cancelado, y también cuando un derecho debió cancelarse por haberse extinguido. El conocimiento de tal inexactitud debe aparecer de hechos indu-

bitables anteriores a la constitución del derecho del titular, a quien la misma se le atribuya. Y la naturaleza indubitante de esos hechos debe ser apreciada de acuerdo con los actos del titular a quien se le atribuyen o por la autoridad de los mismos.

ART. 24. Si la inscripción de un derecho es de naturaleza declarativa con eficacia convalidante, la protección concedida a los adquirentes de buena fe se funda en las constancias registrales y, en consecuencia, perjudicarán a dichos adquirentes las causas de invalidación que tengan claramente su origen en el registro. La buena fe, en este régimen, será apreciada aplicándose el criterio expuesto en el artículo anterior, y, además, incluyendo en ella los derechos preexistentes o extinguidos fuera del registro.

ART. 25. Cuando la inscripción de un derecho es de naturaleza declarativa con eficacia corroboradora, perjudicará a todo adquirente, cualquier causa de invalidación de que tuviese conocimiento, si la misma tiene trascendencia real. En la apreciación del conocimiento atribuible a todo adquirente, bajo este régimen, serán aplicables los criterios de evaluación de la inexactitud registral expuestos en los dos artículos precedentes.

ART. 26. Los regímenes regulados en esta Ley uniforme pueden concurrir en todos los sistemas de publicidad inmobiliaria, con mayor o menor extensión e intensidad, y en cualquiera de ellos todo adquirente queda obligado, conforme al título, acuerdo o acto jurídico de que nace su derecho. Y en base del mismo disfruta de la protección que esta Ley uniforme determina. La existencia de un asiento provisional o anotación preventiva mantiene en suspenso la fe pública del registro correspondiente, mientras que, esclarece la situación jurídica objeto del asiento practicado, y reserva al titular del derecho que se anota la prioridad registral que, conforme a su derecho, establece la Ley.

ART. 27. Las menciones de derechos no prohibidas por esta Ley uniforme quedan sometidas a un plazo de caducidad de cuatro años; que una vez transcurridos da lugar a la cancelación de las mismas, bien de oficio o mediante la simple petición de cual-

quier interesado, salvo los casos en que se hubieren convertido en inscripciones separadas y especiales.

ART. 28. Los asientos del Registro se extinguen únicamente mediante la cancelación debida a ellos. Únicamente procede dicha cancelación en los casos en que, conforme al régimen legal que protege los derechos inscritos, conste de modo fehaciente la extinción de los referidos derechos.

CAPÍTULO V.—*Hipoteca.*

ART 29. Toda hipoteca está comprendida, sin excepción alguna, en el régimen de inscripción constitutiva. Y en tal sentido, la hipoteca constituida en garantía de una cantidad cierta de dinero, de buena fe y sobre una finca poseída en dominio, o sobre un derecho impuesto en tal dominio, produce legitimación plena a beneficio de su titular.

ART. 30. La hipoteca tiene la consideración de un derecho real o gravamen de realización de valor y puede asegurar toda clase de obligaciones expresadas en cantidades ciertas de dinero, aunque éstas tengan la condición de equivalentes.

ART. 31. Asimismo puede la hipoteca garantizar emisiones de títulos-valores, o puede hacerse representar la deuda asegurada por dichos títulos. En el primer supuesto la hipoteca constituida asegura una cantidad máxima de dinero, sujeta a las contingencias de los títulos garantizados. Y en el segundo, los títulos que representan la deuda asegurada tienen la condición de obligaciones hipotecarias, transmisibles por endoso o por simple tradición, según estén expedidos a la orden, que incluya los nominativos, o al portador, respectivamente. En este supuesto se entiende que el derecho de hipoteca se transfiere con la obligación o título, sin necesidad de dar cuenta de ello al deudor ni de hacerse constar la transferencia en el registro respectivo, existiendo verdadero condominio sobre la hipoteca constituida contra los legítimos tenedores de los títulos.

ART. 32. La realización de una hipoteca tendrá lugar en procedimiento sumarísimo, cuyas características principales son:

- A) Que, conforme al título de su constitución, proceda su realización en pago de la deuda garantizada.
- B) Requerimiento de pago a quien resulte deudor según el registro.
- C) Objeciones mínimas y taxativas.
- D) Subasta pública.
- E) Remate.
- F) Medidas cautelares del proceso judicial y de registro, que aseguren la efectividad y rapidez del procedimiento hasta sus últimas consecuencias.

CAPÍTULO VI.—*Registro y posesión.*

ART. 33. Los estados de registro y posesión se presumen concordantes. Cuando la discordancia entre ellos es manifiesta, se atribuirá a la posesión los efectos que, en el momento de haberse verificado la adquisición y registro del derecho en situación conflictiva, establezca la Ley del país correspondiente. Y, conforme a dicha Ley, se determinarán los requisitos de causa eficiente o título, ocupación real y tiempo necesario para la usucapión.

ART. 34. La concordancia real entre el Registro y la posesión de una finca o derecho producirá los efectos siguientes:

- A) Si la inscripción es declarativa con eficacia corroboradora, la posesión continuada durante cinco años que reúna los requisitos prefijados en la Ley concederá a dicha inscripción los beneficios correspondientes a la que tiene eficacia convalidante, debiendo aplicarse el artículo 24 de esta Ley uniforme.

- B) En todo caso, cualquiera que sea la naturaleza de la inscripción, la posesión continuada durante diez años que reúna los requisitos legales indicados en la Ley, producirá legitimación plena e irrevocable a beneficio del titular inscrito y respecto a toda causa de invalidación, incluso la que conste del título o del registro.

ART. 35. No obstante lo establecido en los artículos anteriores, los derechos de indiscutible naturaleza real que consten claramente registrados y las limitaciones a ellos inherentes, por integrar la estructura misma de ellos, quedan sometidos a las normas del Derecho de cada país sobre prescripción liberatoria o extintiva.

CAPÍTULO VII.—*Fraude de acreedores.*

ART. 36. Toda transmisión, gravamen o acto jurídico de cualquier naturaleza realizado en fraude de acreedores, además de estar afectado por las disposiciones de invalidación que establezcan las Leyes comunes de cada país, carecerá de legitimación plena a favor del titular adquirente que estuviere comprendido en cualquiera de las presunciones determinadas en el artículo siguiente.

ART. 37. Se presume realizado en fraude de acreedores todo acto jurídico, gravamen o transmisión que produzca inscripción de derechos, en los casos que siguen:

- A) Cuando se trate de adquisición que no sea a título oneroso.
- B) Cuando siendo a título oneroso haya tenido lugar por la mitad o menos del justo precio que corresponda al bien o derecho objeto del acto, gravamen o transmisión efectuado.
- C) Cuando mediare precio, más no constare su entrega ante funcionario público que dé fe del acto, o, constando la misma, se considere por los Tribunales de justicia comprendido el caso en la letra anterior de este artículo, o se probare cualquier simulación para cometer el fraude.

- D) Cuando en una dación en pago se trate de obligaciones no vencidas o de un caso comprendido en cualquiera de los números anteriores de este artículo.

ART. 38. La acción revocatoria por fraude de acreedores prescribe a los cuatro años, contados desde la fecha de la inscripción del derecho a que afecta si ésta es constitutiva, o del otorgamiento del título si la inscripción es convalidante o simplemente corroboradora. Si el otorgamiento del título se mantuviera oculto, no registrándose dentro del año de su celebración, se tendrá como fecha en que empiece a contarse la prescripción la del asiento registral, quedando el plazo en suspenso hasta que se inscriba dicho título.

CAPÍTULO VIII.—*Enriquecimiento sin causa.*

ART. 39. La legitimación plena o irrevocabilidad del derecho inscrito que esta Ley uniforme establece a favor de los adquirentes de buena fe, deja a salvo cualquier acción por enriquecimiento sin causa que corresponda a los interesados contra las personas responsables de tal enriquecimiento, sin que ello afecte a los legítimos adquirentes.

CAPÍTULO IX.—*Fondo de seguro o afianzamiento.*

ART. 40. Es obligatorio el establecimiento de un fondo de seguro o, en su defecto, el afianzamiento de los funcionarios encargados del Registro, para garantizar el cobro de las indemnizaciones por irregularidades cometidas, con dolo o negligencia, por dichos funcionarios, sus subalternos o cualquiera otra persona que tuviera acceso a la oficina.

ART. 41. Toda irregularidad, para ser indemnizable, debe ser apreciada por los Tribunales de justicia, referida a las operaciones registrales, afectar derechos inscritos y ser atribuible al funcionario encargado del Registro o a las personas señaladas en el

artículo anterior, en virtud de actos propios realizados por uno u otras con dolo o negligencia. La resolución que, en cada caso, dicten los Tribunales determinará la cantidad exacta objeto de la indemnización, con pronunciamiento o reserva, según el sistema adoptado en cada país, de las responsabilidades y acciones que ordena el artículo siguiente.

ART. 42. Las indemnizaciones con cargo al fondo de seguro, o afianzamiento del funcionario encargado de la oficina, no excluyen las responsabilidades penal, civil y administrativa de las personas indicadas y demás participantes en el hecho o irregularidad, ni tampoco impedirán el ejercicio de las acciones procedentes contra quienes hayan obtenido, en base a la irregularidad efectuada, derechos o beneficios de enriquecimiento patrimonial, salvo los casos de adquirentes de buena fe plenamente legitimados conforme a esta Ley uniforme.

AGUSTÍN AGUIRRE TORRADO,

Registrador de la Propiedad de Cuba,
Catedrático de Derecho Hipotecaria.

Derecho de Sucesiones

PARTE GENERAL

IDEAS Y REFLEXIONES EN TORNO A LA OBRA DE DON JOSÉ
LUIS LACRUZ BERDEJO.

Desde la aparición de la traducción a nuestro idioma del *Derecho de Sucesiones*, de J. BINDER (Ed. Labor, 1953), con las anotaciones al Derecho español por don JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, cuando aún no era más que Profesor adjunto de la Universidad de Zaragoza, llamó poderosamente nuestra atención la fuerte personalidad que acusaba el que es hoy Catedrático de Derecho Civil de dicha Universidad.

La recopilación de diversos trabajos suyos en un tomo: *Estudios de Derecho Civil* (Bosch, 1958), confirmó nuestra esperanza de estar a presencia de un civilista no sólo de gran cultura, sino—lo que es más prometedor—con ideas propias, expuestas, además, con lucidez y estilo original.

En la mesa o despacho de todos los lectores de esta REVISTA no dudamos se hallarán las magníficas «Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral», del repetido Profesor, algunas de las cuales, como, por ejemplo, la de la «Mecánica de la adquisición *a non domino*», estimamos como el mejor estudio en nuestra patria sobre la materia.

Ahora, LACRUZ acaba de publicar la obra cuyo título encabeza este trabajo, que mejor que una recensión es un exponente de las ideas más ajustadas del autor a la finalidad de esta REVISTA, con las cuales, si no siempre coincidimos, consideramos de gran valor y originalidad.

La densidad de conceptos de LACRUZ nos obliga a veces a ser demasiado escuetos y hasta abstractos en nuestra exposición. Ello, sin duda, hará meditar al que nos siguiere en la ineludible necesidad de la completa lectura de la obra, en la cual—en su capítulo XV, cual lo hiciere en los §§ 41 a 50 de las *Lecciones de Derecho Inmobiliario*—ha colaborado el Profesor SANCHO REBULLIDA, lo que es de justicia consignar.

* * *

Según la doctrina dominante, sucesión es subentrar una persona en el puesto de otra, en una relación jurídica que, no obstante tal transmisión, sigue siendo la misma.

Pero no todos los autores admiten el concepto. Porque todo derecho presupone un sujeto: la mutación del titular, por tanto, provoca su extinción (así KUNTZE, CARNELUTTI, VOCINO).

Esto es evidente. Mas hay que fijarse que es el *mismo interés individual* el que a través de los sujetos perdura. Porque el derecho es *forma*. De ahí que negar el concepto de *sucesión* tal como hoy prima, iría contra el espíritu de la Ley, que distingue perfectamente la *sucesión* de la *novación*, por ejemplo, donde únicamente considera como un medio de extinción de las obligaciones, la segunda.

De las sucesiones aquí nos interesa la *mortis causa*, que si acto de disposición, sin duda más bien podríamos estimar, con GORLA, se trata de una especie propia o *sucesión independiente*, esto es, la sucesión privada de vínculo con el ejercicio de derecho subjetivo, y actuada en fuerza de otro poder, concepto amplio que abarca especies muy dispares y que acaso—confesemos—no aporta nada nuevo al fenómeno sucesorio, que, en cuanto *mortis causa* es de necesidad.

Dando por muy conocidas las bases históricas del sistema hereditario en los pueblos romano y germánico, es interesante, sin

embargo, observar la impronta que en el Derecho español produjeron una serie de normas morales y religiosas—latentes en aquellos sistemas—de ciertas reglas canónicas antes que su mismo derecho.

La principal manifestación, sin duda, es la referente a la libertad de testar. Frente al principio de indisponibilidad de los bienes por el cabeza de familia, que establecen los derechos germánicos, la Iglesia, proclamando el valor expiatorio y meritorio de la limosna, invita a los fieles a entregar a la hora de la muerte una parte de su patrimonio a obras pías, granjeándose así el perdón de los pecados. Esta doctrina es la cabeza de puente por donde penetra la libertad de disponer en los derechos germánicos.

Y junto a esta influencia de la doctrina cristiana, tenemos la del Derecho canónico propiamente dicho: o sea el respeto absoluto a la personalidad humana en su más alta manifestación, y la afirmación abstracta de la libertad del querer en cualquier sujeto de Derecho. Adoptado esto por Roma, significa el triunfo absoluto de su sistema sobre el germánico.

Por otra parte, el derecho sucesorio de la Iglesia ha facilitado extraordinariamente las formas de los testamentos: cuando se declare la voluntad ante el párroco, se castiga con excomunión al que intente impugnar el testamento. Y cabe remitir a una célula privada para señalar en ella el nombre del heredero y, mediante un desarrollo extraordinario—por secuencia de aquélla—del codicilo queda suprimido el requisito de la institución del heredero, manteniéndose la validez de las cláusulas por sí, aun cuando éste sea nulo por preterición o desheredación. Con ello queda destruida la famosa regla romana *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*.

* * *

Pero tornemos al concepto sucesorio propiamente dicho, cuando nuestro artículo 660 C. c. establece que «es heredero el que sucede a título universal, y legatario el que sucede a título particular».

Esto explica la necesidad de fijar el mismo. Nadie con más propiedad que CIRCU ha dicho «que si la muerte yugulase con la vida del sujeto también la de las relaciones jurídicas, las cosas de propie-

dad del difunto se harían *res nullius*, los *iura in re*, los créditos y otros derechos incorpóreos se esfumarían, y las obligaciones, extinguiéndose, determinarían la desaparición de los créditos».

De aquí el concepto de la sucesión universal caracterizada por el paso, *uno ictu* y sin necesidad de las formalidades precisas para la transmisión de cada uno de los bienes singulares.

Pero ¿cómo se explica el fenómeno o justifica su naturaleza? Periclitada la idea de la continuación de la personalidad—que BONFANTE califica de «macabra» y ENDEMANN de «residuo de la creencia en la transmigración de las almas»—, hoy la doctrina parece inclinarse por la de la adquisición de una *universitas*.

Pero hay que reconocer que la primera teoría—la de la continuación de la personalidad—encierra una cierta intuición que la Ley ampara; en tanto la segunda—la de la *universitas*—envuelve un preconcepto, deja en el aire muchas cuestiones que sólo por un fenómeno de cohesión, como la posibilidad de comprender todos los bienes atribuidos al heredero bajo un denominador común, a efectos de venta, usufructo, etc., ha conseguido haga fortuna.

Esta cohesión tiene para muestra sistemática una influencia decisiva: la explicación de la herencia yacente, con sus derivados de petición de la misma, responsabilidad de las deudas, etc.

Pero esto, conectado con que si el heredero no sucede propiamente en la personalidad del causante, si adquiere una cualidad personalísima e intransferible, puede conducirnos a la explicación del fenómeno, en el que, como apuntamos anteriormente, tanto juega la Ley.

Al heredero, mejor que otra cosa, compete una misión de tutela sobre los intereses extrapatrimoniales del causante, y como de los patrimoniales, pudiera decirse que subentra en ellos según los tuviera aquél, hasta pudiera afirmarse que en los últimos más bien pudiera configurársele como una especie de legatario general.

Hay que reconocer que todo esto es complejo, y por lo mismo sólo con ciertas reservas podemos hablar de una sucesión *in universum ius* del difunto.

En una palabra, la unificación de la posición del heredero en cuanto sucesión universal no es sino una resultante, más o menos ficticia, de la sucesión en las relaciones singulares. Pero su cualidad, síntesis de titularidades y funciones, aun cuando no llega a

ser un *status* (como varios han afirmado). mucho menos es una cosa ni un derecho, no susceptible de posesión e imposible de *usucapio*. De ahí su extracomercialidad (R. de 21 agosto 1925).

No es correcto, pues, hablar—como suele hacer la mayoría de la doctrina—de que la adquisición de los bienes por sucesión tiene lugar a título derivativo, toda vez que la herencia—en expresión de STOLFI y según las ideas precedentes—, en definitiva, como causa de una adquisición, no es un título parejo a los demás, sino la expresión de la fusión de la titularidad del causante y del causahabiente, de modo que no constituye más que una sola, y que el heredero puede considerar como su *auctor*, no al *decurus*, sino a la persona de quien éste adquirió a título particular.

También, pese a la normal ausencia de un correspectivo, es incorrecto calificar la sucesión *mortis causa* como a título gratuito. Todavía en materia de legados su asimilación a las donaciones permitiría la aplicación de ciertas reglas de los actos a título gratuito. pero lo expuesto anteriormente sobre la identidad entre causante y heredero, priva de todo sentido a la dicotomía onerosidad-gratuidad, pues en virtud de esta identificación el heredero habría de resultar donatario de sí mismo.

Pero entonces, ¿puede hablarse de sucesión a título particular, cuya es la locución que emplea nuestro artículo 660 del C. c.?

Sólo cuando el legatario recibe directamente desde el patrimonio del causante los bienes legados, es cuando aquella locución es admisible. Tal el caso del legado *per vindicationem* del Derecho romano, y el de cosa cierta y determinada del artículo 882 C. c. Y hasta hay legados que no suponen sucesión de clase alguna. Tal el llamado de liberación (art. 870) y el de reconocimiento de deuda.

¿Quid el caso de usufructo de herencia? Nuestro Código (artículos 508 y 510) lo organiza como atribución a título particular. Pero si bien nos fijamos, el usufructuario de una herencia tiene, al igual que el legatario de parte alicuota, características que le aproximan al sucesor universal en algunos extremos. Y aparte de que así sea por voluntad del testador por vía del artículo 1.056, con referencia al caso concreto de la institución de una persona en el usufructo, y de otra u otras en plena propiedad, a partir del fallecimiento del primer instituido, sin hacer mención de quién sea el titular de la nuda propiedad, GONZÁLEZ PALOMINO ha demostrado que si

el causante no ha instituido heredero en ésta, es porque en realidad tampoco ha instituido heredero en el usufructo: sus efectos son los de la sustitución fideicomisaria.

¿Y el usufructo con facultad de disponer? Para LACRUZ BERDEJO—siguiendo a ERDMAN—, si la facultad de disponer es plena, debe asimilarse a la sustitución fideicomisaria de residuo, y, en otro caso, a una sustitución fideicomisaria con posibilidad de disponer en determinados supuestos. Por nuestra parte, nos ratificamos en lo que con motivo de la Resolución de 8 de febrero de 1950, páginas 683 y siguientes de igual año, expusimos en esta REVISTA, pues aunque sean muchas las afinidades entre uno y otro—usufructo *iure haereditario* y fideicomiso de residuo—, como afirma OSSORIO MORALES, mientras el segundo es un heredero, el instituido en usufructo, aunque lo sea respecto a la totalidad de la herencia, sólo tiene la posición jurídica de legatario. En igual sentido, Roca y la expresada Resolución.

Con cuanto va dicho se cruza el supuesto de la pluralidad de masas herenciales, que de tan diverso punto de vista contemplaron los derechos de raíz romana y germánica, respectivamente, reflejados en mayor o menor intensidad, en nuestros derechos forales. Pero hemos de considerar que obstáculos dogmáticos, nacidos precisamente de un concepto determinado de la sucesión universal, no son bastante para justificar una incompatibilidad entre la sucesión troncal y la sucesión *in universum ius*, pues los mismos autores germanistas conciben al heredero de masa plural por virtud de su título único, que absorbe relaciones jurídicas que forman un todo coherente.

En orden a la debatidísima cuestión de *cómo* o *quién* ha de considerarse designado heredero o legatario, o teorías *subjetivas* u *objetivas* al respecto, LACRUZ BERDEJO expresa que en el artículo 768 C. c. hay que ver, antes que otra cosa, un intento de clasificar *presuntivamente* una designación como a título de heredero. O más claro: el artículo 768 funda una presunción favorable al legado, cuando lo que se deja es una cosa cierta, pero *simplemente una presunción*, cuya inexactitud puede demostrarse, ya probando que el testador quiso que el instituido contribuyera al pago de las deudas, o bien que atribuyó la cosa—que podrá ser incluso una suma de dinero—en calidad de cuota de su patrimonio,

y como partición ordenada por él, o que pensó que la cosa constituía la totalidad de sus bienes, etc.

Contra esta posición—avalada por los más modernos civilistas, OSSORIO MORALES y VALLET DE GOYTISOLO, por no citar más—, las palabras del maestro CASTÁN—defensor de la teoría objetiva—, son harto elocuentes: «Apenas hace falta que puntualicemos que el juego del elemento intencional en el Código español, no puede amparar la llamada institución en cosa cierta, contra la regla del artículo 768, que la lleva al recinto de los legados. Es verdad—añade—que va cundiendo entre nuestros civilistas, influidos por la orientación subjetiva, la opinión de que dicho artículo no constituye, *ius cogens*, sino una mera norma interpretativa (presunción *iuris tantum*). Mas no hallamos ninguna razón para dejar de estimar preceptiva la aludida regla».

¿Y no confirman las palabras del insigne maestro lo que el admirado LACRUZ añade al explicar la especialidad de la institución *ex re certa*, de serle en todo aplicable a la misma el artículo 882 del C. c., aunque por ser heredero «acaso» (lo que demuestra la misma inseguridad de su postura) adquirirá la posesión civilísima de la misma, tan característica de la posición indubitable de heredero?

De lo expuesto es fácilmente deducible que para LACRUZ BERDEJO, sin necesidad de acudir a argumentos históricos o de texto extra—Código civil—, es perfectamente configurable en éste el llamado «legado parciario» o de parte alicuota. Para quienes entendemos—escribe—que el Código Civil sigue prevalentemente el llamado *criterio subjetivo* no cabe duda de que el testador es dueño de llamar como legatario a una persona o a la totalidad incluso, o, en todo caso, en una parte de sus bienes.

A lo que apostillamos nosotros que, esto sentado, son perfectamente explicables las palabras de la tan debatida Resolución de 30 de junio de 1956, cuando para justificar el nombramiento de un legatario de tal especie como contador-partidor de una herencia, expresó: «Hecha su caracterización—del legatario de parte alicuota—huyendo de todo *criterio objetivo*, atendida la voluntad del causante expresada en su testamento, no hay razón para aplicarle ciertas incompatibilidades establecidas para el heredero, entre ellas la del artículo 1.057 del C. c., que impide a éste ser contador».

(Véase esta Resolución en «R. C. D. I.», págs. 243 y sigs., y nota adicional a la misma, en págs. 407, todas del año 1957. Y, sin embargo, ¡qué de polémicas, qué «de rasgarse vestiduras» provocó esta Resolución, que está más que justificada por ese criterio *subjetivista* que actualmente prima!)

Hay supuestos dudosos de sucesión universal o particular; por ejemplo, se atribuyen a una persona todos los bienes muebles y a otra todos los inmuebles, o se instituye a la primera en los bienes adquiridos antes de tal fecha y a la segunda en los adquiridos después. Discutida la cuestión en la doctrina italiana, para el profesor LACRUZ, en estas categorías que agotan todos los posibles bienes, hay que considerar en nuestro Derecho la institución como de heredero. ¿Y no nos lleva esto—preguntamos una vez más—al criterio *objetivo* de nuestra sistemática? Como en la institución de *remanente*, que tan difícil, por más que se quiera, vemos de considerar como de legado, al abarcar todo lo no cubierto por mandas prevalentes. Por cierto que creemos no tiene razón el Profesor LACRUZ al decir que califica mal la Dirección (Rs. de 23-VIII-1923 y 29-XI-1956) tal fórmula notarial de instituir, al tildarla de incorrecta, pues precisamente por seguir un *concepto económico de la herencia*, para ella—la Dirección—, que sigue el criterio *subjetivista*, dicha fórmula no puede estar bien empleada.

Pero si nos apartamos de conceptos, vemos que cuando el Código se refiere a la *herencia*, acaso con una terminología no muy precisa, suele hacerlo en sentido *objetivo*, o sea mirando el conjunto de bienes del causante: así, en las reglas relativas al beneficio de inventario y a la partición, pues el mismo pasivo lo considera no como una parte de la herencia, sino como un gravamen (cfr. art. 1.023), habla de las deudas y demás cargas de la herencia, o el 1.085, que trata del coheredero que ha pagado más de lo que le corresponde a su participación en la herencia, etc...

¿Y no sería—nos preguntamos—más diáfano volver al sentido de los romanos, que distinguieron junto a la *hereditas* en sentido *objetivo*, o sea el patrimonio del testador transmitido al heredero, y la *hereditas* en sentido *subjetivo*, es decir, el *heredem esse*?

De tanto elaborar y distinguir conceptos es por lo que con grafismo ha podido llegar VALLET DE GOYTISOLO a denominar «posibili-

dad de herencia sin herederos» a la innovación de nuestro C. c.—siguiendo el proyecto de 1882—del artículo 891.

Sin duda que en el supuesto no podrá negarse a los acreedores la protección, tanto del artículo 1.083 como del 1.026. Ambos han sido formulados en su interés, como dice LACRUZ, y éste es el mismo, sea quien quiera, a los que vayan los bienes.

Pero, ¿ha de entenderse la herencia en administración? No parece que sin más pueda aplicarse el artículo 966 de la LEC, pero sí que los acreedores puedan oponerse a que se lleve a efecto la disgregación del caudal relicto.

Y dentro del límite de responsabilidad limitada de los legatarios, cada acreedor podrá dirigirse contra cualquiera de ellos, sin que esté obligado a dividir su acción entre los mismos en relación a los bienes que reciban, cosa difícil y molesta, a la cual no se los puede obligar, porque sería agravar su posición.

Presupuesta la herencia, ¿a quién se destina o la absorbe? Derecho personalísimo del llamado, tras su adquisición—por una suerte de *status*—se transforma en causa o título por el cual el heredero tiene las cosas singulares. Por ello, el artículo 659, según el cual: «La herencia comprende los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte», está dirigido a establecer que en el momento que un derecho, cosa u obligación, persiste al fallecimiento de un titular, forzosamente ha de formar parte de la posición derivada en que ingresa el heredero. O sea todas las posiciones heredables deben ser heredadas. Pero, ¿qué posiciones pueden ser objeto de transmisión *moris causa*?

El Código da una regla demasiado amplia y la jurisprudencia apenas se ha ocupado de ello (véase S. 11-XI-1943).

Materia difusa, en la que no podríamos puntualizar según quiséramos, nos remitimos, por ejemplo, a los artículos 1.112, 1.161, 1.595, etc., C. c.

En cuanto al arrendamiento, tanto rústico como urbano, ¿la continuación del arrendamiento al fallecimiento del titular es un derecho sucesorio?

Categoricamente contesta en sentido contrario la S. 2 de marzo de 1959, diciendo se trata de un *beneficio* sucesorio concedido a favor de determinadas personas por razones de interés social, o sea—como dice con exactitud el profesor LACRUZ—: la posición del

arrendatario no forma parte del caudal relicto, ni pasa al heredero: es objeto de una particular *mortis causa capio*, sin relación con la herencia, de modo que ni será objeto de reunión ficticia a efecto de la legitima, ni se contará en la formación de las cuotas de los coherederos, ni responderá del pago de las deudas, etc.

¿Quid de la *oferta* contractual? Debatidísima la cuestión, entendemos—siguiendo al citado LACRUZ—que por encima de todo hemos de considerar que la *oferta* ha creado una *expectativa* que, como todas, ha de considerarse transmisible.

Clara esta transmisibilidad para ciertos derechos llamados de *caracterización jurídica*—retraer en la venta con pacto de retro, pedir la nulidad de un contrato—, a veces por su contenido puede la transmisión ser dudosa: hacer una declaración de elección en la prestación, por ejemplo.

Sin formar parte del caudal relicto, hay ciertos derechos de aspecto moral que pertenecen al heredero, así el derecho de autor en cuanto se refiere a velar por la integridad de la obra, su atribución al autor, como lo referente a cartas y recuerdos familiares y hasta el sepelio (véase art. 1.894-2.º C. c.).

Y desvinculado del fenómeno sucesorio—aunque parezca ha de formar parte de la herencia—, es de recordar el artículo 428 del Código de Comercio, en que la indemnización del seguro en caso de fallecimiento no debe considerarse como una adquisición del asegurado transmitida al beneficiario, sino como una adquisición directa de éste. Sin embargo, esta concepción no está plenamente admitida, pues algún autor, como ESPINAR, dice que si la designación se hace a favor de los herederos en cuanto tales, el capital del seguro es un crédito de la herencia, y habrá lugar a la colación y a la reducción de disposiciones inoficiosas. No parece esto lo ortodoxo, pues las que serían objeto de colación, imputación, etc., serán las *primas*, pagadas tan solo.

* * *

Pero, ¿cuándo y cómo se adquiere la herencia?

De los cuatro momentos del fenómeno sucesorio: Apertura, Vocación, Delación y Adquisición; que viene señalando la doctrina,

la divergencia más radical se halla en los dos últimos periodos, o sea la *delación* y la *adquisición*.

Es lo que se ha llamado, con simplificación acaso inexacta, sistemas *germánico* y *romano*. (En el primitivo Derecho romano, los partícipes en la comunidad doméstica recibían la herencia como una confirmación de la titularidad que ya ostentaban respecto de los bienes, lo mismo que sucede en la comunidad familiar germánica). Pero prescindiendo de estos remotos antecedentes, es lo cierto que en el primer sistema, o sea el llamado germánico, la persona llamada a suceder adquiere sólo por el hecho de la delación, mientras que en el romano, para esta adquisición se precisa la aceptación por el llamado. Hay aquí un juego de conceptos, pues mientras en el sistema germánico, al no estar obligado a aceptar aquél, su declaración de aceptar tendría una función meramente negativa, la repudiación que hiciere al servir para destruir lo adquirido *ipso iure* del causante, entraña una función positiva, lo que no puede acontecer en el sistema romano, en donde precisa, según se ha dicho, la aceptación o la repudiación para atenerse a la volición del heredero llamado.

Hay, pues, en este segundo sistema un lapso de tiempo en que puede no haber sucesor, sino meramente un sujeto llamado a serlo: la herencia se halla *yacente*.

En nuestra patria, hasta que el profesor don GUILLERMO GARCÍA VALDECASAS planteó el problema, se aceptó sin discusión el sistema llamado *romano*, que también hoy sigue la mayor parte de la doctrina, siquiera por nuestra parte hemos de resaltar que los argumentos contra el artículo 661 C. c. (clarísimo exponente del criterio germanista de nuestro Código) no han sido convincentemente rebatidos por sus adversarios. Podría pensarse—escribe LACRUZ BERDEJO—que dicho precepto se limita a señalar, de una parte, cómo toda la energía del fenómeno sucesorio radica en el momento inicial de la muerte del causante, de tal modo, que entonces se produce la vocación de todos los llamados, sean de primer orden o ulteriores, y, de otra parte, cómo, merced al efecto retroactivo de la aceptación, las relaciones jurídicas del causante no quedan vacantes en momento alguno.

... Pero hemos de reconocer—con el mismo LACRUZ—que se trata

de una interpretación forzada que choca absolutamente con la literalidad del precepto.

Con esto se enlaza la adquisición de la posesión de los bienes hereditarios, pues en el Derecho romano, si bien el heredero sucedía en la *condicio usucapiendi* del causante y continuaba la usucapición iniciada por él, no heredaba la *possessio ad interdicta*. O sea que para gozar de la defensa interdictal, había de comenzar una nueva posesión.

En los sistemas germánicos la conocida máxima, *le mort saisit le vif*, parecía significar que el heredero podía inmiscuirse en la posesión de las cosas hereditarias sin cumplir ninguna formalidad (véase art. 965 Código civil italiano 1865).

En España, las Partidas se remiten al sistema romano, mientras la Ley 45 de Toro acepta la institución de la *saisine*, y con ello la posesión civilísima que cristaliza en el artículo 440 C. c.

Pero, ¿significa posesión en este sentido *señorio efectivo*, o sea sin necesidad por el heredero de acto de aprehensión. Para Roca la posesión *como hecho* es intransmisible.

Las mismas palabras del artículo 440 «se entienda» transmitida (la posesión), lo confirma. Para LACRUZ esas palabras significan que lo que se transmite al heredero es la superestructura jurídica de la tenencia ajena. A la tenencia material se refiere el artículo 1.015.

Pero en esta confusa cuestión, acaso—como observa Cicu—haya que observar que la posesión no forma parte del activo ni del pasivo del patrimonio hereditario..., aunque en la realidad y por virtud de la misma legitima al heredero para interponer los interdictos que a su causante competían, y pasivamente para ser demandado como poseedor.

Pero si hemos afirmado antes que en el fenómeno sucesorio la divergencia más radical se centraba en el binomio delación-adquisición, no quiere decir ello que sea cuestión pacífica la discriminación de los otros momentos: apertura-vocación, y sobre todo el de éste con el de delación. Hoy podríamos igualar la apertura con la muerte, por bien que aquellos casos de muerte civil se hallan periclitados, y dentro de la muerte la de la persona individual, pues la extinción de las jurídicas, si en esa su sucesión universal que representan, podría parangonarse en ocasiones con la *mortis cau-*

sa, en último extremo se resuelven en liquidaciones patrimoniales concretamente.

Pero vocación y delación no se perfilan tan diáfananamente: la primera supone el llamamiento de un sujeto viviente a la herencia; puede ser un llamamiento actual o virtual; a un heredero de primer grado o a otros, para el caso de no suceder el primeramente llamado. La delación parece suponer un paso más: ya hay una persona determinada y existente llamada a la herencia, que puede o no aceptar; es su característica (en el sistema romano). Lo que sí podríamos afirmar es que la vocación es simultánea (con la muerte-apertura), mientras la delación, por su propia esencia —con la Ley—, es sucesiva.

Y sin duda es cierto que ambos fenómenos crean una situación jurídica originaria, compleja, personalísima y adquirida *ipso jure*, pues nace *ex novo*, compuesta de derechos y obligaciones, insusceptible al tráfico y se produce inevitablemente, aunque se puede repudiar.

Concretándonos al *ius delationis*, ¿es una simple *facultas adquirendi* o un a modo de derecho de caracterización jurídica o, más sencillamente, un derecho subjetivo? Esto último parece ser lo más acorde con nuestro Código (art. 1.006).

Su duración, que se hallaba establecida en el proyecto del 51, pues no habiendo tercero que instase para aceptar o renunciar la herencia, prescribía por el mismo tiempo que las otras acciones reales (art. 835), hay quien quiere verla confirmada en el artículo 1.016 *in fine* del vigente.

Sin embargo, como señala agudamente LACRUZ BERDEJO, el supuesto que examinamos, de prescripción, no de la acción de petición de herencia, sino de la facultad de aceptar por uno que no es todavía heredero, parece escapar al tenor del artículo 1.016.

Por ello—escribe—es preferible opinar, con ALBALADEJO, que, disponiendo el artículo 1.030-2.º que se extingan por prescripción los derechos y acciones de cualquier clase que sean, y no marcando la Ley plazo especial para el *ius delationis*, parece por el de quince años (art. 1.964), que deberán contarse desde la apertura, en el caso de que el llamado pueda aceptar inmediatamente, o desde el momento en que—según el artículo 991—pueda hacerlo o, alternativamente, pueda interpelar al heredero de grado superior para que

acepte o repudie, conforme al artículo 1.005. Para LACRUZ, en suma, el transcurso de quince años sin hacer uso de este derecho previo, extingue, sin más, la vocación hereditaria subordinada. ¿Y no podríamos entonces decir, con CICU, que es un caso de verdadera caducidad?

La jurisprudencia no ha entrado en el análisis de tan sutil materia, desviando siempre sus soluciones hacia la acción de petición de herencia.

Hemos afirmado antes que la vocación, o su característica, mejor, es la de ser simultánea, por lo que—y en contra del sistema romano—en el Derecho moderno puede hablarse de *vocaciones eventuales*, en el cual todos aquellos cuya relación con el causante supone una expectativa más o menos lejana de llegar a ser sus herederos, testamentarios o abintestato, son llamados en el momento mismo de la muerte, como lo prueba el hecho que desde ese momento pueden transmitir su vocación hereditaria eventual. Los llamados *in eventum* enlazan con el causante merced al artificio del efecto retroactivo de la repudiación de la herencia; podría decirse que la vocación del llamado de segundo grado es, sencillamente, una vocación sin delación, y no una vocación condicional, pues aquella repudiación del primer llamado para que el segundo entre o reciba la herencia, es simplemente una *condicio iuris*.

Pero, ¿podría deducirse la posibilidad de que el segundo llamado acepte antes de la delación? Así pareció admitirlo GARCÍA GONZÁLEZ (art. 823 del proyecto del 51, igual al 991 actual C. c.). Esto sin duda supone un caso de *vocación retardada*, implícita a primera vista, en todo llamamiento condicional (condición propia) y que dá a la vocación una fisonomía distinta de la singular de las vocaciones simultáneas, que se manifiesta en su intransmisibilidad (art. 759). En ese respecto, sí que puede hablarse de vocación retardada, pues, aun en cuanto tal vocación, no adquiere su ordinaria eficacia (transmisibilidad) en el momento de fallecer el causante.

Pero así como, en principio, la vocación es simultánea para todos los herederos, la delación, es decir, la oferta de la herencia y la consiguiente posibilidad de aceptarla, es sucesiva. Esto no implica el poder de adquirir actualmente: de aquí los casos de *delación* o simplemente *adquisición retardada*, pues tanto en los casos de institución hereditaria a término, como en la sustitución fi-

deicomisaria, la delación en favor de los segundos herederos tiene lugar al fallecer el causante, pudiendo desde entonces aceptar aquéllos la herencia, aunque la adquisición del caudal sobrevenga más tarde.

La vocación, y con mayor razón el *ius delationis*, son transmisibles a los herederos (art. 1.006 C. c.). Pero no a los ulteriores del causante, sino a los propios del llamado como una parte de la herencia de éste; sólo a través de la herencia del mismo llegan a los transmisarios. Estos reciben el derecho a aceptar la herencia, pero la Ley no puede hacer que sean llamados, puesto que el primer causante no ha pensado en ellos ni nombrado en su testamento. Por ello, el destinatario de una vocación no puede atribuirle aisladamente a uno de los herederos o dividirla a su arbitrio. El paso es automático. No cabe otra interpretación del precepto. Por consecuencia, los favorecidos no pueden optar por aceptar la herencia del primer causante y repudiar la propia del transmitente, puesto que el *ius delationis* es un valor patrimonial insito en ésta, y la aceptación ha de ser total (art. 990). Pueden hacer, en cambio, lo inverso. En todo caso, no es preciso que el transmisario exista y tenga capacidad al fallecer el primer causante ni aun para heredarle. Tampoco el transmisario colacionará la donación recibida del causante originario.

¿Cuál es el fundamento de la Vocación? Como sabemos, consiste o en un determinado parentesco o en una declaración de voluntad, es decir, ésta o la Ley, que el Derecho romano incompatibilizó con su célebre máxima *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*.

En nuestro Derecho, con la Ley 1.^a, título 19 del Ordenamiento de Alcalá, aunque dirigida a eliminar la necesidad de institución de heredero para la validez de las ordenaciones M. C., hizo pensar a los autores clásicos que, a la vez, derogaba la regla *nemo pro parte*, y al hacerse común este pensamiento en el siglo pasado, fué recogido por el Código civil en los artículos 658, 764, 912 y 986. Pero al haber que un heredero sea llamado por distintas vocaciones, el problema se centra, no en la atribución por dos distintos títulos (art. 1.009), sino en la independencia de los llamamientos, que propiamente no contempla dicho artículo. A pesar de la indivisibilidad absoluta de la situación de heredero a efectos de la

aceptación, que no impide que el heredero pueda renunciar el legado, se debe pensar en la posibilidad de tal admisión.

No se aplicará el citado artículo 1.009 a la sustitución de un fundamento de vocación devenida ineficaz por otro eficaz: caso en que la herencia, deferida por testamento, se defiere luego por la Ley, al anularse aquél (MANRESA).

Cuestión distinta es que aparezca un testamento en que se asigne la misma porción al que ya la ha aceptado abintestato. MANRESA niega que no variando el contenido, pueda repudiarse lo que antes se aceptó.

En cuanto a la superioridad de los fundamentos de vocación, de cara al Derecho positivo español, no cabe duda la prevalencia de la sucesión voluntaria sobre la intestada.

Mas como junto a los dos fundamentos de vocación, el testamento y, a falta del mismo, la Ley, surge un elemento: *las legítimas*, que puede alterar, e incluso hacer desaparecer, los llamamientos de aquellas vocaciones, puede deducirse si no será ese *llamamiento* algo así como otra vocación a tercera forma de sucesión.

Para LACRUZ BERDEJO sólo cuando no se hubiere dejado al legítimo toda la legítima, pero sin existir preterición, por no haberle olvidado el causante en su testamento, es decir, cuando éste ha sido instituido insuficientemente, entonces sí que se produce una suerte de sucesión, que al no ser abintestato, puede estimarse como una nueva vocación.

Pero la vocación puede fallar, sea *ab origine* (por ejemplo, premorencia), sea después de la apertura de la sucesión (en cuyo caso se considera con efecto retroactivo como inexistente). Pero aun inexistente, el elemento objetivo de esta vocación fallida sirve para que la Ley determine el contenido de la vocación efectiva.

Surge entonces lo que se denomina «vocación indirecta», que varía en intensidad según los distintos supuestos. Se deroga, por decirlo así, la regla de la delación hereditaria abintestato de que el pariente más próximo excluye al más remoto, que es la que viene a consagrar, si bien con escasa precisión, el artículo 924 C. c., llamándole con impropiedad de concepto—como señaló el profesor ROYO MARTÍNEZ—*derecho de representación*, y que tiene un doble fundamento objetivo, según el maestro CASTÁN, tanto de orden humanitario como familiar, diferenciándose del *ius transmissionis* en

que en éste la persona intermedia llega a heredar, y no se puede aceptar la herencia del primer causante, sino a través de la aceptación de la del segundo, el cual tendrá que ser capaz de suceder; mientras que el *representante* sucede directamente al *de cuius*, aunque haya renunciado a la herencia de la persona intermedia, o sea incapaz o indigno con relación a ella; además, para que se dé la representación, se requiere la premoriencia al causante (salvo el art. 929) de la persona intermedia, y, al contrario, la transmisión supone la supervivencia de ésta.

Procedente del Derecho romano (el germánico se mostró refractario al instituto) llega, como hemos dicho, al Código, para los casos de premoriencia y su equivalente de conmoriencia (art. 33) indignidad o (por lo que se refiere a la legítima) desheredación, es decir por razones independientes de voluntad (art. 929), a cuyos supuestos hay que añadir el de ausencia (art. 190).

El único caso en que no es posible la representación es en el de repudiación (art. 923).

En cuanto a sus presupuestos, véanse artículos 925 y 927. Y como con ingenio señala LACRUZ, del citado artículo 923 se desprende que el derecho de representación existe aun en los casos de estirpe única. Presupone la legitimidad. Tratándose de hijos adoptivos, como el artículo 179 establece que, por ministerio de la Ley, el adoptado y, *por representación*, sus descendientes legítimos, tendrán en la herencia del adoptante los mismos derechos que el hijo natural reconocido, éste será su límite de la representación.

De lo expuesto se deduce que la llamada «representación» es una institución propia de la sucesión intestada. Principios de justicia indujeron a la doctrina a imponerla también cuando el causante hubiera dispuesto de sus bienes, particularmente si el mismo es pariente en línea recta, a la vez, del instituido y de sus hijos, en cuyos términos, precisamente, ha sido acogida la representación en la sucesión testada por el C. c. italiano de 1942.

Pero los redactores del nuestro no intentaron vencer la inercia de la regulación histórica, y de ahí la polémica suscitada—tan conocida—sobre si cabe la representación fuera del abintestato.

Modernamente, DE LA CÁMARA, entendiendo que no cabe tal representación en la sucesión testada, expresa que pueden conseguirse sus efectos viendo en favor de los descendientes ulteriores no el

derecho de representación, impropio de la sucesión testamentaria, pero si una sustitución vulgar tácita y ello por razones de analogía, integrando de tal suerte una disposición testamentaria deficiente, pues el mismo Código tiene preceptos que responden a tal sistema interpretativo, como es el artículo 770.

LACRUZ BERDEJO, en estudio profundo de los artículos 761 y 857, y especialmente en el supuesto de premoriencia, a través del artículo 766 y sus antecedentes del proyecto del 51, escribe: «que cualquier heredero instituido en testamento, si fallece dejando descendientes, no les *transmiten ningún derecho a los bienes* asignados a él por el causante; pero de la interpretación *a contrario* de los artículos 766 y 929; del artículo 807 en relación con el 924. y hasta de la consideración de que los hijos del premuerto no van a ser de peor condición que los del desheredado o el indigno, se deriva que representan a su padre en la *condición de legitimarios*.

Tras esta afirmación fácil es presumir su criterio contrario a la solución que viene sustentando el Tribunal Supremo, concretada en su sentencia de 6-XII-1952, que vale—dice—para los casos de desheredación e indignidad, pero no para los de premoriencia, en los cuales hay representación en la condición de legitimario, pero no en la disposición en si, por lo cual nos hallamos en el caso de preterición del artículo 814, con la consiguiente nulidad de la institución.

Consecuencia de esta solución es que, instituidos los hijos por partes iguales, y premoriendo uno de ellos, no se repartiría—como pretende MANRESA—toda la parte de libre disposición entre los sobrevivientes, y sólo los otros dos tercios entre los sobrevivientes y la estirpe del premuerto, sino que los preteridos participarán por igual en la herencia, de acuerdo con la más probable voluntad del causante. Si alguno de los otros hijos está mejorado, la mejora persiste, ya que no sufre los efectos de la preterición (art. 814). y si el mejorado es el hijo premuerto, la mejora se incorpora a la legítima estricta. No hay, pues, representación en la mejora, por la misma razón que no la hay en la legítima estricta: la representación—insiste—es únicamente en la cualidad de legitimario, y no en el *quantum*, que es voluntario y representa una asignación de cuota o de bienes concretos.

Veremos si tan valiente solución es acogida por nuestro más

alto Tribunal y por la Dirección de los Registros, cuyo criterio aparece reflejado últimamente en la Resolución de 14 de agosto de 1959 y que puede verse en las páginas 798 y siguientes de igual año de esta REVISTA.

Pero junto a la vocación aislada o *pro parte*, en que la cuota no adquirida por el destinatario se ofrece a los herederos abintestato, se halla la *solidaria*, testamentaria, en la cual por voluntad del causante cada uno de un grupo de llamados lo está, eventualmente, a la totalidad de lo que al grupo corresponde. Esta vocación solidaria o acrecimiento surge, pues, para la moderna doctrina originariamente, y, como decimos, de una manera eventual: el heredero acepta, en suma, no una cuota concreta, sino la parte que puede corresponderle. Por ello, con más precisión, puede decirse que, mejor que una vocación eventual, se trata del contenido eventual de una vocación cierta.

Hasta época reciente el fundamento del derecho de acrecer se basaba en una presunción de voluntad del disponente. Una corriente importante pretende hoy basarlo en la simple vocación solidaria, que atribuye a cada llamado una vocación cabal—o potencial, mejor—a toda la herencia o el legado. Y como una variante de esta tesis está la que aproxima el fenómeno del acrecimiento al de la expansión del derecho del comunero.

Para LACRUZ es de rigor mantenerse en la teoría voluntarista clásica aunque acaso—siguiendo a VALLET—mejor que de presunción de voluntad, cabe hablar de valoración legal del llamamiento hecho por el testador, a virtud de los términos en que ha sido formulado.

Los artículos 982 y 983 C. c. sientan los presupuestos para que surja el fenómeno del acrecimiento en la sucesión testada y que—como sabemos—se prestan a diversas interpretaciones.

Para nosotros—según MUCIUS SCAEVOLE y CASTÁN—aquellas frases numéricas, que equivalen a *por partes iguales*, deben interpretarse de la misma manera, prescindiendo de la innecesaria mención del número, mientras que la asignación de partes alícuotas desiguales excluye el acrecimiento. Además, como con su gran ductilidad y buen tino apostilla LACRUZ, sería contrario a la lógica el que la mención innecesaria de un número, que no puede obedecer a ningún designio especial en la mente del testador, sirvie-

ra para eliminar una conjunción que realmente existe. Pretender establecer diferencia en la cláusula en que un testador deja la mitad de sus bienes a Juan y la mitad a Pedro y aquella en que deja herederos a Pedro y Juan por mitad, es llevar las cosas a un formulismo sin contenido. El Código ha venido, al introducir el precepto—983—, que no figuraba en el proyecto del 51, a ampliar el derecho de acrecer a supuestos que en realidad no estaban incluidos en la frase «sin especial designación de partes». Y acaso por ello no figura el artículo 779 en la regulación del acrecimiento y sí en la sustitución vulgar: allí no serviría nunca, pues la institución no es compatible con cuotas diferentes; aquí opera en fracciones distintas, por no haber acrecimiento precisamente, pues de haberlo la sustitución sobraria. Este parece ser también el criterio de la jurisprudencia.

Aunque el Código no lo diga, puede defenderse que el acrecimiento tendrá lugar preferente entre los llamados del grupo, y en defecto de éstos acrecerá a los demás instituidos conjuntamente (véase artículo 265-2.º, Compilación catalana, que lo sanciona).

Habrà designación de partes—en consecuencia—cuando la institución sea en partes alicuotas desiguales.

¿Es forzoso el acrecimiento? Nada dice el Código, contrariamente al proyecto del 51 que lo imponía, y por ello la doctrina clásica entiende que la porción que acrece puede repudiarse independientemente de la propia cuota.

La doctrina moderna se inclina, en cambio, por la solidaridad del llamamiento, o sea por la imperatividad de su función.

Para LACRUZ, en principio, también es forzoso; pero sí lo acrecido tiene cargas—impuestas a su heredero—, no es de presumir que las acepte. Otra cosa sería si los gravámenes pesan homogéneamente sobre todos los bienes. Se juega aquí—a nuestro juicio—con los arts. 890—sección de legados—y 990, y nos inclinamos más a la solución clásica, y precisamente, argumento *a contrario*, porque el Código no siguió, como pudo muy bien hacerlo, a su precedente del proyecto del 51. Piénsese, además, como señala el mismo LACRUZ, que una parte de la herencia acaso ha sido percibida ya, mientras luego se ofrece otra en diferentes condiciones.

El artículo 987 admite también el acrecimiento en el usufructo: Pero hay otro tipo de acrecimiento, regulado en el artículo 521, a

cuyo supuesto, según LACRUZ, es discutible hasta qué punto pueden serle aplicables las normas del acrecimiento (véase sobre esto la Resolución de 1. de diciembre 1960, págs. 683 y sigs., año 1961, esta REVISTA).

¿Quid del acrecimiento en las sucesiones legales? El punto más interesante es si existe en la mejora. Desde DE DIEGO, GONZÁLEZ PALOMINO después y ahora LACRUZ, lo admiten sin género de duda. La jurisprudencia se muestra reacia a ello, y es que siempre habrá que tener en cuenta que la mejora es personal, individualísima, que veda interpretaciones.

* * *

Entrando en lo referente a la Delación, es presupuesto subjetivo de la misma el de la llamada capacidad para suceder, que de una manera genérica admite el artículo 744 del Código para todas las personas, físicas como jurídicas, aunque para éstas dedica otro precepto especial—el 746—, que si no era indispensable, después del artículo 38, su inclusión desvanece toda duda respecto a la capacidad para suceder en las llamadas «manos muertas», que les había sido negada o limitada por la anterior legislación desamortizadora.

En cuanto a las personas físicas, el problema se centra (y también, como más adelante veremos, en cierto aspecto respecto a las jurídicas) en la llamada coexistencia de causante y heredero para que éste suceda a aquél.

Y comparando los artículos 33 y 766, veremos que éste no es del todo exacto, pues no basta con no morir antes que el causante: es preciso sobrevivirle, pues tal es el sentido del primero. En relación o en la misma línea de éstos, el artículo 190, cuya pugna con la letra del 195 es bien conocida, debe resolverse en favor de aquél, pues como expresó la sentencia de 9-II-1935, «sus derechos sólo podrán hacerse efectivos por los herederos del ausente, probando que éste viviera al tiempo de fallecer el causante».

Pero, ¿la existencia del causahabiente a la muerte del causante es del todo precisa? Nos enfrentamos con el problema del *concepturus*, que—y con referencia al art. 758 C. c.—un ilustre Notario, DÍEZ PASTOR, como sabemos, expresó no había sido bien en-

tendido, pues *capacidad*—art. 758—e *inexistencia*—art. 745, para la criatura abortiva, que ya es un ente corporal—se contradicen. Para Díez PASTOR no es vehículo indispensable para instituir al *concepturus* la sustitución fideicomisaria, que se limita a poner freno al testador, de suerte que, sin el artículo 781, se autorizarían las vinculaciones perpetuas. Piénsese—dice—que el primer instituido repudia la herencia; el llamamiento a los no concebidos subsiste como una institución condicional cualquiera.

Para LACRUZ BERDEJO este argumento, que Díez PASTOR tomó de POTHIER, para el cual, en la donación hecha a los hijos nacidos y a los por nacer, los nacereros «se reputan llamados por vía de fideicomiso, en una porción viril de las cosas donadas», el fiduciario es pieza indispensable en tanto no existe el fideicomisario, y no lo es cuando existe, porque la sustitución vulgar va implícita en el fideicomiso. El *concepturus*—como dijo GONZÁLEZ PALOMINO—no es que sea incapaz, es que no es persona, y en la institución condicional se atenderá, además, al tiempo en que se cumpla la condición, lo que requiere que se examine la capacidad del sucesor en el momento de la muerte (art. 657). Díez PASTOR, replicando a este fuerte argumento de GONZÁLEZ PALOMINO, dice que el destinatario de una disposición en favor de persona futura, cuando ésta surte efecto, es siempre un ente real capaz de adquirir; cuando no surte efecto, la herencia se halla yacente, en administración, sin titular actual... Lo que en realidad—habida cuenta aquel artículo 657—no es convincente.

También ROCA Y ALCÁNTARA, en cierto modo, sustentan la tesis de Díez PASTOR, al decir que la regla no es precisamente de coexistencia de causante y heredero, sino de existencia de heredero en el momento de la delación y no antes. Pero esto—como dice muy bien LACRUZ—es convertir en condición de futuro un requisito que ha de concurrir de presente. Y en ningún lugar del Código se dice que la existencia del heredero se requiere sólo en el momento de la delación (por el contrario, véase 758-3.º).

Parece, pues, no existir otro vehículo para instituir al *concepturus* que la sustitución fideicomisaria.

Pero, ¿cabrá, se pregunta LACRUZ, la solución—a ejemplo del Derecho alemán—de construir una sustitución a fin de mantener la validez de la institución del no concebido, siempre que pueda de-

ducirse la intención de hacerlo de las determinaciones del causante?

Para él no se oponen a ello los artículos 783 y 785 del Código, ya que al exigir que los llamamientos sean expresos, sólo intentar defender los derechos del primer instituido de toda limitación no explícita y clara. Sinceramente, no creemos pueda prosperar tan original construcción, precisamente por lo que dicen esos artículos y los antes citados y la peligrosidad de las interpretaciones testamentarias que, en rigor, nacen nulas *ab origine*.

La Dirección—véase R. 22-III-1939—es terminante al respecto: no hay otro vehículo para instituir al *concepiurus* que la institución fideicomisaria. Cabe—Rs. 23-VII-1924, 31-I-1931 y S. 12-XI-1934—asimilar la sustitución fideicomisaria a los legados. La tesis—decimos con LACRUZ—es defendible relativamente para los legados que no sean de cosa cierta, o sea cuando el legatario sucede totalmente al heredero.

En cambio, para el *nasciturus* su derecho a suceder es indiscutible, pues hay llamamiento para el mismo, sólo afectado con una *condicio iuris* de efectivo nacimiento y vitalidad (art. 30 C. c.). En realidad, no hay delación, sino vocación condicional.

Y, como apuntamos más arriba, también el problema de la coexistencia se relaciona con las personas jurídicas, al ser creadas éstas en el testamento en que se les instituye. Hoy está superado por la solución afirmativa.

Nuestro Código civil, junto a las incapacidades absolutas para suceder, incluye la indignidad, como también incluye las incapacidades relativas, no obstante sus diferencias, particularmente porque mientras la indignidad se aplica a cualquier clase de sucesión (art. 914), las incapacidades relativas son propias de la testamentaria. Las causas de la primera son reguladas en el artículo 756 (como en el 713, para LACRUZ, que debía figurar a continuación de aquél), discutiéndose si la indignidad lleva consigo la privación de la legítima a cuya afirmativa nos conduce, no tanto el fundamento de la indignidad, sino el texto del artículo 761-1.º, puesto que no es éste un caso de representación en la sucesión testada, sino en la legítima estricta, como más atrás hemos dicho. Y es que los hijos del indigno no pueden tener el mismo trato de favor que los de un legitimario premuerto. Una objeción, sin embargo, pre-

sentado a esto el propio LACRUZ: el artículo 929 establece el derecho de representación en los casos de indignidad y desheredación, con lo cual pueden suceder abintestato, en lugar de su padre, los hijos del hermano indigno. Y si los sobrinos suceden en la total porción que a su padre correspondía, ¿cómo limitar la de los nietos a la porción legítima? Cuestión verdaderamente dudosa, que pudiera resolverse con los criterios que expone LACRUZ.

Al indigno se le puede rehabilitar y entendemos que para ello basta la capacidad natural—catorce años—para testar.

En cuanto a las incapacidades relativas, el Código conserva únicamente aquellas fundadas en la incompatibilidad moral entre la función ejercitada por una persona o la participación que en el testamento tiene por razón de su cargo u oficio, y su condición de instituido (véase artículos 752 a 754), debiéndose hacer constar que el tiempo para calificarlas ha de hacerse al tiempo de testar, no al de la muerte del causante.

Como antes señalamos, el Código civil, con técnica defectuosa, ha reunido en un solo capítulo todas las «incapacidades», sometiéndolas a un mismo régimen. Y si las llamadas incapacidades absolutas escapan a él porque son casos de inexistencia de sucesor, las relativas se hallan equiparadas en principio a la *indignidad*—véase S. 11 febrero 1946—, por más que nuestros civilistas (así, ROCA SASTRE) resalten sus diferencias.

* * *

En tema de aceptación y repudiación de herencias, cabe preguntarse sobre la validez del poder para aceptar o repudiar cualquiera herencias que recaigan en una persona, pues aunque la Ley no declara acto personalísimo la aceptación o repudiación, sin embargo es discutible si, dada la personalidad de la cualidad de heredero, puede ser ésta atribuida o negada al interesado—salvo los casos de representación legal—por voluntad de tercera persona, y sin asumirla o rechazarla él expresamente (véase también artículo 988). Además, el Código resuelve conflictos de intereses semejantes (testamento, matrimonio), prohibiendo la representación. Pero al no haber previsto el texto legal la personalidad en la aceptación o repudiación de la herencia, parece permitir el mandato. Así, Ró-

ca. Con todo, el artículo 996 se limita a predeterminar un medio de aceptar una herencia concreta.

Desde luego estos actos han de emanar de una voluntad seria y plena (arts. 988 y 997). Les afectan, pues, los vicios de la voluntad (véase también art. 996).

La aceptación es pura o simple o a beneficio de inventario. La pura, expresa o tácita. En cuanto a la expresa o hecha en documento público o privado (art. 999), ¿será válida la manifestada en una carta? De la S. de 24-XII-1909, se desprende que no.

En cuanto a la tácita en su forma alternativa según el artículo 999 C. c. ha sido aceptada, —contrariamente a cierta doctrina francesa que la unifica—por nuestro más alto Tribunal (S. 26-IV-1955).

¿Qué actos suponen aceptación tácita? De una manera genérica, podría decirse que los que tienen significado patrimonial. Dilucidar si un acto supone o no aceptación tácita, ¿es cuestión de hecho o de derecho, y, por tanto, discutible en casación? La sentencia 13-II-1951 se inclina por la primera solución. Para LACRUZ sería mejor fundada la segunda.

Hay otra clase de aceptación: la del artículo 1.000, por cesión del *ius delationis*, consecuencia de la imposibilidad de tráfico del *ius adeundi* (y a la vez su comprobación).

Señala con acierto LACRUZ que no es fácil entender por qué debe producir el mismo efecto la renuncia onerosa hecha en favor de todos los coherederos indistintamente. Esto no ocurría en Derecho romano, pues el precio en realidad es una compensación al acto de repudiar.

Y plantean un problema particular aquellas renunciaciones que, en su conjunto, hacen recaer la cuestión en la persona que la recibiría conforme a las reglas generales de la delación hereditaria, pero que, aisladamente consideradas, no pueden estimarse como renuncia pura. Por ejemplo, cada sucesor repudia en provecho de un solo heredero, lo que equivale a la repudiación pura y colectiva de todos. Hay que entender que en presencia de todas las repudiaciones el problema debe resolverse como si la repudiación fuere unitaria.

El artículo 1.002 conforma una aceptación *ex lege*, a manera de pena civil, sin perjuicio de la señalada por el Código penal, al delito que el hecho constituye (art. 535 C. p.).

La aceptación a beneficio de inventario, ¿es una tercera forma de aceptación, o sea a más de la expresa y la tácita? Con precisión—y en ello estamos conforme—escribe LACRUZ, «que sólo se trata de una cualificación de los efectos de la adición».

Y si bien tal aceptación beneficiaria puede hacerse ante Notario o por escrito ante cualquiera de los jueces que sean competentes para prevenir el juicio de testamentaria o abintestato (artículo 1.011), se cuestiona por la doctrina respecto a si el *inventario* ha de ser redactado judicialmente o bien cabe también otorgarse ante Notario, o incluso en escrito privado.

Nos parecen muy atinadas las razones de LACRUZ BERDEJO, según el cual pueden distinguirse dos supuestos: el del artículo 1.011 y el del 1.014. Cuando el heredero tiene en su poder los bienes de la herencia no tiene opción. A este caso ha de asimilarse el de la *interpellatio*, a que se refiere el artículo 1.015. Fuera de estos preceptos, no parece haber en el Código civil inconveniente para que se declare ante Notario o ante el juez la aceptación beneficiaria sin impedir a la vez la formación del inventario y la convocatoria a los acreedores o legatarios. Esta convocatoria y consiguiente inventario pueden hacerse luego extrajudicialmente. Aunque no fuera ésta la intención del legislador, no pueden negarse sus ventajas.

Plantea problemas a la aceptación—habiendo varios coherederos—de unos puramente y otros con beneficio de inventario (véase art. 1.007), y existe una particular forma de ser otorgado el beneficio, la del artículo 1.021, suscitándose por último si deben interpretarse las causas de decadencia de los artículos 1.018 y 1.024, como renuncia tácita; es decir, si el beneficio de inventario es renunciable por el favorecido. Como el deber de administrar y liquidar del heredero beneficiario más semeja una carga, en nuestro Código, que una verdadera obligación, parece se ha creado una situación de intereses que no podría modificarse por decisión unilateral. El Código entonces encomienda la defensa de los acreedores del caudal relicto, a los procedimientos de testamentaria y abintestato, la anotación preventiva del legatario, y en casos a la tercería de mejor derecho.

En cuanto a la repudiación de la herencia, es, propiamente dicho, una renuncia y, por tanto—adelantemos—, negocio extraño a

los conceptos de onerosidad y gratuidad; siendo sus características semejantes a las de la aceptación: acto libre e inequívoco.

Del contexto del artículo 1.008 nace la discusión en cuanto a la forma de llevarlo a cabo, singularmente sobre si las palabras «instrumento público o auténtico» entrañan un sólo significado: la forma notarial en el sentido de *ad probationem* y no *ad solennitatem* (así, ROCA). Otros—BORRELL, siguiendo a GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA—, «autenticidad de un documento es la coincidencia de su autor aparente con el real; una vez reconocido legalmente o tenido por el juez como auténtico el documento privado prueba contra su autor y sus causahabientes exactamente con la misma fuerza que la escritura pública». En este sentido se pronuncia la sentencia de 11 de junio de 1955.

Para LACRUZ, acaso sea ésta la solución que mejor combina los encontrados intereses en torno a la repudiación. Pero si el documento privado—decimos nosotros—a la menor objeción sólo el juez puede darlo por *auténtico*, nos encontramos que será la repudiación en tal forma una variante más del citado artículo 1.008, ó, mejor, una matización de su segunda parte, por lo que, en suma, consideramos más conforme al precepto la opinión de ROCA.

La repudiación de legados no está sometida al art. 1.008.

El artículo 1.001 contempla un caso que pudiera decirse de repudiación y aceptación especial, pero que si bien nos fijamos es producto sólo de impropiedad de lenguaje, pues el repudiante no se transforma en heredero por la aceptación de los acreedores, ni éstos son tales, sino concurrentes a una fase de liquidación de un caudal.

¿El llamado derecho de deliberar es incompatible con el beneficio de inventario? Entendemos que no, y como además la aceptación beneficiaria tiene todas las ventajas de aquél, y las formalidades son idénticas en ambas, es lógico que apenas se haga uso de tal derecho.

En cuanto a los plazos para aceptar o repudiar, así como para limitar la responsabilidad mediante el beneficio de inventario, forma nuestro Código un sistema de extrema complejidad, que probablemente escapa a la intención de sus autores. Para LACRUZ BERDEJO, la causa está en la novedad de los artículos 1.014 a 1.016, que

al ser escritos precipitadamente son ejemplares perfectos del peor estilo legislativo. A ellos y a sus concordantes 1.004, 1.005, 1.017 y 1.019, hay que referirse al respecto, distinguiendo fundamentalmente tres posibles situaciones del llamado: a) Tiene en su poder bienes relictos, b) es interpelado, c) no se da ninguna circunstancia, todo lo cual plantea cuestiones que razones de espacio nos obliga a pasar por alto.

En cambio queremos detenernos un tanto más de lo acostumbrado de cuanto venimos tratando en lo referente a la capacidad para aceptar o repudiar.

El principio general—artículo 992—es que se precisa para ello la *libre disposición* de bienes. En tal sentido—y primeramente—, ¿pueden hacerlo los emancipados? Por la afirmativa, la mayoría de la doctrina invocando las Resoluciones de 4-XI-1896, 7-I-1907, 28-V-1957 y S. 7-VI-1922. Pero como advierte LACRUZ BERDEJO, los artículos 59 y 317 C. c., interpretados con arreglo a su finalidad, no parecen dar base suficiente para permitir la aceptación pura y simple (ni la repudiación, que, equivaliendo a renuncia, es acto de disposición). Lo que sin duda podrá el emancipado es aceptar a beneficio de inventario, ya que el gravamen de administrar la herencia es de lo que puede asumir, conforme a dicho artículo 317, y dado que tal aceptación no la hace responsable de las deudas.

¿*Quid* en cuanto al titular de la patria potestad? Sobradamente conocida es la resistencia que sostuvieron siempre los Registradores a admitir la repudiación, sin más, de herencia de menores por sus padres, cuyas notas fueron rechazadas por la Dirección por diversas razones, entre ellas, la más conceptual y abstracta de sus últimas decisiones, Resoluciones de 25-XI-1942, 25-VII-1943 y 25-VI-1946, «de ser la repudiación una no aceptación de la oferta o llamamiento legal, más que la renuncia de un derecho ya adquirido» (¿no podría decirse, mejor, que no se dejó adquirir?), y cuya doctrina ha sido consagrada por el artículo 178-2.º del Reglamento Hipotecario vigente.

Pues bien, aquí también LACRUZ BERDEJO, y con base en antecedentes históricos dignos de consideración, expresa que no se ve por qué el silencio (bastante relativo) del Código civil en materia de patria potestad haya de suplirse con una autorización ilimitada al padre o madre que la ostenta. Alegar que una repudiación es

distinta de una enajenación, desplaza el problema, pues de lo que se trata aquí es de saber, no si son iguales, sino si la repudiación (o la *aceptación pura*), por sus consecuencias prácticas, deben recibir el mismo trato que las enajenaciones de inmuebles o las transacciones superiores a 2.000 pesetas, y el aplicar el régimen de la enajenación de inmuebles a la aceptación de la herencia no coloca al titular de la patria potestad en situación diferente de la del tutor, sino que establece un régimen uniforme para cada uno de estos representantes legales, como también que el procedimiento del artículo 164 del Código civil es perfectamente adaptable a la aceptación de la herencia.

De todos modos, es bien conocido que si hay intereses opuestos entre el padre y el hijo, hay que nombrar a éste, para aceptar la herencia, un defensor judicial, conforme al artículo 165, a menos que el titular de la patria potestad renuncie a sus derechos a la herencia. Mas este concepto de incompatibilidad hay que soportarlo debidamente; por ejemplo, si el padre es heredero con derecho de acrecer.

Por lo que se refiere a los mayores incapacitados, la regla general es el artículo 992. Así, para los interdictos. Para los pródigos serán de examinar las facultades de que se les ha privado (art. 221 C. c.). Y para los quebrados y concursados, entendemos con LACRUZ que podrán aceptar por sí con beneficio de inventario, por la misma razón que pueden aceptar donaciones; pero para aceptar pura y simplemente o repudiar, precisarán autorización de los syndicos por cuanto de ello puede seguirse daño a su patrimonio, del cual ya no puede disponer.

Sobre la herencia dejada a los pobres hay quien sostiene (CASTÁN) que es un caso de aceptación *ex lege*, y hasta, como ALBALADEJO, que se adquiere *ipso iure*. Opinión—según LACRUZ—discutible, pues el artículo 992 no prohíbe repudiar, y desde luego, esa transmisión *ipso iure* no puede ordenarla el causante.

Para las personas jurídicas y establecimientos públicos, véanse artículos 993 y 994.

En cuanto a la mujer casada, si acepta pura y simplemente, con licencia del marido, entiende la jurisprudencia que la responsabilidad se extiende, no sólo a los bienes heredados y a los suyos propios, sino también a los gananciales. ¿Y si lo hace con

autorización judicial? Al salvar el Código de responsabilidad (véase artículo 995) sólo los bienes *ya existentes* en el matrimonio, se introduce la duda si responderán cuantos después advengan, incluso del marido. No es de suponer que el legislador quisiera ordenar semejante dislate.

¿Qué sucederá cuando un incapaz acepta contra las prescripciones del Código? Parece que habrá de someterse a las normas sobre nulidad de los contratos, siempre que concurra un consentimiento natural. En este sentido, la sentencia de 21 de junio de 1956, «en cuanto al requisito de la licencia marital o de la autoridad judicial para aceptar la herencia», su falta no haría nula la aceptación llevada a efecto por la actora, sino anulable, y, por tanto, surtirá ésta sus efectos hasta que se declare tal nulidad, lo cual sólo puede hacerse en virtud de reclamación que formulen las personas a quienes expresa y limitativamente faculta el artículo 65 del Código civil. Y entonces, preguntamos, ¿podrán inscribirse particiones sin aquel requisito en cuanto a la aceptación, otorgadas por mujer casada, de conformidad, además, con lo que dispone el artículo 94 del vigente Reglamento Hipotecario? Parece debe optarse por la afirmativa al hablar dicho artículo reglamentario de «actos y contratos», pero haciéndose constar en el asiento la posible anulación.

* * *

Vamos a abordar uno de los puntos que más disparidad de criterios—y con ello de orientación—ha producido en nuestra civilística: el de la comunidad hereditaria. Como sabemos, el Código civil no dedica normas específicas a su regulación, aunque sí a su disolución, es decir, la división de la herencia. Fuera, por tanto, aquellas disposiciones imperativas, como lo que al respecto hubiera dispuesto el causante, habrá que recurrir para regularla a las disposiciones contenidas en el título de la división de herencia que pudieran serle aplicables y a las contenidas en el 3.º del Libro II, en lo que fueron compatibles, con ser la hereditaria una comunidad universal.

Apoyándose en estos preceptos, pretende CHAMORRO que nuestro Derecho desconoce «la comunidad sobre una pluralidad de dere-

chos u objetos, como se desprende del artículo 392 del Código civil, que sienta como único objeto posible de la comunidad *una cosa o un derecho*», por lo cual, «en la herencia indivisa hay tantas comunidades de bienes como cosas y Derechos reales haya en ella, y tantos créditos y obligaciones *mancomunadas* como obligaciones individuales existan».

«La única especialidad de las comunidades hereditarias—que no las aleja del tipo romano o legal, ya que el citado artículo 392 deja paso a las disposiciones especiales—, es la restricción que para el comunero implica la ausencia de la facultad de disponer (no de contratación, sino de enajenación presente) de su derecho en cada comunidad, que no podrá ser enajenada, cedida o hipotecada antes de la partición, pues los derechos de los coherederos pudieran ser perjudicados por la disposición hecha por uno de ellos de su parte alicuota, sin haber pagado lo que le correspondiese en las deudas y legados del causante».

Esta original construcción ha sido muy combatida, porque la inalienabilidad, aparte lo que dice el mismo autor, es imposible aun consintiéndola los demás partícipes (salvo en acto de partición); por lo que preceptúa el artículo 1.084 del Código civil (argumento de GARCÍA VALDECASAS), y el 1.082; además, porque si hubiera tantas comunidades como objetos, como dice LACRUZ, los acreedores de cada heredero podrían embargar las cuotas indivisas que les correspondieran en determinados bienes singulares, como pueden hacerlo con los propios bienes—no habiendo separación—si el heredero es único; finalmente, por la letra del artículo 14 de la Ley Hipotecaria y 83 de su Reglamento.

Pero esta comunidad entre coherederos, más conocida por «derecho hereditario *in abstracto*», del que tanto se ha discutido si es o no distinto de la cualidad de heredero, y que, según LACRUZ, si reparamos en que la participación del coheredero en el caudal relicto es susceptible de tráfico, y puede conferirse igualmente a un legatario (piénsese, decimos nosotros, en el de parte alicuota), es decir, que de una parte no tiene que sobrevenir necesariamente por título de heredero, y, de otra parte, puede independizarse de él, acaso no esté bien enfocada o concatenada con tal derecho hereditario del que pudiera decirse que es el menos *hereditario* de todos los derechos.

En los años veinte y bajo la influencia del maestro don JERÓNIMO GONZÁLEZ, la Dirección de los Registros precisó admirablemente su pensamiento en cuanto a la estructura de la comunidad hereditaria. Es ésta una comunidad universal (idéntica estructura, como advierte LACRUZ, tiene la aragonesa continuada, la sociedad o asociación en liquidación, y, sobre todo la comunidad conyugal en liquidación, en la cual el derecho del cónyuge sobreviviente recibe un tratamiento muy parecido al de la indivisión hereditaria), que resulta forzosamente de la pluralidad de herederos, y en la que no competen a tales sucesores porciones determinadas de los bienes concretos.

Y es que cuando la titularidad de un derecho compete en común a varios sujetos, experimenta un cambio. Surge una pluralidad de esferas jurídicas de sus componentes, que no coexisten autónomamente, sino que se presuponen, se relacionan y mutuamente se limitan. Por ejemplo, aquel señorío de disposición del propietario único, ahora lo tienen todos en común. No se puede decir que cada uno tiene una parte alicuota de esa facultad, sino un derecho de concurrencia para formar la voluntad común. Otra cosa sucede con el uso, administración, etc.

Si la comunidad versa sobre una masa patrimonial, cada derecho les pertenece directamente, pero habida cuenta la interdependencia que media entre todos los objetos pertenecientes al caudal.

La participación en la totalidad—un décimo o una mitad—no es índice de la que se tiene en cada objeto relicto, si bien todos recomponen la totalidad de la masa originaria. Como expresa FERRANDIS. «sin llegar a crear un objeto único para ese derecho (el del coheredero sobre el patrimonio hereditario), la Ley otorga las facultades que corresponderían a un objeto único».

Como con menos conceptualismo—confesamos nosotros—ha expresado el Tribunal Supremo—sentencia 6 mayo 1958—, describiendo la naturaleza de esta cuota en una comunidad universal, que el asiento registral publica el derecho hereditario «en su propia naturaleza, o sea como cuota de un patrimonio del cual la finca o derecho inscrito es uno de tantos elementos integrantes», y aclara, en cuanto a la enajenación de los derechos que corresponden a un coheredero en la herencia, que no se transmiten en realidad

fincas, aunque las haya en el caudal, sino derechos sucesorios que competen al enajenante en una determinada herencia.

En una palabra, constituyen el objeto de esta comunidad hereditaria todos los bienes y derechos relictos por el causante no legados especialmente, a la que integrarán cuantos aumentos experimente *ab intra* (accesión continua y discreta), así como las subrogaciones a que haya lugar por ejercicio de derechos pertenecientes a la misma, indemnizaciones por pérdidas o deterioros, dinero procedentes de ventas, etc. Y todo ello destinado, en principio, a la satisfacción de deudas y cargas de la herencia, aun cuando los comuneros no sean deudores de las mismas (legatarios de parte alicuota, adquirentes de participación por título singular).

Como sabemos, la Ley Hipotecaria llama *Derecho hereditario* al global de cada partícipe en un caudal relicto. Y aunque no sea propio de este lugar adentrarnos en el funcionamiento o mecánica registral del mismo, si diremos, por aludir LACRUZ BERDEJO a ello, que parece coincidir con VILLARES PICO en la opinión que éste sustenta que cuando se pide la inscripción de todos los coherederos sobre fincas o derechos de la herencia, expresando la proporción en que cada uno es heredero, el asiento que procede es la *inscripción*, pues para LACRUZ entonces no es el llamado *derecho hereditario* lo que irá al Registro, o sea la titularidad global de cuota, sino la titularidad en *mano común*, sobre la finca (o derecho) de todos los coherederos, y, por consiguiente, la legitimación para disponer de ello conjuntamente.

La primera objeción que parece podría oponerse a esto es si realmente caben en nuestro sistema registral inscripciones de bienes en *mano común*. A lo cual podría contestarse afirmativamente, no tanto por razones que podríamos llamar de *hecho*, como esas que todo Registrador habrá encontrado en ciertos burgos o municipios rurales de inscripciones de fincas a favor de Comunidades vecinales, cuyo poder de disposición radica o en la unanimidad de todos los vecinos del pueblo o en la Junta Administrativa designada—a través de determinados Estatutos—por los que absolutamente—es decir, criterio idéntico de unanimidad—lo sean; sino actualmente—y esto es de mayor peso—en la barroca e inconcreta fórmula de la regla primera, *in fine*, del artículo 94 del

Reglamento hipotecario de bienes gananciales inscritos a nombre de «ambos cónyuges conjuntamente, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal», y cuyo poder dispositivo radica asimismo en ambos cónyuges conjuntamente (art. 1.413 C. c.).

Sin duda esto ha sido por obra (no meditada) de la reforma efectuada en dicho reglamento en 1959, pues con anterioridad siempre cuidó la Dirección de advertir que en las enajenaciones de finca ganancial efectuadas por el cónyuge superviviente y los herederos del fallecido, automáticamente se transformaba, sin reflejo registral y sin duda porque esa especial propiedad en *mano comun* no parecía ortodoxa, en comunidad romana, que es la regulada en conjunción plural de sujetos, por nuestro Derecho (puede consultarse, por todas, la Resolución de 17-IV-1956).

Ya sabemos que el maestro ROCA SASTRE admitió como medio de lograr el resultado que antes se conseguía con la inscripción del derecho hereditario, el de la escritura pública en que todos los herederos se adjudiquen *proindivisamente* todas y cada una de las fincas o Derechos reales integrantes de la herencia. Remedio que habiendo—escribe—deudas, legítimas, legados, colaciones y otras particularidades sucesorias, tiene graves peligros... Y es que falta la liquidación de una Comunidad a la que—confesemos—no se le ha dado hasta ahora el debido cauce registral.

Y que ello es así—y como acaso por lo mismo ingenuamente han venido a claudicar—lo confirma el aditamento últimamente efectuado a la segunda parte del párrafo segundo—*in fine*—del artificioso artículo 209 del repetido Reglamento hipotecario, al disponer que la anotación preventiva del derecho hereditario no se cancelará «cuando se haya solicitado expresamente por los interesados».

He aquí, pues, una *anotación* de parejos efectos, quierase o no, que una inscripción, con la paradoja de figurar en una sección destinada a cancelaciones y dirigida o contemplando una *transmisión* (¿y por qué no cualquier otro acto dispositivo, como dice LACRUZ?) que propiamente debe ser objeto del asiento primordial de inscripción cuya enemiga, por lo que respecta al derecho hereditario, siempre estuvo en la mente de los innovadores del Reglamento (y aun de la Ley) Hipotecario. Algo parecido como acon-

tece con la *posesión*, de lo que en alguna ocasión hemos de ocuparnos...

La satisfacción de deudas y cargas (fuera ya del presupuesto de Comunidad) incumbe, por otra parte, según ya se ha dicho, ilimitadamente al heredero que acepta pura y simplemente (cuando tal aceptación es tácita es verdadera trampa tendida al heredero ignorante», como acertadamente expresa SAVATIER) y corresponde a todo heredero, único o plural, y cualquiera que sea la cantidad de bienes en que suceda; lo cual niega GINOT, respecto al heredero parcialmente instituido o que recibe remanente no dispuesto en el testamento, o sea resultado de deducir deudas; y es que entonces—para este autor—tales herederos no son universales, sino adquirentes de bienes del testador, lo cual no resulta ni de los antecedentes históricos ni de la letra del Código, pues *herederos* son todos los llamados, sin discriminación, como opone con acierto LACRUZ.

Pero, ¿podrá evitar el causante la vinculación de los bienes del heredero puro? Dice MORAL Y LUNA que si a aquél se le consiente eludir la responsabilidad *ultra vires* por el procedimiento indirecto del artículo 891 (distribución de la herencia en legados), no se ve la razón para que no pueda hacerlo directamente. La cuestión es dudosa, aunque la Ley parece anteponer el interés de los acreedores a la voluntad del causante. No es convincente para nosotros este último razonamiento de LACRUZ, pues el mismo beneficio de inventario, sin más, no como el propio autor alega de institución de heredero con condición de aceptar con dicho beneficio, como procedimiento a utilizar para evitar la responsabilidad *ultra vires*, pero que en último término lo que haría al funcionar es privarle de su calidad de tal; la misma regulación del beneficio de inventario—repetimos—es argumento que enerva el que la Ley quiera proteger a los acreedores del causante aun a costa de los intereses del heredero.

¿*Quid* en cuanto a la responsabilidad por legados? Estos, como sabemos, no son verdaderas deudas, sino gravámenes que surgen a la muerte del testador, dispuestos por éste en beneficio de otras personas, y constituye una liberalidad.

La doctrina se divide. ROCA SASTRE se inclina por la negativa (véanse artículos 764 y 887, en pro de sus tesis). LACRUZ, siguiendo

la solución histórica—Derecho romano y Partidas y artículos 1.003, 1.023 y 858 C. c.—por la afirmativa o de la ilimitación de la responsabilidad que—alega—parecen confirmar las sentencias de 19-I-1911, 13-XI-1951 y 8-V-1957.

Sin embargo, ésto podrá ser cierto en cuanto no concurran legitimarios, pues si son herederos respecto a lo que afecte a su porción, aunque acepte, sin beneficio de inventario, los legados son ineficaces. No habrá lugar, pues, a la aplicación del artículo 1.023. Pero es que, además, agrega LACRUZ, cuando el legitimario pide que se declare la ineficacia de las disposiciones que infringen la legítima, lo hace, no como heredero, sino como pariente de expectativa sucesoria. Claro—decimos nosotros—que todo esto supondrá que no hay remanente después de la liquidación de legítimas.

¿Concurrirán en igual derecho para el cobro dada la confusión de patrimonios sobrevenida por la aceptación pura, los legatarios, acreedores del causante y acreedores particulares del heredero? Así lo entendió el Supremo en sentencia de 9-II-1901 y patrocina DE LA CÁMARA, apoyándose principalmente en el artículo 1.925 del Código civil. Pero contra esto, y aparte otros argumentos, está el primordial del artículo 1.911, que carecería de toda eficacia si la garantía del cumplimiento de las obligaciones pudiese cambiar arbitrariamente con la muerte del obligado. Observándose—además, como con gran acierto opone a CÁMARA, LACRUZ—que aquel artículo 1.925, no se redactó pensando en las deudas hereditarias y que es posterior al fundamental 1.911.

Estas dudas se evitarían si nuestro Código, al igual del proyecto de 1851 y siguiendo al Derecho romano, hubiese establecido el beneficio de Separación de patrimonios, que, según LACRUZ BERDEJO, no es que se rechazó, sino que por entender los legisladores del 88 que su contenido había pasado a la LEC, con cuyo juicio de testamentaria era posible obtener resultados parecidos, considerarían ociosa su regulación.

De todos modos hay que señalar que el beneficio de inventario protege de igual modo el interés del heredero y el de los acreedores de la herencia, aislándola y liquidándola con independencia de los acreedores del heredero (art. 1.034 C. c.), de modo que cualesquiera que sean las variaciones que experimenten los bienes relictos a causa de la confusión de patrimonios, se mantiene también inmu-

table la preferencia del heredero acreedor del *de cuius* frente a los otros acreedores. El beneficio de separación tiene parecidos efectos, si bien más limitados, pues solo favorece a los acreedores de la herencia y no evita las consecuencias de la confusión dañosa para el heredero.

Por lo demás, en esta cuestión de la responsabilidad del heredero, remitimos el que nos sugiere el núm. 392/393 de esta REVISTA, por ser tan reciente, y que completa lo que venimos exponiendo respecto al pensamiento del admirado LACRUZ.

El cual, y cuando de responsabilidad en caso de pluralidad de herederos se trata, comentando los artículos 1.082, 1.083 y 1.084 del Código civil, expresa con sumo acierto, disintiendo de la postura del Tribunal Supremo en multitud de sentencias—siquiera las de 24-XI-1915 y 20-XI-1929, sean contradictorias de aquéllas—«de que incluso antes de la partición, los coherederos responden como deudores solidarios por las deudas hereditarias», que esto va contra la *mens legis* y la *mens legislatoris*, sin resolver equitativamente un conflicto de interés.

Los preceptos son completamente claros—añade—, pues la situación anterior a la partición está regulada por el art. 1.082, la contemporánea por el 1.083 y la posterior por el 1.084.

La solidaridad de los coherederos en tema de deudas no se conforma con la obligación de pago de legados (art. 859), pues el apartado 2.º de éste no impone la solidaridad, que se aplica, en cambio, en la acción de regreso del coheredero que hubiese pagado más de lo que le correspondiese a su participación en la herencia, ya que a más de tener derecho a percibir los intereses del anticipo, la insolvencia de cualquier otro debe ser cumplida por los demás a prorrata.

Una excepción a esta regla general de solidaridad la constituye en nuestro Código el artículo 1.087, pues como interpretara GARCÍA GOYENA, si se considera al coheredero que es a su vez acreedor del causante, en este segundo supuesto desligado del primero, parece podrá reclamar de cualquiera de los sucesores universales el pago total de lo que reste de su crédito, deducida su parte proporcional, pero en su doble concepto de heredero y acreedor son mayores sus vínculos y miramientos hacia el difunto y sus coherederos, por lo que si reclama y alguno de éstos resulta insolvente, la parte de éste

recaerá sobre todos, incluso el coheredero acreedor, en la misma proporción.

Esta mancomunidad impuesta por el artículo 1.087—comenta LACRUZ—tiene como resultado la confusión parcial del crédito, que no es total en el caso de aceptación pura y simple, ni se evita totalmente en la beneficiaria.

Volviendo al artículo 1.084, escribe LACRUZ que en su segundo apartado hace referencia a la problemática de la adjudicación para pago de deudas (que se plantea unas veces por el mismo testador en algunas cláusulas testamentarias, y más frecuentemente en acto de partición), pues se trata de una asunción cumulativa de deuda con causa onerosa—la adquisición libre de los bienes adjudicados—que no libera a los deudores primitivos, pero que compromete al asumente.

Extravasaría nuestro propósito entrar en el examen de este complejo problema de la adjudicación para el pago de deudas que, a su vez, tantos en su redor, suscita: ¿puede pagar, por ejemplo, con fondos propios el adjudicante y retener los bienes adjudicados?, ¿o devolverlos y reclamar el reembolso?, ¿o enajenarlos, pagar y retener o no el sobrante? He aquí—muy en concreto—el debatidísimo asunto de la cuestión (adjudicación en o para pago en que también para nosotros con impropiedad, se ha querido resumir) y que, quizá, con sencillez y gran visión jurídica, perfilara LACAL, diciendo ser posibles cuando se hagan en favor de todos los coherederos, o a favor del destinado especialmente para ello por el testador.

Cuando la adjudicación para pago de deudas no supone asunción cumulativa de la mismas por parte del adjudicatario, sino mera obligación de hacerlas efectivas, contraída frente a los coherederos, junto con la potestad de enajenar los bienes adjudicados, nuestra Dirección la enfoca como un negocio fiduciario (véanse Rs. 17-X-1919, 14-VI-1922, 26-XII-1946 y últimamente la de 12-II-1958, a cuya notas sobre dicho negocio nos remitimos, páginas 712 a 722, igual año, de esta REVISTA).

Para LACRUZ BERDEJO, esta adjudicación, en cualquiera de sus modalidades, desde el momento que los bienes no se dividen, no pertenece a la partición. Pertenece a una fase de liquidación de la herencia, pero no a la divisoria, como lo demuestra el que pueda ser

atributaria persona ajena al grupo de herederos, y entonces sí que es evidente no ser acto de partición, ajeno, por tanto, al contador-partidor. Y, claro—y esto no puede ofrecer duda—no vincula a los acreedores, quienes pueden seguir reclamando sus deudas a cualquiera de los coherederos.

Esta adjudicación para pago de deudas es inscribible: artículo 2.º-3.º Ley Hipotecaria y en la propia adjudicación puede constituirse un Derecho real en favor de los acreedores (art. 172 R.H.), que se ajustará en sus visicitudes al régimen de la hipoteca constituida unilateralmente (ROCA).

Esto pone de manifiesto—contra el criterio anterior a 1909—que no existe garantía sobre los bienes adjudicados, pero entonces—al no constituirse expresamente la garantía real—los acreedores—ciertos acreedores—pueden recurrir a la anotación preventiva: artículo 45 Ley Hipotecaria, que para cierto sector de la doctrina es letra muerta y perjudicial a la finalidad que pretende servir, al dificultar la venta de las fincas adjudicadas durante los ciento ochenta días siguientes a la adjudicación. Nosotros no lo vemos así, pues da un plazo de oportunidad para anotar a los acreedores; lo que sí es difícil de precisar es su naturaleza jurídica, aunque—siguiendo a ROCA—parece deben catalogarse entre las de tipo *constitutivo*.

* * *

Por la partición se impide o pone fin a la comunidad hereditaria mediante la distribución entre los coherederos de las titularidades activas contenidas en la herencia; podría decirse—gráficamente (1) expresa SANCHO REBULLIDA—que tal negocio jurídico hace eficaz todo el derecho de sucesiones, como se desprende del artículo 1.068. Claro que no es la partición el único medio de poner fin a la comunidad hereditaria. Pero bien mirado esos otros medios de extinguirla, verbigracia acrecimiento o enajenación a un solo heredero, mejor que de partición o división se trata de *disolución*.

(1) Todo este capítulo referente a la partición, se halla redactado por el catedrático (y colaborador del señor LACRUZ) don FRANCISCO SANCHO REBULLIDA, según en carta particular nos dice, dicho señor LACRUZ, por lo que, siquiera en el libro no aparezca delimitado, nos complace, y, es de justicia, poner aquí de manifiesto.

Sobradamente conocida es la cuestión en cuanto a su naturaleza, lo mismo en cuanto a su forma o estructura que en cuanto a su esencia y eficacia. El primer aspecto no tiene solución única, pues si bien la partición verificada por el causante y el comisario parecen evidentemente negocio jurídico unilateral, la llevada a cabo por los herederos tiene todos los caracteres contractuales; los judiciales escapan, sin duda, a una y otra estructura, por su aspecto jurisdiccional.

En cuanto a su esencia la cuestión se debate en si su eficacia es traslativa o declarativa de derechos.

Para nosotros la primera tesis fundada en una especie de permuta o enajenación efectuada entre sí por los coherederos, que se basa en el anticipo de una adquisición duplicada por parte del heredero: del causante primero, y con sus coherentes después, no tiene consistencia. Y aunque nuestro Código no tenga un artículo como el 883 francés, al mismo equivale el 450—según señala Roca y confirma el 1.068—. En el mismo sentido los 440, 339 y 490 del Código civil y el número 12 del 164 del Reglamento Hipotecario entonces vigente (de 1915).

Una tercera posición—que ha hecho gran fortuna—es la de que la partición es *determinativa* o *especificativa* de derechos. Su autor—MARTÍN LÓPEZ—dice que la palabra *confiere* del artículo 1.068 no equivale a «transmite», pues si así fuera sería incompatible con los artículos 657, 661, 867 y 440. Debe interpretarse—tal artículo 1.068—«como *reconoce*... sobre bienes determinados».

No obstante lo expresado, SANCHO REBULLIDA entiende que puede verse en ella un doble aspecto: como acto complementario de la delación, cumple—complementándola—función traslativa. En otro sentido, como negocio jurídico que pone fin a la comunidad, su naturaleza *determinativa* parece evidente, como lo confirma—en su opinión—la sentencia de 5 de julio 1958, la que—a nuestro entender—lo que hace es corroborar el carácter declarativo del negocio, del que la *especificación* o *determinación* de bienes a cada heredero es el complemento, por no decir un juego ingenioso, de conceptos y palabras.

Que nuestro Código ve con poca simpatía la comunidad hereditaria, lo evidencia el artículo 1.051, que confiere al coheredero una simple facultad frente a los restantes comuneros; la cual po-

ará ejercitar en cualquier tiempo.—art. 1.052—, salvo que el testador lo prohíba o se hubiese pactado entre los coherederos la división (arts. 1.051 y 400). Pero, ¿puede imponerla indefinidamente el testador? MUCIUS SCAEVOLA la fija en veinte años, aplicando extensivamente el artículo 400-2.º Código civil. Otros autores sólo le conceden el de diez años, y SANCHO parece seguir este criterio, aunque todos los herederos podrán prorrogarlo por diez años.

La prohibición ha de ser expresa y efectuada en testamento, aunque una interpretación liberal nos llevase a la conclusión «de que, habiéndose otorgado testamento, la prohibición puede imponerse fuera del mismo».

En cuanto a la legitimación para solicitar la división, en el ejercicio de la acción *familiae erciscundae*, la tiene todo coheredero, tanto que lo sea en pleno dominio como usufructuario o nudo propietario, fiduciario o fideicomisario; el que enajenare su cuota y el cesionario y los herederos del heredero muerto (art. 1.055). También los legatarios de parte alicuota y herederos instituidos bajo condición resolutoria; pero no (art. 1.054) los instituidos bajo condición suspensiva. Pero como este caso se podrá practicar la partición provisionalmente, el interrogante surge sobre si esta provisionalidad es respecto a todos o afecta sólo al instituido con la condición suspensiva. Para SANCHO REBULLIDA, la opinión más fundada es esta última: la partición, en su conjunto—dice—sigue siendo provisional; aun cuando las adjudicaciones hechas a los herederos puros sean desde el primer momento definitivas. Así se deduce de los artículos 801 y sigs.

Estimamos que la solución más *práctica* sería, como estima SANCHO, la—para él más fundada. Pero mucho tememos que no fuere plenamente aceptada. Aparte la contradicción *in terminis* de *provisionalidad* en cuanto a la partición total y las adjudicaciones definitivas en la misma para determinados herederos (los puros), ¿no roza la cuestión indirectamente con el artículo 1.081, que el mismo SANCHO interpreta, contrariamente a MANRESA, siguiendo al proyecto del 82, de que debe ser declarada nula la partición, pues se atribuyen bienes a personas que fundadamente pudiera estimarse llegaría a ser heredero, por lo que el *intuitu personae* del artículo 1.266-2.º entra en juego?

Confesamos que acaso esté un tanto rebuscado y fuera de lu-

gar el argumento, pero con todo hemos de tener siempre presente las Resoluciones de 22-XII-1950, 2-III-1956 y 7-V-1960 (puede consultarse esta última—y en su nota referencia a las restantes—en esta REVISTA, año 1960, págs. 540 a 551).

También los acreedores están legitimados al efecto (véanse artículos 1.001, 1083 y, en relación, 1.111). Como el Código habla de libre disposición y administración, parece que el emancipado necesitará el consentimiento de su padre, madre o tutor. Nos parece, en verdad, excesivo. Y en cuanto a la mujer casada, el Código, en su artículo 1.053, sigue el mismo criterio, ya examinado, que en el 995 respecto a la aceptación o repudiación de la herencia.

Finalmente, si se prueba que hay interés opuesto entre los padres e hijos menores en que continúe o no el estado de indivisión, parece evidente el nombramiento previo de defensor judicial a éstos. Pero vemos difícil la prueba del supuesto.

Como dijimos, hay diversas formas de efectuar la partición de las que—siguiendo a SANCHO REBULLIDA—hay que excluir la llamada judicial, como ya se apuntó anteriormente, salvo cuando desemboca en el juicio ordinario correspondiente a su cuantía; la misma arbitral, que es más bien un negocio híbrido en sus diversas formas, y la—según el art. 831 C. c.—llevada a cabo por el cónyuge viudo, que para nuestro autor, si bien diferenciada dogmáticamente de la hecha por el testador—art. 1.075—se puede equiparar prácticamente a ella (luego será verdadera partición).

En cuanto a la partición hecha por el propio testador, su fundamento es el mismo que el de la facultad testamentaria. Pero surgen varios problemas en su torno que muy en síntesis vamos a abordar. Así, en lo que se puede enunciar como requisitos subjetivos, la afirmación de que, en el sistema vigente sólo el *causante que otorgue testamento* puede practicar la partición, es asunto debatidísimo. Contra la sentencia de 13-VI-1903, «de que sobre la base de una sucesión testamentaria legal, a cuyas reglas fundamentalés y llamamientos deberá acomodarse» (criterio compartido por DE BUEN y ROCA, y más aún, pero con una interpretación muy personal, dada su postura, de la admisión en nuestra sistemática de la *donación partage*, MARÍN LÁZARO), se alza la más reciente y luminosa de 6-III-1945, según la cual «la partición regida por el artículo 1.056 ha de tener su apoyo en un testamento

del que sea complemento, de tal modo, que habrá de entenderse que el acto de distribución no solemne (partición) recibe su fuerza y convalidación formal del acto de disposición solemne (testamento)». Este criterio lo comparten asimismo la mayoría de nuestros civilistas, desde los primeros comentadores del Código hasta los más recientes e ilustres, como ALBALADEJO, VALLET, LACRUZ, etc. Pero se propugna por una modificación que permita a todo causante distribuir la herencia conforme a la delación abintestato.

Por lo que respecta al ámbito objetivo parece que el testador sólo podrá partir *sus bienes*. No podrá hacerlo de los conyugales comunes (S. 12-XII-1959). Ni siquiera en su mitad. Para SANCHEZ—y compartimos su criterio—la afirmación es grave, pero insoslayable. Sin embargo, en su opinión, cree podría entrar en la división, como un *bien determinado*, la participación del cónyuge en la comunidad conyugal; mas, entiéndase bien, no participaciones indivisas en los bienes comunes, porque no existen. Pero—se nos ocurre—, ¿cómo se valoraría esa *participación como bien determinado*, y toda vez que el consorcio conyugal no expira hasta la muerte de uno de los consortes o el matrimonio se declare nulo? Claro, que se podría recurrir a una partición parcial (sancionada por el T. S. en 6-3-1945), pero todo ello, a nuestro juicio, desenfoca el problema.

Como el artículo 1.056 expresa que esta partición puede hacerse por acto entre vivos o por última voluntad, también se ha centrado la polémica en cuanto al alcance de tal partición *inter vivos* hecha por el testador.

Desde la tesis de la *contractualidad con eficacia inmediata e irrevocable*, que encuentra su formulación más acusada en MARÍN LÁZARO, al tratar de encajar, según dijimos, en el régimen jurídico español, la *donation-partage* del Derecho francés, hasta la de la *contractualidad con eficacia diferida y aisladamente irrevocable* (GONZÁLEZ ENRÍQUEZ), la que prima—sancionada por la citada S. 6-III-1945—es la de la *unilateralidad con eficacia diferida y directamente revocable*. Como dice muy bien SANCHEZ, la alusión a los actos *inter vivos*, en donde no hay base para entender que se refiere precisamente a los contratos, tiene sólo un alcance meramente negativo o residual: la partición puede hacerse en testamento o *fuera de testamento*, sin exigencia formal determinada,

con el límite del respeto a las legítimas de los herederos forzosos y sin que le sean aplicables los artículos 1.061 y 1.062.

Pero, ¿debe sujetarse al testamento o disentir de él? En otras palabras: ¿*quid* cuando la partición atribuya lotes cuyo valor no concuerda con las cuotas atribuidas? Incluso cabe pensar en la partición que distribuya los bienes entre distintas personas que los instituidos herederos o legatarios de parte alicuota.

Nos encontramos aquí ante dos interpretaciones inconciliables: la tradicional, según la cual la partición hecha por el testador no tiene más límite que el de las legítimas, que se apoya fundamentalmente en las palabras «se pasará por ella» del artículo 1.056, y la de ALBALADEJO—superando lo que ya iniciara SÁNCHEZ ROMÁN—, que entiende que, a más del respeto a las legítimas, la partición del testador debe respetar su propia disposición testamentaria, ya que, en otro caso, sería impugnabile, siempre que la lesión producida por la discordancia sea superior a la cuarta parte (art. 1.075, en su inciso *sea otra la voluntad del testador*).

Con suma ponderación manifiesta, SANCHO REBULLIDA, que el artículo 1.056 admite una interpretación plenamente congruente con el 1.075 (que para los mantenedores de la primera teoría supone una carencia de sentido). Su clave está en la consideración de la partición como negocio incompleto, anejo y complementario del testamento. Cuando haya discordancia entre partición y testamento, debida a una valoración irreal, subjetiva, del testador, no será impugnabile aun cuando la lesión exceda de la cuarta parte. Pero si la disconformidad de la partición respecto del testamento es un apartamiento de su esencia vocativa, por ejemplo partir entre distintos herederos que los instituidos como tales en dicho testamento (y para nosotros también—como indica ALBALADEJO—, instituyendo a Juan y Pedro por partes iguales, se atribuye, al partir, a uno de ellos, tres cuartas partes), semejante partición será impugnabile no por causa de lesión, al amparo del artículo 1.075, sino anulable al amparo del propio artículo 1.056—que habla del «testador»—y de la exigencia jurisprudencial de que la partición esté amparada por un testamento anterior o posterior. Y es que la partición debe respetar a aquél en su esencia, en los llamamientos y títulos de éstos, pues de lo contrario ocurriría que *no hay testamento, ni es válida*—por ello—la partición (véase S. 13-VI-1903).

También ha sido muy discutido el párrafo segundo del artículo 1.056, facultad que parece limitada al «padre-testador». Pero entonces, ¿le está vedada al ascendiente en beneficio de un descendiente ulterior? Para nosotros, con SANCHEZ REBULLIDA, debe resolverse la cuestión en base no del carácter de legitimario del descendiente, sino del *interés de la familia*, por lo que optamos por la solución de ser ello posible.

Y creemos, con FUENMAYOR, que el precepto se refiere al caso de que no haya numerario en la herencia. Se trata, como dice VALLET, de una legítima ordenada directamente en metálico, junto a una atribución particional sobre toda la explotación; pero el derecho *legal* del legitimario, al amparo del artículo 806 del Código civil, latente mientras no sea pagado como efecto del 1.056-2.º, renace, en caso de impago, armado con la propia *actio familiae es-circunde*. Así, mientras el legitimario no sea pagado, no podrá quedar perjudicado por la enajenación que el heredero hiciera de la explotación. Pero, ¿también frente al tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria? No creemos pueda llegarse a tanto, y tampoco que entrañe una hipoteca legal no regulada en la Ley especial.

Unas breves consideraciones sobre la partición del comisario se imponen. Sinónima su función al albacea, la distinción (que obliga la alusión del art. 894 C. c.) se halla en la prohibición del artículo 1.057, por el que no se puede nombrar comisario al heredero, lo que no es aplicable al cargo de albacea.

Por la proximidad de funciones se ha aplicado a la del comisario el concepto del mandato. Para SANCHEZ se trata de un cargo u oficio, que Díez PICAZO lo considera como de «arbitrador». Y es personalísimo, si bien puede estar desempeñado por una o varias personas. Ello suscita problemas. Así, si son mancomunados, cuando por renuncia u otra causa se rompa la mancomunidad, ¿quedará extinguido el organismo?, ¿pasará su función a los herederos? Será, ante todo, como dice SANCHEZ, problema de interpretación del testamento (véase R. 12-VII-1917, que opta por la subsistencia).

¿*Quid* en cuanto a la solidaridad? Si se hacen por los nombrados diversas particiones. ¿cuál valdrá?; ¿la primera que se protocolice?

La sentencia de 30-V-1914 expresó ser válida la realizada por cualquiera de ellos, «pero siempre que el otro nombrado no mani-

fieste oportunamente su deseo de intervenir». Desde luego, entre los *solidarios* nombrados imperará el régimen de mayorías y siempre ha de tenerse en cuenta la citada sentencia.

Ya dijimos que no pueden ser comisarios los herederos, y para la doctrina los legatarios de parte alicuota, lo cual, como en páginas atrás se expuso, respecto a los últimos se halla superado por la Dirección en Resolución de 30-VI-1956. El cónyuge viudo tampoco puede serlo. Para nosotros—siguiendo a MANRESA—si los hijos son comunes resulta esto excesivo. Así lo demuestra el artículo 831. Puede serlo el Notario autorizante del testamento.

Facultades: Escuetamente, como dice Roca, «contar y partir», y aunque se le faculte para interpretar el testamento, entendemos, como agudamente señala SANCHO, carece de aquellas que puedan ser correctoras de las disposiciones contra Ley otorgadas por el testador. Lo contrario equivaldría a una disposición *mortis causa* de herencia ajena. En contra, sin embargo, el Tribunal Supremo en sentencia 11-II-1952.

Se suscitan dudas en cuanto a determinados actos. Sin duda podrá realizar—ya lo expusimos—adjudicaciones para pago de deudas del causante hechas a favor de todos los herederos. Puede apreciar la colación. Y como el artículo 1.061 vincula al comisario, implicará, según SÁENZ DE SANTAMARÍA, enajenación, adjudicar bienes a un heredero con obligación de abonar diferencias en metálico. La jurisprudencia y la práctica han resuelto que puede procederse a la liquidación de la comunidad conyugal *con sólo la concurrencia del cónyuge viudo*. En rigor de doctrina, no es esto lo correcto, pues la liquidación de tal comunidad debería hacerse por el cónyuge viudo y la totalidad de los herederos del premuerto.

No puede liquidar y partir los bienes de los padres del testador que lo nombró (S. 25-I-1952), lo que, como dice SANCHO, no se comprende habiéndose admitido lo anterior. Y si es nombrado por los dos cónyuges, ¿puede liquidar por sí solo la sociedad conyugal y partir ambas herencias? Dividida la doctrina, creemos con SANCHO que si los herederos son los mismos y en igual proporción, podrá realizar la partición sin liquidar la comunidad conyugal. En cualquier otro supuesto, no debe ser legitimado el comisario para esta liquidación.

El carácter personalísimo del cargo y la naturaleza unilateral

del acto excluyen toda injerencia de los herederos. La Dirección ha llevado este principio hasta sus últimas consecuencias, lo que ha conducido a la doctrina a cuestionar de la eficacia de los pactos particionales de los coherederos al margen de la partición realizada por el comisario. Bien conocida es la reacción de GONZÁLEZ PALOMINO sobre el criterio de la Dirección. Pero—como advierte, y suscribimos su punto de vista, SANCHO—, aparte otros inconvenientes, si los herederos practicasen una partición distinta a la del comisario, al amparo más que del artículo 1.058, del 1.255 Código civil, podrían encontrarse, a efectos fiscales, con dos transmisiones: la hereditaria, por la posible partición de aquél, y la del negocio jurídico *inter vivos* y oneroso, practicado por ellos.

Claro es que de *lege ferenda* convendría modificar el sistema, anteponiendo la unánime voluntad de los herederos, salvo cuando *expresamente* el testador impusiera la del comisario por él nombrado. Pero si bien nos fijamos, ¿qué otra cosa puede pretender un testador al nombrar comisario?

Naturalmente, los herederos podrán ejercitar las acciones de nulidad, rescisión por lesión, saneamiento, etc. ¿Y el juicio de testamentaria? Parece que la prohibición sólo afecta a los herederos voluntarios y legatarios de parte alicuota. Si nada dice el testador, igual procedería, a juicio de SANCHO, durante la actuación, dentro del plazo, del comisario.

En cuanto al *modus operandi*, no tiene otra cortapisa el mismo que la del párrafo segundo *in fine* del artículo 1.057 La citación para el inventario—habiendo menores o sujetos a tutela—se acredita con cualquier medio y, a efectos de inscripción, basta con la afirmación del comisario.

Sobre el nombramiento de defensor judicial al menor cuando sus representantes son también herederos, RUIZ ARTACHO recuerda la fórmula de don JERÓNIMO GONZÁLEZ entre «conurrencia» y «oposición de intereses», pues siendo lo primero no se precisa.

Finalmente, por lo que respecta al plazo para cumplir su cometido el Comisario, sobradamente conocida es la nueva orientación de la Dirección—Rs. 12-IV-1951 y 3-II-1959—cargando a los herederos la prueba del conocimiento de su nombramiento por el comisario a la muerte del causante, y que, a los seis días de nada haber dicho, se presumé la aceptación del cargo; en una palabra

—R: citada de 1959—, que se considera hecha dentro del plazo legal cuando los herederos no acreditan haber requerido al comisario. Presunciones—a juicio de VENTURA-TRAVERSET—peligrosas, que amparan su negligencia.

Cuando son los propios herederos los que practican la partición, parece se trata de un verdadero contrato: bilateral, si sólo son dos al efecto, o *plurilateral* si son varios.

Rige el principio de *unanimidad* (art. 1.058), debiendo incluso concurrir el coheredero cedente de cuota; el cesionario debe ser considerado como acreedor de éste, o sea podrá intervenir ejerciendo «control» que evite confabulaciones, sin perjuicio de poder impugnar la partición efectuada en perjuicio de sus derechos (artículo 403 en relación con el 1.083 C. c.). Los acreedores del causante no intervienen, pero pueden oponerse mientras no se les pague o garantice su crédito (art. 1.082). Y sabemos pueden promover el juicio de testamentaria (arts. 1.038 y 1.040 de la LEC).

En cuanto a capacidad, en términos genéricos, si todos son mayores de edad no les vinculan las normas de los artículos 1.061 y 1.062, lo que no sucederá existiendo menores o incapacitados (como afirma SANCHO, esta doctrina encuentra cierta base en la sentencia 21-I-1907); esto aparte de las medidas supletorias o complementarias y de garantía que precise tomar; así, si por haber oposición de intereses entre padres e hijos se nombra a éstos defensor judicial, la partición habrá de ser aprobada judicialmente; como si concurren menores o incapacitados sometidos a tutela representados por el tutor, será necesaria la intervención del consejo de familia que conforme a la Resolución de 30-X-1943, puede ser de dos tipos: por vía de autorización, en la que se señalan las bases o instrucciones a las que deberá sujetarse el tutor, o por vía de aprobación, una vez la partición ultimada. Como es conocido, si el tutor tuviese intereses contrapuestos con el tutelado, actuará por él el protutor (arts. 236-3.º y 264-6.º C. c.).

En caso de ausentes, a juicio de Roca, de los artículos 1.041, 1.043 y 2.046 de la LEC. se desprende que debe intervenir en su nombre el representante designado, pero necesitando autorización judicial, salvo cuando el representante sea cónyuge, hijo o ascendiente del causante. Pero, como atrás se dijo, habrá que probar que

el causante vivía al deferirse la herencia; en otro caso, rigen los artículos 191 y 192 del Código civil.

Por lo que se refiere a los menores emancipados, la Dirección de los Registros establece la distinción entre los que lo sean por concesión del padre o de la madre y habilitados de edad a los que se les admite capacidad para concurrir por sí mismos a la partición, y los emancipados por matrimonio, que se les niega. Entendemos—con CASTÁN y SANCHO—que todo esto es artificioso (véase en arts. 59 y 315 el juego de palabras «enajenar» y «vender») y que, tratándose de mujer casada menor de edad, bastará la licencia marital (art. 1.387). Claro es que si se realizan a un tiempo actos de enajenación, como adjudicación en pago de deudas, cancelación de hipotecas, etc., afirma SANCHO que la cosa varía, pues entonces—dice—deberán aplicarse los artículos 164 y 272 Código civil. Sin embargo, en cuanto a cancelaciones por emancipados, hoy juega el artículo 178-3.º del Reglamento Hipotecario, añadimos nosotros.

Y para terminar esta materia, interesa recordar la Resolución de 31-V-1895, sobre la no precisión de licencia marital por la mujer casada para concurrir al acto particional, como hace observar ROCA, en interpretación generosa.

Economía de espacio y tiempo vedan extendernos sobre la mecánica de la partición, efectos, vicios y medios de impugnación, etcétera, por su relativo reflejo registral y que—por otra parte—SANCHO tan magistralmente expone, recordando solamente que ese artículo 1.061, al que tantas veces hemos aludido y del que hemos ya dicho no es aplicable a la partición hecha por el testador y a la que realizan los herederos mayores de edad, tampoco debe serlo a la del comisario cuando —escribe SANCHO—el testador le hubiese dado en el testamento instrucciones diversas a las del artículo para su actuación; pero sí en otro caso.

Y que, pese a sus primeras palabras, las que le siguen—*posible igualdad*—evidencian el carácter relativo de la norma. En síntesis, que, como ha puesto de relieve el Tribunal Supremo en sentencias de 16-II-1902 y 30-I-1951, el artículo 1.061 tiene un carácter facultativo más bien que imperativo, pues la igualdad en la atribución actuará sólo circunstancialmente, en cuanto sea posible; por tratarse de bienes fácilmente divisibles, o que no desmerezcan mu-

cho con la división o que ésta no conduzca a un excesivo y perjudicial fraccionamiento.

* * *

En capítulo siguiente a la partición, se ocupa LACRUZ BERDEJO de la colación que varios autores (véase entre los modernos, por ejemplo, ESPÍN) incluyen en aquélla. Y que otros, como el inolvidable maestro don FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, incluida con la reserva, las estudia «como precedentes de la partición, porque de cualquier modo que se haga ésta, si entre los herederos existen descendientes del finado, debe tenerse presente que hay bienes sujetos a reserva o colación, los cuales disminuyen o aumentan, respectivamente, el caudal partible».

LACRUZ, dando un paso más, escribe que la colación se refleja en la partición, pues en sí es una ordenación presunta de la sucesión, que tiene eficacia desde el momento mismo de fallecer el causante, variando desde entonces la proporción de las cuotas en el activo remanente de la comunidad hereditaria, lo que nos parece lo exacto.

De aquí que—como también se ha sostenido—no sea un derecho de predetracción de los legitimarios no donatarios. Es un gravamen a imputar en la cuota del colacionante, pero sobre el activo neto: si no lo hay, no hay tampoco legítimas ni colación.

La obligación de colacionar puede ser dispensable (art. 1.036), lo que plantea problemas en cuanto a su naturaleza, forma y revocabilidad. Acto *sui generis* para LACRUZ, puede disponerse bien en la misma donación, ya en el testamento, ya en acto posterior a la donación, y aunque el Código emplea la palabra «expresamente», será suficiente (DE DIEGO) una manifestación inequívoca que la excluya como, por ejemplo, en la donación en calidad de mejora (LACRUZ). Y, según VALLET, es revocable, salvo en el supuesto de donación en capítulos matrimoniales. Pero la revocación sólo será válida si se hace en testamento.

Explicando el artículo 1.038-2.º (que algún autor, como el citado ESPÍN, encuentra anómalo y entiende se trata de una confusión producida por la mecánica del derecho de representación), dice LACRUZ que, pese a la redacción de ese apartado 2.º, parece, de

acuerdo con el Derecho histórico, que los nietos no deben colacionar lo que el abuelo les hubiere donado antes del fallecimiento o de la formal desheredación de su padre.

Y como prueba de lo compleja que es toda esta materia—decimos nosotros—se puede aflorar el artículo 1.037, en el que el repetido Espín ve una manifestación del criterio subjetivo del causante que a la misma preside, por cuanto, contra la regla general del artículo 1.035, de limitar la colación a lo recibido en vida del causante, el testador puede ordenar se colacione lo dejado en el mismo testamento. Lo cual para LACRUZ carece de sentido, pues la colación impuesta a los prelegados desnaturalizaría a éstos y supondría tan sólo la designación de los concretos elementos que habrían de componer la cuota del heredero, mientras la impuesta a los herederos testamentarios que concurren con otros abintestato, significa esto mismo o su exclusión de la sucesión intestada. Como advirtió CALDERÓN NEIRA, no es posible aportar a la masa lo que en la masa ya está y de ella no ha salido.

Al parecer, el artículo 1.035 se refiere a la concurrencia de herederos forzosos de la misma clase (como ya explicó el maestro DE DIEGO, entre los «herederos forzosos» obligados a colacionar no lo están el cónyuge viudo ni los hijos naturales cuando concurren con hijos legítimos. De los adoptivos, como señala LACRUZ, el adoptado con adopción plena sigue la condición del hijo natural: los demás no son en ningún caso herederos forzosos). La colación ha de tener lugar respecto a los coherederos de cada grupo entre sí, pero no con los de grupo distinto. Y se efectúa cualquiera que sea la proporción en que herede el colacionante, y no sólo cuando la institución es en partes iguales, lo que no deja de suponer, en muchos casos, grave injusticia. Así, si un padre ha dejado menos parte en su herencia a uno de sus hijos, por haberle donado en vida otros bienes, este hijo menos favorecido verá imputar en su exigua porción a los bienes que recibió en vida, mientras sus hermanos se quedan con todo el caudal relicto. Como dice muy bien LACRUZ, la Ley hubiera debido prever, en el caso de institución en partes desiguales, la doble posibilidad de que, o el padre tenga intención de desigualar a los hijos, o la institución en partes desiguales se haga precisamente para compensar donaciones anteriores, y con el fin de igualarlos. Punto éste, podríamos apostillar, que la depu-

rada técnica de nuestro Notariado deberá tener en cuenta para con su consejo superarlo.

Sólo ya dos últimos problemas sobre la materia. El primero el de la adjudicación compensatoria y valoración de lo donado (artículos 1.047 y 1.048), que, a nuestro juicio, ha resuelto (si bien no parece ser así el sentir de la jurisprudencia, sentencia 30-III-1949, que cita LACRUZ) con la mayor equidad NÚÑEZ LAGOS, pues el dinero debe servir como medio de liquidación, pero no como objeto de deuda. Así, pues, en el artículo 1.045 es evidente que el valor que la cosa donada tuviera en el momento de la colación, no corresponde a la cifra o precio de estimación que entonces se le asignó. Hay que estimar el «valor» en el momento de la donación con arreglo a las circunstancias monetarias del día del fallecimiento.

Prácticamente—dice Cossío—el juego es muy semejante al de la cláusula «valor oro». Técnicamente se reduce a averiguar el coeficiente de depreciación de moneda, *tractus temporis*, con los números índices aplicables a dicho efecto.

Sin embargo, advierte VALLET, que la aplicación de la moneda actual para medir—efectiva y no nominalmente—el valor que tenía lo donado en el día de la donación, no siempre resultará justa. Parece que será justa, por ejemplo, si lo donado fué un inmueble que el donatario conserva, pero en cambio resultará injusta si el donatario enajena la finca antes de desvalorizarse la moneda para cubrir con su importe sus necesidades o cuando la finca haya sido desvalorizada por la Ley (arriendo, según la LAU). Este criterio, que se acomoda a las circunstancias del caso—inspirado en KIPP—, parece ser el que también inspira a LACRUZ.

El segundo y último problema en esta materia, al que queremos aludir, es el de si tendrá que restituir el colacionante a la masa el exceso, cuando lo donado supere su cuota sucesoria, que parte de la doctrina resuelve afirmativamente, lo que no acepta LACRUZ, toda vez, dice, que la donación colacionable, y dado que el instituto está construido por la Ley sobre la base de una voluntad típica del causante, es una especie de partición por el testador, por la cual hay que pasar, cualquiera que sea su proporción, con la cuota asignada al heredero en el testamento o por la Ley. Pero, claro, aun aceptando este criterio, siempre habrá que tener en

cuenta—decimos nosotros—su cómputo en la regulación de las legítimas (art. 1.035), con cuya institución acaso ésta debiérase no sólo conectar—como se hace—, sino en absoluto, totalmente, estudiar.

No queremos terminar sin decir que en la obra que hemos venido comentando hay constantes alusiones a los Derechos Forales, en especial a la nueva Complición para Cataluña, sobre las que, una vez más, repetimos, necesidades de espacio y tiempo nos han obligado a pasar por alto.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO,
Registrador de la Propiedad.

Retornos al Código Civil

... AL FILO DE DOS CENTENARIOS

SUMARIO

1. *Al filo de los Centenarios de las Leyes Hipotecaria y Notarial la más atrayente tarea para Registradores y Notarios es buscar la doctrina originaria del Código en materia de negocios reales inmobiliarios.*

2. *Esta fué, probablemente, establecer la escritura pública como forma inexcusable y dar al título inscrito la absoluta prevalencia frente al no inscrito de los sistemas de transcripción. En dos sucesivos capítulos trataré de las posibilidades de retorno al 1.280, núm. 1, y al 606.*

3. *Curándonos de la debilidad de alabar el principio absoluto de libertad de forma, podremos ver la solución del Código que coordina el 1.278 (antiformalismo para el contrato) con el 1.280 (formalismo para el negocio real inmobiliario) sobre la base de la distinción del 1.279 entre la obligación y el hacer efectiva la obligación.*

4. *La doctrina y jurisprudencia que distingue entre unos contratos inmobiliarios con escritura pública «ad solemnitatem» y otros con escritura pública «ad probationem tantum» es probablemente, disconforme con la intención de los autores del Código.*

5. *Por tres erróneos caminos se ha llegado a esta distinción: 1.º Por una interpretación preconcebida y superficial del artículo 1.279, cuyo verdadero sentido es sencillo y una genuina intuición del legislador. 2.º Por un arbitrario manejo de los artículos (633, 1.628, 1.667, y 1.875) en que la exigencia de escritura se reitera, cuando tienen otras clarísimas interpretaciones todas las reiteraciones manejadas. 3.º Por un aferrarse a la teoría del título y el modo, exigiendo además al título un aformalismo no demostrado, pues la verdadera doctrina del título y el modo de nuestro Código para los inmuebles se condensa en el progresivo concepto de título que aparece, por doquier, en él, identificado con escritura (pública) con tradición instrumental adherida en los contratos traslativos del dominio.*

6. *El que creemos verdadero sistema del Código se ajusta perfectamente al espíritu del Derecho popular español.*

7. *El documento privado que nace al margen del Código (costumbre contra Ley) consigue la rendición del Tribunal Supremo, aunque no sin cierta lucha, que la doctrina posterior silencia.*

8. *Impotencia de los mismos glosadores del B. G. B. para reaccionar en pro del Código a pesar de la plena identidad de ambos sobre el particular; con otra mínima referencia al Derecho comparado.*

9. *La costumbre «contra legem» acosa al mismo legislador; pero no puede afirmarse con seguridad que le haya vencido por el apartado 5.º, 1.º del artículo 20 de la Ley Hipotecaria de 1909.*

10. *Son sobradamente conocidas las causas del fracaso del artículo 1.280, pero han surgido circunstancias nuevas que pueden y deben hacerle renacer, y éstas deben ser aireadas con motivo del Centenario de la Ley del Notariado, que fue adelantada del sistema del Código.*

11. *Como puente al capítulo 2.º, que estará dedicado al retorno al artículo 606, adelantaremos que el arco de la escritura no es nada sin la bóveda de la publicidad imprescindible para que el Derecho real tenga su resonancia necesaria.*

12. *El futuro capítulo buscará las posibilidades de una prudente reprimenda del artículo 606 del Código (32 de la Ley).*

UNA TAREA ATRAYENTE.

1. Es igual que estas notas se publiquen en 1961, año del Centenario de la Ley Hipotecaria, o en 1962, año del Centenario de la Ley del Notariado. Ambas Leyes son dos hermanas gemelas, en las que se dió la prodigiosa circunstancia de nacer antes que su padre el Código Civil, y que juntas deben conmemorarse.

Al filo de estos dos años, la más atrayente tarea para ese plantel de juristas prácticos que forman los Cuerpos de Registradores y Notarios es buscar la verdadera doctrina que el Código Civil y ambas leyes establecieron sobre la estructura y forma del negocio jurídico de constitución, modificación, transmisión y extinción del derecho real inmobiliario. La tesis de este trabajo es que, a pesar de la abundante y muy estimable literatura sobre la materia, no se ha llegado a conclusiones aceptables y que la abundancia de posturas polémicas nos va apartando cada vez más de la idea originaria de los legisladores de 1861, 1862 y 1889. La consecuencia sería la necesidad de un retorno a aquella idea originaria y de una corrección de las desviaciones sufridas.

2. Si yo pretendiera convencer al jurista lector de que las compraventas de inmuebles en documento privado son nulas en nuestro Derecho positivo, mi empresa sería casi descañellada. Pero si pre-

tendo solamente defender, como muy probable, que la intención de los autores del Código Civil fué exigir el documento público como inexcusable requisito de forma para la transmisión del dominio y para la creación, transmisión, modificación y extinción de derechos reales sobre inmuebles, creo que mi pretensión está dentro de lo admisible. Y si como corolario me atrevo a afirmar que el momento actual es apropiado para que esa probable intención del legislador de 1889—que entonces fracasó ante una adversa realidad jurídico-social—puede hoy llevarse a efecto sin estridencia ninguna y sin necesidad de reformar el Código Civil, creo que mi atrevimiento ni es grande ni vituperable.

Todo atrevimiento es apriorístico. Mi posición descansa en dos obsesiones:

1.^a Que el número 1.^o del artículo 1.280 del Código Civil debe entenderse en su sentido literal y en consecuencia el documento público es requisito formal constitutivo del *contrato que tenga por objeto* la creación, transmisión, modificación o extinción de Derechos reales sobre bienes inmuebles.

2.^a Que el artículo 32 de la Ley Hipotecaria tomó de los sistemas latinos de transcripción la norma absoluta, incondicionada e inflexible de que el título no inscrito no puede perjudicar al título inscrito.

Con tales obsesiones mi postura necesariamente desemboca en combatir todo cuanto tienda a dar beligerancia al documento privado en materia de inmuebles y todo cuanto tienda a menospreciar el artículo 32 de la Ley Hipotecaria, privándole de cometido propio y dejándole morir junto al radiante sol del 34.

CAPÍTULO I

RETORNO AL ARTÍCULO 1.280.

3. Son pocos todavía los privatistas que no caen en la debilidad de verter frases elogiosas al pretendido principio espiritualista de nuestro Ordenamiento de Alcalá. La cura de esa debilidad debe correr a cargo de tres recetas:

1.^a Estudios históricos serios al estilo de los que hace NÚÑEZ LAGOS (1) encaminados a desentrañar el genuino sentido de la Ley única del Título XVI de dicho Ordenamiento.

2.^a Reposadas meditaciones filosóficas antes de saltarse a la ligera las afirmaciones de IHERING cuando tratando de la esencia e importancia práctica del formalismo dice que la forma es hermana gemela de la libertad, y que «el pueblo que ama la libertad comprende instintivamente que la forma no es un yugo sino el guardián de su libertad» (2).

3.^a Paladear en su salsa los dulzores de la libertad de forma, expurgando por los Juzgados, Notarias y Registros rurales españoles, las delicias y las maravillas de las libres voluntades de las partes libremente manifestadas en los no menos libres documentos privados.

EL ARTÍCULO 1.280.

El texto del artículo 1.280, número 1.º, leído sin prejuicios, es bastante claro: «Deberán constar en documento público..»

Si el artículo 4.º del mismo Código declara nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley, y la Ley dispone que deberán constar en documento público determinados contratos, la consecuencia será la nulidad de los contratos que debiendo constar en documento público no consten. Repetimos que esto está bastante claro. ¿Por qué extrañas circunstancias y desviaciones ha quedado sin aplicación y casi convertido en papel mojado este precepto del Código Civil?

Las normas jurídicas que imponen una determinada forma a los actos y contratos son normas de precaución que tienden a evitar ilícitos civiles. ¿Por qué no fueron respetadas a pesar de estar impuestas por el Código Civil? ¿Por qué el triste fracaso del artículo 1.280?

Si contemplamos desde el ángulo visual del Derecho comparado

(1) *Hechos y derechos en el documento público*, págs. 224 y sigs.

(2) *El espíritu del Derecho romano*.

la solución dada por los artículos 1.278 y 1.280 de nuestro Código al problema de la forma de los contratos, la veremos tan espiritualista como lógica; tan castizamente española como ajustada a la razón y al espíritu de nuestro pueblo.

La fórmula del Código contiene una intuición asombrosa de la distinción moderna entre lo obligacional y lo dispositivo y, aunque sin caer en construcciones abstractas, comprende los distintos campos de lo obligacional y lo real.

La fórmula del Código se condensa de la siguiente manera, empleando sus mismas palabras: Los contratos serán *obligatorios*, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado (1.278): pero *deberán* constar en documento público *los actos que tengan por objeto* la creación, transmisión, modificación y extinción de Derechos reales sobre bienes inmuebles (1.280).

Si entre ambos artículos no existiera el 1.279, la interpretación podía haber seguido dos caminos: uno absurdo, consistente en considerarlos contradictorios y dar valor sólo al primero, estimando que el «deberán» del segundo era un mero consejo; y otro más lógico, considerar al segundo una excepción del primero.

Pues bien, la existencia del intermedio 1.279, que para mí coordina perfectamente los otros dos, ha dado pie a una hermenéutica forzada e imprecisa que ha producido el resultado de dejar también sin valor el 1.280.

SU INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL.

4. Toda la doctrina y Jurisprudencia que ha consagrado la distinción entre unos negocios jurídicos inmobiliarios, que requieren el documento público como forma sustancial, y otros, que le requieren sólo como forma *ad probationem* y que ha dejado el «deberán» que inicia el artículo 1.280 convertido en algo tan débil que es incapaz de poner en movimiento el artículo 4.º del Código, es doctrina y Jurisprudencia tan digna de respeto y acaso elogiabile como probablemente disconforme con el texto del Código Civil y con la intención de sus autores.

TRES CAMINOS POR LOS QUE SE HA LLEGADO A ELLA.

5. Tal distinción ha surgido por tres distintos caminos que creo equivocados:

1.º Viendo una regla general en el artículo 1.278, y con la idea preconcebida de que el 1.280 no fuera una excepción a esa regla general, se manejó alegremente el artículo 1.279 para sacar en consecuencia que los actos y contratos enumerados en el 1.280 no requerían el documento para ser obligatorios, pues lo único que pretendía este artículo era conceder a los contratantes, en determinados supuestos, la facultad adicional de compelerse recíprocamente a llenar la forma del documento público como superfluo lujo añadido a la facultad fundamental de exigirse el cumplimiento del contrato, obligatorio y válido de antemano conforme al artículo 1.278.

Creo que la idea del Código Civil era esta otra:

Los contratos, sin excepción, serán obligatorios cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado siempre que concurren consentimiento, objeto y causa. Pero determinados actos y contratos *deberán constar en documento público en cuanto se refiere a hacer efectivas las obligaciones propias de los mismos* y entonces, tratándose de tales contratos, los contratantes, desde el momento en que concurren las condiciones esenciales de validez, es decir, desde que el contrato es obligatorio, podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma *para hacer efectivas* esas obligaciones; es decir, para cumplirlas.

Si pensamos en un contrato de compraventa de inmuebles éste será obligatorio cualquiera que sea la forma en que se haya celebrado, pero como estamos ante un contrato que tiene por objeto la transmisión del dominio sobre bienes inmuebles, y la Ley (el art. 1.280), exige escritura pública *para hacer efectiva* la obligación del vendedor, resulta que, desde que es obligatorio el contrato, el comprador podrá compeler al vendedor a hacer efectiva su obligación precisamente otorgando la escritura en virtud de la cual la finalidad traslativa del dominio se cumple. El Código Civil para la transmisión del dominio de inmuebles exige escritura pública o documento público, aunque lo haya dicho con el circunloquio de

hacer efectivas las obligaciones propias de ciertos contratos que tienen por objeto la transmisión de Derechos reales sobre inmuebles.

Coordinados así los artículos 1.278 a 1.280 vemos cómo los autores de nuestro venerable Código tuvieron la acertada y genial intuición de diferenciar el contrato obligatorio del negocio jurídico dispositivo en una época en que esta diferencia estaba ausente de nuestra doctrina jurídica. Establecieron el principio de libertad de forma para el contrato obligatorio (1.278) y exigieron el documento público para los más importantes y trascendentales de los negocios jurídicos dispositivos (1.280). El texto del artículo 1.279, separando de un lado el contrato obligatorio y desde que es obligatorio, y de otro lado el hacer efectivas las obligaciones propias de ciertos contratos llenando la forma pública que el 1.280 exige, demuestra que no hay contradicción entre el 1.278 y el 1.280 y que tampoco el segundo es una excepción del primero pues cada uno se está refiriendo a una cosa distinta: uno al contrato y otro al negocio dispositivo o real.

2.º La posición doctrinal y Jurisprudencial que distingue unos negocios jurídicos de disposición de inmuebles con forma pública sustancial y otros con forma *ad probationem tantum* buscó su fundamentación por un segundo camino cuyo extravío es más sencillo demostrar.

Fijándose en unos cuantos artículos que reiteran la exigencia de la escritura pública para la validez de ciertos contratos inmobiliarios se pensó que tales reiteraciones eran indicio de que la norma del artículo 1.280, número 1.º, era tan inconsistente frente a la regla del artículo 1.278 que allí donde el Código había querido *de verdad* exigir la forma pública como requisito de validez lo había dispuesto expresamente. Por ello, sólo deberán constar en documento público *de verdad* los contratos en que se haya remachado el clavo del 1.280 con otro precepto específico.

Creo que conviene buscar otras explicaciones más lógicas a tales preceptos reiterativos.

LA INSISTENCIA DEL ARTÍCULO 633.—Su explicación me parece clarísima. Regulada la Donación en el Libro Tercero, fuera del dedicado a las obligaciones y contratos y no como un contrato sino como un acto con grandes contactos con el otro modo de adquirir

que va a regular a continuación (las sucesiones testada e intestada), era lógico que dedicase un precepto a la forma de la donación, como más adelante dedica toda una serie de Secciones a la forma de los testamentos. Era imprescindible una norma específica por razones de fondo, por razones de sistemática y, además, para evitar cualquier duda. Tantas cosas separan a la donación de los contratos, que un precepto especial sobre forma de la donación era necesario y nunca puede considerarse reiterativo del 1.280 (3).

Cuando vemos indignarse a los compañeros Notarios ante una donación de inmuebles en documento privado como si fuese un delito, y agachar la cabeza resignados y contritos ante una compraventa, acaso de mucha mayor cuantía, hecha en documento de igual clase, porque para la compraventa no hay un precepto como el 633 y por tanto rige la teoría del título y el modo y el Ordenamiento de Alcalá, nos preguntamos qué malvados duendes han podido jugar tan mala pasada al artículo 1.280.

LA REITERACIÓN DEL ARTÍCULO 1.628.—En este sí puede decirse que *aliquando dormitat Homerus*. Este sí es un artículo desgraciado. Todo él es una completa desdicha. Era innecesario decir que el Censo enfiteútico sólo puede establecerse sobre bienes inmuebles porque esto ocurre con todos los Censos y ya se dice y se reitera por triplicado en los artículos 1.604 a 1.607. A nadie se le ha ocurrido deducir de la reiteración del 1.628 que los Censos consignativo y reservativo pueden establecerse sobre bienes muebles. ¿Por qué dar distinto mérito a la reiteración de que sólo puede establecerse en escritura pública, cosa que ya resulta del artículo 1.280?

Si'n salirnos de los Censos, creo que no puede encontrarse ningún argumento serio para que el requisito de la forma pública pueda tener un significado y un alcance distintos en el Censo enfiteútico que en los otros dos. Y nos demuestra esto la vacilante Jurisprudencia en materia de forma de los Censos.

LA REITERACIÓN DEL ARTÍCULO 1.667.—La afirmación de que la sociedad civil se podrá constituir en cualquier forma era imprescindible

(2) La separación de la donación de los contratos es otra de las cosas que han sido medianamente comprendidas por los intérpretes del Código. También en ella creo que lleva el Código más razón que sus críticos.

ble en el Código para establecer la distinción y diferencia con las sociedades mercantiles, de larga historia formalística en la práctica y legislación comercial. Por ello, la primera frase del artículo 1.667. Pero se dieron cuenta los redactores del artículo de la necesidad de completar la frase con la salvedad dedicada a las sociedades con aportación de inmuebles, precisamente para evitar que un precepto encaminado a reiterar el 1.278 frente a la forma de las sociedades mercantiles pudiese ser interpretado como una derogación del 1.280, número 1.º, en materia de sociedades con aportación de inmuebles. La aclaración está, pues, justificadísima. Pero se da la peregrina circunstancia de que en este caso, a pesar de la insistencia del Código, por un capricho más en toda esta materia, la doctrina y la Jurisprudencia se conforman con la escritura *ad probationem* en la sociedad civil con aportación de inmuebles, en vez de haber seguido el correcto camino de distinguir entre obligatoriedad *inter partes* del contrato de sociedad y negocio de aportación de inmuebles a la sociedad, que es lo que requiere escritura.

Y no hay más artículos (4). La cita que suele hacerse del 1.875 nos demuestra que los defensores del valor semínulo del artículo 1.280, 1.º, cuentan con un público incondicional, porque a poco que nos fijemos la cita se vuelve contra ellos. En efecto, este artículo dice literalmente que es indispensable para que la hipoteca quede válidamente constituida que el *documento* en que se constituya sea inscrito en el Registro. Da por supuesta la necesidad del documento público porque el legislador recuerda perfectamente el artículo 1.280 y se limita a añadir al documento su inscripción, requisito constitutivo específico de la hipoteca fácilmente explicable porque todo el Código respira la atmósfera del sistema francés de transcripción, y el artículo 1.875 quiere dejar constancia de la diferencia en este sistema entre la hipoteca (sujeta a inscripción) y los demás Derechos reales incluso el dominio (sujetos a transcripción, aunque nuestra Ley Hipotecaria no hubiese recogido esta terminología diferenciadora).

(4) Como no quiero salirme del tema, dejo sin tocar todo lo que hace referencia a los restantes números del artículo 1.280. No obstante, en algunos de ellos podrían encontrarse fuertes argumentos en pro de mi opinión sobre el número primero.

3.º El tercer camino por el que se ha llegado a dejar sin aplicación el artículo 1.280 es indudablemente el más ancho y digno; pero también creo que hay base suficiente en el Código para considerarle equivocado. Este tercer camino consiste en aferrarse a la teoría del título y el modo, mantener que esta Teoría está recogida en toda su pureza en el artículo 609 del Código y dar por incontestable que los dos requisitos únicos de la transmisión dominical son:

1.º Contrato sin sujeción a forma; es decir: artículo 1.278 exclusivamente.

2.º Tradición en cualquiera de sus formas incluso tratándose de bienes inmuebles.

Partiendo de estas dos preconcebidas premisas resulta que con contrato en forma verbal seguido de tradición real efectiva y sin documento alguno habrá transmisión perfecta del dominio. Ahora bien, ¿es que la Teoría del título y el modo ha exigido tal antiformalismo en algún momento? Aunque así fuese, mi opinión es que el Código Civil ha recogido, en efecto, la Teoría; pero no en tales términos sino con fuertes ingredientes formales tratándose de bienes inmuebles.

La Teoría del título y el modo en nuestro Código Civil es como sigue: La Propiedad se adquiere por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición. El acreedor (comprador, por ejemplo) no adquirirá Derecho real sobre la cosa hasta que le haya sido entregada. Se entenderá entregada la cosa cuando se ponga en poder y posesión del comprador. Pero cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa. Y como deberán constar en escritura pública (u otro documento público) los contratos que tengan por objeto la transmisión de los Derechos reales sobre inmuebles, resulta, de todo ello, que la propiedad de los bienes inmuebles se transmite por la escritura pública de compraventa que es imprescindible y suficiente si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario.

No hemos hecho más que ir ensamblando las dovelas de los artículos 609, 1.095, 1.462 y 1.280, que encajan perfectamente, para obtener, con sus mismos textos literales, el arco mitad románico y mitad gótico de la transmisión de inmuebles en nuestro Código

Civil con su escritura pública como requisito esencial y suficiente.

Es la Teoría del título y el modo; pero en su momento de superación, cuando una vez consumada la distinción entre muebles e inmuebles por la influencia germánica, se llega a la solución romance y práctica de que en los muebles puede decirse que basta el modo, en virtud de presunciones de título y en los inmuebles basta el título en virtud de las presunciones de modo de la *traditio per chartam* y de las cláusulas de *constitutum*.

Probablemente, pues, fué descaminada la interpretación doctrinal y jurisprudencial del Código Civil en materia de los contratos traslativos de inmuebles al reducir a la nada el artículo 1.280. Más adelante veremos las circunstancias que forzaron a tal interpretación; pero antes insistiremos algo más en torno a los indicios y pruebas en el Código Civil en favor de la escritura pública como requisito esencial de la transmisión inmobiliaria y de la constitución de Derechos reales sobre inmuebles.

Si el «deberán» del artículo 1.280 no implicase forma constitutiva y si por tanto un contrato verbal o un documento privado seguido de entrega real y de hecho de la posesión al comprador, fueran bastante para la transmisión dominical de los inmuebles nos encontraríamos con dos dificultades, nacidas de dos lagunas del Código:

1.^a Que no estaría regulada la entrega de la cosa inmueble cuando la venta no se hiciese mediante escritura y la «puesta en poder y posesión» (tradición o entrega real y de hecho) no fuera posible. En efecto: El artículo 1.462 establece dos formas generales de tradición que son la real y la escrituraria; el 1.463 regula formas supletorias de tradición para cuando no haya entrega real ni escritura pública, pero sólo tratándose de muebles, y el 1.464 establece formas supletorias de la escrituraria respecto de los bienes incorporales. No hay, pues, formas subsidiarias para los inmuebles y esto puede ser buena prueba de que el legislador pensó que estos bienes tienen que venderse en escritura y por tanto era suficiente para ellos el apartado segundo del artículo 1.462 sin más que prever el caso de que a pesar de la escritura de venta la tradición no se efectuase simultáneamente por ser la venta auténtica y mera venta sin transmisión aún de la propiedad, caso en el cual la

transmisión se operaría cómo y cuándo de la escritura resultase, mediante la entrega real (5).

2.º Que no estaría tampoco regulada la forma de constitución, modificación y extinción de los Derechos reales limitativos del dominio especialmente allí donde la teoría del título y el modo no encaja en los casos en que la constitución, modificación o extinción no sea por uno de los ciertos contratos que el Código regula. Para los Derechos reales en general no contamos, pues, con más precepto útil que el 1.280, 1.º. Y si éste no sirve para nada nos quedamos sin ninguno aplicable.

Si tenemos la paciencia de ver en el Código los artículos en que hay referencias a actos traslativos de inmuebles o a constituciones de Derechos reales inmobiliarios, podríamos observar que en todos se habla de la escritura en términos suficientemente expresivos de que la considera imprescindible. Por ejemplo, pueden bastarnos los artículos 1.483, 1.638, 1.640 y 1.646. En ellos, y en muchos más, se menciona la escritura como algo que no pueda faltar y ni que decir tiene que para el Código sólo son escrituras las públicas, pues en ningún momento emplea la palabra escritura para referirse a documento no notarial. Los artículos 1.216 y siguientes son suficientemente expresivos en este punto: El Código, coincidiendo plenamente con la terminología popular, identifica escritura con escritura pública y documento con documento privado, llamando a éste simplemente obligación por escrito. Valga por todos el artículo 1.229 separando escritura de documento

Creo indudable que el criterio del Código sobre la forma de constitución de usufructos, servidumbres y demás Derechos reales sobre inmuebles fué exigir la escritura (léase escritura pública) como requisito esencial conforme a lo dispuesto en el artículo 1.280; tanto para los Derechos reales que regula en el Libro 2.º, como para los que regula en el Libro 4.º. Son muchos los artículos del Libro 2.º que lo demuestran.

Cuando los artículos 468 y 536 establecen la constitución del usufructo y la servidumbre por la voluntad de los particulares o

(5) No ignoro que algunos pasajes de este trabajo serían tejido fácil para los afilados bisturíes del conceptualismo jurídico. Pero con fe en el Código Civil es fácil domar los conceptualismos.

propietarios respectivamente, no prejuzga nada sobre la forma de exteriorización de esa voluntad, ni pretenden consagrar ningún principio espiritualista; ni menos pretenden dejar sin aplicación el artículo 1.280 que establece la regla general de forma del negocio jurídico de disposición inmobiliaria. Precisamente en este Libro 2.º, para referirse a la cuestión, emplea constantemente la palabra título para expresar algo que parece ser suficiente por sí para la constitución del Derecho real. Ya HEINECIO nos enseñaba cómo el título sin tradición ni cuasi-tradición constituía el Derecho real en la hipoteca y en las servidumbres negativas. El Código en todos los artículos del Libro 2.º nos demuestra el menguado valor que la tradición material tenía ya en el siglo XIX para los efectos de constituir el modo tratándose de inmuebles. La lectura imparcial de artículos como el 537, 538, 539, 540 y 541 nos da una importante clave para descifrar cómo entiende el Código la teoría del título y el modo en los Derechos reales sobre inmuebles. De todo cuanto estos artículos sugieren en pro de nuestra postura sólo vamos a destacar dos ideas:

1.ª Que el artículo 538 se preocupa mucho de fijar el momento en que empieza la posesión cuando se trata de la adquisición por prescripción, y así nos demuestra, *a sensu contrario*, que carece de toda trascendencia la posesión cuando se trata de la adquisición en virtud de título. Y es que el Código Civil considera superada la Teoría del título y el modo en materia de adquisición de Derechos reales inmobiliarios.

2.ª Que para los autores del Libro 2.º del Código, ese título de que habla tan frecuentemente es una escritura pública. Lo demuestra el artículo 541 cuando identifica, al ponerlos en pleno paralelismo, el título de enajenación de cualquiera de las fincas con el otorgamiento de la escritura de enajenación.

Y es interesantísimo este concepto de título que se maneja por el legislador en el Libro 2.º, siempre que se refiere a Derechos reales sobre inmuebles, porque es precisamente el concepto que se maneja en el artículo 606 al referirse a la inscripción de títulos en el Registro. Título en el sentido del Código es la escritura pública que tiene por objeto un acto o contrato relativo al dominio y demás Derechos reales sobre bienes inmuebles, con virtualidad

suficiente por sí para producir una constitución, modificación, transmisión o extinción del Derecho real.

EL SISTEMA DEL CÓDIGO Y EL DERECHO POPULAR.

6. El sentido que pretendemos dar al Código Civil está, por otra parte, en perfecto acuerdo y armonía con la costumbre y el Derecho popular español. Para las gentes del pueblo, las ventas de inmuebles eran escrituras hechas de mano de Escribano (Títulos). Las ventas privadas se llamaban Compromisos, Documentos, y más propiamente Obligaciones, término popular este último que asombra por su precisión jurídica, por la exactitud con que refleja que sus efectos se agotan en lo meramente obligacional (derecho personal); la misma precisión jurídica de los hombres del campo cuando tratando de expresar los efectos de esas compraventas en documento privado dicen que sólo *valen* entre nosotros (comprador y vendedor).

DESARROLLO DEL DOCUMENTO PRIVADO Y RENDICIÓN HONROSA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

7. No hay que perder de vista la historia antigua del Notariado en nuestra patria. Los Escribanos fueron blanco muchas veces de las sátiras de nuestros clásicos y no pocas por su abundancia. Aca-so el nivel científico y hasta moral de algunos fuese poco superior al de un vulgar pendolista; pero lo cierto era que todo contratante buscaba al Escribano, y probablemente no encontraba dificultades para ello. Esto, durante varios siglos, creó la costumbre, ajustada o no a las doctrinas jurídicas de las Escuelas.

La Ley del Notariado perfecciona y dignifica al Notario; pero a costa de hacerle, quizá, algo escaso. Esta escasez se aumentó posteriormente. La realidad se impone y nace pronto el sucedáneo. El nacimiento del zurupetismo y su posterior desarrollo fué una imperiosa necesidad social (6).

(6) La palabra zurupetó no tiene en el Diccionario de la Academia ni en mi pluma sentido peyorativo. Me he topado en mi vida profesional con magníficos zurupetos en todos conceptos.

Nace entonces la escritura privada, que cunde por los pueblos aislados y por las comarcas pobres; pero esta realidad se desconoce en los centros legislativos y doctrinales de Madrid, y el artículo 1.280, alegre y confiado, sin paliativos ni distinguos, entra en vigor... en la *Gaceta*. Creen los autores del Código que, después de varios años de vigencia de la Ley Hipotecaria, las optimistas frases de su Exposición de Motivos ya habrán sido realidad e imponen la forma pública en materia de inmuebles como algo tan natural y sabido que apenas hace falta prever las consecuencias de no llenarse esa forma, más que desde el punto de vista meramente obligacional, del contrato mismo.

La fórmula primitiva de los Escribanos sin título era respetuosa con la costumbre anterior, no sólo en cláusulas de sabor arcaico como las de «la finca deslindada con todas sus salidas, usos y servidumbres la vende, dona, cede y traspasa por juro de heredad y para siempre...», sino con otras del siguiente tenor: «... el D. X tomó posesión de la finca de que se trata conviniendo entre los contratantes darle a este documento privado toda la fuerza y valor que si fuese documento otorgado por Notario en ejercicio, lo que no hacen por ausencia de esta persona en la localidad».

Más tarde el documento privado se va ensoberbeciendo y la cláusula se transforma en esta otra: «... acordaron extender este documento privado que le conceden tanta fuerza y valor como las leyes dan a los de su clase no haciendo escritura pública en la actualidad por no existir personalidad para ello en esta villa...»

El confusionismo estaba consumado. La escritura no se llegaba a otorgar y la tradición escrituraria, que fué siempre privilegio del documento público notarial y que el Código Civil impuso como inexcusable en los artículos 1.280 en combinación con el 1.462. apartado 2.º, se traslada no sabemos por qué milagrería jurídica al documento privado.

Por si fuera poco para fomentar la suplantación del Notariado, alguien tiene la feliz ocurrencia de los impresos fáciles de rellenar malamente, que encabezados en gruesos caracteres con el contradictorio título de Escritura Privada de Compraventa consiguen a la vez el carisma de la letra impresa y la redacción más rápida que las matrices y copias notariales. El Impuesto de De-

rechos reales y el Fisco, en general, que no podían, con razón, dejar fuera de su campo estas escrituras privadas y la circunstancia de que la liquidación del Impuesto se llevara en los Registros de la Propiedad consumaron la confusión y el equívoco; y poco a poco, y en determinadas zonas, se fué generalizando la creencia de que los documentos tenían el mismo valor que las escrituras porque estaban «pasados por el Registro».

Ante esta realidad, el Tribunal Supremo no podía, aunque hubiese querido, aferrarse a la interpretación literal del artículo 1.280. No podía considerar sin efectos traslativos las compraventas en documento privado si no quería dejar sin titular gran parte de las fincas del territorio nacional; no podía ir contra una corriente tan general, y así surgió una jurisprudencia que todos hemos aprendido en los tratados generales sin fijarnos mucho en sus puntos endebles, sin preguntarnos hasta dónde se adapta al texto del Código y sin analizar nada *su última ratio*.

La doctrina del Tribunal Supremo en torno de los artículos 1.278, 1.279 y 1.280 es sobradamente conocida para que nos detengamos en ella. Sólo diremos que los tratadistas todavía la envuelven en frases más espiritualistas y antiformalistas y con más referencias al tan llevado y traído Ordenamiento de Alcalá que las de las Sentencias mismas e incluso silencian algunas de éstas que sintieron simpatía por el artículo 1.280.

Así, por ejemplo, la finalidad y esencia de este artículo están acertadamente enfocadas en una Sentencia de 24 de noviembre de 1944, cuando dice que los preceptos legales que se refieren al *otorgamiento de escritura pública para la transmisión del dominio de inmuebles* no varían la naturaleza del contrato ni establecen una condición esencial del mismo, sino una forma de interés público independiente de la voluntad de los contratantes que quedan, en su consecuencia, recíprocamente obligados a prestarse al otorgamiento de la escritura.

Pero este acertado enfoque del interés público, que no es otro que el interés de la seguridad con vista a los terceros, que no son coro sino verdaderos protagonistas de la relación jurídica real, se olvida pronto en todas las Sentencias en que se priva al artículo 1.280 de fuerza para impedir que un tercerista pruebe su

dominio sobre bienes inmuebles por título privado. (Sentencias de 12 de julio de 1904 y 13 de septiembre de 1904, por ejemplo.)

No faltan sentencias ajustadas al texto puro del Código, como la de 21 de junio de 1897, según la cual, no tratándose de dar cumplimiento a un convenio verbal que afecte a Derechos reales, no es de estimar la infracción del artículo 1.280, con lo cual *a sensu contrario*, si se hubiera tratado de un convenio verbal que hubiese afectado a un Derecho real si se hubiese estimado la infracción. Pero no podemos negar que Jurisprudencia reiterada deja sin aplicación ni efecto ninguno el artículo 1.280 y persiste en la artificial distinción que combatimos entre casos en que el requisito de forma es exigido inexcusablemente y casos en que es exigido sólo *ad probationem* (7).

Excedería de la intención de este trabajo el analizar cuánto han jugado en la consagración de tal doctrina jurisprudencial los artículos 1.214 y siguientes del Código y las normas procesales sobre la prueba en los juicios, sin dar, en mi opinión, la suficiente trascendencia a la circunstancia de que preceptos como el 1.218, 1.219, 1.223, 1.224, 1.225, 1.226, 1.227 y 1.230, están dentro de un capítulo dedicado a la prueba de las obligaciones y olvidando que no es igual, en el Código Civil, la obligación de dar que el dar mismo. Toda esa Jurisprudencia, que repetimos era forzosa y por ello está fuera de crítica, tuvo que cerrar los ojos para no ver el artículo 1.280, 1.º, y la nítida separación que el 1.279 hace entre la obligación y el hacer efectiva la obligación.

DOS GOTAS DE DERECHO COMPARADO.

8. También la doctrina y Jurisprudencia españolas tuvo a la fuerza que cerrar los ojos ante los derechos extranjeros. Los anotadores de Enneccerus, que tantas veces encontraron preceptos del B. G. B. leyendo entre líneas de los artículos de nuestro Código

(7) Pensé en un principio que era imprescindible abordar en su totalidad el estudio detenido de la jurisprudencia sobre la cuestión objeto de este trabajo antes de pasar de aquí; pero luego pensé que si los juristas de todos los órdenes se olvidan del 1.280 del Código sin contar más que con las escasas sentencias que citan los Tratados generales, mi obligación era defender al Código sin presentar al lector mas jurisprudencia adversa todavía.

cuando llegaron al punto que nos ocupa, tuvieron que hacerse los distraídos para no ver la similitud—esta vez auténtica—entre nuestro artículo 1.280 y varios párrafos del B. G. B.

El Código alemán no puede ser tachado de formalista. Los autores alemanes incluso presumen del antiformalismo de su B. G. B. y, por ejemplo, Enneccerus-Nipperday comienzan el capítulo de la forma del negocio jurídico diciendo: «Mientras que el Código prusiano, después de sentar el principio de la libertad de forma lo sujetaban a excepciones tan numerosas y tan amplias que lo desplazaban como tal principio, y mientras el Código Civil francés constriñe a llenar la forma en casos de alguna importancia, al menos indirectamente al excluir la prueba testifical para los contratos de más de 150 francos, el B. G. B., de acuerdo con el Derecho común y también con el austriaco, ha mantenido la libertad de forma como regla.»

Ahora bien, el Código alemán en casos muy numerosos prescribe una forma para las declaraciones de voluntad, y los citados autores, cuando se refieren al objetivo de las normas que imponen formas determinadas, dan particular relieve a la posibilidad de que el negocio jurídico sea conocido por las terceras personas.

Tan convencido estuvo el legislador alemán de que los preceptos que imponen formas a los negocios jurídicos tiene una justificación fuera de toda duda, que en el párrafo 125 buscó la más enérgica redacción, diciendo: «Un negocio jurídico que carezca de la forma prescrita por la Ley es nulo (*Nichtig*). Las consecuencias de la «*Nichtigkeit*» del B. G. B. nos son sobradamente conocidas, pues precisamente a través de las traducciones de los tratados alemanes está construida nuestra doctrina de nulidad absoluta, radical y de pleno derecho, sobre la base de la «*Nichtigkeit*» del Código alemán.

En lo que nos interesa, requieren autorización judicial o notarial los siguientes negocios jurídicos:

a) El contrato por el cual uno se obliga a transmitir la propiedad de un inmueble o un derecho de superficie (párrafo 313).

b) El Acuerdo («*Einigung*») sobre la transmisión o el gravamen de una finca o de un Derecho real sobre una finca (párrafos 873, apartado 2, 1.116 y 1.154).

c) El acuerdo sobre la modificación del contenido o del rango de un Derecho real sobre una finca.

Tanta seguridad con vistas a los terceros ha querido conseguir el B. G. B. en materia de propiedad y Derechos reales inmobiliarios que no se ha conformado con la inscripción constitutiva, ni con la exigencia de forma pública para la «Auflassung» y el «Einigung» en general, sino que ha exigido el documento público para el contrato obligatorio mismo, para el «Causalgechaft», y ello so pena de nulidad absoluta. Ahora bien, nos está demostrando que la *ultima ratio* de esta extremosa medida es la seguridad del tráfico y de los terceros el segundo apartado del parágrafo 313, cuando nos dice que el contrato obligatorio concertado sin la observancia de tal forma pública «se convalida en su total contenido cuando se realizan el Acuerdo traslativo y la Inscripción».

Pues a pesar de todo esto los anotadores de Enneccerus, cuando llega el momento de la concordancia entre el Código alemán y el español, contra su costumbre, buscan más bien la discordancia y no se atreven a defender nuestro artículo 1.280, sino que se limitan a empaquetar lo mejor posible nuestra jurisprudencia sobre la materia, fortaleciendo con su autoridad de germanistas la distinción entre actos inmobiliarios con escritura pública *ad solemnitatem* y actos inmobiliarios con escritura pública *ad probationem*.

No es ésta ocasión de hacer un estudio comparativo de las diversas legislaciones en materia de forma de los negocios jurídicos inmobiliarios. Pero si se me quiere argumentar contra el artículo 1.280, 1.º, trayendo a colación legislaciones latinas que, como la italiana, por ejemplo, exigen solamente la escritura privada para la adquisición, modificación o extinción de los Derechos reales inmobiliarios, me limitaré a contestar:

1.º Que si sólo exigen la escritura privada como requisito esencial y constitutivo ya exigen alguna forma determinada y sería absurdo que nuestro Código no hubiera exigido ninguna. Y ya sabemos por el artículo 1.280 cuál es la forma determinada que nuestro Código exige.

2.º Que la exigencia de la escritura privada en el Derecho italiano concuerda perfectamente con el hecho de que la escritura privada autenticada tenga acceso al Registro. De la misma ma-

nera, el artículo 3.º de nuestra Ley Hipotecaria debe tener una lógica concordancia con un precepto que exija la escritura pública para el acto inscribible. Como veremos en el capítulo 2.º la publicidad es cuestión de vida o muerte para el Derecho real. La consecuencia no puede ser más sencilla: cada Ordenamiento exige para el negocio real inmobiliario la forma que, según el clima jurídico-social, estima apropiada y suficiente para la publicación. Lo único que ocurre en nuestro Derecho es que los autores del Código, cuando redactaron el artículo 1.280, no se dieron cuenta de que la reforma del Notariado había hecho variar nuestro clima jurídico en materia de contratación inmobiliaria. Su error de apreciación trajo inesperadas consecuencias

EL DOCUMENTO PRIVADO IRRUMPE EN LA LEY.

9. Es verdad que no sólo la doctrina y la jurisprudencia han hecho caso omiso del texto literal del artículo 1.280 del Código. Existen preceptos positivos del más variado rango que dan por supuesta la posibilidad de transmitir el dominio de los inmuebles sin otorgamiento de escritura pública. Esto no debe extrañarnos. Son disposiciones o anteriores al Código o posteriores al momento en que de hecho el artículo 1.280 había sido desbordado por la realidad. Pero tampoco deben preocuparnos si nos decidiéramos a poner en vigor el precepto del Código, porque siempre tendrán tales disposiciones rango inferior a éste.

Un ejemplo tenemos en la Ley Hipotecaria en su artículo 20. apartado 5.º, 1.º. Se trata de saber si, cuando una persona vende verbalmente o en documento privado y fallece antes de otorgar la escritura, deben los herederos otorgarla como dueños que han sucedido en la obligación de transmitir su propiedad o sólo como obligados a una formalización meramente rituaría que a su causante faltó cumplir. En el primer caso el principio de tracto exigiría la previa inscripción a favor de los herederos; pero no en el segundo. La Resolución de 3 de noviembre de 1879 exigió que previamente inscribieran los herederos su derecho a la sucesión, criterio que refleja perfectamente el sistema transmisivo elegido por

el Código. Más tarde se cambia de opinión, y así MORELL considera que la verdadera doctrina está contenida en las Resoluciones de 26 de noviembre de 1892, 21 de agosto de 1879 y 11 de junio de 1905. MORELL dice que la cuestión ha sido resuelta por la misma Ley, pero cree que debe reformarse en el sentido de exigir alguna base o fundamento que pruebe la verdad de la enajenación por el causante.

La solución de la Ley Hipotecaria en el artículo 20 consistió en considerar el contrato escrito y firmado por el causante como requisito mínimo para considerar verificada la transmisión dominical. ROCA SASTRE encuentra evidente la razón de este precepto introducido por la reforma de 1909, porque, fallecido el vendedor, la finca ya no integraba su patrimonio relicto y la previa inscripción a favor de los herederos sería sencillamente absurda.

Yo creo, no obstante, que no se pueden enjuiciar en términos tan despectivos el criterio de la Exposición de Motivos, que consideraba la previa inscripción a favor de los herederos transitoria y formularia—no absurda—ni el criterio de la resolución de 1879, que la consideraba necesaria «porque la venta privada sólo produce efecto entre las partes otorgantes, pero no en cuanto terceros, pues para ello se requiere escritura pública e inscripción».

Debemos pensar que la Dirección General de los Registros era una voz autorizada para exponer el recto criterio sobre el momento en que se verificaba la transmisión dominical, allá por los años que transcurrieron desde la Ley Hipotecaria al Código Civil.

En todo caso, si nos decidimos a retornar al criterio del artículo 1.280 del Código, el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, más ayuda que estorba, porque figurando este caso de ratificación de contratos privados por los herederos con otros de tracto abreviado o comprimido puede servirnos como demostración de que en él la finca continuaba en el patrimonio relicto y la inscripción previa a favor de los herederos sería preciso si el artículo 20 no dispensase expresamente de ella, lo que no hubiese sido necesario si el legislador opinase que la finca había dejado de ser del causante.

Retengamos la idea de que la jurisprudencia hipotecaria, dieciocho años después de la Ley y diez antes del Código Civil, daba un valor esencial a la escritura para la transmisión del dominio

de los inmuebles, con lo cual no veremos nada absurdo que el artículo 1.280 quisiera decir lo que efectivamente dice.

Muchas disposiciones y preceptos de nuestro Derecho positivo podrán encontrarse para obstaculizar el retorno, a la que opino es doctrina inicial del Código Civil y su *mens legis et legislatoris*. Aún muchos más los retoques que habrían de sufrir los libros de doctrina científica. También serían imprescindibles importantes giros en la jurisprudencia. La cuestión está en saber si merece la pena. Probablemente muchos encuentren aceptables mis argumentos sin gran convicción; pero pensarán que es demasiado tarde para dar marcha atrás y que sería demasiado lio intentar el retorno. Otros muchos se encastillarán en su cantilena del sistema espiritualista del Ordenamiento de Alcalá. Pero lo que ninguno podrá negarme es que el Código Civil está ahí. Con su escritura pública.

HACIA UN RETORNO A LA ESCRITURA.

10. El fracaso del artículo 1.280, apartado 1.º, vino determinado por una realidad social adversa. Hemos dicho la gran parte de culpa que tuvo la escasez del Notariado en esta realidad adversa. Otras varias concausas perfectamente diagnosticadas, como la excesiva división de la propiedad rústica (minifundio), la carestía de la transmisión (progresivo endurecimiento del impuesto, escasas regresivas de los Aranceles), la defectuosa coordinación de las varias Oficinas que deben intervenir en la misma, motivaron que la pequeña y mínima propiedad fuese, cada vez más, cayendo en una absoluta clandestinidad y en el fraude fiscal, siempre alentados por la permanente amnistía de las alteraciones semiverbales en el Catastro con ocasión de revisiones de éste y aun sin tal ocasión. El servicio de investigación y los procedimientos hipotecarios de reanudación del tracto, o se estrellan ante una vida inmobiliaria excesivamente caótica o se convierten en brutales remedios, injustos palos de ciego o bárbaras merma del crédito hipotecario trabajosamente conseguido por el agricultor en dificultades.

Pero se ha empezado a comprender que esta situación debe terminar. Una parte no despreciable de los perfeccionamientos que la vida agraria necesita, consiste en proporcionar a los propietarios un sistema de titulación correcta, segura, cómoda y económica, de sus fincas, que precisamente por ser susceptible de un fácil control fiscal permita una desgravación a la par que un aumento de los ingresos del Tesoro sin injustos palos de ciego.

Creemos que el sistema del Código, con su escritura obligatoria, nos da por sí solo la solución al problema. Lo que entonces fracasó, hoy puede fácilmente llevarse a feliz término, porque existen las dos siguientes *circunstancias nuevas*:

1.ª *La facilidad de comunicaciones*.—Hoy puede el Notario con gran facilidad acercarse al otorgante y, cuando sea preciso, el otorgante al Notario. Apenas unas menudas normas, casi de régimen interior de los Colegios Notariales, serian suficientes.

2.ª *El desarrollo del sentido de la colectividad, indudable signo de nuestro siglo*.—La idea del bien común como suma, reflejo y a la vez requisito y causa del bien individual, es más consustancial con el hombre de nuestro tiempo que con el del siglo XIX, aunque desgraciadamente contrarrestando esta mejora humana hayamos perdido otras cualidades antiguas. Por ello, es más fácil la sumisión a las normas de *jus cogens* en cuanto tengan un mínimo de indudable justificación y *ratio*. La soberanía de la voluntad individual autónoma ya no convence a nadie, y comprendemos aho a mejor aquellas palabras de IHERING que al principio citamos en defensa de las formas obligatorias de los negocios jurídicos.

Si el Notariado está en condiciones de desarrollar su función con la intensidad suficiente para que el sistema de la escritura obligatoria no fracase, por estar el Notario al alcance de todo contratante y toda finca, por incorporado que esté aquél y por pequeña que ésta sea (y ya está en marcha que no sea ninguna excesivamente pequeña), tenemos la primera premisa para que el artículo 1.280. 1.º, pueda entrar en vigor.

Y si las gentes del campo, como las de la ciudad, empiezan a comprender que los funcionarios no son enemigos dedicados a esquilmarlos, y la Hacienda no es injusto medio de llevarse sus dineros, sino algo imprescindible para un Estado paternal que vela

por la mejora de todos y cada uno, no ofrecerán resistencia alguna para llevar sus papeles en regla, cosa que en el fondo desean más que nadie, con lo que tendremos la segunda premisa para poder conseguir que una limpia y correcta titulación inmobiliaria se desarrolle por todo el ámbito nacional, autorizada por los funcionarios idóneos para ello, cosa que fué la verdadera idea de la Ley del Notariado de 1862.

ELOGIO DE LA LEY NOTARIAL.

Los artículos 1.º y 48 de la Ley del Notariado establecieron la exclusiva de los Notarios para dar fe, conforme a las leyes de los contratos y demás actos extrajudiciales, derogando todas las leyes y *costumbres* generales y *locales* contrarias a su tenor. Es decir, que cortando de antemano y de raíz el zurupetismo, impone la obligación de contratar ante Notario. Adelantándose al Código Civil impone la escritura ante Notario como obligatoria. Las circunstancias que rodean su promulgación, las condiciones económicas de la época y su proximidad a la Ley Hipotecaria nos dicen cuáles eran los contratos en los que primordialmente pensaba el legislador al imponer esta obligatoriedad de la contratación notarial y esta exclusiva.

El parcial fracaso de la Ley Hipotecaria, de la Ley del Notariado y del Código Civil, nos ha obligado a olvidar su originaria pre'ensión; pero no debemos negar que era clara. Después, la condescendencia, incluso oficial y legislativa, con el documento privado, llegó a defender éste en tanto que nadie se arrogue en él la facultad de dar fe del mismo. Como la Ley sólo considera y admite al Notario como funcionario autorizado para dar fe de los contratos, surge y se desarrolla esa nefasta figura del documento sin fe. Creo que la Ley del Notariado no llegó a prever esto, pues en caso contrario, hubiese llevado normas más explícitas contra el intrusismo.

Con ocasión de su Centenario se dirán interesantes cosas sobre la Ley del Notariado. Para mí su mayor mérito fué comprender que la forma de los contratos y actos jurídicos es un requisito

fundamental, y que su redacción no puede quedar en manos de cualquiera.

INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO 2.º: RETORNO AL ARTÍCULO 606.

11. Poco más podría añadir a este capítulo primero dedicado al retorno al artículo 1.280. Ese poco, quiero también ahorrárselo al paciente lector. En rigor, pues, aquí termina el capítulo; pero si hiciese ya punto final hasta tener ocasión de publicar el segundo, dedicado al retorno al artículo 606 del Código Civil, podrían mis cuartillas originar terrible indignación entre los hipotecaristas y mis compañeros, por imaginarse que mi pensamiento se orienta hacia una postergación del papel del Registro y de la inscripción en la mecánica traslativa, constitutiva, etc., del Derecho real inmobiliario. Por ello, quiero terminar con una especie de puente entre las dos partes, con el cual podamos estar desde ahora en la otra ribera, en las tierras hipotecarias, aunque no nos adentremos en ellas por no hacernos demasiado pesados, y, además y sobre todo, porque quisiera poner mayor cuidado en mis pasos por esta otra orilla; que siempre tendré más disculpa si tuve algún garrafal descuido en materia de escrituras, que si lanzo alguna desmesurada sinrazón en materia de inscripciones.

En realidad, esta cabeza de puente en la orilla hipotecaria puede resumirse en la afirmación de que la escritura pública, aunque se considere esencial y constitutiva del Derecho real, no es suficiente. Vimos cómo ensamblando las dovelas de los artículos 609, 1.095, 1.462 y 1.280 del Código obteníamos el arco mitad románico y mitad gótico de la transmisión de inmuebles en nuestro Código Civil: la escritura pública como requisito esencial, *sine qua non* y suficiente.

Pero suficiente solamente como tal arco. Pues, en definitiva, este arco legal de la escritura constitutiva del Derecho real no es suficiente. Hace mucho tiempo—y según recientes estudios, desde siempre—, se había comprendido que la seguridad del tráfico de los inmuebles exigía la resonancia de la bóveda de la publicidad. Y esta bóveda, que hace oír a todos el Derecho real para que

a todos afecte, para que a todos pueda vincular, para que a todos pueda perjudicar, está también perfectamente construida en el artículo 606 del Código y en la Ley Hipotecaria de 1861.

Está muy de moda sacar de quicio la indudable verdad de que entre lo real y lo obligacional no hay una pared infranqueable ni pertenecen a dos mundos jurídicos distintos; pero creo que no tiene mero valor didáctico el concepto de Derecho real como relación jurídica de tres dimensiones, frente al concepto de la obligación-crédito, relación jurídica de dos dimensiones. Si la relación obligacional de crédito y deuda pertenece a la geometría jurídica del plano, en el Derecho real juega en término preferente y no ocasional la tercera dimensión: estamos dentro de la geometría jurídica del espacio.

En el Derecho real no interesa sólo el que esté válidamente constituido, sino el que pueda afectar, vincular o perjudicar a tercero. Está el Derecho real en el campo de lo que algunos, con violento neologismo, han llamado lo «ergaomnial». Por ello la figura del tercero no es una mera entelequia de los hipotecaristas, sino un concepto imprescindible en todas las legislaciones en cuanto se trata de la dinámica de los Derechos inmobiliarios.

El valor y trascendencia del momento de la publicidad en el complejo fenómeno de la modificación jurídica real es innegable. Si alguien dice que el Registro de la Propiedad no puede añadir nada a la voluntad de las partes concertada en forma más o menos solemne, desconoce o finge desconocer la diferencia entre forma y publicidad.

12. Los varios sistemas de contratación (sistemas sobre la forma), y los varios sistemas hipotecarios (sistemas sobre la publicidad), originan en la realidad positiva múltiples maneras de reglamentar la dinámica inmobiliaria; pero acaso en ninguna legislación reine la incertidumbre doctrinal sobre las bases esenciales del sistema que en la nuestra.

Los artífices de la Ley Hipotecaria de 1861 no sólo construyeron una Ley de las más aceptables de su época, sino que tuvieron intuiciones geniales en su empeño de recibir de cada sistema de los entonces existentes las normas y orientaciones más elogiabiles. Si alguien dice que las taras y defectos de nuestro sistema derivan

de nuestra primitiva Ley Hipotecaria, carece en absoluto de razón. Muy al contrario, la solución debe buscarse en un retorno a la idea originaria del Código Civil y la Ley Hipotecaria de 1861. Esta Ley ha tenido, junto a la grandeza de su perfección como texto legal, la servidumbre de su parcial aplicación. El drama de la dualidad de regimenes de la propiedad inmueble española, de la simultaneidad de una propiedad registrada y otra no registrada, la tragedia de que en nuestro sistema sea a veces norma general la discordancia permanente entre la realidad extrarregistral y la registral, no han surgido de imperfecciones de la Ley sino precisamente de su defectuosa interpretación, inocentemente fraguada en la mesa de trabajo de los teóricos y menos inocentemente en los intereses de los «prácticos». La Jurisprudencia con criterios de equidad, y rindiéndose también aquí al principio del mal menor ha tenido luego que refrendar el error de unos y la mala fe de otros.

Si en mi capítulo segundo pretendiera demostrar que el tercero del artículo 606 del Código Civil y del 32 de la Ley Hipotecaria, no sólo es distinto del tercero del artículo 34, sino que no precisa buena fe, ni título oneroso ni inscripción antecedente, mi empresa sería casi descabellada. Pero si pretendo solamente opinar que es muy probable que esa fuera la intención de los autores del Código Civil y de la Ley Hipotecaria, creo que mi pretensión está dentro de lo admisible. Y si como consecuencia de esa opinión me atrevo a defender que la coyuntura actual del Derecho hipotecario (después que los estudios comparados nos han enseñado la cercanía entre el principio de inscripción germánico y el principio latino de inoponibilidad del acto no transcrito), es apropiada para una prudente repristinación del artículo 32 de la Ley, creo que mi atrevimiento ni es grande ni demasiado vituperable.

TIRSO CARRETERO.

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

ARTÍCULO 811 DEL CÓDIGO CIVIL.—LA RESERVA QUE EL MISMO ESTABLECE, CONSTITUTIVA DE UNA MODALIDAD ESPECIAL DE LA SUCESIÓN LEGÍTIMA, SE EXTIENDE NO YA A AQUELLOS BIENES ESPECÍFICOS ADQUIRIDOS POR EL DESCENDIENTE A TÍTULO LUCRATIVO, SINO TAMBIÉN A LOS QUE LOS SUSTITUYA, ES DECIR AL CAPITAL TOTAL DE LA HERENCIA, POR SER ADMISIBLE AL RESPECTO LA SUBROGACIÓN.

ESTO SENTADO, SI BIEN LOS ARTÍCULOS 1.232 Y 1.239 DEL CÓDIGO CIVIL, REFERENTES A LA PRUEBA, IMPEDIRÍAN EN PRINCIPIO DETERMINAR EL CARÁCTER RESERVABLE O NO DE CIERTO INMUEBLE, CON ARREGLO AL ARTÍCULO 811 EXPRESADO (QUE EN EL CUADERNO PARTICIONAL ASÍ SE LE CONSIDERA, SIN JUSTIFICACIÓN PRECISA DE SU PROCEDENCIA, YA QUE NI SIQUERA SE HACE ALUSIÓN AL ORIGEN DEL PRECIO DE ADQUISICIÓN POR EL DESCENDIENTE), CARECE DE TRASCENDENCIA EN EL SUPUESTO DEBATIDO, PORQUE, DE UNA PARTE, ES INDUDABLE LA OBLIGACIÓN DE RESERVAR EN FAVOR DE LOS HIJOS DEL PRIMER MATRIMONIO, IMPUESTA AL VIUDO QUE PASE A SEGUNDAS NUPCIAS, LOS BIENES QUE HUBIESE ADQUIRIDO DE OTRO HIJO FALLECIDO; Y DE OTRA, PORQUE HABIENDO RENUNCIADO EN SU TESTAMENTO EL PADRE RESERVISTA A FAVOR DE LOS HIJOS DEL PRIMER MATRIMONIO.—LOS RESERVATARIOS HERMANOS DEL DESCENDIENTE CAUSANTE DE LA RESERVA.—RENUNCIA QUE JUSTIFICÓ SIGUIENDO LA LÍNEA DE CONDUCTA QUE PROCLAMÓ EN OTRA ESCRITURA

DE ADQUISICIÓN DE OTRO INMUEBLE (CUYA INSCRIPCIÓN TAMBIÉN FUÉ DENEGADA), DE PROCEDER EL PRECIO DE HERENCIA MATERNA, HABRÍA QUE CONFIGURAR TAL CESIÓN DE DERECHOS COMO UN LEGADO VÁLIDO, SIEMPRE QUE NO PERJUDICASE LA LEGÍTIMA DE LOS OTROS INTERESADOS (O SEA LA DE LOS CUATRO MEDIO HERMANOS «DEL SEGUNDO MATRIMONIO DEL PADRE RESERVISTA»).

Resolución de 9 de enero de 1962 (B. O. de 30 de igual mes y año).

Don José Holgado García del Prado falleció en estado de soltero el 14 de agosto de 1936, siendo declarado heredero su padre, don Isaac Holgado Borrego, fallecido el 14 de marzo de 1944, en estado casado, dejando de sus primeras nupcias dos hijos, doña Andrea Purificación y don Antonio Holgado García del Prado, y otros cuatro del segundo matrimonio. En su testamento, en la cláusula primera, contiene una declaración de renuncia a los bienes de la herencia de su hijo José a favor de los otros dos hijos del primer matrimonio, hermanos de doble vínculo del primer fallecido. Doña Andrea y don Antonio Holgado García del Prado otorgaron la escritura de aprobación de operaciones particionales de los bienes de su hermano don José, ante el Notario concurrente en 31 de mayo de 1958, que fué inscrita en el Registro de la Propiedad de Montoro en cuanto a las fincas que procedían de la herencia materna, no practicándose operación alguna respecto de la tercera parte indivisa de las inventariadas en los números 15 y 16, ambas compradas por iguales partes de los tres hermanos durante su menor edad, representados por su padre, haciéndose constar en el título de adquisición de la primera de dichas fincas que el dinero origen de la compra procedía de la legítima materna, y sin contener declaración alguna la segunda.

Presentado en el Registro el documento anterior con las escrituras de compraventa otorgadas en 9 de octubre de 1926 y en 22 de diciembre de 1921 por las que se adquirieron las fincas, inventariadas en los números 15 y 16, fué objeto de la nota de calificación siguiente: «Presentado nuevamente el documento que antecede a las once horas del día 10 de mayo del actual, según el asiento número-1.080, obrante al folio 279 del Diario 91, se deniega la ins-

cripción solicitada de las fincas 15 y 16 del inventario, por no tener las mismas el carácter de bienes reservables, no pudiendo considerar la manifestación que en la cláusula primera de su testamento hace don Isaac Gerardo Holgado Borrego, como renuncia traslativa a favor de doña Andrea Purificación y don Antonio Holgado y García del Prado, defectos que se estiman insubsanables.—Montoro, a 30 de mayo de 1960».

Interpuesto recurso por don Luis Cárdenas Hernández, Notario autorizante de la escritura de aprobación de operaciones particionales expresada, la Dirección declara inscribible la misma, revocando el auto presidencial, confirmatorio de la nota del Registrador, en méritos de la doctrina siguiente:

Que este expediente plantea la cuestión de resolver si los bienes calificados tienen el carácter de reservables, y en caso negativo determinar el alcance y efectos que pueda tener la declaración de renuncia de dichos bienes en favor de los dos hijos del primer matrimonio, contenida en el testamento del causante.

Que la reserva establecida en el artículo 811 del Código civil, constitutiva de una modalidad especial de la sucesión legítima, implica una restricción de los derechos que corresponden a los ascendientes al heredar si son reservables exclusivamente los bienes específicos adquiridos por el hijo a título lucrativo de su padre, o si tal carácter puede extenderse también a otros bienes que hubieran ingresado en su patrimonio en sustitución de los primitivamente adquiridos.

Considerando que, aun cuando un amplio sector de la doctrina, fundándose en los precedentes históricos y de elaboración legislativa se muestra contrario a extender el carácter de reservable a los bienes subrogados, tendencia que podría encontrar su fundamento en el hecho de que toda reserva, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, debe ser interpretada restrictivamente; es lo cierto que la generalidad de los autores reconoce como finalidad del artículo 811, conservar los bienes de una familia, y por ello, en definitiva, ha de recaer la reserva no en unos bienes determinados, sino sobre el capital de la herencia, es decir, se admite la subrogación, criterio que comparte el Tribunal Supremo

al declarar, entre otras, en sentencia de 24 de mayo de 1945, que el artículo 811 no persigue el fin de perpetuar en las familias unos bienes concretos, y que la reserva lineal comprende tanto las cosas específicas heredades como aquellas que les hubiesen sustituido.

Que de las dos fincas discutidas, una de ellas, la denominada «La Colada», aparece adquirida por don José Holgado a título de compra, según la escritura de 22 de diciembre de 1921, que en ninguna de sus cláusulas alude al posible origen del precio, que no se justifica tampoco como pruebas o documentos concretos, mientras que en la situadas en «Los Alamos», comprada por escritura de 9 de octubre de 1926, compareció el padre en nombre de sus hijos menores de edad, y declaró en la cláusula 5.ª que el precio de la adquisición procedía de la herencia de la madre.

Que el artículo 1.232 del Código civil, al disponer que la confesión hace prueba contra su autor, no permite que se tenga en cuenta cuando por ella pueda eludir el cumplimiento de las leyes, y tal confesión, con arreglo al artículo 1.239, ha de estimarse como un simple hecho sujeto a la apreciación de los Tribunales, según las reglas establecidas sobre la prueba, todo lo que, si en principio impediría determinar el carácter reservable o no del inmueble con arreglo al artículo 811 del Código civil, carece de trascendencia en el supuesto debatido, toda vez que, conforme al artículo 969 del mismo cuerpo legal, es indudable la obligación de reservar en favor de los hijos del primer matrimonio, impuesta al viudo que pase a segundas nupcias, los bienes que hubiese adquirido de otro hijo fallecido, lo que podría ocasionar una confluencia de ambas reservas, que no origine colisión alguna por ser los reservatarios las mismas personas en una y otra, y ello, además, excusa entrar a examinar cuál de las dos reservas sea la preferente, por lo que en definitiva corresponde a los dos hijos del primer matrimonio un derecho indudable sobre la finca de referencia.

Que lo expuesto haría superfluo analizar la segunda parte de la nota calificadora, pero como el causante, en su testamento, renunció a dichos bienes en favor de aquellos dos hijos, que precisamente son los mismos reservatarios, y justificó la renuncia por el carácter reservable de los bienes, siguiendo la misma línea de conducta proclamada ya en la confesión hecha en 1926, habría que configurar tal cesión de derechos como un legado válido, siem-

pre que no perjudicase la legítima de los otros interesados, y ello robustecería la adjudicación hecha de ambos inmuebles.

En el año 1927, y al referirse al principio de legalidad, dijo el inolvidable maestro don JERÓNIMO GONZÁLEZ, en esta REVISTA, que: «Salvo los casos excepcionales en que han de practicarse actuaciones ante el Registrador, éste (en su facultad calificadora) descansa sobre las *declaraciones hechas en los documentos inscribibles* respecto a la comparecencia de una persona ante el encargado de redactarlo».

Tomado esto así, en su más estricta expresión literal, parece asistirle razón al Registrador al no admitir la inscripción de esas fincas, números 15 y 16 del cuaderno particional, especialmente la última, como adquiridas por los comparecientes por consecuencia de la reserva del artículo 811 del Código civil.

En igual sentido, nuestro compañero RUIZ MARTÍNEZ, en su conferencia sobre «La calificación registral», manifestó que «en función de responsabilidad, el Registrador ha de calificar por lo que resulte del Registro, donde consta el historial o condena de las transmisiones que a la finca afectan, *y por lo que resulta de los documentos mismos*. Si en el Registro—agrega poco después—deben ingresar negocios perfectos, no es lógico que se aten las manos del calificador».

Pero, ¿puede afirmarse que no se le suministraron al Registrador, en el caso debatido, elementos de prueba necesarios para dentro de esta estricta, estrecha función de petición inscribitoria en determinado sentido—por esa razón específica del artículo 811 meritado—para que accediese a extender los asientos solicitados?

He aquí uno de los puntos marginales del problema debatido. La Dirección, que no ha olvidado, pues, no ya la cita en sus Vistos, sino que expone parte de su doctrina en el penúltimo Considerando de la presente, expresó admirablemente, en 11 de marzo de 1957, «que la eficacia de la confesión requiere, por parte del confesante, no sólo capacidad, sino *también legitimación*, es decir, una posición frente al bien discutido, en virtud de la que se reconoce al confesante un poder de disposición sobre el respectivo in-

terés, y en este sentido, el artículo 1.232-2.º del Código civil declara que la confesión no hace prueba contra su autor en el caso en que por ella *pueda eludirse el cumplimiento de las Leyes*. y, por tanto, cuando versa sobre materia sustraída por *Ley imperativa* a la autonomía de la voluntad, carece de su normal eficacia, puesto que de no ser así, se podría conseguir mediante la prueba de confesión, lo que no puede alcanzarse por vía legal (en aquel caso una donación entre cónyuges, declarada nula en el art. 1.334 C. c.).

¿Y no podría decirse en el presente que, mediante esa confesión de haber sido adquiridos los dos inmuebles cuya inscripción se rechaza, por los tres hermanos durante su menor edad, representados por su padre (Resultando primero), con dinero procedente de su legítima materna uno de ellos (cuya justificación documental no aparece) y sin declaración alguna de dónde proviene el precio de compra por lo que al otro se refiere, si bien reconocido—mediante renuncia—por el representante en su testamento tener igual origen; no podría decirse—repetimos—en el presente caso que con tal confesión se fija una trayectoria a los bienes que pudiera reputarse lesiva a los hijos del segundo matrimonio del dicho representante, medio hermanos—tales hijos—del causante de la herencia?

Es por ello, sin duda, que la misma Dirección, ante esta falta de datos específicos concretos, que evidencien la prueba de confesión por la falta ineludible de legitimación o posición firme frente al bien discutido que inmunizase al confesante, deseche, por decirlo así, en el momento crucial, el argumento expresando: «que si en principio impediría determinar el carácter reservable o no del inmueble (podríamos agregar inmuebles; los dos cuya inscripción se rechaza, pues les acompaña idéntica falta de prueba en el fondo), con arreglo al artículo 811 del Código civil, carece de trascendencia, etc.» (Considerando penúltimo).

Pero cuanto *sigue es otro cantar* (valga la expresión vulgar); pues si como al principio de esta glosa expusimos la actuación o calificación descansa sobre *las declaraciones hechas en los documentos inscribibles* y no se probó suficientemente al Registrador que su nota denegatoria carecía de base, en cuanto que las fincas en discusión eran reservables, conforme al artículo 811 del Código civil, bien pudiera aducirse falta de «congruencia» en la decisión,

habida cuenta lo que dispone el art. 123—en relación con el 118—del vigente Reglamento Hipotecario.

* * *

Ahora bien, como hemos de ser consecuentes con nosotros mismos, tenemos que recordar lo que en otro lugar escribimos (esta REVISTA, núm. enero-febrero 1961, *La Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la de la Dirección de los Registros y del Notariado*), y fué que—siguiendo a LACRUZ BERDEJO—en nuestra opinión «el funcionario que no realiza la inscripción debida es responsable, como lo es si no la realiza en los límites y forma determinados». Lo que alcanza no ya al Registrador, sino al mismo Centro rector.

Y ya frente a este principio, imposible negarle a este nuestro ilustrado Centro la razón de, dando un viraje (por decirlo así) al problema de si estamos a presencia o no de unos bienes reservables por el art. 811 del Código civil, declarar ser inscribibles por... (léanse los dos últimos Considerandos, a partir el penúltimo desde... «carece de trascendencia», etc.).

Y es que... con las reservas hemos topado.

Obseídos Registrador y Notario en la caracterización de ser o no reservables, según el artículo 811 del Código civil, las fincas números 15 y 16 del Inventario, empieza el primero a discurrir, con buena lógica, sobre la interpretación restrictiva que a tal precepto hay que darle (sentencia 12-XII-1945, a la que podría agregársele la de 8-VII-1942, conforme a la cual sólo sobre bienes específicos es posible, aunque en caso de haber desaparecido esos bienes subsiste el derecho sobre el valor que haya sustituido a aquéllos); y esto sentado y no habiéndose podido demostrar, a su juicio, la existencia del dinero en la herencia de la madre con que se comprara la finca núm. 15, ni considerar traslativa la renuncia que hace el padre—don Isaac H.—en su testamento dándole igual rango de adquisición, o sea con dinero de procedencia materna, a la número 16, no podía admitir la inscripción de esos inmuebles sólo a favor de doña Andrea y don Antonio H. (hermanos de doble vínculo del causante don José), por no ser ellos los únicos llamados a tales bienes.

Por su parte, el Notario centra la cuestión en que la *subrogación* es aplicable en la Reserva a toda clase de bienes y, por tanto, a los fungibles (Pero, ¿tiene carácter de tal el metálico o dinero? —podríamos preguntarnos—. Así parece opinar NUSSEBAUM en su *Teoría jurídica del dinero*, contra la afirmación de HARTMANN, para quien el *dinero* sólo es «un medio de pago forzoso», págs. 33 y 32, respectivamente, de dicha obra, traducción de SANCHO SERAL, 1929, Biblioteca R.D.P.).

Sin embargo, en este punto de la subrogación en las Reservas de toda clase de bienes, autor de tanta autoridad para nosotros como lo es JUAN VALLET DE GOYTISOLO, ha escrito que, «tratándose de bienes muebles, dada la libre disponibilidad que de ellos tiene el reservista (art. 976 C. c.), creemos que en principio no se puede operar la subrogación *res in loco rei*, sino únicamente la subrogación del valor prevista en los artículos 976 y 978 del Código civil» (*La jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 811 del Código civil*, separata t. II, pág. 150). Pero aun discutible tal subrogación, con cuantas consecuencias acarrea: aumentos (incluso *ab intra*, como accesión continua y discreta), deterioros, etc., nos parece más firme la posición del Notario autorizante respecto a su postura sobre la renuncia hecha en el testamento por don Isaac H., o sea no ser de tipo abdicativo u *omissio acquirendi*, sino del traslativo o cesión propiamente, pues a ello conduce sin duda una interpretación exacta del art. 1.000 del Código civil.

Vemos, pues, cual antes hemos expresado, cómo ambos funcionarios, en sus expertos y meritorios informes o dictámenes, giran en torno tan sólo sobre la caracterización de estar o no comprendidos esos inmuebles, núms. 15 y 16 de la partición, en la órbita del artículo 811 C. c., y pasan por alto (sin que por ello pueda achárseles falta de tecnicismo o visión; pues bien, como declmos, en sus escritos lo ponen de manifiesto) que, en fin de cuentas, el problema queda sencillamente resuelto—como expone nuestro ilustrado Centro directivo—con la aplicación del art. 969 del Código civil, y toda vez—a mayor abundamiento—que ni colisión de reservas (la ordinaria del 968 y siguientes y la excepcional del 811) se ofrece o presenta, como bien hubiera podido suceder si por premoriencia de los hermanos de doble vínculo del causante fuesen hijos de aquéllos los adjudicatarios y de la abuela de los mismos

—madre de don José—quedasen a su vez hermanos o sobrinos..., o sea se originase el supuesto típico de colisión de reservas, que de forma tan ordenada expone el citado VALLET en el tomo I de la citada separata, págs. 181 y sigs., y cuya solución la conforma casi a la de la mayoría de los autores, o sea prevalecer la reserva clásica sobre la troncal (Así, MUCIUS SCEVOLA, DE BUEN, CLEMENTE DE DIEGO, CASTÁN Y ROCA SASTRE, y sentencias de 4-I-1911 y 21-I-1922). Línea doctrinal y jurisprudencial que quisiéramos ver modernamente confirmada por el Supremo y la Dirección, pues se enfrenta al dictamen (que extracta VALLET) que para la cuestión emitió aquel maestro de maestros que fué don FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN, al que se adhirió el ilustre magistrado DE LA CUEVA..

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO,
Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 1960.—*No procede el retracto de arrendatario rustico sobre finca destinada a cultivo agrícola, pero que, por su situación y por la finalidad de su adquisición, se estimó urbana.*

La finca estaba dedicada al cultivo agrícola. Fué vendida a una sociedad para una fábrica. El arrendatario instó el retracto. La entidad demandada sostuvo el carácter urbano de la finca. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia revocó la sentencia y admitió el retracto. El Tribunal Supremo revocó la sentencia recurrida y confirmó la del Juzgado que estimó el carácter urbano de la finca.

Los principales fundamentos de la sentencia del Tribunal Supremo son: que si bien es cierto que la manifestación contenida en la escritura de venta referente a que, por su proximidad al casco urbano de Lesaca y destino consistente en la creación de una fábrica, se atribuye a la finca el carácter de urbana, no puede por sí sola variar la condición de un predio, pues ello podría amparar un fraude para mermar o desvirtuar los derechos del arrendatario, también lo es que, cuando aparecen en los autos otros elementos de juicio y de prueba, tales como los planos y la diligencia de reconocimiento judicial, donde claramente se observa y se dice que la finca está enclavada, entre otras compradas por la sociedad demandada, para el mismo fin de construir su fábrica, y que se halla muy cercana al casco urbano de Lesaca, a la carretera que va a Oyarzum y a otras casas y edificaciones ya construídas, lógica y razonadamente hay que estimar que aquella manifestación contenida en la escritura no supone una ligereza o una argucia, sino que responde a la realidad de su expresión, siendo cierto y verdadero su contenido.

Además, aparece claramente de la prueba pericial que las fincas de las mismas condiciones de la litigiosa valen 10,50 pesetas el metro cuadrado, contempladas únicamente desde su punto de vista agrícola; y resulta probado que la finca objeto del retracto se ha pagado a 25 pesetas el metro, lo mismo que

otras adquiridas por la sociedad recurrente; de lo que se deduce que ha sido en atención a su situación y al destino para que fué adquirida, y, por tanto, que debe ser exceptuada de su condición de finca rústica.

Si legítimos y dignos de protección, añade la sentencia, son los intereses particulares, máxime cuando se trata de los derechos de los arrendatarios y aparceros, también son merecedores de atención y amparo los que afectan al bien común. En el caso de autos el interés de la entidad demandada, además de ser particular, puede suponer la prosperidad de todo un pueblo y comarca, y no ofrece duda alguna la procedencia de sacrificar el interés particular de la arrendadora, ante el social o colectivo, sobre todo cuando ese sacrificio viene impuesto por la legislación vigente.

SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 1960.—*No procede el retracto de parte de fincas arrendadas y vendidas en un solo lote.*

La arrendataria lo era de 24 fincas con unidad de explotación y bajo una sola renta. Vendidas todas por un precio global la arrendataria quiso retraer parte y pagar el precio que resultara de tasación pericial.

El Tribunal Supremo entendió que una correcta interpretación de los preceptos que regulan el retracto del arrendatario rústico en el caso de las características especiales del que enjuiciaba, imponía que la acción se debía dirigir sobre la totalidad de las fincas con todas las consecuencias. De lo contrario, le quedarían al retraído las fincas que no convinieran a la retrayente. Colocados en igual plano legal retrayente y retraído, es incuestionable que el primero no puede ser de mejor condición que el segundo, como sucedería en el caso presente al quedarse la actora con las mejores fincas del lote enajenado, dejando las de inferior condición para el que compró unitariamente, en compensación las buenas con las malas.

SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1960.—*El Registro de la Propiedad no garantiza la cabida de las fincas.*

En cierto litigio sobre resolución de contrato de arrendamiento rústico, el colono demandado reconvino y alegó la menor cabida de la finca, basándose en la descripción del Registro de la Propiedad. Con este motivo, el Tribunal Supremo arguye que el Registro de la Propiedad es fuente oficial que garantiza la situación jurídica de los derechos inscritos, en cambio no asegura la realidad práctica respecto a la cabida de las fincas, ya que sobradamente son conocidas las discrepancias entre lo registrado y aquella verdadera realidad, en cuanto a linderos y extensión de los predios.

SENTENCIA DE 24 DE JUNIO DE 1960.—*Para retraer, el arrendatario, ha de serlo en el momento en que se verifica la transmisión.*

El momento en que nace y se genera el derecho al retracto es el de la transmisión de la finca; y en tal momento el retrayente debe tener la condición de arrendatario; y no es necesario, ni se exige, que el derecho quede subordinado a que el retrayente siga con la condición de rentero hasta formular la demanda o hasta que se otorgue la escritura de compraventa.

Tampoco requiere la Ley que sea el retrayente cultivador directo o personal; basta que ostente la cualidad de arrendatario para darle preferencia en la adquisición a un extraño.

SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1960.—*El arrendatario retrayente de finca rústica no puede enajenarla durante el plazo establecido por la Ley, ni aun en adjudicación en pago de deudas.*

Durante el plazo establecido por la Ley no es lícito al propietario retrayente enajenar, arrendar o ceder en aparcería por ningún título *inter vivos*, la finca que fué objeto de retracto, limitación que igualmente alcanza al arrendatario retrayente que para pagar sus deudas a los acreedores transmite a éstos las fincas retraídas mediante su adjudicación en el procedimiento judicial adecuado, pues de no ser así, se conseguiría fácilmente burlar el propósito en que la Ley se inspiró, que no es otro que el de dar acceso a la propiedad de la tierra al arrendatario y evitar, al propio tiempo, que esta se convierta en objeto de especulación.

CIVIL

I.—FAMILIA.

SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1960.—*Los naturalizados en Andorra no son españoles.*

Con motivo de discutirse la nulidad de la venta de la concesión de una emisora de radio, se planteó la cuestión de la nacionalidad de un español nacionalizado en Andorra.

Se negó la existencia de la nacionalidad andorrana y se disertó acerca del mediatizado concepto político que debe merecer el Principado de Andorra.

A ello responde la sentencia del Tribunal Supremo así: Basta decir que la indiscutible posibilidad de naturaleza en el Principado de Andorra y la realidad de haberlo verificado así el recurrente, afirmación de hecho que no ha sido combatida con eficacia, es suficiente para que, sin entrar a considerar las características políticas de Andorra, no pueda conceptuarse español a quien por haber entrado a formar parte de una comunidad sobre la que por no ejercer España plena soberanía sus miembros se hallan exentos del cumplimiento de las obligaciones y, en consecuencia, del ejercicio de los derechos de los que, por fortuna, continúan teniendo la plenitud de la condición de español.

III.—OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1960.—*Tanteo y retracto arrendaticios urbanos. Requisitos de la notificación. Fecha para empezar a contar el plazo del retracto. Caducidad.*

El artículo 63 de la LAU derogada, que es la aplicable al procedimiento objeto de esta sentencia, exigía, la concurrencia de ciertos requisitos esenciales para su virtualidad, a saber: Que tratándose de viviendas se notificase al inquilino en forma auténtica la decisión de venderla, el precio ofrecido y las condiciones de la transmisión, lo cual supone la existencia previa de un comprador y el ofrecimiento de un precio por la vivienda arrendada. Pero la notificación de vender dicha vivienda hecha al inquilino por acta notarial, se limitó a consignar que la dueña de la finca había decidido venderla por pisos independientes y, en cuanto al ocupado por el actor, por la cantidad de 56.000 pesetas, determinándose las condiciones en que la venta habría de realizarse. Pero no se especificó, como era requisito fundamental, que existiera un comprador para el piso en cuestión y cuál fuera el precio ofrecido por el mismo. Esto establecido, se impone declarar que tal notificación fué nula a los efectos del tanteo, consecuencia de lo cual es que el plazo para el ejercicio del retracto sea, no el prevenido por el artículo 64 de la Ley en su apartado c), o sea, el de no haberse utilizado el tanteo, sino el señalado por el mismo precepto en su apartado a), es decir, el no haberse hecho la notificación exigida por el artículo 63, porque a ello equivale el que tal notificación fuera nula por la razón expuesta.

Conforme establece dicho artículo 64, los plazos para el ejercicio del retracto se contarán desde que fuese inscrita la transmisión en el Registro de la Propiedad y, a falta de inscripción, desde que el retrayente tuviese conocimiento de aquélla, principio que es el mismo que se consagra por el artículo 1.524 del Código Civil. Se ha proclamado por la doctrina del Tribunal Supremo que el retracto legal nace desde que se realiza la venta de la cosa, por lo que es manifiesto que desde la fecha de tal conocimiento, y no desde la inscripción, debe contarse el plazo marcado para el derecho de retracto. No cabe entender que en todos los casos de inscripción sea la fecha de ésta la que sirva de punto de partida para empezar a contar el plazo, sino solamente para aquellos en que por no poderse acreditar si el retrayente tuvo o no noticia anterior de la venta, se hacía preciso, para la seguridad de la propiedad, establecer una presunción *iuris et de jure* del conocimiento basada en la publicidad del Registro, pues de otra suerte se daría más importancia a una mera suposición de la Ley que al hecho real y efectivo del conocimiento de la venta cumplidamente acreditado. Como la notificación notarial de la venta del piso se efectuó el 25 de agosto de 1955, conforme reconoce la sentencia recurrida, es obvio que desde tal fecha comenzó a correr el plazo para el ejercicio del retracto.

Los plazos de caducidad, añade la sentencia, sólo pueden suspenderse por una causa de fuerza mayor.

SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1960.—*Retracto troncal en Vizcaya.*

Es una consecuencia este retracto del principio de troncalidad que rige en la tierra llana o infanzona y es expresión del carácter familiar que los bienes hereditarios revisten. Tiene por objeto impedir que el favor concedido a los parientes y herederos más próximos, sea burlado por persona distinta del propietario anterior, y que éstas vengan a ocuparlas y a tener en ella su disfrute y posesión. Normas que aparecen comprendidas en el «Fuero, Privilegio, Franquezas y Libertades del Señorío de Vizcaya», redactado por la Junta General «So el árbol de Guernica» el 5 de abril de 1526, y confirmado por el Rey Don Carlos I de España en 7 de junio de 1527, en el cual se encuentra desarrollado el principio de troncalidad en su título 17, bajo el epígrafe «De las vendidas», prescribiéndose la manera en que se han de vender los bienes raíces y cómo se ha de publicar la venta para que venga a noticias de los profincos—Ley Primera—; preferencia que se ha de guardar cuando muchos parientes concurren a comprar los bienes raíces—Ley Segunda—; y que si no se vendieran los bienes con la solemnidad de las Leyes, la venta no valdrá en perjuicio de los parientes, los que tienen facultad para pedir su nulidad, debiéndola solicitar en el plazo de un año, a partir del día de la venta—Ley Sexta—.

Las citadas normas están adornadas de fuerza legal, al ser fuente del Derecho de Vizcaya y tener un carácter imperativo, como se dice en la sentencia de 30 de abril de 1957 y se recuerda en las de 17 de junio del mismo año y 19 de mayo de 1960. Aparece en su texto—Ley 13 del título 7.—que «los Jueces las han de observar al pie de la letra en el Condado y Señorío, sin atenerse a cualquiera otra que anteriormente se haya guardado, si está en contra de lo confirmado ahora», agregando—Ley Tercera del título 36—que las Leyes de este Fuero en la decisión de los pleitos de Vizcaya siempre se prefieren a otras Leyes y Pragmáticas del reino y del Derecho común, y que todo lo que en contrario se sentenciare o se proveyere, sea en sí ninguno y de ningún valor ni efecto.

En virtud de tales disposiciones y en razón a que tanto una como otra de las partes que contienden en este juicio fundamenta el ejercicio de la acción que promueven en el principio de troncalidad, al quedar reconocido por la legislación foral el derecho de conservar entre los parientes los bienes de carácter raíz que forman el patrimonio familiar, a fin de que contribuyan al bienestar de las personas que lo integran, llevándole dicho principio a estatuir que antes de la enajenación sea ésta anunciada y publicada, en presencia de escribano público, durante tres domingos, en la iglesia, al tiempo de la misa mayor o a la hora de la procesión, para que los interesados en los bienes puedan oponerse a la venta, incurriendo su omisión en la nulidad que dispone, con el derecho derivado de sacar tal bien por el precio de hombres buenos. no puede este derecho—que es el discutido en el pleito—ser enervado *a priori*, sosteniendo que su finalidad obedece a un motivo ilícito o a un desec impuro, ni que envuelva tan sólo el ánimo de ocasionar un perjuicio para los que lo han adquirido, que no tiene el carácter de profincos.

SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1960.—*Notificación de subrogación en el arrendamiento urbano instado por la hija del arrendatario fallecido, que no llegó al arrendador por equivocación del Notario: Caso fortuito.*

La hija y heredera del arrendatario entregó al Notario la carta en la que notificaba al arrendador su voluntad de subrogarse en el arrendamiento, dentro de plazo y con tiempo sobrado para que llegase a su destino, dentro de un sobre con la dirección correcta, a Logroño. El Notario cambió el sobre y la dirigió a Madrid. La carta no llegó a su destino y fué devuelta.

El arrendador tuvo conocimiento de ello fuera del plazo de la notificación de subrogación.

Se pidió en el juicio correspondiente la resolución del contrato de arrendamiento por falta de notificación en plazo de la subrogación. La parte demandada alegó la equivocación sufrida por el Notario. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y condenó al demandante en costas. La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado y declaró resuelto el arrendamiento, condenó al demandado en costas de la Primera Instancia y no hizo condena especial en las de apelación.

El Tribunal Supremo estimó el recurso interpuesto, dejó sin efecto la sentencia de la Audiencia Territorial y confirmó la del Juzgado de Primera Instancia.

Son de interés todos los Considerandos:

Considerando: Que, probado que doña M. del C. P. V. entregó al Notario la carta en que notificaba al arrendador su voluntad de subrogarse en los derechos y obligaciones del arrendamiento..; que la entrega la hizo dentro de los noventa días siguientes a la fecha del fallecimiento y con tiempo sobrado para que llegase a su destino dentro de dicho plazo, y que la carta iba dentro de un sobre correctamente dirigido al domicilio del arrendador, en Logroño, el cual fué sustituido, sin conocimiento de doña M. del C., por otro del Notario dirigido a Madrid, por lo que la carta no llegó a su destino y fué devuelta al Notario, es evidente que doña M. del C. realizó todos los actos dependientes de su voluntad para que la notificación tuviese efecto dentro del término señalado en el número 3.º del artículo 58 de la LAU, en un orden previsible de los hechos.

Considerando Que la causa de que la notificación no llegase al arrendador por el medio fehaciente legalmente elegido fué independiente de la voluntad de doña M. del C. e inevitable por ésta, que no podía legalmente intervenir en la función notarial. Que tampoco pudo prever ni evitar el cambio de sobre y de dirección efectuado en la Notaría, cambios que fueron la causa de que la carta de notificación no llegase a su destino, como pudo serlo un accidente o una falta, rara, pero no imposible, en la conducción o distribución del correo.

Considerando: Que la voluntad de subrogación y que doña M. del C. había realizado dentro del plazo legal todos los actos a que estaba obligada, llegó a conocimiento del arrendador, fuera de ese plazo, por causas imprevistas e inevitables, antes de plantear su demanda.

Considerando: Que, según el artículo 1.105 del Código Civil, fuera de los casos expresamente mencionados en la Ley, y de los en que así lo declare la obligación, en ninguno de los cuales está comprendido el actual, nadie responderá de los sucesos que no hubieran podido preverse o que, previstos, fueran inevitables, como lo fueron los referidos.

Considerando: Que, en consecuencia, al resolver el contrato por omisión imputada a los hijos del arrendatario fallecido, en la que no habían incurrido, fué tanto como hacerles responsables de hechos que no habían previsto y que, aun previstos, eran para ellos inevitables, de lo que resulta aplicado indebidamente el artículo 58 de la LAU. aun identificando la ineficacia prevista en el número 3.º de dicho artículo, con una causa de resolución del contrato, se impone la estimación del recurso por su primera causa.

SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1960.—*Validez de la pensión con cláusula de estabilización y de la hipoteca que la garantiza.*

Se transmitió una finca y se constituyó una pensión vitalicia de 2.500 pesetas mensuales. Para garantizarla se pactó hipoteca. La pensión se convino así: En caso de depreciación de moneda, la pensión será regulada por el valor del trigo, tasa oficial, para el abono de la pensión.

Se debatió en el pleito, iniciado en septiembre de 1956, la validez de tal cláusula o pacto. En ambas instancias se falló que era válida y eficaz. El Tribunal Supremo no estimó el recurso de casación.

En esta sentencia el Tribunal Supremo alude al «reconocido e indiscutible valor científico» de la Jurisprudencia de la Dirección de los Registros, aunque no vincule a dicho Tribunal.

Dicha cláusula, dice la sentencia, que el propio recurrente califica, con acierto, de «cláusula de estabilización», aparte la discusión doctrinal que puede suscitar y el diferente criterio que el derecho comparado motiva, en el nuestro está expresamente reconocida en varias sentencias, como las de 29 de abril y 23 de noviembre de 1946, 9 de marzo de 1947, 9 de enero de 1950, 23 de noviembre de 1957, y ello porque no contradice Ley alguna ni va contra la circulación forzosa del billete, medio legal de pago de cantidades dinerarias, aspecto que podría afectar al orden público en calificadas circunstancias aquí no concurrentes. Como simple rectificadora del nominalismo, se limita a adoptar su valor adquisitivo al que le corresponde en el mercado, que, en casos como el presente, está perfectamente justificado en unos pensionistas que para asegurarse la pensión como único medio de vida, prevén las contingencias de la depreciación monetaria en curso al otorgarse el contrato que les ponga al abrigo de la miseria, pues ambas partes contendientes afirman que carecen de otros medios para su subsistencia. Tal previsión, al lado de su justificación legal, se ampara de la moral, todo ello convenido de mutuo acuerdo entre los contratantes, protegidos por el principio admitido por la Jurisprudencia *pacta sunt servanda*, y el precepto contenido en el artículo 1.255 del Código Civil, lo que abona la rectitud de la doctrina que sobre el particular mantienen las dos sentencias de instancia y la desestimación del motivo que se examina. Puede añadirse, como nota legal confirmatoria de aquella validez, lo dispuesto en el artículo 219 del Reglamento Hipotecario, según quedó redactado por el Decreto de 17 de marzo de 1959, aunque para este caso carezca de aplicación, como tampoco lo tiene la reciente legislación sobre estabilización económica, en especial el Decreto-Ley de Ordenación en la materia de 21 de julio, Decreto de 17 del mismo mes y Orden de 25 de agosto de 1959, entre otras.

Después de lo expuesto, no puede decirse que por lo convenido por esa cláusula se violen en la sentencia *a quo* y se interpreten erróneamente los

artículos 1.170 del Código Civil, 12 de la Ley Hipotecaria y 219 de su Reglamento, como se propugna en el segundo motivo, porque no se niega valor liberatorio al billete, a la moneda vigente en España. Lo que se hace, en función de la cláusula estabilizadora, es determinar la cantidad de moneda en esa clase necesaria para cumplir la obligación dineraria, que ha de solventarse, pero se paga con, ese mismo papel-moneda de curso forzoso.

Sabido es que el Reglamento Hipotecario, en su última reforma, reguló las escrituras de préstamo hipotecario con cláusula de estabilización (artículo 219, 3.º), siguiendo el camino ya abierto por la doctrina científica y aun por la propia Jurisprudencia.

En los contratos de ejecución continuada y a largo plazo, forzosamente surge el problema, y la preocupación por parte de los otorgantes, de asegurarse contra la devaluación de la moneda, fenómeno universal, una de las constantes históricas mejor comprobadas, como dice La Rica. El contrato no tiene más remedio que acoger y resolver tal preocupación, y es natural que lleguen a los Tribunales las discusiones y distintas interpretaciones a que se presta la materia.

En general, podemos decir que las cláusulas de estabilización (cláusula moneda oro o plata, cláusula valor oro o plata, cláusula moneda extranjera, de pago en especie, de escala móvil, de revisión) están admitidas por la doctrina y por la jurisprudencia. Es un pacto, como dice Beltrán de Heredia (1) que no es contrario a las Leyes, ni a la moral, ni al orden público.

No es contrario a la Ley de curso forzoso del papel-moneda de 9 de noviembre de 1939, porque el hecho de que el billete tenga pleno y forzoso valor liberatorio nada tiene que ver con la cuantía del crédito. El curso forzoso del billete no implica limitación de la libertad de los contratantes para fijar con determinados módulos la cuantía de las obligaciones.

No es contrario a la moral. Precisamente con la cláusula de estabilización se procura evitar injusticias y desigualdades en el momento del pago, se procura que el contrato sea efectivamente conmutativo. No debe admitirse que lo que en principio es verdaderamente una pensión pueda llegar a ser una cantidad irrisoria, mientras la contraparte disfruta de frutos de valor en alza, producidos por la finca que recibió cuando se obligó a pagar la pensión.

No es contraria al orden público, porque los intereses generales financieros y monetarios que persiguen las Leyes de curso forzoso del papel-moneda en nada quedan afectados por tal pacto, como queda dicho. Que una obligación entre particulares ascienda a esta o a aquella cantidad, pagada en moneda-papel, es cuestión irrelevante para dichos fines generales.

¿Hasta qué límites podrá llegar la cláusula de estabilización?, se preguntan los comentaristas. Entendemos que cualquier módulo que sea legal o que se estime moral en cualquier actividad nacional puede ser aceptable para incorporarlo a la cláusula. Claro está que, para los préstamos hipotecarios habrá que estarse necesariamente al artículo 219 del Reglamento Hipotecario.

(1) Puede leerse interesante comentario y abundante biografía sobre la materia en *El cumplimiento de las obligaciones*, de JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, Ed. «Rev. de D. Privado», págs. 237 y sgts.

IV.—SUCESIÓN «MORTIS CAUSA»

SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1960.—*Reglas fundamentales de sucesión en títulos nobiliarios.*

El mejor derecho a la posesión de los títulos nobiliarios debe discernirse: 1.º Por el acto soberano de su sucesión; y 2.º En su defecto, por las normas que regulan tradicionalmente la sucesión a la Corona de Castilla, contenidas en las Leyes de Partida, la Novísima Recopilación, el artículo 60 de la Constitución Política de 30 de junio de 1876, hoy derogada y que se cita sólo en cuanto recoge las inspiraciones del Derecho Histórico en la materia. y, como más próxima y actual, el Decreto de 4 de junio de 1948, que refrenda con indiscutible caridad dicho derecho histórico, al disponer «que el orden de suceder en todas las dignidades nobiliarias se acomodará estrictamente a lo dispuesto en el título de concesión, y, en su defecto, al que tradicionalmente se ha seguido en esta materia» (art. 5.º).

Además, es necesario tener en cuenta el artículo 13 de la Ley desvinculadora de 11 de octubre de 1820, que dispone que los títulos y prerrogativas de honor subsistirán en lo sucesivo, «pero si los poseedores actuales disfrutasen dos o más grandezas de España o títulos de Castilla y tuvieran más de un hijo, podrán distribuir entre ellos las expresadas dignidades, reservándose la principal para el sucesor inmediato», facultad que con toda equidad tendía a evitar la acumulación de las mercedes en una sola cabeza.

SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1960.—*La partición «inter vivos» referida en el artículo 1.056 del Código Civil ha de estar respaldada por un testamento. Es esencialmente revocable. La partición que crea situaciones de finalidad irrevocable es nula.*

Es doctrina interesante de esta sentencia que el artículo 1.056 del Código Civil autoriza al testador para practicar entre vivos la división de un caudal, en tanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos. Pero tal autorización no puede suponerse concedida—como la Jurisdicción tiene declarado—sino cuando la partición se halla respaldada por una disposición testamentaria, con la que ha de tener perfecta adecuación, y a la que ha de supeditarse por derivar y traer causa de ella. Al no ser la partición sino la ejecución o puesta en práctica de lo dispuesto en testamento, necesariamente ha de estar sometida a la vigencia de éste, de tal suerte que aunque el testador, al dividir, pueda desprenderse de los bienes cuya titularidad pasa a sus herederos, cuando esta tradición se verifica en función de partir, cuya finalidad se proyecta a la muerte, en cuyo momento se producirán sus definitivos efectos, ha de ser—como el testamento en que se funda—esencialmente revocable. Por ello, toda partición en la que se produzca una sujeción infranqueable de los bienes constitutivos de la herencia, incompatible con la revocabilidad de los actos particionales; o en la que se celebren contratos o se creen situaciones independientes de la revocabilidad circunstancial de las disposiciones testamentarias, vinculada a los testadores, que podrán por ello modificarlas, han de reputarse nulas, como prohibidas por el artículo 1.271

del Código Civil, sin que tales actos puedan tener eficacia jurídica, porque se acomodan a disposiciones testamentarias preexistentes, por cuanto si éstas tienden a hacer posible la irrevocabilidad, se tendrán por no puestas, conforme preceptúa el artículo 737 del mismo cuerpo legal, y por ello incapaces para legitimar el acto que tal consecuencia produjera.

M E R C A N T I L,

II.—SOCIEDADES.

SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1960.—*Diferencia entre la Sociedad en comandita y el contrato de cuentas en participación.*

Si bien en los tiempos históricos pudiera tener la antigua forma de cooperación mercantil denominada «comenda» iguales características que el contrato conocido con el nombre de cuentas en participación, al descansar ambas figuras jurídicas en igual fundamento económico, consecuencia de la aportación patrimonial que realiza uno en el negocio comercial dirigido por otro, en la época actual se distinguen perfectamente y presentan fisonomías diferentes y ocupan títulos separados en el Código de Comercio. En la Sociedad en comandita se crea por tal entrega una personalidad jurídica distinta de la de los socios, debiendo ser comerciantes los que la integren, inscribiéndose su nombre en la escritura de aportación, en los libros de la Sociedad, y el contrato social en el Registro Mercantil, constituyendo el patrimonio formado un fondo separado y distinto del de los socios, obligándose el comanditario en la explotación de la industria mercantil y estando afecto en cuanto a capital aportado, frente a terceros, los que tienen para el ejercicio de los derechos que le competen una acción directa contra el mismo, ya que le alcanza responsabilidad frente a los acreedores. Lo cual no concurre en el contrato de cuentas en participación, en el que continúa el negocio a nombre del comerciante individual, quien lo explota como si fuera suyo, permaneciendo el capitalista oculto para los terceros y carente de responsabilidad en cuanto a ellos. Contrae obligaciones sólo para con el gestor y no se exige, al faltar la autonomía del patrimonio, escritura pública ni inscripción en el Registro, y debe omitirse el nombre del cuentapartícipe en la razón social.

PROCESAL

II.—JURISDICCIÓN CONTENCIOSA.

SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 1960.—*No procede el juicio de testamentaria si está hecha la partición por el testador.*

Los cónyuges causantes hicieron la partición en vida conforme al artículo 1.056 del Código Civil. Dos de los herederos promovieron juicio voluntario de testamentaria. El Juzgado dictó providencia por la que dió curso a la demanda y tuvo por prevenido dicho juicio voluntario de testamentaria y ordenó citar a los demás herederos.

Contra esta providencia se interpuso recurso de reposición. Se alegó que no procedía juicio de testamentaria porque los causantes partieron en vida sus bienes y designaron los que tenían que percibir cada heredero, con prohibición de intervención judicial en la testamentaria.

El Juez de Primera Instancia resolvió el recurso dictando auto por el que declaró no haber lugar a reponer la providencia y condenó a costas al recurrente. La Audiencia revocó el auto, dejó sin efecto la providencia y declaró no haber lugar a admitir, proveer ni tener por proveído el juicio de testamentaria, sin condena en costas en ninguna de las instancias.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación que se interpuso, basado en la siguiente doctrina: El recurso denuncia la infracción, por aplicación indebida, del artículo 1.056 del Código Civil y por no aplicación de los artículos 1.036 y siguientes, que no se determinan, de la Ley Procesal; pero en modo alguno puede prosperar, porque la doctrina reiterada de este Tribunal (sentencias de 10 de abril y 3 de diciembre de 1931, 16 de febrero de 1932 y 21 de noviembre de 1939, entre otras) establece que cuando la partición de bienes consta hecha válidamente con anterioridad, resulta dilatorio e inútil el juicio de testamentaria y el derecho de los herederos forzosos está subordinado al del testador de hacer por sí la partición de sus bienes, sin otras limitaciones que las establecidas en la Ley, pudiendo en su caso los perjudicados ejercitar sus acciones en el juicio correspondiente.

Que atendiendo a los términos del recurso interpuesto, sigue diciendo la sentencia, claramente se advierte que en el fondo lo que en él se pretende es que se reconozca en estos autos, sin las garantías y solemnidades del juicio ordinario, la ineficacia y, en definitiva, la nulidad, de la cláusula testamentaria en que los causantes hicieron uso de las facultades que a los testadores otorga el segundo párrafo del artículo 1.056 del Código Civil; pero no siendo el procedimiento en este caso seguido el idóneo para declarar la ineficacia o nulidad de dicha cláusula testamentaria, ha de ser forzoso reputarla válida mientras no se obtenga aquella declaración en el oportuno juicio declarativo.

BARTOLOMÉ MENCHÉN,

Abogado de los Ilustres Colegios de Jaén
y Ciudad Real.

Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

*Resoluciones del Tribunal Económico-administrativo Central
de 2 y 3 de mayo de 1960.*

La Ley del Impuesto de 21 de marzo de 1958 regula exhaustivamente las exenciones y bonificaciones fiscales que la misma establece; y en su transitoria 4.^a expresamente consigna que tal regulación respeta los derechos adquiridos y consolidados individualmente al amparo de la legislación anterior, reforzando así el contenido de su transitoria 1.^a cuando dice que la misma Ley no se aplicará sino a los actos causados a partir de 1.^o de mayo de 1958.

En su consecuencia, los beneficios fiscales reconocidos y declarados por los Organismos competentes con arreglo a dicha legislación anterior, en cuanto a vivienda se refiere, habrán de ser respetados, ya se trate de pisos, viviendas o locales, aunque formen parte de una copropiedad o dependan de otros elementos de la construcción general o de otra construcción ajena.

Esta es la doctrina que las citadas Resoluciones sientan, interpretando el contenido de la citada transitoria 4.^a, pero lo cierto es que su concordancia con la transitoria 6.^a de la misma Ley del Impuesto, ofrece serias dificultades.

Se refiere esta transitoria 6.^a, como es sabido, en su primer apartado, a la legislación referente a los actos y contratos sobre viviendas beneficiadas fiscalmente, bonificables, protegidas, de la clase

media, calificadas provisionalmente como tales, con anterioridad a la vigencia de la Ley del Impuesto y liquidadas provisionalmente con la misma anterioridad; y, hecha esa referencia, añade que los documentos referentes a los expresados actos y contratos «deberán ser presentados ante las oficinas liquidadoras que practicaron la liquidación provisional en el término de seis meses, a partir de la publicación de esta Ley», y redondea su pensamiento añadiendo en el párrafo segundo siguiente, los beneficios fiscales, concedidos provisionalmente quedarán en todo caso sin efecto si, transcurrido dicho término, no se cumple lo establecido en el párrafo anterior».

Comentario.—La antinomia entre el contenido de ambas transitorias parece evidente y de difícil armonización. El derecho reconocido en la 4.^a está patente sin cortapisas ni plazos, y en cambio en la 6.^a se condiciona su ejercicio, de tal manera que merma y en definitiva se desconoce.

El tema encierra un problema de exégesis que tiene interés y que merece ser tratado con más amplitud y que, por ahora, no lo hemos visto abordado específicamente por el Tribunal Central.

*Resolución del Tribunal Económico-administrativo Central
de 24 de mayo de 1960.*

INTERPRETACIÓN DE LA LEY DE 15 DE JULIO DE 1954, REGULADORA DE LA
CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDAS DE RENTA LIMITADA.

Antecedentes.—En 24 de julio de 1958 se constituyó una sociedad inmobiliaria conforme a la Ley de Sociedades Anónimas, en cuyos estatutos constaba que su objeto era «la construcción de viviendas de renta limitada y subvencionadas, y aquellas operaciones con ello relacionadas, como adquisición de terrenos, su urbanización y distribución, uso, arrendamiento y venta de las mismas, e incluso la construcción de dichas viviendas con destino a otras empresas, incluyendo las a ello obligadas; sometiéndose a lo dispuesto en la Ley de 15 de julio de 1954, su Reglamento de 24 de junio de 1955 y demás disposiciones sobre esta materia».

Presentada a liquidación la escritura, fué liquidada al 1 por 100

sobre el capital estatutario, y entablado recurso se alegó ante el Tribunal Provincial que la Oficina Liquidadora entendió que el objeto social no se acomodaba, a efectos de la exención o bonificación, a lo dispuesto en el apartado g), núm. 59, art. 3.º, A), del texto de la Ley del Impuesto, sin tener en cuenta que se hallaban redactados los estatutos tomando literalmente los términos del número 1.º de la Orden del Ministerio de Trabajo de 5 de noviembre de 1955.

El Tribunal Provincial desestimó la reclamación fundado en que la exención se refiere a la construcción de viviendas de renta limitada y no a las Sociedades que pueden dedicarse, además, a la construcción para otras empresas.

La Resolución que comentamos empieza por sentar que los artículos 5.º y 20 de la Ley de 1954 establecen distintas clases de promotores y constructores de viviendas de renta limitada, y que en los números 3.º y 5.º de su artículo 10 declara exentos de impuestos de Derechos reales y Timbre «los contratos de construcción o ejecución de obras celebrados por las entidades o por los particulares, así como las declaraciones de obra nueva correspondientes, y también «la constitución de Sociedades inmobiliarias cuya finalidad exclusiva sea la construcción de tales viviendas».

Estos preceptos concuerdan con lo que la Ley del Impuesto establece en su artículo 3.º A), apartados l) y g) del núm. 59, y concuerdan también, en cuanto al Timbre, con el núm. 25, art. 89, de su Ley reguladora de 14 de abril de 1955, y, por tanto, es de aplicación la Orden ministerial de 5 de diciembre de 1955, cuando define dichas Sociedades inmobiliarias «como aquellas cuya finalidad exclusiva sea la construcción de viviendas de renta limitada..., cualquiera que sea la forma de su constitución, siempre que sea reconocida por la legislación civil y mercantil», y que en sus estatutos se haga constar «de una manera clara que su exclusivo objeto es la construcción de viviendas de renta limitada y todas las operaciones con ellas relacionadas, como adquisición de terrenos, urbanización y parcelación y el uso y arrendamiento y venta de las mismas, sometiéndose a las disposiciones dictadas sobre la materia»; regulando la misma Orden la construcción de dichas viviendas por las inmobiliarias para otras empresas con destino a personal determinado.

El Central añade a continuación que los beneficios fiscales no se conceden en consideración a la adquisición del dominio de las viviendas, sino para promover su construcción, lo cual implica que no se exige a dichas inmobiliarias que su exclusiva misión sea la construcción de las expresadas viviendas por y para las mismas sociedades, y en su consecuencia no es admisible que ellas pierdan los beneficios que estimulan su creación, precisamente por comprender entre sus posibles actividades una, objetivamente fomentada por la Ley cual es la de construir por cuenta ajena «viviendas de renta limitada».

En definitiva la Resolución del Central sienta que la cualidad de Sociedad Inmobiliaria dedicada a la construcción de dichas viviendas para sí, sea directamente o sea por contrata con sus correspondientes beneficios fiscales, no se desnaturaliza aunque a la par tenga estatutariamente como objetivo la construcción para otros promotores, adjudicatarios o constructores de viviendas de renta limitada.

*Resolución del Tribunal Económico-administrativo Central
de 24 de mayo de 1960.*

La Abogacía del Estado en la Dirección General del Tesoro giró una liquidación de SPANISH Gulf Oil Company sobre la factura de la constitución de un depósito en la Caja General de Depósitos, contra cuya liquidación recurrió la entidad, alegando que tal depósito había sido constituido para pago de los derechos de la Administración por la tramitación de permiso de investigación de hidrocarburo solicitado por la reclamante y constitutivo de una tasa exigida en los artículos 10 y 57 de la Ley de Minas de 1944, lo que implica que no se trata de un acto sometido al Impuesto de Derechos reales, puesto que dicha Ley, al regular los depósitos de que se trata, dice que no tendrán el carácter de fianza por estar destinados a sufragar los gastos de tramitación de los expedientes y de pago de los servicios del personal que los tramita.

El Tribunal Central dice que de lo actuado se desprende con claridad que el acto liquidado no entrañaba una constitución de prenda comprendido entre las que sujeta al impuesto el núme-

ro 11 del art. 2.º de la Ley de 21 de marzo de 1958, tratándose simplemente de la consignación de una cantidad para gastos que han de pagarse por cuenta de la entidad que realiza la consignación, lo que no está definido como acto sujeto al impuesto.

*Resolución del Tribunal Económico-administrativo Central
de 31 de mayo de 1960.*

Girada una liquidación en un contrato de compraventa presentado el 8 de marzo de 1958 y pagado el impuesto el día 7 de abril siguiente, el interesado instó ante la Delegación de Hacienda la rectificación de la liquidación, fundado en que se trataba de la venta de un piso bonificable conforme al Decreto-Ley de 27 de noviembre de 1953.

El Delegado de Hacienda se declaró incompetente para resolver la cuestión, ya que no se trataba de un error material y sí de derecho, siendo notificado el acuerdo con fecha 11 del siguiente mes de agosto.

Se interpuso la alzada ante el Tribunal Provincial el día 14 del mismo mes, razonando el supuesto error en la liquidación, y el recurso fué desestimado, con apoyo en que se trataba de un error de derecho, y, en su consecuencia, como el ingreso se efectuó en la fecha dicha de 7 de abril, la reclamación ante el Tribunal no se entabló ante el 14 de agosto siguiente, la liquidación había quedado firme y consentida.

Ante el Central, el contribuyente arguyó que la reclamación inicial había sido presentada, en realidad, el 10 de abril, y si la instancia presentada en el Registro de la Delegación de Hacienda hubiese sido devuelta seguidamente, se hubiera podido acudir en tiempo ante el Tribunal Provincial, pero como nada se le comunicó hasta el 8 de agosto, no pudo acudir al mismo hasta el día 14 siguiente.

La Resolución del Tribunal Central dice que, al no haberse referido el interesado en forma expresa a la competencia del Delegado de Hacienda, fundamentada en el artículo 6.º del Reglamento de Procedimiento de 1924, ni al artículo 208 del Reglamento del Impuesto de 1947, no es estimable que se tratase de la simple de-

volución de un ingreso indebido nacido de error material, sino de error fundamental sobre aplicación de la legalidad vigente, debiendo por tanto, concluirse que ha de estarse al principio de derecho contenido en el artículo 114 del citado Reglamento de Procedimiento, según el cual, aun cuando se hubiese cometido por el contribuyente error en la calificación del recurso, ello no es obstáculo para su tramitación, si del escrito se deduce su verdadero carácter, como en el caso ocurre, en el que claramente se ve que de lo que se trata es de impugnar en derecho un acto de gestión definidor de obligaciones para la Hacienda Pública.

En conclusión, la Resolución revoca el acuerdo del inferior, y dice que se infringieron normas procesales con indefensión del contribuyente, a tenor de los artículos 20 y 84 del Reglamento de Procedimiento aludido, y anula las actuaciones desde el momento en que la primitiva instancia debió ser remitida al Tribunal Provincial para su tramitación como reclamación económico-administrativa.

*Resolución del Tribunal Económico-administrativo Central
de 14 de junio de 1960.*

En cierta herencia presentada a liquidación del Impuesto, se acompañaron, con la relación de bienes, unas certificaciones catastrales correspondientes a los bienes señalados.

La Abogacía del Estado no admitió en el expediente de comprobación tales certificaciones como elementos comprobatorios, y si aplicó los índices de precios medios de venta, teoría que confirmó el Tribunal Provincial, fundándose en que la herencia había sido presentada fuera de plazo y debía liquidarse con arreglo a la nueva Ley del Impuesto por aplicación de su transitoria 1.ª, y, en su consecuencia, debía comprobarse según los precios medios a que se refiere la Orden de 10 de julio de 1957, ya que, fallecido el causante en 9 de junio de 1957, la partición no se presentó a liquidación hasta el 4 de abril de 1959 y era, en consecuencia, aplicable dicho medio comprobatorio, como dispone el núm. 3.º del párrafo segundo del artículo 80 del Reglamento de 1959.

El Central empieza por sentar que el contenido de la transitoria 1.ª no implica que la comprobación administrativa prevista en el artículo 12 de la Ley, desarrollada en el artículo 80 y siguientes del Reglamento, pueda recaer sobre valor distinto al que los bienes tuvieron el día que se causó el acto, de tal manera, que los medios de comprobación dichos deben referirse siempre precisamente al valor que tuvieron los bienes al ser transmitidos, sin que pueda aplicársele ningún otro.

Después, el Tribunal Central analiza la tramitación seguida en la formación de los índices, y deduce de ello que para aplicarlos al caso sería necesario que resultase, incluso por presunción lógica, que tales índices se referían a valores reales durante el año 1957, lo que no está debidamente acreditado en el expediente, y añade que, al lado de tal problema procesal, ofrecen las actuaciones otro de interés público, también de carácter objetivo, cual es el que, si bien la Dirección de lo Contencioso aprobó el 30 de septiembre de 1951 los índices de precios medios de venta de fincas rústicas, formado por ella en cumplimiento de la Orden de 10 de julio de 1957, a los efectos de comprobación, no habiéndose publicado en el *Boletín Oficial*, juntamente con dicha Resolución, ni posteriormente, los referidos índices, es indispensable que consten en los respectivos expedientes de comprobación en que se apliquen mediante certificación de la Oficina Liquidadora, a fin de que el contribuyente juzgue de la procedencia del aplicado, como exigen los párrafos 3), 4) y 5) del artículo 84 del Reglamento y el 8.º de la citada Orden ministerial de 10 de julio de 1957, declarada en vigor por el artículo 80 del Reglamento vigente, y, por tanto, el incumplimiento de este requisito implica también indefensión del contribuyente, que trae consigo, por aplicación del artículo 84 del Reglamento de Procedimiento de 1924, aplicable a la reclamación de que se trata, la nulidad del acto impugnado.

En conclusión, la Resolución que analizamos anula el fallo impugnado del Tribunal inferior, las actuaciones de gestión y la aprobación del expediente de comprobación de valores, y dispone que se practique nueva comprobación por los medios del artículo 80 del Reglamento, incluso por el establecido en el número 3.º de su apartado 2), si se adaptase a la naturaleza, clase y circunstancias de los bienes de cuya transmisión se trata y a la evaluación de

los bienes determinados que corresponda a la fecha de la transmisión.

*Resolución del Tribunal Económico-administrativo Central
de 27 de septiembre de 1960.*

FORMA DE COMPROBAR LA BASE LIQUIDABLE CUANDO EN LAS EJECUCIONES POR CRÉDITOS HIPOTECARIOS, EL POSTOR Y ADJUDICATARIO ACTÚA COMO SEGUNDO ACREEDOR HIPOTECARIO SUBROGADO EN LOS DERECHOS DEL ACREEDOR PRINCIPAL Y DESLIGADO, POR TANTO, DEL CONVENIO CELEBRADO, AL CONSTITUIRSE LA HIPOTECA SOBRE EL VALOR DADO AL INMUEBLE PARA EL CASO DE QUE HAYA LUGAR A LA SUBASTA JUDICIAL PREVISTA EN EL ART. 130 DE LA LEY HIPOTECARIA.

Un juzgado de Primera Instancia, actuando de oficio por rebeldía de un litigante con un Banco, otorgó escritura pública a favor de éste, adjudicándole una finca rematada por el mismo en la correspondiente subasta.

Los antecedentes fueron que el Instituto de Crédito, acreedor hipotecario por un préstamo, instó el procedimiento objetivo contra el deudor, que terminó por sentencia de remate con el consiguiente procedimiento de apremio, en el que, hecha la liquidación de cargas, apareció como segundo acreedor hipotecario el mentado Banco, el cual se subrogó en los derechos y obligaciones del expresado Instituto; y en definitiva se le adjudicó la finca y se le otorgó la escritura referida al principio.

La liquidación de la escritura se practicó sobre la base del valor dado a la finca hipotecada para el caso de subasta, y el reclamante alegó que tal medio comprobatorio del artículo 80 del Reglamento no era aplicable al caso, porque la hipoteca a que estaba afectada la finca es de las llamadas de máximo, ya que estaba constituida en garantía de una cuenta corriente de crédito sobre un inmueble en construcción, y es lógico que para prever todas las contingencias, incluso la depreciación monetaria en el plazo de cincuenta años a que se extendía, se fijara como tipo para la primera subasta una cifra mucho mayor que el valor del inmueble en el momento de la adjudicación, pidiendo, en con-

elusión, que se liquidase sobre la base de las 250.000 pesetas a que alcanzó el precio del remate en la subasta.

El Tribunal Provincial, invocando el artículo 61, 2) del Reglamento del Impuesto, el 131, regla 9.ª de la Ley Hipotecaria, el 100 y el 61, 3) del Reglamento del Impuesto de 1947, desestimó el recurso.

La Resolución que reseñamos, dice que la cuestión implica la delimitación del ámbito de aplicación del texto reglamentario, que exige que la transmisión tenga lugar entre los propios interesados, inicialmente contratantes, o su causahabientes, por lo que ha de examinarse si en el caso de que el adquirente de la finca no hubiere sido interesado en la constitución del Derecho real, está bien aplicado el aludido medio comprobatorio por la sola circunstancia de que, mediante el pago del crédito referente, se hubiese subrogado en los derechos del actor en el procedimiento judicial.

El precepto fiscal, añade, se refiere a los interesados o sus herederos, siguiendo en esto el principio general del artículo 1.257 del Código civil, que dice que los contratos sólo producen efecto entre los contratantes y sus herederos, de donde se infiere que al subrogarse el concurrente en los derechos, incluso el real de hipoteca que pertenecía a un primer acreedor hipotecario, actor en el procedimiento judicial, el subrogado no tenía por qué expresar, ni expresó, su conformidad con las estipulaciones especiales de la escritura de hipoteca que motivó la ejecución, y por tanto no quedó obligado a estar y pasar por el valor fiscal de 1.873.328,75 pesetas, que se hizo constar para la celebración de la primera subasta.

En el presente caso habría de tenerse en cuenta, en otro supuesto—sigue diciendo la Resolución—, que el valor asignado a la finca era el resultante de la edificación proyectada, que no consta que se realizara, al menos totalmente, mediante sucesivas entregas del acreedor hipotecario, constando en cambio, según liquidación practicada antes de la demanda, que tales entregas, convenidas hasta 1.124.000 pesetas, se hicieron tan sólo por 76.286 pesetas de principal.

No obstante lo antedicho, añade el Central, no es admisible que la base liquidable haya de ser la cantidad en que se remató la finca en la tercera subasta, puesto que, según el artículo 61, 2)

del Reglamento de 1947, en las transmisiones a capitulo oneroso, incluso las realizadas mediante subasta judicial, la base liquidable será el valor o precio declarado por los interesados, el de adjudicación o el que resulte de la comprobación sin que ello implique inexactitud del precio de adjudicación, porque el precio obtenido fiscalmente no está afectado por la depreciación momentánea que circunstancialmente pueda tener.

Consecuentemente, el Central, en su resolución, anula la liquidación impugnada y manda girar la que corresponda, previa comprobación reglamentaria y prescindiendo de la valoración dada por acreedor y deudor al pactar la escritura de hipoteca, a efectos del procedimiento sumario de la Ley Hipotecaria.

Comentarios.—La resolución que comentamos está dictada aplicando el Reglamento de 1947, el que, como es sabido, en su artículo 80, 3), categóricamente dice que en la transmisión de fincas hipotecadas la base liquidable será el valor asignado a las mismas por los interesados para el caso de subasta, conforme al artículo 130 de la Ley Hipotecaria, «siempre que la transmisión tenga lugar entre los propios interesados o sus herederos».

El precepto está hondamente modificado en el Reglamento vigente, el cual, en el mismo artículo 80, núm. 11, dice que, en el mismo supuesto, la base será el valor pactado para la subasta, y suprime el inciso transcrito y entrecomillado.

Con ello queremos decir que el problema discutido se simplificaría ante el actual Reglamento, dado que no dice que el pacto valorativo afecte solamente a los primitivos interesados y a sus herederos.

Ello no obstante, nos parece que, incluso con el Reglamento actual, y dadas las especiales circunstancias del caso enjuiciado, la solución habría de ser o debería ser la misma, so pena de cometer la violencia jurídica de tomar una base liquidable ostensiblemente fuera de la realidad, siquiera la letra inerte del precepto reglamentario permita semejante dureza fiscal.

JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ VILLAMIL,

V A R I A

Hacienda y Derecho, por don Fernando Sáinz de Bujanda, Catedrático de Hacienda pública en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1962. I y II volúmenes de 505 y 510 páginas, respectivamente.

En los dos volúmenes de la obra se agrupan estudios diversos, pero ofreciendo una fuerte conexión que responde a la inquietud que no oculta el autor, cuando en el prólogo del segundo volumen nos dice: «Ni la institución de la propiedad, ni la del contrato, ni la empresa mercantil, ni las garantías jurídicas del administrado, ni siquiera los fundamentos constitucionales del Estado, pueden asentarse sobre bases claramente definidas, de alguna solidez, si la Hacienda pública no está penetrada del mismo sentido jurídico que anime a todas esas zonas de la vida pública y privada.» Y momentos antes dijo: «Una consideración retrospectiva del título de esta obra y de los temas examinados, me ha hecho ver que la expresión «Hacienda y Derecho», más que para designar un libro, sirve para definir una preocupación y un afán.»

El primer volumen es la reimpresión del editado en 1955. totalmente agotado. Entonces, en «Revista de Derecho Financiero y de Hacienda pública» (1) publicamos una amplia nota biblio-

(1) Tomo del año 1955, pág. 365.

gráfica pretendiendo destacar el interés que prestaba el capítulo VI. En la recensión de ese primer volumen publicada en las columnas de esta REVISTA (2) también se destaca la importancia del capítulo citado, en donde se exponen los sistemas tributarios contemporáneos.

El volumen segundo se compone de dos partes. En la primera se estudian materias sobre «Derecho financiero y Derecho tributario» en siete capítulos que respectivamente se titulan: «En torno a la naturaleza de la actividad financiera»; «Derecho financiero y política fiscal»; «La autonomía del Derecho financiero»; «El Derecho, instrumento de política económica»; «La interpretación en Derecho español de los tratados internacionales para evitar la doble imposición»; «Naturaleza de la infracción tributaria» y «Un arquetipo de Derecho tributario». La segunda parte la integran tres capítulos, a saber: «Estructura jurídica del sistema tributario»; «Impuestos directos e impuestos indirectos» y «Sujetos activos y responsables en el impuesto del Timbre sobre documentos». Por último, lleva un Apéndice que lo constituye el diálogo con un periodista sobre «Principios y métodos de elaboración de la legislación tributaria en España».

Todos los estudios son a cual más interesantes. A veces, algunos de los problemas que plantean, dan la impresión de que hierren y mortifican a la sensibilidad jurídica y a la formación científica del autor, demostrando que la preocupación y el afán, de que nos habla, no es un simple decir, sino una pura realidad.

Quizá, uno de esos problemas, lo centra en su estudio: «Derecho, instrumento de política económica», en donde desarrolla la «Nueva defensa del principio de legalidad», al que después se refiere en otras ocasiones, incluso en el diálogo con un periodista, recogido en el Apéndice final, en donde dice:

«La aplicación estricta del principio tropieza, naturalmente, con obstáculos. Un principio de esta naturaleza sólo gana efectividad si ésta es apetecida por la Administración y los contribuyentes. La Administración, por ejemplo, tendría que esforzarse: 1.º Por redactar siempre proyectos de ley, debidamente articulados en materia tributaria, sometiéndolos con la necesaria holgura

(2) Por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, en el tomo del año 1956, pág. 283.

de tiempo, al estudio y aprobación de las Cortes. 2.º Por eliminar de los preceptos reglamentarios normas que alteren, bajo la apariencia de una interpretación, los elementos constitutivos de los tributos; y 3.º Por reducir a lo estrictamente indispensable la actuación de los Jurados y, en general, de aquellos órganos cuyas resoluciones cierran el paso del contribuyente a la vida contencioso administrativa.»

Nuestro Tribunal Supremo en sentencia de 26 de octubre de 1961, dictada por la Sala Tercera, al recoger los Considerandos de la resolución del Tribunal inferior, cita a la *práctica de la legislación delegada*, que en nuestra patria se ha utilizado, según se dice, por razones técnicas, en dos supuestos distintos: las leyes de Bases y las autorizaciones al Gobierno para realizar refundiciones legales; pero no cabe la menor duda que cualquiera que sean las teorías y soluciones que puedan adoptarse para que en un supuesto de colisión quede a salvo el orden jerárquico, esas autorizaciones, por lo menos, debilitan la función del legislador y ofrecen la problemática que plantea el acierto en el desarrollo de las bases o en la refundición del texto.

Más grave, en nuestro entender, es la alteración que se produce con la «apariencia de una interpretación»—como dice Sáinz de Bujanda—; y de suma gravedad, decimos nosotros, cuando esa interpretación es a favor del contribuyente, aunque parezca mentira. Cuando la interpretación es en contra suya, siempre puede defenderse; pero si es a favor, el deber de jerarquía y subordinación obliga al órgano gestor—verdadero ejecutor de la Ley—a actuar en forma distinta a como actuó anteriormente, con lo cual, además de quebrar el principio de legalidad, quiebra también el de igualdad tributaria.

En la obra de Sáinz de Bujanda constituye una novedad los cuadros sinópticos que ofrece clasificando los tributos. Después de una clasificación objetiva, distingue los impuestos directos de los indirectos; los reales de los personales; analiza los encuadrados en la Ley del Timbre y, por último, clasifica las tasas.

Claro está, que de acuerdo con su conferencia en la Asociación Española de Derecho Financiero sobre «Impuestos directos e impuestos indirectos» que, como hemos dicho publica en el segundo

volumen de su obra, al Impuesto de Derechos reales lo incluye entre los impuestos directos.

Sabido es que según uno de los criterios la diferenciación entre ambas clases de impuestos radica en que los directos recaen sobre manifestaciones inmediatas de la riqueza, en cambio los indirectos actúan sobre manifestaciones mediatas. Desde otros ángulos, el concepto es análogo a los que suponen los impuestos tarifados y presupuestados, o periódicos y no periódicos. Sáinz de Bujanda nos dice: «Lo que acontece es, en opinión de los cultivadores de la Economía Financiera, que ciertos objetos tributarios constituyen una *manifestación directa de la capacidad contributiva* (el patrimonio y la renta obtenida), en tanto que otros representan una *manifestación indirecta* de dicha capacidad (la circulación de la riqueza y la renta gastada).»

Pero hay otro criterio diferenciador de esas dos clases de tributos que le sirve de base a Sáinz de Bujanda para exponer su teoría; ese criterio acepta la clasificación a base de que los impuestos sean o no susceptibles de traslación. «Para Wagner—nos dice el autor—impuesto directo es aquel que el legislador concibe de tal modo que ha de ser soportado definitivamente no por quien primeramente lo paga (a quien llama contribuyente *de iure*), sino por otra persona (el llamado contribuyente *de facto*) a quien el primer pagador trasladará la carga del impuesto.» Y para Sáinz de Bujanda el contribuyente *de facto* es una figura que no existe para el Derecho. Para el Derecho tributario sólo es contribuyente quien paga *de iure* aunque lo sea de segundo o tercer grado. Y aquí es en donde está la clave para la distinción.

«Considero, en efecto—nos dice—que puede hablarse lógicamente—con lógica jurídica, se entiende—de impuestos directos, cuando el método seguido por la norma jurídico-tributaria consiste en establecer la obligación de pago del impuesto a cargo de una determinada persona sin conceder a ésta facultades legales para resarcirse, a cargo de otra persona, que no forme parte del círculo de personas obligadas en la relación jurídico-tributaria, de la suma pagada al ente público acreedor. Entiendo, por el contrario, que son impuestos indirectos aquellos en los que la norma jurídica tributaria concede facultades al sujeto pasivo del im-

puesto para obtener de otra persona que no forme parte del círculo de obligados de la relación jurídico-tributaria, el reembolso del impuesto pagado al ente público acreedor». Es decir, para Sáinz de Bujanda se encuentran fuera de la relación jurídico tributaria todas aquellas personas que, aun estando obligadas a pagar, están incomunicadas jurídicamente con el ente público, sujeto activo de la imposición.

Claro está, que el autor argumenta desde un punto de vista estrictamente jurídico, porque también desde un punto de vista estrictamente económico son posibles otras dos clases de tributos, a saber: aquellos que no son susceptibles de traslación; y aquellos otros en los que ni dentro ni fuera de la relación jurídico tributaria está facultado legalmente el sujeto pasivo para resarcirse, pero sin embargo pueden ser objeto de repercusión. Con lo cual queremos decir que dentro del concepto de «traslación del tributo» se podrá hablar del «derecho a recargar»; del «derecho a retener» y del «derecho a repetir», pero nunca del «derecho a repercutir». La «repercusión» es un fenómeno puramente económico y humano que sólo logra el que puede.

Estudio brillante lo constituye el capítulo VIII sobre «Estructura jurídica del Sistema Tributario», publicado en un número especial de sinópticos a que anteriormente hemos aludido, después de estudiar el sistema tributario español.

Cuando en las páginas de la «Revista de Derecho Financiero» dimos cuenta del primer volumen de la obra del señor Sáinz de Bujanda, decíamos: «Hacienda y Derecho, no hay que dudarlo, es obra que enseña, ilustra, alecciona...» Y lo volvemos a repetir.

F. BAS Y RIVAS.