

REVISTA CRÍTICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXXII Noviembre-Diciembre 1956 Núms. 342-343

Estudio del usufructo

II. Los frutos

19. Los FRUTOS. a) *Concepto*.—La conservación y restitución de la cosa no es incompatible con que de la misma se use por una persona distinta del propietario, sino que por el usufructo puede su titular, aprovecharse de los frutos, rentas u otras utilidades que proporcione el objeto fructuário, siempre que no atente contra la sustancia de la cosa. El concepto y limitación de las detacciones que puede experimentar la cosa gravada, bien en su estado original o en los cambios naturales o jurídicos que experimente la misma, vienen a concretarse en una serie de supuestos que forman el concepto jurídico de frutos; estos son las partes o disfrutes de la cosa gravada que se atribuyen al titular del derecho real de goce en la cosa ajena. Los frutos representan la intensidad de la carga que experimenta el objeto; económicamente, guardan paralelismo con su valor en renta.

Si bien es natural al usufructo el beneficio económico, no es éste esencial, pudiendo constituirse el usufructo sobre cosas cuyo disfrute carezca de una eficiente estimación. En comprobación de este aserto, aunque tal constitución no sea frecuente, dado el carácter alienticio que suele cubrir el usufructo, el Código civil argentino

de 1869 admite el usufructo sobre un fundo improductivo (art. 2.485) y «sobre las cosas de micro placer, como un lugar dedicado a paseo, estatuas o cuadros, aunque no produzcan ninguna utilidad» (artículo 2.844). La extensión de este derecho provocará un problema de calificación, que se resolverá tanto por su naturaleza como por la combinación con su posible alienabilidad, que distingue al usufructo del uso no venal. Contribuirá igualmente a su calificación el sentido teleológico del usufructo, implícito en la Sentencia de 29 de mayo de 1935, que sentó: «fundándose el fallo impugnado en razonamientos con el equivocado concepto puramente utilitario, que atribuye al derecho real de usufructo, notoria es la violación del precepto (art. 467) en que incurre la Sentencia recurrida», declarando en su consecuencia nula la venta de unos solares improductivos, enajenados con intervención del Ministerio Fiscal, para invertir su importe en valores y efectos públicos de positiva estimación. Aun se aclaran los conceptos en la segunda sentencia, que dice: «existen algunas, como las joyas u otras alhajas, los cuadros, las esculturas y los libros de una biblioteca, cuya custodia, seguridad y conservación imponen sólo gastos, sobre las que, en opinión del Tribunal sentenciador, sería imposible de todo punto que recayera un derecho de usufructo, lo cual supondría la negación de la evidencia». Con ello volvemos a la opinión de MARCIANO, recogida en el D. 7, 1, 41. De signo contrario, se suele citar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1911, en alguna ocasión mutilada, que le quita su verdadero sentido, exclusivamente aplicable al supuesto usufructuario del art. 838, señalando en su lugar una renta alimenticia, por ser los solares objeto del usufructo infructíferos. Esta evasión del usufructo va ganando camino y está representada en el art. 463 del ZGB.

Entre el dualismo de derechos que el usufructo otorga al fructuario, la importancia del de uso va disminuyendo según se van adhiriendo al derecho real las cosas incorpóreas, y aun en las corpóreas, por los desplazamientos de que puede ser objeto, por lo que sólo trataremos, por ahora, de los frutos. Dentro del derecho a los frutos, está implícito el del uso de la cosa, que puede llegar a constituir un derecho real autónomo, donde será oportunidad de tratar del contenido del mismo.

Se acepta por los autores como definición primaria de frutos: *fructus sunt quae naci et renasci solent*. Este concepto está imbuido por el biológico de frutos, y hace referencia a los que se recolectan

periódicamente de las fincas rústicas o al inmutable de los animales. La necesidad de la extensión de este concepto orgánico a las cosas in corporales obliga a extender metafóricamente el concepto originario para comprender dentro de los frutos a las rentas u otras prestaciones análogas. No lo era el interés en el pasaje del D. 50, 16, 121. Su extensión conceptual traspasa las fronteras del usufructo para alcanzar a los beneficios otorgados por otras situaciones jurídicas familiares, nacidas del usufructo legal, pero a este concepto lato no nos referimos en particular, por la distinta extensión concedida por la doctrina a unos u otros, en razón a los distintos fines que cubre cada institución. El sentido primigenio de frutos lo encontramos en ULPIANO, D. 7, 1, 9: «Todo lo que nace en el fundo, todo lo que en él puede producirse». En forma amplia, comprendiendo a todos los beneficios de que sean susceptibles las cosas fructuarias, dice FERRARA: «fruto es todo producto o utilidad que constituye el rédito de la cosa, según el destino económico y sin alterar su sustancia».

b) *Frutos naturales e industriales*.—La extensión objetiva del usufructo arrastra al concepto de los frutos, que lleva insita la necesidad de una clasificación que distinga a las diversas clases producidas dentro de la artificiosa extensión fructuaria, atendiendo a la diversa naturaleza del objeto, cosa corporal o incorporeal que los produce, lo que excusa señalar su origen romano. Frutos naturales son los nacidos espontáneamente de la tierra o la cría de los animales, y frutos industriales son los producidos por el *trabajo o industria* en los predios rústicos, a cuya equivalencia etimológica debe el nombre, conceptos que responden a una economía primitiva. Ambas clases de frutos se refieren a las cosas corporales originariamente, y también, indebidamente, se incluyeron algunos civiles.

El antagonismo romano, entre los frutos naturales e industriales, desapareció en la época de la codificación, irradiándose de algún Código—como el antiguo italiano—, lo que evita el que se impugne la legitimación de los frutos naturales, a consecuencia de la influencia de ADAM SMITH. Es singular que los Códigos o autores que simplifican la clasificación, fundiendo estos dos términos, adopten el nombre que repudian de frutos naturales, para evitar la anfibología que pudiera resultar si conservaran el término correcto de frutos industriales.

En nuestra codificación se admitía la clasificación romana, pero se superaba la legitimidad, por ALONSO MARTÍNEZ, diciendo: «Desafío a que se me cite un solo fruto espontáneo que, para pasar de la categoría de apropiable a la de apropiado, no exija la ocupación, o sea, el trabajo del hombre». También esfumaba el problema AZCÁRATE, al decir, el día 8 de abril de 1889, en el Congreso de Diputados: «En mi humilde juicio no hay más que frutos industriales; y si hubiera verdaderamente naturales y espontáneos, sería bastante difícil justificar la propiedad y aprovechamiento de los mismos».

No obstante, desde el punto de vista jurídico, la clasificación es inexcusable en las legislaciones que admitan las impensas, que sólo se producen con motivo de la producción de los frutos industriales. Así ocurre en nuestro art. 480 del Código civil, que las concede, siguiendo al Derecho romano, cuando dentro del ciclo agrícola parte de las labores y aportación de semillas se efectúan por el usufructuario levantándose la cosecha por el propietario. Este sistema, menos complicado de lo que aparentemente se le quiere presentar, y que se produce en toda sucesión en la explotación agrícola, o cuando la finca tiene distintos aprovechamientos, pues todos no suelen ser levantados en fechas análogas, se limita a conceder la atribución al titular del derecho real de disfrute; pero, al propio tiempo, compensa los gastos realizados por el anterior poseedor, en evitación de sancionar un enriquecimiento injusto, a cuyo efecto se obliga a pagar al propietario las semillas, siembra, labores y demás gastos que hubiere realizado el fructuario para la producción de los frutos. El Código de Napoleón adoptó una solución simplista, para evitar las intrincadas impensas, por el temor a los pleitos. No obstante, la experiencia no confirmó esta quimera, pues el usufructo da lugar a más problemas técnicos que judiciales, ya que sus relaciones suelen desenvolverse y sustanciarse dentro del seno de la familia. En el aspecto técnico legislativo es notorio el abandono de la fórmula francesa.

Seguía aquí nuestro anteproyecto, más afrancesado que el Código civil, el sistema del *Code*, aunque en ambos pervivía la clasificación tripartita de los frutos, en germen en el Derecho romano; de naturales, industriales y civiles, que resultaba anacrónica en su simplista sistemática al faltar entre la división de las dos primeras clases las impensas que aparecían proscritas, siendo ésta la causa jurídica determinante de su separación. Justificando el cambio de signo, decía GARCÍA GOYENA: «únicamente se ha conservado para mayor claridad

dad y de respeto tradicional a los Códigos antiguos». Nuestro Código, siguiendo al anteproyecto, determina en el art. 335 los presupuestos para la clasificación de los frutos, de la siguiente forma: «Son *frutos naturales* las producciones espontáneas de la tierra, y las crías y demás productos de los animales. Son *frutos industriales* los que producen los *predios* de cualquiera especie a beneficio del cultivo y del trabajo», para terminar describiéndo a los frutos civiles. Una simple modificación literaria se observa del cotejo de ambos textos; donde el anteproyecto decía *heredades o fincas*, se funde esta locución en el Código, que emplea la palabra *predios*.

20. LOS LLAMADOS «PRODUCTOS». Antes de examinar el tercer término de la clasificación jurídica de frutos, los frutos civiles, conviene hacer una digresión sobre el concepto del término *productos*, por la fortuna que ganó en parte de la doctrina, como una reminiscencia organicista y corpórea que conviene admitir o eliminar. Para otros, los productos son el género y los frutos la especie. Han dado lugar al uso de este término, de forma particular, dos aprovechamientos con caracteres genuinos, que chocan con la producción periódica regular, o con su posibilidad de volver a dar nuevos frutos, atentando el disfrute del objeto contra el concepto material de la sustancia. La primera circunstancia se produce en el aprovechamiento forestal, que normalmente da lugar a aprovechamientos irregulares en cantidad y tiempo, y aun en casos extremos a descajimientos totales que dejan al monte inhábil por veinte o más años, concepto económico de desigualdad al que se añade también el jurídico que viene calificando a los árboles como bienes inmuebles. Todos estos criterios son secundarios como derivados del campo agrícola, y fueron superados por el mismo Derecho romano cuando se trataba de talas regulares, según EUGÈNE PETIT, apoyándose en D. 7, T. 48, 1. Superando la asimilación entre los frutos agrícolas y los forestales, de acuerdo con la diversa naturaleza de cada uno, no hacemos más que volver al criterio tradicional etimológico recogido en el art. 1º de las Ordenanzas de Montes de 22 de diciembre de 1833, que los distingue de la siguiente forma: «Es monte todo terreno cubierto de árboles, distinto de los olivares, frutales, o semejantes plantaciones de especial fruto y cultivo agrario», por lo que, acoplando su consecuencia jurídica: la tala es fruto en sentido metafórico jurídico, si no mantenemos la acepción primaria biológica.

gica de órganos para la reproducción de la especie, que falta en los árboles que, cortados por el pie, no se reproducen. Admitido por la ley el usufructo sobre los montes, hay que remontar la materialidad que arrastra el concepto del fruto agrícola, para considerar como fruto legal—aunque no lo sea orgánico—a la tala regular como objeto y fin normal del usufructo de montes. Las desigualdades y diferencias económicas que puede producir el aprovechamiento forestal fructuario tienden a moderarse con los cuarteles e intervención del derecho público; pero, en todo caso, será un estímulo para regularlo al constituir este derecho real, con lo que se eliminarán las causas de aquellas desigualdades alzaprimeradas; y, en todo caso, el fondo económico no figura en la primera línea del usufructo.

La vieja concepción materialista de la mina ha sido superada por la legislación regalista española con un sentido espiritualizado por la concesión administrativa minera, que salva con su incorporiedad el concepto de sustancia y el posible atentado contra la misma, a que anteriormente se llegaba. Con la concepción minera del Derecho romano y legislaciones que la califican de parte integrante, se relaja el sentido material, cuando se trata de continuar la explotación minera del anterior propietario, a través del subterfugio de la continuidad de destino, que *deja incólume* la sustancia material del mineral, con lo que también en este sistema la sustancia pasa a ser un concepto contingente, superable por el sentido teleológico del usufruto. En el D. 24, 3, 17, y 24, 3, 8, son frutos de la dote, diciendo el último pasaje, para la corta de piedra: «la mujer dió el fundo con la intención de que este fruto pertenezca al marido».

Mantener, por tanto, el concepto de «productos», tanto para el usufructo forestal como para el minero, es un anacronismo, conservando un léxico jurídico creado en una época de tránsito ya superada, que incurre, además, en el principio de contradicción, pues supone negar lo evidente. Concedido por la ley a estos usufructos un trato particular al decir que estos frutos son una *parte integrante* de la sustancia, se viene a negar el carácter de sustancia, el *salva rerum substantia*. Frutos son, si vale la perogrullada, lo que no es sustancia. El que la forma de percibirse los frutos sea distinta en cada objeto confirma la tesis sentada anteriormente de que el concepto de sustancia es netamente circunstancial, debiendo superarse las nociones apriorísticas agrícolas, en las que derivan los frutos de la cosa madre.

En el Derecho romano conoció el término productos una acepción no recibida; entendía por tales a aquellas utilidades que producía la cosa y se adjudicaban al propietario, entre las que se encontraban los árboles muertos—como anteriormente vimos para nuestro derecho positivo—y los hijos de la esclava por la razón—teleológica—que daba ULPIANO, por otros discutida, de no ser éste el destino de la esclava, puesto que el provecho que el dueño espera consiste en el servicio que puedan prestar, con solución concordante en las Partidas para las siervas. A la coexistencia romana siguen modernamente situaciones más activas, que reclaman, en ocasiones, la intervención del nudo propietario, y a su vez se le obliga o faculta para hacer aportaciones con derecho a intereses, o se le conceden derechos a determinadas ventajas; todas estas nuevas situaciones convendría agruparlas con un nombre, para lo que bien podría ser rehabilitado el de productos si se eliminara la anfibología, cuando se crean situaciones unilaterales distintas a las correlativas de sustancia y frutos (art. 479 y ap. 2.<sup>o</sup> del art. 882 del Código civil).

Con carácter general concede el apartado 3.<sup>o</sup> del art. 756 del ZGB el siguiente derecho: «Las partes integrantes de la cosa que no son frutos o productos se adquieren por el propietario». Otro ejemplo clásico que reciben todos los Códigos es el establecido por el Derecho romano para la dote en el D. 24, 3, 7, 12, disponiendo lo siguiente: «Si se hubiera hallado un tesoro, no se computará en los frutos», que pasa con la codificación al usufructo, diciendo en la proposición segunda del art. 471: «Respecto de los tesoros que se hallaren en la finca, será considerado el usufructuario como extraño».

21. PERTENENCIA DE LOS FRUTOS «IN NATURA». a) *A la extinción del usufructo*.—La falta de sincronización entre el momento de extinguirse el usufructo y el del levantamiento de las cosechas determina la necesidad de fijar a quién pertenecen los esquilmos pendientes, lo cual envuelve para los frutos industriales un doble problema: el momento en que hace suyo el usufructuario el fruto de la tierra por él cultivada—prescindiendo de la interfereucia del arrendamiento, que queda vigente durante el año agrícola—, y si al levantar la cosecha el propietario debe de indemnizar a los herederos del usufructuario de los gastos realizados por éste para su producción: abono de impensas.

«Al comienzo se trataba de un interés, dice PUIG BRUTAU en *Fun-*

*damentos de Derecho civil*, cuya protección no permitía calificarlos como derecho real. Antes de JUSTINIANO no tenía un verdadero derecho, *ius in corpore*, sino sólo de la facultad de usar y disfrutar de la cosa de otro. Por ello sólo se hacía dueño de los frutos con la percepción, esto es, con el acto positivo de apoderamiento, sin que para esto bastara la separación. Los frutos no correspondían al usufructuario *iure corporis* por razón del mismo sobre la materialidad de la cosa, como sucedía en cambio con el poseedor de buena fe», diciendo VENEZIAN: «pero el efecto económico de esta apropiación quedaba neutralizado con el deber de restituir los frutos no consumidos».

El momento jurídico que señala el cambio de naturaleza y subvierte la atribución a uno u otro de los «consortes» es la separación de las partes que constituyen los frutos industriales, y, por ende, de los naturales. Este concepto diferencial por la separación está implícito en la división de los frutos: en *pendientes* y *percibidos*. «Se entienden *percibidos* los frutos naturales o industriales—dice el art. 451 del Código civil—desde que se alzan o separan». En la otra orilla se encuentran los «frutos pendientes».

En cuanto a los ganados, rige la misma regla, aunque la dicción legal no tenga sentido pecuario, por lo que SÁNCHEZ-ROMÁN, en sus *Estudios de Derecho civil*, considera vigente la antigua regla de que el parto sigue al vientre, contenida en la Ley 25, título XVIII, de la Partida tercera: «*Vacas u ovejas, o yeguas, o asnas, o las otras bestias, o ganados semejantes de ellas que dan fruto. Decimos que el fruto que dellos saliere deve ser de aquellos cuyas fueren las fembras que los parieren*». Si extinguido igualmente el usufructo sobre un rebaño, alguna hembra está llena, su fruto será del propietario.

El art. 472 distribuye los frutos de la siguiente forma: «Los frutos naturales o industriales, *pendientes* al comenzar el usufructo, pertenecen al usufructuario. Los *pendientes* al extinguirse, pertenecen al propietario». El hecho que determina esta atribución alternativa es la separación del fruto, que coincide con otro cambio jurídico que, al propio tiempo, experimenta y determina el tránsito de bien inmueble, que con anterioridad tenía, a la de cosa mueble y fruto. Dice a este efecto SAVIGNY, en su *Sistema de Derecho romano*: «Estos frutos son parte integrante de la cosa principal y no son bienes distintos hasta que son separados de ella»; D. 6, I, 44, para el fundo.

La asignación se hace por intermedio de la separación, concediéndose los al que sea titular del derecho de disfrute al tiempo de levantarlos o alzarlos en la finca rústica, momento en que, por consecuencia, tiene una doble significación jurídica, pues con el cambio de estado tiene lugar su adjudicación al titular de la posesión inmediata. Este tránsito, sin embargo, ha de ajustarse a retrotraerse al momento crucial del nacimiento o extinción del derecho. Manda el art. 496: «Prestada la fianza por el usufructuario, tendrá derecho a todos los *productos* desde el día en que, conforme al título constitutivo del usufructo, debió de comenzar a percibirlos», concepto paralelo que se complementa con el art. 522 al disponer: «Terminado el usufructo, se entregará al propietario la cosa gravada».

Sigue vigente la irrelevancia jurídica del retraso en la recolección de los frutos, madurez biológica, ya sentada por JUSTINIANO en I, 2, 1, 36: «Aquel a quien pertenece el usufructo de un fundo no se hace dueño de los frutos de otro modo que si el mismo los hubiere percibido, y, por tanto, si hubiere fallecido, aunque estando maduros los frutos sin haberlos percibido todavía, los frutos no pertenecen a su heredero; sino que son adquiridos por el dueño de la propiedad». La excepción de madurez biológica en el ZGB, en su art. 756, según WIELAND en *Les droits réels dans le Code civil suisse*, constituye un privilegio a favor del usufructuario.

La aplicación de esta regla objetiva de carácter material para la atribución de los frutos, naturales o industriales, tanto en el nacimiento como en la extinción del derecho de usufructo, puede dar lugar a desigualdades económicas o injusticias aparentes, pero contra las que se levantan razones de seguridad jurídica que imponen tan drástica norma jurídica. La objetivación es contraria en el orden natural al despertar de la inteligencia, pero también se abandonó el sistema subjetivo basado en el principio *malitia suplet aetatem*. La grandiosidad del derecho está, precisamente, en este antagonismo que en ocasiones se da entre el ser y el no ser. Ahora bien, en otras ocasiones tiene matices que mitigan estos cambios bruscos, y al efecto recordamos una forma indirecta apuntada por MAURA en sus *Dictámenes*, para una prudencial ponderación en el reparto de frutos de un alcornocal—en cuya naturaleza jurídica no entra, con su característico buen sentido—y era la solución de espiritualizar el derecho con el arrendamiento de la explotación de los alcornoqueros,

desplazando al campo de los frutos civiles su utilidad, que se gobierna por la norma de la proporcionalidad.

b) *Impensas*.—Se reciben en nuestro Código las impensas establecidas por el Derecho romano superando la omisión señalada en el Código de Napoleón, que las sustituye, sin resolver el conflicto de intereses determinado por la interrupción del ciclo agrícola, por una regla de azar. «En esta disposición, dijo GARY, encontramos diferencias entre la legislación romana y el actual proyecto de ley. El Derecho romano determina, lo mismo que el proyecto, que sean del dueño los productos pendientes, al tiempo que el usufructo se extingue, teniendo, en cambio, el usufructuario, la repetición de las semillas y el cultivo. El proyecto excluye la repetición..., la única y poderosa mira que nos ha llevado ha sido el *reposo de la sociedad* y el impedir de esta suerte una multitud de litigios y dudas inevitables, las más de las veces, en la legislación romana». Se discutió nuevamente en el Consejo de Estado, y como los Tribunales superditaban la innovación a que se respectaran los derechos de los colonos, como ya se hacía en el proyecto, prosperó el criterio abolicionista de las impensas.

El afrancesamiento de nuestro anteproyecto informó a la Sentencia de 10 de junio de 1865, para volver al sistema romano en el proyecto, al que sigue con ligeras variantes el Código civil. Si los fisiócratas influyeron en el Código de Napoleón, las doctrinas de ADAM SMITH, según FALCÓN, determinaron este cambio. Dice este autor inglés: «El trabajo es la medida del valor en cambio». También pudieran encontrarse razones de otra índole para justificar la vuelta al sistema tradicional, cual es la muy poderosa de no producir nuevas fricciones con el Derecho foral, en el que se admiten las impensas. Se ha dicho en la RDP (1927) por RUIZ y GARCÍA DE LA HITA, que se llegó a un acuerdo con los foralistas sobre el libro I y II del Código, del que vengo denominando proyecto. Dispone el apartado 3.º del art. 472: «En los precedentes casos, el usufructuario, al comenzar el usufructo, no tiene obligación de abonar al propietario ninguno de los gastos hechos; pero el propietario está obligado a abonar al fin del usufructo, con el *producto de los frutos pendientes*, los gastos ordinarios de cultivo, siembrantes y otros semejantes hechos por el usufructuario». Con esto se mejora el texto del art. 2.203 del Código portugués y se limitan las impensas, como lo hace el

art. 756 del ZGB al producto de los frutos, poniendo a cubierto al propietario de la carga exclusiva en un año calamitoso. El concepto unitario se sigue en el D. 24, 3, 8, que dice : «Lo que se gasta para la siembra, si las m̄ieses no respondieren, se deducirá de la vendimia, porque son unos los frutos de todo el año».

Un residuo de su formación histórica se encuentra en el art. 472. Por una parte, el apartado final, sobre los colonos, que lo toma del último *inciso* del art. 439 del anteproyecto, que decía : «Esta disposición *no perjudica* a los colonos que tengan derecho a percibir alguna porción de frutos al tiempo de comenzar o extinguirse el usufructo». Inciso que cobra autonomía en el proyecto, cuyo apartado 4.<sup>º</sup> empieza : «La disposición del párrafo anterior *no perjudica*...». Si el sentido originario francés fué el de respetar los derechos de los colonos, o arrendatarios en el art. 977 del Código antiguo de Méjico —más usada en el Derecho español la palabra arrendatario—, sobrevive este apartado en el proyecto y Código, sin tener en cuenta la original protección y prolongación del arrendamiento al hacer coincidir su duración con el final del ciclo agrícola, aunque haya muerto el usufructuario. Cuando sea directa la explotación de la finca, para el poseedor de buena fe establece el art. 452 del Código otra solución sobre la prolongación de la misma, que no se encuentra en el usufructo, y con su silencio sólo se puede llegar a la misma por ratificación posterior o acuerdo de los interesados.

El precepto concordante con la carga de las impensas es el artículo 356, que dispone : «El que percibe los frutos tiene la obligación de abonar los gastos hechos por un tercero para su producción, recolección y conservación», pero lo curioso es averiguar que este precepto es copia del art. 548 del Código francés, que repudió el sistema de impensas para el usufructo y hace de distinta condición al poseedor de buena fe.

Un concepto anómalo aparece en el artículo siguiente del Código civil, sin contenido jurídico en el usufructo. El primer apartado del art. 357 dice : «No se reputarán frutos naturales o industriales sino los que están manifiestos o nacidos». En esta ocasión, según GARCÍA GOYENA, se traía un precepto tradicional al Código civil, con precedente expreso también en su tierra navarra, tomado de la división de bienes matrimoniales y adjudicación de sus frutos. Dice este autor : «La ley 10, título 4, libro 3, del Fuero Real, dispone lo mismo en cuanto a los frutos de los árboles o viñas *si los frutos*

*perecen en la tierra. Nos apartamos de ella en cuanto a los sémbrados: si fuere tierra o fuese sembrada, magüer que non aparezca el fruto a la sazón de la muerte, partase.* Dábase por razón de esta diferencia que en los árboles, viñas, olivos, etc., obrá más la naturaleza que el trabajo e industria, y al contrario en la tierra que se siembra. Tál vez sea esto una aplicación del principio germánico *Wer säht, der müht*: el que siembra recoge. También se citan en el art. 74 del Apéndice aragonés y en el art. 1.519 del Código civil.

La doctrina del *Code* sobre la supresión de impensas informó a otros Códigos, entre ellos al antiguo italiano; pero el nuevo Código civil, en su art. 984, siguiendo la clasificación de los frutos: en naturales y civiles, divide aquéllos proporcionalmente al tiempo que haya durado el disfrute de cada uno de los sucesivos titulares, debiendo detraerse previamente las cargas que hayan sufrido ambos para su producción o recolección. La solución está tomada de VENEZIAN, pero el propio autor formula las siguientes reservas: «aunque no se le ocultan a nadie las dificultades prácticas que occasionaría ésta división».

c) *Frutos pendientes al començar el usufructo.*—Dél anterior discurso de GARY omitímos un pasaje que conviene ahora transcribir, por dar luz sobre otra de las causas de la irradiación de las impensas en el Código civil francés. Decía: «El proyecto de ley otorgando al usufructuario los frutos no percibidos en la época en que empieza el derecho, sin que deba satisfacer los trabajos y anticipaciones hechas, sería muy justo si al tiempo de dar los frutos pendientes en la época en que cese el usufructo al dueño de la cosa obligase a pagar éstas anticipaciones y trabajos para el usufructuario o a sus sucesores». Correlación falaz que ha dado lugar al confusionismo momentáneo que se creó en esta materia.

El principio de qué el usufructuario como sucesor del constituyente y dueño de la propiedad no debe de pagar impensas, no puede presentarse como original del usufructo, sino que, en puridad, no es más que un principio reflejó y transcripción del efecto determinado por el acto jurídico al que debe su erección. Para el propietario enajenante o testador, los frutos no tienen autonomía jurídica, y prevalecerán él la concepción subjetiva indiferenciada que recoge el art. 334, número 2º, del Código. Sin embargo, el tercero puede em-

bargar los frutos pendientes (<sup>1</sup>). En la extinción desaparecen las causas originarias y el nudo propietario no es sucesor del usufructuario; y, como tercero, las circunstancias son diversas, por no decir opuestas. Entrando en el análisis de los títulos singulares que dan lugar al usufructo, se comprueba que el art. 472 no es más que una síntesis de lo que en particular disponen las leyes, y aunque nada dijera el Código en este título, se llegaría a la misma solución a través de los supuestos originarios específicos que pueden dar lugar al usufructo. Si éstos cambian, en circunstancias especiales, su norma es preferente al precepto legal sobre origen del usufructo del artículo 472. Como el legado es la vía normal para la constitución del usufructo, en virtud de lo dispuesto en el art. 882, tendremos: «Cuando el legado es de una cosa específica y determinada: propia del testador, el legatario adquiere su propiedad desde que aquél muere, y hace suyos los frutos y rentas pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte». Precepto que desarrolla al artículo que le precede en el Código, sin que copiemos los que se refieren a la adquisición a título de heredero, puesto que por este título no puede nacer el usufructo. La réplica de la norma del legado, para los contratos, aplicable a las donaciones por la remisión que a aquellos hace el art. 621, se encuentra en el art. 1.095, al decir: «El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla». Todas estas reglas convienen en que el usufructuario no ha de pagar impensas, a menos que a esto se le oblique por el título constitutivo o en el supuesto de excepción del art. 884, en los que rige la regla contraria, que se sobrepone, a la del art. 472.

22. CONCEPTO DE LOS FRUTOS CORPORALES. Para terminar estos conceptos, hemos de decir que la clasificación entre frutos naturales e industriales sólo tiene vigencia en el momento de liquidación de las impensas, por lo que, prescindiendo de este aspecto, merecen un tratamiento jurídicoívoco, teniendo todos los frutos corporales, puesto que de bienes de esta naturaleza se obtienen, una regla común, por lo que se diga en lo demás de unos, es aplicable a los otros. Fruto etimológicamente, según VENEZIAN, expresa: «la pri-

(<sup>1</sup>) Esto explica que la formación del concepto de frutos se deba históricamente, en gran parte, al usufructo, y la propiedad lo recibe configurado de un derecho menor.

mera forma material de goce o disfrute, parto con los dientes». Para los autores italianos de las «Pandectas», de WINDSCHEIT, la derivación evidente de *fructus* es de *frui*, por lo cual se puede dudar si la significación abstracta general sea propiamente un transferido o metáfora, la extensión abusiva de un uso propio.

La definición primaria de frutos corporales, determinada por los caracteres de periodicidad y «renacimiento», se ha superado, imponiéndose la acumulación con los llamados *productos*. Se incorporan éstos en el BGB, no muy afortunadamente, según ENNECERUS-NIPPERDEY en su obra de *Derecho civil*, disponiendo el párrafo 99 del Código civil alemán: «Son frutos de una cosa sus productos y los beneficios sacados de ella con arreglo a su destino», fórmula que repite el artículo 643 del ZGB, y de forma descriptiva el art. 820 del nuevo Código civil italiano.

En consecuencia, tanto el concepto orgánico de frutos como el tercer término de productos se deben considerar definitivamente fosilizados, debiendo de incluirse entre los frutos tanto a los que orgánicamente tengan este carácter, como a los denominados productos, cuando se obtengan con arreglo al destino de la cosa. Diremos que son frutos naturales o industriales de un fundo agrícola o de un monte todos los productos que se obtengan de los mismos de forma inmediata por la separación *regular* de las partes aprovechables que proporcionen aquéllos con arreglo a su destino. Siendo fruto natural del ganado la cría de los mismos, a menos que con ellas se deban de reponer a las madres y todos los demás aprovechamientos que el ganado proporcione.

a) *Viveros y árboles*.—Los árboles se consideran jurídicamente como parte integrante de la finca, de lo que se infiere el que los árboles agrícolas sólo pueden llegar a ser frutos, por su separación violenta con motivo de un accidente o por causa de su muerte, siempre que el usufructuario los reponga en la forma y circunstancia que determinan los arts. 483 y 484 del Código civil.

Del apartado 4.<sup>º</sup> del art. 485 se deduce el concepto de infructíferos que tienen en el Código los árboles de adorno. Por el contrario, según el apartado anterior, son frutos los plantones remanentes después del servicio agrícola o forestal del vivero.

b) *Bosque*.—La naturaleza de fruto de la tala regular de un

bosque es inconcusa, prescindiendo de los circunloquios o eufemismos que vergonzantemente puedan conducir al mismo resultado. Suprimida esta cuestión marginal en los Códigos modernos, pasa a ocupar el primer lugar en el estudio del usufructo de montes el modo de explotación al poner como módulo la tala regular, que es la que produce el fruto, y la tala irregular o extraordinaria. La violación de la primera de estas normas lleva a los lindes de la culpabilidad; y el abuso en el descuajo provoca el secuestro como medida represiva. Con la tala extraordinaria se produce con su importe un segundo usufructo, al que se desplaza por transmutación del objeto, el valor líquido de la tala extraordinaria producida por un estado de necesidad.

c) *Canteras*.—Aun careciendo el Código de precepto expreso, de acuerdo con la tradición romanista, no modificada en cuanto a determinadas explotaciones superficiales excluidas de la legislación minera y la generalidad de los principios sentados en el art. 479, el usufructuario puede seguir explotando las canteras y demás minerales que no estén incluidos en la legislación especial por no ser objeto de concesión, siempre que estuvieran anteriormente en explotación por el constituyente del derecho real. En otro caso, sólo podrá tomar los materiales necesarios para las obras de refacción o reparación obligatorias, de conformidad con el apartado último del artículo 476.

d) *Caza y pesca*.—Dice el D. 7, 1, 9, 5: «el producto de la cetrería y de la caza de cuadrúpedos pertenece al usufructuario, y consiguiente la pesca». La formación legislativa de nuestro Derecho civil ha otorgado a los derechos de caza y pesca caracteres autónomos, pero en puridad, cuando se les estudia en sus conexiones con la propiedad privada, pierden aquel carácter y hay que considerarlos con derechos adheridos al principal de propiedad. En el art. 14 de la vigente Ley de Caza se atribuye este derecho al usufructuario; se discute si su disfrute separado puede ser objeto de un uso irregular. Falta, sin embargo, una atribución expresa en el Derecho positivo, que no discute la doctrina, en cuanto a la pesca en las aguas privadas; tanto en el art. 133 de la vigente Ley de Aguas como en el 38 de la Ley de 20 de marzo de 1942, nada se dice sobre este particular. No obstante, se llega a la solución romana a través

de la amplia transferencia de beneficios que concede al fructuario el art. 479.

e) *Rebaño*.—Aun cuando no resulta de la dicción literal del artículo 499, se ha de considerar que dentro del ganado de carne son frutos tanto las crías remanentes como el ganado adulto destinado a matadero; dentro de las normas de una regular explotación pecuaria. El Código, respondiendo a la rúbrica de las obligaciones, en que lo ubica, no está muy de acuerdo con el destino de la ganadería, y sólo libera de sus obligaciones al usufructuario en el caso de muerte producida por accidente, pero no en el caso de sacrificio regular, único destino de la ganadería brava, pues de otra forma admitiríamos que el usufructuario cumplía sus obligaciones con dejar llegar la ganadería a la decrepitud. En un caso de excepción, muerte por accidente, como falta la continuidad y subrogación fructuaría, la carne y despojos se atribuyen al propietario.

En relación con el ganado adjunto a una finca, dice PLANOL Y RIPERT: «Cuando el usufructo pesa sobre animales adjuntos a una finca, no podrán ser considerados independientemente, sino como formando un conjunto que es dependencia y accesorio de la finca». Como consecuencia, el usufructuario tendrá derecho a las crías, si bien con la condición de mantener el equilibrio entre el número de cabezas y las necesidades de la explotación y de reemplazar las cabezas inútiles». Según SOHM, en *Instituciones de Derecho privado romano*, era otro el criterio en el D. 33, 7, 1.

23. TODO O PARTE DE LOS FRUTOS De forma adveniticia, sin precedentes en los anteproyecto y proyecto, viene al texto del art. 469 del Código civil a encabezar las modalidades del usufructo, por su contenido, la siguiente: «Podrá constituirse el usufructo en todo o parte de los frutos de la cosa». El sentido romanista de unidad que vénimos defendiendo, deducido de otros artículos del Código que conceden al usufructuario la totalidad de los frutos, quiebra, aparentemente, ante este precepto interpolado a última hora.

La causa y origen de este principio germánico, según VENEZIAN, procede de CUYACIO. Es, sin duda, una importación paralela a las servidumbres personales, de las que quedaban en España reminiscencias de aquella división de aprovechamientos en nuestra agricultura, como comprueba la abundante causídica. Esta contrafigura vi-

talicia es, sin duda, una idea de ROMERO GIRÓN. Su figura ha quedado olvidada, cuando a él se debe la iniciativa de la codificación civil, suspendida anteriormente, entre otros motivos, por la influencia de la escuela histórica sobre VENTURA GONZÁLEZ y GÓMEZ DE LA SERNA. Como director de la «Revista de Tribunales», en el año de 1878 publica un manifiesto a los jurisconsultos españoles para emprender la obra de la codificación civil; bajo su dirección, con GARCÍA MORENO, se publicó la más importante colección en castellano de las *Instituciones jurídicas de los pueblos modernos*, y si su intervención como vocal de la Comisión de Códigos debió ser importante, más conocida es la defensa en el Senado del Código civil en nombre de la Comisión, aunque entonces habían decaído sus entusiasmos por aquella obra, como hizo público en el juicio crítico sobre el mismo que cierra el Tratado de FALCÓN. Su intervención directa en la redacción de algún precepto se puso de manifiesto en el Senado, e indudablemente esta interpolación debió producirse por su mano. Su especial debilidad la constituyó el Código de Sajonia, que tradujo y no publicó en la referida colección, y en 31 de marzo de 1885, en el prólogo a las *Instituciones de Alemania*, añadía por nota: «Además de este motivo, nos mueve a preferir el Código de Sajonia el ser quizá el que más fielmente representa el elemento y el carácter puramente germánico del Derecho, en contraposición al elemento romano del derecho en la mayor parte de los pueblos modernos», propósitos que aplaza en el colofón, para un apéndice, sin que le haya visto entre los publicados.

En confirmación de este aserto, en la misma colección y cambiando la portada, apareció también como obra independiente «Textos y comentarios al Código civil español», por la «Revista de Derecho Internacional», que vieron la luz en 1889, o sea, entre las obras a las que llamó GIL BERGES en el Congreso de los *madrugadores*, se encuentran entre las concordancias extranjeras del art. 469, la siguiente: «Más analogía tiene aún con el art. 601 del Código de Sajonia». Por este camino de las conjeturas llegamos al texto entonces conocido, el *Tratado de Derecho civil germánico o alemán*, por ERNESTO LEHR, traducido por el Catedrático de Valladolid DOMINGO ALCALDE PRIETO en 1879, entre cuyas instituciones comprende las servidumbres personales, de las que es una contrafigura el inciso usufructuario. Dice el citado autor: «91.—*De las servidumbres personales*.—El Derecho germánico no reduce a dos o tres cla-

ses distintas las servidumbres personales como lo hace el romano; al *usus*, *usufructo*, *quasi-ususfructus*, *habitatio*, *operae*. Las costumbres y usos del país han dado y pueden dar origen a otros derechos reales sin que medien motivos esenciales o intrínsecos que obligan a desconocerlos. Los jurisconsultos alemanes califican de servidumbre personal, en oposición a los servicios territoriales o rústicos, introducidos en favor de personas, todo *derecho vitalicio*, o de *por vida*; constituido en favor de un individuo sobre los bienes inmuebles o muebles», citando, por nota, al Código de Sajonia. El texto del párrafo 601 de éste, según VENEZIAN, es el siguiente: «Pueden ser objetos de servidumbres personales todas las utilidades de una cosa ajena o cualquiera de ellas; y también aquellas que constituyen la esencia de una servidumbre predial pueden existir como servidumbres personales, sin ir unidas a la propiedad de un fondo, cuando sean de naturaleza tal que puedan beneficiar a una persona».

La división francesa de las servidumbres da lugar a que se tenga que traer al campo del usufructo a esta *servidumbre personal*; que para entendernos llamaremos vitalicia. Se trata de una especie, no de ningún género, que se agrupa con las discutidas servidumbres personales estudiadas con profundidad por OSORIO MORALES, con la limitación de la temporalidad y el carácter personalísimo que tienen en su origen, como resulta del texto de los arts. 687 y 688 del Código de Zúrich, que resume así LEHR: «que los servicios rústicos suponen necesariamente un predio sirviente; y que en principio se han establecido en favor del dueño del predio dominante, por lo que el derecho a los mismos no puede separarse del citado predio, aunque por excepción pueda establecerse en favor de una asociación o de cualquier persona».

Todos estos precedentes convergen en el art. 781 del Código civil suizo, cuyos comentarios pueden servir de orientación a nuestro *usufructo vitalicio*, de un aprovechamiento particular en relación con el art. 531 del Código civil; según WIELAND, son territoriales; por el objeto que gravan; personalísimas y limitadas a las necesidades del beneficiario, caracteres que convienen al *usus romano*.

24. FRUTO CIVIL, a) *Su concepto y sinonimia*.—El tercer término de la clasificación de los frutos reúne a los llamados civiles, pues su producción no es orgánica, sino que se recogen de forma

mediata, como decía PAPINIANO en D. 6, 1; 62, 1: «...el interés no proviene de la naturaleza, sino que se percibe por derecho...», en los que tanto se incluyen los procedentes de las cosas corporales cuando se mediatisa su aprovechamiento por una relación jurídica, como cuando preconstituida ésta, cualquiera que sea su objeto, se concede al usufructuario la parte fructuosa de la relación: interés, renta, dividendo, etc.

Este exuberante léxico, unas veces creado en el campo fructuario o traído de la prestación originaria gravada por el derecho real, contribuye a crear cierto confusionismo que obliga a tratar incidentalmente del problema del lenguaje en el Código civil. Ha dicho el Profesor de la Universidad Central HERNÁNDEZ GIL: «El Código civil, naturalmente, tiene defectos, muchos defectos. Los inherentes a toda obra humana... Pero nos hemos solidamente detener ante ellos con excesiva insistencia. Nos hemos recreado exageradamente en su contemplación. Estoy seguro de que no sale ningún Abogado de las aulas universitarias sin conocer la famosa antinomia entre los arts. 759 y 799 del Código. Pero es más dudoso que se conozcan los aciertos del Código, aunque sólo sea el de la elegancia de su lenguaje y de su estilo, especialmente digno de ser alabado».

No es extraño este purismo dada la formación humanista de los individuos que intervinieron en la elaboración del Código civil. Sobre este particular, al publicarse el discurso de GAMAZO, que corre impreso por separado, contestando al de COMAS, decía, al prologarlo, ALONSO MARTÍNEZ: «Fruto el Código de la colaboración inteligente y asidua del señor Gamazo, maestro de la ciencia del Derecho y en el manejo de la lengua castellana, y de otros jurisconsultos no menos distinguidos, es imposible que sea tan malo como lo pintan sus rígidos censores»; apreciación tan natural tratándose de un eruditísimo castellano viejo.

Las condiciones literarias que abrillantan el lenguaje no siempre se han mostrado para dar la suficiente claridad al texto positivo, revisión de estilo obligada cuando se elabora una obra en colaboración, por lo que ha de faltar la unidad de léxico. Aludía a este problema DANVILA en la discusión del Código civil en el Congreso de Diputados y a la necesidad de concordarlo y unificarlo. De este defecto fácilmente subsanable se ha pretendido, a través de interpretaciones literales, sacar consecuencias a la medida del comentario, entre sacando

los términos que convienen a cada argumentación, en particular en la comparatista, con lo que el defecto se ha agrandado.

Entre el uso del lenguaje técnico o vulgar, que con otros elementos da lugar a una clasificación de los Códigos, tiene aquél el inconveniente de avejentarse antes, pues suelen cambiar las escuelas más que los Códigos, aunque ello no disculpa la jerigonza empleada por el Código para expresar los frutos civiles. Un resumen de los términos sinónimos nos los proporciona, alfabetizados, SÁNCHEZ TORRES en el *Usufructo de derechos*, siendo los siguientes: «aprovechamientos, aumentos de valor, beneficios, beneficios inherentes, créditos vencidos, destino, devolución, disfrute, ejercicio, frutos, interés, interés legal, intereses, inversión, productos, producto líquido, propiedad, réditos, servirse de lo usufructuado, uso, utilidades y valor».

A este confusionismo contribuyen los caracteres de la institución, que pudiéramos representar en forma piramidal, que culmina a la relación jurídica preconstituida. Con carácter periférico o sobrepuerto queda *incólume* con el gravamen la relación jurídica preconstituida en sus caracteres esenciales; por ello es escaso el número de disposiciones que la legislación positiva le concede, y éstas son inárginales tanto en cuanto a la caución fructuaria o al depósito que exige la distinta naturaleza del objeto, como en relación a la titularidad, activa desdoblada por el usufructo. De todo esto se infiere que, dada la naturaleza *crematística* del usufructo sobre cosas incorpóreas, por regla general, con la posibilidad de prestaciones periódicas y de finiquito, sus normas no admiten las impensas, y sus reglas más importantes son las que se refieren a la atribución de cada uno de los valores que de la prestación gravada se derivan.

Falta en el Código una definición legal de los frutos civiles, pues el apartado 3.<sup>º</sup> del art. 355 se limita a enumerar descriptivamente las prestaciones comprendidas en este concepto, diciendo: «Son frutos civiles el alquiler de los edificios, el precio del arrendamiento de tierras y el importe de las rentas perpetuas, vitalicias u otras análogas». Siguiendo a PAPINIANO, decía GARCÍA GOVENA: «Realmente no nacen de las cosas, cuyos frutos se reputan, pero se perciben lícitamente por el uso de las mismas». En la mayoría de los casos, el fruto equivale a la prestación periódica: dividendo, interés, cupón, etc. En relaciones más complejas dice el Código, en el art. 477, que trata del usufructo de minas, se entiende que lo son: «las uti-

lidades que resulten después de rebajar los gastos», y según el artículo 520, en el disfrute del propietario por retorsión: «el producto líquido de la misma después de rebajar los gastos».

b) *Su distribución.*—La norma para la distribución de los frutos civiles, elaborada sobre los textos romanos, es universal en el usufructo; la recibe, simplificando anteriores supuestos, el canon 1.480 del *Codex*. Se dice en D. 7, 1, 26: «Si el esclavo usufructuario hubiere arrendado sus servicios y se hubiere extinguido el usufructo antes del tiempo del arrendamiento, lo que resta pertenece al propietario». Recogió del derecho común el principio de proporcionalidad el Código de Napoleón y sin modificaciones se reproduce en todo el proceso de nuestra codificación, disponiendo el art. 474: «Los frutos civiles se entienden percibidos día por día y pertenecen al usufructuario en proporción al tiempo que dure el usufructo»; en la primera edición del Código se decía *del tiempo*. La regla es de una claridad meridiana, el pago anticipado o vencido de los intereses no altera la norma de atribución y puede repetir el perjudicado contra el cobrador del exceso. Como es de ver en la Sentencia de 28 de octubre de 1952, para un caso de permuto donde prevalece la herencia a la propiedad de las rentas, aunque se hayan cobrado, según costumbre en Madrid, los alquileres por adelantado. Se valoran los frutos con autonomía, por el contrario, en el caso de venta de la cosecha de naranjas, frente al acreedor del arrendador en la Sentencia de 11 de junio de 1912.

Para la distribución de la renta en las obligaciones de trato sucesivo, se ha de dividir el término final, distribuyendo el fruto civil entre el número de días que comprende el período a liquidar, y se adjudica a cada parte la cantidad que resulte de multiplicar por el número de días que cubra su derecho. La *percepción* no tiene ahora la misma importancia jurídica; pues cuando se hace la liquidación de un ejercicio *a posteriori* en los valores de renta variable, habrá de aplicarse a las fechas que comprenda el ejercicio económico en que se produjo la utilidad, sin tener en cuenta la fecha de distribución o pago,uniéndose el posterior dividendo con el percibido a cuenta.

Dé nuevo hay que repetir el problema anteriormente resuelto para los otros frutos de que no es necesario liquidar los frutos civiles pendientes al iniciarse el usufructo, y qué éstos pertenecen en su

totalidad al fructuario; además, refuerza aquellos argumentos el artículo 882, copiado antes, que dispone: «...hace suyos los frutos o rentas pendientes, pero no las rentas devengadas y no satisfechas antes de la muerte». La regla contenida en el último inciso se puede aplicar a los dos momentos, de iniciación o terminación del usufructo. Las rentas devengadas fuera del período fructuario no pertenecen tampoco al usufructuario.

c) *Frutos civiles supernumerarios*.—La ampliación del objeto del usufructo, como consecuencia de los engrosamientos que experimente la cosa, puede dar lugar a frutos no previstos en el momento de constitución del usufructo, a los que llamamos supernumerarios.

25. PROBLEMAS DE CALIFICACIÓN. a) *Diferencia entre los frutos civiles y los industriales*.—Toda dicotomía jurídica lleva implícitamente el problema de discriminar sus términos para determinar la diferencia que los separa. En este caso, el calificativo industrial que acompaña a una de las partes de la clasificación puede inducir a error por estar utilizado, en sentido arcaico romano-medieval, correspondiente a la época en que se formalizó la división. *Industria* la traducimos por *trabajo*, pero como la economía cerrada propia de otras épocas ha evolucionado, hoy la acepción vulgar originaria está en desuso, y aun las derivadas, como las de «maña habilidad, artificio para hacer alguna cosa», que usaban nuestros clásicos. No obstante estas evoluciones semánticas, el concepto jurídico de frutos industriales no ha evolucionado, y tiene el primitivo sentido, aun cuando esté fuera del uso corriente o vulgar, el de ser los frutos orgánicos proporcionados por el trabajo en la tierra, y a este efecto resaltábamos, en el texto legal el vocablo predios, qué forma parte de la definición del art. 355; en el anteproyecto, heredades ó fincas. Distinto es el problema sobre las partes integrantes en montes o minas.

Prescindiendo de esta interpretación histórica y literal, se sentó por la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 1925: «Si se atiende al valor gramatical y etimológico de las palabras, como según el Diccionario de la Lengua Castellana, predio, del latín *praedium*, es hacienda, tierra o posesión inmueble de una fábrica; y no cabe duda de qué, gramaticalmente, predio es también una fábrica o industria fabril». Esta singular tesis, que no crea doctrina legal, no ha sido admitida por los autores; y en su origen pudo ha-

berse producido la extorsión a consecuencia de los comentarios al Código civil de MANRESA, en los que se dice, al glosar el art. 472: «En cuanto a los productos fabriles, bien pueden considerarse frutos industriales y seguir igual criterio en su disfrute. Tal vez, por estimarlo así nuestro Código, que en su art. 472 casi copia el art. 2.203 del Código de Portugal, no hizo mención de tales productos, ni copió lo qué consigna el art. 2.204 del Código citado. Según éste, los productos industriales o fabriles no terminados al empezar el usufructo corresponden al usufructuario, sin obligación de abonar gasto alguno, y los terminados al extinguirse el usufructo corresponden al propietario, con obligación de abonar al usufructuario o a sus herederos o representantes los gastos hechos con este motivo». Esto hubiera sido seguir el error lexicográfico del Código portugués.

Es conveniente señalar a FERRARA, que ha estudiado la conjunción del usufructo de cosas muebles con el trabajo, por ejemplo, una máquina fotográfica u otra máquina para ejercer un oficio. En este caso, las utilidades procedentes de este complejo, por las razones históricas anteriormente señaladas, no son frutos industriales, pero tampoco puede decirse que son propiamente frutos civiles, por la colaboración del trabajo, que es necesaria para la producción de utilidades, pues si la función del usufructuario de derechos suele ser meramente instrumental, como se dice en el *Nuovo Digesto*, con la obligación de conservar y devolver, le corresponde al titular del derecho real todo el provecho que saque, sin división en períodos, y si terminado el usufructo, en el caso de que no sea vitalicio, cesará la obligación de trabajar. Los supuestos de continuidad habrán de resolverse por las normas de la accesión.

Este problema nos trae a la mente la situación del usufructuario de una finca, parte de cuyos frutos, antes de destinárlos a la granjería, requieren después de alzarlos o separarlos labores, operaciones o manipulaciones complementarias, que según su destino se vengan realizando en la finca, como el vino, que requiere cierta elaboración y crianza, la fermentación del tabaco, los frutos secos y aun la trilla de los cereales, en cuyo caso el momento de atribución jurídica coincide con el de retirarlos o levantarlos; pero si pendientes estas operaciones sobreviene la extinción del usufructo, deben finalizarlas hasta que llegue el momento que con arreglo al destino del anterior propietario o al derecho consuetudinario se destinan a la venta, guarda o consumo.

b) *Precio o merced arrendaticia.*—En la fuga de conceptos desde los frutos industriales a los civiles se encuentra como más significativa la de la renta o merced arrendaticia. El fruto del arrendamiento mantuvo el primitivo sentido corpóreo cuando se aplicaba a las fincas rústicas, como un reflejo de la impronta material de la separación de los frutos. Decía el D. 7, 1, 58: «Habiendo fallecido una usufructuaria en el mes de diciembre, recogidos ya para el colono en el mes de diciembre todos los frutos que nacen en aquellos campos, se preguntó: ¿deberá acaso pagarse al heredero del usufructuario la pensión, aunque la usufructuaria hubiere muerto antes de las Calendas de marzo, en que deben pagarse las pensiones, o deberá dividirse entre el heredero de la usufructuaria y la heredera a la que legó la propiedad? Respondí—decía SCAEVOLA—que la República ciertamente no tenía ninguna acción contra el colono, y que el heredero de la usufructuaria, según lo que se proponía, deberá percibir íntegra la pensión a su vencimiento».

Esta equívoca calificación corpórea, que venía del derecho matriz de propiedad, era más peregrina desde el momento que la renta de edificios se separaba, quedando tan sólo el rento en la línea clásica, dando lugar a calificaciones opuestas en el mismo contrato de arrendamiento, según se tratara de fincas urbanas en que la renta era fruto civil, para seguir en las rústicas siendo, el rento, fruto industrial. Decía de este contraste histórico BENITO GUTIÉRREZ en *Códigos*, tomándolo de un autor extranjero impreso tardíamente en España en 1715 por TORRES, en 1778 por DANVILA y en 1779 y 1780 por JUAN SALA, poniendo los dos últimos las concordancias con el Derecho español, lo siguiente: «VINIO; explicando esta diferencia, dice que consiste en que el usufructuario no debe de conseguir por medio del arrendamiento ni más ni menos de lo que hubiera percibido disfrutando él mismo la cosa. Y así como hubiese hecho suyos todos los frutos que hubiese percibido, así le corresponden percibir los del colono que ha recibido de él la facultad de percibirlos, *qui causam percipiendi ab eo habet*. Débesele, pues, toda la pensión que transmitirá íntegra a su heredero, aunque no haya acabado el tiempo del arrendamiento; por el contrario, nada le toca recibir a dicho heredero si el usufructuario murió antes que el colono hubiese recogido los frutos; y si hubiese muerto percibirá parte de los frutos y parte no, se verificará un *prorrateo*, entregando al mismo heredero la parte de los percibidos, reservando la otra al propietario.—Cuando

la pensión se satisface por el uso cotidiano de una finca, como sucede en una casa, no debe prolongarse la pensión más allá de lo que extiende el uso; de otro modo resultaría el absurdo de que consiguiese más el usufructuario por el inquilino que si él mismo usase de la cosa; *aliisque plus consequeretur fructarius per inquilinum quam ipse re usus esset*. Hasta aquí VINIO, cuya explicación es igual a la que da CASTILLO.

El cambio de clasificación tiene lugar con el Código de Napoleón, obedeciendo, según PLANJOL, a razones simplificadoras, para evitar los juicios de proporcionalidad, al ser difícil establecer un prorrateo entre las cosechas levantadas y las pendientes de recolección. Al parecer, esta razón simplificadora es una de las causas de la mutación jurídica, cuando en realidad responde a la naturaleza de las cosas, dando fin a la distinta calificación jurídica indebidamente mantenida entre las rentas arrendaticias. En este sentido, decía GARY en su citado discurso: «En el proyecto de ley se halla decidido este punto de un modo contrario; han creído sus redactores que, habiendo trascendido el usufructuario su facultad de percibir los frutos con el derecho de cobrar una renta *acomodándose a la naturaleza y carácter de los alquileres de las casas y de los frutos civiles*».

Los virajes jurídicos dejan en ocasiones huellas literarias. En este caso llama la atención la reiteración de preceptos para una calificación que nos parece tan elemental. Llamaba la atención TROUCHET en el Consejo de Estado, e interesaba la simplificación del proyecto del *Código*, enmienda que no fué aceptada por entender que era necesaria para rechazar antiguos precedentes. Nuestro Código, dedicado a este particular tres artículos en el título del usufructo, y además mal ordenados. Tomamos de los Comentarios al Código civil de MANRESA: «El art. 473 es otro caso de aplicación del art. 474, y ciertamente nada dudosa. Verdadera inconsecuencia existe al estar colocado antes que su regla, y antes del 480, que facultó al usufructuario para arrendar; defecto que resalta más por ser innecesario el precepto». Aún podemos añadir la cita en un cuarto artículo; el 355, que dice: «Son frutos civiles el alquiler de los edificios; el precio del arrendamiento de tierras».

c) *Venta de cosechas no separadas*.—Otro problema de índole práctica es la validez y carácter de los frutos cuando éstos, en vez de recogerse *in natura* por el usufructuario, cultivador directo, se

venden en el árbol. Es costumbre el que determinados frutos en la Región levantina, como la naranja, la palma y la granada, se vendan sobre el árbol al exportador del fruto. En una recopilación publicada por la Real Academia de la Historia en 1859, bajo el título de *Leyes de moros del siglo XVI*, copia de un códice extraviado, tratando en sus títulos 112 a 114 de modalidades de esta naturaleza. La razón de este derecho consuetudinario está en que la exportación tiene un ritmo comercial al que ha de ajustarse el exportador, recolectando la fruta sin necesidad de pesarla, según las demandas del mercado y en el grado de madurez que convenga, disponiendo de medios de transporte y personal especializado para la recolección.

Aparece planteado este problema por COLIN Y CAPITAN, entre otros, y repudia la idea de que se trate de una venta de cosa ajena, ya que el usufructuario podía haberla arrendado; así lo considera la jurisprudencia francesa. Estimamos que a la liquidación del usufructo, cuando se extinga antes de haberse levantado la cosecha, deba de hacerse en proporción a la duración dentro del ciclo agrícola anual, en relación con él del usufructo. Parece equitativo, no por aplicación analógica del art. 480, sino por estar excluidos en el precio los gastos de recolección que le hubieran correspondido al propietario, de no haberse vendido la cosecha, que se indemnice al fructuario y detraigan del precio de la venta los gastos de producción.

d) *Prestaciones de frutos in natura*.—Se ha discutido la naturaleza de los frutos mediatos cuando la prestación no es en metálico, sino en frutos recibidos *in natura* por el usufructuario. La calificación del Código excusa toda discusión, pues en el art. 475 se dispone: «... bien consistá en metálico, bien en frutos...», por cuya virtud, el fruto recibido *in natura* de un tercero, como renta de la prestación, es fruto civil y ha de distribuirse como los frutos de esta naturaleza, bien proceda del contrato de aparcería, bien de un censo frumentario o de otra relación, de forma que se valorarán todas las prestaciones que correspondan al año o ciclo económico que se haya de liquidar para distribuirlo en proporción al tiempo de disfrute, de igual forma que se hacía antes con el arrendamiento, con la diferencia, en el sistema actual, de que una de las dos partes será la que cobre o cobró, y contra ella habrá de repetir el otro interesado.

No es unánime el criterio en cuanto a los frutos de la aparcería, pues MAÑRESA, contra RUGGIERO en «Instituciones de Derecho ci-

.vil», los califica de naturales, y al comentar el art. 475, lo apoya así: «Este percibe las utilidades de la finca como si la cultivase por sí mismo, y esas utilidades no pueden propiamente considerarse como frutos civiles», que viene a ser un refrrito del trasnochado argumento romanista, sobre los *frutos* del arrendamiento rústico. La inclusión de las *rentas como frutos* en el art. 475, sobre todo por los efectos que concede su tercer apartado, excusa la licencia de toda discusión de tipo interpretativo, aun cuando la simplicidad de la liquidación por separación, excluida en los frutos *in natura*, evitaría las implicaciones de proporcionalidad inherente a su naturaleza de fruto civil».

26. DERECHOS SOBRE DERECHOS. La admisión del usufructo sobre las cosas incorpórales incide en el defecto doctrinal de los autores, que siguiendo la primitiva posición de WINTSCHEID atacan la posibilidad de constituir algunos de los desdoblamientos usufructuarios. Sorteando el problema y con criterio ecléctico, dice ENNECERUS-NÍPERDEV: «Se discute en qué sentido está permitido hablar de un usufructo sobre un derecho. Ante todo, se discute del usufructo sobre un derecho si se ha de tomar en cuenta este mismo derecho (el derecho básico) o sólo el objeto de éste derecho. En mi opinión; es ocioso; está permitido decir ambas cosas». De ello se deduce por sí mismo que el usufructo sobre un derecho es de la misma naturaleza que el derecho por él gravado; el usufructo sobre una deuda inmobiliaria es un derecho real; el usufructo sobre un derecho de autor es a título de derecho sobre una creación de la inteligencia (ajena); un derecho sobre bienes inmateriales, el usufructo sobre un crédito es un crédito en sí. Si cupiera decidirse a determinar el derecho del concedente del usufructo como «propiedad del derecho», entonces sería más visible el paralelismo entre el usufructo de cosa y el usufructo de derechos».

De forma exhaustiva ha sido estudiado el problema dogmático en serios trabajos por los profesores BELTRÁN DE HEREDIA (RDP, 1941) y PÉREZ MARÍN (RLJ). Agotado este camino, y siguiendo el criterio jurisprudencial, se puede deducir la tendencia contraria a la pirámide jurídica, no admitiendo más desdoblamientos del usufructo que aquellos que se apoyen en un principio jurídico o una necesidad general, como ocurre con la hacienda mercantil, y restringirla en los demás casos. MUCIUS SCAEVOLA no admite el usufructo sobre el usufructo, al que llama subusufructo—en el usufructo legal es su-

puesto necesario—, y la Resolución de la Dirección General de Registros, en 25 de febrero de 1910, rechaza el nuevo usufructo sobre la riada propiedad. Con sentido progresivo, el Código admite el usufructo de derechos, diciendo en la proposición última del art. 469: «También puede constituirse sobre un derecho, siempre que no sea personalísimo e intransmisible», definición que mereció el elogio de FADDA y BENSA, precisamente en las anotaciones a las *Pandectas* de WINTSCHEID, citados por DALMASES.

27. USUFRUCTO DE UN CRÉDITO. Un gran interés ofrece el estudio de este usufructo, con el que, de forma precedente, doy entrada al usufructo constituido sobre las cosas incorpóreas. Ha servido históricamente de vehículo de irradiación de las normas fructuarias nacidas en el campo de las cosas corporales, y con la sucesión de las rentas perpetuas, sustituidas por la mayor importancia actual de las temporales, se marcan de forma acusada los caracteres y momentos estructurales de la evolución del usufructo de derechos, dando lugar a la culminación del ciclo jurídico. Al abordar de nuevo en este lugar la clasificación básica del usufructo, entre cosas consumibles y no consumibles, cuando el crédito es de vencimiento a menor plazo que el usufructo, no podemos decir, económicamente, que el cobro deje consunto el valor del usufructo; esta extinción jurídica de la relación da lugar al nacimiento de un derecho sobre el dinero, que permite revitalizar el usufructo originario y regenerar un nuevo usufructo o quasi-usufructo, por faltar la correspondencia con la consumibilidad que tienen las cosas corporales en el mismo supuesto.

a) *Consumibilidad y regeneración:*—En la génesis del usufructo hemos señalado que el punto de arranque de su extensión es el usufructo sobre las cosas corporales, más concretamente, el que recae sobre un inmueble rústico y por analogía va absorbiendo la incorporación de los derechos al pasar a ser éstos objeto del usufructo. Aun en la línea más avanzada del BGB se encuentran rémoras de este tributo histórico, como la remisión a los principios de origen, impacto que se recibió en su párrafo 1.068, al declarar: «También podrá ser objeto del usufructo un derecho. Lo dispuesto respecto del usufructo sobre cosas (en sentido legal sólo lo son las materiales, de acuerdo con el párrafo 90) será también aplicable por analogía al usufructo sobre derechos; salvo lo dispuesto en... (cita innecesaria-

mente a los demás artículos que se integran en el capítulo que dedica al usufructo de derechos, en el que figura en primer lugar el párrafo transcrita).

Este origen corpóreo del usufructo retrasa la mayor edad del usufructo de créditos, aunque existen diferencias fundamentales entre ambos conceptos. En las cosas corporales, la pérdida material de las mismas supone la extinción del derecho de usufructo por falta de objeto. Principio que quiebra por la distinta naturaleza de la relación jurídica crediticia, cuya extinción, fin natural de la misma, supone la realización de su valor, con lo que el aplicar la misma norma a circunstancias opuestas llevaría a una inconsecuencia. La contrafigura de la cosa consunta sería el cobro de un crédito, pero tan sólo lo es lo anómalo; la insolvencia del deudor. Si el cobro es el destino normal del crédito, la relación usufructuaria no queda vacua, deja como sedimento su valor y a éste hay que darle una aplicación jurídica. Señalada esta diferencia, queda cubierta la primera etapa del usufructo de un crédito.

Al valor de la realización del crédito hemos de darle vida, y pudieramos decir que la segunda etapa, de forma vacilante, se cubre por los que creen que se debe adjudicar al usufructuario, como opina COLIN y CAPITAN, constituyendo con el dinero un usufructo propio. Por arte de ésta taumaturgia, el primitivo derecho real de usufructo rectifica su camino jurídico para transformarse, de forma adventicia, en un derecho de crédito a través del cuasi usufructo consiguiente. La otra tesis estará representada por la idea de que sobre ese valor, como vehículo, se puede constituir otro usufructo, invirtiendo aquél en valores de positiva estimación. Esta es la idea que paladinamente recoge el párrafo 1.079 del BGB, que dice: «El usufructuario y el acreedor estarán recíprocamente obligados a contribuir que el capital recobrado vuelva a ser colocado a interés, según la disposición relativa a la colocación de los fondos de los menores, y que, al propio tiempo, se constituya el usufructo en beneficio del usufructuario».

Admitida la *continuidad usufructuaria* se supera la consumibilidad dinetaria romana, pues sus características y consecuencias no se dan en el orden natural por el cobro en el usufructo de un crédito. Este se nos presenta como el objeto transmútable del usufructo a través del valor de su realización, como base para constituir otro usufructo que reñace como filial del anterior, pues todas sus cir-

cunstancias son comunes con el originario, excepto el objeto subrogado.

b) *Situación triangular*.—Otra nota que distingue al usufructo de créditos sobre el usufructo de una cosa corporal es la falta del carácter *erga omnes*, por la existencia de un deudor concreto, cuya relación jurídica no cambia de rango al constituir sobre la misma un derecho real derivado. La relación bilateral originaria se escinde en la parte referente al acreedor entre los dos titulares: la del usufructuario percepto de los intereses y la del nudo propietario *dueño* del capital. Esta situación triangular aparece como inatacable para el deudor, y no pueden hacer más gravosa su situación con la constitución del usufructo, sin que la proyección de la carga jurídica pueda exceder de las facultades de cesión del crédito. Estas posiciones se han forjado, según DALMASES, con los siguientes desplazamientos: «En el Derecho romano, el derecho del usufructuario no se refería a los intereses, sino al capital mismo. Si el usufructuario tiene que dar caución incluso por el capital, esto quiere decir que tiene el derecho de exigirlo», y entre los distintos avatares que pasa el usufructo recojo la opinión de CASTILLO DE SOTOMAYOR, que ya determina la necesidad del concurso de los dos titulares del crédito para su realización y cobro, que es la doctrina correcta que recibe nuestro Código civil, dandole carácter recíprocamente vinculante al valor del crédito que simboliza y vitaliza la relación jurídica extinguida.

c) *Derecho romano*.—No fué franca la entrada del usufructo de créditos en el Derecho romano, sino que se introduce cuando en el patrimonio existen créditos, a través de la franquía del Senado, legitimando la disposición universal de los bienes. En un famoso Senado consulto, tomado en el Digesto de ULPIANO, se dice: «*Ut omnium rerum quas in cuius que patrimonio esse constaret, ususfructus legari possunt*», cuya irradación a las cosas incorporales tenía que sufrir una génesis laboriosa, por lo que se lee en el Digesto 7, 5, 3: «Después de cuyo Senado consulto podrá legarse el usufructo de todas las cosas; pero ¿acaso también el de créditos? NERVA lo negó, pero es más verdadero lo que estiman CASSIO y PRÓCULO que puede legarse. Pero el mismo NERVA escribe que al mismo deudor puede legarse el usufructo y que se han de condonar los intereses». El interés de este pasaje reside en encontrar una

aplicación intuitiva del sistema triangular, pues confundidos dos titulares, sólo se producen efectos extintivos parciales entre las partes coincidentes en la relación jurídica. La evolución del usufructo, de créditos en el derecho intermedio es laboriosa y se puede seguir, de forma circunstanciada en DALMASES y VENEZIAN, inspirándose este último, en parte, en las investigaciones de STAMMLER.

d) *Precedentes nacionales*.—Nuestro anteproyecto, siguiendo el silencio del Código francés, no disciplina el usufructo de créditos. No obstante, indirectamente da lugar a él al configurar el usufructo universal en el art. 459, con texto análogo al vigente art. 508, que desarrolla el lado pasivo del patrimonio, o sea el pago de deudas. Esta idea, primaria lleva al estudio del lado activo de la institución vitalizadora, pues, como dice HEDEMANN: «En la práctica es muy raro encontrar el usufructo de un derecho aislado, lo que acontece casi exclusivamente respecto a la hipoteca u otro derecho seguro». En cambio, es muy corriente que el usufructo de un patrimonio comprenda, además de las otras cosas, los derechos incluidos en él», siguiendo el desarrollo de estas ideas establecidas en el proyecto en el artículo 508: «El usufructuario universal podrá reclamar los créditos que formen parte de su derecho de usufructo y aumentar el valor de las cosas usufructuadas; pero no podrá realizar los capitales sin el concurso del propietario, y, en defecto de éste, o por ignorarse su paradero, sin autorización judicial, y prestando en uno y otro caso la correspondiente fianza». Con lo que se recibe la correcta doctrina de nuestro clásico CASTILLO DE SOTOMAYOR.

c) *Código civil*.—Este principio del proyecto se desarrolla en el Código tomando ideas del art. 2.337 del Código portugués, aunque más correcto es calificar a nuestro Código de original al abordar el usufructo crediticio. Por su colocación, como un enclave entre los dos artículos que tratan del usufructo universal, se infiere que el motivo determinante de su origen sigue siendo el usufructo universal. En su formación se reflejan dos ideas, principales concausas de su regulación: la fugacidad del crédito y él de ser una dura respuesta ante el régimen imperante de dispensa de fianzas. A esta segunda idea responde la sección donde está colocado, en que la fianza ocupa parte importante de su articulado y con ellas inicia su desarrollo: En esta fase de evolución, y en un momento de crisis, se amalgaman dos

ideas : la una, romana, en la que se faculta al usufructuario para el cobro del crédito, superando, con la fianza, la intervención «obligada» del nudo propietario. Otra solución alterna se da en el caso de no haberse prestado fianza, siendo irrelevante el que esté dispensado el usufructuario, con carácter general o por el título de formalizarla, proclamando el *usufructo continuado* sobre el valor del crédito con flexibles normas cautelares para la mutua garantía de los interesados.

Se dispone en el art. 507, señalando con distinta grafía los dos supuestos que absorbe : «**EL USUFRUCTUARIO PODRA RECLAMAR POR SI LOS CREDITOS VENCIDOS** que formien parte de un usufructo si TUVIERA DADA FIANZA o diera la fianza correspondiente. Si estuviere dispensado de prestar fianza o no hubiere podido constituirla, o la constituida no fuere suficiente, necesitará autorización del propietario, o del Juez en su defecto, para cobrar dichos créditos. **EL USUFRUCTUARIO CON FIANZA PODRA DAR AL CAPITAL QUE REALICE EL DESTINO QUE ESTIME CONVENIENTE.**—*El usufructuario sin fianza deberá poner a interés dicho capital, de acuerdo con el propietario ; a falta de acuerdo entre ambos, con autorización judicial, y, en todo caso, con las garantías suficientes para mantener la integridad del capital usufructuado.*

Aun cuando la solución correcta aparezca degradada, por respeto a la tradición en su manifestación subsidiaria, y con la timidez de un novato, debe de traerse a primer plano la inflexibilidad con que tratá á las dispensas de fianza y las flexibles normas de garantía conjuntas que dan un carácter *sui generis* al usufructo de créditos, que apunta hacia el depósito del valor. Si se supera la primera fase corpórea del usufructo al conceder la posibilidad legal de continuar un usufructo extinguido. En su calificación, las dificultades las provoca la naturaleza cambiante del crédito en relación con el usufructo sobre él mismo. Dice VENEZIAN : «Tampoco puede aplicarse el elemental sistema del usufructo propio o quasi usufructo al usufructo de un crédito ; pero para asegurar el usufructuario la utilidad que pueda dar un crédito durante el usufructo, no es necesario atribuirle su propiedad, y para proteger los derechos del propietario no hay que reducirlo a un derecho de obligación con respecto a aquél», diciendo en otro lugar : «Dada la forma necesariamente transitoria que revisten estos bienes, no es muy fácil, sin embargo, señalar dónde se halla insita la sustancia del derecho de obligaciones» ; por ello no pueden sorprender las primitivas calificaciones de quasi usufructo

a la segunda fase del usufructo, que nuestro Código supera conservándola dentro del usufructo, a menos que exista una *fianza eficiente*, tan molesta para el usufructuario como para el nudo propietario, que con un sistema supletorio más perfecto pierde su razón de ser.

En resumen, prescindiendo de la primera fase, el usufructo sobre un crédito aparece como un derecho *sui generis*, estructurado por la *cotitularidad* que supera a la coexistencia romana; la continuidad *usufructuaria*, reprobadora de la doctrina, como en COLIN y CAPITAN, que ven un quasi usufructo al cobrarse el crédito, como ocurre cuando se prestó fianza; y en último término saca al dinero del punto muerto en que le había dejado el Derecho romano y le concede poder vinculante para reconstituir otra relación usufructuaria análoga, estando en la línea que señala la moderna evasión del usufructo hacia la renta periódica. Concede un amplio margen a los Tribunales, que intervienen contra el criterio del nudo propietario o para suplir su declaración de voluntad en caso de ausencia, soluciones que deben estimarse progresivas.

f) *Códigos modernos*.—La tímida primacía de nuestro Código toma forma autónoma en los Códigos modernos, que se informan en los mismos principios rectores de los que deriva la reglamentación positiva de nuestro usufructo de créditos. Dos son también los principios fundamentales: *continuidad* y *cotitularidad*, que simplifican los actos de disposición sin que exista dificultad en cuanto al goce. De forma extensa lo hace el BGB en dieciséis artículos, pero por su mayor concisión reproduce el art. 773 del ZGB, que dice: «El usufructo de un crédito da derecho a percibir los intereses.—Toda denuncia de rembolso, todo acto de disposición concerniente al título valor sometido al usufructo debe de ser hecho por el propietario y el usufructuario conjuntamente; el deudor denuncia el reembolso a uno y otro.—Hasta que el crédito sea vencido, el propietario y el usufructuario tienen derecho a exigir la adhesión el uno y el otro de las medidas exigidas para una buena administración», concordante con el art. 1.000 del nuevo Código civil italiano, que dispone: «Para el cobro de un capital sujeto a usufructo es necesario el concurso del titular del crédito y del usufructuario. El pago hecho a uno solo de ellos no es oponible al otro, salvo, en todo caso, la norma relativa a la cesación del crédito.—El capital cobrado debe de ser

invertido de un modo fructífero, y sobre el mismo se transfiere el usufructo. Si las partes no están de acuerdo en el modo de inversión, resolverá la autoridad judicial».

g) *Sustancia y fruto.*—La continuidad del usufructo de crédito, a través del derivado, convierte a uno u otro en objeto de la relación jurídica y, por tanto, ésta será en cada caso la sustancia de la cosa. A esta sucesión (cuando falte la fianza) se le puede llamar civilísima, como llamaban nuestros clásicos a la transmisión de la posesión por ministerio de la ley. Por ello, los acrecentamientos que experimente la cosa pertenecen al nudo propietario, excepto aquellas que típicamente tienen el concepto de rentas y aquél sufre su disminución o pérdida del objeto usufructuado, excepto en los casos de culpa del usufructuario.

Los acrecentamientos se desenvuelven con más extensión dentro de los títulos de valor, pero puede adelantarse con relación a los créditos el criterio sentado por la Corte de Casación de París en la Sentencia de 14 de marzo de 1877, que declaró que el premio de un crédito no era fruto, por extensión de la doctrina de la accesión (material) y que sobre el importe del premio debía de constituirse otro *usufructo supernumerario*. En España también tienen premio, por sorteo, las Cédulas del Crédito Local, inclinándose a la solución francesa al considerar el valor del premio como una hijuela del crédito, que demanda con éste un tratamiento unitario. En el artículo 1.998 del nuevo Código civil italiano se conceden al usufructuario de títulos de crédito no sólo el disfrute de las utilidades periódicas del título, sino también las aleatorias y los premios. Cuando el usufructo se constituye por legado de cosa específica y determinada, dispone el apartado 2º del artículo 882: «La cosa legada correrá desde el mismo instante a riesgo del legatario, que sufrirá, por tanto, su pérdida o deterioro, como también se aprovechará de su aumento o mejora.»

Los frutos del usufructuario de un crédito están representados por los intereses que produzca el mismo. Cuando no sea redituaria, olvidando los precedentes romanos sobre cosas infructíferas e inconsecuente con el principio de continuidad del usufructo anteriormente sentado, establece el BGB una distinción, otorgando al usufructuario del crédito sin interés, para compensarle del vacío temporal de su derecho, la facultad de cobro del crédito. La explica así HEDE-

MANN: «Créditos sin interés. Por el proíto, no es posible en este caso ningún aprovechamiento, y de ahí que se amplíen las facultades del usufructuario hasta que se obtenga una posibilidad de realizarlo. Puede, por consiguiente, denunciar y cobrar el crédito. (§ 1.074); esto parece a primera vista un acto de disposición sobre la sustancia, pero en realidad no es sino el equivalente de la toma de posesión». Wolf llega a la siguiente solución: «Si lo pagado es cosa consumible, por ejemplo, dinero, el usufructuario adquiere su propiedad con el deber de indemnizar su valor», volviendo a la solución intermedia francesa.<sup>28</sup>

28. OTRAS PRESTACIONES REGLAMENTADAS. Para traer al área de los frutos civiles algunas prestaciones, cuya calificación pudiera resultar dudosa, dedica nuestro Código un artículo completamente original, que descarta toda discusión sobre aquel aspecto, con la sencilla de dividirse los frutos, como reiterativamente dice, en forma proporcional al tiempo de disfrute, cuál corresponde a los frutos civiles. Dispone el art. 475: «Si el usufructo se constituye sobre el derecho a percibir una renta o una pensión periódica, bien consista en metálico, bien en frutos, o los intereses de obligaciones o títulos al portador, se considerará cada vencimiento como producto o fruto de aquél derecho». Si consistiere en el goce de los beneficios, que diese una participación, en una explotación industrial o mercantil, cuyo reparto no tuviere vencimiento fijo, tendrán aquéllos la misma consideración. —En uno y otro caso se repartirán como frutos civiles y se aplicarán en la forma que previene el artículo anterior.

En primer lugar, esta norma aclaratoria tiene la virtud de evitar discusiones sobre la calificación legal de determinados frutos, resolviéndolo correctamente los problemas que aborda y dando al propio tiempo la seguridad jurídica que deben de proporcionar las leyes.

a) *Renta vitalicia*.—Donde el Código dice simplemente «renta o pensión periódica» se ha querido ver una réplica del art. 588 del Código de Napoleón, recibido en el art. 482 del antiguo Código italiano. En la época de nuestra codificación parece ser que no existía el problema que en Francia se planteó y resolvió el Código contra POTHIER: la indivisibilidad de la prestación  *aunque se consumiera el capital*. A falta de precepto expreso, parece qué la solución debiera de ser la contraria: respetar al menos la parte de capital correspon-

diente al *nudo propietario*; que de otra forma lo sería tan sólo *residual*.

No aparece tanipoco franca la entrada en el usufructo de la renta vitalicia disciplinada en el Código, al menos por disposición *mortis causa*, si la vida garantizada es la del disponente. La disposición testamentaria del número 3.<sup>o</sup> del art. 820 no tiene los caracteres del derecho real que estudiamos; sino él de una carga testamentaria; con otras las estudiaremos en la constitución del usufructo. Por todo ello, parece que del texto positivo, no se deriva la resolución del problema foráneo, máxime teniendo en cuenta los dispendiosos comentarios que se suscitaron en el extranjero ante el particular precepto que algunos Códigos contienen contra el orden natural.

Siendo norma de excepción la de considerar la renta vitalicia en su unidad, como lo hace el Código de Napoleón, de acuerdo con el criterio seguido por alguno de los autores franceses, que es el mantenido por la Sentencia de la Corte de París de 25 de octubre de 1898, habrá que desdoblár la pensión-renta, como resolvió cuando se trataba de hipotecas amortizables, en que la percepción anual supone igualmente disminución de parte del capital, percibiendo sólo el fructuario la parte que corresponda a la renta.

b) *Obligaciones o títulos al portador.*—Otra de las singularidades del Código es la falta de concordancia entre el art. 475, que tan sólo señala nominativum a los títulos al portador, cuando en el art. 355 había incluido a las rentas perpetuas. También omite a los títulos nominativos, a los que da trato parejo con los de al portador el art. 494, omisiones que contrastan con la complacencia con que distingue a las obligaciones de los títulos al portador como posibles símbolos de los valores de renta fija o variable; por lo que no pueden considerarse ligeramente que estas extrañas omisiones que oscurecen el Código obedezcan ni a olvido ni a simple licencia literaria. Si la doctrina sobre estos títulos estaba en ciernes, desde el punto de vista usufructuario, es necesario establecer una diferencia que se atisba en el Código entre los títulos nominativos y los títulos al portador.

Si los títulos al portador están en la avanzadilla de los títulos de valor, marcan una diferencia esencial por su usufructo con sus caracteres mercantiles; es la pérdida de su nota típica; certeramente definida por GARRIGUES como la palabra *mobiliza*. La adscripción

usufructuaria del título de valor le moldea dentro de la *inmovilización y bloqueo usufructuario*, que anula la circulación mercantil originaria derivada de la literalidad, que dejaría sujetos a la disponibilidad del fructuario los derechos del propietario, por ser el título irreivindicable ante el poseedor de buena fe. La expresión del artículo 475, que concede al usufructuario del título al portador cada vencimiento como producto o fruto de aquel derecho, al propio tiempo que define el título marca el dintorno con el concepto de sustancia, convertida, por la larga duración de las sociedades anónimas, en la variante más sedentaria del usufructo de créditos; en esto viene a quedar la *mobilidad* de los títulos al portador al transportarlos al usufructo.

c) *Participación en una explotación industrial o mercantil.*— Continúa el sentido aclaratorio del art. 475 en sus dos últimos apartados, aunque de su expresión literal no se deduzca novedad alguna, sino simplemente continuación del sentido interpretativo y aclaratorio de situaciones ambiguas. La expresión participación en una explotación industrial o mercantil parece ajena a la idea de la empresa mercantil, tanto en su expresión de explotación directa como a través de sociedades representadas por el título de valor. Sin inclinarnos por la inclusión de este concepto, no se debe de olvidar que la obra de LAURENT, cualquiera que fuera la importancia que en Bélgica tuviera su anteproyecto de modificación del *Code civil*, su trabajo, por razones oportunistas, se tuvo en cuenta en la última elaboración del Código civil. Propone como texto del art. 625 el siguiente: «El usufructuario de un establecimiento mercantil tiene el derecho y la obligación de continuar la explotación. El establecimiento será valorado al principio y extinción del goce, y el usufructuario está obligado a devolver el valor de lo que haya recibido». Su obra, publicada en Bruselas, en el año 1883, vió impreso el tercer tomo y tuvo una amplia difusión en España, aunque en realidad lo limitado de las normas del art. 475 hacen innecesario tanto el admitir como el rechazar si dentro de ellas se encuentra o no la participación o el patrimonio mercantil, concepto entonces en formación por la simplicidad de las disposiciones del Código. Dentro de un criterio amplio sobre el objeto del usufructo, la norma restrictiva nace de las proscripciones específicas que se deducen a través del examen de nuestra legislación, como las que

resultan del núm. 3.º del art. 1.690 del Código civil y del art. 143 del Código de Comercio. *d)* *Frutos irregulares:* — La regla incidental contenida en el artículo 475, sobre la liquidación de beneficios que no tengan vencimiento fijo, por requerir una previa operación de balance por no haberse determinado o quedar incumplida la norma pre establecida, aclara qué en el caso de que el fruto civil no sea sustitutorio de una renta líquida, como la liquidación pueda demorarse seguirá, siendo sujetada la distribución de los beneficios, aunque sea irregular en el tiempo, pues estos frutos demandan operaciones de liquidación previa y no se perciben y se producen por la simple separación. En el establecimiento comercial estudia VENEZIAN este supuesto.

*29. TÍTULOS DE VALOR. a) Su concepto:* — La facilidad de la lengua alemana para la creación de palabras les permitió a los tudescos construir la compuesta *Werthpapier*, ganando carta de naturaleza la traducción hecha por GARRIGUES de títulos-valores.

La síntesis jurídica que presupone la creación del título de valor, necesario para el tráfico jurídico mercantil, desorienta al transportarlo al usufructo, en el que la vinculación de destino le imprime un signo análogo a las rentas perpetuas, anquilosando su mobilidad. El sentido originario de corporicidad, ínsito en el título de valor, plantea también aquí el criterio de consumibilidad, manzana de la discordia del usufructo, que crea dudas sobre la calificación del gravamen sobre el título de valor. La argumentación a contrario sensu, que pudiera deducirse del art. 494 sobre los peligros que entraña este medio de interpretación, es errónea. Esta norma, procedente del *Code*, se rectifica en otras de formación más moderna, como la del art. 163, apartado 2.º, al disponer: «Se formará inventario con intervención del Ministerio fiscal de los bienes de los hijos en que los padres tengan sólo la administración; y a propuesta del mismo Ministerio, podrá decretarse por el Juez el depósito de los valores inmobiliarios propios del hijo». La fianza y el desplazamiento posesorio por la entrega no deben de concederse al usufructuario facultades de disposición, debiendo de comprender aquélla la caución de devolver los mismos títulos recibidos o asegurar los perjuicios que pudieran irrogarse por su ilícita disposición. Para limitar estas facultades posesorias, que al concedérselas al

fructuario le legitiman con su tenencia para la disposición del título, armonizando las situaciones jurídicas de los interesados, ha nacido una nueva figura de «coposesión»—generalmente desplazada por el depósito—o un sistema de notificaciones cuando éste falta. El depósito bancario permite el constreñir las facultades recíprocas al mediatizar la posesión. La introducción legislativa de estos terceristas, que suprime la posesión en rama de los valores por los interesados, atrae hacia los mismos los problemas internos del usufructo, complicados por la incertidumbre jurídica producida por las distintas opiniones sobre algunos puntos que sostiene la doctrina, para lo que hay que completar los actos sucesivos con una ratificación, a menos que se reglamenten en la constitución del depósito.

El reconocimiento del depósito como solución ecléctica a los derechos de los titulares se normativiza en el apartado 3.º del art. 760 del ZGB, que dispone: «si el usufructo tiene por objeto títulos de valor, el depósito de los títulos es suficiente». De esta forma se asegura la identidad del objeto que se debe de restituir a la terminación del usufructo con los acrecentamientos que experimente durante el disfrute del derecho real, y el usufructo irregular desplazaría por ser entonces tan sólo el fructuario deudor del valor, concepción peligrosa, como señala WOLF, con carácter general, en los momentos de inflación, que el legislador no pudo tener en cuenta. Para evitarlo, el art. 2.561 del nuevo Código italiano valora los bienes inventariados sobre la base de los precios corrientes al tiempo de cesar el usufructo.

b) *Sustancia y fruto.*—Los conceptos fundamentales de sustancia y fruto en los títulos de valor los encontramos correcta y elegantemente expresados en la Sentencia de 3 de enero de 1940, diciendo en uno de sus considerandos: «Entre las distintas modalidades que por razón de su contenido puede ofrecer el usufructo, según recaiga sobre cosas, derechos o patrimonios, se trata en el caso de autos de un derecho fundacional con potencialidad económica que se manifiesta en la producción sucesiva de cantidades procedentes de la entrada de los socios en el Banco, y siendo esto así, fácil es distinguir, doctrinal y legalmente, la esencia o sustancia del usufructo, constituido por el derecho en sí mismo, como fuentes de posibles y repetidos vencimientos, que no se agotan al producirlos, y el goce o disfrute de ese derecho, representados por las cantidades que, en

razón del mismo derecho, se reparten, los cuales renacen en cada vencimiento, manteniéndose no obstante sin alteraciones de la sustancia el derecho fundacional o *nodus ius* del propietario con potencia económica para dar nuevos frutos hasta la extitución del derecho».

En relación con el concepto de frutos se sienta en esta Sentencia la siguiente doctrina: «El concepto de «beneficios», a que alude el repetido art. 475, comprende todas las utilidades correspondientes a particulares en una explotación industrial o mercantil, y utilidades son todos los rendimientos que al socio fundador concede el artículo 113 de los Estatutos del Banco; y segunda, porque aunque fueran sinónimas las palabras «beneficios», que usa la ley, y «beneficios sociales», que emplea el recurrente, siempre resultaría que si para los socios comunes el beneficio social está representado por la ganancia líquida de la sociedad, para el socio fundador suélle establecerse, como se estableció en el caso de autos, otra fuente de ingreso similar al beneficio social complementario, en premio de la iniciación y puesta en marcha del negocio social», desestimando, en consecuencia, el recurso interpuesto contra el fallo de la Audiencia que concedió estos beneficios al usufructuario.

La génesis de este usufructo la seguiremos teniendo en cuenta los conceptos sobre los que se ha ido fijando la jurisprudencia, prescindiendo de su clasificación doctrinal.

c) *Usufructo de la acción de la sociedad anónima*.—La irrupción de las sociedades anónimas pronto produjeron su impacto sobre el usufructo, y a través del mismo se puede seguir el proceso del desarrollo industrial por las fechas en que se plantean los problemas fructuarios. Los primeros supuestos judiciales sobre ampliación de capital en la sociedad anónima se plantearon con motivo de las vinculaciones, liquidación de la sociedad de gananciales o devolución de la dote. Un resumen muy circunstanciado de nuestra evolución jurisprudencial puede seguirse en los «Dictámenes», de MAURA; que anteriormente ya había estudiado esta materia. No obstante, siguiendo el criterio sentado al principio de este trabajo, para evitar las implicaciones que se dan al acumular el concepto del usufructo con otras instituciones de disfrute temporal de bienes, prescindo de recoger estos precedentes; por ser contrarias las soluciones aceptadas

en aquellos campos a las admitidas por la jurisprudencia cuando se trata del derecho real.

Un punto de coincidencia en el concepto de frutos, entre los del usufructo legal y el voluntario, se encuentra en un dictamen del maestro CLEMENTE DE DIEGO (RPD; 1921), del que copio el siguiente párrafo : «La propiedad se engrosa con las cosas que a ella se incorporan de fuera (accesiones propiamente tales), muy distintas de las que por desdoblamiento interior de sustancia se producen : estos son los frutos, aquellas accesiones, y mientras éstos devienen *res nova* y por discreción, más que por accesión, se hacen objeto de un dominio separado e independiente. Las otras se hacen con la cosa principal, a la que se adhieren física o moralmente, constituyendo a modo de *unidad fundamental* en la vida de las relaciones sociales. Los acrecentamientos por incorporación engrosan la sustancia de la cosa y pertenecen siempre al propietario. Aquellos otros, por desdoblamiento interior, pueden caer en el patrimonio del propietario, pero también del usufructuario (479)»

La primera resolución judicial que encontré de este engrosamiento de la sustancia, tuvo lugar con motivo de la calificación jurídica de la parte detraída de las utilidades o beneficios sociales, que no se aplican a distribuirlas por medio de dividendos y se pasan a incrementar o formar el capital de reserva. Con relación a este aspecto, dice MANRESA en sus *comentarios* al art. 475 : «Los frutos civiles citados, puesto que son reservables para algo, pertenecen más bien a la entidad moral que a sus individuos y los repartos o dividendos que el usufructuario puede perder serán compensados con otros que puedan percibir de tiempos anteriores, siendo difícil la separación atendiendo a la época de ingreso en el fondo social», citando a NAVARRO AMANDI, el que en su *Cuestionario del Derecho Civil Reformado* señala en una de las cuestiones : «¿Podrá un usufructuario invocar algún derecho a los dividendos que se pueden repartir con posterioridad al usufructo si se distribuyen aquellas cantidades en reserva o si se hacen con dinero obtenido en la venta de aquellas especies o géneros? Así se ha creído por algunos, pero se han rechazado las posteriores de los usufructuarios por la *cour de París* (27 abril 1827), tratándose de fondos en reserva, y por la *cour de Bruselas* (22 marzo 1854), refiriéndose a dividendos de los que era parte lo obtenido por la venta de géneros y especies».

La idea primaria, como en todo problema usufructuario, hay que

situarla en el sentido teleológico del mismo, que además repercute sobre el derecho real, de objeto más complejo que tiene una formación autóctona. Los aumentos o disminuciones del capital social, consecuencia de ganancias no repartidas o pérdidas compensadas, por un sentido estabilizador, no afectan al derecho real, que sólo percibe su fase externa por medio del reparto de dividendos, siendo éstos el verdadero fruto civil que corresponde al usufructuario, pues otra tesis crearía la inseguridad jurídica. En las sociedades anónimas existen dos clases de capital: el uno, productor de frutos, y el fondo de reserva que es inerte o estéril jurídicamente. Su trato es completamente distinto; del capital se sacan los dividendos y sólo en el caso que el fondo de reserva se desdoble por una ampliación de capital con la emisión de acciones liberadas, entonces estas acciones, como manifestación externa de la sociedad, repercute sobre el derecho real que pueda existir constituido sobre las acciones de la sociedad. Con arreglo a la concepción unitaria del usufructo, sobre estas nuevas acciones hay que extender el usufructo. La construcción tiene un paralelismo con la separación de los frutos industriales.

El usufructo de créditos, del que consideré al principio como filial al usufructo de los títulos de valor, marca con relación a la acción de la sociedad anónima una diferencia muy acentuada. En el crédito encontramos vinculado al deudor, que se encuentra atenazado por la inmovilidad característica de las obligaciones, que acentúa la doble titularidad activa al dificultar su modificación, pero cuando contemplamos a la sociedad anónima vemos que su regulación pasa a primer plano con derecho originario; dentro de éste nace, vive, se modifica y extingue el derecho societario, que simboliza el título, con arreglo a sus leyes particulares y Estatutos sociales y a sus modificaciones, a las que tiene que plegarse el usufructo de los títulos que la representan, como derecho satélite instrumental:

Establece el art. 39 de la Ley de 17 de julio de 1951, que regula las Sociedades anónimas: «La acción confiere a su titular legítimo la condición de socio y le atribuye, como mínimo, los siguientes derechos:—1) El de participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación.—2) El derecho preferente de suscripción en emisión de las nuevas acciones...», de cuyos particulares nos vamos a ocupar a continuación.

d) Aplicación de los dividendos.—Los buenos propósitos de la

Ley; paladinamente expuestos en la Exposición de Motivos que le precede de terminar con «las inevitables discusiones en la materia», han producido no sólo una abundante bibliografía, sino la división de opiniones que mantienen los autores en relación al usufructo de las acciones de la sociedad anónima, acéntuándose el interés de la materia, por el signo bálsico que preside nuestra economía en la actualidad. Hay sendos trabajos en el ADC, de BOFARULL, SUÁREZ FIGUEROA y GARCÍA CANTERO, y en la RDM, de LARRAZ y MARTÍNEZ DE LA FUENTE.

El anteproyecto contenía la vigente disposición, señalada entonces con el número 42, que venía a resolver la tan debatida cuestión del usufructo de acciones, dice el prólogo, que pasa a ocupar, sin modificación en la redacción definitiva, el número 41 del articulado de la nueva Ley, que dispone: «En el caso de usufructo de acciones, la cualidad de socio reside en el nudo propietario; pero el usufructuario tendrá derecho a participar en las ganancias sociales obtenidas durante el período de usufructo y que se repartan durante el mismo». Para salvar la poca fortuna literaria y jurídica del precepto hay que sentar, en primer lugar, el campo de aplicación de cada una de las leyes que inciden en la materia: el Código civil y la ley especial; los Estatutos es difícil que hablen de la relación interna usufructuaria. Según dice acertadamente VILLAVICENCIO, es «un problema de legitimación del usufructuario frente a la sociedad, que deja totalmente intacto y no puede afectar a la relación sustantiva del usufructo».

Al dejar sin retoques este particular del anteproyecto de la ley, no se recogió la doctrina sentada en la importante Sentencia del año 1947. Pudo, sin embargo, tenerse a la vista la doctrina contenida en la de 3 de enero de 1940, en la que como se trataba de un problema de atribución y no de distribución, aparecía tratada la prestación como indivisible. La ley tampoco toca este último aspecto de aplicación adietada del dividendo; pues, en realidad, ante la sociedad anónima, aparece el dividendo como indivisible, y extinguido el usufructo la sociedad se libera pagando al propietario, sin perjuicio de que si no le abona su parte, pueda repetir el heredero del usufructuario contra aquél.

La ley especial requiere una doble condición para el pago legitimado al usufructuario: que el dividendo, que la sociedad reparta

reúna la doble condición: de que se obtenga y reparta durante el período del usufructo. En este caso no cabe duda qué cualquiera que sea la interpretación que se siga hay conformidad entre la ley y la doctrina, que los frutos correspondientes al período central fructuario son del titular del derecho real. La discrepancia se produce cuando se trata de aplicar el pago de un dividendo correspondiente a un ejercicio, repartido después del período del usufructo y devengado en parte durante el mismo, por la regla jurídica—pura ficción—de la producción de los frutos por días, y de conformidad con la regla del art. 475, no expresamente derogada por la ley especial, se deberá de liquidar el dividendo por días y pagar al heredero del usufructuario la parte que le corresponda en proporción a los tiempos de disfrute durante el ejercicio que comprenda el dividendo. Correspondrá en su totalidad al usufructuario, si su derecho real hubiera durado todo el ejercicio económico y la extinción de su derecho es posterior, por la retroactividad que supone todo acto declarativo. Los dividendos devengados antes del usufructo, si no corresponden en su totalidad a ejercicios anteriores, en cuyo caso serían del constituyente, se estará, salvo norma especial a la regla, de que pertenezcan por entero al usufructuario. La interpretación mercantil derivada de la ley especial tendría que deducirse a contrario sensu, regla demasiado débil, para concederle carácter derogatorio a una norma expresa del Código civil.

La distinción entre los tres períodos del usufructo permite la sincronización con los ejercicios que grava el derecho real, sin dar una interpretación extensiva a la ley especial contra lo dispuesto en el Código civil, que no debe de considerarse derogado. Razones de sistematización aconsejan el seguir esta doctrina para no aplicar normas distintas al usufructo conjunto o alternativo, estudiado por SAPENA (RDP, 1952).

La interpretación literal se debilita por la oscura locución de ganancias obtenidas que emplea la ley especial, pues según ALBÍÑANA, en la RDM, en su trabajo sobre el Beneficio y su distribución en la Ley de Sociedades Anónimas, el término ganancia es extraño a la propia ley y aun confunde más el complemento repartan cuando el usufructuario tiene unos poderes limitados de fiscalización, y limita su derecho al dividendo, corresponda en todo o parte al ejercicio, o sea con cargo a ganancias anteriores no repartidas, como contrapartida a las que vayan al fondo de reserva de las que se le

excluye. El dividendo viene a ser la contrafigura de los frutos orgánicos que adquiere relevancia jurídica por la separación, quedando al margen los intereses contrarios de los titulares del derecho real y siendo prevalentes los sociales, que son los que gobiernan y repercuten sobre el usufructo.

e) *Aumento de capital en la sociedad anónima.*—El punto inicial de la buena doctrina se encuentra en la Sentencia de 23 de enero de 1947, que sobre su trascendencia al apartarse del criterio seguido anteriormente dentro de los usufructos legales, califica correctamente estos incrementos. Dice la calendada Sentencia: «No... puede asimilarse la sociedad formada por marido y mujer mediante el matrimonio, sociedad de índole predominantemente moral, y la realización de los fines de la familia de la que dimana la de ganancias, con una sociedad de ganancias como es fundamentalmente la anónima», que deriva de la idea anteriormente expresada: «significando el *usufructo* una limitación indudable de la propiedad al alcance del mismo en caso de duda debe de ser interpretado restrictivamente», con lo que se revitaliza el principio de desfavor con que los juristas romanos trataron a las limitaciones del dominio.

Rehuyendo el problema doctrinal sobre si la causa del acrecimiento es la accesión, dice la prenotada Sentencia: «Sea cual fuere el concepto que pueda merecer dicha opinión, que más bien se apunta que se sienta de un modo concluyente», por lo que tanto puede deducirse de la *accesión* como de la *unidad usufructuaria* y derecho a los aumentos proclamada por el art. 479 del Código, o del inalterable derecho al mantenimiento de la *proporcionalidad* original en la sociedad anónima. Si el paquete usufructuado equivale al dos por ciento del capital social y se duplica el número de acciones, al adjudicar éstas al usufructuario resultaría que, a la consolidación, el propietario vería reducida su participación en un paquete de acciones que representaba el uno por ciento del capital social; mitad de la que dió origen al usufructo. Puede consultarse sobre su origen y fundamento: «El derecho de suscripción preferente de nuevas acciones», de BOUTHELIER, en la RDM, 1950.

Después de aquellas previas consideraciones, se sienta en la dada Sentencia la siguiente doctrina: «Porque prescindiendo de la *periodicidad en la producción de los frutos* que no es esencial a la

consideración de tales...; el fruto es algo producido por la cosa que lo da y es evidente que las acciones nuevas no pueden estimarse generadas por las acciones antiguas, cuyo fruto o productos son los dividendos repartidos.» En su consecuencia: «La atribución del derecho a suscribir las acciones nuevas a los nudos propietarios en casos como el presente responde además a consideraciones de equidad que no pueden ser desconocidas y que han sido reiteradamente expuestas por la doctrina científica, como son la de que debe buscarse el equilibrio entre las reservas y los riesgos, y si la sociedad derriba un dividendo pasivo sobre el capital, éste lo soporta el propietario, no el usufructuario (cuestión no debatida), y si la acción pide para aquél, no para éste, en cuanto es representación del capital, por lo que parece natural atribuir al propietario la ventaja que da la propiedad de las acciones nuevas o de que siendo los primeros accionistas los primeros en arriesgar su propio capital resulta lógico conferirles el aumento de éste capital representado por las nuevas acciones y, por tanto, el derecho a suscribir las.» En conclusión, las nuevas acciones deben quedar vinculadas al usufructo.

Dispone la proposición última del apartado primero del art. 41 de la Ley de Sociedades Anónimas: «El ejercicio de los demás derechos de socio corresponde, salvo disposición contraria de los Estatutos, al nudo propietario de las acciones», y como no es probable que los Estatutos regulen una materia particular, como la referida a la relación interna usufructuaria, se atribuye este derecho de preferencia al nudo propietario. Conserva este derecho el carácter facultativo original, por lo que si se deja de utilizar puede hacerlo el usufructuario, en cuyo caso también quedan afectas las nuevas acciones a un usufructo supernumerario, con el derecho a retener las nuevas acciones a la extinción del usufructo hasta que se le abone su contravalor en el momento de la emisión, formando en cuánto a lo demás una unidad usufructuaria. Si suscribiere el nudo propietario las acciones, como no disfruta de los dividendos, tiene derecho a que se le abone por él fructuario el interés legal de la suma desembolsada.

Puede presentarse una situación prevalente al derecho a suscribir y es la de vender el cupón, quedando su importe afecto al usufructo. *Dividendos pasivos.* La apuntada correlación es igualmen-

te aplicable a los dividendos pasivos de las acciones no liberadas de la sociedad anónima. La norma primaria está en germen en la citada Sentencia del año 1947, a través de una interpretación dura del art. 505—doctrina superada—, según la cual corresponde al propietario el pago de las contribuciones que se impongan directamente sobre el capital, y de la que deduce y sienta: «Si al usufructuario corresponden, según la Sentencia, los frutos de dichas nuevas acciones y si para adquirirlos ha sido preciso que el propietario entregase determinada cantidad en metálico, es, conforme a toda equidad atribuirle aquella obligación... ; que viene a responder, en definitiva, al principio de inadmisibilidad del enriquecimiento injusto sancionado por diversas Sentencias de este Tribunal», confirmando el particular del fallo recurrido, por el que, se condenaba al usufructuario al pago del interés legal del dinero adelantado por el nudo propietario para cubrir el pago de la nueva suscripción de acciones.

En el segundo apartado del art. 41 de la Ley de Sociedades Anónimas, se dice: «Cuando el usufructo recayere sobre acciones de sociedades no liberadas totalmente, el usufructuario que deseé conservar su derecho deberá efectuar el pago de los dividendos pasivos, sin perjuicio de repetir contra el nudo propietario al término del usufructo. Si el usufructuario incumpliera esta obligación, la sociedad deberá admitir el pago hecho por el nudo propietario». Ha seguido aquí la ley el principio más amplio sentado en el art. 510, que aunque establece por un lado una «obligación» de pago de deudas ajena, en realidad se inspiran en el sentido de defender la unidad del usufructo universal. En el último caso, deberá abonar, también, el fructuario intereses al propietario, pues él recibirá los frutos *alimentados* por la aportación social de aquél.

g) *Acciones liberadas*.—El apartamiento de antiguas concepciones derivadas del usufructo legal debe seguirse igualmente cuando se trate de acciones liberadas; pues la Sentencia de 14 de mayo de 1929, siguiendo a la de 4 de junio de 1881, las declaró frutos.

Aunque falta un precepto expreso, siguiendo las coordenadas del usufructo, el capital—acción nueva—se debe de adjudicar al nudo propietario, y el usufructuario ve ampliado el objeto de su disfrute a la nueva acción. A la vista del art. 2.352 del nuevo Código civil italiano, dice MESSINÉO, en la «Colación y reunión ficti-

cia de acciones de sociedades» (RDP 1948): «De modo que es indispensable que el usufructo se transfiera sobre el precio o cuando la enajenación tuvo lugar a título gratuito, sobre el valor del mercado del derecho de opción. Pero llegado a este punto no vemos cómo no cabe negar que el usufructo se extiende a la nueva acción en caso de que, en lugar de enajenar el derecho de opción, lo utiliza el nudo propietario invirtiéndola en una acción.» Es de interés la cita de tan conspicuo autor por rectificar su anterior criterio formalista, a la vista del texto positivo, asociándose a la opinión de ASCANI—citado extensamente por GARCÍA CÁNTERO en ADC, 1952—, resumiendo aquél su nueva postura: «Todas las razones expuestas han de abandonarse frente a la consideración de que el usufructo de acciones es usufructo de acciones sobre una cuota del *patrimonio social*», criterio de proporcionalidad que ilustra con otro ejemplo análogo al anteriormente citado por nosotros.

ii) *Liquidación de la sociedad anónima.*—El valor debe de utilizarse lo indispensable para el usufructo, por lo que a la liquidación de un usufructo de acciones de una sociedad anónima deben de devolverse el paquete recibido con los incrementos si los hubiere habido, prescindiendo de los valores que tuvieron en los momentos de constitución o los de la liquidación: tanto en más, como en baja; en relación con los de constitución del usufructo. Si la realización de los valores obedece a la liquidación de la sociedad anónima, como señala URÍA: «El usufructo continúa sobre la cuota total de liquidación correspondiente a cada una de las acciones usufructuadas, sea mayor o menor el nominal de la acción.» El producto que se obtenga queda vinculado al usufructo, dándosele, a falta de acuerdo; el trato previsto en el art. 494 del Código.

30. USUFRUCTO EN SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. En la ley especial de 17 de julio de 1953, que disciplina esta materia, se contiene una réplica de lo dicho anteriormente para las sociedades anónimas, para el usufructo de las participaciones en la sociedad de responsabilidad limitada, diciendo el art. 24: «En el caso de usufructo de participaciones sociales, la cualidad de socio reside en el nudo propietario. Pero el usufructuario tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas durante el período de usufructo y que se repartan dentro del mismo. El ejercicio de los de-

más derechos de socio corresponde, salvo disposición contraria de la escritura social, al nudo propietario de las participaciones sociales de que se trate.» Por lo *mutatis mutandi*, es aplicable lo anteriormente sentado para la sociedad anónima.

31. USUFRUCTO SOBRE UN PATRIMONIO MERCANTIL. a) *Su concepto*.—Como decíamos, en el art. 475 se puede ver un atisbo del usufructo sobre el patrimonio mercantil. Esta inducción, sin embargo, no facilita más que escasos elementos de aplicación sobre el contenido de este derecho real, cuya realidad jurídica se impone admitirla, salvando las dificultades que presenta.

Si se me permite la licencia de una hipótesis, diré que se nota cierto rezago en la evolución doctrinal de los mercantilistas, mientras que entre los civilistas existe un clima más favorable a admitir la hacienda mercantil. Fundo esta hipótesis, sin cotejo de citas, en la idea de que para los civilistas el problema, no sólo es tangencial, sino que su visión estereoscópica les facilita la perspectiva de su contenido, que se esfuma por su falta de relieve en la realidad mercantil. El arrendamiento, usufructo o *hipoteca*, marcan un díntorno económico, dando al patrimonio la conciación objetiva necesaria, que no siempre se consigue superar, dentro del campo inherente o constitutivo, cuando se condicionan los patrimonios separados. La concisión civil que provoca el derecho real da base para superar la dificultad objetiva y permite dar al patrimonio mercantil un concepto unitario en correlación con el usufructo sobre el mismo.

El aspecto subjetivo de la empresa mercantil refuerza el sentido teleológico del usufructo, remarcado por un carácter genuino de aquella: el *aviamiento*, definido por VIVANTE, en su *Tratado de Derecho Mercantil*, como «la expectativa de ganancias futuras, fundadas en los dos grupos anteriores de cosas y derechos, y especialmente en el surtido de mercancías; en el nombre, el rótulo o emblema del establecimiento; en la posición del local, que sirve de reclamo a los antiguos y a los nuevos clientes; en la habilidad de los dependientes, en las prácticas tradicionales de facilidad, crédito, de pequeños servicios».

El espaldarazo legislativo a la empresa mercantil, que no cabe ya desconocer en el usufructo, lo otorga la ley de 16 de diciembre de 1954 al reglamentar la hipoteca mobiliaria, que pasa a tener vigencia sirviendo para ver desde la otra orilla el derecho real que

aquí nos interesa. Se dice en la Exposición de Motivos: «La diversa terminología empleada en la doctrina científica para designar la empresa, casa o establecimiento mercantil; las diferentes construcciones de la empresa, desde las que consideran como ente jurídico unitario al modo de una universalidad, hasta las negativas, que no admiten el concepto unitario de la empresa y la especial naturaleza de los elementos que la integran, que son las cuestiones que han sido objeto de muy detenido estudio por la evidente trascendencia que tiene para el desenvolvimiento de la hipoteca.» A través de la perspectiva hipotecaria nos formamos una idea de la empresa mercantil, que con solución ecléctica divide al objeto, comprendiendo en el art. 21, dentro del establecimiento: el nombre comercial, rótulo del establecimiento, marcas distintivas y demás derechos de propiedad industrial e intelectual, y las máquinas, mobiliario, utensilios y demás instrumentos de producción y de trabajo. De forma voluntaria puede extenderse la hipoteca a las mercaderías y materias primas destinadas a la explotación, en las circunstancias que determina el art. 22, obligándosele a tenerlas en cantidad y valor igual o superior al que se haya determinado en la escritura de hipoteca, concediéndosele al hipotecante un derecho de inspección.

Esta división no se señala en el arrendamiento por lo coetáneo que resulta el pago y entrega en el traspaso, a cuya gestación es extraño el arrendador —el derecho de preferencia es posterior—; por lo que se formó pronto un concepto unitario del patrimonio mercantil, cuya causídica ha sido recogida por MUÑOZ CAMPOS y CEREZO CARRASCO en la RDM de 1955, en un trabajo sobre *El concepto jurisprudencial de la empresa a efectos de arrendamientos*. Entre las Sentencias citadas, por su doctrina y fecha, es de interés la de 26 de mayo de 1914, en la que se dice: «Sin que a ello obste la naturaleza fungible de los bienes, porque constituyendo el establecimiento un todo comercial con diversidad de géneros, los existentes, que se acredita haber sido adquiridos por la tercera, vienen a sustituir y representar a los que primitivamente y en fecha no remota fueron base de su comercio.» Esta transmutabilidad del arrendamiento sentado por la jurisprudencia, coincide con la subrogación real que se defiende con carácter general en el usufructo y fundamente igualmente JORDANO BAREA en el *Quasi-usufructo como derecho de goce sobre cosa ajena*, diciendo: «Al marido sólo

le corresponde el usufructo y la administración y está obligado a restituir los mismos bienes que hubiesen constituido la dote, siempre que subsistan sin haberse consumido o enajenado, o aquellos que los hubieran sustituido (arts. 1.372, 1.159 y 1.370); sólo faltando *in corpore* es cuando restituirá el importe de la estimación (art. 1.372, apartado 1º, *in fine*), y tal vez, aun mediante ésta, podrá devolver el *tantumdem*.» El no traer la doctrina de la subrogación real al usufructo voluntario sería resucitar el antiguo problema de identidad, incompatible con el destino de determinadas mercaderías, que el fructuario está precisamente obligado a vender y sustituir, con arreglo a las finalidades de la empresa en beneficio de ambos titulares, siendo estos simples movimientos por líneas inferiores.

Dentro del usufructo sobre una empresa mercantil se reproducen las dos tendencias: la atomística, que ve sendos usufructos, uno por cada uno de los bienes o clase de bienes, lo que obliga a escindir el objeto fructuario en un usufructo y otro cuasi usufructo. La otra tesis defiende la unidad patrimonial. La primaria solución atomística del usufructo trae la consiguiente hipertrofia del usufructo irregular, que va engrosando por las nuevas realidades que se incorporan a la vida fructuaría, para rectificar posteriormente su ruitivo con la constante histórica de que los primitivos usufructos irregulares vuelven a través de la doctrina unitaria al derecho real, en evitación de los inconvenientes jurídicos y económicos que provoca la institución que responde al apelativo de irregular. Con ello el derecho vuelve a su concepción primigenia y el concepto matriz del usufructo recibe al irregular, que pasa a ocupar un lugar conjunto en la institución. La concepción unitaria produce el cambio de conceptos; no se trata de la devolución del *tantumdem*, sino de la integración de los bienes que constituyen el patrimonio en dos grupos: los de aquellos que por su destino no venal constituyen el soporte del derecho con los elementos o partes fijas en los que se asienta la empresa mercantil, y las mercaderías enajenables, no consideradas individualmente sino constituyendo el acervo mercantil. Sobre éstas tiene una particular flexión la obligación de conservar, que de estática se ha convertido en dinámica, como demanda el sentido comercial que vitaliza a la institución, imponiendo al fructuario la obligación de vender. Considerando aisladamente el *ius disponendi*, es facultad dominical incompatible

con el usufructo, pero la concepción unitaria salva el escollo, pues la ventá no constituye más que una parte del ciclo económico que se completa con la obligación de comprar, sin la cual se diluiría el patrimonio, y las ganancias (frutos) no existirían. El precedente lo encontramos en el usufructo sobre el ganado, donde tiene lugar la reposición natural; aquí, por medio del instrumento jurídico de la compraventa, se produce el mismo fenómeno superador de la identidad, del que trataremos al hablar de las facultades de administración del usufructuario. En el ganado de labor se dió el mismo tránsito, desde el derecho romano a la doctrina francesa.

En el usufructo de la hacienda mercantil confluyen los principios de unidad que gobiernan a las dos instituciones que la integran: el usufructo y el patrimonio mercantil gravado. La consideración unitaria parece ser la doctrina dominante en Francia, calificando COLIN y CAPITANT *unitariamente de usufructo de la Hacienda* a consecuencia «de la aplicación de la teoría de la *subrogación real a título universal*... Ahora bien, en las universalidades de este género las cosas adquiridas en lugar de las que son enajenadas o consumidas se subrogan a ellas de pleno derecho, ocupan el lugar dejado vacante con los mismos caracteres jurídicos de las cosas desaparecidas... La consecuencia práctica es que el usufructuario tendrá derecho a disponer de las primeras materias y de las mercaderías con la única obligación de reemplazarlas a medida que se consuman; el derecho del propietario se extenderá *ipso iure* a las mercancías y materias nuevas que han subrogado a aquellas que el usufructuario dispuso». Estudia ROCA SASTRE *La subrogación real*, en RDP, 1949.

Esta es la etapa que ha de completar el ciclo jurídico desde la doctrina atomística a la integradora, materia preñada de dificultades y en la que es difícil afirmar soluciones concluyentes, cuando HEDEMANN, en *Cincuenta años de vigencia del Código civil alemán* (RDP, 1950), dice: «El desdoblamiento de un conjunto de bienes en partes individuales se presenta de modo especial en el usufructo (Cód. civ. esp., art. 467 y ss). En este punto afirma expresamente el B. G. B.: *El usufructo sobre el patrimonio de una persona sólo puede establecerse obteniendo el usufructuario el usufructo de los distintos bienes que integran el patrimonio*. También en este punto se ha producido un cambio importante que en todo caso

no ha alcanzado plena madurez jurídica. La *empresa* se ha infiltrado en el Derecho civil como concepto jurídico independiente procedente del mundo del comercio y de la industria. Ahora bien: ¿qué ocurre cuando una gran empresa obtiene contractualmente el usufructo de una empresa menor? Se plantean aquí al jurista muchas cuestiones de las que ninguna queda reglamentada en la Codificación de 1900. Por ejemplo: ¿responderá la gran empresa por las deudas de la pequeña ya existentes al pactar el usufructo? (deudas anteriores) o, al contrario, terminado el usufructo—pactado por tiempo determinado—, ¿habrá de asumir la pequeña empresa que al liberarse del usufructo ha recuperado su independencia las deudas que se originaron durante la vigencia del usufructo? ¿Quién soportará la carga impositiva en el interregno? ¿Tendrá que velar la gran empresa, por el honor—el buen nombre—de la empresa usufructuada conservando cuidadosamente sus métodos comerciales, es decir, manteniendo la *tradición*? Esto no es sino un ejemplo de cómo han irrumpido nuevos aspectos en el dominio del viejo BGB. Tales fenómenos nada tienen de común con las «cosas» (*res*) de la Codificación de 1900.» Parte HEDEMANN del BGB que sólo reglamenta el usufructo legal, al que llama sobre un patrimonio, y el estudio de los demás puntos ha de diferirse con relación a terceros, a los momentos: de constitución; el de las obligaciones del usufructuario; sus relaciones con terceros, o al de liquidación del usufructo, donde será obligado abordar estos problemas, referidos a cada uno de los momentos o aspectos de la vida fructuaria.

b) *Sustancia*.—La concepción unitaria del usufructo de una hacienda mercantil borra y anula completamente el concepto de consumibilidad o no de los objetos que la integran. La abstracción que supone esta unidad hace que el concepto material se mediatice en predominio del espiritual en el que destaca el sentido teleológico por la vitalidad que envuelve la *explotación de toda empresa industrial o mercantil*, que obliga, y este es el carácter más saliente del que derivan todos al *ejercicio regular del comercio o de la industria*, recogido por el art. 2.555 del nuevo Código civil italiano.

La sustancia queda subyacente en la reunión de bienes y derechos que forman la empresa, compuesta por los elementos corpóreos y derechos no enajenables que sirven de soporte a la explotación y por las mercaderías destinadas para la transformación o la

venta, pero a éstas no se les puede *corporeizar*; obedecen a las coordenadas de la empresa aún cuando se vendan individualmente, y el sentido unitario de la misma quita toda reminiscencia de identidad. El *tantumdem* puede ser una simple coincidencia con la finalidad comercial, pues no se da por los cambios de temporadas, variación de artículos, modelos, etc., sin que por ello sea distinta la naturaleza del usufructo, que no claudica en irregular.

El concepto de sustancia se hace aquí de forma más acusada, circunstancial, por el dihamismo que se ha de imprimir a una parte del patrimonio mercantil; de otra forma el propietario resultaría perjudicado, dicen COLIN y CAPITANT, pues a la terminación del usufructo la clientela habría desaparecido, y la sustancia de la cosa habría perecido. La solución unitaria evita también los inconvenientes de la atomística que identifica, como dice JORDANA, «la hacienda con la mercadería» y se quitaría el carácter mediano que tienen las ganancias. La venta no desintegra a la hacienda. No considerarlo así es un daltonismo que mira a un solo aspecto de las obligaciones, por lo que sustancia de la cosa constituye el conjunto de bienes que se otorgan en usufructo formando una unidad, y que el usufructuario está obligado a movilizar, de acuerdo con las normas del propietario anterior y los usos mercantiles, para poder aprovechar hasta la extinción del derecho los beneficios regulares que la empresa proporcione, y devolverla en condiciones prósperas.

c) *Frutos*.—El concepto comercial o industrial de ganancias ofrece menos dificultades que la determinación del jurídico de frutos. Aquel concepto económico debe ser el preponderante y el que determine la detacción de los frutos por la variedad de factores que deben determinar una prudente explotación, como amortizaciones de capital, renovación obligada de los elementos de la producción, cuya prudente ponderación, a falta de acuerdo previo, deben determinarse siguiendo los usos del constituyente y práctica mercantil. Problemas que en la mayoría de los usufructos, por ser de naturaleza vidual y nudo propietarios los hijos, carecen de importancia jurídica. Tomamos de PLANIOI y RIPERT las siguientes normas: «El usufructuario tiene derecho a los beneficios de establecimiento, considerados como frutos civiles. Pero su derecho presenta una doble limitación: en primer lugar tiene la obligación de

efectuar las amortizaciones necesarias en cuanto respecta al material, por tener, según vimos, que conservarlo y renovarlo; además, puede quedar obligado a descontar una porción de los beneficios para conservar y desarrollar un fondo de reserva, si tal fuera el uso del propietario del establecimiento, ya que, de acuerdo con el art. 578 del Código civil, el usufructuario ha de conformarse al modo de disfrute establecido por el propietario.

La dificultad se manifiesta en la eficacia de estas liquidaciones parciales, realizadas sin intervención del propietario y que habrán de revisarse y analizarse, en su conjunto, a la terminación del usufructo. Si bien no es incompatible el que con carácter definitivo, cuando la explotación sea directa, se le asigne al usufructuario, por analogía con lo dispuesto en el art. 494, una suma por gastos de administración, la que puede ser fijada, a falta de acuerdo, judicialmente.

32. USUFRUCTO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. a) *Antecedentes de esta ley.*—Adviene al derecho moderno ésta nueva manifestación patrimonial, a caballo de la imprenta, que le concede la corporatividad necesaria para el ejercicio del derecho. Se debe nuestra Ley de Propiedad Intelectual a una proposición de Ley que, entre otros, firmara DANVILA CÓLLADO, por lo que sus opiniones reflejan el pensamiento de la época, siendo también comentarista de la misma. Avalaron sus citas el que, posteriormente, su condición de historiador le llevó a la Real Academia de la Historia. Dice en su obra *La propiedad intelectual*: «Los descubrimientos de la imprenta y de América señalan en España un momento histórico en que una gran reina, gloria de su patria y de su siglo, ennoblecé el trono español y abre al talento el camino que inútilmente le habían negado las preocupaciones absurdas de tantos siglos de ignorancia. Una pragmática dada en Toledo en 1480 (ley 1.<sup>a</sup>, tít. 15, libro 8.<sup>o</sup> de la Novísima Recopilación), satisfaciendo la necesidad de legislar sobre obras del espíritu, recordaba que «considerando los reyes, de gloriosa memoria, cuánto era provechoso a estos sus reinos se trajesen libros de otras partes para que con ello los hombres se hiciesen letrados; quisieron y ordenaron que de los libros no se pagase alcabala, exención que se extiende al almojarifazgo, diezmo, portazgo y demás derechos...»; y en otra pragmática, dada en Toledo en 8 de julio de 1502 (ley 1.<sup>a</sup>, título 16, íd.), en las cuales prohibieron la impresión e introducción

de libros sin licencia... La gloria estaba reservada a Carlos III, que siguiendo los patrióticos consejos de Jovellanos y Floridablanca, se anticipó a su época... Mandó, por Real orden de 22 de marzo de 1763, que de aquí en adelante no se concediese a nadie privilegio exclusivo para imprimir libro alguno sino al mismo autor que lo hubiese compuesto...; por Real orden de 20 de octubre de 1764, primera disposición legal legislativa española que reconoce el derecho de propiedad intelectual, que los privilegios concedidos a los autores no se extinguiesen por su muerte.» Todo esto forma también parte de la exposición de la referida proposición de ley.

Esta incipiente propiedad, aureolada por la Revolución francesa que también la proclama, toma los caracteres del derecho de propiedad al propio tiempo consideróla TURGOT de sagrada e imprescindible. Este es el carácter que distingue a la ley, pues como se dice en la citada exposición a las Cortes: «Si la propiedad que los autores tienen sobre las obras era tan respetada y sagrada como aseguraba ante la representación nacional, siendo justo que las leyes amparasen esta propiedad, un alto sentido de justicia obliga a considerar la propiedad literaria como una verdadera propiedad y a no sancionar que aquella propiedad degenerara en un verdadero usufructo desde el momento que se le atribuye una existencia temporal y pasajera.» Por ello, instituía el artículo 5.<sup>º</sup> de la ley especial de 10 de enero de 1879: «La propiedad intelectual se regirá por el derecho común sin más limitaciones que las impuestas por la Ley», principio que sigue la proposición última del art. 429: «En los casos no previstos ni resueltos por la dicha ley especial se aplicarán las reglas generales establecidas en este Código para la propiedad.» De aquí los caracteres antagónicos de esta propiedad refleja; propiedad temporal. Un tributo a aquella concepción es que la prolonga ochenta años, término más dilatado que el concedido por las legislaciones foráneas; que se tuvieron a la vista.

A la primitiva naturaleza territorial ha seguido la necesidad de normas internacionales que añan concepciones distintas de este derecho, en el que es difícil encontrar unanimidad de opiniones, y baste indicar la diversidad de nombres que predicen su distinta naturaleza. «Esta denominación de propiedad intelectual, dice ESIÍN CÁNOVAS en su *Manual de Derecho civil*, corriente en nuestras leyes, no es usada por otras legislaciones; así, en la francesa se habla de propiedad literaria y artística; en la alemana, del derecho de autor,

y en la inglesa, de reproducción», y en cuanto a la distinta *Naturaleza jurídica de los derechos intelectuales*, es el objeto de un trabajo de RODRÍGUEZ ARIAS en la RDP, 1949.

b) *Usufructo de este derecho.*—El laberinto doctrinal todavía es mayor cuando sobre este proceloso derecho hay que crear un usufructo. Si la propiedad literaria ya es atacada en su esencia por las doctrinas personalistas, sobre el concepto de una propiedad corpórea, al que nos hemos de transportar a través de la ficción, de «corporeizar» el derecho absoluto y temporal originario, llamándosela por algunos propiedad incorporeal. A construir sobre este derecho real de disfrute los frutos civiles, serán, por el contrario, las utilidades que proporcione, no la obra del autor, sino su representación corporal: copia, reproducción, etc.

«Investigar la verdad en sus elementos más simples», aconsejaba GOETHE, y siguiendo esta norma cambiamos de frente. El punto crucial de este usufructo lo podemos encontrar en la naturaleza de la transmisibilidad de los derechos que integran el haz jurídico. El apartado 2.<sup>º</sup> del § 1.069 del BGB, dispone: «No podrá constituirse el usufructo sobre un derecho que no sea cedible.» Si a todo disfrute ajeno del derecho de propiedad intelectual le damos el tratamiento de usufructo, como consecuencia de ser un derecho derivado de una *propiedad eminentemente temporal*, cegamos el campo a las cesiones de estos derechos que parece que debe de ser la regla, siendo el usufructo la excepción. A éste llegamos por la vía normal del legado, pues en la transmisión por *herencia se sucede en los derechos*, en el momento de la defunción del causante o veinticinco años después, cuando la propiedad hubiere sido cedida a un tercero. La referencia al legado del artículo 6.<sup>º</sup> de la ley es fruto, según DANVILA, de una errata de imprenta, que argumenta así: «Por consiguiente, la sustitución de la palabra *legítimos*, con la de *legatarios*, que por primera vez se lee en la *Gaceta*; sólo puede proceder de un error de copia, pues de lo contrario quedarían eliminados los herederos legítimos, ya que los legatarios forman parte de la *sucesión testamentaria*, que limita el art. 41 del Reglamento, aprobado por Real decreto de 3 de septiembre de 1880, al *heredero necesario*.

Eliminando los títulos de cesión y concretados a los casos de disfrute vitalicio por un extraño, sin entrar en los detalles sobre este problema de calificación; la relación entre el propietario o sus he-

rederos y el usufructuario ha de nacer cuando la obra esté en el comercio y debe inscribirse la cesión fructuaria en el Registro especial, pero la transmisibilidad sólo puede alcanzar, puesto que se trata de un derecho complejo, a aquellas partes que sean enajenables y no a las que la ley o la naturaleza del derecho impidan su transmisión.

La regulación del derecho usufructuario puede presentarse en forma, no recogida por la jurisprudencia, de que el usufructuario se encargue de la publicación, de calificación dudosa por la hiper-trofia que supondría de la obligación de conservar. Por ello, limitamos el supuesto a que la publicación esté realizada, bien por el autor o por un tercero, editor. En este caso, el derecho de disfrute recae de forma mediata sobre la propiedad intelectual, pero de forma inmediata sobre el contrato de edición, correspondiéndole al fructuario la participación que hubiere correspondido al dueño sobre cada uno de los ejemplares que se enajenen:

c) *Sustancia.*—Sobre una propiedad *sui generis* se puede constituir un usufructo *sui generis*, lo que determina algunas características especiales. El aspecto crematístico, materializado el derecho, fué el supuesto en el que se plasmó el germen fecundante de la propiedad literaria y artística. Este ciclo jurídico está terminado y se inicia otro en el que poco a poco va recortando el campo del derecho incorporal, con perfiles personalistas: retorno al punto de origen, al intelecto que le dió vida al derecho.

La ley marca la línea venal como la facultad de «ceder la propiedad en todo o en parte», en la ley francesa de 1793, o la de «disponer de ella a su voluntad», en frase del art. 428 del Código civil, aun cuando en realidad de los derechos que implica la propiedad intelectual no todos son transmisibles; y los que lo son, no alcanzan vigencia más allá de los veinticinco años después de la muerte del autor, con limitadas reservas, como la facultad de publicar obras completas, pues desde la iniciación de esta legislación especial va aumentando la presión doctrinal, que sujeta la disponibilidad, agrupándose todas estas limitaciones de origen personalista en el nuevo concepto de *El derecho moral de los autores*, estudiado por PÉREZ SERRANO en el ADC, 1949, que encuentra su apoyo en los acuerdos de los Convenios de Roma de 1928 y el de Bruselas de 1948.

Este derecho en evolución marca una tendencia a la defensa de la integridad de la propiedad, en su concepción intelectual, de la que

se derivan como corolarios la facultad de reeditar o prohibición de nuevas publicaciones sin intervención del autor, y aun la drástica de recoger una tirada; claro es que con obligación de indemnizar. De todo ello se infiere el sentido restrictivo con que se habrá de interpretar toda cesión, y dentro del haz jurídico no considerar comprendidos más medios de divulgación que aquellos autorizados o expresamente mencionados en el acto de disposición. Dentro de este marco, teniendo en cuenta el mimetismo jurídico del usufructo, las soluciones habrán de acoplarse, en cada momento, al grado de evolución alcanzado por el derecho matriz para determinar el concepto de sustancia:

d) *Frutos.*—Los disfrutes de la propiedad intelectual están representados por los derechos del autor, que teniendo el carácter de frutos civiles se gobiernan por sus leyes. Cuando éstos se perciben de forma inmediata, no existe dificultad; pero la variante de formas de disfrute, que en algún caso tienen caracteres *usuarios*, o la dificultad en la forma compleja de qué la edición de una obra se haya hecho por el autor, obliga a seguir en estos casos el criterio de VENEZIAN, que desarrolla ampliamente, en que atribuye la percepción por separación. Estimo que la aplicación del criterio de indivisibilidad—cuando sea pertinente—, reconocido por el art. 11 del Decreto-ley de 26 de julio de 1929 para la propiedad industrial, podría aclarar muchas situaciones de inmediatividad, con criterio distinto al caso en que la relación jurídica esté mediatisada por otro contrato, como cuando exista un contrato de edición en que el editor está obligado a liquidar al usufructuario los derechos de autor en las fechas fijadas.

33. **USUFRUCTO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL.** Esta propiedad, medio hermano de la intelectual, es más moderna y nace con caracteres análogos a la última. Así lo entiende DALMASÉS, al decir: «En cuanto a la constitución del usufructo sobre este derecho, el problema es de más fácil solución que anteriormente en lo relativo a la propiedad intelectual, porque ésta, como dice la generalidad de los autores, ofrece un aspecto personal mucho más intenso, y la industrial en todas sus manifestaciones parece más bien producto del medio». Por esta razón su transmisibilidad ofrece muchas dudas. El Derecho vigente reconoce de una manera clara el carácter alienable y patrimonial del derecho de patentes, etc. Si bien por la uti-

lidad del invento mismo declara que «toda concesión de patentes, marcas, modelos, dibujos, nombres comerciales, rótulos de establecimientos y películas cinematográficas, será *indivisible* en cuanto al objeto, procedimiento, producto o resultado que hubiese servido para su otorgamiento, sin perjuicio de las cesiones que por voluntad del cedentario, o por precepto de la ley, pueda realizarse de los derechos y aprovechamientos garantidos para la expresada concesión» (art. 11 del R. D. ley de 1929), elevado a ley por la de 16 de septiembre de 1931.

Estas razones de similitud, que permiten la constitución de los derechos reales sobre la misma, se refuerzan por el criterio de analogía sentado en la ley de 16 de diciembre de 1954, que regula la hipoteca mobiliaria, y cuando todos o parte de estos bienes formen parte del acervo mercantil, el usufructo del patrimonio anteriormente estudiado será el derecho básico, que gobernará la relación jurídica subordinada, de los elementos garantidos en la propiedad industrial y que se comprendan en la empresa.

34. VALORACIÓN DEL USUFRUCTO. Se encuentra superada por la doctrina la antítesis producida entre calificar al usufructo como propiedad limitada, o el considerarlo como un fraccionamiento de la propiedad, reminiscencia, en este caso, del concepto de *pars domini* correspondiente al Derecho romano clásico (D. 7, 1, 4, en contradicción, entre otros, con el D. 50; 16, 25). Sin embargo, esta doctrina tiene el atractivo de los conceptos primarios, de los que dice COHEN, en *Introducción a la lógica*: «El hecho de que las metáforas expresen la percepción primitiva de las cosas, junto con una parte de concepto indiferenciado, les proporciona una fuerza emotiva de que carecen otras proposiciones más elaboradas». No es, pues, extraño el que los romanos sufrieran esta influencia, cuyo reflejo quedó sentado en el D. 7, 1, 6, 1, que dice: «También se constituye el usufructo en el juicio de partición de herencia, y en la división de la cosa común, si el Juez adjudicare a uno la propiedad y al otro el usufructo». Influencia que se pierde en la codificación, bien prohibiendo este medio de creación del usufructo, como lo hace la proposición segunda del art. 2.818 del Código argentino, o simplemente el sistema de silenciarlo, que es el seguido por el Código español..

La expansión de la doctrina de la división de poderes hacia de-

clinar el principio romano de división, pues al Juez le corresponde declarar, pero no crear el derecho. Al propio tiempo que agonizaba el principio de división, renacía y vivificaba a las leyes fiscales, que de él partían para la distribución del impuesto entre las partes interesadas en el usufructo. Se dispuso de esta forma en Francia, por la ley de 22 de Frimario del año VII, diciendo PLANIOL: «Es necesario para la percepción del derecho de transmisión evaluar el usufructo y la nuda propiedad y fijar el valor del usufructo a *forfait* en la mitad del valor de la propiedad. Se llegaba así a tasar de más que su valor real y se daba al usufructo un falso valor. La ley de 25 de febrero de 1901 (art. 13) ha modificado esta regla y ha hecho depender el valor del usufructo con relación a la edad del usufructuario, que es lo racional». La influencia de aquella antigua paridad se percibe en algunos comentaristas franceses, que establecieron el pago por mitad de algunas cargas. Se ha superado por la jurisprudencia, que admite la *valoración subjetiva*, resumida por este autor al estudiar las donaciones entre esposos.

Al elaborarse nuestro Código se había eliminado la injusta igualdad, pues el principio fiscal que gobernaba entonces había establecido otras proposiciones más equitativas. El art. 5.<sup>o</sup> de la ley de 25 de septiembre de 1882, reproduciendo la anterior de 31 de diciembre de 1881, que cambiara el anterior sistema, estableció: «El impuesto recae sobre el valor de los bienes y derechos sujetos al mismo.—El de los primeros se establece con relación al precio de venta, y el de los segundos con relación a las reglas siguientes: 1.<sup>a</sup> El derecho de usufructo, el de la nuda propiedad y los de uso y habitación, el 25 por 100 del valor de la finca.—2.<sup>a</sup> En los usufructos de carácter general constituidos por testamento, abonará el usufructuario el 25 por 100, y el nudo propietario el 75 por 100 restante, hasta completar el derecho correspondiente a la sucesión en su caso, con arreglo a la tarifa comprendida en el art. 2.<sup>o</sup>; por este camino de la proporcionalidad se llega a las flexibles *escalas móviles objetivas*, fijadas con arreglo a la edad del titular del derecho real vitalicio.

Se ha querido ver, tanto en alguna expresión episódica de nuestra jurisprudencia como en la Ley de Bases, un tributo a la doctrina romana del *pars domini*, diciéndose en la Base XII: «El usufructo, el uso y la habitación se definirán y regularán como *limitaciones del dominio y formas de su división*. La duplicidad de conceptos

y la formación histórica no autorizan para adscribir a nuestros legisladores a aquella trasnochada doctrina. Era copia literal la Base de la número XI de las formuladas en 1885 por FRANCISCO SILVELA, que pasó sin discusión por los Cuerpos colegisladores, y tanto FALCÓN, comentarista de las mismas en su opúsculo *La futura legislación civil*, como el polemista MUCIUS SCAEVOLA, entre los posteriores, no, vieron más que una cuestión de sistemática; la separación con las servidumbres prediales unidas en nuestra anterior legislación. Dice éste último: «Dedúcimos, pues, en resumen de todo lo expuesto, que el usufructo, uso y habitación son, ante todo, limitaciones del dominio y formas de su división, como, para evitar cualquier clase de duda respecto al particular, hace constar la Base XII de las que anteceden a nuestro Código civil». En consecuencia, este *pleonasmico*, al primer concepto limitación del dominio, no tenía más que el signo literario que dejan todas las disposiciones de transición. La Base en este caso estaba sustancialmente desarrollada en los dos primeros libros presentados anteriormente al Senado por ALONSO MARTÍNEZ, quedando incumplida en su última parte, que mandaba modificar en «algunos importantes extremos por los principios de la publicidad y de la inscripción contenidos en la legislación hipotecaria novísima», de cuyo cumplimiento se encargó al Subdirector de Registros y del Notariado, BIENVENIDO OLIVER, cuya ponencia no fue aceptada por la Comisión de Códigos, por lo que quedó el Código a falta de concordancia con la legislación hipotecaria, la que se adaptó mucho antes en Ultramar que en la Península al Código civil.

De forma sistemática rechaza el Código el principio de *pars domini* en otras aplicaciones, en la colación, donde lo venía estudiando la doctrina italiana, y es también expresamente contrario al mismo el número 3º del art. 820, que dispone: «Si la manda consistiere en un usufructo o renta vitalicia cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podía disponer libremente el testador». Está tomado este precepto del art. 649 del anteproyecto, en el que, según su portavoz: «Los legatarios del usufructo o de la renta vitalicia no pueden quejarse, pues se les da todo aquello de que pudo disponer el testador; los herederos forzosos tampoco pueden quejarse, pues que son libres en ejecutar la disposición si creen que no es inoficiosa y excesiva, o en reemplazarla, cediendo la parte disponible, si

creen lo contrario.—Si, por ejemplo, se lega una renta vitalicia a una persona de edad avanzada y de salud achacosa, es probable que la renta vitalicia se extinguirá pronto, y los herederos tienen interés en darla.—Si, por el contrario, el legatario es joven y robusto, de modo que puede dársele una vida larga, tal vez convendrá a los herederos cederle la porción disponible y librarse del pago de la renta». Estos problemas de proporcionalidad resueltos *ad libitum* por los herederos se plantearon por FEBRERO con relación a la *valoración del usufructo universal concedido a la viuda*, en concurrencia con la legítima de los hijos. La continuación de estos estudios, dado lo avanzado de los trabajos de los italianos, podría, siguiendo un unánime sentir, ampliar los derechos del cónyuge viudo en la legislación castellana, cuya pequeñez llega a la inconsecuencia de castigar a la viuda prolífica.

En resumen, el valor y proporcionalidad no es fundamental en el usufructo, pero es inevitable en muchas ocasiones desde ULPIANO el tener que evaluarlo. En relación con la Ley Falcidía, D. 35, 2, 68, se tuvo necesidad de aceptar las tablas de vida de aquél, concediendo como vida probable hasta los veinte la de treinta años, límite que disminuía hasta los sesenta años, pasados los cuales era cinco el multiplicador de la renta. Los progresos de las matemáticas y la demografía sirven de base a escalas de vida para el cálculo de la prima de los seguros, que han permitido *objetivizar* el riesgo, pero el carácter personal del usufructo y el arcano que supone la vida humana conceden un amplio margen a los Tribunales o a los interesados para practicar cualquier tipo de liquidación, cuando ésta fuera pertinente. La escala de derechos reales se abre camino en el Derecho procesal, y aun en la Ley de Expropiación Forzosa, aunque este supuesto esté reglado por el Código civil, pero el régimen subjetivo es el prevaleciente en el campo civil, como ha sentado la Sentencia de 5 de noviembre de 1913, al decir: «El Código civil, en defecto de reglas procesales anteriores a su publicación, dispone como regla fija el importe efectivo numerario de la cuota vitalicia cuando no exista acuerdo entre los interesados, sea fijado por el Tribunal, cuya apreciación, como cuestión de hecho, no es impugnable en casación, a menos que se demuestre el error evidente. Si bien puede ser criterio racional tomar como tipo de valuación del usufructo el que establezcan las leyes fiscales, sus preceptos no pueden estimarse infringidos,

porque son independientes de los sustantivos reguladores de cuestiones particulares en la esfera del Derecho civil, expresamente sometidas, en este caso, a la facultad del juzgador», y la de 13 de abril de 1956 declara: «Si bien las normas administrativas no sirven en principio para gobernar las relaciones civiles, se utilizan frecuentemente como normas complementarias del derecho privado, y otras veces marcan una orientación que llena lagunas de la legislación común cual acontece con el Reglamento de Derechos reales, en punto a la capitalización del usufructo, sobre todo mientras no se ofrece al juzgador otro criterio o procedimiento de valoración más justo y más adecuado.»

JOSÉ LATOUR BROTONS.

Fiscal de ascenso y excedente en el Cuerpo  
de Letrados del Ministerio de Justicia

## Modalidades del Derecho foral menorquín

### Heredero distributario (1)

En la página 41 del año XXXI de esta Revista, al exponer el capítulo primero, del título segundo, de las «Modalidades del Derecho foral menorquín», correspondiente a la sucesión testamentaria, señalamos que las peculiaridades referentes a dicha sucesión, según el Proyecto de Apéndice de 1949, se concretaban en los apartados siguientes:

- a) Principios básicos de la sucesión testamentaria.
- b) Formas y solemnidades de los testamentos.
- c) Legítimas.
- d) Derechos del cónyuge viudo
- e) *Lex hac edictali.*
- f) HÉREDERO DISTRIBUTARIO..
- g) Sustitución fideicomisaria *sine liberis decesserit.*

En las páginas 41 a la 59, ambas inclusive, de dicho tomo XXXI, de esta Revista, expusimos lo que creímos oportuno, sobre la materia de los apartados a), b), c), d) y e), a que antes nos hemos referido. Ahora expondremos lo referente al apartado f), que se refiere al

(1) «Heredero distribuidor», en castellano, ya que la palabra *distributario*, no existe en nuestro idioma, pero empleamos la terminología «distributario», por ser la denominación usada en el territorio balear.

## HEREDERO DISTRIBUTARIO

### a') CONCEPTOS GENERALES.

a'') *Su definición.*—En un amplio sentido, o sea, en el que responde a su significado gramatical, es aquel heredero que está facultado para distribuir los bienes hereditarios en favor de determinadas personas o grupos de personas. Como dice el foralista LUIS G. PASCUAL Y RUIZ (1): «En la institución que nos ocupa se confiere a una persona la facultad de designar heredero entre los hijos, o entre determinadas personas, que deberá dar a conocer cuando haga la designación.»

El heredero distributario en Baleares, conforme resulta de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, constituye una institución consuetudinaria, que se practica a favor de uno de los cónyuges, preferentemente en testamento, para distribuir los bienes de la herencia entre los hijos comunes, pero respetando las legítimas. *Entre otras*, recordamos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1931, en la cual se reconoce el derecho del marido para conferir a su esposa la facultad de elegir heredero universal entre los hijos de ambos, respetando las legítimas.

En cambio, el señor MOUTÓN Y OCAMPO, al tratar del Proyecto de Apéndice de Baleares, redactado en 1903, no se ocupa de la precedente costumbre, reconocida, como hemos dicho, por el Tribunal Supremo (véase la página 322 del tomo CXXVII de la Revista de Legislación).

Tampoco se habla de ella en la obra «Derecho civil vigente en Mallorca», de la Biblioteca Judicial, págs. 101 y sigs.

### b') *Su origen.*

No ofrece duda que los negocios fiduciarios, entre los cuales hay que encuadrar la institución del heredero distributivo, proceden más o menos directamente de la fiducia romana. Y teniendo en cuen-

---

(1) *La institución de heredero distributivo*, publicada en la «Revista de Derecho Privado» en el año 1931 (págs. 114 a 122, ambas inclusive).

ta lo que hemos dicho sobre «Precedentes históricos del Derecho foral menorquín» (2), parece que habíamos de arrancar su origen directo del Derecho romano justiniano, y explicar su conservación por el uso o costumbre continuada. Pero no es así; estimamos que si bien su origen remoto parte del Derecho romano, en cambio, el próximo, lo ha sido la costumbre catalana, por probable influjo del Derecho canónico también; pero en su desarrollo y elaboración han intervenido conjuntamente la doctrina y la jurisprudencia, por lo que nosotros creemos que en la parte de Baleares en que ha arraigado esta institución; lo ha sido por influencia del Derecho catalán.

Como dice el foralista LUIS G. PASCUAL Y RUIZ (3): «Desconocida en esta isla de Mallorca la forma de testar por Comisario, existe en cambio, y es muy frecuente, como en Cataluña, ver consignada en los testamentos la facultad atribuida al heredero usufructuario; o la obligación impuesta al propietario de disponer de los bienes a favor de determinadas personas.»

*c''). Su razón de ser.*

Sabido es que los negocios fiduciarios en general, lo mismo en la antigua Roma que en el Derecho moderno, vienen a suplir las deficiencias del Derecho positivo. Pero, por lo que hace referencia al heredero distributario concretamente, podemos decir que tiene su razón de ser, en primer lugar, en la mejor distribución de la herencia entre los hijos comunes, teniendo presente su comportamiento, sus merecimientos y, muchas veces, incluso las propias desgracias personales de los hijos, y, en segundo término, por ser uno de los medios para evitar un abintestato.

*d'') Modo de constituirse.*

Generalmente, en testamento, porque a pesar de que la designación de heredero y distribución de los bienes de la herencia, antiguamente en el archipiélago balear y hoy en la isla de Mallorca, que es en donde la institución de heredero distributario tiene arraigo,

(2) Páginas 573 y siguientes del tomo XXX de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO.

(3) *La institución de heredero distributario.* «Revista de Derecho Privado», correspondiente al año 1931 (págs. 114 a 122, ambas inclusive).

go y existencia, puede hacerse por actos *inter vivos*, en donación, y por actos *mortis causa*, siempre es necesario expresar que se dispone de los bienes del difunto, o que se usa de la autorización conferida, porque la institución de heredero hecha sin esta manifestación se entenderá limitada a los bienes del otorgante (Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1866, 10 de enero de 1878 y 28 de febrero de 1900).

Esta constitución en testamento se hacía antiguamente en todo el archipiélago balear, y hoy en Mallorca, instituyendo un cónyuge al otro usufructuario con facultad de disposición a favor de los hijos comunes, o bien, instituyendo al cónyuge heredero en pleno dominio, pero con la obligación de distribuir los bienes a favor de los referidos hijos comunes; preveyendo la forma de deferirse la herencia para el caso de que dichas facultad y obligación, respectivamente, se incumplan, y dejando siempre a salvo los derechos de los legítimos.

#### b') ANALOGÍAS Y DIFERENCIAS CON OTRAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS.

La institución de HEREDERO DISTRIBUTARIO constituye una institución de Derecho foral consuetudinario en Mallorca, que si bien forma parte de la gran familia de instituciones nacidas de la fiducia romana, no debe confundirse con otras instituciones hermanas, cuales son: el HEREDERO DE CONFIANZA, que rige en Cataluña; el testamento por CÓMISARIO, vigente en Vizcaya, y las sustituciones fideicomisarias del moderno Derecho..., etc.

El HEREDERO DISTRIBUTARIO, tal como le hemos definido al principio, es una institución que se asocia unas veces a la institución de heredero en usufructo con facultad de enajenar; otras, al fideicomiso de residuo, y otras, al heredero en pleno dominio, pero con facultad de disposición en los dos primeros casos y con la obligación de distribuir los bienes, en el caso tercero.

Esta institución de heredero distributario, como dice LUIS G. PASCUAL Y RUIZ (4): «No se la puede atribuir facultad homogénea, pues concurriendo esta facultad en herederos propietarios y usu-

---

(4) La institución de heredero, distributario, páginas 114 a. 122, del año 1931 de la «Revista de Derecho Privado».

fructuarios, tendrá la esencia propia de estas instituciones, con todos sus derechos y obligaciones especiales, condicionados y aumentados con la facultad de distribuir.»

Pero, repetimos, que al participar de la naturaleza de alguna de ellas, aunque con variantes, y en todo caso con un origen común, que es la fiducia romana, no indica que sean iguales, por lo que vamos a precisar las diferencias con las más afines:

#### CON LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA EN BALEARES.

*Analogías* --- Aparte de que la designación de heredero distributivo puede hacerse bajo la forma de fideicomiso de residuo, imprimiendo una modalidad al mismo, y de que asimismo puede establecerse en forma de institución de heredero en usufructo con facultad de enajenar, que es una variante del fideicomiso de residuo (5), nos encontramos con la circunstancia de que la misión del heredero distributivo es la de un fiduciario, apareciendo los hijos favorecidos por la elección como fideicomisarios.

*Diferencias*.— Primera. El heredero distributivo no tiene derecho a detraer la cuarta trebeliánica, mientras que en la sustitución fideicomisaria, en Baleares, el heredero fiduciario tiene tal derecho. Segunda. Que el goce o disfrute de los bienes los pierde el heredero distributivo si hace la distribución de ellos por acto entre vivos. Tercera. Que la forma de distribuir los bienes depende de la voluntad del heredero distributivo, aunque sea teniendo en cuenta las instrucciones recibidas, y sin perjuicio de que subsidiariamente y para el caso de que no haga uso de dicha facultad el causante deje establecido quiénes y cómo han de suceder; y Cuarta. Los herederos favorecidos con la distribución pueden adquirir derecho a los mismos antes de fallecer el heredero distributivo (fiduciario), mientras que en la sustitución fideicomisaria condicional, vigente en Baleares, los fideicomisarios tienen simplemente un derecho expectante que pende del cumplimiento de la condición. Para que los herederos favorecidos con la distribución adquieran derecho sobre los bienes de la herencia antes del fallecimiento del distributivo, deberá mediár una donación *inter vivos*.

---

(5) El tratadista VENEZIAN estima que en tal usufructo ha sido legada la propiedad, constituyendo en realidad un fideicomiso de residuo.

### CON EL HEREDERO DE CONFIANZA

La *herencia de confianza* es una institución desenvuelta por Derecho consuetudinario, sobre la base de algunos textos del Derecho romano y de las Decretales, y que si bien ha sido prohibida por el Código civil en su artículo 785, se aplica en algunas regiones de Derecho especial. En los testamentos en los que se contiene la herencia de confianza, los testadores, no queriendo formular o precisar su última voluntad en el propio testamento, instituyen como heredero o herederos a personas de su confianza, con encargo de destinar los bienes de la herencia a los fines que les comunicaron o les han de comunicar.

En esta herencia de confianza hay que distinguir dos fases: una anterior a la revelación de la fiducia, y otra posterior, que corresponden a dos aspectos del heredero, ya que en la primera el heredero de confianza externa y formalmente aparece con la atribución patrimonial de la herencia, mientras que en el aspecto interno o material de la primera fase, y lo mismo después de revelada la confianza, o sea la segunda fase, aparece como un mandatario del testador, como un mero ejecutor de su voluntad.

De todo esto se deduce que en el heredero de confianza, antes de revelar la confianza, aparece exteriormente con plenas atribuciones patrimonial y de goce, en contra de lo que ocurre con el heredero distributario, que en el mismo testamento aparece ya con la obligación de distribuir los bienes entre los hijos comunes, o entre determinado grupo de parientes.

Internamente, antes de publicar el encargo del testador, y externamente, después de publicado, queda limitado el rango del heredero de confianza a un *nudus minister*, mero ejecutor de la última voluntad del causante o fedatario del mismo, mientras que el heredero distributario será siempre un heredero. (Estos caracteres del heredero de confianza aparecen perfectamente delimitados en las Sentencias de 30 de octubre y 2 de noviembre de 1944 del Tribunal Supremo.)

La Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 27 de octubre de 1926 («Gaceta» de 17 de diciembre de 1926), dice, entre otras cosas: «El heredero instituido en dicha forma goza, frente a los terceros, de las más consideraciones y

derechos que un heredero ordinario, a pesar de que materialmente es un ejecutor de la voluntad del testador, y, sobre todo, se halla autorizado para revelar la voluntad que el testador, en secreto, le ha confiado de varias maneras, entre ellas, por escritura pública, como lo ha hecho el señor Cura de Llivia.»

*El heredero de confianza no tiene atribución patrimonial*, salvo el premio de administración y algúr legado que se le haga (Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1896 y 25 de febrero de 1905). Por el contrario, el HEREDERO DISTRIBUTARIO *sí tiene atribución patrimonial*.

La herencia de confianza no es una sustitución fideicomisaria en que haya sucesión de herederos, sino que sus rasgos coinciden con el fideicomiso en el sentido romano, que tiene como nota esencial la obligación, carga o gravamen que el fideicomitente impone al fiduciario de restituir los bienes o cosas que lo constituyen a una tercera persona, o sea al fideicomisario. (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1914.) Es decir, que la transmisión se ordena por el testador siempre al heredero de confianza, con carácter confidencial o secreto, por lo que no es un verdadero heredero, sino, como dice CASTÁN (6), *un mero testigo cualificado elegido por el testador para publicar su voluntad*, lo que no ocurre con el heredero distributario, en que actúa la libre voluntad de éste, aunque sea dentro del grupo y normas señaladas por el testador. Vemos, por tanto, que los herederos de confianza, como los fiduciarios en Roma, son unas personas que, mereciendo la más ilimitada confianza del testador, reciben del mismo el encargo de cumplir su última voluntad, la cual es secreta para todos menos para el heredero de confianza, que sin dar cuenta a nadie de su comisión la ejercita según su conciencia y según las instrucciones recibidas del testador. Ahora que tanto el fiduciario romano como el heredero de confianza catalán tienen amplia libertad, salvo su conciencia. El heredero de confianza, en una palabra, es un mandatario con poderes absolutos y discretionales; nada se le tasa, y a nadie tiene que rendir cuentas de sus disposiciones, mientras que el heredero distributario *sí tiene que justificar su distribución*. Queda patente, por tanto, que el heredero de confianza es un mandatario del testador y no un verdadero heredero, como es el distributario de Baleares.

(6) Derecho civil y foral, quinta edición, tomo IV, página 356.

*Con el testamento por Comisario*, que es aquel en que los testadores hacen o encomiendan a determinada persona, que suele ser el cónyuge viudo, la facultad de elegir heredero. Ejemplo de éste tenemos en el testamento por Comisario regulado por el Fuero de Vizcaya, y en el regulado por las Leyes de Toro, en el antiguo Derecho castellano.

El testamento por Comisario en Vizcaya se caracteriza, según LEZÓN (7) : en el aspecto interno, en que es manifestación de una relación de apoderamiento entre comitente y fiduciario, y en el aspecto externo, refleja una situación jurídica de una titularidad condicionada, unida a un usufructo universal e ilimitado.

Basta lo indicado para que resalten patentes las diferencias con el heredero distributario que es heredero con atribución patrimonial, aunque sus limitaciones sean evidentes y notorias.

*Con el Comisario castellano* de las Leyes de Toro las diferencias también son evidentes, ya que el Comisario castellano no era un heredero, sino un mandatario del testador, pero al que se le tasaban expresamente sus atribuciones por la Ley, salvo que, también expresamente, fuese autorizado por el testador (8). Además, el testamento por Comisario era irrevocable, conforme a la Ley 35 de Toro.

#### c') HEREDERO DISTRIBUTARIO EN MENORCA.

Conforme a la costumbre que en tiempos pretéritos venía aplicándose en Menorca, encaja esta institución dentro de los límites que la regula el Tribunal Supremo para Mallorca, es decir :

*Primerº. Institución de Derecho consuetudinario.*

*Segundo. A favor de uno de los cónyuges.*

*Tercero. Preferentemente en testamento, aunque también puede ser en donación.*

*Cuarto. Para distribuir los bienes de la herencia entre los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas.*

*Quinto. El heredero distributario podía adquirir en usufructo o en pleno dominio.*

*Sexto. La designación «hecha por el» heredero distributario*

(7) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO.

(8) JOAQUÍN COSTA: *Fideicomisos y albaccazgos de confianza.*

«tiene carácter» *irrevocable* si se otorga por el heredero distributario en acto *inter vivos*; y tiene carácter *revocable* si la otorga en acto *mortis causa*. Hay, sin embargo, dos Sentencias del Tribunal Supremo, que dicen que utilizada dicha facultad en documento solemne, es irrevocable (Sentencias de 22 de octubre de 1864, dictada en pleito procedente de Cataluña, y la de 31 de marzo de 1876, en pleito de la Audiencia de Baleares). Don PEDRO BALLESTER (9), dice: «el Supremo, a propósito de esta especialidad foral, en Sentencia de 31 de marzo de 1906, resolvió que una vez utilizado por el cónyuge supérstite la facultad en documento público, no podía usarse de nuevo». En cambio, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1883, sobre pleito procedente de la Audiencia territorial de Mallorca, se resolvió que «dicha irrevocabilidad no tiene lugar cuando el marido instituye a su mujer heredera universal propietaria».

Finalmente, en el art. 18 del Proyecto de Apéndice de 1899 se regulaba que la designación o elección hecha en acto *inter vivos* será irrevocable, y si se hiciese en acto de última voluntad, será revocable».

*Séptimo.* Que si las personas que han de ser favorecidas por la distribución premuriesen al heredero distributario, podrá éste disponer libremente de los bienes. Sostenemos esto: 1.º Porque si el heredero distributario ha sido instituido en pleno dominio, se ha purificado la institución fideicomisaria por carencia de sustitutos. 2.º Porque si la institución es de usufructo universal con facultad de disponer, pasa a éste la nuda-propiedad, y no a los herederos abintestato del causante, porque rigiendo en Baleares el Derecho romano justiniano en sucesiones, con las excepciones que en lugar oportuno hemos señalado, rigen los principios fundamentales del mismo, a virtud de los cuales el usufructuario universal adquiere la nuda-propiedad, por serlo en cosa cierta, y por la incompatibilidad entre las sucesiones testada e intestada en una misma transmisión y continuidad de la herencia (*semel h̄cres semper h̄rēs*). Claro que esto no ocurriría si el distributario fuese legatario del usufructo, pues en este caso a su muerte la nuda-propiedad no pasaría a sus herederos, sino a los herederos legítimos o abintestato del causante.

*Octavo.* Cuando el heredero distributario no hacía uso de tal fa-

---

(9) *Comentarios al Proyecto de Apéndice foral de Baleares*, página 71, de la «Revista de Legislación y Jurisprudencia», 1926.

cultad, se distribuirían a partes iguales entre los designados por el testador, salvo que otra cosa se hubiese dispuesto supletoriamente por el testador.

*Noveno.* Para el supuesto de que el viudo o viuda, heredero distributario, pasase a segundas nupcias, se solía insertar la cláusula penal de privarle de la facultad de distribución. En tal caso, los hijos favorecidos por la distribución heredarían a partes iguales, salvo que otra cosa se hubiese previsto por el testador.

#### d') CASOS OBSERVADOS EN MENORCA POR EL AUTOR DE ESTE TRABAJO

En los once años de ejercicio profesional en la isla de Menorca hemos apreciado aplicación de las titularidades a que se refieren los arts. 671, 747, 749 y 831 del Código civil; y un caso de fideicomiso de residuo con facultad distribuidora, caso insólito, y que además ha sido de fecha muy reciente, posterior, desde luego, al Proyecto de Apéndice de 1949. En dicho testamento, una señora testadora, que llamaremos doña A., instituyó heredero universal a su único hijo legítimo, que nombraremos don B., concediéndole facultades para gravar a título oneroso, en el caso de que lo necesite, sin tener que justificar tal necesidad, todo cuanto adquiriese por tal testamento, pero sustituyéndole por vía de fideicomiso de residuo por todos los nietos de la testadora, a la vez hijos del heredero don B., cuyos herederos sustitutos heredarán en la proporción que señale el heredero don B. (primer instituido), siendo voluntad de la testadora que su nieta y ahijada, doña C., reciba algo más que el más favorecido de los sustitutos. Y para el caso de que el heredero don B. falleciese sin haber hecho la distribución antedicha, entonces los herederos sustitutos heredarán en la forma siguiente (a continuación señala la forma de distribuir los bienes).

El caso que precede se salte notoriamente de lo autorizado por el Derecho consuetudinario para Baleares, aunque se ajusta a lo que pretende regular el art. 21 del Proyecto de Apéndice de 1949, del que insertaremos su texto literal más adelante.

De lo expuesto, reflejo imparcial y objetivo de la realidad jurídica en esta isla de Menorca, se deduce que habríamos pasado por alto esta modalidad de Derecho foral si no fuese porque en el Proyecto de Apéndice para las Baleares, de 1949, se regula con carácter

general en su art. 21 esta institución con un ámbito mucho más amplio que la costumbre que en tiempos pasados se practicaba en Menorca.

No nos ofrece duda que la inclusión de la institución del heredero distributario en el Proyecto de Apéndice citado se debe a la gran vitalidad que dicha *modalidad foral tiene en Mallorca*, y para justificarlo nada mejor que reproducir el texto literal que sobre esta institución se dedica en el preámbulo de dicho Proyecto de Apéndice. Pero insistimos que tales argumentos no son aplicables a Menorca por los motivos que hemos indicado a lo largo de este trabajo y razones que definitivamente alegaremos al final.

Dicho preámbulo, entre otras cosas, dice lo que sigue:

«Hemos incluído también en esta compilación la costumbre arraigada en grado superlativo, y que de día en día va propagándose más, según la cual el testador instituye heredero usufructuario o propietario, atribuyendo al primero la facultad o imponiendo al segundo la obligación de designar el heredero definitivo o de distribuir definitivamente la herencia entre determinados parientes del testador o del instituido. La forma más usual de esta institución es la de nombrar heredero con la facultad o la obligación de «disponer» a favor de uno o varios de los aludidos parientes. Tanto la Comisión Especial como el Colegio de Abogados la adoptaron en sus respectivos Proyectos de Apéndice, pero la primera determinó su sentido y alcance en la mencionada Exposición de Motivos, expresando qué otorgaba el derecho o la obligación de elegir o designar a la persona que debía entenderse llamada a la herencia del testador. Esta disposición—sigue diciendo la Exposición—tiene por objeto premiar mediante la herencia a aquel de los hijos o parientes que mejor conserve la memoria del difunto o mejor honre la persona de aquél a quien se concede el derecho o la obligación de elegir. En este premio, el distributario no puede llamarse a la parte, puesto que le corresponde y le ha correspondido siempre la mera facultad de adjudicación, de la que debe usar limpiamente y no por dádivas o granjerías, que desnaturalizarían la institución y acabarían por aniquilarla. Para que la amplitud del vocablo «disponer» no pueda inducir a error a nadie, le hemos sustituido por los de asignar y distribuir, sin que por ello quede alterado en un ápice la inveterada costumbre.»

*Y guardando relación con lo dicho en el preámbulo de la Exposición*

sición de Motivos del Proyecto de Apéndice foral de 1949, su art. 21 literalmente dice lo siguiente :

«El testador podrá encomendar a la persona instituída en el usufructo del todo o parte de los bienes de la herencia que, por donación entre vivos o por acto de última voluntad, los asigne a uno o los distribuya entre varios de los parientes de aquél o de ésta, ora libremente, ora dentro de los límites que el mismo testador señale. También podrá el testador imponer al heredero en la propiedad la obligación de asignar o distribuir la herencia entre las personas y en la forma a que se refiere el párrafo anterior. En ningún caso podrá el distributario detraer la cuarta trebeliánica si no estuviese aquél facultado por el testador. La asignación o distribución será revocable si se hace por acto de última voluntad y no lo será si se hace en acto entre vivos. Si el instituido en el usufructo o en la propiedad dejase de efectuar la asignación o distribución, por la causa que fuere, se estará a lo previsto para el caso en el testamento, y a falta de disposición especial se entenderán instituidos los parientes del testador que existiesen a su fallecimiento, más próximos en grado entre los designados por él. Lo dispuesto en los párrafos anteriores será aplicable a las donaciones.»

Sobre los sufragios en favor del alma ha redactado un artículo, que literalmente dice :

«Art. 22. Cuando el testador dispusiese del todo o parte de sus bienes para sufragios u obras piadosas o benéficas, haciéndolo de una manera indeterminada, sin especificar su aplicación, los administradores nombrados estarán facultados para dár a dichos bienes o a su valor el destino que estimasen conveniente dentro del fin de la prescripción testamentaria. Pero si mediase designación expresa, tanto por escrito como de palabra, los administradores se atemperarán a ella en el cumplimiento del encargo recibido.»

De la lectura de los precedentes artículos fácilmente se aprecia que el art. 21 tiene mayor amplitud que la costumbre foral sobre heredero distributario, reconocida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En cuanto al contenido del art. 22, en Menorca se ha venido aplicando desde la vigencia del Código civil las disposiciones de éste sobre tal materia.

*Examinemos ahora la doctrina.* A tal efecto, observamos :

*Primero.* Que el Colegio de Abogados de Palma, en la Exposición de Motivos que elevó al Ministerio de Gracia y Justicia en 30 de abril de 1881, estimó su subsistencia con carácter revocable, a pesar de lo sentado en contrario por la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1876.

*Segundo.* Que en el Proyecto de Apéndice redactado por la Comisión nombrada en el año 1899 también se abogó por la pervivencia de esta institución, pero dejándola reducida a los cónyuges, conforme resulta claramente del texto de su art. 18, que literalmente dice :

*«Cualquiera de los cónyuges, al dejar al otro en testamento, en codicilo o en donación, el usufructo del todo o parte de los bienes, podrá autorizarle u obligarle a disponer de la propiedad de los mismos a favor de uno o más de los hijos comunes o determinados parientes del uno o del otro. En estos casos la designación o elección hecha en actos intervivos será irrevocable; si se hiciese en acto de última voluntad, será revocable.»*

*Tercero.* Que en el informe del Colegio de Abogados de Palma sobre el Proyecto de Apéndice foral de 1921, también estimaron debida de conservarse esta institución, pero sus límites los ampliaron, ya que no los circunscribieron a los cónyuges como en el art. 18, cuyo texto hemos reproducido anteriormente. En efecto, el art. 19 del referido Proyecto de Apéndice foral de 1921, dice :

*«El testador o donante puede facultar al heredero usufructuario o a quien se dé el usufructo para disponer de los bienes dejados o donados, de parte determinada de ellos, o de los que se conserven a su muerte, a favor de uno o varios parientes determinados de unos o de otros, en la extensión y forma que tengan por conveniente; igualmente pueden imponer al heredero o donatario, que tenga los bienes en plena propiedad, la obligación de disponer de los expresados bienes a favor de los parientes antes indicados. Si el heredero o donatario dejaren de usar la facultad concedida o de cumplir la obligación impuesta, por no poder o no querer, y no estuviese previsto el caso en el testamento o donación, se entenderán herederos o donatarios los parientes más próximos en grado del causante de entre los designados por éste. El testamento en que se use de dicha facultad o se cumpla la obligación expresada será revocable, pudien-*

do hacérse la designación cuantas veces quisiese el heredero o donatario.»

Por lo expuesto puede apreciarse que la institución del heredero distributario ha caído en desuso en Menorca, aunque merece ser conservada dentro de los límites del derecho consuetudinario que el Tribunal Supremo ha recogido en su reiterada jurisprudencia.

El insigne letrado menorquín don PEDRO BALLESTER PONS, que hasta el final de sus días laboró con acierto en los estudios jurídicos, era partidario de que se conserve esta institución en Menorca, si bien se lamenta de la forma de interpretar el Tribunal Supremo lo referente a la irrevocabilidad. Y termina diciendo: «Ya que el art. 831 ha autorizado el pacto de capitulaciones matrimoniales, ¿no se habría podido establecer también por vía de excepción que esta facultad se transmire entre cónyuges por testamento?

Y damos fin a este trabajo sobre el HEREDERO DISTRIBUTARIO afirmando que el referido art. 21 del Proyecto de Apéndice de 1949, tal como se encuentra redactado, no debe ser aplicable a Menorca por las razones siguientes:

*Primera.* Que dicha institución, con la amplitud regulada en el art. 21, jamás ha estado en vigor en Menorca.

*Segunda.* Que la práctica que ha venido rigiendo en Menorca, que es la del heredero distributario a favor del cónyuge viudo, con facultad para distribuir la herencia entre los hijos comunes, ha caído en desuso.

*Tercera.* Que en conformidad con las dos razones anteriores, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha tratado de casos referentes a Menorca.

A pesar del desuso en que ha caído la institución en Menorca, estimamos conveniente su aplicación por contribuir a una más justa distribución de los bienes y favorecer la conservación de la unidad agrícola-ganadera llamada «predio» en el país menorquín, que tanto ha influido en la prosperidad económica de la isla. Pero bien entendido que la conservación de esta institución habría de ser dentro de los límites reconocidos por el Supremo para Mallorca, o sea a favor del cónyuge viudo, que habría de distribuir los bienes entre los hijos comunes, respetando sus derechos legítimos.

Mahón, marzo de 1956.

MARCIAL RIVERA  
Registrador de la Propiedad

# Régimen jurídico de las tierras reservadas en las zonas regables

(Ley de 21 de abril de 1949)

## CONSIDERACIONES GENERALES ACERCA DEL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD EN LAS ZONAS REGABLES

I. *Observaciones previas.*—No es el objeto de nuestro trabajo el estudio de las concesiones de tierra que el I. N. C. otorga a los colonos que instala en las tierras en exceso. Pretendemos simplemente examinar el régimen jurídico de la propiedad en las zonas regables, prescindiendo de la concesión colonizadora. Sería erróneo, en efecto—una somera lectura de la Ley de 21-IV-1949 lo demuestra—, creer que la peculiaridad de la obra colonizadora de la Administración consiste en parcelar una porción de las tierras de la zona, mientras las facultades jurídicas de los dueños de las restantes permanecen invariadas. Como señala LEAL (1), «... el factor jurídico estricto se modifica en la colonización en cuanto, si bien se mantiene en su plenitud la propiedad privada como institución, se alteran las fincas jurídicas u objetos sobre los que recac el dominio de cada titular, se sustituyen los mismos titulares total o parcialmente, se modifica

(1) «Ordenamiento jurídico de la colonización. Información jurídica», número 127, p. 1043.

e<sup>l</sup> régimen de la propiedad por la limitaciones legales que se le imponen...».

De lo dicho resulta que la simple parcelación de fincas, entendiendo por tal no ya una mera fragmentación o división material de los predios, sino la distribución de su propiedad entre los nuevos titulares o colonos, no implica por sí sola colonización. La Ley establece, además, un profuso conjunto de limitaciones y deberes sobre la propiedad sita en la zona. Este será el objeto de nuestro trabajo.

No obstante, la amplitud de la materia nos obliga a circunscribir aún nuestro estudio a sólo el régimen de las tierras reservadas, dejando para ulteriores investigaciones el de las tierras en exceso. Ello sin perjuicio de exponer una primera parte común a ambos regímenes.

*II. Naturaleza jurídica de las limitaciones de la propiedad en la zona.*—Desde el punto de vista civilista, se trata de limitaciones y no de simples límites de la propiedad; por consiguiente, son derogaciones de su régimen normal. Su carácter transitorio prueba igualmente este aserto: la mayor parte de las mismas se extinguén cuando concluye su misión específica, que es facilitar la obra colonizadora.

Se han de incluir dentro de las limitaciones de Derecho Público, definidas por ZANOBINI (2) como las establecidas «para que el derecho de propiedad no resulte incompatible con determinados intereses públicos, o sea, de la generalidad representada por el Estado y los otros entes administrativos». Igual criterio diferenciador sigue MESSINEO (3). La naturaleza pública del interés protegido califica la limitación de pública. No obstante lo dicho, entendemos que aun siendo pública, su finalidad es esencialmente social: facilitar la realización de la colonización y el aumento de la productividad agraria. Por ello podemos concluir que su naturaleza es agraria: pertenecen al Derecho Público Agrario. LEAL (4) señala que «el Derecho de Colonización, parte integrante del Derecho Agrario, no encuentra completo acómodo en el Derecho Público y Privado». Vi-

(2) *CORSO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO*, IV, p. 146.

(3) *MANUALE DI DIRITTO CIVILE E COMERCIALE*, II, 1, p. 225.

(4) Ob. cit., p. 1045.

LLAR Y ROMERO<sup>(5)</sup>, aun calificando el Derecho Agrario de puro Derecho Público—lo que no parece decisivo, ya que indudablemente existen normas e instituciones privadas en el seno del Derecho Agrario—, lo considera como rama autónoma e independiente del Derecho Administrativo.

**III. Sus caracteres.**—Dada su naturaleza, sus caracteres son específicos y su finalidad social agraria: la colonización y el incremento de la producción de la zona; su contenido polifacético, no cayendo dentro de los moldes de las servidumbres administrativas clásicas; afectan a los inmuebles de la zona de modo general en virtud de la Ley o de un acto administrativo (aprobación del proyecto de parcelación, del plan general de colonización, declaración de puesta en riego). No hay acto administrativo de afectación de cada uno de los inmuebles: los vínculos que a la propiedad impone la Ley son típicos (exigencia de idéntica producción, valoración de los inmuebles dentro de los precios máximos y mínimos, posible expropiación de todas las tierras en exceso).

Las limitaciones imponen un *facere* (transformar las tierras y obtener un rendimiento mínimo de ellas), o un *non facere* (no enajenar las tierras o no enajenar una parcela inferior a la unidad media en la zona), o un *pati* (soportar la expropiación). Así, pues, se pueden clasificar en positivas y negativas. Las primeras se configuran como una obligación *propter rem* del dominio, no como una simple negación de la facultad de abusar que contenía su régimen anterior. Existe un obligado, que es el propietario frente a la Administración; la obligación es un accesorio del derecho de propiedad que, no obstante, no se convierte por este hecho en una simple función social; salvo dicho deber, el propietario puede gozar de la cosa y determinar su proceso productivo.

Los deberes negativos restringen una facultad—generalmente de disposición—que competía al propietario caso de no haber estado limitada la propiedad. Unas veces el vínculo somete a las tierras a una posible expropiación, no necesariamente a la expropiación—tierras en exceso—; otras sanciona su enajenación, conectándole

---

(5) *La transformación del Derecho Privado en Derecho Público*, «Revista de Derecho Privado», junio 1943, p. 411.

efectos diversos: calificación de las tierras enajenadas de tierras en exceso; en ocasiones, origina la expropiación de las parcelas enajenadas inferiores a cierta extensión prefijada por la Ley.

Caracterízase el régimen de la propiedad en las zonas regables porque el particular carece de medios jurídicos para promover la obra colonizadora: las infracciones de las normas de la Ley son sancionadas por la Administración, no por los particulares. No existe un derecho real de adquisición para recomponer la unidad media fraccionada, contra lo previsto en la Ley a semejanza del que previene el art. 3º de la Ley de 15-VII-54 a favor de los colindantes con las parcelas así formadas. (6).

Los vínculos son temporales y perpetuos. La misión de los primeros es realizar la colonización, constituyendo en manos de la Administración medios jurídicos aptos para esta labor. La de los segundos es evitar la destrucción de la obra colonizadora ya realizada, que se considera perpetua. (7). Sólo existe en esta segunda clase prescindiendo del régimen de los patrimonios familiares que sólo se aplica a la propiedad concedida por el I. N. C. a sus colonos— la prohibición de transmitir una extensión inferior a la cabida mínima, señalada a la unidad de explotación de tipo medio de la zona (Art. 30. 3).

#### RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS TIERRAS RESERVADAS

*L. Concepto de tierras reservadas.*—Es básica la distinción que hace la Ley entre tierras reservadas y tierras en exceso. Podemos definir éstas como aquellas que pueden ser adquiridas por el Instituto Nacional de Colonización para los fines colonizadores que marca la Ley, en especial para el asiento de nuevos campesinos. Son tierras reservadas aquellas extensiones regables que, de acuerdo, con

(6) Sobre la mínima unidad de cultivo, véase la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, número julio-agosto de 1955, que contiene los siguientes trabajos: RUEAVENTURA, CAMY: Ley sobre cabidas mínimas de las parcelas cultivables, p. 386 y sigs.; VILLARES PICÓ: Aspectos económico, jurídico y social de las mínimas unidades de cultivo, p. 435 y sigs.; SALAS MARTÍNEZ: Las unidades mínimas de cultivo y el Registro de la Propiedad, página 455.

(7) Preamáculo de la Ley de 15-VII-54, art. 1º, apartado 4º, letra g), que establece que las tierras en exceso no

las normas del Plan General de Colonización de la zona y del Proyecto de Parcelación pueden ser conservadas por sus propietarios cultivadores directos que lo soliciten conforme a las prescripciones de la Ley.

Pretendé con este sistema el legislador huir de la radicalidad de ciertas reformas agrarias que expropiaban totalmente la propiedad afectada. En todo caso, el propietario conservará parte de sus tierras. Pero a la vez la Ley hace una fundamental distinción: el propietario que explota sus tierras en régimen de arriendo no debe de ser tratado igualmente que el cultivador directo. Como dice el señor LAMOS DE ESPINOSA en su discurso de presentación del Proyecto de Ley a las Cortes: «Se ha querido reforzar la orientación antes apuntada de auxilio y estímulo al empresario agrícola estableciendo una diferenciación y una consideración distinta ante la Ley de quienes dedican a la tierra su trabajo, su iniciativa y su ahorro, de aquellos que, por el contrario, la consideran únicamente como elemento de renta. Que la tierra debe de ser considerada como elemento de trabajo y no de renta es principio firmemente mantenido por el Movimiento, mantenido desde su iniciación...». Recogen estos principios los arts. 10 y 12, párr. 3º.

No obstante lo dispuesto por la Ley, creemos que el propietario cultivador directo no merece en todo caso el beneficio de reserva de tierras (8). Cuando el predio es explotado deficientemente por su propietario —caso de los latifundios—, no hay razón alguna que justifique la reserva de una fracción considerable de su superficie. Esta particularidad del principio general antes expresado debiera tener su realización práctica en el Proyecto de Parcelación, reduciendo la extensión de la superficie reservable al latifundista. Ello puede sostenerse teniendo en cuenta que será fijada atendiendo a los sistemas de llévanza de la tierra (art. 10, inciso 2º).

Dentro del concepto de cultivo directo creemos pueden com-

(8) En sentido general, DE CASTRO (*El Derecho Agrario en España*, An. D. Civ., 1954, p. 377 y sigs.) señala que en el moderno Derecho Agrario «se procura la eliminación de los arrendatarios, pero desatendiendo el fin de la conexión directa entre el titular y la tierra, pues el cultivo se puede hacer por medio de administradores o por medio de figuras jurídicas indirectas de igual alcance efectivo que la del arrendatario. ... El concepto de cultivador directo es, parece, engañoso y perturbador, debiendo abandonarse en la moderna regulación del Derecho Agrario», p. 393.

prenderse aquellas formas de aparcería que supongan una efectiva participación del propietario en los riesgos de la empresa agrícola.

II. *Determinación de las tierras reservadas.*—La fijación de las tierras reservadas de la zona regable tiene una importancia extraordinaria, ya que sujeta una fracción importante de la superficie cultivable a un régimen jurídico radicalmente diverso del resto de la propiedad inmobiliaria. Para ello la Ley requiere la realización de un conjunto de actos jurídicos por parte de la Administración y de los particulares afectados. El Decreto aprobatorio del Plan de Colonización deberá contener normas para fijar las extensiones reservadas a los propietarios (arts. 6 y 11, párr. 1.º); el Proyecto de Parcelación formulado por el I. N. C. y aprobado por el Ministerio de Agricultura (art. 15) determinará concretamente las extensiones reservables a los propietarios de la zona y las calificadas como en exceso (arts. 13, párr. 5.º, y 14).

A) *Fijación de las normas a que se ha de sujetar la parcelación en el Decreto aprobatorio del Plan General de Colonización.*—El artículo 6 de la Ley dice así: «Dicho Decreto... fijará, conforme al art. 10, las normas aplicables, al efecto de determinar en cada caso la superficie que pueda ser reservada en la zona a los propietarios cultivadores directos de tierras enclavadas en ésta que expresamente lo soliciten, así como las circunstancias que deban de concurrir en los peticionarios y las condiciones que se les haya de imponer para serles reconocido el expresado derecho.» El art. 10: «A los propietarios cultivadores directos de tierras sitas en zonas regables que expresamente lo soliciten no se les expropiará la superficie de las mismas que, de acuerdo con las normas señaladas en el Decreto aprobatorio del Plan General, pudiera serles atribuida. Esta superficie reservable será fijada en atención a la cabida de las fincas y sistemas de llevanza de la tierra. En todo caso, sería primordialmente tenida en cuenta la necesidad de instalar el mayor número de colonos posible, armonizando la consecución de este objetivo con los legítimos intereses de la propiedad privada y con el logro del máximo rendimiento de la producción agrícola en la zona.»

Este sistema, aunque bien intencionado, supone un excesivo arbitrio en punto tan esencial como es la determinación del régimen jurídico de la propiedad reservada. Las reformas agrarias europeas

y la Ley de Bases de 1932 fijaban la cuota explotable de los fundos en un tanto por ciento de la superficie, progresivo conforme aumentaba la extensión del fundo, distinguiendo según sistema de cultivo, naturaleza del mismo, si eran o no de regadío las tierras, etc. La Ley de Reforma Agraria italiana señala que es expropiable una cuota de la propiedad directamente proporcionada a la extensión e inversamente a la renta catastral media, por hectárea, con lo cual, según BARASSI (9), tenderá a desaparecer la propiedad peor cultivada.

Creemos hubiera sido más adecuado un sistema análogo que fijara las bases de la expropiación en la Ley, permitiendo cierta libertad de movimientos a la Administración.

Interpretando dicho art. 10, señala LEAL (10) que «la cuantía de la reserva es fijada específicamente por cada zona, teniendo en cuenta primordialmente la necesidad de instalar el mayor número de colonos y el logro del máximo rendimiento de la producción agrícola, fines que han de armonizarse entre sí y con los legítimos intereses de la propiedad privada... Secundariamente se tienen en cuenta para la aludida determinación otros factores, como la cabida de las fincas y el sistema de llevanza de las tierras, dentro de cuya amplia denominación han de comprenderse la clase de cultivo a que se dedican, las obras de transformación que al aprobar el Plan de Colonización se están realizando, y otros».

La finalidad básica de la Ley es el asiento de las familias campesinas, mediante la atribución de tierras, en especial de huertos familiares y unidades medias de explotación, que en su día hayan de constituir patrimonios familiares capaces para mantener a una familia y absorber su capacidad de trabajo. Señala LEAL (11) que «La colonización tiene una finalidad social por esencia, porque trata de modificar la estructura de la sociedad mediante la elevación de la posición social y del nivel de vida de los campesinos, en primer término, y de la población en general, después, y a esta supremá y definitiva finalidad se llega por dos caminos: uno, el de la redistribución de la propiedad, que es lo que frecuentemente se pretende que constituye un fin social, y otro, el del aumento de la

(9) Ob. cit., p. 383;

(10) Ob. cit., ps. 1053-1054.

(11) Ob. cit., p. 1043.

producción, que es el que se considera como fin económico. Pero realmente el fin económico no se persigue por sí mismo, sino como fin próximo y en función de medio para conseguir el fin social a que antes hemos aludido.

Resta sólo considerar si su realización puede suponer una realización de la producción agrícola; en cuyo caso estarían en contraposición las finalidades sociales y las económicas de la colonización. Esta objeción—ya clásica en todas las reformas agrarias—es recogida y resuelta por el mismo autor (12): «... se estima por algunos que al fragmentarse una gran explotación decrece el rendimiento del cultivo porque los parceleros tienen menos medios de cultivo.» Pero resuelve que pueden dotarles de estos medios, ya sea el I. N. C. (13), ya las asociaciones de tipo cooperativo (14). Aun en el supuesto de que las pequeñas explotaciones resultantes de la parcelación obtuviesen menor producción que la gran explotación en la zona de regadío, cosa poco probable (15), no debería de prescindirse por ello de la parcelación; las ventajas sociales que lleva Janejas justificarían sobradamente una disminución de la productividad.

Claro está que la parcelación tendría un límite: no poner en peligro la subsistencia de la economía familiar ni arruinar la economía nacional. Pero como antes hemos dicho, la armonización de las finalidades económica y social de la colonización no es difícil, al menos en las zonas regables.

Quedan por examinar los restantes criterios a que ha de sujetarse la fijación de la superficie reservada. Tememos que los términos «legítimos intereses» de la propiedad privada encubren un equívoco fundamental: suponer una transacción entre la finalidad social de

(12) Ob. cit., pág. 1044.

(13) En este sentido, véase el punto 23 de la Orden de 27-V-53, a favor de los adjudicatarios de patrimonios familiares.

(14) GARRÉ: *Manual de Agricultura*, II, p. 842. A este respecto puede servir de base legal el punto 22 de la citada Orden, que prevé la constitución de asociaciones con fines de cooperación entre los titulares de patrimonios familiares.

(15) GARRÉ: Ob. cit., p. 844: «La pequeña propiedad de tipo familiar es la óptima en las fincas en que predomina la mano de obra: huertos, regadíos intensivos...; las unidades económicas así constituidas se caracterizan: por su intensidad cultural, trabajo regular en el año, actividades y medios máximos por Ha. y están definidas por la familia por unidad de trabajo o por la familia y la yunta si la base es una explotación extensiva.»

la colonización y los intereses, tal vez contrapuestos, de la clase de propietarios cultivadores directos (16). Los intereses de la propiedad privada quedan suficientemente salvaguardados con la indemnización que la Ley previene. Suponer que los intereses de la propiedad exigen la reserva de una parte importante de la superficie del predio es no conocer el espíritu de la Declaración XII del Fúero del Trabajo: «Todas las formas de la propiedad quedan subordinadas al interés supremo de la nación, cuyo intérprete es el Estado.»

El criterio, pues, que comienzan es totalmente anómalo en una Ley de contenido y finalidad netamente sociales y nacionales. La propiedad privada no tiene intereses privativos que haya de armonizar con los sociales por la razón de que la propiedad es reconocida por la misma Declaración XII como medio natural para el cumplimiento de las funciones individuales, familiares y sociales. Sólo, pues, armonizando debidamente unas y otras es por lo que la Ley señala la distinción fundamental entre tierras reservadas y, en exceso: no se pretende con ello reconocer un privilegio a los antiguos propietarios sino, por el contrario, arbitrar un medio de hacer cumplir a la propiedad su función social.

Finalmente, como índices secundarios de fijación de la cuota reservada, se tendrán en cuenta la cabida de las tierras y el sistema de llevanza de las tierras dentro de cuyo concepto, dice LEAL (17), «han de comprenderse la clase de cultivo a que se dedican las obras de transformación que al aprobarse el Plan de Colonización se estén realizando, y otros». Entendemos que deben también de incluirse los sistemas técnico-agronómicos de explotación y si el propietario es empresario agrícola o explota el predio por medio de administradores.

B) La fijación de superficies reservadas no supone, sin más, que los propietarios de la tierra afectada puedan conservarla incondicionalmente. Deberán realizar una declaración ante el I. N. C. en

(16) Apunta dicho peligro SEVERINO AZNAR: *Estudios Económico-Sociales*, p. 145, nota 2: «Las nuevas obras de irrigación pueden proporcionarles (al I. N. C.) considerables sumas de tierras gratuitas, porque no es conceible que esas obras que van a sextuplicar el valor de las tierras regables... se hayan hecho para hacer un regalo opulento a quienes menos lo necesitan.»

(17) Ob. cit., p. 1052,

el tiempo hábil fijado por dicha entidad con los requisitos previstos en el art. 9.<sup>º</sup>, párr. 3.<sup>º</sup>

Siendo la reserva de superficies un beneficio que el legislador concede al propietario cultivador directo en oposición al arrendador, es lógico que se condicione a aquellos requisitos que supongan la plena prueba de la condición que la Ley quiere privilegiar. Por consiguiente, el falseamiento o alteración de las circunstancias básicas del inmueble o del cultivo directo, verbigracia, cabida, clase de cultivo, duración del directo, hará incurrir al solicitante en la pérdida del citado beneficio y en la calificación de las tierras a que la declaración se refiere como en exceso.

C) Determinadas las posibles superficies reservables, de acuerdo con las normas fijadas por el Decreto aprobatorio del Plan General y con las declaraciones de reserva de los propietarios, el I. N. C. redactará un Proyecto de Parcelación de la zona en que se fijarán, de acuerdo con las directrices del art. 13, las tierras reservables y las en exceso de la zona (art. 13, párr. 5.<sup>º</sup>). Tras el trámite previsto en el art. 15, párr. 1.<sup>º</sup>, el Director general del I. N. C. aprobará el Proyecto que será apelable ante el Ministro de Agricultura, sin que su resolución admita recurso alguno (art. 15, párrafo 2.<sup>º</sup>). Este Proyecto aprobado y firme es el que verdaderamente fija la situación jurídica y económica de las tierras afectadas por el Plan de Colonización; es un acto administrativo negocial que, recogiendo un conjunto de consideraciones técnicas, económicas y jurídicas, somete a la propiedad de la zona o bien al régimen jurídico de las tierras en exceso o al de las reservadas. Todas las normas hasta ahora estudiadas han sido promulgadas pretendiendo regular el acto culminante de este proceso: la aprobación del Proyecto de Parcelación formulado por el I. N. C.

III. *Tierras exceptuadas del régimen previsto en la Ley.*—Llamamos así a las que se encuentran en los casos previstos en la 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> disposiciones finales de la Ley. Están caracterizadas por un dato negativo: no estar sujetas a los vínculos y deberes de la Ley que comentamos, salvo de modo reflejo cuando no sea susceptible la parte exceptuada del fundo de ser cultivada normalmente (Disposición final 4.<sup>a</sup>, párr. 3.<sup>º</sup>). Por consiguiente, no precisan para

ser conservadas por sus propietarios la solicitud a que antes hicimos referencia.

Excluye la Ley de su ámbito de aplicación los terrenos sitos dentro del perímetro de las zonas regables que al publicarse el Decreto aprobatorio del Plan de Colonización estuvieran transformados en regadíos y cultivados normalmente (Disposición final 3.<sup>a</sup>).

Como señala el discurso de presentación del Ilmo. Sr. LAMOS DE ESPINOSA: «Durante el período comprendido entre la declaración de interés nacional y la aprobación del Plan, los propietarios deben seguir en el cultivo normal de sus fincas y además pueden realizar la transformación de aquella parte de su propiedad que sea posible, cultivando en regadío; bien con el agua que tomen de los canales construidos, bien mediante captaciones ó elevaciones, quedando protegidos en su esfuerzo por la Disposición final 3.<sup>a</sup>, que exceptúa de la aplicación de la Ley a las tierras que en el momento de aprobación del Plan se cultivasen normalmente en regadío. Con ánimo de favorecer y estimular al propietario a que coadyuve á esta tarea, no se exige en este momento una intensidad predestinada en el cultivo en regadío...».

La Ley pretende con este precepto obtener una valiosa colaboración de los particulares en la obra colonizadora, aligerando de ese modo la labor administrativa a la par que evitar la inercia de los propietarios. Ahora bien, hay que hacer dos salvedades: a) Que pese al criterio expuesto, el Decreto de 14-XII-52 sobre intensidad exigible en la explotación de tierras reservadas a los propietarios establece que «a los efectos de que sea aplicable la excepción que establece la 3.<sup>a</sup> Disposición final de la Ley de 21-IV-49 en favor de las fincas situadas en zonas regables de alto interés nacional que al publicarse el Decreto aprobatorio del Plan General, estuviesen transformadas en regadío y cultivadas normalmente, se considerará que concurre esta última circunstancia cuando la realización del cultivo haya permitido conseguir un índice de producción bruta vendible equivalente al que señala el artículo precedente» (art. 2.<sup>º</sup>; párrafo 1.<sup>º</sup>). O sea, la intensidad del cultivo de las tierras exceptuadas deberá alcanzar el mismo nivel que el de las reservadas. b) El criterio seguido por el legislador de exceptuar las tierras transformadas con anterioridad a la fecha del Plan nos parece exagerada-

mente respetuoso con los precedentes propietarios de la zona. Colonizar no es tan sólo transformar las condiciones económicas de las tierras sobre las que recae la acción de la Administración; como hemos visto, su finalidad social es acusadísima: pretende elevar el nivel de vida de los campesinos y transformar el régimen jurídico de la propiedad. Eximir de los preceptos de la Ley al que se limita a intensificar la producción de sus tierras sin mejorar las condiciones de vida de los braceros que emplea resulta exagerado. Se debía exigir como mínimo el que la explotación fuese calificada, o ejemplar, privilegiadas por el legislador por su carácter social.

También se consideran tierras exceptuadas aquellas comprendidas dentro del perímetro de la zona regable a las que no afecte la puesta en riego prevista en el Plan General y hayan de continuar cultivándose en el secano después de ejecutado el mismo (Disposición final 4.<sup>a</sup>, párr. 1.<sup>a</sup>). Siendo la finalidad de la Ley colonizar y distribuir las tierras puestas en regadío en las zonas regables, lógicamente no deberá aplicarse a aquellas fincas que no se hayan beneficiado con la citada transformación. Ahorá bien, ello no significa que queden exentas de otras disposiciones colonizadoras. En este sentido la Disposición final 1.<sup>a</sup>, párr. 2.<sup>a</sup>, señala que las expropiaciones que autoriza esta Ley no obstarán a las que, en su caso, puedan ser procedentes conforme a la de 27-IV-1946, o sea, a las que previene por razones de interés social. De este modo se podrá completar la obra colonizadora por otros medios que los que estrictamente ofrece la Ley que comentamos, parcelando y distribuyendo aquellas tierras que, aun no beneficiándose con la transformación en regadío, por sus características económicas o por las condiciones sociales de la zona, es susceptible de una mejor distribución y cultivo.

Cuando se trate de predio del que sólo una parte se halle comprendida dentro de los límites de la zona, los preceptos de la Ley se aplicarán únicamente a esa porción y no al resto de dicho inmueble (Disposición final 4.<sup>a</sup>, párr. 2.<sup>a</sup>). Son aplicables *mutatis mutandis* las observaciones hechas al párrafo anterior.

Cuando por aplicación de lo dispuesto en los dos párrafos precedentes hayan de quedar en poder de un propietario una porción o porciones de su finca que, a juicio del I. N. C., no sean susceptibles de una normal explotación, deberá éste Organismo, a petición del propietario, adquirirlas de acuerdo con las normas del art. 16.

El citado precepto es confuso y su interpretación ofrece dificultades de importancia. No establece qué extensión de tierra deba ser la suficiente para una normal explotación. Según el art. 1.<sup>º</sup> de la Ley de 15-VII-54 sobre fijación de unidades mínimas de cultivo, se entiende por tal la extensión suficiente para que las labores fundamentales, utilizando los medios normales de producción, puedan llevarse a cabo con rendimiento satisfactorio (18). Según la misma Ley que nos ocupa, si bien para otro supuesto, será la cabida mínima señalada a la unidad de explotación de tipo medio de la zona (artículo 30). Creemos que, dada la finalidad familiar prevalente que tiene nuestro Derecho de Colonización, debe de aceptarse la segunda solución: siendo el ideal legislativo la explotación familiar, y no la mínima unidad de cultivo, deberá adquirir el I. N. C. toda porción de finca que no tenga la extensión mínima de la unidad de tipo medio, o sea de la familiar. De otro modo la parcelación de la zona regable produciría como efecto reflejo la creación de una serie de pequeños predios que si bien de por sí no serían antieconómicos no ofrecerían medio de vida ni de trabajo a la familia campesina.

Nos parece también defectuoso que sea el propietario el que pueda decidir si desea o no enajenar sus tierras al Instituto; tratándose de lograr que la tierra exceptuada logre llenar sus finalidades familiares y sociales, no puede quedar este objetivo al arbitrio del propietario, que, de ordinario, dado el apego que el campesino siente por su tierra, no solicitará del I. N. C. la adquisición.

Finalmente, resulta también oscura la norma al hacer referencia al art. 16 que regula el justiprecio de la tierra, de acuerdo con los precios mínimos y máximos en secano fijados en el Plan General correspondiente a cada una de las clases de tierra que existan (artículo 4.<sup>º</sup>, párr. 1.<sup>º</sup>, ap. i). ¿Cómo, pues, valorar con arreglo a los precios fijados para las tierras enclavadas en la zona regable aquellas porciones de tierra que están fuera de la misma?

La dificultad en parte se resuelve teniendo en cuenta que, según el art. 4.<sup>º</sup>, párr. 3.<sup>º</sup>, uno de los índices de fijación de estos precios habrá de ser el valor en venta de las fincas análogas situadas en la misma comarca, pero fuera de la zona regable. De todos modos

---

(18) Sobre dicha extensión, véase nuestro trabajo: *En torno al régimen jurídico de la mínima unidad de cultivo*, «Rev. Gen. Der.», julio-agosto 1955, página 475, en especial págs. 477 y 78.

hubiera sido más correcto fijar el justiprecio de acuerdo con los principios generales vigentes en la materia:

IV. *Régimen jurídico de las tierras reservadas.*—1) Condiciones técnico-económicas de la explotación agraria reservada:

a) El art. 13, párr. 2º, señala que cuando la superficie reservable sea igual o superior a la extensión de la unidad de tipo medio de la zona, se procurará que su agrupación en un solo predio se realice en torno a la parcela que sustente la casa de labor o la vivienda de la que sea, de todas las que posea el interesado, de mayor superficie o que disfrute de mejor situación atendiendo a su proximidad a poblados o vías de comunicación, al orden para tandem del riego por acequias ó a otras circunstancias semejantes.

Se trsluce en este precepto la preocupación del legislador de conservar las unidades fundiarias. De poco sirve la reserva de terrenos al propietario cuando éstos carecen de casa-habitación o están muy alejados de ella. Igualmente la lógica exige conservar la mayor extensión posible de terrenos unidos en coto redondo o en un reducido número de parcelas, evitando de este modo la dispersión parcelaria que es pródromo de la pulverización de la propiedad.

Igualmente, y en la medida de lo posible, el propietario que ve cercenadas sus tierras no deberá perder las que gocen de más fácil acceso o de mejor situación: su derecho es preferente al colono nuevamente establecido.

b) Al mismo orden de consideraciones obedece el apartado 3º del citado artículo: «Si la superficie reservable hubiere de ser, con arreglo a las citadas normas, de cabida inferior a la señalada para la unidad de explotación de tipo medio en la zona, así como cuando, tratándose de propietarios cuyos predios afectados por el Plan General no alcancaren dicha extensión, fuere procedente, en su caso, asignarles las tierras suficientes para completar ésta, el Instituto determinará el emplazamiento que habrá de estar siempre subordinado a la situación de las tierras en exceso.»

En este supuesto en que la superficie reservable no alcanza la extensión óptima prevista por la Ley objeto de nuestro estudio, no existen las razones que en el caso anterior movían al legislador a agrupar la explotación en torno a la casa-habitación. Por ello goza el Instituto de discrecionalidad en la determinación de su emplazamiento.

La Ley prevé la adjudicación de tierras al propietario cuyos predios afectados por el Plan General no alcancen la extensión de la unidad de tipo medio en la zona. Aunque la Ley no lo establece expresamente, entendemos que sólo será concesionario de la parcela, adquiriendo su propiedad tras un régimen de amortización de acuerdo con las condiciones generales que para estas concesiones establece en la legislación vigente. Creemos que a la unidad de tipo medio así formada no le será aplicable la Ley de Patrimonios Familiares de 15-VII-52 y sus disposiciones complementarias.

2) *Limitaciones á la facultad de disponer.*—El art. 11, párr. 2º, establece que «el mismo carácter de tierras en exceso tendrá las adquiridas por actos *inter vivos* con posterioridad á la fecha del Plan». Las tierras reservables que se enajenan en el período comprendido entre la publicación del Decreto aprobatorio del Plan de Colonización y el plazo de un año a partir de la puesta en riego de la zona regable, momento en que se estimen las limitaciones a la libre disponibilidad de las tierras (art. 26), dejan de gozar de este carácter, y si bien la enajenación es válida es inoponible frente a la Administración y confiere a las tierras la calificación jurídica de en exceso.

Todas las reformas agrarias han vinculado de diversas formas la propiedad de la tierra durante el período transitorio comprendido entre la promulgación de la Ley y la expropiación de los terrenos necesarios; la enajenación, por alterar las condiciones sobre que se asientan tanto la expropiación como la reserva de tierras—extensión poseída por cada propietario, cultivo directo del mismo, etc.—, debe de ser inoponible al Estado aun siendo válida en sí. En nuestra Ley no solamente se declara irrelevante, sino que confiere la calificación de tierras en exceso; se presume que pretendió eludir la finalidad social de la Ley y que se hizo con ánimo especulativo pretendiendo lucrarse con la inminente plus valía del terreno.

3) *Obligación de transformar e intensificar el cultivo.*—Como anteriormente examinamos, la Ley no se contenta con regular las concesiones de terrenos adquiridos por la Administración, sino que dicta normas que pretenden incrementar la producción de las tierras reservadas al propietario, cumpliendo así el principio cardinal en

el Derecho Agrario de procurar la máxima productividad de la agricultura. En este sentido, el art. 27 señala: «Dentro de los cinco años siguientes a la declaración oficial de la puesta en riego, la explotación de todos los terrenos y unidades comprendidos en el sector o fracción de superficie de la zona a que la declaración se refiere, habrá de alcanzar los límites de intensidad previstos en el Plan correspondiente.» Ciertamente que el citado precepto no se refiere tan sólo a las tierras reservadas, sino, en general, a todas aquellas respecto de las que, conforme el art. 26, no se hubiese iniciado el expediente expropiatorio transcurrido un año desde la puesta en riego. Pero indudablemente la mayor parte de tierras afectadas por esta disposición tendrá la calificación jurídica de reservable.

La obligación de obtener un mínimo rendimiento lleva consigo la de transformar el cultivo de secano en regadío. El plazo previsto por la Ley es suficiente para conseguir la intensidad mínima en la producción que la Administración exige.

El Decreto de 14-XII-52 señala en su art. 1º: «La intensidad que ha de alcanzar la explotación en regadío de las tierras reservadas a los propietarios en las zonas regables, quedará definida exclusivamente al efecto previsto en el art. 27 de la Ley de 21-IV-49 por el índice de producción bruta vendible por hectárea, expresada en quintales métricos de trigo. Para las zonas con Planes Generales de Colonización aprobados con anterioridad a la fecha de este Decreto, el citado índice será de la cuantía que respectivamente señalen los Decretos aprobatorios de dichos Planes Generales.»

El Decreto citado se limita, pues, a regular la intensidad mínima de la explotación de tierras reservadas en los Planes de Colonización posteriores a su fecha, respetando los sistemas vigentes en la fecha de su promulgación. El índice adoptado obedece al criterio general del legislador español de referir los rendimientos agrarios al valor del trigo, principal producto agrícola de nuestra Península e índice de toda la economía. El referirse al número de quintales métricos de trigo vendible excluye, naturalmente, lo reservado para la próxima sementera; es indiferente si realmente se venden o son consumidos por el propietario. Por otra parte, tratándose de un rendimiento mínimo exigible, el criterio de producción bruta sirve suficientemente al propósito del legislador pese a no ser utilizable

para discernir las condiciones económicas concretas en que se realiza la explotación.

Para la obtención del citado mínimo, cuando los productos sean otros que el trigo—como será normal en zonas de regadío—, se precisarán tablas de conversión de los mismos al rendimiento trigo.

La sanción por no transformar debidamente las tierras reservadas es la aplicación del régimen de tierras en exceso: «Terminado el período de cinco años que el art. 27 señala para ultimar la transformación de la zona, el I. N. C. podrá adquirir todas las tierras enclavadas en ésta pertenecientes a propietarios que en dicho momento no hubieren dado cumplimiento a la obligación de verificar la explotación de las mismas con el grado mínimo de intensidad previsto en el Plan General de Colonización. Será aplicable a estas transmisiones cuanto preceptúa el art. 16 de esta Ley, salvo que habrán de abonarse a los propietarios los gastos que hayan realizado durante el citado período, siempre que se ajusten a la finalidad del Plan, y que en todo caso se deducirá el importe de las obras realizadas por aquel organismo que los propietarios aún no hubieran saldado con éste» (art. 29).

La sanción que impone la Ley es la máxima que se puede aplicar al propietario: expropiarle su derecho. La propiedad reservada está profundamente socializada, difiriendo grandemente de la individualista del Código. No obstante, no por ello puede calificarse como función social (19).

La enajenación—por compra o expropiación—se verificará según las reglas del art. 16, o sea, por su valor en secano, de acuerdo con los precios máximos y mínimos que fijó el Decreto aprobatorio del Plan. Igualmente se habrá de abonar al particular el importe de los gastos por éste realizados que se ajusten a la finalidad del Plan, pero deducido el importe de las obras realizadas por el I. N. C. que todavía no hubiese satisfecho. En el primer concepto habrá que comprender aquellos que sean necesarios para la transformación de

(19) En este sentido, DE CASTRO, ob. cit., p. 399: «La obligatoriedad del cultivo no quita el carácter de Derecho Privado a las titularidades (propiedad, usufructo, colonato, aparcería) sobre las fincas, ni siquiera las califica de derecho deber propio de los officia de Derecho de familia; el cultivador explota la finca en beneficio propio, en su exclusivo interés, quedando sólo expuesto a las sanciones legales (como no mérecedor de la protección jurídica) si su conducta resulta contraria al bien común.»

la explotación de su predio, incluso aquellos que le corresponda abonar parcialmente, como son los de interés común y privado (art. 24). En este caso, según el art. 27 ya citado, párr. 1.<sup>o</sup>, inciso 2.<sup>o</sup>, no procederán las subvenciones que el I. N. C. concede a los particulares, previstas en el art. 24.

ENRIQUE FOSAR BENLOCH  
Licenciado en Derecho

## ESTUDIOS DE DERECHO HIPOTECARIO Y DERECHO CIVIL

POR

D. JERONIMO GONZALEZ Y MARTINEZ

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

*Precio de la obra: 175 pesetas*

Publicados los tres tomos.

Envíos contra reembolso, con aumento de dos pesetas.

*Los pedidos a la Administración de*

**REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO**

ALCALÁ, 16, 5.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 11 - MADRID

## **Cargas deducibles (reincidencia obligada)**

Tengo que justificar mi insistencia, a primera vista ilógica ; en mi afán de aprender, rogaba al admirado comentador de la Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales su opinión sobre determinadas divergencias ; como no existía la obligación de complacerme ni de acertar, parece que lograda la contestación, cualquiera que ella fuese, sólo me correspondía agradecer la actuación generosa ; pero se me hace incidir en tales incongruencias que, pese a mi insignificancia o quizá por ella, me veo obligado a tratar de conseguir una postura menos incómoda.

Para que no se salve nada de mi trabajo, dice su réplica que el epígrafe debía ser él de «Deudas deducibles» y no «Cargas deducibles» ; podía alegar que no hice más que ajustarme al Reglamento, el que rotula en la misma forma el capítulo VII, comprensivo de las deudas, y aun me cabía aducir, dentro de la distinción exigida por la Redacción, que la materia del artículo no se contraía a lo que la réplica imprime el ineludible y exclusivo marchamo de deuda ; pero no creo que, aun reconociendo desacertado o incompleto el rótulo, la falta influya en la razón del comentario. También la réplica se me dirige con error de apellido, lo que no me extraña, ya que es desconocido en estas lides y en otras, y esto no quitaría fuerza a sus argumentos, si la tuvieran.

Se replica que la cita del art. 1.435 de la Ley de Enjuiciamiento es inoperante porque este artículo estatuye *simplemente* que la

ejecución ha de referirse a cantidad superior a 1.000 pesetas ; si fuere cierta la contracción del artículo al señalamiento de la cantidad, sería razonable el palmetazo ; pero lo exacto es que el art. 1.435 dice, además, que será preciso que haya vencido el plazo de la obligación, y esto, que para anonadarme se borra de un plumazo, es lo que da congruencia a la cita : se trataba—como dice la réplica al iniciar el planteamiento del primer problema—de saber si es deducible la deuda patentizada en una letra de cambio con vencimiento posterior al fallecimiento del causante ; el art. 101 del Reglamento incluye a las cambiales que tengan aparejada ejecución con arreglo al art. 1.429, y éste no exige que la obligación esté vencida, requisito sólo obligado para despachar la ejecución con arreglo al artículo 1.435 ; por ello alegué que si el legislador hubiera querido exigir esta anterioridad en el vencimiento hubiese citado el artículo 1.435 en lugar del 1.429, o en unión de éste. ¿Hay en ello incongruencia ? Y conste que de haberla estaría yo bien acompañado : véase la Resolución del T. C. de 3.XI-51, la que declara deducible una hipoteca vencida después del fallecimiento del causante, basándose precisamente en la referencia del Reglamento al art. 1.429 y en la diferencia que existe entre éste y el 1.435, y, aunque el caso no sea igual, la determinación jurisprudencial diferenciadora queda sentada.

Como prueba; al parecer, de que la fuerza ejecutiva la da el protesto, cita la réplica varios artículos del Código de Comercio que establecen el perjuicio que sufren las letras por falta de aquél : si las letras no tenían antes fuerza ejecutiva, ¿en qué consiste el perjuicio sufrido ?, y aun surge más clara la consecuencia contraria a la tesis que se me opone del art. 509 citado por mí sin comentario en la réplica ; si el protesto conserva a la cambiaria la fuerza ejecutiva, es indudable que la letra la tiene en sí misma, aunque puede perderla si no se protesta en forma.

Ya se hizo constar la diferencia entre la palabra «comprendidas» que emplea el Reglamento y «enumeradas» que usa el comentario ; a mis razones se replica con otras que en realidad se reducen a la afirmación de que todas las deudas del número 3 han de justificarse «a satisfacción de la Administración», es decir, «discrecionalmente» ; no podemos estar conformes con la identidad ni aun con la analogía de estos términos : el Reglamento dice «a satisfacción de

la Administración por los medios de prueba admisibles en derecho; y no usa la palabra «discrecional», como hace, por ejemplo, en el art. 136. Que no es facultad discrecional lo demuestra el T. S., admitiendo recursos sobre el particular, admisión imposible si no se tratase de facultades regladas; y no sólo admite estos recursos, sino que los resuelve favorablemente, como lo hace la Sentencia de 22-XII-49, en la que se rechaza de plano, con relación a las letras, las facultades administrativas decisivas de la justificación, y es de tener en cuenta que yo razonaba sobre la base de que la deuda estuviese reconocida en documento público, porque a pesar de estarlo, la Resolución del T. C. de 30-XI-54 declaró no deducible una letra, sentando doctrina al mismo parecer contraria a la Sentencia del T. S. de 23-4-42, confirmatoria de la Resolución del T. C. de 9-V-33 (VILLAMIL, pág. 398); ya que de esos fallos se infiere, a sensu contrario, la deducibilidad de las letras con existencia acreditada, aun sin protesto anterior al fallecimiento.

Finalmente, por lo que respecta al segundo problema, se me coloca en el peligroso terreno del Derecho constituyente, lugar muy ajeno a mis deseos y a mi situación; yo me limité a propugnar la aplicación a ciertos arrendamientos de los arts. 60 y 100 del Reglamento, según los que hay que deducir del verdadero valor las cargas que disminuyan realmente su estimación, cargas por las que se entienden los censos, las pensiones u otros gravámenes de naturaleza perpetua, temporal o redimible que afecten a los bienes y aparezcan directamente impuestas sobre los mismos. La fijación legal de un precio para la venta ¿está o no comprendida en el art. 100? ; esta es la cuestión en la que no entran ni el T. C. ni el comentarista : calificar de mera la presunción del art. 67 de la anterior Ley de Arrendamientos Urbanos, que no admite prueba en contrario, no creo sea conveniente ni exacto.

Reconozco que puede haber imprecisión en el alcance que quise dar al comentario de la Resolución del T. C. de 24-XI-53 y que de esta imprecisión pudo deducirse que ponía tacha a la tasación pericial acordada, aunque para nada me ocupé de ella ; naturalmente, el hecho de estar arrendada una finca no impide acudir a la tasación pericial, pero en ésta deben tenerse en cuenta las circunstancias de la finca, que han de expresarse en el acuerdo y que deben detallarse en la peritación con arreglo a los arts. 90 y 91 del Reglamento ; mi

disconformidad estriba en que se diga que el impuesto recae sobre el valor de realización o valor capital de los bienes y no se tenga en cuenta una limitación en el precio de venta impuesto por la Ley. La verdad es que entonces tenía en el pensamiento, mejor que la Resolución que comentaba, la de 26-VI-53, en la que no hubo tasa-ción pericial y el Tribunal desestimó el recurso fundándose en los números 4 del art. 80 y 7 del 85, mereciendo a la Redacción el comentario de que, dado lo terminante del art. 85, el caso está reglamentariamente fuera de toda discusión. A esto me permitió objetar que siendo verdad que el valor comprobado por el líquido no es en general susceptible de recurso, también lo es que de este verdadero valor hay que deducir, por imposición del art. 60, las cargas o gravámenes que disminuyan realmente su valor; por cierto que en este comentario la Redacción admitía en el terreno constituyente y de los principios la tesis contraria a lo que establece en su réplica contra mí.

Excuso decir que no trato de forzar la obtención de un comentario benigno ni aun de ampliar la defensa de mi criterio; quiero sólo que mis pobres argumentos no aparezcan cambiados en una exposición que, aunque los mejora mucho en la forma, no coincide con mis razonamientos y alegatos; y de todas suerte agradezco muy de veras que mis comentarios hayan sido replicados por quien con tanto lucimiento se ocupa habitualmente de gente muy por encima de mí.

CARLOS ABRAIRA

Notario

## Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

RÉGISTRO MERCANTIL. — PUEDE CONSTITUIRSE UN SINDICATO ÚNICO PARA TODOS LOS OBLIGACIÓNISTAS, CUALESQUIERA QUE SEAN LAS DEMISIÓNES REALIZADAS, CONFORME A LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA DÉCIMOSEPTIMA DE LA LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS? — AL CONSTITUIRSE EL SINDICATO Y ESTABLECERSE LAS «REGLAS FUNDAMENTALES DEL MISMO» BASTARÁ UNA REMISIÓN GENERAL A LAS QUE SE DETERMINAN EN EL CAPÍTULO VII DE LA LEY O SERÁ PRECISO CONSIGNAR LAS QUE COMO ESENCIALES HAYAN DE REGIR LAS RELACIONES JURÍDICAS ENTRE LA SOCIEDAD Y EL SINDICATO Y LAS CARACTERÍSTICAS DE ÉSTE? — NECESIDAD, PARA LA INSCRIPCIÓN DEL SINDICATO, A EFECTOS DE ACREDITAR LA PERSONALIDAD DEL OTORGANTE DE LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN, DE LA CONSTANCIA AUTÉNTICA DEL ACTA DE LA JUNTA GENERAL DE ACCIONISTAS QUE TOMÓ ACUERDOS EN TORDEM AL FUTURO SINDICATO.

Resolución de 17 de enero de 1956 («B. O.» de 25 de febrero).

Don José María Pascual Arquer, en nombre de la Asamblea general de la Compañía Mercantil «La Unión Agrícola, S. A.», otorgó ante el Notario recurrente una escritura con fecha 16 de diciembre

bre de 1952, en la que se formalizó el acuerdo de 25 de noviembre del mismo año de la Asamblea de obligacionistas de «La Unión Agrícola, S. A.», en los términos que se consignan en el acta de la Asamblea inserta en la escritura. Según aparece en este acta, por acuerdo de la Junta general de accionistas de 10 de junio de 1952, se convocó a todos los tenedores de obligaciones, tanto hipotecarias como no hipotecarias, a Asamblea general, para constituir el Sindicato de Obligaciones, impuesto por la disposición transitoria 17 de la Ley de 17 de julio de 1951, sobre Sociedades Anónimas, y de las con ello concordantes de la propia Ley. El Presidente del Consejo de Administración hizo constar a la Asamblea: Que la Sociedad tenía emitidas cuatro series de obligaciones de carácter hipotecario distinguidas con las letras A, B, C y D, y de tales series habían sido amortizadas muchas de ellas, quedando en circulación las siguientes. De la serie A, seiscientas obligaciones, que representan un capital de 350.000 pesetas; de la serie B, cuarenta y siete obligaciones, que representan un capital de 235.000 pesetas; de la serie C, ciento cincuenta obligaciones, con un capital de 300.000 pesetas; de la serie D, diez obligaciones, representando un capital de 10.000 pesetas; que asimismo se había emitido una serie de obligaciones no hipotecarias, señalada con la letra E, de las que quedan en circulación mil doscientas ochenta obligaciones, representativas de 640.000 pesetas; que a dicha Asamblea concurren tres señores obligacionistas, representados por sus apoderados, y acreeditando la posesión de quinientas obligaciones de la serie A, treinta y cinco de la serie B, cien de la serie C, diez de la serie D y novecientas sesenta obligaciones de la serie E, que en conjunto representan un capital de 1.110.000 pesetas, el cual excede de las dos terceras partes del capital en obligaciones hoy en circulación, que es de un millón quinientas treinta mil pesetas, así como también de los dos tercios, las obligaciones de cada una de las cuatro series hipotecarias y de la serie E simples; por lo que se dió por constituida la Asamblea, a tenor del artículo 124 de esta Ley. El mismo Presidente propuso a ésta, como cuestiones previas a decidir, las siguientes:

1.<sup>a</sup> Si se había de constituir un Sindicato para cada una de las emisiones, un Sindicato para las obligaciones hipotecarias y otro para las que no lo son, o bien un solo Sindicato que representara a todos los obligacionistas; solución ésta última que estimaba la más justa;

al ser la más económica, sin que por otra parte el existir un solo Sindicato obstaculice por ningún concepto el ejercicio de las acciones y derechos que respecto a todas las obligaciones sindicadas le corresponde, ni las que especialmente se desprenden, para cada clase, de los artículos 119 y 120, ya que el Comisario que ahora ha de nombrarse podrá ejercerlas también oportunamente y separadamente respecto a cada serie y caso, siendo esta solución aprobada por la Asamblea; 2.º Que aunque la disposición transitoria nadie dice respecto al nombramiento de Comisario, plantea la cuestión de su nombramiento, preguntando si debe hacerse en esta Asamblea o posteriormente, cuando una vez constituido el Sindicato se reúna la Asamblea de obligacionistas y manifieste que el Consejo de Administración entiende que la Sociedad debe proponer el Comisario, a fin de que la Asamblea lo acepte o nombre otro, y la Sociedad propone, por acuerdo de la Junta de accionistas, a don Antonio Pascual Cortada; 3.º Que el Sindicato debe constituirse a tenor de los acuerdos que tome la Asamblea, ya que no existe en las escrituras de emisión las reglas fundamentales a que alude la Ley de Anónimas. Finalmente, la Asamblea, previa deliberación, tomó los acuerdos siguientes: a) La constitución de un Sindicato único de todos los obligacionistas; b) Nombrar Comisario al propuesto por el Presidente; c) Que «la indicación y, por ende, las facultades del Comisario, sean las que se determinan en el capítulo VII de la Ley tantas veces citada, tanto en forma permisiva como imperativa»; d) Que a los fines de lo dispuesto en el artículo 127 de la Ley, los obligacionistas cuidarán de tener siempre al Comisario informado de su domicilio; y e) Que se delegue en don José María Pascual para que comparezca ante Notario a formalizar los documentos que sean necesarios para la inscripción de estos acuerdos en el Registro Mercantil.

Presentada la anterior escritura en el Registro Mercantil de Barcelona fué calificada, mediante nota, del tenor siguiente: «Denegada la inscripción del precedente documento: 1.º Por no haberse cumplido en la convocatoria, en el acuerdo de la Junta general de obligacionistas y otorgación del mismo documento, lo que dispone el apartado número sexto del artículo 116, en relación con la disposición transitoria número 17 de la ley de 17 de julio de 1951, referente a la constitución del correspondiente Sindicato para cada

una de las distintas emisiones de obligaciones, así como no resultan aprobadas, ni tan siquiera puestas a discusión, las reglas fundamentales que hayan de regir las relaciones jurídicas entre la Sociedad y el Sindicato y las características de éste. 2º Falta justificar la personalidad del otorgante, mediante acreditar los extremos de la Junta general de accionistas del día 10 de junio de 1952. 3º De los asientos del Registro no consta ninguna de las amortizaciones parciales, a que se hace referencia en el documento. Siendo insubsanable el primer defecto, no procede anotación de suspensión, aun en el caso de ser solicitada.

Interpuesto recurso por don Antonio Arenas y Sánchez del Río, Notario autorizante de la escritura, en cuanto a los dos primeros defectos (con dos motivaciones, a su vez, el señalado con el número uno), ya que considera ajeno al recurso la falta de inscripción en el Registro de las amortizaciones por ser de mero trámite e independientes de la gestión del Notario, la Dirección confirma la nota del Registrador denegando la inscripción, salvo en cuanto a la necesidad de establecer en la constitución del Sindicato otras reglas fundamentales que las señaladas por la Ley, extremo incluido en el primer defecto, mediante la doctrina siguiente:

Que la disposición transitoria décimoséptima no autoriza la creación de un organismo singular dentro del sistema de la Ley, como sería un Sindicato único de obligacionistas de distintas series, sino que por estar ya emitidas las obligaciones al entrar en vigor la Ley y no poder, por consiguiente, constituirse el Sindicato o Sindicatos con arreglo al sistema ordinario, únicamente da reglas especiales para llegar a establecerlos, sin perjuicio de que por lo demás rijan las normas ordinarias, principalmente contenidas en el capítulo VII de la Ley, al que expresamente remite dicha disposición transitoria.

Que, por tanto, la primera cuestión debe resolverse teniendo presente el pensamiento fundamental de la Ley de Sociedades Anónimas al dar carta de naturaleza en nuestro ordenamiento jurídico con carácter de derecho necesario a los Sindicatos de obligacionistas, qué no fué otro sino el crear sobre la base de una comunidad de intereses homogéneos unos organismos de defensa y a la vez de colaboración, destinados especialmente a la tutela de los intereses de

los obligacionistas en sus relaciones con la Sociedad, dotando a éstos de una fácil expresión de voluntad común a través del simple acuerdo mayoritario y permitiendo, en todo caso, un amplio sistema de reglas a través de las cuales acreedores y entidad deudora puedan resolver en su día futuras dudas o adecuar a necesidades nuevas sus respectivos intereses.

Que como consecuencia de la finalidad que motiva la creación del Sindicato la comunidad de intereses que surgen en cada emisión; con sus garantías peculiares y características, propias e incluso encontradas con las demás emisiones, no puede en ningún caso someterse a la simple apreciación mayoritaria de un Sindicato común, contrario a los principios de la Ley y al que sólo daría pie una interpretación superficial de la disposición transitoria décimoséptima, desconectada del sistema general que la Ley establece, de donde, se infiere necesariamente que en cumplimiento de dicha disposición transitoria deben constituirse tantos Sindicatos como series de obligaciones estén emitidas y, además, y a tal efecto, convocarse tantas Asambleas de obligacionistas como Sindicatos, a fin de que la constitución de cada uno de ellos no venga determinada por la voluntad de obligacionistas que en cuanto no pertenezcan a la serie correspondiente son completamente ajenos a la comunidad de intereses que justifica la asociación y, por tanto, a la Asociación misma.

Por lo que hace a la segunda cuestión que la Ley articula principalmente en su capítulo VII, reglas fundamentales sobre relaciones entre Sociedad y Sindicato y características de éste, redactadas sin ofrecer alternativas que exigirían determinaciones ulteriores y de modo tal que siempre resulte asegurado que, como preveía la Resolución de 21 de julio de 1943, «las convocatorias tengan publicidad; las reuniones, plena garantía, y el *quorum*, densidad o representación suficiente»; mas sin perjuicio a la vez de conceder cierto campo a la autonomía de la voluntad para establecer otras reglas también fundamentales y a las cuales, en su caso, habrá de ajustarse el Reglamento interno que establezca la primera Asamblea de obligacionistas, convocada conforme al artículo 125 de la Ley, donde más concretamente serán fijados los plazos o formas de convocar y constituir las Asambleas, las formas de deliberar y tomar acuerdos, el lugar de las reuniones, etc.

Que la posibilidad de normas fundamentales acordadas explica que sea dato necesario de la escritura del Sindicato, conforme a lo

dispuesto en la disposición transitoria décimoseptima y en el artículo 116, la expresión de las reglas fundamentales establecidas sean las legales u otras permitidas, sin necesidad de entender que estos preceptos supongan que el legislador no haya regulado de modo completo en sus aspectos más esenciales el Sindicato y exijan, por tanto, que este vacío sea suplido negocialmente, fijando en la escritura las reglas complementarias, cuya indeterminación dejaría siempre en la perplejidad de cuándo se han establecido todas.

Respecto al último problema que, en efecto, la adecuada justificación de lo acordado por la Junta general de accionistas que aparece mencionada en el acta de la Asamblea de obligacionistas, se hace imprescindible para apreciar si, conforme a lo establecido en el artículo 113, la constitución del Sindicato elevada por la Ley a «condición necesaria» de cada emisión, se somete a los acuerdos adoptados por la Junta y si, por tanto, las personas que en la constitución representan a la Sociedad se mueven dentro del ámbito de su poder.

Una interpretación superficial de la disposición transitoria décimoseptima, desconectada del sistema general que la Ley establece—se dice en el tercero de los considerandos copiados—, pudo dar pie a la pretensión de constituir un Sindicato único de obligacionistas.

Desde luego sólo una lectura somera de dicha disposición transitoria permite cuestionar sobre el problema.

Comentaristas tan autorizados como GARRIGUES y URÍA, que al formular la pregunta respecto a las emisiones que se realicen vi gente ya la Ley (pág. 455, t. II), la resuelven en el sentido de la pluralidad de Sindicatos, y ello para nosotros no puede tener duda, dado el art. 113 que actúa *opé legis*, como pura *condictio legalis*; silencian la respuesta en derecho transitorio, aunque al escribir «que por lo que hace referencia a las reglas del Sindicato, habrán de acordarse, desde luego, a las normas establecidas por la Ley» (página 508), pudiera interpretárseles como que también se inclinan por la pluralidad.

Dijo don FRANCISCO PALÀ («Agrupación de obligacionistas», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. II), que «realizado

un empréstito, suscritos todos los títulos, nos hallamos ante el fenómeno jurídico de un préstamo dividido en cierto número de partes (obligaciones, PartiaLEN, Teilschuldverschreibungen), representada cada una de ellas por un título. Aunque las *partes sean desiguales* (emisión en varias series). Por cierto, que los considerandos 1.<sup>º</sup> y 3.<sup>º</sup> hablan «de obligacionistas de distintas series», 1.<sup>º</sup>, y de «series de obligaciones», 3.<sup>º</sup>, los derechos de sus titulares son iguales, si bien proporcionales a su cuantía. Se trata, pues, de derechos de igual rango, igualdad que se manifiesta en el cumplimiento voluntario, en la ejecución forzosa y en el concurso o quiebra. Como las prestaciones son divisibles, se aplica la regla *concurso partes fiunt*; pero la deuda en su origen es única y la unidad es del género de las que los filósofos denominan unidad de composición *per se*; como la espiga del trigo o la mazorca del maíz; unidad de origen y causa. Por ello, dicen VON CAEN y RENAULT, que salvo expresión contraria, debe admitirse que ha sido voluntad de la Empresa someter la validez de la suscripción a la condición de la emisión integral. Y, en efecto, nadie podrá imaginar que se ha tratado de obtener préstamos individuales de tan pequeña cuantía como representa el valor de cada título.

Así, pues —agrega PALÁ—, habremos de considerar el empréstito, (aún el compuesto de varias series), conviene insistir para nuestra posterior argumentación) como una deuda total única, y dentro del sistema español, como una obligación mancomunada, figura propia del Derecho patrio, en la que sus diferentes partes guardan entre sí una relación más estrecha que las llamadas obligaciones parciales del Derecho germánico y menos fuerte que las obligaciones conjuntas del Derecho inglés.

Aplicando estas ideas del ilustre Notario a la disposición transitoria en cuestión, el problema aparece despejado. Dice dicha disposición que: «Las Sociedades que al entrar en vigor la presente Ley tengan emitidas en serie obligaciones simples o hipotecarias...». O sea, que se refiere a *emisiones en serie*, no a *todas las emisiones*. La Asamblea general de obligacionistas a que alude la discutida disposición es la de los del mismo empréstito constitutivo de diversas series. Sólo una falta de precisión ha podido dar lugar al planteamiento de la cuestión. Es algo de lo que sucede, por ejemplo, contemplando los arts. 113 y 121 de la Ley, referentes a la constitución del Sindicato en que, como expresa *atinaadamente*. Gi-

RÓN TENA (*Derecho de Sociedades Anónimas*, pág. 559), «la técnica de la Ley permite proponerse el problema de la licitud de una emisión que prescindiera del Sindicato...». Pero sobre esto, como dicen GARRIGUES y URÍA, y siquiera sea salirnos un tanto de la cuestión, la circunstancia de que la Ley confiera a la existencia del Sindicato de obligacionistas el carácter de condición necesaria de la emisión, no quiere decir que aquél haya de estar constituido al tiempo de hacerse ésta. Sobre este punto ya nos aclara el art. 121 que el Sindicato quedará constituido una vez que se inscriba la escritura de emisión entre los adquirentes de los títulos a medida que los vayan recibiendo aunque sea con carácter provisional. Para estos autores, las declaraciones del art. 113 no tienen más alcance que el de establecer la obligatoriedad del Sindicato.

Volviendo a la cuestión, o sea a la pluralidad o unidad de Sindicato, como dijera el Registrador en su informe—parecidamente a como se expresan GARRIGUES y URÍA—, tendiendo la Ley a encauzar las diferencias resultantes de la contraposición de intereses, diferencias que pueden surgir entre los tenedores de obligaciones de las distintas emisiones en materia de condonación o reducción de intereses, modificación de garantías, ejercicio de acciones judiciales, etc., en los que se requiere el acuerdo mayoritario de la Asamblea de obligacionistas; de existir Asamblea única, podría ser decisivo el voto de obligacionistas no afectados por el acuerdo o que éste perjudicase a un solo grupo en beneficio de la Sociedad o de los otros obligacionistas.

No vemos tan clara la cuestión respecto al segundo supuesto del defecto primero de la nota; o sea el referente a la necesidad de establecer en la constitución del Sindicato otras reglas fundamentales que las señaladas por la Ley, que la Dirección rechaza.

Se ha pensado, como apunta GIRON TENA (ob. cit., pág. 561), en los límites y régimen de materias sobre las cuales la Asamblea puede tomar válidamente acuerdos que vinculen a los obligacionistas?

Apenas desbrozado el problema por la Ley—arts. 122 y 124—, podría admitirse el criterio de la Dirección; si aquella, siguiendo las líneas de los Derechos suizo y francés, hubiera hecho una discriminación de los acuerdos según la gravedad de las materias a

trataf, requiriendo mayorías especiales y hasta unanimidad en determinados supuestos, o separando acuerdos permitidos y materias que no se someten al acuerdo mayoritario; etc.

Los mismos GARRIGUES y URÍA, que encuentran plausible el criterio de la Ley, pues como añaden, con acierto, reseñar en sus normas lo que puede y no puede hacer una Asamblea de obligacionistas, sobre insuficiente es expuesto, y los propios Tribunales—y no digamos la doctrina—han encontrado a veces dificultades para encajar supuestos no previstos; los mismos GARRIGUES y URÍA, repetimos, refiriéndose, por ejemplo, a qué ha de entenderse por «intereses legítimos»—ver art. 122—, teniendo en cuenta que la defensa de estos *intereses* se hace «frente a la Sociedad emisora», estiman que será necesario determinar qué puede acordar la Asamblea de obligacionistas frente a la Sociedad y hasta dónde llega la fuerza vincente de sus acuerdos.

Por ello—dicen—, el Comisario y la Sociedad deben dar la mayor conciencia posible a ésta materia en la escritura de emisión.

¿Y por qué no—decimos nosotros—en la constitución del Sindicato, en la que se procurará abordar, para evitar摩擦es, éste y otros varios problemas que ponen de manifiesto dichos comentaristas, mediante esas reglas fundamentalés qué, a más de las legales, requería el Registrador, señalando un tiempo las características del Sindicato?

**INMATRICULACIÓN.**—EL RÉGIMEN HIPOTECARIO ESPAÑOL IMPONE AL REGISTRADOR EL DEBER DE DETERMINAR DISCRECIONALMENTE, CON ARREGLO A LOS DATOS QUE FIGURAN EN LA OFICINA, LA IDENTIDAD DE LOS PREDIOS.—EL PROCEDIMIENTO REGULADO EN EL ARTÍCULO 306, EN RELACIÓN CON EL 300 DEL VIGENTE REGLAMENTO HIPOTECARIO, INSPIRADO EN UN RECTO SENTIDO DE UTILIDAD Y ECONOMÍA PROCESAL, ES APPLICABLE CUANDO ENTRE EL INMUEBLE INSCRITO Y AQUEL QUE SE DESCRIBE EN EL TÍTULO EXISTA COINCIDENCIA EN ALGUNOS DETALLES, PERO NO CUANDO DEL EXAMEN COMPARATIVO ENTRE AMBAS DESCRIPCIONES APAREZCA UNA IDENTIDAD CASI ABSOLUTA.

*Resolución de 10 de febrero de 1956. («B. O.» de 1 de marzo.)*

Doña Concepción Riquelme Galera otorgó testamento el 9 de diciembre de 1949 en el que instituyó herederos a sus sobrinos doña Antonia y don Edmundo Pedro González Riquelme.

La testadora falleció el 24 de noviembre de 1952, y los herederos practicaron las operaciones divisorias en la correspondiente escritura de partición.

Entre los bienes relictos reseñaron, bajo el apartado H), una casa sita en Murcia, en la calle Camino del Cementerio Viejo de la Puerta de Orihuela, señalada con el número 18, antes 20, «que linda por la derecha; entrando, con la casa número 19, hoy 16, descripta anteriormente; izquierda o Mediódia, casa vendida a don Pedro Serrano Moñino, fondo o Poniente, huerto de don Domingo Gámbin Hernández; y frente o Levante, calle de su situación. Ocupa una superficie de 57 metros 38 décimetros cuadrados y consta de un solo piso, distribuido en entrada, alcoba, patio pequeño cubierto y retrete, cubierta de terrado».

El cuaderno particionario fué protocolizado por el Notario de Murcia don Francisco Sisó Cavero el 29 de enero de 1953.

Presentada en el Registro primera copia de la referida escritura de protocolización, fué denegada la inscripción de la finca señalada en el cuaderno particional con la letra H); «por aparecer inscrita a favor de persona distinta de la causante».

En vista de esta calificación, fué solicitada del Registrador certificación de la inscripción de la finca referida, que se expidió haciendo constar «que con el número veinte, hoy dieciocho, de la calle del Camino del Cementerio Viejo de la Puerta de Orihuela de esta capital, no existe ninguna casa, si bien al folio ochenta y tres del tomo ochocientos noventa y tres, finca número cuarenta y tres mil setecientos cinco, inscripción cuarta, está inscrita a favor de don Pedro Serrano Moñino, por compra que hizo a don José María Alarcón Gómez, una casa que por identidad de situación, superficie que ocupa, distribución de habitaciones y linderos con la misma se deduce es la misma».

Nuevamente fué puesta la inscripción, y entonces puso el Registrador la siguiente nota: «Presentado el precedente documento acompañado de los siguientes: relación de bienes adquiridos por doña Concepción Riquelme Galera al fallecimiento de su esposo, don José María Alarcón Gómez, suscrita por dicha señora el día 15 de septiembre de 1948; certificación expedida por el Registrador

que suscribe, el día 12 de marzo del actual año; dos certificaciones expedidas el día 15 de marzo último por el Jefe de Negociado de Urbana en la Administración de Propiedades y Contribución Territorial de la provincia de Murcia, en las que se expresa que aparecen inscritas en dicho Negociado, a nombre de don Pedro Serrano Moñino, dos casas sin número en la Parroquia de Santa Eulalia, sin indicar calle, y a nombre de doña Concepción Riquelme Galera la casa número 20, hoy 18, de la calle del Cementerio de esta ciudad, respectivamente; otra certificación del Jefe de la Sección de Rentas y Exacciones del Ayuntamiento de Murcia, expedida el 4 de marzo de este año, haciendo constar que por concepto de canales figuran como contribuyentes por las casas del 13 al 20 del Camino del Cementerio Viejo de la Puerta de Orihuela, doña Concepción Riquelme Galera, y por los números 21 y 22; don Pedro Serrano Moñino; y una instancia dirigida al señor Registrador de la Propiedad de Murcia por doña Antonia y don Edmundo Pedro González Riquelme el día 5 de abril del corriente año; por la que solicitan que en virtud de tales documentos se lleve a efecto la inmatriculación al amparo del art. 205 de la Ley Hipotecaria de la casa número 20, hoy 18, de la calle del Cementerio Viejo de la Puerta de Orihuela, de esta capital, que se les adjudica en el precedente documento y se describe en la letra H), cuya inscripción fué anteriormente denegada, según se indica en la precedente nota, se deniega la inscripción de inmatriculación nuevamente solicitada de la referida finca porque, según acredita la certificación expedida por el Registrador que suscribe y se acompaña, está inscrita a favor de don Pedro Serrano Moñino, persona distinta de la causante. Defecto insubsanable que impide extender anotación preventiva. Murcia, a 7 de julio de 1954.

Interpuesto recurso por los interesados, la Dirección ratifica el auto del Presidente de la Audiencia, que confirmó la nota del Registrador, mediante la adecuada doctrina siguiente:

Que cuando se solicite la inmatriculación de una finca en el Registro de la Propiedad al amparo de los medios señalados en la legislación hipotecaria, debe el Registrador verificar un examen detenido de los índices y libros que integran el Archivo de su cargo, a fin de comprobar si el inmueble que se pretende inmatricular aparece o no inscrito a favor de otra persona, con lo cual se procura

evitar los inconvenientes y graves perjuicios a que puede dar lugar una doble inmatriculación.

Que en el caso que motiva el presente recurso, el Registrador advirtió la existencia de un asiento de inscripción extendido a favor de persona distinta de la solicitante, relativo a un inmueble que coincidía no sólo en algunos datos descriptivos, sino que ofrecía identidad con el que se pretendía inmatricular, excepto en cuanto al correspondiente número de policía de la calle, circunstancia que por ser niudable en extremo no ha de estimarse esencial en la identificación.

Que el procedimiento regulado en el art. 306, en relación con el 300 del vigente Reglamento Hipotecario, inspirado en un recto sentido de utilidad y economía procesal, es aplicable cuando entre el inmueble inscrito en el Registro y aquel que se describe en el título exista coincidencia «en algunos detalles», pero no cuando del examen comparativo entre ambas descripciones aparezca una identidad casi absoluta por ser iguales situación, linderos, medida superficial, distribución interna del edificio, etc., criterio que informan diversas Resoluciones de este Centro directivo y en especial la de 19 de diciembre de 1946; en la que se declara qué cuando el Registrador tuviere dudas sobre si la finca está o no inscrita suspenderá la inscripción hasta que el Juez resuelva.

Que el régimen hipotecario español, que no obtiene los datos físicos de los inmuebles de un eficaz sistema catastral, impone al Registrador el deber de determinar discrecionalmente con arreglo a los datos que figuran en la oficina de identidad de los predios y, en consecuencia, siempre que apareciese inscrito el inmueble denegará la inmatriculación, sin perjuicio del derecho que corresponda a los interesados para esclarecer en el procedimiento adecuado si se trata de una misma finca.

**¿SERÁ INSCRIBIBLE UN EXCESO DE CABIDA JUSTIFICADO EN UN EXPEDIENTE DE DOMINIO QUE SE TRAMITÓ PARA REANUDAR EL TRACTO SUCESIVO INTERRUMPIDO DE UNA FINCA E INSCRIBIR A QUÉ EXCESO Y EN EL QUE NO PUDE APORTARSE LA CERTIFICACIÓN PREVENIDA EN EL ARTÍCULO 287 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO?**

*Resolución de 11 de febrero de 1956 («B. O.» de 6 de marzo.)*

Don Pedro y don Juan Sánchez González y don Antonio Martínez Sánchez solicitaron del Juzgado de Primera Instancia de Aracena que tramitase un expediente de dominio para reanudar el trámite sucesivo e inscribir el exceso de cabida de una finca de cereales y monte bajo, con encinas, y tres casas en el sitio de las «Contiendas» o «Garnachas», pasaje de la Fresneda Zahurditas II y Puerto de la Zarza, término de Cortegana, de 736 hectáreas y 56 centiáreas de cabida inscrita, pero con una extensión real de 1.067 hectáreas y 50 áreas.

El 30 de noviembre de 1954 recayó auto en el citado expediente, en el que se declararon debidamente justificados los hechos y extremos alegados; y probado el dominio de los solicitantes sobre la finca, tanto sobre la superficie registrada como sobre el exceso. Presentado en el Registro el anterior documento fué calificado con la siguiente nota: «Inscrito este documento, en cuanto a la reanudación del trámite sucesivo, a favor de los tres solicitantes en pro indiviso, en el tomo 741, lib. 52 de Cortegana, fol. 19, finca 2.687, inscripción 21, quedando cancelada la precedente inscripción primera por contradictria. No admitida la conversión del dominio de esta inscripción primera por carecer de objeto. Denegada la inscripción del exceso de cabida por los siguientes defectos: 1.º Haber sido incoado, tramitado y aprobado en 30 de noviembre último, fecha en que los tres solicitantes no tenían inscrita a su favor la cabida registrada, de conformidad con el art. 287 del Reglamento Hipotecario, y no pudiendo aportar en dicha fecha la certificación que en dicho artículo se ordena. 2.º Por no ser posible saber con precisión la cabida real de la finca, teniendo en cuenta que se solicita el exceso de 330 hectáreas con 94 áreas, de una cabida total, según dictamen pericial, de 1.067 hectáreas 50 áreas, y sumando el exceso que se quiere acreditar y la cabida registrada hacen un total de 1.066 hectáreas, 94 áreas y 56 centiáreas, que no es igual a lo anteriormente citado por los interesados, y siendo insubsanable el primer defecto citado no procede anotación preventiva.»

Interpuesto recurso por los interesados, la Dirección, con revocación parcial del auto apelado, que había desestimado la nota del Registrador, confirmó el segundo defecto de la misma, mediante la ajustada doctrina siguiente:

«Que aunque el principio de *fides publica* no comprenda los da-

tos físicos de los inmuebles; es conveniente que el Registro los refleje con la mayor exactitud posible, especialmente la medida superficial, a fin de que concuerden la extensión inscrita con la real, tema que motivó muchas decisiones de este Centro, cuya doctrina aparece recogida en el art. 200 de la vigente Ley Hipotecaria, que entre los procedimientos para inscribir la mayor cabida de las fincas menciona el expediente de dominio, en el cual se ha de justificar que el inmueble figura inscrito a favor de quien lo promoviere.

Que por la doble finalidad pretendida del expediente de dominio, motivo de este recurso, debe tenerse en cuenta que no será posible aportar la certificación prevenida en el art. 287 del Reglamento Hipotecario vigente, puesto que en el momento de incoarse el expediente la finca necesariamente tenía que aparecer inscrita a nombre de un titular registral anterior, pero ello no puede constituir un obstáculo insuperable, ya que la finca ha sido inscrita a nombre de los interesados, por haber accedido el Juzgado a la petición formulada y porque lo contrario obligaría a los solicitantes, con detrimento de la economía procesal, a seguir dos expedientes sin ninguna ventaja práctica.

Que para una exacta determinación del exceso de superficie que se trata de inscribir, es necesario distinguir entre la cabida pericial y la inscrita, y como los interesados tuvieron el propósito de inscribir la diferencia entre ambas, aunque expresamente no lo declarasen así, por haber padecido quizás un simple error aritmético al computar las 56 centíáreas inscritas como si fuesen 45 áreas, podrán subsanar el defecto en este caso, dada su importancia relativa y la voluntad inequívoca manifestada al iniciar el expediente, si el Juzgado, advertido y explicado el error, accediese a ello.

**ENAJENACIÓN DE BIENES SUJETOS A SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA EN CATALUÑA:** NO ESTANDO COMPRENDIDA Dicha enajenación en los supuestos excepcionales que las fuentes romanas admitieron para que los bienes que formaban parte de un fideicomiso pudiesen enajenarse, el empleo de la subrogación real, —procedimiento técnico merced al cual lo que se recibe por enajenación queda sujeto al régimen jurídico que afecta a la finca transmitida— no tiene virtualidad suficiente para crear un poder de disposición, ya que tal subrogación, más

QUE PREMISA QUE SIRVA PARA AUTORIZAR EL ACTO DISPOSITIVO, FUNCIONA COMO RESULTADO AL QUE SE LLEGA A TRAVÉS DEL CAMBIO O FLUCTUACIÓN OPERADA.

TAMPOCO ES APLICABLE EL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN EL TÍTULO XI DEL LIBRO III DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, RELATIVO A LA ENAJENACIÓN DE BIENES DE MENORES E INCAPACITADOS, PORQUE ENCAMINADO A SUPLIR UNA INCAPACIDAD FRENTA A NECESIDADES QUE PUEDEN SER PERENTORIAS, EN EL CASO PRESENTE RESULTA UTILIZADO PARA ATENDER LAS CONVENIENCIAS DEL HEREDERO GRAVADO, CON LO QUE SE MODIFICA CLARAMENTE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR.

*Resolución de 2 de marzo de 1956. («B. O.» de 14 de abril.).*

Doña Concepción Boronat Ferré adquirió de su abuelo don Juan Ferré Mathéu, a título de prelegado, dispuesto en testamento autorizado por el Notario de Barcelona don Manuel Corchón el 23 de junio de 1941 y ratificado en codicilo de 23 de septiembre de 1942, otorgado ante el Notario, también de Barcelona, don Tomás Camínal Casanovas, una casa sita en la calle de Viñals, número 17, de la ciudad de Barcelona, que fué inscrita en el Registro de la Propiedad con las siguientes limitaciones, impiestas por el causante: a), doña Concepción Boronat Ferré podrá disponer libremente y sin limitación alguna, desde el momento en que fallezca su marido, don Enrique Gabarró, no pudiendo en vida de éste más que percibir las rentas y productos que dichos bienes produzcan, sin que pueda venderlos ni gravárslos; b), si doña Concepción Boronat Ferré muere antes que su marido, antes o después que el testador, los bienes prelegados, excepción hecha de su legítima, pasarán por partes iguales a todos los hijos que la misma deje a su fallecimiento, y si alguno de los hijos falleciere antes de llegar a la mayor edad o de contraer matrimonio, su parte pasará a sus hermanos y, en defecto de alguno, a sus hijos en su representación, y si no tuviere hermanos ni hijos de hermanos pasarán a los hermanos de doña Concepción, llamados don Juan y doña Lorenza Boronat Ferré, o, en su defecto, a sus hijos, y a falta de todos estos, a la otra hija del testador, doña Francisca Ferré Vargas, o a sus hijos o descendientes, prohibiendo expresamente el testador que en ningún tiempo ni por ningún tí-

tulo o concepto pasen los bienes que de él proceden a don Enrique Gabarró, marido de la referida doña Concepción Boronat.

Doña Concepción Boronat, por razones de utilidad, solicitó del Juzgado de Primera Instancia de Reus autorización para sustituir dicha casa número 17 de la calle de Vifials, de Barcelona, mediante su venta e inversión de su total precio en otro inmueble o en valores del Estado, que habrían de quedar sujetos, en todo caso, a las mismas condiciones, sustituciones y limitaciones que gravaban dicha finca; y concedida dicha autorización por auto de 8 de abril de 1948, la referida señora vendió, el 2 de julio de 1948, a don José Riba Martorell, la expresada finca, cuyo precio quedó depositado en poder del Notario autorizante de la escritura, don Antonio Sánchez Jiménez, a los efectos de su inversión por el mismo fedatario en títulos de la Deuda Amortizable del Estado, al cuatro por ciento, emisión de 7 de marzo de 1947, con intervención de Agente de Cambio y Bolsa, cuyos títulos debían quedar depositados en el Banco de Bilbao, sucursal de Barcelona, sujetos a las mismas limitaciones antes referidas, todo lo cual se efectuó posteriormente, según consta principalmente en acta autorizada por dicho Notario señor Sánchez Jiménez, de fecha 2 de julio de 1949 y diligencia del día 10 del propio mes.

Presentada en el Registro copia de la escritura de venta junto con los aludidos documentos complementarios, fué calificada por nota del tenor siguiente: «Denegada la inscripción del documento que precede, con los otros acompañados, por los defectos siguientes: 1.º, por resultar del Registro y de dichos documentos que don Juan Ferré Mathéu, abuelo y causante de la vendedora, impuso a ésta y afecta a la finca vendida la prohibición de venderla y gravarla en vida de su marido, don Enrique Gabarró, disponiendo taxativamente que mientras éste viviera no podrá más que percibir las rentas y productos de la finca, sin que pueda venderla ni gravarla, prohibición que surtiendo sus efectos impide la venta de la finca; 2.º, porque el propio testador, para el caso de premoriencia de doña Concepción Boronat a su marido, don Enrique Gabarró, ordenó sustitución fideicomisaria a favor de los hijos de aquél, imponiéndoles prohibición de enajenar y gravar los bienes hasta que cumplan la mayoría de edad o se casen, cuya prohibición impide también la venta; 3.º, para el caso de que alguno de estos hijos falleciere antes de llegar a la mayor edad o de casarse, ordenó otras sustituciones fideicomisarias con llamamientos unos directos y otros condicionales,

al favor de otros descendientes del propio abuelo testador, cuyos eventuales derechos no pueden extinguirse sin su legal consentimiento; 4.<sup>o</sup>, la prohibición de vender y los eventuales derechos de los fideicomisarios implican también la prohibición de subrogar la finca en bienes distintos; 5.<sup>o</sup>, la autorización en acto de jurisdicción voluntaria no es procedimiento adecuado para modificar la voluntad del testador en ninguno de los casos que motivan esta nota, aparte de qué el presentado no abarca tampoco todos los extremos a que la misma se contrae. Y siendo insubsanables estos defectos no es admisible tampoco la anotación preventiva:

Interpuesto recurso por el Notario autorizante de la escritura, la Dirección ratifica el auto presidencial, confirmatorio de la nota del Registrador, en méritos de la doctrina siguiente:

Que la cuestión a resolver en este recurso consiste en dilucidar si es inscribible en Cataluña una escritura de compraventa por la que la vendedora transmite como libre una finca que le había sido prelegada por su abuelo con determinada sustitución, fideicomisaría y prohibición de enajenarla mientras viviese su marido.

Que las fuentes romanas, con un carácter excepcional, admitieron que los bienes que formaban parte de un fideicomiso pudieran enajenarse, y autorizaron al fiduciario a realizar actos de disposición válidos para pagar deudas de la herencia, satisfacer legítimas, constituir dotes o donaciones «propter nupcias», cuando no tuviesen bienes suficientes con su legítima, y sólo permitían la enajenación en los demás casos si era consentida por todos los interesados en el fideicomiso, porque sin ese consentimiento su validez quedaba pendiente de que la sustitución no tuviera lugar.

Que los autores clásicos trataron de adaptar a las sustituciones fideicomisarias los precedentes romanos contenidos en el «Corpus» que contemplan preferentemente el tipo del fideicomiso puro, de restitución inmediata, y juntó a las enajenaciones permitidas en dichos textos, llegaron a proclamar qué en los casos de fideicomiso universal se podía disponer permutando o comutando el precio de los bienes por cosas útiles o de mayor estima, siempre que el testador expresa o tácitamente no hubiera prohibido la enajenación al fiduciario, porque entonces concurría una doble prohibición legal y voluntaria.

Que no comprendida la enajenación discutida en este recurso en ninguno de los excepcionales supuestos contemplados, trata de ampararse en la subrogación real, procedimiento técnico merced al cual lo que se recibe por enajenación queda sujeto al régimen jurídico que afecta a la finca transmitida, pero que no tiene virtualidad suficiente para crear un poder de disposición, puesto que tal subrogación, más que premisa que sirva para autorizar el acto dispositivo, funciona como resultado al que se llega a través del cambio o fluctuación operado.

Que el procedimiento establecido en el título XI del libro III de la Ley de Enjuiciamiento civil, relativo a la enajenación de bienes de menores e incapacitados, no es aplicable, porque encaminado a suplir una incapacidad frente a necesidades que pueden ser perentorias, en este expediente aparece utilizado para atender las conveniencias del heredero gravado, y con él se puede modificar la voluntad claramente manifestada por el testador, puesta de relieve por la interpretación sistemática del testamento y además por las disposiciones establecidas respecto de determinadas acciones de una Compañía Atónima, y con un posible perjuicio para personas llamadas al disfrute de bienes de la herencia.

Dijo GONZÁLEZ PALOMINO —nota en la página 58 de su conferencia, «Enajenación de bienes pseudo-usufructuados»—, que no se ve el juego ni la aplicación lógica que pueda tener el concepto de *subrogación real* en tema de derechos reales, ya que de tener algún sentido ha de quedar restringido al campo de los derechos de crédito en el capítulo de las restituciones y liquidaciones de patrimonios. Mientras se siga considerando esencial para la existencia de un derecho real la existencia y la subsistencia de un objeto concreto, ¿cómo es posible pensar que perdure el mismo dominio si se ha cambiado su objeto o si —más difícil todavía— en vez de la cosa se ha puesto su valor? —Sé confundé —añade— la consecuencia con la premisa. Si bien una vez admitida la *subrogación real* se dará la sustitución de una cosa por otra o por su valor, para ello es preciso que sea posible sustituir una cosa por otra o por su valor; porque la *subrogación real* es una consecuencia y no un principio. Y el problema está en saber si es posible (y cómo) ese acto previo del que la *subrogación* es efecto.

ta y consecuencia. La subrogación real no es un principio que haga posible y legítimo el acto de disposición del fiduciario, sino una consecuencia del acto de disposición del fiduciario.

Basta leer el penúltimo de los copiados considerandos para observar cómo las afirmaciones del ilustre Notario de Madrid han recibido el óleo oficial. Por lo menos del Centro directivo. El Tribunal Supremo sigue contemplando supuestos de *subrogación real*, sin el más leve reparo ni advertencia, sin discriminación alguna. Ejemplo de ello lo tenemos en dos recientes Sentencias, las de 17 de abril de 1953 y 20 de octubre de 1954, al parecer antinómicas; siquiera perfectamente diferenciadas, ya que en la primera se examina un caso de cambio de base económica —y se admite dicha subrogación— al referirse a un legado de cantidad (un millón de pesetas), representado en metálico, valores e inmuebles, y en la segunda —en la que, como decimos, con supuestísimo criterio distinto— no se admite la permuta o subrogación— de lo que en puridad se trata es de una falta de capacidad o aún más de inexistencia de derecho de los llamados fideicomisarios condicionales (ver ambas Sentencias en «Revista de Derecho Privado», págs. 1.010, año 1953, y 175, año 1955, respectivamente, y en esta Revista, en cuanto a la segunda, pág. 227, año 1955, y brillante nota a la misma de MENCHÉN).

Por cierto, ¿desvanece ésta última Sentencia toda la esperanza que hubimos de poner a la posibilidad de enajenación de los llamados —por GONZÁLEZ PALOMINO— bienes *pseudo-usufructuados*? (véase nuestra nota a la Resolución de 22-XII-1954, esta Revista, páginas 307 a 310, año 1951). Nos resistimos a creerlo. El último considerando de la actual Resolución no implica criterio contrario. La voluntad del testador se hallaba claramente manifestada. Y, por otra parte, esta Sentencia no hace más que ratificar la de 17 de marzo de 1934, qué hubo de tener presente la citada Resolución de 22 de diciembre de 1950, por lo qué el problema no ha perdido vigencia.

Dice con exactitud JOAQUÍN SAPENA («La transmisibilidad de los derechos condicionales... Revista General de Legislación y Jurisprudencia», julio-agosto, 1954), que, precisamente en la materia que nos interesa, los artículos 801 al 804 del Código civil, demuestran la existencia de una situación protegida, salvaguardando el interés de alguien que puede exigir las medidas en ellos previstas.

{No es esto un derecho subjetivo? Llamémosle como quieramos, lo cierto es que existe un interés jurídicamente protegido, el cual, si versa sobre derechos patrimoniales, revestirá el mismo carácter si ha entrado a formar parte del patrimonio de una persona...}

De ahí deducimos y para evitar que no puedan malograrse esas expectativas de derechos reconocidos por la repetida Sentencia a los *fideicomisarios condicionales* (ver el docto discurso de contestación de NÚÑEZ LACOS a ROCA SASTRE, en la recepción de éste en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia), que en un determinado momento puedan ponerse en juego cuantas medidas exija una administración de conservación dinámica (cfr. GONZÁLEZ PALOMINO), con la secuela de enajenación; rodeada de garantías; etcétera, etc.; que ello implica (ver, por analogía, art. 1.030, Ley de Enjuiciamiento civil) y que es, en definitiva, lo que afirma dicha Sentencia de 1934 al referirse a los artículos 801 a 804 del Código civil.

Dice ROCA SASTRE (*Estudios de Derecho Privado*, t. II, pág. 50) —y así lo confirma el segundo de los considerandos copiados— que, en las regiones de Derecho romano, la auténtica *Res quae* —extracto de la Novela 41, citada como 39—, permite al fiduciario enajenar o gravar como libres los bienes del fideicomiso en los casos siguientes:

- Para que el fiduciario cobre su legítima.
- Para que el fiduciario pague las deudas hereditarias.
- Para que, siendo mujer el fiduciario, pueda aportar dote, o, siendo varón, pueda hacer donación *propter nuptias*.

Para que el fiduciario pueda constituir hipoteca en seguridad de la dote aportada por su mujer.

Para constituir dote a los descendientes del fiduciario.

Para efectuar estas enajenaciones o gravámenes el fiduciario no necesita el consentimiento ni la intervención de los fideicomisarios ni la fiscalización del Juez. Así lo declaran las Resoluciones de 15 de abril de 1930 y 3 de noviembre de 1932 (1).

(1) Puede consultarse, por su identidad con la materia, la docta Sentencia del Juez de Primera Instancia de Igualada, don Carlos de la Vega Benayas, de 28 de octubre de 1953, en *Anuario de Derecho Civil*, págs. 547 y siguientes, t. IX, fascículo II, en donde se hace un claro estudio de la cláusula *sic sine liberis decgeserit*, las facultades de disposición del fiduciario, etc., etc.

Por regla general —escribe BONET RAMÓN, comentario a la Sentencia de 22 de octubre de 1946, «Revista de Derecho Privado», año 1947, pág. 201—, el fiduciario no puede enajenar ni gravar los bienes de la herencia que se puedan conservar. Es preciso la anuencia del fideicomisario o de todos los fideicomisarios.

Sin embargo, es evidente que no es necesario el consentimiento de los fideicomisarios posteriores a aquel a quien en definitiva se refiriése el fideicomiso (ver págs. 146 y 150, «Derecho civil vigente en Cataluña», 2.<sup>a</sup> edic., de BORRELL y SOLER).

Claro es que nos estamos refiriendo a las regiones de Derecho romano. En el régimen del Código civil no puede sostenerse la aplicación de la auténtica *Res quae* según indica el mismo ROCA (página 51, ob. cit.), aunque sí, dice, que por «principios institucionales» pueda llegarse a semejante resultado, como, por ejemplo, en caso de *deudas hereditarias* (2). Asimismo, los traductores y anotantes de las «Instituciones de Derecho civil», de L. BARASSI, GARCÍA DE HARO y FALCÓN, citan la Sentencia de 7 de abril de 1929, que admitió la enajenación de bienes fideicomitidos para pago de los derechos de legitimarios (t. I, pág. 492).

GINÉS GÁNOVÁS COUTIÑO

Registrador de la Propiedad

(2) Interesante el examen y consecuencias derivados del art. 82 de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 12 de mayo de 1956. En el mismo se ordena la transformación de ciertas cargas o derechos en una hipoteca, cuando sean incompatibles con los fines de la Ley; el procedimiento, el incidental, sin recurso de apelación. Creo que esta Ley se inspira en el interés público, al igual que la de expropiación forzosa, y no es fácil aplicar iguales reglas en los casos de intereses privados.

que el juez administrador, en su calidad de tal, tiene el rigor del  
que, por otra parte, establece la legislación ordinaria. Los tribunales  
no tienen la facultad de obligar a un administrador a que cumpla  
con su deber, ni tienen la facultad de sancionar a un administrador si no cumple  
con su deber, salvo el caso de lo oido anteriormente, de  
permisionario o comisionado que cumple su deber.  
En cambio, si se trata de un administrador que ha cometido un delito, el juez tiene  
el derecho de imponerle una pena, y el juez tiene la facultad de sancionar a un administrador si no cumple con su deber, salvo el caso anterior.

## Jurisprudencia del Tribunal Supremo

En el apartado de la Jurisprudencia Civil, se incluye la sentencia de 6 de junio de 1956, que responde a la cuestión planteada en la nota marginal cancelatoria de la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete de 23 de marzo de 1929, en la que se resolvió que a los vecinos de los pueblos de Malagón, Porzuna y Fresno venían ejerciendo, desde tiempo inmemorial, derechos relativos a usos, aprovechamientos y apropiaciones sobre la finca denominada «Nuestra Señora de la Estrella», cuyos derechos constaban mencionados en los asientos del Registro referentes a la misma.

**SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 1956.—Juicioradicularación conforme al artículo 206 de la Ley Hipotecaria.** En esta materia no se da recurso de casación.

El artículo 306 del Reglamento Hipotecario, ...

La Sentencia que encabeza estas líneas no entra en el fondo de la cuestión por imperativo del procedimiento; pero su contenido no deja de ser interesante y la materia a que se refiere, tan íntimamente ligada al Registro de la Propiedad, bien merece nuestra atención y estudio. Vamos, por ello, a exponer la cuestión pleiteada, las diferentes resoluciones judiciales y algunas consideraciones que el asunto nos sugiere.

Los pueblos de Malagón, Porzuna y Fuente del Fresno venían ejerciendo, desde tiempo inmemorial, derechos relativos a usos, aprovechamientos y apropiaciones sobre la finca denominada «Nuestra Señora de la Estrella», cuyos derechos constaban mencionados en los asientos del Registro referentes a la misma.

El 5 de agosto de 1925, previa la solicitud oportuna, se extendió nota marginal cancelatoria de tal mención, fundada en su caducidad, conforme a lo dispuesto en los artículos 401 y 402 de la Ley Hipotecaria entonces vigente.

Se siguió juicio declarativo de mayor cuantía para conseguir el reconocimiento de los derechos expresados de los pueblos y la cancelación de esa nota marginal cancelatoria, que terminó con Sentencia de la Audiencia Territorial de Albacete de 23 de marzo de 1929, en la que se resolvió que a los vecinos de los repetidos pueblos pertenecían los derechos aludidos derivados de la escritura de concordia de 5 de mayo de 1552, con constancia en el Registro de la Propiedad; que los concejos y vecinos referidos venían disfrutando libremente los citados derechos y en posesión de ellos desde tiempo in-

inemorial y continuaban usándolos a la sazón, por lo que se reconocía su vigor y eficacia, y, en su consecuencia, que era improcedente la cancelación de los mismos llevada a efecto por dicha nota marginal, la que era nula y sin valor ni eficacia alguna.

En un Juzgado de Primera Instancia de Madrid se siguieron autos ejecutivos por don M. A. I. contra el dueño de la finca en cuestión, «Nuestra Señora de la Estrella», que terminaron con la adjudicación de la misma a dicho ejecutante por auto de 7 de julio de 1943. El título de adjudicación fué inscrito a favor de don M. A. I. «con las obligaciones y reservas expresadas y con las limitaciones a que venía afecto el dominio del anterior titular».

Nueva petición de cancelación de la mención o menciones y nueva nota cancelatoria. En efecto, previa instancia de don M. A. I., el 5 de agosto de 1947, el Registrador de Ciudad Real extendió nueva nota cancelatoria de la mención de los derechos de los pueblos citados, basada en lo dispuesto en el apartado A) de la primera disposición transitoria de la Ley Hipotecaria vigente, pues había transcurrido el plazo de dos años prevenido en tal disposición sin que los repetidos derechos hubieran sido inscritos especial y separadamente.

No se resignan los pueblos a perder la protección registral de sus derechos, y el 10 de diciembre de 1947 se presentó en el Registro de la Propiedad certificación expedida por el señor Secretario del Ayuntamiento de Malagón, comprensiva de los derechos de los concejos y vecinos tan repetidos, para que se inscribiera al amparo del art. 206 de la Ley Hipotecaria, y el Registrador no practicó la inscripción en lo referente a la finca «Nuestra Señora de la Estrella», por existir asiento contradictorio vigente, basándose en el art. 306 del Reglamento Hipotecario.

El Ayuntamiento de Malagón instó autos incidentales ante el Juzgado de Ciudad Real con el fin de obtener la inscripción que el Registrador no había practicado; los que terminaron por auto de 31 de mayo de 1948, por el que se declaró inscribible el certificado en cuestión. Contra esta resolución formuló recurso de reposición el titular de la finca, recurso que fué denegado por medio del auto correspondiente, y contra este auto, denegatorio se interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Territorial de Albacete, el cual tampoco prosperó. Recurrida en casación la Resolución de la Audiencia, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar a ella.

Examinemos la decisión del Registrador y las judiciales, y por último ocupémonos, siquiera sea brevemente, del art. 306 del R. H.; que tan a las manos se nos viene con esta Sentencia.

1. La calificación del Registrador.—El que esto escribe se hubiera pronunciado en términos análogos a los del Registrador de Ciudad Real. La mención estaba cancelada, y aunque la inscripción del dominio no era absoluta, clara y pura, digámoslo así, pues la cláusula principal o de inscripción decía «con las obligaciones y reservas expresadas y con las limitaciones a que venía afecto el dominio del anterior titular»; no hay duda

que existía una contradicción, un choque más o menos violento entre el derecho que se pretendía inmatricular y el que estaba inscrito, amparado por el Registro. Algo abría la puerta esa reserva o limitación inscrita, más no lo suficiente para dar entrada al asiento pedido sin conocimiento del que descansaba tranquilo en los folios registrales. Además, una vez cancelada la mención, bien podía estímarse cancelada esa reserva o limitación que se refería a los derechos mencionados.

“ El titular de la inscripción vigente no podía estímarse tercero, puesto que conocía el estado hipotecario de su finca; él mismo había pedido y conseguido la cancelación de la mención; pero, en buenos principios hipotecarios, no podía dársele la sorpresa de que un buen día se encontrara inscripciones gravosísimas en su finca, sin su consentimiento, ni aún notificación. El Registrador, pues, estuvo acertado, para nuestro modesto entender.

Después, la Dirección ha venido a ratificar la calificación registral, por la faceta formalista o de procedimiento, pues en Resolución de 12 de diciembre de 1953 ha fallado, siguiendo la opinión de los tratadistas, que las certificaciones del art. 206 de la Ley Hipotecaria «son aptas para inmatricular el dominio de las fincas, pero no son adecuadas para inscribir iura in re aliena, que, como la servidumbre de paso, por su naturaleza, no pueden motivar la apertura de folio registral...» (Véase el comentario de CANOVAS COURTIÑO a dicha Resolución en esta Revista, pág. 456, año 1954.)

La certificación, pues, tampoco era el documento inmatriculador adecuado:

“ 2. Las resoluciones judiciales.—También nos convencen las decisiones judiciales habidas en este asunto, con la reserva que después se dirá, y no se vea en esto contradicción con lo expuesto antes.

Tengase en cuenta que el titular protegido por el Registro no era «tercero», como queda dicho (otro gallo, creo yo, que le cantara, si hubiera sido el tercero del art. 34 de la Ley Hipotecaria); que fué oido en el procedimiento judicial; y que los derechos que tanto pugnaban por ingresar en el Registro, de «manera secular e inmemorial», vienen y vienen siendo ejercidos por los vecinos de los pueblos indicados y estaban reconocidos en una Sentencia.

“ Ante estos antecedentes, no es extraño que los Tribunales, (el Juzgado, primero, y la Audiencia de Albacete, después), les abrieran los libros registrales y que la Audiencia, para fundamentar más su conclusión, pusiera de manifiesto los términos de la inscripción (...con las obligaciones y reservas expresadas y con las limitaciones a que venía afecto el dominio del anterior titular) y alegara en un considerando que los derechos litigados no se encontraban propiamente mencionados, sino más bien, inscritos. El auto de Albacete cita en su apoyo, con acierto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1947, en la que se reitera la doctrina de que uno puede alegar la condición de tercero el que tuvo conocimiento de la situación jurídica de la cosa adquirida:

La certificación no era el título más correcto para inmatricular, y menos aún existiendo una Sentencia anterior que reconocía los derechos. Tal vez esto no se puso de relieve suficientemente, y es disculpable que el juzgador saltara la cuestión de puro detalle procesal hipotecario para examinar el fondo debatido. Si la Resolución de la Dirección de los Registros del año 1953, reseñada, hubiera estado dictada cuando el asunto se falló en el Juzgado o en la Audiencia, seguramente hubiera influido en las alegaciones y en lo resuelto y se hubiera examinado más esa cuestión.

El Tribunal Supremo, velando como en tantas otras ocasiones, por que no se desvirtúe la naturaleza del recurso de casación, y no se convierta en un recurso ordinario más, niega a la resolución recurrida categoría o carácter para ser examinada en casación. «La resolución recurrida no puede hacer declaración del derecho de dominio, pues esta clase de procedimientos tienden solamente a justificar su existencia, pudiendo los en él opuestos o cualquier interesado, aun consentida o confirmada dicha resolución, ejercitar la acción que crea los asiste en el juicio declarativo que corresponda, por lo que no tienen el carácter de definitivas, lo que les priva del acceso a la casación, como se dice en la Sentencia de este Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1910, ratificando la doctrina, entre otras, del auto de 29 de enero de 1903, por lo que, y teniendo en cuenta que las causas de inadmisión lo son también de desestimación, procede rechazar este recurso, como comprendido en el número 3º del art. 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento civil».

En definitiva, que quedó firme el primer auto del Juzgado de Ciudad Real que declaró inscribible en el Registro la certificación de la Secretaría del Ayuntamiento de Malagón, comprensiva de esos inmemoriales derechos limitativos del dominio.

No carece de interés el considerando copiado del Tribunal Supremo, en el que se recuerda que en los procedimientos inmatriculadores, en todos, no cabe hacer declaraciones de dominio y, por lo tanto, que contra las resoluciones recaídas en ellos cabe siempre el juicio declarativo ordinario. El Reglamento Hipotecario sienta esta doctrina en su art. 284, pero referida al expediente de dominio.

3. El art. 306 del Reglamento Hipotecario dice: «Cuando las certificaciones expedidas con arreglo a los artículos anteriores estuvieren en contradicción, con algún asiento, no cancelado, o se refiriesen a fincas o derechos reales cuya descripción coincida en algunos detalles con la de fincas o derechos ya inscritos, los Registradores suspenderán la inscripción, solicitada, extendiendo anotación preventiva si la pidiera el interesado, y remitirán copia de los asientos contradictorios a la Autoridad que haya firmado aquellas certificaciones. Dicha Autoridad, si lo estimare procedente, comunicará al Juez de Primera Instancia del partido en que radique el inmueble cuánto acerca de éste y de su titular arroje el expediente administrativo, acompañando la copia del asiento remitida por el Registrador. El Juez de Primera Instancia dará vista de estos antecedentes a ja-

persona que, según dicho asiento, pueda tener algún derecho sobre el inmueble, y con su audiencia, dictará auto declarando o no inscribible el documento de que se trate».

El artículo copiado tiene su antecedente en el 29 del Reglamento de 1915, de idénticos términos, salvo que éste se refería a la posesión, que era lo que se inscribía entonces, y además (y esto es muy importante, a nuestro juicio), el art. 29 añadía: «...dictará auto declarando o no inscribible el documento de que se trate, en armonía con el párrafo 2º de la regla 2.ª del art. 393 de la Ley». Este párrafo 2º decía: «...a fin de que declaren si se trata de la misma finca o derecho; y si resultare así de las declaraciones, acordará también—como en el caso de que la finca estuviere inscrita—el juzgado no haber lugar a información...».

En resumen, que dè los propios términos del art. 29 del Reglamento derogado se deduce que no cabía reanudar el trámite con las certificaciones posesorias. El comentario de MORELL a este respecto (pág. 450, tomo 1.º, edición 1916) es equivocado, pues entiende lo contrario, y lo estima, por cierto, como privilegio criticable.

Aparece el Reglamento vigente, y hé aquí que su art. 306 sigue hablando claramente de asientos contradictorios y de asientos dudosamente contradictorios y recorta su final, no obligando al juzgador a que tenga en cuenta esta o aquella regla para el fallo, sino que ordena sólo al Juez que oiga a los interesados y declare o no inscribible el documento.

Un autorizado, y para mí muy estimado comentarista, Vocal de la Comisión redactora del Reglamento, califica de incongruente y antinómico el contenido del artículo, y se revela contra su texto abiertamente: «Como dichas certificaciones de dominio no tienen ni pueden tener valor reanudatorio del trámite interrumpido ni eficacia cancelatoria de asiento contradictorio, resulta incongruente y antinómico que el art. 306 continúe refiriéndose al caso en que las certificaciones estén en contradicción con asientos vigentes y ordenando que, en tal supuesto, se tome anotación preventiva. Eso resulta contrario a los principios de nuestro sistema, a lo que ordena el párrafo 2º del art. 20 de la Ley e incluso a lo que dispone el art. 199, que al autorizar la inmatriculación mediante las certificaciones reguladas por el 206 las resiere solamente a las fincas que no están inscritas a favor de persona alguna. Diga lo que quiera el Reglamento, en ese poco afortunado artículo, los Registradores, en la hipótesis de asiento claramente contradictorio, deberán denegar la inscripción y no podrán tomar anotación preventiva. (DE LA RICA, «Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario», segunda parte, pág. 381.)

Amparado en tal autoridad científica, el que esto escribe (no sé si cintonar ahora el mia culpa) despachó con desdenosa sonrisa a un buen representante de un Ayuntamiento, que con su certificación en una mano y el Reglamento en la otra pretendía seguir el trámite del artículo comentado frente a un asiento clara y terminantemente contradictorio.

ROCA, sin profundizar en estos detalles, parecía dar por supuesto también que es herético el pensar que el art. 306 contiene un precepto reanudatorio

del trato. Debe entender que dicha disposición no actúa cuando hay clara contradicción, sino cuando hay duda: «En estos casos se produce un supuesto en que el Registrador duda...» (pág. 446, II, edición 1948 de su «Derecho Hipotecario»). Los demás comentaristas que más ha sido posible consultar no abordan la cuestión.

A pesar de ello, no sería ilógico escribir:

A) Que el art. 306 se refiere a dos casos distintos: cuando hay clara contradicción y cuando hay duda.

B) Que establece un procedimiento especial y privilegiado, muy levemente privilegiado, para solucionar las cuestiones surgidas en ambos supuestos.

Si hay clara contradicción, el Juzgado decidirá, a la vista de lo actuado, si se ha justificado o no el dominio y si, en consecuencia, debe reanudarse o no el trato; lo mismo que sucede en el expediente de dominio reanudatorio de trato.

Si hay duda, decidirá si es la misma finca o no. En el primer caso, estamos en el supuesto anterior; en el segundo, si no es la misma finca, deberá accederse a la inmatriculación.

C) Que el procedimiento a seguir tiene las mismas garantías o más que el expediente para reanudación de trato, pues exige «audiencia» del posible perjudicado. Si el «dar vista» y la «audiencia» a que atude la norma reglamentaria se canaliza por el procedimiento de los incidentes, como al parecer se ha hecho en el caso de la Sentencia que comentamos, no hay duda que el titular registral queda más garantizado; por lo menos igual que en el expediente reanudatorio de trato. El procedimiento de los incidentes, clógiado por los modernos procesalistas, se siguió en el caso comentado, sin duda, para llenar la laguna aludida del Reglamento y basándose en que el art. 741 de la Ley Rituaria otorga a tal procedimiento cierto carácter de generalidad.

Si en el expediente de dominio inmatriculador y reanudatorio de trato cabé la anotación preventiva (art. 274, párrafo último), no debe extrañarnos que también se conceda en este procedimiento, lo mismo en el caso del asiento claramente contradictorio que en el de duda. En el expediente de dominio, la anotación tiene que ordenarla el Juzgado, y en el supuesto del artículo 306 debe extenderse ante la sola petición del interesado, pequeño privilegio cuya razón bien puede verse en la categoría oficial del solicitante: Estado, Provincia, Municipio...

D) Que si no se ve contradicción, porque no la hay, entre los preceptos que regulan el expediente reanudatorio del trato y el acta notarial para el mismo fin, de un lado, y el art. 20 de la Ley, de otro, tampoco debe verse tal contradicción en este procedimiento especial reanudatorio del art. 306.

E) Que es cierto que el art. 200 de la Ley no cita este medio que estudiaremos entre los reanudatorios de trato, y si el 199 entre los inmatriculadores, y que el tan repetido art. 306 no detalla, como el 286 y el 293 del Reglamento, que se ordenen las cancelaciones que procedan.

.. A lo primero puede contestarse que si la tesis que viene desarrollada se en estas líneas no tuviera algún inconveniente u objeción, si apareciera absolutamente clara y llana; no se presentaría con este aire limitado y un tanto vacilante con que lo hace, y no es el primer precepto reglamentario que se sale un poco fuera del área legal; y a lo segundo, que aunque no se diga expresamente, bien puede pedirse por el interesado y acordarse por el Juzgado, al mismo tiempo que la inscripción del título contradictorio, la consiguiente cancelación del asiento que a ello se oponga.

F) Que mientras la norma reglamentaria esté en vigor, es más consecuente buscárle una interpretación lógica y racional que alzarse contra ella con bandera de desobediencia y rebeldía.

### III.—Obligaciones y contratos

SENTENCIA DE 9 DE MAYO DE 1956.—Retracto legal de colindantes. Procedimiento en caso de transmisión de la finca: necesidad de dirimir la demanda contra el primer comprador y contra los sucesivos adquirentes, bien por ampliación de la primera, bien por nueva demanda acumulable.

Como ha declarado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de abril de 1953, encaminada la acción de retracto legal de colindantes, conforme se halla establecida dicha institución en nuestro ordenamiento jurídico, a la adquisición de una finca de la cabida y con las circunstancias que determina la Ley; que haya sido vendida por su dueño a un tercero, en el lugar del cual, y con las mismas condiciones del contrato, se coloca el retrayente en virtud del derecho que le asiste, con la específica obligación para ello de que el que fué comprador en la venta sobre la que se hacé actuar el derecho de retracto otorgue la escritura de cesión al retrayente, transmitiéndole la propiedad que adquirió, es indudable que si aquel primer adquirente, antes de que tenga lugar el retracto, enajenase la finca objeto del mismo a otra persona, perdió la propiedad de aquélla y carece de personalidad y derecho para transmitirla al retrayente que la reclama, y asimismo el nuevo comprador, sin ser oido ni vencido en juicio, no podrá ser despojado del dominio que sobre aquélla ostenta en virtud de su título de adquisición, por lo cual viene la jurisprudencia con reiterado criterio, salvo algún caso de singular excepción, estableciendo, al ocuparse de éste y otros retractos legales, que, puesto que el fin del retracto como acción real que es, creado por la Ley sobre la cosa misma, y con una tendencia que afecta al interés social, consiste en conseguir la propiedad de la finca disfrutada, ha de perseguirse ésta donde quiera que se halle, de manera que, el último adquirente, en caso de haberlos sucesivos, que la tenga en su poder, sea obligado a otorgar la escritura de subrogación que el retracto exige, y para ello ha de dirigirse la demanda, bien mediante ampliación o acumulación de ellas, no sólo contra aquél primer

comprador con motivo de cuya adquisición surgió el derecho de retracto ejercitado, sino también contra los sucesivos adquirentes, siempre que se tenga conocimiento de las transmisiones sucesivas durante el período expositivo del procedimiento entablado por el que retrae para hacer efectivo un derecho de retracto, el cual de otro modo resulta prácticamente ineficaz, aun cuando sea declarado, por no ser posible dejar sin efecto la segunda y sucesivas enajenaciones, en su caso, sin la concurrencia en el juicio del adquirente en cuyo poder se halla de derecho la finca que se reclama.

**SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1956.—Retracto legal de colindantes. Distribución del precio cuando es global y no se retragan todas las fincas transmitidas.**

El único problema planteado en casación fué el relativo a si sobre el precio contractualmente declarado y figurado en el contrato ha de prevalecer, por estimarlo superior o indeterminado, el que se tije por peritos en ejecución de Sentencia, como ordenaba la Sentencia recurrida.

Problema que resuelve el Tribunal Supremo casando y revocando la Sentencia que así lo disponía, basándose en el siguiente razonamiento: Al dar lugar al retracto, salvo prueba concreta y terminante que demuestre lo contrario, ha de aceptarse el contrato de compraventa originario del mismo, según sus propios términos, máxime cuando de partir de otros se pone en peligro su propia vitalidad en cuestión tan fundamental como la determinación del precio, que por la misma esencia del contrato jamás puede ser incierto, y la determinación por tercero se admite por acuerdo de las partes, por lo cual, si se quería que fuera otro, a los efectos del retracto, distinto del estipulado, debió de fijarse y no determinarlo por absoluta y liberrima apreciación judicial, sin concretar siquiera en esta fecha, porque puede ser muy diferente según se refiera al período del contrato o al de ejecución de sentencia. No puede subrogarse el retrayento en unas condiciones determinadas por una peritación, que no constaba en el contrato y que no conoció.

Lo procedente, según reiterados términos de jurisprudencia, cuando el precio se fije conjuntamente y comprenda varias fincas de las cuales sólo parte son objeto del retracto, es asignar según racional y técnica valoración de las retrajidas en relación con las no retrajidas y sobre la base del precio único asignado a todas; es decir, distribuir éste entre todas según las características de cada una.

BARTOLOMÉ MENCHÉN

Registrador de la Propiedad

de la Ciudad de México, D. F.

Presidente de la Comisión de Jurisprudencia

y de Estadística del Colegio Notarial

de la Ciudad de México, D. F.

el que se establece en el art. 1º de la legislación tributaria, es decir, el que se aplica a las personas físicas y jurídicas que tienen en su poder o en su posesión bienes de otra persona, sea ésta una persona física o jurídica, y que no estén sujetos a la exención establecida en el art. 1º, apartado 2º, de la legislación tributaria, es decir, que no estén sujetos a la exención establecida en el art. 1º, apartado 2º, de la legislación tributaria.

## Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

**Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 18 de mayo de 1954.**

**LA PRIMA DE EMISIÓN FIJADA POR LA ADMINISTRACIÓN PARA UNA AMPLIACIÓN DE ACCIONES, ACORDADA POR UNA SOCIEDAD, ESTÁ SUJETA AL IMPUESTO AUNQUÉ ACUERDE TAMBIÉN NO EXIGIRLA; Y, POR CONSIGUIENTE, NO LA SATISFAGAN LOS ACCIONISTAS SUSCRIPTORES.**

**Antecedentes:** Con fecha 8 de julio de 1953, cierta Sociedad Anónima acordó la ampliación de su capital, emitiendo 20.000 acciones al tipo de la par, más la cantidad de 1.485 pesetas que, en concepto de prima de emisión, fijó la Dirección General de Contribuciones y Régimen de Empresas a cada una de aquéllas.

La antesdicha escritura fué modificada por otra otorgada pocos días después, el 16 del mismo mes, en la que se decía que, subsanando la anterior, se modificaba el acuerdo de emisión en el sentido de que el importe de la prima de emisión no sería de cuenta de los accionistas suscriptores; y ambos documentos fueron presentados en la Oficina liquidadora al efecto de la exacción del impuesto de Derechos reales, siendo girada la liquidación sobre la base del valor nominal de las acciones más la prima de amortización e importando la liquidación más de 200.000 pesetas.

La Entidad emisora entabló recurso, y requerido el dictamen del liquidador, éste informó justificando la inclusión de la prima de amortización en la base liquidable, diciendo que la distinción entre capital social y patrimonio social implica que las emisiones con prima son representativas de la participación de los accionistas en las reservas sociales que forman el patrimonio social, en la parte correspondiente a cada acción, ya lo satisfagan las accionistas en el momento de la suscripción, ya lo haga la Sociedad por cuenta de aquéllos con cargo a las reservas; cuando la emisión se hace con carácter preferente para los antiguos accionistas; siendo indudable, añade el informe, que su importe debe de estar sujetó al impuesto por la misma razón que lo está cuando se trata de la emisión de valores mobiliarios; puesto que el artículo 8.<sup>o</sup> de la Ley de 31 de diciembre de 1946 impone en toda nueva emisión de acciones el desembolso de su valor nominal más la parte proporcional de reservas imputable a cada una constituida por la prima fijada directamente por la Empresa o por la Administración.

En el trámite de alegaciones, la recurrente apoyó la impugnación, en primer término, en la inexistencia de transmisión gravable por el impuesto en el presente caso con respecto a la prima de emisión, ya que la Sociedad, en definitiva, no adquiere más que el valor nominal de las acciones emitidas, y en que por la propia Ley de 31 de diciembre de 1946 se autorizó a las Sociedades para dejar de percibir dicha prima, sin que pueda mantenerse la afirmación de que el acuerdo inicial, subsanado y aclarado posteriormente por la escritura de rectificación, pueda generar la obligación de pago de dicha prima por el accionista en el caso actual y que, en definitiva, sea la propia Sociedad la que con cargo a sus reservas la satisface, pues lo único cierto es que la misma sólo ha satisfecho el impuesto por Tarifa II de Utilidades, precisamente por no realizar el pago de la repetida prima, y, por añadidura, dicho impuesto no lo ha satisfecho la Sociedad con cargo a reservas, sino precisamente imputándolo a la cuenta de gastos generales.

El Tribunal Provincial desestimó la reclamación fundado en que la escritura de 18 de julio, con sus términos claros y precisos, justifica la exacción al decir que las acciones se emiten y ponen en circulación al tipo de su valor nominal, más el importe de la prima de emisión, sin que contra ellos sirva de nada ni el otorgamiento de la escritura de 18 de julio ni el pago de la contribución de

Utilidades en 24 del mismo mes, puesto que tales actos son unilaterales e intrascendentes para terceros.

Ante el Tribunal Central se adujo que la escritura inicial es totalmente ineficaz por haberse otorgado con evidente extralimitación de funciones, y que el pago de la contribución de Utilidades no puede ser calificado de unilateral por haber mediado, de una parte, el contribuyente y, de otra, la Administración; y, sobre todo, que el artículo 19 del Reglamento del Impuesto no puede justificar el tributo sobre una prima cuya aportación no se realizó en ningún momento.

... La Resolución del Central, confirmatoria del acuerdo inferior, empieza por decir que la prima de emisión tiene como esenciales finalidades, por una parte, evitar ampliaciones de capital inspiradas en fines predominantemente especulativos y bursátiles y, de otra, el deseo de asegurar un mejor control fiscal sobre ciertas modalidades de utilidades que fácilmente podrían evadir la tributación.

Por otro lado, el establecimiento de tal prima supone el procurar el mantenimiento proporcional de las reservas de la Entidad emisora, cuya prima, al ser renunciada unilateralmente en beneficio exclusivo de sus propios accionistas, supone necesariamente la disposición en favor de ellos por vía compensatoria de tales reservas que ellos mismos venían obligados a constituir; y así han venido a entenderlo fiscalmente las leyes reguladoras de la prima de que se trata, al equipararlas, cuando no se exige el desembolso a los suscriptores, a las entregas de beneficios a los accionistas, gravándolas por la Tarifa II de la contribución de Utilidades.

Sentada la precedente doctrina, añade el Tribunal que, en relación con el Impuesto de Derechos reales, es evidente que generada concretamente la obligación de aportación reglamentaria de la prima de emisión, supuesta la Orden ministerial que fija su exigencia, tal aportación se produce de derecho en el presente caso por vía compensatoria con cargo a la distribución de reservas o beneficios que, en favor de los accionistas aportantes, implica o supone la previa renuncia por parte de la Sociedad a la exigencia de tal prima; elementos sobrados para calificar dichos actos como aportación y girar, en consecuencia, la liquidación del Impuesto, como se ha hecho en el presente recurso, en estricta aplicación de lo prevenido en los párrafos 1º y 10º del artículo 19 del Reglamento del Impuesto.

El Tribunal añade después que, sentada la precedente conclusión, es indiferente entrar en el estudio de la procedencia de la liquidación en razón a la exigencia o no exigencia directa de la prima a los accionistas suscriptores; cuestión, sigue diciendo, «que habría de resolverse en sentido afirmativo, dados los términos en que aparece redactada la escritura de 8 de julio de 1953, y sin que sus obligaciones puedan enervarse con la escritura de subsanación o rectificación posteriormente aportada».

En definitiva, pues, la liquidación es confirmada.

**Comentarios:** Sentemos, en primer término, con claridad el enunciado de la cuestión. Es este: en el caso de una ampliación de capital de una Sociedad por medio de una emisión de acciones con la correspondiente prima de emisión oficialmente determinada y derecho preferente de suscripción a favor de los accionistas, ¿cuál será la liquidación procedente por el Impuesto de Derechos reales en cuánto al importe de dicha prima en el caso de que ésta no sea exigida a los accionistas suscriptores?

A este enunciado del problema tenemos que añadir que la Oficina liquidadora liquidó efectivamente sobre el valor nominal de las acciones más la prima de emisión como aportación social; pero en la Resolución del Tribunal, cuya copia tenemos a la vista, no se da el detalle de la liquidación, y no sabemos, por tanto, qué concepto se aplicó al importe de dichas primas.

Esta determinación del concepto aplicado hubiera sido necesaria para que este comentario fuera más completo; a fin de analizar si tal prima o desembolso de los socios a favor de la Sociedad debe liquidarse como «aportación» propiamente dicha al 1 por 100, conforme al apartado 1º del artículo 19 del Reglamento, o más bien como «cesión» al 3 por 100, de acuerdo con el apartado 3º del mismo precepto. Nosotros nos abstendremos, en virtud de esa determinación, de entrar en el problema, y decimos que ha sido resuelto en la Orden de 8 de junio de 1953 en el sentido de que el importe de la repetida prima no encierra el concepto de «cesión», sino el de «aportación», y añadimos que esta Orden fué dictada por el Ministerio de Hacienda a requerimiento del mismo Tribunal, el cual, en su Resolución de 28 de noviembre de 1952, calificó el acto como «cesión», pero estimando que el problema era de trascendencia general lo elevó a la Superioridad y ésta resolvió en dicho sentido.

.. Como complemento de este antecedente, añadimos que tal criterio fué ratificado y aplicado, como era obligado, por el propio Tribunal en su Resolución de 6 de abril de 1954, y que tanto la aludida Orden como esas dos Resoluciones han sido ampliamente comentadas por nosotros en los números de esta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, correspondientes a los meses de marzo-abril de 1954 y septiembre-octubre de 1956, en el sentido de ofrecer nos serios reparos la calificación del aludido acto como «aportación» liquidable al 1 por 100 y no como cesión al 3 por 100, sin perjuicio, claro es, de que el valor nominal de las acciones se liquide como «aportación» al 1 por 100, o sea, que el acto, en tales casos, se desdobra, fiscalmente en dos: uno de aportación al 1 por 100 sobre el valor nominal de las acciones, y otro, de cesión al 3 por 100 sobre el valor de las primas de emisión.

.. Como no parece oportuno entrar ahora nuevamente en el tema, remitimos al curioso lector a los citados y amplios comentarios, dando por supuesto que en la liquidación ahora discutida el concepto aplicado habrá sido el de «aportación» al conjunto del valor nominal y el de la prima de emisión.

.. Entrando ya de lleno en el caso, decimos que estemos, conforme con la última parte de la tesis del Tribunal de que, en fin, de cuentas, es innecesario entrar a discernir la trascendencia del hecho de no exigir la prima de emisión a los accionistas, porque el acto liquidable nació en la escritura de 8 de julio de 1953, en la que se consignó el ofrecimiento a los accionistas de los títulos correspondientes por el importe de su valor nominal, incrementado con la prima de emisión y presentada a liquidación no pudo ser desvirtuada por la otorgada en 16 del mismo mes y presentada, después de aquélla, so pena de infringir la norma fundamental conseguida en el artículo 58 del Reglamento, que impide que los actos o contratos dejen de producir efectos fiscales cuando, por mutuo acuerdo de las partes se modifiquen o añulen, cuya norma es, dada tal trascendencia que implica, se dice en el apartado 5) de ese mismo artículo, que aunque el contrato quede sin efecto, no sólamente no procederá la devolución del impuesto satisfecho, sino que el mutuo acuerdo «se considerará como un nuevo acto sujeto a tributación».

.. Pero con esto no queremos decir que estemos de acuerdo con los otros razonamientos de la Resolución que comentamos en cuanto al verdadero fondo del problema entendiédo el cual, como hemos

dicho, consiste en precisar si la prima de emisión fijada por la Administración y no exigida por la Sociedad emisora a los accionistas, está o no sujeta al Impuesto de Derechos reales; supuesto que su importe ha de sufragarlo en principio el accionista e incrementar el haber social, junto con el valor nominal de las mismas acciones que nuevamente se emiten o ponen en circulación si de antemano estaban en cartera.

La claridad del análisis del problema exige sentar por adelantado el texto de la disposición legal que inicialmente estableció la intervención administrativa en esta clase de emisiones y determinó los requisitos a que quedaban sometidas en garantía de la economía nacional. Ello fué en la Ley de 31 de diciembre de 1946, la cual, si bien fué perfeccionada y modificada por otras disposiciones posteriores, tal como, por ejemplo, el Decreto-ley de 2 de febrero de 1951; en ellas no se alteró lo sustancial de lo entonces establecido; y por lo mismo prescindimos de relacionarlas, así como también de las razones que el legislador tuvo para condicionar tales operaciones societarias y bursátiles que no fueron otras, en síntesis, como apunta la Resolución que analizamos y se lee en los preámbulos de algunas de dichas disposiciones, que el evitar malos bursátiles de pura especulación con daño de la economía nacional, y, al mismo tiempo, fiscalizar ciertas modalidades de la contribución de Utilidades e incluso «asegurar la defensa del valor adquisitivo de nuestra moneda».

Así, pues, nos basta para nuestro estudio con atenernos al texto del artículo 6.<sup>o</sup> de la mencionada Ley, que dice así en la parte pertinente:

«Cuando las Sociedades Anónimas o Comanditarias por acciones emitán o pongan en circulación acciones o títulos equivalentes, con derecho preferente o exclusivo para su suscripción en favor de los anteriores accionistas o de otras personas o entidades, deberán exigir el desembolso del valor nominal de las nuevas acciones o títulos equivalentes, más la parte proporcional de reservas imputables a cada uno.»

El artículo da después normas para determinar el valor de esas reservas y el de la proporción en ellas imputable a las acciones, y añade: «El incumplimiento de lo establecido en los dos párrafos precedentes determinará la exigibilidad de un gravamen del 20 por 100 sobre el importe del desembolso suplementario que con arre-

gló al mismo *debiera haberse exigido*», cuyo gravamen pesa sobre la Sociedad por la Tarifa II de Utilidades.

En las tres palabras que acabamos de subrayar creemos que está la clave para resolver el problema fiscal que nos ocupa. Se manda, en efecto, que la Sociedad exija a los accionistas no sólo el importe del nominal de los títulos de que se trate, sino también la parte proporcional de lo que les sea imputable en las reservas, o sea, la prima de emisión; pero, al mismo tiempo, no impone a la Sociedad que necesariamente exija tal prima, si no que implícitamente la facultá para no exigirla al decir que, si no lo hace, quedarán gravada con el 20 por 100 del desembolso que *debiera haber exigido*.

Por consiguiente, cuando la Sociedad no exige, por los motivos que sean, esa prima de amortización, como ocurre en nuestro caso, en cuanto a esa prima no hay aportación del accionista al haber social, y no habiéndola, ¿cómo puede nacer el acto y concepto de «aportación» a una Sociedad definido y gravado en el artículo 19 del Reglamento del Impuesto de Derechos reales?

Ciertamente, según acertadamente afirma el Tribunal en uno de sus considerandos, la no exigencia de las primas por la Entidad supone, tal ser renunciadas unilateralmente en beneficio de sus accionistas, la disposición en favor de éstos de tales reservas, pero de ahí no se desprende que el haber social se acreciente, sino más bien, al contrario, deja de acrecentarse; y si este incremento y aportación no se dan es incuestionable que no pudo nacer el acto liquidable tarifado como «aportación» originario de la liquidación impugnada.

Es más, apurando el argumento y llevando el razonamiento hasta sus últimas consecuencias, no solamente no hubo transferencia del patrimonio de los accionistas al acervo social ni, por consiguiente, un aumento de éste, sino más bien un enriquecimiento del socio a costa del haber social. Elló queda patente si se considera que, como va dicho, la prima de emisión representa la parte alícuota que a cada nueva acción le corresponde en las reservas de la Sociedad, aparte del valor nominal de cada una, representativo, como es bien sabido, de una parte alícuota del capital social; luego, cuando el accionista no paga ese derecho al disfrute de esa parte alícuota de las reservas, la recibe gratuitamente ó, al menos, gratuitamente se le reconoce el derecho a ella.

Lo expuesto nos lleva a la conclusión de no comprender cómo

de la existencia de la Orden ministerial determinando la prima de emisión aportable puede la Resolución comentada deducir que tal aportación se produce de derecho en el presente caso por vía compensatoria con cargo a la distribución de reservas o beneficios que, en favor de los accionistas aportantes, implica o supone la previa renuncia por parte de la Sociedad a la exigencia de tal prima, elementos sobrados para calificar dichos actos como aportación y girar la liquidación del impuesto, como se ha hecho en el caso».

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 25 de mayo de 1954.*

LA DONACIÓN QUE NO REÚNE LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR EL CÓDIGO CIVIL PARA SU VALIDEZ HA DE CALIFICARSE COMO ACTO CIVILMENTE INEXISTENTE Y, POR CONSiguiente, COMO NO SUJETO A LIQUIDACIÓN.

*Antecedentes:* En escritura pública de 7 de junio de 1950, don A. del R. emitió cinco obligaciones hipotecarias de 4.600 pesetas cada una al portador, constituyendo hipoteca sobre fincas de su propiedad en garantía de la emisión por 23.000 pesetas de principal, 4.830 de intereses y 9.660 para gastos y costas.

En documento público de 10 de diciembre del mismo año se relaciona lo antedicho por la compareciente, doña I. R., manifestando que ha satisfecho el capital representado por las referidas obligaciones; y, a efectos de la cancelación registral de la hipoteca, el Notario autorizante hace constar que se hallan inutilizadas y en poder de la compareciente, la cual las retira de la circulación.

Presentado el documento en la Oficina liquidadora del Impuesto produjo una liquidación por el concepto herencias, número 38 de la Tarifa, a cargo del emisor y deudor hipotecario de las expresadas obligaciones, el cual, no conforme con tales calificación y liquidación, las recurrió ante el Tribunal Provincial, fundándose en que el artículo 44 del Reglamento del Impuesto no autoriza a calificar de donación el acto realizado por la expresada señora al cancelar la hipoteca y liberar las fincas, y en que el artículo 1.259 del Código civil no permite que un contrato produzca efectos entre los que no fueron parte en el mismo, a lo que ha de añadirse; sigue diciendo, que, a tenor del

número 2º del artículo 79 de la Ley Hipotecaria, la cancelación se produce al extinguirse el derecho inscrito, y que, conforme al 156 de la misma Ley, las constituidas en garantía de títulos al portador se cancelan totalmente si en acta notarial consta estar recogida y en poder del deudor la emisión de los mismos.

Es de notar que el recurrente presentó, junto con la reclamación, un poder otorgado por él en 2 de marzo de 1951, esto es, posterior a la escritura de cancelación, en el que dicho señor A. del R. hace constar que ratifica el apoderamiento verbal que él había conferido a la doña I. R. y merced al cual ésta le había representado en la escritura de cancelación de 10 de diciembre de 1950.

El Tribunal Provincial no compartió el criterio expuesto por el reclamante y estimó que la confesión de haber satisfecho el capital de las obligaciones y pedir la liberación registral de la carga hipotecaria que gravaba las fincas favorece al constituyente de la hipoteca con una liberación gratuita. Por otra parte, en cuanto al supuesto mandato verbal, es inadmisible pretender que documentos posteriores al que sirvió de fundamento a la liquidación puedan enervar la eficacia de la escritura calificada y liquidada, máxime si se tiene en cuenta que la afirmación de la existencia de tal mandato y su ratificación es un acto puramente unilateral; así como tampoco es admisible que el pago efectuado esté amparado por el artículo 4.158 del Código civil ni que se haya cumplido la previsión del 156 de la Ley Hipotecaria, ya que en él se exigía que la recogida de obligaciones la realice el mismo deudor.

En definitiva, dice el Tribunal Provincial, de lo que se trata es de una donación.

El Tribunal Central empieza por negar eficacia alguna a la escritura de 2 de marzo de 1951, en la que se dice que se ratifica el mandato verbal conferido por el deudor a la otorgante de la escritura de cancelación de 10 de diciembre de 1950, porque la calificación jurídica del acto ha de tener lugar sobre el documento en que se produjo y no puede ser mediatisada por documentos producidos con posterioridad.

Eso dicho, es de tener en cuenta, añade el Central, que el Reglamento del Inipuesto, ante las donaciones y conforme la legislación civil, establece que en las intortis causa es suficiente el hecho de la muerte del causante para que el impuesto sea exigible; en tanto que en las inter vivos, si bien el tipo se fija como en aquella, se rige por

las disposiciones, específicamente señaladas por la ley civil para su eficacia. De ahí que exigiéndose la aceptación del donatario para su validez, según el artículo 618 del Código civil, y que conste por escrito cuando es de cosa mueble y ésta no se entrega simultáneamente—art. 632—, y en escritura pública—art. 633—, si de inmuebles se trata, no es posible en este caso, ante la carencia de esos requisitos, ni la validez ni siquiera la mera existencia jurídica de una donación.

Por tanto, conforme a la diferenciación que la técnica jurídica hace entre inexistencia, nulidad y rescisión de los contratos y de los actos jurídicos, es incuestionable que la donación de que se trata ha de calificarse de inexistente, tanto a tenor de los artículos 632 y 633 del Código civil como según el 1.261, cuando dice que no hay contrato si no concurren los tres requisitos de consentimiento, objeto y causa de la obligación. Y esta norma es de indudable aplicación al asunto, puesto que, según dispone el artículo 621 del mismo texto legislativo, las donaciones que hayan de producir efectos entre vivos se regirán por las disposiciones generales de los contratos;

Sentada, pues, la inexistencia jurídica del acto, el Tribunal Central entiende que la liquidación no puede mantenerse y que debe ser anulada, confirmando, dice, el criterio mantenido en precedentes. Resoluciones:

Respecto a los invocados artículos de la Ley Hipotecaria, entiende que la cancelación de la carga real sólo puede hacerse estando en poder del deudor toda la emisión de los títulos debidamente inscritos con constancia en acta notarial; lo que no resulta de la escritura de 10 de diciembre de 1950, y sí, en cambio, que están en poder de otra persona, doña I. R., de donde se deduce que civilmente se habría operado una subrogación en el crédito a favor de ella, conforme a los artículos 1.158 y 1.159 del Código civil; sin que a lo expuesto sea obstáculo, en definitiva, el que la tenedora de los títulos pida la cancelación registral de la carga, que solamente puede pedirla el titular de la finca gravada, o exigirla si procede, como dispone la misma Ley Hipotecaria.

El Tribunal, en conclusión, anula la liquidación y ordena a la Oficina liquidadora que investigue la posible defraudación resultante de una aceptación de donación ya efectuada.

*Comentarios.*—Nada tenemos que objetar a los puntos de vista mantenidos por la Resolución examinada, en cuanto se refiere a la

calificación jurídica de la donación como civilmente inexistente, así como tampoco en cuanto a la aplicación de las normas hipotecarias que invoca, pero no podemos decir otro tanto respecto a la nulidad de la liquidación que el Tribunal acuerda con fundamento en la inexistencia civil del acto.

Efectivamente, sin desconocer la ortodoxa y conocida diferenciación que el Tribunal hace entre contratos anulables, rescindibles e inexistentes con arreglo a la doctrina y a la técnica de nuestro Derecho civil, y pareciéndonos indiscutible que la pretendida cancelación de la hipoteca sustancialmente es una donación y que ésta es civilmente inexistente, ello no obstante, creemos que reglamentariamente y a efectos fiscales es aventurada la declaración de nulidad de la liquidación. Y para opinar así, dejando a salvo el consiguiente respeto para el Tribunal; siempre tan justificado, nos apoyamos en el texto claro y terminante del artículo 41 del Reglamento vigente, de 7 de noviembre de 1947, que manda que la liquidación se practique teniendo en cuenta la verdadera naturaleza jurídica del acto o contrato «cuálquiera que sea la denominación que las partes le hayan dado y, prescindiendo de los defectos, tanto de forma como intrínsecos, que puedan afectar a su validez y eficacia».

No desconocemos tampoco que la tesis ahora sostenida por el Tribunal, no es la primera vez que la sustenta, puesto que es reiteración de la que sostuvo, entre otras Resoluciones, en la de 22 de febrero de 1949 y en la de 23 de octubre de 1951, en las que sostuvo que la previsión del mencionado artículo 41 se refiere a los contratos nulos o anulables, no a los jurídicamente inexistentes, y que la donación de inmuebles sin aceptación del donatario es inexistente de derecho y liquidable.

Lo cierto es que esa impecable doctrina de nuestro Código civil no es fácilmente compaginable con la letra del artículo del vigente Reglamento, concorde con la de todos los anteriores textos, que dejamos acotado, dado que el liquidador ha de prescindir de los defectos, así *formales* como *intrínsecos*, que puedan afectar a la validez y eficacia del acto de donación discutido; luego es claro que sin violentar el texto no se puede entrar a discernir si ella es válida o no y eficaz o no por no haberse prestado adecuadamente el consentimiento del donatario.

Nos parece que en los conceptos *validez* y *eficacia* está contenido el de *inexistencia*, porque el texto reglamentario los une, y así uni-

cos necesariamente conducen a engendrar la inexistencia jurídica, máxime atendiendo a la matización que el mismo precepto reglamentario hace al distinguir los defectos del acto jurídico, por un lado en *formales* y por otro en *intrínsecos*.

En definitiva, pues, según la doctrina comentada quedan excluidos de las prescripciones del artículo 41 del Reglamento los actos y contratos que jurídicamente merezcan la calificación de inexistentes y comprendidos los anulables y los rescindibles.

#### LA REDACCIÓN

mitad de la vida de la Corte Suprema de los Estados Unidos, se ha establecido que el precedente es una "obligación". La doctrina del precedente es la fuente de la jurisprudencia, y el precedente es la fuente de la doctrina. La doctrina es la fuente de la jurisprudencia, y el precedente es la fuente de la doctrina. La doctrina es la fuente de la jurisprudencia, y el precedente es la fuente de la doctrina. La doctrina es la fuente de la jurisprudencia, y el precedente es la fuente de la doctrina. La doctrina es la fuente de la jurisprudencia, y el precedente es la fuente de la doctrina.

## REVISTA DE VARIA

REEXAMEN DEL PRECEDENTE JUDICIAL EN PUERTO RICO, por *Manuel Rodríguez Ramos*, Decano de la Facultad de Derecho de Puerto Rico.—Sobretiro del vol. XV, núm. I de la *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*. México, 1954

El Profesor Rodríguez Ramos dedica su estudio a demostrar que el Derecho de Puerto Rico no puede considerarse incluido en el sistema del «common law» por el mero hecho de regir en el mismo la doctrina que considera a la jurisprudencia precedente obligatorio para los Tribunales y, por ende, fuente del Derecho.

El trabajo, escrito en castellano, contiene numerosas remisiones a la jurisprudencia del Tribunal Supremo portorriqueño de la que constituye un acabado estudio en orden a su valor como precedente.

El Derecho portorriqueño—hace notar Rodríguez Ramos—es primordialmente Derecho emanado de la ley escrita. Pero aunque el Tribunal Supremo ha declarado con reiteración que su función no es la de legislar, también es cierto, no obstante, que dicho Tribunal ha proclamado continuamente la doctrina del precedente obligatorio: «Mientras esta Corte Suprema—expresa en una de sus Sentencias—no revoque o modifique una doctrina establecida en sus decisiones, las cortes y organismos inferiores están obligadas a seguirla en la resolución de los casos en que sea aplicable.» En Sentencias de 1916 y 1941 ha afirmado también que la doctrina del Tribunal Supremo de los Estados Unidos constituye precedente obligatorio para los Tribunales de Puerto Rico, incluyendo al propio Tribunal Supre-

mo. Interpretando, no obstante, flexiblemente la regla *stare decisis*, los Tribunales no quedan vinculados por su propia jurisprudencia anterior, ya que entiende el Supremo que «el propósito inspirador de la doctrina de *stare decisis* es lograr estabilidad certidumbre en la ley, mas nunca perpetuar errores».

En confirmación de sus tesis de que la observancia de la regla del precedente obligatorio no coloca al Derecho portorriqueño dentro del sistema del «common law», señala Rodríguez Ramos que la introducción legislativa de esta norma en Puerto Rico tuvo lugar, bajo la soberanía española, en el artículo 68 de la Carta Autonómica de España para Puerto Rico en 1897, según el cual, «las resoluciones (de la Audiencia Territorial o el Tribunal Supremo del Reino) que «recaigan» en los casos previstos en determinados artículos «se publicarán en la Colección de Estatutos Coloniales y formarán parte de la legislación insular».

Entiende el autor que «la técnica mediante la cual se constituye en precedente la interpretación judicial de la ley no es ni privativa del Derecho común ni ajena al Derecho civil». Examinando la evolución del valor de la jurisprudencia en Francia y España, pone de relieve que, en el mismo Derecho español moderno, la infracción de doctrina legal es una de las causas de admisión del recurso de casación (arts. 1.691 y 1.692 de la L. E. C.) y puede dar lugar, por tanto, a la anulación de las Sentencias contrarias a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Por otra parte, el sistema seguido en Puerto Rico no responde exactamente a la regla *stare decisis* del Derecho común inglés. Las características principales de la regla *stare decisis* son las siguientes: «1. La legislación judicial sobre determinado punto parte de un precedente, y es la decisión en la que éste se establece la única que como autoridad de ley hay que citar posteriormente. 2. Se acata el precedente, no por su sabiduría, por el prestigio del Juez que dicta la decisión, ni por la justicia que entraña tal precedente, sino, única y exclusivamente, porque es el precedente y porque, acatándolo se aseguran la certeza, la uniformidad y la estabilidad del Derecho; y 3. Una vez sentado un precedente, no puede, ni aún el más alto Tribunal, revocarlo.» El Tribunal Supremo de Puerto Rico vulnera las tres reglas en su interpretación del valor de la jurisprudencia.

La sola atribución de obligatoriedad al precedente judicial—concede el Decano de Puerto Rico—no implica por sí sola la pertenencia

cia de un ordenamiento jurídico al sistema del Derecho "civil" o "al" del «common law». La forma en qué en Puerto Rico se acata los precedentes judiciales es la misma que priva en los Estados Unidos, país de «Derecho común» y, del mismo modo, el hecho de no seguirse fielmente en este país la regla de *stare decisis* no coloca a los Estados Unidos fuera del "common law".

J. A. B.

## DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

### A N U A R I O 1955

*Un volumen de 562 páginas, encuadrado en tela.*

Precio: 100 pesetas

Inserta, debidamente rectificados, los Escalafones de los Cuerpos de Registradores y Notarios, cerrado en 30 de junio de 1956, con la demarcación de Notarías y una nutrida Sección de Legislación y Jurisprudencia, muy interesante y de indispensable conocimiento para cuantos dedican sus actividades a la vida jurídica.

Pedidos a la Habilitación de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Ministerio de Justicia).