

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXVII

Junio 1951

Núm. 277

Algo más sobre las reservas

AL CONSUMARSE LA RESERVA POR EL FALLECIMIENTO DEL RESERVISTA, ¿DE QUIÉN ADQUIERE EL RESERVATORIO LOS BIENES OBJETO DE AQUÉLLA?—LAS RESERVAS Y EL IMPUESTO DE DERECHOS REALES.—NECESIDAD DE UNA RADICAL RECTIFICACIÓN EN LA LEGISLACIÓN FISCAL

Quizá la institución de Derecho civil que más ha hecho correr la tinta a raudales será la de la reserva, especialmente desde la promulgación de nuestro Código civil. Tanto por la novedad en él de la llamada reserva lineal como por el cambio importante operado en la ordinaria, son incontables, a partir de aquel momento, los estudios y trabajos aparecidos en tratados, comentarios, monografías y revistas profesionales.

A pesar de ello (¿sería lícito decir que tal vez por causa de ello?) y de la nutrida jurisprudencia, civil e hipotecaria, se presentan hoy las mismas dudas que surgieron antiguamente y aun están sin resolver cuestiones tan interesantes, a mi juicio, como la a que se refiere la pregunta del epígrafe de estas notas. Quizá por ello habría que dar la razón al autor que afirma que la reserva continúa aún en su fase evolutiva.

Para plantear el problema en sus términos exactos y estudiar la naturaleza de los fundamentales derechos que surgen de la reserva, lo que está íntimamente ligado con aquel punto que intentamos resolver, es forzoso recapitular sobre la doctrina elaborada, tanto por los autores como por la jurisprudencia.

ROCA SASTRE (1) con su reconocida competencia, nos presenta las cuatro construcciones jurídicas (2) que han tratado de explicar la naturaleza y efectos de la reserva y que son:

Primera. La más antigua o sistema tradicional español. Era la del derecho anterior al Código civil e inspirada en el Derecho romano, y fué reconocida por la jurisprudencia anterior a dicho Código.

Según ella el reservatario no es más que un nudo propietario y por ello el reservista no tiene más que el usufructo de los bienes.

Tal teoría, en cuanto a la reserva ordinaria, única que entonces se conocía, descansaba en el artificio o ficción de admitir que al contraer el cónyuge viudo segundas nupcias perdía *ipso jure* la nuda propiedad de los bienes objeto de la reserva que de un modo automático pasaba a los reservatarios, mas como éstos la volvían a perder si premorían al reservista, se producían esa serie de traspasos y retraspasos de nuda propiedad, de que nos habla ROCA, totalmente inadmisibles por absurdos.

Hoy, después del Código, tal sistema está total y unánimemente desechado por los autores y la jurisprudencia, ya que está en contra de lo dispuesto por aquél texto legal.

Segunda. La que pretendió asimilar, o al menos equiparar, las reservas a la sustitución fideicomisaria.

La sostuvo MUCIUS SCAEVOLA (3) y nació ya fracasada. Hoy no la sigue ningún autor, aunque ROCA pretenda resucitarla; pero con referencia al fideicomiso condicional. Ya insistiremos después sobre ello.

Tercera. Es la que con mayor entusiasmo patrocina el citado ROCA y la formula así: «Los reservatarios son titulares de un derecho de adquisición sujeto a condición suspensiva (derecho condicional). Por repercusión, el reservista tiene una propiedad revocable, por estar sujeta a condición resolutoria.»

La titularidad condicional, añade, es el derecho a adquirir otro

(1) «Estudios de Derecho Privado», 1948. Vol. II. *Sucesiones*, pág. 303.

(2) Coincide en este punto solamente con el magistral y documentado trabajo de MARÍN MONROY: «La reserva llamada tradicional u ordinaria. Su evolución». Esta Revista, 1930-1931, págs. 603 a 908.

(3) «Código civil comentado y concordado». Tomo XIV, pág. 259.

derecho sin acto especial, si se cumple el hecho incierto de que el reservatario sobreviva al reservista.

Sostiene el autor que es la más aceptable; la vigente en nuestro Código y que en el fondo es la misma que la del fideicomiso condicional.

Desarrollando su teoría asigna al derecho de los reservatarios todos estos caracteres:

A) *Es un derecho actual; no futuro o una simple esperanza:*

Lo deduce de la exigencia legal de tener que consignarse en el Registro de la Propiedad el carácter de reservables de los bienes inmuebles. Según él, por este hecho éstos experimentan un fuerte cambio en su estatuto jurídico, quedando bajo un dominio que cabe calificar de enfermo, lo que hace ver que no es simple esperanza lo que tienen los reservatarios.

Agrega que si el reservista sólo tuviera la simple obligación personal de reservar los bienes, ello no repercutiría en los actos de enajenación, que quedarían firmes, aun consumada la reserva; luego, tal obligación, dice, es algo serio y consistente que condiciona el dominio del reservista y por ello los reservatarios tienen un derecho actual, si bien no plenamente configurado.

B) *Derecho bajo condición suspensiva:*

Es condicional, indica, o sea como en la técnica germana se dice, un derecho expectante o un derecho a adquirir *ipso jure*, al cumplirse la condición, los bienes reservables, cuyos derechos son tratados, según ENNECCERUS, como un derecho en todos los aspectos conocidos.

C) *Es derecho real:*

Porque, como dicen los anotadores de ENNECCERUS, ha de tener la misma naturaleza que el derecho definitivo a que tiende.

Si se sostiene que recae sobre cosas singulares, tendrá la naturaleza real o de crédito de cada cosa a que se refiera y si su objeto es un grupo de cosas, como en el derecho hereditario, tendrá carácter real.

D) Y, por último, entiende que es enajenable (sujeta la enajenación a que la condición se cumpla) y renunciable.

Completa el cuadro sosteniendo que el titular de ese derecho no

son los reservatarios aislada o individualmente considerados, sino «la entidad descendientes o parientes», formando una comunidad mancomunada (así, añadé, parece desprenderse del artículo 265 del Reglamento Hipotecario).

Con su peculiar competencia, aunque no le acompañe el éxito, trata después de salvar los obstáculos que a su teoría se opone, como son: El de que la condición legal de que se dice depender la reserva no es propiamente condición, como ocurre siempre con las *conditio iuris*; no darse en la reserva la retroacción, propia de toda condición; no saberse de fijo si recae sobre bienes aislados o sobre un grupo de ellos; la prohibición de los pactos sucesorios; la no enajenabilidad de los créditos asegurados con hipoteca legal (artículo 152 de la Ley Hipotecaria), y en cuanto a la renuncia conjunta por todos los reservatarios el de quien representa a los que en lo futuro puedan existir.

Este mismo obstáculo, aunque lo omite el autor, se ha de presentar en la enajenación, y el problema está en averiguar si el Código autoriza a considerar en general (y no sólo en el caso de renuncia de su artículo 970) al grupo de parientes que existan en un momento determinado como «entidad jurídica» que pueda actuar en representación de todos los que al consumarse la reserva puedan haber existido.

También MORELL TERRY (4) sostiene que el reservatario tiene un derecho, bajo condición suspensiva, y que la propiedad del reservista está sometida a resolutoria.

Y este es también, al parecer, el criterio de GÓMEZ MORÁN (5).

Cuarta. La que afirma que los reservatarios sólo tienen un derecho futuro, eventual o una simple esperanza o expectativa, para adquirir los bienes si sobreviven al reservista, y que éste, en consecuencia, tiene una propiedad plena.

Esta construcción cuenta con gran número de partidarios. La siguen, entre otros, SÁNCHEZ ROMÁN, MANRESA, DE DIEGO, CASTAÑ (6) y AZURZA (7).

Igualmente la patrocina el citado MARIN MANROY, quien en

(4) «Comentarios a la Legislación Hipotecaria», tomo 4.º, pág. 373.

(5) «Las reservas en el derecho español y en el comparado», 1949.

(6) «Derecho español común y foral». (Oposiciones a Notarías), 1944, página 188.

(7) «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1946, pág. 49.

la ordinaria) considera el derecho de los reservatarios como una legítima especial y garantizada.

También en el punto a resolver de a quién suceden los reservatarios, existe discrepancia entre los autores. SÁNCHEZ ROMÁN (8) cree que los reservatarios no adquieren por sucesión hereditaria del reservista, sino del cónyuge que primeramente falleció o del descendiente de quien proceden los bienes.

Lo mismo afirma el citado ROCA y también OSSORIO MORALES (9). AZURZA (10) mantiene que «el derecho futuro a los bienes reservables no lo recibirá el reservatario por herencia del reservista; que la muerte de éste no *origina* aquel derecho, sino que lo *completa*; que el origen próximo del mismo estará más bien en la muerte del descendiente, o en el segundo matrimonio o reconocimiento del hijo natural, y que el origen o causa final es la ley».

Y por último sigue análoga opinión DE LA CÁMARA y ALVAREZ (11), quien nos dice: «... teniendo en cuenta que si bien los reservatarios (como tales) no son herederos (en sentido técnico) ni del reservista ni del descendiente transmisor, son, en cambio, *adquirantes mortis causa*, y por llamamiento legal, de una *expectativa* que deriva del descendiente y que se *consolida* al morir el reservista».

En el campo contrario militan estos otros autores; SCAEVOLA (12), según el cual existe falta de relación del derecho a los bienes reservables con el de heredar al cónyuge primeramente fallecido, y que los reservatarios adquieren los bienes de la sucesión del causante fallecido en segundo lugar (o sea del reservista).

El aludido MARIN MONROY sostiene lo mismo, fundándose en que no obsta a esa adquisición el que renuncien los reservatarios la herencia del primer cónyuge fallecido y en que les afecta tanto la mejora como la desheredación por el supérstite. Es, según él, una sucesión especial legal, ya que no impone a los reservatarios las

(8) «Estudios de Derecho civil». Tomo V, págs 986 y 1.880.

(9) *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Año 1942, página 671.

(10) Lugar citado, pág. 134.

(11) Opúsculo publicado con motivo del Segundo Congreso del Notariado Latino, que titula «Valor jurídico y aplicaciones de las actas notariales de notoriedad en el derecho español». Madrid, 1950.

(12) Obra citada, tomo XVII, pág. 232.

obligaciones de los que son herederos de respetar las enajenaciones de bienes reservables hechas en vida por el reservista.

Le sigue TORRES MURCIANO (13) y, al parecer, el aludido GÓMEZ MORÁN.

JURISPRUDENCIA

La del Tribunal Supremo y la de la Dirección General de los Registros y del Notariado podemos resumirla del modo siguiente:

A) *Naturaleza del derecho del reservista.*—La Sentencia de 9 de julio de 1916 declara que falta toda analogía entre el reservista y el usufructuario. Insisten en ello las de 27 de noviembre de 1929 y 14 de diciembre de 1933, que añaden que el derecho del reservista es de mayor consistencia que el usufructo, y puede equipararse a una propiedad sujeta a condición resolutoria.

Esto último sostiene también nuestro Centro directivo en Resolución de 29 de diciembre de 1931, si bien quizá con mejor criterio había sentado antes, en la de 25 de junio de 1892, que lo que queda afecto a condición resolutoria es la enajenación que de los bienes reservables otorgue el reservista, ya que condición de esa índole es la que envuelve el artículo 975 del Código civil.

B) *Naturaleza del derecho de los reservatarios.*—Lo consideran como una simple esperanza o expectativa las Sentencias de 4 de enero de 1911, 21 de marzo y 7 de noviembre de 1912, 6 de julio de 1916, 6 de enero de 1919, 18 de octubre de 1930, 3 de noviembre de 1931 y 19 de enero de 1935, y lo mismo la Dirección en Resoluciones de 28 de agosto de 1911, 6 de abril de 1912 y 30 de marzo de 1925.

C) Que los reservatarios heredan, o mejor, que suceden *mortis causa* al reservista, lo declara la Dirección de una manera explícita (rectificando el criterio que sentó, de pasada, en la de 20 de marzo de 1905) en Resoluciones citadas de 28 de agosto de 1911 y 6 de abril de 1912, y ha vuelto a reiterarlo en la de 16 de septiembre de 1947.

(13) «La desheredación por el reservista». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Año 1943, pág. 265.

En la de 1911 sienta esta importante doctrina: que el derecho de los reservatarios no es verdaderamente real, que por ello no es hipotecable; que es un derecho a la herencia futura y que al consumarse la reserva el reservatario sucede *mórtis causa* al reservista, cuya sucesión podrá ser testamentaria si éste hace uso de la facultad de mejorar del artículo 972 del Código civil, o legítima en caso contrario.

Existen otras dos Sentencias y una Resolución que merecen una consideración especial, ya que en ellas pretenden apoyarse los que sostienen que el derecho de los reservatarios, latente aún la reserva, es real, y por ende enajenable.

En la Sentencia de 1.º de abril de 1914 reconoció el Tribunal Supremo el carácter real del citado derecho del reservatario; pero es que, como aclara nuestro Centro directivo en Resolución de 27 de octubre de 1917, en el caso de que se trataba se partía de la base de que en el Registro de la Propiedad constaba una situación hipotecaria previa de apariencias definitivas (14). Por ello, la Sentencia citada al desestimar la tercería de dominio promovida por la reservista contra el embargo del derecho del reservatario decretado en juicio ejecutivo, declaró que procedía el embargo, reconociendo que era un derecho real.

Planteado después el caso en la Dirección General citada de la venta del derecho aludido por adjudicatario-ejecutante, la Dirección, más que por convicción, por acatamiento al Supremo, declaró procedía la inscripción; así lo reconoce otra Resolución, la de 19 de febrero de 1920.

La otra Sentencia es la de 18 de abril de 1942, dictada en juicio de desahucio. En ella, después de sentar el Supremo que el derecho del reservatario es eventual y que éste carece de facultad dominical sobre los bienes mientras viva el reservista, añade que como el fallecimiento de éste no implica transmisión hereditaria al reservatario, la enajenación que éste haga de su derecho, latente la reserva, no cae en la prohibición del artículo 1.271 del Código civil.

(14) Al parecer no sólo constaban inscritos los bienes con el carácter de reservables sino hasta con expresión de la persona (un hijo) del reservatario. Por cierto, según cuenta TORRES MURCIANO, que después de dicha Sentencia dictó otra la Audiencia de Valencia, en pleito entre las mismas partes y los mismos bienes, reconociendo el derecho de desheredar por la reservataria.

Esta Sentencia ofrece la particularidad de que, al parecer, al dictarse ya se había consumado la reserva.

El examen que antecede descubre claramente la complejidad de la reserva y la dificultad que ha de presentarse en la solución de los problemas que en torno a la misma se plantean.

Creo, no obstante, que si nos apartamos de ciertas novedades de la doctrina extranjera y de querer aplicar a la reserva normas de otras instituciones del derecho patrio, aunque tengan puntos de contacto con aquélla; es posible que con sólo los preceptos vigentes relativos a la reserva, lógicamente interpretados, pueda aclararse el punto de los derechos que tenga o pueda tener el reservatario, latente aquélla; de lo que en definitiva depende el otro problema de si adquiere o no los bienes del reservista.

Lo primero que debe observarse es que las dos clases de reservas están colocadas en el Código civil dentro de su título III (que tiene por epígrafe «De las sucesiones»), de su importante libro tercero, que se ocupa «De los diferentes modos de adquirir la propiedad».

De aquí parece deducirse que para nuestra ley fundamental civil la reserva no es más que un modo de adquirir, a título de sucesión, por causa de muerte.

Si alguna duda cupiera, ya más en concreto, su artículo 973 da las reglas, conforme a las cuales ha de «sucederse» en los bienes reservables.

Y siendo ello así, como toda sucesión *mortis causa*, será un modo de adquirir de los llamados derivativos, ya que en él se cumplen todos los presupuestos exigidos por la técnica, o sean: que la adquisición por una persona se produce en el momento mismo en que tiene lugar la pérdida de un derecho por otra, y que esa pérdida va dirigida a producir la adquisición por otra persona de tal modo que ha de considerarse como un efecto de aquélla, sin que obste a ese nexo de causalidad que ello se produzca voluntaria o involuntariamente, o en contra de la voluntad de quien pierde el derecho (esto es lo que ocurre en la reserva).

En la reserva son, pues, conocidos los bienes, los beneficiados por aquélla y el título de adquisición. Sólo nos falta por conocer un elemento: el transmitente o causante.

Y quién deberá en definitiva ser considerado como tal? Al llegar a este punto los autores (los que llegan); es curioso observar que

la mayoría pasan por él como sobre ascuas, y los que se detienen lo hacen para intentar soslayarlo, a fin de salvar el obstáculo que a la enajenación de ese supuesto derecho eventual o futuro de los reservatarios opone la prohibición de los pactos o contratos sobre la herencia futura.

Son muchos los que pretenden dividir la adquisición de bienes por los reservatarios en dos tiempos o momentos, o sea, el anterior y el posterior a la muerte del reservista. Para tales autores, el primero es el importante, el que sólo cuenta; el segundo, según ellos, no es más que una consecuencia de aquél.

Así vimos cómo AZURZA sostuvo que, latente la reserva, el *derecho futuro* a los bienes no lo recibe el reservatario por herencia del reservista, sino que la muerte de éste lo que hace sólo es *completarlo*, y que el *origen* del mismo derecho está en la muerte del descendiente, segundo matrimonio, etc., y como causa final en la ley.

También DE LA CÁMARA, después de afirmar que el reservatario no hereda ni al *descendiente transmisor* ni al reservista, dijo que la *expectativa* que aquél tiene la *adquiere* (15) *mortis causa* por llamamiento legal, que deriva del descendiente y que se *consolida* por muerte del reservista. También, ya antes, MORELL nos hablaba de una previa y provisional adquisición y de otra posterior y definitiva.

A mi juicio, no es lícito confundir el origen, causa, requisitos de la reserva, ni la procedencia de los bienes con el transmitente o causante de la adquisición que la reserva puede provocar.

Ocurre aquí algo análogo a lo que sucede en la adquisición de bienes derivada de la sucesión abintestato o legítima. En ella, el origen remoto está en la ley; el próximo, en el fallecimiento intestado de una persona con bienes, y esta persona y no la ley ni las circunstancias concurrentes es el causante o transmitente de los bienes que integran su herencia.

Por otra parte, la ley por sí sola, como afirma SCAEVOLA, no es, ni ha sido, ni será nunca modo de adquirir, y aparte de ello, en el artículo 609 del Código se estima como uno de esos modos, distinto a la ley, la sucesión *mortis causa*.

Ninguno de los autores que, clara o veladamente, sostienen que

(15) MARÍN MONROY (lugar citado) dice, acertadamente, que *expectativa y adquisición son términos antagónicos e irreconciliables*.

los reservatarios suceden, no al reservista; sino al cónyuge primariamente fallecido o á aquel descendiente del artículo 811, se parán a pensar que en la reserva ordinaria no puede admitirse sea el causante o el transmitente de los bienes aquel cónyuge premuerto cuando dichos bienes los tenía recibidos el reservista de alguna de aquellas personas que cita el artículo 969 del Código, ni que el título de esa transmisión puede ser el de sucesión por causa de muerte cuando el repetido reservista los hubiere recibido por donación *inter vivos*.

Volviendo al repetido Código, nos es forzoso examinar los derechos y obligaciones que regula con relación a la reserva. Sistematizaremos en honor a la brevedad.

OBLIGACIONES DEL RESERVISTA

La más importante o fundamental que le impone el Código (artículos 811, 969 y 980), es la de reservar *la propiedad* de los bienes en favor de los beneficiarios de la reserva, la cual, lógicamente, debería de llevar en sí la de guardarlos o conservarlos en su patrimonio, quedándole prohibido, por tanto, disponer de ellos. No sucede así, como se expondrá.

Dicha obligación, según CASTÁN (16) es, de un lado, condicional, y de otro, imperfecta; lo primero porque está subordinada a que le sobrevivan los reservatarios, y lo segundo porque no priva de la disposición o enajenación de los bienes.

Después trataré de explicar el porqué de esta anomalía.

Para asegurar el cumplimiento de la anterior, se impone al reservista otra obligación secundaria y de garantía, que adopta en el Código y en la legislación hipotecaria dos formas: una, la hipoteca en lo relativo a los bienes muebles, y otra, que cabría llamar de Registro o de inscripción, como es la de hacer constar en el Registro de la Propiedad el carácter de reservables de los bienes inmuebles, bien al inscribir su dominio al reservista y en el fondo de la inscripción respectiva, o ya, si estuviere inscrito, por nota marginal (a ésta llama el Código, impropriamente, «anotar»).

Sólo nos interesa examinar la segunda forma de garantía. ¿Y

qué significación tendrá el hecho de hacer constar en el Registro el carácter de reservables de los inmuebles?

Desde luego que hay que rechazar que sea algo inocuo, de mero trámite formalista o burocrático, como lo subestimó el Presidente de la Territorial, según consta del recurso gubernativo resuelto por nuestro Centro directivo en Resolución de 27 de octubre de 1917.

Pero tampoco, aunque nos ponga en declive la opinión de uno de nuestros primeros hipotecaristas, debemos caer del lado opuesto y admitir con ROCA que al hacerse constar en el Registro el carácter de reservables de los bienes inmuebles, experimentan éstos tan fuerte cambio en su estatuto jurídico que *ipso iure* la simple esperanza del reservatario se convierte en un derecho actual. Ello no es posible admitirlo, ya que la inscripción, elemento objetivo y formal, nunca cambia la naturaleza del derecho que se inscribe.

Los mismos autores de la famosa exposición de motivos de la primitiva Ley Hipotecaria de 1861 nos explicaron sencillamente cómo se trata de evitar (en la reserva ordinaria, única que entonces existía), el que los hijos pudieran encontrarse despojados de sus derechos lógicos a la reserva por falta de hipoteca eficaz o de inscripción que los asegure. Y para ello, una de las medidas tomadas, la de constatar la cualidad de reservables, lo fué para que, apercibidos los adquirentes (se refiere a los futuros), sepan la reserva a que están afectos los inmuebles.

De acuerdo con ello, el Código civil (artículo 977), la Ley Hipotecaria (artículos 184 a 186) y su Reglamento (artículos 259, 260, 262 a 265), sólo ordenan se haga constar la *calidad, cualidad* o el *carácter* de reservables de los bienes inmuebles, pero nada más.

La prueba de que ello es así nos la da el hecho de que si no se practicare inscripción en el Registro o en ella no se expresare nada en cuanto a la reserva, los bienes, a pesar de ello, seguirían siendo tan reservables como lo fuerán desde un principio; lo único que sucedería en este supuesto es que al tercer adquirente de los bienes, que fuere tercero hipotecario con título inscrito no le afectaría la reserva ni la nulidad de la enajenación hecha por el reservista.

De ningún precepto de nuestro ordenamiento positivo puede deducirse que la adquisición de los bienes por el reservista se haya de entender hecha bajo condición resolutoria, ni que al inscribir aquella con la indicación de ser los bienes reservables, se sobreentienda

que dicha adquisición queda sometida a la repetida condición: Si así fuera estarían de más la obligación de reservar y la de garantía o aseguramiento de ésta, y en el Registro de la Propiedad tampoco sería necesario hacer constar el carácter de reservables de los bienes, sino que lo procedente sería copiar en la inscripción la condición de que se tratare.

Por todo ello entiendo es más aceptable, en este punto, el criterio del citado OSSORIO MORALES, quien afirma que mientras viva el reservista su derecho no está afectado por condición alguna, aunque pueda tener (*a posteriori*, añadimos nosotros), carácter vitalicio. Lo que depende de esa supuesta condición, premoriencia del reservista, es (según el mismo autor), la eficacia de las disposiciones intervivos que haya realizado y el ulterior destino de los bienes reservables. Este, según vimos, fué también el criterio mantenido por la Dirección General en Resolución de 25 de junio de 1892.

Como después indicaremos, debe observarse además que tanto la citada exposición de motivos como hoy en el Código civil, hablan de nulidad ó validez de las enajenaciones hechas por el reservista; pero no de resolución o rescisión, como sería de tener el reservista un dominio bajo la repetida condición resolutoria:

DERECHOS DEL RESERVISTA

Seguiré el mismo orden del articulado del Código; pero sólo trataré de los que puedan tener interés al objeto de éstas notas.

A). *Facultad de mejorar*.—A pesar de la obligación de reservar permite el Código (artículo 972) al cónyuge binubo mejorar en los bienes reservables a cualquiera de los hijos o descendientes del primer matrimonio, conforme a lo dispuesto en el artículo 823 (17).

Sin entrar en detalles, que no tienen interés a los fines de nuestro estudio, sólo nos interesa destacar que la citada facultad prueba esto: De un lado, que el reservista es dueño de los bienes, y que en ellos no tienen derecho alguno los reservatarios, ya que aquél al mejorar dispone de bienes propios, puesto que la reserva recae

(17). La S. de 25 de marzo de 1933 declara aplicable tal facultad en la reserva del artículo 811.

sobre bienes concretos, y de otro que los reservatarios suceden al reservista a *título mortis causa*, dado lo que la mejora significa dentro de nuestro Derecho.

Los que sostienen que en la reserva no es el transmitente el reservista, se obstinan inútilmente en querer encontrar explicación satisfactoria a esa facultad de mejorar en el reservista. Así, el citado ROCA SASTRE (18) para demostrar que no es absurdo el que una persona pueda mejorar en bienes que no son suyos (ya que la mejora, como bien dice, es cosa de herencia propia), presenta el caso del artículo 831 del Código, que permite que un cónyuge pueda delegar en el otro la facultad de mejorar, y añade: Si ese artículo permite delegar esa facultad con mayor razón puede hacerlo el propio legislador, como ocurre en la reserva. Pero no cae en la cuenta tan competente autor de que de ser esto así incurriría el Código en la inconsecuencia de autorizar en la reserva lo que prohíbe a la voluntad individual en el artículo citado 831, o sea, «mejorar por delegación» al cónyuge segunda vez casado.

También estimamos algo pueril el querer salvar el obstáculo que en tal teoría se presentaría a la facultad de mejorar cuando los bienes los hubiera recibido el reservista, no del cónyuge fallecido, sino del hijo o pariente a que se refiere el artículo 969, diciendo que es que el Código no se ocupó de estos supuestos por no querer apurar tanto las cosas, ya que lo más frecuente es que los bienes procedan del otro cónyuge. (Y esto aparte de que esto tal vez no sea lo más ordinario.)

B) *Desheredación*.—El hijo desheredado justamente por el padre o por la madre (dispone el párrafo segundo del artículo 973 del Código citado) *perderá* todo derecho a la reserva; pero, si tuviere hijos o descendientes legítimos, se estará a lo dispuesto en el artículo 857.

Basta compulsar los preceptos de dicho Código para tener en seguida que dar la razón al aludido autor TORRES MURCIANO, quien demuestra que el copiado párrafo se sigue refiriendo (como el párrafo que le precede y los artículos 970 a 972), al padre o madre segunda vez casados. Como hace observar el mismo autor, la privación del derecho a la reserva la expresa el Código en futuro *per-*

(18) Ob. cit., págs. 330 a 332.

derán, dice, y por ello no puede referirse a la desheredación, a la que ya, en época anterior, hubiere hecho el cónyuge premuerto.

Estimamos además nosotros que en ese supuesto de referir la desheredación al cónyuge primeramente fallecido, no se podría hablar de privación o de pérdida del derecho a la reserva, por la sencilla razón de que tal derecho no llegó a nacer, o no pudo nacer, y por ello mal pudo perderse.

A pesar de ello, SÁNCHEZ ROMÁN (19) refiere lo de la desheredación al cónyuge fallecido en primer lugar; pero como el mismo autor, en el mismo resumen que hace, sostiene también que la renuncia a la herencia del mismo cónyuge lleva consigo la de la reserva, sin parar mientes en lo claramente dispuesto en el párrafo primero del citado artículo 973, parece haber sufrido un error de enfoque.

También el competente autor citado, ROCA SASTRE, sostiene que lo de la desheredación hay que entenderlo no con relación al reservista, sino a la que hubiera hecho el cónyuge premuerto.

Como argumento decisivo, que él llama «argumento fuerte», aduce el de decir que la facultad de desheredar en el reservista sería superflua, ya que cuenta con la facultad de mejorar, y además ya que no hay legítima en la porción o grupo de bienes reservables, los cuales, todos, pueden ser destinados a mejora.

Como podrá observarse, este argumento sólo sería admisible cuando se tratare de privar del derecho a la reserva a alguno o algunos (no a todos) de los reservatarios; pero cuando el reservatario sea uno solo, o si siendo varios todos han incurrido en causas de desheredación, la facultad de mejorar no puede sustituir o reemplazar a la de desheredar. En resumen: que ésta lleva en sí la extinción de la reserva (21) y la otra no. Igual que sucede siempre en la herencia en general en favor de herederos forzosos en línea descendente.

C). *Facultad de enajenar los bienes.*--Se indicó antes la anomalía que resulta del Código, de que obligada una persona a reservar ciertos bienes, y a conservarlos, por tanto en su patrimonio, se le permitan no obstante los actos de enajenación de los mismos, y, lo

(19) Ob. cit., vol. III, pág. 1.880.

(20) Ob. cit., pág. 332.

(21) Salvo cuando sea de aplicación el citado artículo 857.

que es peor aún, que después puedan ser éstos anulados según la misma ley que los permitía.

Los autores de la citada exposición de motivos de la primitiva Ley Hipotecaria trataron de explicar el porqué de tal absurdo. Se ha suscitado la duda, decían, de si esas enajenaciones deben considerarse y declararse en su caso nulas, desde luego, o si había que esperar para la declaración de nulidad al fallecimiento del reservista. Optaron por esto último, ya que hasta ese momento no se sabía en definitiva si había llegado el caso de la restitución de los bienes, y todo con el buen deseo de que los mismos no quedasen amortizados mientras tanto.

Este es el precedente de nuestro Código civil, que distingue entre bienes muebles e inmuebles.

La enajenación de los primeros, aun a título gratuito, son en todo caso válidos, salvo la obligación de indemnizar. En cambio la de los inmuebles que sean reservables (dice el artículo 975) sólo pueden subsistir si al fallecer el reservista no existen personas llamadas por la reserva, salvo en cuanto al tercero que haya inscrito su título en el Registro de la Propiedad, no constando el carácter de reservables de los bienes.

No podemos detenernos en la crítica de tal sistema, ni ello tendría razón de ser a los fines de estas notas. Lo único que debemos añadir es que la práctica registral nos ha evidenciado que aquel buen deseo de los autores de la Ley Hipotecaria de 1861 de que no quedase amortizada la propiedad reservable, sólo se realiza muy deficientemente, pues basta que sobre un derecho inscrito se coloque el sambenito de ser reservable para que quede inservible para el desarrollo del crédito territorial, y cuando así no sucede es porque mediaron ciertas garantías extrahipotecarias.

DERECHO DE LOS RESERVATARIOS

Ni del Código ni de la Ley Hipotecaria se desprende que antes de la consumación de la reserva tengan más derecho (22) que el de poder exigir al reservista cumpla la obligación de garantía. Y por

(22) Salvo lo que después indicaremos sobre renuncia.

cierto que no le compete a él solo, pues no siendo reservatario cierto (23) o falta de capacidad les corresponde a otras personas (para las que al mismo tiempo es un deber), como son los parientes de cualquier grado, el albacea del cónyuge fallecido y el fiscal, en último término.

Dice acertadamente TORRES MURCIANO que de que frente a la obligación de aseguramiento haya de surgir el correlativo derecho del reservatario no puede, sin más razón, deducirse que tal derecho haya de ser real.

Por todo ello la mayoría de los autores sostienen, según vimos, que antes de la muerte del reservista no tiene el reservatario sobre los bienes derecho alguno, sino una sola esperanza o expectativa. Esta, si se quiere, será más consistente o tendrá más posibilidades de convertirse en realidad que la de cualquier heredero presunto antes de abrirse la sucesión. Pero nada de esto autoriza para pretender dar carta de naturaleza en nuestro derecho positivo, por lo menos en cuanto a la reserva, a aquellas exóticas teorías de los derechos eventuales o futuros ni a ninguna otra que derive de aquella que formuló FERRARA, de «entre derecho y no derecho existe el derecho que deviene o en estadio de formación», pues aparte de que ellas ya van siendo abandonadas multiplicarían y harían de imposible solución los problemas que la reserva presenta.

Luego si el reservatario no adquiere ningún derecho en los bienes hasta la muerte del reservista es porque en definitiva sucede a éste.

A la misma conclusión tenemos por fuerza que llegar si contemplamos en conjunto los derechos y obligaciones del reservista.

En efecto, debe observarse: que los bienes ingresaron en el patrimonio del reservista en pleno dominio; que siguen en él en la misma forma aun después de surgida la obligación de reserva, ya que lo que hay que reservar es (artículo 968) la propiedad; que las enajenaciones se refieren también al dominio; que puede mejorar y desheredar, y por último, que al morir el reservista suceden los reservatarios (al menos cuando ello sea posible); conforme a las reglas de la sucesión en línea descendente. Luego todo ello indica claramente que se trata de sucesión *mortis causa*, al fallecer el reser-

(23) De poderse admitir este término legal habría que referirlo a la reserva ordinaria.

vista, y que éste es el causante de la misma y el transmitente de los bienes. Y como mientras el reservista no fallezca no se causa la sucesión en los bienes objeto de la reserva en favor de los reservatarios, éstos, al tratarse de sucesión no deferida, no pueden enajenar ni renunciar un derecho que no tienen (salvo en cuanto a lo último, lo que se indicará), ni tampoco su simple esperanza o expectativa.

Partiendo de que los reservatarios adquieren, en su día, del reservista la aplicación de los preceptos del Código, resulta normal y sencilla. De lo contrario todo sería anómalo y complicado. ¿Cómo aplicar, en efecto, aquellas normas de la sucesión en línea descendente cuando el cónyuge sobreviviente, por ejemplo, recibió los bienes de un hijo o del pariente de que nos habla el artículo 969 del Código, y se pretende demostrar, además, que el causante de la adquisición de los bienes reservables no es el reservista? ¡Y no digamos nada cuando los adquiera por donación! Si se quiere precisar aun más compárese la reserva antes de consumarse con otras instituciones, con las que guarda algún parecido.

Si examinamos un supuesto de sustitución fideicomisaria u otro de fideicomiso condicional, se observará en seguida que, fallecido el testador causante, sólo existe un transmitente o causante, que es aquel testador fideicomitente, y que se trata de herencia ya abierta o deferida. Por ello no hay nada que oponer a la enajenación o renuncia por los fideicomisarios.

Si en la reserva se parte del titular anterior al reservista, se verá que existen dos transmisiones distintas, ambas en pleno dominio. Una, ya realizada al reservista, y otra, no efectuada aún, de éste a los reservatarios. Existen, por tanto, dos causantes o transmitentes, y dos adquirentes distintos. Además, mientras no fallezca el reservista, su herencia no está deferida, y los reservatarios, por ello, sólo tienen «una esperanza o expectativa» a la herencia futura con todos los efectos que de aquí se derivan.

La práctica de la vida jurídica evidencia aun más cuanto llevamos expuesto. Siempre que (consumada ya la reserva, o sea fallecido el reservista), se realiza una partición o manifestación de bienes reservables, estas operaciones se conforman como adicionales o anexas a la partición general de la herencia del que fué reservista; de ordinario hasta en el mismo cuaderno particional o en la

misma escritura; si aquél no existe. Nunca he visto que se hayan practicado como adición o complemento de la herencia del descendiente, cónyuge o hijo; etc., de quien hubo los bienes el reservista. Tampoco he contemplado el hecho (que sería insólito y absurdo) de que se pretenda inscribir los bienes en el Registro de la Propiedad en favor de los reservatarios (en el mismo supuesto de reserva consumada) con la presentación de la misma escritura de donación, por virtud de la cual los tenían adquiridos el reservista, o con dicha escritura acompañada de otra que sólo sea adicional o complementaria de aquélla.

Dice acertadamente GÓMEZ MORÁN (24) que en los supuestos de reserva (y lo mismo en el del artículo 812 del Código civil, que considera como una reserva más) lo procedente al fallecer el reservista es esto: Una vez inventariados los bienes de la herencia y singularizados los de la reserva, hay que segregar los de ésta de la masa general y entregarlos a los reservatarios.

Como puede observarse, todo ello no es más que un desarrollo práctico de lo que en la realidad «es la reserva». Así se desprendía ya en la antigüedad, con relación a nuestra reserva ordinaria de la Ley 1.ª, título 2.º, libro III del Fuero Real. En tal ley, después de ordenar: «... si la mujer (25) oviera fijos de dos maridos, o demás, cada uno de los fijos hereden las arras que dió su padre»; añadía seguidamente: «de guisa que los fijos de un padre *no parlán* en las arras que dió el padre de los otros».

Pues bien; esto es lo que sucede hoy, si se observa bien, en todo supuesto de reserva, o sea que los reservatarios no parten los bienes reservables con los demás interesados en la herencia del reservista.

Varias objeciones pueden hacerse a la opinión que aceptamos. Citaremos estas:

1.ª La que deriva el artículo 970 del Código civil en cuanto dispone que cesará la obligación de reservar cuando los hijos de un matrimonio, mayores de edad, renuncien a su derecho a los bienes. ¿Cómo es, se nos dirá, que no estando aún abierta la herencia del reservista, y teniendo los reservatarios (tanto hijos como los demás

(24) Lugar citado.

(25) Hasta las leyes de Toro no se impuso la obligación de reservar al marido.

descendientes que puedan existir en su día) sólo una expectativa, pueden no sólo renunciar su derecho los hijos, sino que además está renuncia extingue la reserva?

Tal precepto es anómalo. Según nuestro Centro directivo (Resoluciones de 30 de marzo de 1925 y 19 de febrero de 1920) constituye una excepción, que sólo es admisible, por tanto, en la reserva ordinaria, y en el supuesto citado actúan los hijos renunciantes por verdadero privilegio legal; a modo de representantes de todas las ramas y líneas descendientes.

Quizá, creemos, tenga el mismo fundamento que el de la permisión de las enajenaciones al reservista; esta es: limitar y hacer lo menos sensibles las reservas.

2.^a La que puede surgir del párrafo 1.^o del artículo 973 del mismo Código. Después de establecer éste que si el padre o la madre no han hecho uso de la facultad de mejorar, sucederán los hijos y descendientes del primer matrimonio en los bienes reservables, conforme a las reglas de la sucesión en línea descendente; añade: «aunque en virtud de testamento hubiesen heredado desigualmente al cónyuge premuerto o hubiesen renunciado o repudiado su herencia».

Esta referencia a la sucesión del cónyuge premuerto pudiera estimarse como argumento en contra del criterio que sostiene que los reservatarios suceden al reservista.

No obstante, la mayoría de los autores la consideran como una prueba concluyente en favor del citado criterio. Así lo entiendo yo también, creyendo que esa referencia del Código pudo obedecer a una de estas razones: Significar, y así es en la realidad, que los reservatarios lo son por razones de índole familiar y no por la circunstancia de que sean herederos del cónyuge fallecido en primer lugar; también pudo ocurrir que el autor del Código quisiera dejar expresa y claramente rectificada la doctrina sentada, antes del mismo Código, por los autores, que consideraban como una de las causas de extinción de la reserva la renuncia a la herencia del citado cónyuge premuerto (26).

3.^a Y la de que en el caso de ser los reservatarios al mismo tiempo herederos universales del reservista no podrán impugnar los

(26) SÁNCHEZ ROMÁN. Tomo citado, pág. 1.916.

actos de enajenación otorgados por éste de los bienes reservables, ya que son continuadores de su personalidad.

Aquí, en efecto, se puede plantear la misma cuestión que con su fina perspicacia nos plantea el competente autor DÁVILA GARCÍA (27) con relación a la legítima.

No es posible detenerse en el estudio de este problema. Creemos que en nuestro supuesto y por analogía con lo resuelto por la Sentencia de 12 de abril de 1944 (citada por dicho autor); podrán los reservatarios impugnar aquellos actos de enajenación no sólo porque la ley está por cima de la voluntad del causante, sino porque según vimos, las dichas enajenaciones de bienes inmuebles reservables llevan en sí la posibilidad legal de su anulación posterior; pero es que aunque así no fuera ello no constituiría una objeción al sistema o tesis que seguimos, sino un defecto de nuestro sistema sucesorio en general.

LAS RESERVAS Y EL IMPUESTO DE DERECHOS REALES

El artículo 34 del Reglamento del ramo, único dedicado a la reserva en el citado Impuesto, distingue entre la del 811 y la ordinaria.

Ordena en cuanto a la primera (número 1 de dicho artículo), que en la herencia reservable satisfará el Impuesto el reservista en concepto de usufructuario (28); pero si por fallecimiento de todos los parientes a cuyo favor se halle establecida la reserva, o por su renuncia, se extinguiera ésta, vendrá obligado el reservista a satisfacer el impuesto correspondiente a la nuda propiedad.

Dispone el número 2 que la reserva ordinaria dará derecho a la devolución del impuesto satisfecho por la nuda propiedad de los bienes a que afecte, cuando se acredite la transmisión total de los mismos al reservatario.

En todo caso, concluye el número 3 y último del precepto, el reservatario satisfará el impuesto según la escala de las herencias,

(27) «Herediteros legítimos», (donde hay herencia no hay legítima). Esta Revista. Año 1943, pág. 661, y año 1945, pág. 106.

(28) Es indudable, aunque no lo diga, que se refiere al usufructo vitalicio.

atendido el grado de parentesco entre aquél y la persona de quien procedan los bienes, prescindiendo del que le una con el reservista, aunque éste haya hecho uso de la facultad de mejorar, reconocida en el artículo 972 del Código civil.

Del examen del citado precepto reglamentario se desprenden varias conclusiones, que brevemente serán examinadas.

En primer lugar, el reservista, para el aludido impuesto, parece que no es más que un mero usufructuario; *a priori* en la reserva del 811 y *a posteriori* en la ordinaria, o sea cuando ésta se consuma y pasan por ello los bienes al reservatario.

Algún autor, SILVAN (29), sostiene que el Reglamento sigue dos sistemas distintos, según las dos modalidades de la reserva; pero no creo sea ello así, sino que lo que sucede es que en la ordinaria cuando surge la obligación de reservar (por el nuevo matrimonio del viudo o nacimiento del hijo natural), ya habrá satisfecho el impuesto el reservista por el pleno dominio de los bienes sobre los que aquélla recae; pero es claro que aunque esto sea lo más frecuente también puede ocurrir que después del segundo matrimonio o del nacimiento del hijo natural sea cuando se adquieran los bienes reservables, y justificado este extremo entiendo que nada se opone a que se gire la liquidación sólo por el valor del usufructo vitalicio de los mismos.

Es fácil observar que el repetido Reglamento ha rechazado las más importantes construcciones que, después del Código civil, tratan de explicar la naturaleza y alcance de la reserva en general.

En efecto, se ha desechado el criterio que admite que el reservatario sólo tiene una esperanza; pero no un derecho actual sobre los bienes, y que el pleno dominio de ellos pertenecen al reservista, quien los transmite, en su caso, a los reservatarios.

Tampoco ha considerado al reservista como un adquirente bajo condición resolutoria, ya que si así hubiese sido hubiere aplicado el número 3.º de su artículo 57, que obliga a liquidar el impuesto por adquisición en pleno dominio, sin perjuicio de las devoluciones que en su día sean procedentes.

Y por último tampoco se equiparó la reserva a las sustituciones

(29) Contestación al programa de oposición al Cuerpo de Abogados del Estado, 1941, pág. 216.

fideicomisarias, ni a los fideicomisos, ya que a ellos les dedica otros preceptos distintos (artículos 32 y 33 del mismo Reglamento).

Luego, por exclusión hay que concluir que en el repetido Reglamento de Derechos reales ha adoptado aquella construcción jurídica antigua, que según vimos consideraba desintegrado el dominio de los bienes reservables, latente la reserva, en usufructo y nuda propiedad, la cual es precisamente la que autores y jurisprudencia de consuno, rechazan, por estimar es totalmente inadmisibles después de promulgado el Código civil.

¿Y a qué se deberá esta anomalía? ¿Tendrá por causa la inercia o el descuido en las sucesivas modificaciones o reformas hechas en la legislación fiscal después de dicho Código?

Es curioso observar que autores tan competentes, especializados en la materia de ese impuesto, como UBIERNA y GARCÍA CASCALES, en época ya avanzada de la vigencia del Código, en que ya se había pronunciado la jurisprudencia sobre la naturaleza de la reserva y tratado ampliamente ese punto por los civilistas, incurrieran en el error de sostener que el reservista no era más que un usufructuario, según el artículo 968 del repetido Código (30), y que por ello fué un acierto del Reglamento del Impuesto de Derechos reales el de seguir a aquel cuerpo legal.

A pesar de cuanto antecede, no puede afirmarse rotundamente que en la repetida legislación fiscal el reservista no sea más que un mero usufructuario, pues de ser así no podría adquirir el pleno dominio de los bienes (como supone el número 1 del artículo 34 del citado Reglamento) por el sólo hecho del fallecimiento de los reservatarios o de la renuncia de éstos a su derecho, ya que civilmente se considera al usufructo como satélite de la nuda propiedad, pero no al contrario.

Tampoco es acertado admitir, aunque sea fiscalmente, que aquel fallecimiento o renuncia de los presuntos reservatarios (antes de la muerte del reservista) sea causa general de extinción de la reserva, como la considera el número 1.º del artículo citado, dado que hasta que fallece el reservista no puede, civilmente, saberse si existirán, ni quienes sean, los reservatarios. No dudo pueda existir, excepcionalmente, desde luego, algún supuesto en que pueda justificarse,

(30) Contestaciones al programa de oposición al Cuerpo de Abogados del Estado. Madrid, 1912.

incluso documentalmente, que en el futuro no pueden existir otros reservatarios que aquellos presuntos de que se trate; pero ello no justifica la existencia de una norma de carácter general.

Como puede observarse en la legislación del Impuesto de Derechos reales, cuando ésta se aparta de las normas y principios del Derecho civil, todo es anómalo y absurdo.

No precisa el repetido Reglamento si, latente la reserva, ha de fijarse liquidación alguna a los presuntos reservatarios, o si por desconocerse por el momento quiénes puedan ser éstos, debe aplazarse la liquidación en cuanto a ellos por aplicación del número 5 del artículo 57 del repetido texto. Parece debe ser ésta. Finalmente, del número 3.º del repetido artículo 34 que comentamos se desprende que, para ese texto, el reservatario, al morir el reservista, no adquiere los bienes de éste, sino de la persona de quien los bienes proceden, o sea, que, en las reservas, fiscalmente, no existe más que una herencia: la de esa persona de quien hubo los bienes el reservista, y por consecuencia de ello sólo se causa una transmisión, a saber: en usufructo vitalicio al reservista, y en nuda propiedad a los reservatarios, si bien en cuanto a éstos, como indicamos, no se les liquida el impuesto hasta la muerte del reservista, que es cuando son ya conocidos, y en cuyo momento consolidan en sí el pleno dominio de los bienes.

Hay que observar que, como el reservista (en la reserva ordinaria), pudo adquirir los bienes de la misma por donación, este mismo título será, en tal caso, el de los reservatarios al consumarse la reserva.

Digamos algo de la reserva en el impuesto sobre el caudal relictivo; pero sin intentar siquiera presentar la serie de problemas que provoca el modo que considera a aquélla la legislación fiscal.

Dispone el número 2 del artículo 256 del tan repetido Reglamento, que en la herencia reservable ha de aplicarse la misma regla contenida en su número 1. Y ordena éste que cuando el testador dispusiera de sus bienes, sustituyendo unos herederos a otros, el impuesto sobre el caudal relictivo sólo se satisfará al fallecimiento del causante, cualquiera que sean las sustituciones que establezcan.

Como en la reserva, según vimos, no existe fiscalmente más que una transmisión y un solo causante, o sea la persona de quien adquirió el reservista, aquí el Reglamento es consecuente con lo por

él mantenido antes al exigir sólo una vez el impuesto de que se trata. Pero lo que no podrá cumplirse en todo caso será lo de que la liquidación se gire al fallecimiento del causante por estos motivos.

1.º Porque, según expusimos, la reserva ordinaria surge frecuentemente después de la adquisición de los bienes y de que los impuestos hayan sido liquidados cuando proceda.

2.º Porque no siendo el reservista el abuelo ni otro ascendiente de grado más distante en relación a dicho causante (que son únicamente los casos de sujeción a tal impuesto) y desconociéndose por el momento quienes sean los reservatarios y si estarán o no sujetos por tanto al caudal relicto, habrá por ello, de acuerdo con el número 3 del artículo 257 y del mismo texto, que aplazar la liquidación hasta el fallecimiento del reservista.

Como resumen y consecuencias de cuanto antecede entendemos que tanto en el Impuesto de Derechos reales como en el del caudal relicto debiera hacerse una profunda y radical reforma, en el punto estudiado de la reserva, y precisamente en beneficio del tesoro, por estas consideraciones:

A) Al reservista no se le liquida el impuesto más que por el usufructo vitalicio cuando según el Código civil es un adquirente en pleno dominio.

No tiene razón de ser el que en las sustituciones (art. 32) se liquide el impuesto por el pleno dominio al primer instituido, que esté facultado para disponer más o menos limitada o condicionalmente, y que no se aplique igual criterio al reservista, el que por precepto legal puede enajenar los bienes de la reserva.

B) Al no liquidarse el impuesto, por el momento, en cuanto a la nuda propiedad puede exponerse la Hacienda a perder la percepción del tributo en cuanto al valor de ella en el caso de que el reservista enajene el pleno dominio de los bienes y los reservatarios, en su día, no quisieran o no puedan hacer efectivo su derecho.

Porque al tercer adquirente de los bienes que inscriba su título en el Registro de la Propiedad, y tenga el carácter de tercero hipotecario, no le puede afectar aquella falta de pago del impuesto sobre la nuda propiedad.

Ni aun siquiera podría evitarse ese posible perjuicio a la Hacienda pretendiendo se hiciera constar por nota en el documento (artículo 57, núm. 5 Reglto.) el aplazamiento de la liquidación en

cuanto a la nuda propiedad para que por analogía con lo dispuesto por el número 1 del mismo artículo se hiciera constar en la inscripción en favor del reservista el citado aplazamiento con el fin de que pudiera surtir efecto en cuanto a tercero. Esto hoy no es ya posible hipotecariamente puesto que han sido desterradas las menciones del ámbito registral; pero aunque pudieran practicarse sería ir en contra de los principios fundamentales del sistema afectar los bienes al pago de un impuesto cuya cuantía se desconoce.

C) El impuesto sobre el caudal relicto sólo se devenga una sola vez, cuando en realidad existen dos transmisiones.

D) El mismo impuesto deja de percibirse cuando en la reserva ordinaria los bienes de que se trate entraron en el patrimonio del reservista por donación.

Por consideración al mismo contribuyente debiera también practicarse la aludida reforma. Es un absurdo y al mismo tiempo una injusticia fiscal evidente el que, al consumarse la reserva, se suponga, por ejemplo, que los hijos del primero o anterior matrimonio reciben los bienes no de su fallecido padre o madre, sino de un hermano o de aquel pariente de que nos habla el artículo 969 del Código civil y que por ello ha de aplicárseles los tipos de tributación de las herencias entre colaterales.

En la obra cumbre que existe sobre el Impuesto de Derechos reales, orgullo del Cuerpo de Registradores, al que pertenece su autor, nos hace observar éste (31) cómo el Derecho civil se deja «maltratar» a veces por las teorías fiscales. Pero es que aquí, en cuanto a reservas, no es sólo que los preceptos civiles reciban malos tratos, es que han muerto a manos de un sistema fiscal totalmente inadmisibles.

En efecto, es un hecho que nos ponen de manifiesto nuestras Oficinas liquidadoras, que las reservas van desapareciendo de la escena jurídica por temor al tributo de que se trata.

Los interesados silencian en las adjudicaciones por herencia el carácter de reservables de los bienes, aunque saben que ello les podría proporcionar, por el momento, un alivio fiscal al no tributar más que por el usufructo de aquéllos. Y si esto es así al nacer la reserva, ¿qué no harán al consumarse la misma para que pase

(31) BAS Y RIVAS: «Impuestos de Derechos reales y sobre transmisión de bienes». Tomo 1.º, pág. 353.

desapercibida y eludir las duras tarifas de las herencias entre colaterales? Puede afirmarse que hoy no se giran más liquidaciones por consumación de reserva que en aquellos casos en que éstas son descubiertas por el liquidador con el examen de los títulos de adquisición sucesivos de los bienes.

Así sucede frecuentemente cuando se presentan a liquidación conjuntamente varias herencias sucesivas en cuyo supuesto suelen hacer aplicación los Liquidadores del acuerdo del Tribunal Central de 9 de noviembre de 1926 en que se aclaró que no era necesario que se hubiera hecho constar el carácter de reservables de los bienes para que procediera a la aplicación del citado número 3.º del artículo 34 del Reglamento.

Criterio contrario al anterior mantuvo el Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de enero de 1924, en la que declaró que para que surja a la obligación de reserva no es bastante la mera adquisición del derecho hereditario según el artículo 657 del Código civil, sino que se requiere además la aceptación por el presunto reservista y con ella la posesión de los bienes según el artículo 440 del mismo Código y que no dándose estos requisitos no procedía la aplicación del repetido número 3.º del artículo 34.

Aunque en el supuesto de esa Sentencia se dió la circunstancia de que la madre (presunta reservista) había fallecido horas después que el hijo de quien heredó los bienes, y por tanto casi sin posibilidad material de aceptar o repudiar su herencia, creemos que el criterio fiscal que en ella se mantiene será reiterado por el mismo Tribunal siempre que tenga que resolver sobre supuestos en que falten las repetidas aceptación de herencia y la posesión de los bienes.

J. RUIZ ARTACHO
Registrador de la Propiedad

Interpretación de testamento

(Dictamen)

Un «diligente padre de familia», cuidadoso de sus intereses y amante de sus hijos, hizo lo que tantos otros padres españoles : repartir los bienes entre su prole, reservándose el usufructo para él y su esposa. Al hijo A, le correspondió un lote de acciones; al hijo B, una finca rústica... Pero quedaban : una casa, de más valor que cualquiera de los bienes antes expresados, y dos hijos. ¿Qué hacer? El inmueble en cuestión era mucho para uno y quizá poco para dos, sobre todo pensando en la renta que de él podía obtenerse. Sin embargo, se impuso la concordia y aquellos dos hijos, C y D, recibieron la nuda propiedad de la casa, por mitad y proindiviso ; y la recibieron con sincero contento, porque, si era verdad que económicamente quizá fueran perjudicados, la casa tenía una bella arquitectura y estaba situada en uno de los más deliciosos lugares de la población.

Un desgraciado acontecimiento ocurrido en el seno de la familia vino a romper el equilibrio logrado. El hijo B —soltero y cuarentón—, contrajo penosa y larga enfermedad que lo dejaba incapacitado para todo trabajo. El padre comprendió la necesidad de acudir en eficiente socorro económico de aquel desgraciado hijo, y, todo presuroso, se presentó en casa del Notario para hacer testamento y en él dejar al hijo inútil lo más que la ley permitiera.

Pocos eran los bienes que conservaba en propiedad el presunto testador ; pero, arañando, arañando, aún podían salir algunos. Ante

todo, el apenado padre tenía en marcha un negocio mercantil; además, y en fecha muy reciente, había terminado unas obras de reforma realizadas a su costa en la casa de C y D, obras consistentes en poner en condiciones de habitabilidad el piso alto del inmueble. No había que dudarlo: dejando a salvo la legítima corta de los tres hijos sanos, el negocio mercantil —o el importe de su venta— y el piso reformado, serían para el hijo enfermo.

Aquel deseo del testador fué traducido por el Notario al idioma jurídico, y esa traducción vino a cristalizar en un testamento cuyas cláusulas interesantes al objeto de este trabajo son del siguiente tenor literal:

«Tercera. Lega a su esposa doña F el tercio de libre disposición de su herencia en pleno dominio y sin perjuicio de su cuota legal usufructuaria. Es ferviente deseo del testador que a su referida esposa se adjudique el usufructo vitalicio de todos sus bienes, derechos y acciones en pago de los derechos de la misma en la herencia del testador.

Cuarta. Mejora a su hijo B en la parte correspondiente al testador en el usufructo vitalicio del piso construido por el testador y su esposa en la casa número X de la calle Z, cuya nuda propiedad, consolidable, será para los dueños de la finca, C y D.

Quinta. Para el caso de que su esposa doña F no sobreviva al testador, con cargo al tercio de libre disposición, ordena que los muebles, enseres y objetos de casa y negocio se vendan, y su importe sea para su referido hijo B.

Sexta. En el remanente de sus bienes, créditos, derechos y acciones, instituye y nombra por universales herederos a sus hijos A, B, C y D a parte iguales y con representación en sus descendientes.

Séptima. Nombra albaceas contadores partidores, con las más amplias facultades y la prórroga necesaria y solidariamente a D..., D. ... y D. ...

Novena. Dispensa a sus hijos de colacionar todas las donaciones que les haya hecho el testador, pues hace constar que a todos ellos les ha dado bienes en cantidades iguales, aunque algunas donaciones no consten en documento público. Si se encontrare alguna diferencia en favor de alguno o de algunos, se considerará como legado con cargo al tercio de mejora, incluyendo en ese concepto el

importe del piso de que se habla en la cláusula cuarta a favor de sus hijos C y D.

Décima. Ordena también el testador que, si algún heredero no se conformase con el deseo expuesto por el otorgante en el párrafo segundo de la cláusula tercera de este testamento, al que se opusiere a ello sólo se le adjudicará su parte en la legítima estricta, acreciendo su porción vacante a los demás.

A mi despacho acudieron en consulta sobre la eficacia de este testamento y, especialmente, sobre la viabilidad de lo dispuesto en la cláusula cuarta. Yo, contestando a las preguntas formuladas, emití el siguiente dictamen:

Del testamento del causante son de destacar las siguientes cláusulas de disposición de bienes: la tercera, la cuarta, la quinta, la sexta, la novena y la décima.

Una simple lectura de todas ellas descubre: la clara eficacia de la institución de herederos establecida en la sexta; la no eficacia de todo lo dispuesto en la quinta, y la necesidad de aclarar e interpretar el contenido de las cláusulas restantes.

De todo lo enunciado, sólo al último extremo ha de dedicarse especial atención. No hay que recalcar, en efecto, la indiscutible validez de la institución de herederos; y por lo que se refiere a la ineficacia de la cláusula testamentaria quinta, habiendo sobrevivido al causante su hoy viuda doña F, queda automáticamente sin efecto dicha disposición mortis causa por haberse establecido bajo la condición suspensiva de la premuerte de dicha viuda.

Procede ahora la interpretación de las restantes cláusulas citadas.

Cláusulas tercera y décima: Armonizadas ambas resulta claro que lo que quiere el testador es erigir a su esposa en usufructuaria universal de los bienes hereditarios. Pero por un prejuicio jurídico muy arraigado —el de que tal usufructo vidual universal es incompatible con el principio de intangibilidad de las legítimas de los descendientes, básico en el sistema sucesorio del Código civil— el Notario autorizante del testamento del *de cujus*, partiendo de la base de que tal legado de usufructo universal no era posible, ha utilizado el socorrido recurso del legado del tercio en pleno dominio, comple-

tado con el ruego de que la esposa del testador sea adjudicataria del usufructo vitalicio de todos los bienes hereditarios y con la sanción de reducir a la legítima estricta el haber de los hijos que no acaten tal ruego.

Las modernas corrientes doctrinales han superado esta postura científica; y hoy se abre paso, cada vez con más fuerza, la tesis de que son perfectamente compatibles el legado de usufructo universal a favor del viudo y el principio de intangibilidad de la legítima de los descendientes. El artículo 820, número 3.º del Código civil es el más fuerte apoyo legal de este criterio jurídico.

Pues bien; esto sentado, lo que en las cláusulas testamentarias tercera y décima se contiene es un verdadero legado de usufructo universal a favor de la esposa del testador. Y llegar a esta conclusión tiene mucha importancia toda vez que en la cláusula cuarta se dispone un legado de usufructo, referido a un bien singular, a favor de uno de los hijos. ¿Cómo, si el legado de usufructo de la cláusula tercera comprende todos los bienes herenciales, es posible imaginar como viable y eficaz otro legado, también de usufructo, proyectado sobre una cosa específica de la herencia y ordenado en beneficio de otro legatario? El usufructo del *todo* a favor de una persona impide el usufructo de *una parte* a favor de otra. So pena de que se admita, con magnanimidad interpretativa, que el legado de usufructo particular tiene carácter sucesivo en relación con el legado de usufructo universal; y que, por tanto, al morir la viuda —titular de este último— lejos de consolidarse el pleno dominio en favor de los nudo propietarios, pervive dicho usufructo en el hijo B, aunque referido ya, exclusivamente, al bien singular legado. Aun aceptada esta solución, la cláusula testamentaria cuarta ofrece muchos problemas interpretativos.

Cláusula cuarta. Se parte de la base de que el legado de usufructo particular aquí dispuesto en beneficio del hijo B, es viable en principio.

Hay que reconocer que esta cláusula cuarta es extraordinariamente confusa. En ella se lega al hijo B «el usufructo vitalicio de un piso construido por el testador y su esposa en la casa número X de la calle Z; cuya nuda propiedad, consolidable, será para los dueños de la finca, C y D».

La anterior redacción parece indicar claramente que, por el he-

cho de construir un piso en una casa que no es propiedad de quien construye aquél; se adquiere el dominio de lo construído. Sólo así se concibe que el causante —constructor del piso de la calle Z, número X— no ya legue el usufructo de dicho piso a su hijo B, sino que exprese que la nuda propiedad será para los dueños de la finca».

Todo esto es inadmisibile. En Derecho español, por aplicación rigurosa de los artículos 353, 358 y 361 del Código civil principalmente, rige el principio de accesión, a virtud del cual —aplicado al caso presente— el piso construído en una casa que es propiedad de C y D, pertenece a los que son propietarios del inmueble. Para que el piso fuera propiedad de los edificantes, habría sido preciso un convenio con los dueños, a virtud del cual, y con derogación de las normas de la accesión, se hubiera dado paso a un supuesto derecho de superficie. Como tal convenio no ha existido, el principio de accesión ha de jugar rígidamente, y nos encontraremos con que: el legado de usufructo a favor del hijo B es —o parece serlo a primera vista— un legado de cosa ajena al testador y propia de dos de los herederos; y el legado de nuda propiedad a favor de los hijos C y D es, desde luego, un legado de cosa ajena al testador y propio de los mismos legatarios. El artículo 866 del Código civil sanciona de ineficaz —«no producirá efecto»— este último legado. Pero es necesario puntualizar el efecto del legado de usufructo. Vamos a dar por supuesto que es un legado de cosa ajena. Juegan, entonces, los artículos 861, 862, 863 y 864 del Código civil.

El testador no jurista que construye un piso —o que reforma el que ya existía— cree que el piso es suyo; aunque forme parte de una casa cuya nuda propiedad es de dos de sus hijos. Legado de cosa ajena, sí; pero el testador al legarla, no sabía que lo era. El artículo 861 del Código civil, no es aplicable.

Mas tampoco debe saltarse de un modo rotundo a la hipótesis contraria —testador ignorante de que la cosa legada es ajena— y, de acuerdo con el artículo 862 del Código civil, sancionar el legado como nulo. Y es que estos dos preceptos —el artículo 861 y el 862— contemplan el problema del legado de cosa ajena desde el punto de vista exclusivo de la titularidad del testador. ¿La cosa legada no es propia del testador? Estamos frente a un legado de cosa ajena:

que será válido si el disponente sabía que la cosa legada no era suya (art. 861); que será nulo si lo ignoraba (art. 862).

Pero, no basta con esto; es preciso puntualizar. El hecho de que la cosa legada sea propia de alguno de los herederos, así como la circunstancia de que el testador tenga sólo un derecho en la cosa objeto del legado, imprime carácter especial a este genérico legado de cosa ajena. Y los artículos 863 y 864 del Código civil entran en juego.

El precepto del artículo 863 parece especialmente aplicable al caso ahora planteado. Estamos, al parecer, frente al legado hecho a uno de los herederos, de una cosa propia de otros dos causahabientes. El legado es válido; pero los herederos dueños, al aceptar la herencia, «deberán entregar la cosa legada o su justa estimación». Ciertamente el artículo habla de «legado hecho a un tercero» y aquí el legatario es un heredero; pero, sin gran violencia, cabría considerar tercero a este sucesor frente a los dos herederos dueños y gravados con el legado. De prosperar este criterio interpretativo, los herederos C. y D. vendrían obligados a pagar a su hermano y coheredero B., el usufructo del piso número X de la calle Z, o la justa estimación de dicho usufructo.

También parece adecuado al caso el artículo 864 del Código civil. En él se habla de «cuando el testador... tuviese sólo... un derecho en la cosa legada». Y dice el precepto que, en tal supuesto, «se entenderá limitado el legado a este... derecho». Si aquí —pudiéramos decir haciendo aplicación del artículo 864 a nuestro caso concreto— el testador sólo tiene el derecho de usufructo del piso, ha de entenderse limitado el legado a ese derecho de usufructo. Sin embargo, es precisamente al llegar a este punto cuando se descubre que el planteamiento y el desarrollo general del problema interpretativo, no marchan por el derrotero adecuado.

En efecto: venimos hablando de «legado de cosa ajena» a favor del heredero B., como si lo que se legase a éste fuera el piso —es decir, el dominio del piso— de la calle Z número X. Entonces sí que estaríamos ante un verdadero legado de cosa ajena, porque el piso, —y toda la casa— es propiedad de otros dos sucesores: C. y D., y no del testador. Pero, obsérvese bien: lo que el causante lega es el usufructo del piso; usufructo del que realmente es titular, precisamente por derecho de accesión. El testador era usu-

fructuario de la casa; construyó —o reformó— un piso en ella; su derecho de usufructo se extiende al piso reformado, por aplicación del artículo 479, y no del 471, del Código civil. Y es que el Código, puesto en el trance de fijar los derechos del usufructuario, los acota claramente: le corresponde, por un lado, la facultad de *hacer suyos los frutos* naturales, industriales y civiles (art. 471), y por otro, la de *disfrutar del aumento que reciba por accesión* la cosa usufructuada, de las servidumbres que tenga a su favor y, en general, de todos los beneficios inherentes a la misma (art. 479). Se contraponen así claramente la *facultad de apropiación*, que se refiere a los *frutos*, y la *facultad de disfrute* de otras cosas que *no son frutos*. Respecto de los frutos, el usufructuario los hace suyos; respecto de los aumentos y beneficios, el usufructuario no los hace suyos, sino que adquiere sólo su disfrute; extiende su derecho de usufructo pero no lo desenvuelve hacia el dominio.

No cabe duda, esto sentado, de que el usufructo correspondiente al testador sobre la casa calle Z, número X, se extendió a las mejoras hechas a expensas de dicho testador en el piso del referido inmueble. Es decir: que, como las indicadas mejoras no son frutos, sino que constituyen aumentos que recibe la cosa usufructuada, implicando un caso de accesión industrial en bienes inmuebles, es de aplicar el artículo 479 y no el 471 del Código civil. Elcausante no es, por tanto, propietario de esas mejoras —como lo sería si las mismas fueran frutos—, sino que sobre ellas sólo tiene la facultad de disfrutarlas, lo que es igual, el derecho de usufructo. Y cuando, en su testamento, deja a su hijo B. este usufructo, no hace otra cosa sino legar un derecho del cual es titular. La etiqueta de «legado de cosa ajena» es, por todo lo expuesto, totalmente inadecuada; y extemporánea deberá ser también la pretendida aplicación de los artículos 861, 862, 863 y 864 del Código civil. No quiere esto decir, que el legado que se examina sea perfectamente válido. Al contrario; no lo es; pero no porque se trate de un legado de cosa ajena de los ineficaces; sino porque, legándose un derecho del que el testador es titular, ese derecho no es transmisible mortis causa. De un usufructo no se puede disponer para después de la muerte, precisamente porque es la muerte de su titular la que pone fin a ese derecho (art. 513, núm. 1.º del Código civil); el cual, automáticamente, queda incorporado —conso-

lidación—al árbol dominical de que fué desgajado. El causante legó el usufructo de un piso, sin ser propietario del piso que legaba. No es que creara, siendo dueño—y ello hubiera sido, perfectamente viable—un usufructo testamentario; es que legó puramente—pretendió transmitir mortis causa—el derecho que él tenía; pero un derecho que no es transmisible por causa de muerte. El legado no puede tener eficacia.

Esta es la interpretación que se estimaría correcta aunque nos encontráramos situados ante un usufructo—el del testador—individual. Pero es que el usufructo de que se trata es, de carácter conjunto (art. 521 del Código civil) establecido a favor del causante y de su hoy viuda y no extingüible hasta morir el último de los usufructuarios, según se hace constar en la escritura de adquisición de la casa calle Z, número X.

Siendo esto así, toma más acusado relieve aún la indisponibilidad del usufructo correspondiente al causante. Muerto éste, su viuda es la única usufructuaria de la repetida casa, porque así quedó establecido en el título de adquisición. Por esto, y porque se trata de un usufructo, el derecho del testador sobre el piso, tantas veces mencionado, es indisponible mortis causa. El legado que le comprendé ha de reputarse totalmente ineficaz.

Con la interpretación que acaba de darse al testamento sometido a nuestro estudio, no hay duda de que se deja sin cumplir uno de los deseos manifestados por el testador en su última voluntad. Pero esto es inevitable toda vez que se trata de un deseo—el de transmitir por causa de muerte un usufructo—abiertamente contrario a ley.

Se dirá también que con tal interpretación se favorecen los intereses de los herederos C. y D., pero ello no debe considerarse en pugna con la voluntad del causante; toda vez que en la cláusula novena de su testamento se dice lo que ya quedó transcrito al principio de este trabajo.

Y, por último: si la Resolución de 4 de diciembre de 1905 al sancionar la doctrina de que los problemas de interpretación entran en la esfera de actividad propia de los comisarios, habla de que tal interpretación deberá llevarse a cabo «...en la forma más legal y procedente...», no cabe duda de que esto es precisamente lo que se hace si se llega a la conclusión expuesta. Piénsese dónde

llevaría, hipotecariamente, reputar válido el legado de usufructo ordenado a favor de B. Habría que inscribirlo en el Registro previo desglose del piso como finca independiente; esto sólo es posible cuando el piso pertenece a diferente propietario (art. 8.º de la Ley Hipotecaria) y aquí, los dueños del piso son justamente los propietarios del resto del inmueble.

Con la interpretación dada no sólo se encaja el testamento en la pura ortodoxia jurídica, sino que se sortean —de acuerdo con la ley— estos problemas realmente insolubles y se acata la voluntad del testador en tanto en cuanto ésta no se opone a la norma jurídica.

Y —salvo siempre el mejor parecer de los cultos lectores de esta Revista— tal es la opinión del que suscribe.

LUIS BOLAÍN ROZALEM

Notario

En torno al problema de la abdicación del dominio y sus efectos en el Registro de la Propiedad

Mediado mayo, hemos tenido la singular fortuna de asistir, paladeándola, en el severo claustro del Colegio Notarial de Valencia, suntuoso y acogedor, a una conferencia. Pronunciábala, con fluida y clara prosa, un Registrador de la Propiedad: Rafael Chinchilla. Previamente había pronunciado unas palabras elocuentes de presentación y biografía, otro Registrador: Ramón Feced, que a esta cualidad —y en ambas elogiosamente conocido y estimado— une la de Notario.

Digamos de pasada que estas conferencias, de carácter tan limitado y técnico, suelen atraer una atención más cortés que profunda; pero Chinchilla supo vencer este signo adverso y sujetar a sus consideraciones, sin desperdicio, los oídos y la mente de los numerosos asistentes. Y más aún: suscitar los más apasionados comentarios de los profesionales.

Porque Chinchilla abordó con profunda técnica jurídica, con habilidad dialéctica y con una maravillosa exégesis de sus antecedentes históricos y legales un tema viejo y descuidado, pero siempre lleno de oportunidad y trascendencia: el de los problemas que suscita en nuestro Derecho la llamada renuncia abdicativa. Nosotros también hemos tomado parte en la posterior polémica —tal vez con ligereza y osadía— y tememos que también sea temeridad insistir con estas líneas; pero estamos casi obligados a llenarlas ante algún distinguido compañero que espera su turno con sobrada brillantez.

El problema está planteado en la siguiente interrogante: ¿Puede ser renunciado el dominio y, en su caso, la inscripción que motivó en los libros del Registro? Vayá por delante —con la más humilde súplica de perdón— nuestra opinión afirmativa, aunque con los distinguos que más adelante expresaremos. Para ello invoquemos el padrinoazgo —como sombra de buen árbol— de una ley, de algunos artículos del C. c. y de la Hipotecaria, de algunos pareceres de juriscónsultos irreprochables, y, finalmente, del propio Chinchilla en su exacta conclusión: la de que hoy no existen bienes *nullius*, al menos en la acepción romana, referentes a inmuebles. La ley es del año 1835 y se la llama «Ley de Mostrencos». Tiene una vetusta y polvorienta existencia, pero por su trama circula la sangre moza de este año de 1951.

¿Qué es el dominio? Para nuestro objeto, y en cuanto «dicho», sentemos que es a la vez una relación económica y una relación jurídica. La mayor parte de los Códigos contraen y definen la propiedad (permítasenos momentáneamente unificar conceptos) como un derecho. Como decían los juriscónsultos romanos: «Derecho constituido en una cosa corporal, del que nace la facultad de disponer libremente de ella percibir sus frutos o vindicarla, a no ser que se oponga la ley, la convención o la voluntad del testador», ó como dicen nuestras Partidas: «Señorío o poder que el hombre tiene en su cosa para hacer de ella o en ella lo que quisiere, según Dios y según fuero.» Lo mismo para el Código de Napoleón que para los que de él traen su reflejo, la fórmula del derecho de la propiedad es la fórmula del Derecho civil cristalizado y firme en medio de las variantes de todos los tiempos; una enérgica supervivencia del concepto romano. El propio artículo 348 del nuestro le da un carácter de derecho: el de gozar y disponer, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes; y considerándolo —como dice Manresa— desde el punto de vista general de la filosofía del Derecho, es uno fundamental de la personalidad, que sólo encuentra su límite en el interés de la personalidad misma.

Cuando terminamos estas líneas, las blancas cuartillas parecen sombrear —para nuestra congoja— la silueta imprecisa de «lo social». Si bien sabemos que en muchas leyes sociales no está admitida la renuncia de los derechos que conceden; pero ello es *en beneficio mismo* del sujeto de derechos. También que la propiedad

dominio está vivamente contaminada del virus de lo social, con frecuente y lamentable olvido del signo económico; mas no por ello deja de seguir concibiéndose como un conjunto de facultades del titular.

Por mucho predicamento que quiera darse a «lo social», todavía en la mente de los juristas modernos no ha entrado —que sepamos— la diabólica idea de que la propiedad sea un concepto penal, una condena a galeras, y que el sujeto que ha nacido o devenido titular de ella tenga que arrastrar, forzado, el estigma de ser propietario como aquellos munícipes obligatorios de Roma. Porque tén-gase en cuenta que todas las limitaciones que las leyes imponen, con carácter social, administrativo o económico, no es al sujeto, sino al objeto en ejercicio, y cuando éste se despersonaliza nominativamente continuarán las limitaciones y los impedimentos sobre la propiedad misma o sobre el nuevo sujeto de ella, pero no a cargo del que la dimitió.

Fuera de determinados y muy cortos supuestos, si el *dominus* puede usar hasta consumir —hasta destruir, según autores—, es indudable que también puede despojarse de su calidad de propietario mediante una dimisión «presunta» (abandono), o activa (renuncia).

Examinemos estos supuestos.

Sánchez Román admite la pérdida del dominio expresa y tácitamente, y aunque sólo con aplicación a la posesión, los artículos 460 y siguientes pueden ser verdaderos modos de perder el dominio el abandono de la finca, como en el caso de no cultivar, arruinar, o en el artículo 126 de la Ley Hipotecaria y 223 de su Reglamento, sobre los que luego insistiremos; porque el abandono —para Bem-melen— es un acto, no un hecho jurídico. La misma prescripción consentida es una renuncia tácita, admitiéndose por Manresa, taxativamente, el derecho de abandonar la cosa.

Los efectos del abandono o renuncia tácita son jurídicamente débiles. El abandonista no queda desligado de sus obligaciones como propietario frente al Estado y los terceros, frente a los intereses públicos o privados, y puede ser constreñido a su cumplimiento integral; e igualmente podrá reanudar en cualquier momento el ejercicio de sus prerrogativas frente a todos, salvo los efectos de la prescripción contraria. La renuncia activa, por el contrario, ha de

ser explícita, formal y unilateral e irrevocable. En un sentido general; renunciar a la propiedad de una manera abstracta no sería admisible; porque la propiedad es una facultad concedida al hombre como componente de una sociedad organizada para el cumplimiento de superiores fines irrenunciables y trascendentales, más allá de los límites de su autonomía y que por ello devienen forzosos; pero es perfectamente factible el hecho de renunciar válidamente a un bien determinado, a una finca, porque ni el Estado ni aquellos aludidos fines «imponen» al individuo una propiedad: no hacen más que garantizar su ejercicio en la convivencia para que no sea de ella despojado o para que ejerza el dominio sin mengua del derecho ajeno, de la moral o de los intereses públicos. Lo contrario sería convertir al propietario en un miserable siervo de la gleba y a la propiedad en un dogal.

Nuestras Partidas (Ley 1.^a, tít. XXVIII, Part. 111), aunque emplean la palabra «desamparo», parecen referirse a la renuncia cuando dicen: «Desamparando algún hombre alguna cosa que fuese raíz, porque no se pagase de ella, luego que de ella saliese corporalmente con intención que no quisiera que fuere suya desde adelante, quien quiera que primeramente la entrase, ganaría señorío de ella», teoría de la ocupación de los *nullius*, que Asso y De Manuel interpretan como la aprehensión que se hace de las cosas corporales que no son de otro, con ánimo de retenerlas para sí, siendo cosas de «ninguno» aquellas que por su naturaleza no están en el señorío de alguno o fueron desamparadas por el dueño con ánimo de un desprendimiento definitivo. El mismo Manresa exige para la ocupación el que no pertenezca a nadie... o se presuma su abandono.

Y si puede «abandonarse», ¿qué impedimento existe para que este abandono sea taxativo y formal, constituyendo una verdadera renuncia o dimisión, con todas sus consecuencias? La renuncia se refiere a una facultad jurídica cuyo ejercicio se rechaza. El desampoderamiento de un derecho ya poseído implica abandono o enajenación, pero no renuncia; en ésta —dice Alcubilla—, se prescinde de que la facultad renunciada se transmita a otra persona: basta con que no la lesione. Qué es, en definitiva, la misma teoría del artículo 4.º del Código civil.

La renuncia, al contrario del abandono, exige una manifestación activa, una «expresión» formal por acto unilateral indubitado

e irrevocable. Con razón dice Bemmelen, que, siguiendo el ejemplo del Derecho romano, los tratadistas, y los códigos se han ocupado mucho de los modos de adquirir la propiedad, pero muy poco de los modos de perderla.

Actualmente, en nuestro Derecho, como acertadamente concluía Chinchilla, no pueden darse inmuebles *nullius*, puesto que los abandonados pasivamente y no afectados por una prescripción, pertenecen al Estado por la Ley de Mostrencos. En su virtud —artículo 6.º— «los bienes que por no poseerlos en adelante, persona o Corporación alguna, carecieran de dueño conocido, se ocuparán desde luego a nombre del Estado, pidiendo la posesión real corporal ante el Juez competente, que la mandará dar en la forma ordinaria»; añadiendo el artículo 15: «La misma Dirección responderá de los gravámenes y obligaciones de justicia afectas a las fincas que adquiere por la presente ley.»

Operemos sobre este caso. Traigamos a nuestra mesa —con un tanto de hipérbole— una finca abandonada, sin dueño conocido. El Estado, al conjuro de la Ley de Mostrencos y por medio de los órganos adecuados de su administración, la hará suya y pedirá al Juez competente la posesión material, incluyéndola después en los catálogos de sus propiedades y derechos. Supongamos, por un momento al menos, y pidiendo perdón a los que, además de herejes, pueden tacharnos de contumaces, que un propietario excéntrico, comparece ante un Notario con la pretensión —ciertamente desusada— de otorgar una escritura renunciando al dominio y posesión del predio X, desprendiéndose de todas sus facultades de manera perpetua e irrevocable, y, naturalmente, sin atribuir todo el contenido dominical a otro titular. Convengo en que el funcionario quedaría perplejo; se sentaría en su habitual sillón de trabajo, miraría en su torno en busca de la paloma del Espíritu Santo, y, al fin, blandamente posada la vislumbraería picoteando en el artículo 4.º del Código civil... Y como allí vería que los derechos que las leyes conceden —sin excluirse el dominio— son renunciables cuando tal acto no va contra el interés público, el orden social o perjuicio de tercero..., requeriría el papel de matrices, redactaría la renuncia y con todas las formalidades rituales estamparía su firma, signo y rúbrica, mandando extender la copia correspondiente a petición de la parte para que surtiera sus efectos.

Pero, ¿cuáles serían éstos?

No puede pensarse lógicamente que el que más o menos caprichosamente o arbitrariamente —con plena capacidad jurídica— renuncia a un inmueble concreto daña al interés u orden público, pues al Estado le es indiferente que la titularidad la ostente A o B, o que éste se desprenda voluntaria y libremente de un bien; ni siquiera fiscalmente, puesto que tiene su garantía real en la misma finca, e *in extremis* puede perseguir al deudor sobre los demás bienes que tenga, pero sin que todo ello opte a la validez de la renuncia.

¿Y cuando existan terceros interesados? Aplicaremos las mismas consecuencias: podrán hacer efectivos sus derechos sobre la misma finca si están asistidos de las correspondientes acciones, incluso la de fraude, y, finalmente, repetir contra el renunciante por acción personal. ¡Pero tampoco la validez de la renuncia quedará comprometida!

Compliquemos un poco más el supuesto que estamos disecando e imaginemos que la finca renunciada se encuentra inscrita en el Registro de la Propiedad. ¿Querrá —y podrá— nuestro extraño personaje inscribir también la renuncia contenida en la escritura que le acaban de entregar y que muy ufano muestra a los amigos como panacea para zafarse de muchas molestas preocupaciones que la vida moderna ha traído consigo?

Aquí las palabras de un clásico maestro nos colman de santo y perplejo temor. Dice Savigny que cuando las leyes son absolutas, es decir, dictadas en interés general de todos los hombres para regular sus derechos o para garantizar los esenciales del Estado en el aspecto moral, político o económico, se convierten en irrenunciables. Pues bien, ¿es la Ley Hipotecaria una ley «absoluta» en el sentido expresado por Savigny? ¿Podrá reflejarse en los libros del Registro la abdicación de un propietario? ¿No hay ya renunciaciones que extinguen el derecho como el usufructo, las servidumbres o el condominio?

El pronóstico «reservado» con que los médicos expresan con frecuencia su prudencia, se nos ha convertido en un pronóstico «grave», porque el problema roza una pregunta de consecuencias trascendentales: la de si ingresada una propiedad en nuestro régimen inmobiliario —voluntariamente— puede también salirse de él con la misma voluntariedad y eficacia. Y si antes invocábamos a Sa-

vigny, invoquemos ahora a Jerónimo González, que siempre saca de apuros a los escritorzueltos atribulados. Nos dirá que «todo asiento que contenga un derecho fenecido o caducado, conforme a algún precepto legal, debe cancelarse para que el Registro esté en correspondencia exacta y constante con la realidad jurídica externa». Y remachando más el clavo añadirá: «Cuando el acto inscribible sea por esencia unilateral, la inscripción de la renuncia responderá a la realidad jurídica, la cancelación hipotecaria marchará paralela con la extinción del derecho.»

Ello nos da pie —y muletas— para afirmar que la escritura orgullo y tranquilidad de nuestro buen amigo el renunciante podrá reflejarse en el Registro en un asiento cancelatorio, pero sólo en el supuesto de la simultaneidad de la renuncia al dominio y de la petición de cancelación. Si pretendiera ésta sin aquélla, es decir, si quiere salirse sólo del órgano inmobiliario y continuar a la vez siendo *dominus*, estará bien denegada la pretensión, porque entonces sí que entran en juego aquellos obstáculos a que se refiere el artículo 4.º del Código civil, porque la presunción de fraude es bien patente, y porque la Ley Hipotecaria recobra aquel fuero de ley marcial a que alguna vez aludimos.

Se nos argüirá que, en todo caso, el primer supuesto sólo será posible para el caso de que la finca renunciada esté virgen de gravámenes, condiciones, sustituciones, etc.; pero el argumento encierra falacia si se conviene que la finca solventa sus propias responsabilidades hasta donde alcance su valor, y en el resto acción personal contra el renunciante que no se exime en tal concepto de sus deberes anteriores al acto de renuncia, hasta el límite de su solvencia, y salva siempre la acción para impugnar la renuncia misma.

El Código B. G. B. (citado por Jerónimo González), exige para que se entienda renunciada la propiedad de una finca inscrita, que el propietario declare la intención de abandonar ante el Registrador, y que se inscriba el abandono. Por nuestra parte, el número 6.º del artículo 2 y el párrafo segundo del artículo 79 de la Ley, nos animan para sostener la misma teoría, sin que de ellos hagamos mayor exégesis de la que puede encontrarse en cualquier comentarista; basta que aludamos al Centro directivo en la Resolución de 28 de abril de 1927, según la que «... afirman algunos autores que si el

acreedor renuncia en documento auténtico a un crédito hipotecario y la ley no permitiera la extinción del derecho personal por faltar las formalidades de la condonación, subsistiría únicamente la obligación, pero el derecho real podría ser cancelado en los libros del Registro... que en el derecho moderno la renuncia abdicativa aparece como una manifestación de la voluntad unilateral en su forma e independiente en sus efectos de la causalidad.

¿Se quiere más? Pues veamos el párrafo segundo del artículo 126 de la Ley y 223 de su Reglamento. Claramente proveen a un supuesto de abandono, de desamparo, de renuncia de un tercer poseedor (dominus con mayor tecnicismo), siendo una pura ficción jurídica el suponer —en este caso— los bienes en poder del deudor, a los *solos efectos* de que pueda dirigirse el procedimiento contra los bienes trabados.

¿Qué hará, pues, el Registrador —aparte los cordiales saludos al portador— ante la famosa escriturita? Por lo pronto hacerse las mismas interrogantes que J. González: «¿Cuál será la posición de quien en realidad haya abandonado la finca con ánimo de perder el dominio y no inscribiera la renuncia? ¿Qué condiciones habría de tener la declaración de abandono? ¿Será unilateral o bilateral, abstracta o causal, revocable o definitiva? ¿Continuarán las servidumbres que el predio abandonado tenga sobre otros, como sirvientes, a pesar de su carácter mostrenco? ¿Y cómo se garantizarán los derechos de los terceros? ¿Se transformarán en derechos a la cosa, en acciones para exigir daños y perjuicios? Si la ley admite que la finca pase a ser *nullius* antes de que se inscriba la renuncia, la inscripción será declarativa y el Registro estará equivocado mientras no se realice.»

Pues bien, amigos: admitidme, sólo a los efectos polémicos, que la renuncia es válida y que, con razón o sin ella, se ha reflejado en el Registro, provocando una extinción de la titularidad... ¿Revivirán las inscripciones de los titulares anteriores por orden inverso al de sus fechas? ¿No parece que la resurrección de los muertos sólo puede ser obra de milagrería e imposible en este caso, aunque la finca se llamase Lázaro?

Entonces sí que se daría la situación contradictoria con la realidad jurídica, el absurdo... y hasta el ridículo legislativo.

Chinchilla, entre otros méritos indiscutidos, tuvo el de dar soluciones concretas a su tesis conferencial, cosa rara y loable entre los conferenciantes, que suelen descansar en la responsabilidad de sus bibliografiados; con lo que el oyente se ahoga en la confusión desorientadora. También nosotros vamos a sentar que tal escritura de renuncia sería válidamente inscribible; que se procedería a comunicarlo a la Administración de Propiedades para que instara lo dispuesto en la Ley de Mostrencos, y cumplidos que fueran sus trámites, pudiera inscribirse como bien del Estado con todas sus ulteriores consecuencias.

Ello, con el mayor respeto, y salvo mejor opinión.

Con mis excusas,

RAFAEL GÓMEZ PAVÓN

Registrador de la Propiedad.

ESTUDIOS DE DERECHO HIPOTECARIO Y DERECHO CIVIL

POR

D. JERONÍMO GONZALEZ Y MARTINEZ

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

Precio de la obra: 175 pesetas

Publicados los tres tomos.

Envíos contra reembolso, con aumento de dos pesetas.

Los pedidos a la Administración de

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

ALCALÁ, 16, 5.º, n.º 11 - MADRID

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

¿ PUEDE UNA ORGANIZACIÓN SOCIAL RECONOCIDA POR LA LEY TRANSFORMARSE Y MODIFICAR SU ESTRUCTURA O FUNCIÓN, CON EL FIN DE ADOPTAR LA FORMA MÁS ADECUADA A LAS ACTIVIDADES QUE DESARROLLA, SIN ALTERAR SU IDENTIDAD NI INTERRUMPIR LAS RELACIONES JURÍDICAS CREADAS?

EL EXAMEN POR LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD DE DOCUMENTOS INSCRITOS EN EL REGISTRO MERCANTIL, NO PUEDE IMPLICAR UNA REVISIÓN DE LA ANTERIOR CALIFICACIÓN NI AUTORIZA PARA QUE SE SUSCITEN EN CUALQUIER MOMENTO DE LA VIDA SOCIAL CUESTIONES RELATIVAS A LA VALIDEZ Y LEGALIDAD DE LAS COMPAÑÍAS.

Resolución de 21 de febrero de 1951. (B. O. de 20 de abril).

Por escritura otorgada ante el Notario de Madrid, don Anastasio Herrero Muro, el 29 de julio de 1922 se constituyó el Banco de Ahorro y Construcción, Sociedad Cooperativa de Crédito, y sus Estatutos, inscritos en el Registro de Asociaciones del Gobierno Civil de Madrid, fueron modificados por acuerdo de la Junta general de Asociados en su Asamblea de 31 de mayo de 1924 e inscritos nuevamente en el expresado Registro el 24 de junio del mismo año.

La Sociedad Cooperativa referida adquirió, por escritura otorgada ante el Notario de Huelva don Eduardo Fedriani Fernández, el 20 de junio de 1928, un terreno en el sitio de Morana, término municipal de Huelva, sobre el que edificó una casa que fué objeto de declaración de obra nueva, en escritura otorgada ante el Notario de Madrid, don Anastasio Herrero Muro el 10 de octubre de 1928, inscrita en el Registro de la Propiedad. Por otra escritura otorgada

ante el Notario de Madrid últimamente referido, el 1.º de febrero de 1932, en cumplimiento del acuerdo de la Junta general extraordinaria celebrada el 21 de enero anterior, con asistencia de 759 cédulas de Cooperador de las 801 emitidas en dicha fecha, se transformó la Sociedad Cooperativa de Crédito en Sociedad Anónima Mercantil, se suprimió del nombre social la palabra Ahorro para girar en lo sucesivo bajo la denominación de Banco de Construcción, S. A., y se determinó como fecha en que dieron comienzo sus operaciones el día 29 de julio de 1922; el Banco de Construcción, Sociedad Anónima, habría de regirse por los Estatutos aprobados por la Junta general extraordinaria; el Consejo de Administración determinaría el tiempo, cuantía y condiciones en que serían puestas en circulación las ocho mil acciones integrantes del capital social, fijado en ocho millones de pesetas; todas las cédulas de Cooperador, emitidas por la Sociedad Cooperativa, serían canjeadas a la par por acciones al portador del Banco de Construcción, S. A., conservándose las restantes acciones en cartera; y según la Disposición transitoria de los Estatutos: «Los contratos de ahorro y participación suscritos por el Banco de Ahorro y Construcción continuarán hasta su término con las mismas características que mantienen actualmente, pudiendo instar su liquidación con arreglo a lo dispuesto en los Estatutos por los que han venido rigiéndose, y en lugar de las antiguas cédulas de Cooperador tendrán derecho en su equivalencia a una acción de las actuales, si han cumplido puntualmente todas sus obligaciones durante los años del contrato en vigor, que en tanto subsistan los contratos de Ahorro y Participación y hasta su completa desaparición del Pasivo Social, conservará el Banco en su Activo valores inmuebles o del Estado, libres de todo gravamen, en cuantía suficiente a cubrir los saldos acreedores de dichas cuentas». Dicha escritura de transformación de Sociedad fué inscrita en el Registro Mercantil de Madrid el 10 de mayo de 1932, tomo 231 de Sociedades, folio 2, hoja número 6.492, inscripción primera;

El Banco de Construcción, S. A., vendió a don Manuel Capilla Delgado la casa radicante en el sitio de Morana, término municipal de Huelva, por escritura otorgada ante el Notario de Sevilla, don Francisco Monedero Ruiz, el 29 de mayo de 1943, cuya primera copia, en unión de la escritura de transformación de Sociedad

antes reseñada; se presentó en el Registro de la Propiedad de Huelva, y causó la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento, que se presentó acompañado de la escritura de transformación que en él se relaciona, autorizada por el Notario de Madrid, don Anastasio Herrero Muro, por los motivos siguientes: Primero. Porque la finca que por él se transmite se halla inscrita a favor de la Sociedad Cooperativa de Crédito titulada Banco de Ahorro y Construcción, persona distinta de la Entidad vendedora Banco de Construcción, S. A., en la cual no pudo aquélla haber sido transformada, porque las Asociaciones de interés público no pueden transformarse en Sociedades Mercantiles de interés particular, máxime cuando, como en el presente caso, se trata de Asociaciones Cooperativas, las cuales, por su naturaleza e imposición de las leyes que las regularon y regulan, repugnan todo propósito de lucro, y mucho menos aún si conforme a la moderna doctrina italiana, recogida por la Dirección General de los Registros en repetidas Resoluciones; la transformación de sociedades no supone el cambio de personalidad jurídica, sino la continuación de la Entidad preexistente en una forma nueva. Segundo. Porque aun en el caso de admitirse la transformación de una Entidad en otra no se hizo constar en la aludida escritura de transformación el resultado del balance de la primera Entidad, como dispone el artículo 140 del Reglamento del Registro Mercantil, y de tanta transcendencia para el presente caso. Tercero. Porque en el caso de que la Cooperativa de Crédito, Banco de Ahorro y Construcción, poseyese bienes inmuebles en el momento de transformarse, tales bienes no sólo habrían de figurar en su activo, sino que deberían determinarse y estimarse como parte del capital social de la nueva Entidad por imperativo del artículo 151 del Código de Comercio, y lejos de esto, en la repetida escritura de transformación se dice que la nueva Entidad tendrá un capital social de ocho millones de pesetas en dinero físico, representado por acciones al portador, con lo cual se excluye toda posibilidad de que la Cooperativa transformada tuviese en aquel momento bienes inmuebles, y por tanto, el que es objeto del presente título. No se solicitó ni procede tomar anotación preventiva.»

Interpuesto recurso por el Banco de Construcción, S. A., la Di-

rección confirma el Auto presidencial revocatorio de la nota del Registrador, mediante la doctrina siguiente:

Que la personalidad otorgada a las organizaciones sociales reconocidas por la Ley, previo el cumplimiento de determinados requisitos, y el principio de libertad de asociación establecido en los artículos 117 del Código de Comercio, primero de la Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887 y 16 de la Ley de 17 de julio de 1945, que aprobó el Fuero de los Españoles, no permiten que pueda negarse a tales entidades la facultad de modificar su estructura o función, con el fin de adoptar las formas más adecuadas a las actividades que desarrollan, sin alterar su identidad ni interrumpir las relaciones jurídicas creadas, ya que la personalidad puede estimarse que continúa subsistente, a pesar de las variaciones efectuadas;

Que conviene distinguir las meras modificaciones estatutarias de la transformación de las entidades jurídicas, que con variaciones o modificaciones esenciales, internas o externas, a la vez que facilita la continuación de un sujeto de derecho, evita las consecuencias derivadas de una forzosa e inútil disolución de la organización social, seguida de la inmediata constitución de otra, sucesora universal de la primera, puesto que en tales transformaciones no sólo se simplifica trámites, sino que la variación del régimen legal o el cambio de forma u objeto se consigue mediante una fórmula jurídica más breve, menos compleja y más ajustada a la manifestación de voluntad de los asociados, que indudablemente se halla comprendida en los artículos 25 y 119, párrafo segundo, del Código de Comercio; 111, 112, párrafo octavo; 138, párrafos segundo y último, y 140 del Reglamento del Registro Mercantil, y especialmente en la disposición transitoria sexta de la Ley de 2 de enero de 1942, dictada para la transformación obligatoria de las Cooperativas en Sociedades de carácter civil o mercantil, sin exigir su disolución;

Que si bien las Asociaciones o Sociedades Cooperativas atendían a necesidades comunes y en ciertos casos podían ejercitar algunos actos de comercio y perseguir fines especulativos, los artículos 1.º y 6 del Decreto-ley de 4 de julio de 1931 y el Reglamento de 2 de octubre siguiente dispusieron que se debía tender a eliminar el lucro y forzar indirectamente a las existentes a llevar a cabo su transformación, por lo cual el «Banco de Ahorro y Construcción»,

Sociedad Cooperativa de Crédito, dentro del plazo reglamentariamente señalado, tuvo que acomodarse a las disposiciones estatales y se transformó en Compañía Anónima, con la denominación de «Banco de Construcción», mutación a que después fueron obligadas explícitamente las Cooperativas subsistentes por la mencionada disposición transitoria sexta de la Ley de 2 de enero de 1942, al ordenar que las Sociedades que «viniesen ostentando indebidamente la denominación de Cooperativas deberán constituirse en el plazo de un año, de acuerdo con su carácter civil o mercantil, adoptando el nombre o razón social que legalmente les corresponda, estando exentas del pago de los impuestos que se originen a consecuencia de esta transformación»;

Respecto a los defectos segundo y tercero de la nota, íntimamente relacionados, que cuando una Asociación Cooperativa o una Sociedad civil revista la forma de Sociedad mercantil, con arreglo a los artículos 25 y 119 del Código de Comercio, es indispensable que en la escritura correspondiente se hagan constar las circunstancias que, según los casos, han de contener las primeras inscripciones y que determinan los artículos 125, 145 ó 151 del citado Código, adaptados a las especiales modalidades de la transformación, pues aunque en realidad, no se produzca un desplazamiento patrimonial del «universum ius», cuando el haber de la entidad transformada continúe en poder del mismo sujeto de derecho, los mencionados preceptos legales y los concordantes reglamentarios debieron ser tenidos en cuenta por el Registrador mercantil al inscribir el título;

Que, inscrita en el Registro Mercantil de Madrid, el 10 de mayo de 1932, la citada escritura de transformación de la Sociedad Cooperativa en Compañía Anónima, esta inscripción de carácter constitutivo, excepcional en nuestro derecho, es un asiento que debe producir todos sus efectos mientras no se declare su nulidad o no sea rectificado, y que se halla bajo la salvaguardia de los Tribunales, conforme a lo ordenado en el artículo 18 del Reglamento del Registro Mercantil, y, además, el criterio sustentado por el Registrador de la Propiedad de Huelva al desconocer la eficacia de dicha escritura de transformación, está en contradicción no sólo con la inscripción de este documento en el Registro Mercantil, que ha servido a la Empresa, durante cerca de veinte años, para desenvolver su activi-

dad en el tráfico, sino también con el de diecinueve Registradores de la Propiedad, que, según consta en tal documento, lo inscribieron o relacionaron;

Que el examen por los Registradores de la Propiedad de documentos inscritos en el Registro Mercantil, interesante aspecto de las relaciones entre ambas oficinas públicas, que se desenvuelven en distintos planos y con diversas finalidades, no puede implicar una revisión de la anterior calificación ni autoriza para que se susciten en cualquier momento de la vida social cuestiones relativas a la validez y legalidad de las Compañías, si bien autoriza a declarar que los Registradores de la Propiedad están facultados para apreciar la existencia de las Sociedades, la capacidad de las personas que las representen y la extensión de sus atribuciones al decidir sobre la válida realización de actos dispositivos sobre bienes inmuebles o Derechos reales, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 18 y 20 de la Ley Hipotecaria.

* * *

Como no es el afán de lucro el que impulsa el movimiento cooperativo —decía la Exposición de motivos del Código de Comercio—, no pueden tampoco reputarse como mercantiles estas Sociedades, mientras no resulte claramente de sus estatutos o del ejercicio habitual de algunos actos de comercio que merecen aquella denominación.

Desterradas del Código de Comercio las Sociedades cooperativas —escribe Garrigues— vivieron al amparo de la Ley de Asociaciones (30 de junio de 1887) y disposiciones del Poder ejecutivo (v. gr. R. O. de 18 noviembre 1903), hasta la Ley de 9 de septiembre de 1931, (Regl. de 2 de octubre siguiente), sobre esta clase de Sociedades. Hasta ella, la aplicación del Código de Comercio no estaba vedada en absoluto: el artículo 124 consideraba mercantiles las cooperativas cuando se dedicasen a actos de comercio extraños a la mutualidad; es decir, a operaciones mercantiles con los no asociados. Su naturaleza era, pues, incolora, tiñéndose de la coloración civil o mercantil según la naturaleza de su objeto: la forma cooperativa no da ni quita el carácter mercantil. Mas, como dice Polo, conforme a su ley reguladora, parece que los términos *coope*;

rativa y mercantil son inconciliables. Hecho que ha puesto más de relieve la novísima legislación sobre la materia: ley de 2 de enero de 1942, dictada para la transformación obligatoria de las Cooperativas en Sociedades de carácter civil o mercantil, sin exigir, al parecer, su previa disolución, ya que si la disposición transitoria 6.^a de la misma dice al principio que dichas Cooperativas *deberán constituirse* en el plazo de un año; de acuerdo con el carácter que tengan, el empleo al final del término *transformación* referido a exenciones tributarias que la operación lleve consigo, nos induce a la interpretación más simplista, no obstante reconocer las cuestiones doctrinales que la *transformación* encierra, a las que alude el Registrador en su nota (pueden verse nuestras observaciones sobre este punto —página 257, año 1946, de esta Revista— a Resolución de 12 de diciembre de 1945, y el interesante trabajo de don Cirilo M. Retortillo, «Transformación de la Sociedad Mercantil en su aspecto jurídico y fiscal», en *Revista de Derecho Mercantil*, número marzo-abril 1950).

Más delicado es el problema que se plantea en los apartados 2.^o y 3.^o de la calificación.

Con referencia al mismo —al hablar del principio de legitimación registral iniciado en los artículos 26, 220 y 226 del Código de Comercio— hubimos de escribir en esta Revista (página 275, año 1949): «La realidad de todo esto es que cuando se trata de aportaciones de bienes inmuebles, el problema no ha sido suficientemente estudiado en la doctrina, sin que tampoco haya sido desenvuelto con la claridad y precisión debidas en la legislación, como lo demuestra la insuficiencia del precepto del artículo 383 del nuevo Reglamento Hipotecario, con raíces en el artículo 120, número 16 del Reglamento del Registro Mercantil, y en la Real orden de 28 de abril de 1925, que tímidamente propugna una solución para que exista una concordancia entre ambos Registros —Mercantil y de la Propiedad— en relación con los inmuebles aportados.»

Pues bien, pasemos porque inscrita la escritura de transformación de la Sociedad Cooperativa en Compañía Anónima, esa inscripción de carácter constitutivo, excepcional en nuestro Derecho (son palabras del penúltimo considerando), esté bajo la salvaguardia de

los Tribunales; pero es que en esa escritura de transformación apenas se hace una débil referencia a los inmuebles que la Entidad —antigua, nueva o transformada— tuviera. Tan sólo se nombró una cifra de capital, ocho millones de pesetas, de las que únicamente ochocientas un mil, equivalentes a 801 cédulas de cooperador pudieran aparecer desembolsadas... Y aunque en la Disposición transitoria de los Estatutos se expresó que el Banco «*conservaría*» en su Activo valores *inmuebles* o del Estado, libres de todo gravamen; en cuantía suficiente a cubrir saldos acreedores de cuentas, el no figurar en dicho Activo tales inmuebles especificados y valorados —artículo 151, pág. 5.^a C. de C.—, parece llevar a la conclusión de que todo el capital no estaba representado más que en acciones al portador, 801 desembolsadas y las demás en cartera.

No se trata, pues, de incidencia de calificación por el Registrador de la Propiedad (aunque también es de recordar lo que a propósito de la Resolución de 24 de diciembre de 1948, lugar antes citado de esta Revista, escribimos: «¿Mas si a la escritura constitutiva e inscrita en dicho Registro —el Mercantil— le faltan determinados requisitos y circunstancias considerados como necesarios por la Ley, el reflejo inmediato del acto nulo en el Registro de la Propiedad, no tendrá repercusiones para terceros que quisieran ampararse en la apariencia jurídica consagrada en el asiento? Porque la inscripción no convalida el acto nulo con arreglo a la Ley.»). No se trata, repetimos, de incidencia de calificación, sino de apreciar si el vago término «*conservaría*» —referido a inmuebles— inserto en una Disposición transitoria de los Estatutos, posee la suficiente fuerza para enervar los artículos 18 y 20 de la Ley Hipotecaria, a los que precisamente alude el último considerando.

Es más: si esos *inmuebles conservados* son para satisfacer saldos acreedores (suponémos que de los cooperadores que cumplieran sus obligaciones, pues de tanto de éstos como de los no cumplidores desconocemos o mejor queda indeterminada su actuación), debió al menos justificarse todo ello en la escritura de venta, para que el Registrador de la Propiedad pueda superar, es decir, aplicar correctamente el contenido de esos artículos 18 y 20, antes citados, de calificación y tracto.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO
Registrador de la Propiedad

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

C I V I L

SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 1950.—*Retracto de colindantes.*

Las disposiciones sustantivas que regulan el retracto legal de colindantes, limitativo en cierto modo de la libre disposición de la propiedad rústica en aras del interés social y económico, al que perjudica la excesiva división de aquélla, han de ser entendidas para su aplicación de manera ajustada a esta finalidad, que es a la vez razón a la que obedece su establecimiento en el actual derecho.

Atento el Código Civil, al expresado interés contrario al «minifundio» y con tendencia también a evitar que en perjuicio del medio que para impedir aquél dispone, en lo que al retracto afecta, prevalezcan las grandes extensiones de terreno sobre las pequeñas, señala en su artículo 1.523 a las fincas retraíbles, la cabida máxima de una hectárea, y si bien no fija límite alguno a la que da el derecho de retraer, en el caso de que sea uno sólo el que lo ejercita, ordena, para cuando sean dos o más, la preferencia del dueño de la tierra de menor extensión, término éste, que sino obstante la mayor amplitud del concepto que implica, se emplea a veces como equivalente a los de finca, fundo o heredad rústicas, no por ello cabe entender que así sea usado en el citado artículo, ni menos aun que al hacerlo deja autorizada la determinación de la preferencia del retrayente que poseyendo extensas tierras constituídas por varias fincas rústicas, colindantes entre sí, y con la que se intente retraer, en consideración sólo a una de ellas, de cabida inferior a la de otro colindante que también reclame su derecho, porque esta inteligencia sería contraria a la finalidad para la que el retracto se halla establecido.

SENTENCIA DE 28 DE DICIEMBRE DE 1950.—*Tantco arrendaticio.*

El derecho de traspaso de su establecimiento reconocido al comerciante e industrial por el artículo 9.º del Decreto de 21 de enero de 1936, lo ha sido también por el artículo 44 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, pero con una diferencia fundamental, y es que mientras en aquella disposición

se exigía como norma general el consentimiento del propietario, en la nueva legislación no se exige. En cambio, han sido establecidos en favor del arrendador ciertos derechos, como los de tanteo, retracto, participación en el precio del traspaso y aumento de la renta vigente en el momento de traspasar —artículos 47, 48, 50 y 56 de dicha Ley—, disponiendo el citado artículo 50 que el arrendador que no hubiere ejercitado su derecho de tanteo o de retracto sobre el local de negocio traspasado, dentro de treinta días hábiles, podrá reclamar del arrendatario la participación en el precio del traspaso en la cuantía que dicho precepto determina, criterio que es ratificado por el artículo 53 de dicha Ley, deduciéndose de ambos textos que el ejercicio por el arrendador de los derechos de tanteo o retracto excluye su participación en el precio del traspaso y contra cuyo criterio, no puede prevalecer el de que la participación del arrendador y el arrendatario en la constitución del fondo comercial determina la existencia entre ellos de una comunidad, que debe producir los efectos propios de la misma en el momento de su disolución, o sea, la participación de todos los comuneros en el precio obtenido en la enajenación de la cosa común (el precio del traspaso), pues si bien es cierto, que en la constitución del fondo comercial son partícipes de una parte el comerciante arrendatario que ha contribuido a ello mediante su inteligencia, trabajo, honradez y prestigio, y de otra, el propietario arrendador que ha aportado el local, cuyo emplazamiento y otras circunstancias y otros materiales contribuyen a la fama y crédito del comercio, de ello no puede deducirse la existencia de una comunidad entre arrendador y arrendatario en el fondo comercial, porque tal participación no tiene los caracteres que convienen a la figura jurídica de la comunidad definida por el artículo 392 del Código Civil, ni puede producir otros efectos que los que le asigna la Ley de Arrendamientos Urbanos, que es la que ha reconocido y regulado para el arrendatario el derecho a traspasar sin necesidad del consentimiento del arrendador y para éste los derechos antes anunciados. Por ello habiéndose ejercitado el derecho de tanteo, es visto que no se puede reclamar aquella participación.

SENTENCIA DE 2 DE ENERO DE 1951.—*Resolución de contrato por incumplimiento.*

La facultad de resolver los contratos conforme al artículo 1.124 del Código civil, por el contratante que haya cumplido sus obligaciones exige, ante todo, la realidad probada de la obligación que se alegue como incumplida, ya que es de bueno y elemental sentido que sólo de su existencia se puede derivar el incumplimiento de la prestación en que consistía; y si bien la Sentencia recurrida estima que el comprador era el obligado a gestionar y obtener la alineación por el Ayuntamiento de Orense hasta la práctica de la cual se había convenido el aplazamiento del pago del precio del solar vendido y que al no haberlo hecho incumplió lo pactado, dejando con ello facultada a la Congregación vencedora para declarar resuelto el contrato, aquella afirmación y este criterio no se apoyan en pacto

alguno, sino en razonamientos y supuestos no derivados de hecho que autorice la interpretación extensiva del natural sentido de las estipulaciones que recoge el recibo antes relacionado, por lo que se reputa implícita, sin atenerse a que con arreglo a una reiterada jurisprudencia las obligaciones no pactadas expresamente sólo pueden estimarse como implícitas cuando se deriven de otras o de hechos de los que un proceso de lógica no deje lugar a deducciones diversas, y vulnerando el principio de equidad que inspira el artículo 1.124 del Código, mientras no se demuestre de modo indubitado una voluntad rebelde al cumplimiento de lo convenido, sin hecho que en absoluto lo impida.

SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 1951.—*Nacimiento de la causa resolutoria.*

No es preciso que la causa productora de la resolución exista en el instante del ejercicio de la acción, siendo suficiente, para el éxito de ésta que aquélla se haya producido; no sólo porque no es posible admitir plazos limitativos del ejercicio de las acciones no establecidos expresamente por las Leyes, sino también porque, de mantenerse tal tesis, fácil sería eludir los efectos de las causas resolutorias del arrendamiento, con cautelosas determinaciones encaminadas a burlar los derechos del arrendador.

SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1951.—*Arrendamientos urbanos: Revisión de rentas.*

La finalidad primordial del art. 113 de la Ley de Arrendam. Urbanos no es otra que las rentas abonadas al arrendador sirvan de base al tributo y, por tanto, a los fines de aquélla, es indiferente que las rentas tengan su origen en el contrato, o sean debidas a posteriores elevaciones, con tal que unas y otras fueren superiores a las que el arrendador perciba y en los plazos marcados por las leyes fiscales, no las hubiera declarado; ya que en tal supuesto, nace el derecho del inquilino a limitar el pago de los alquileres en el modo y cuantía determinados en el artículo 133; y al no entenderlo así el Tribunal de instancia, y dejar de aplicar el citado precepto, por la sola consideración de que el artículo 133 se refiere únicamente a elevaciones, posteriores a la celebración del contrato, incide en la infracción denunciada.

Para el éxito de la novación pretendida se precisan dos circunstancias: a) que el arrendatario abone rentas superiores a las que figuren como base de la contribución territorial; b), que el arrendador en los plazos establecidos por las leyes fiscales, no haya declarado a la Hacienda la que efectivamente perciba; de lo cual se infiere que, al no hacer el demandado tal manifestación dentro del trimestre natural a partir del 1.º de abril de 1948, en que se concertó el arriendo, asiste a la actora el derecho a limitar el pago de sus alquileres a la declaración obrante en el Registro Fiscal.

Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

LOS CONTRATOS PRIVADOS ANTE EL IMPUESTO DE DERECHOS REALES

En estos nuestros comentarios sobre el impuesto, realizados sobre las Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central por el orden cronológico con que vienen apareciendo, sin perjuicio de anotar también las Sentencias del Tribunal Supremo en relación con la materia, nos toca hoy hacer la reseña de la Resolución de aquel Tribunal que lleva fecha 28 de marzo de 1950.

En ella se acomete una vez más el tema de la sujeción o exención de los contratos privados según que su cuantía sea o no superior a 1.500 pesetas, o bien, dicho de otra manera, cuál sea la genuina interpretación del número 5.º del artículo 6 del Reglamento cuando dice que gozarán de exención «los contratos verbales, cuando su cumplimiento no requiera que consten por escrito, sin que la mera existencia en libros de contabilidad dé lugar a la exacción del impuesto».

Dicha Resolución, pues, haciendo referencia a las de 11 de enero de 1949 y 7 de marzo de 1950, ratifica el criterio, de acuerdo con la letra del precepto transcrito, de que los contratos verbales están sometidos al impuesto siempre que su cuantía sea superior a 1.500 pesetas, porque para ellos exige la ley sustantiva civil la constancia por escrito (1).

Alrededor del tema se han escrito no pocas cuartillas por cuan-

(1) Este criterio lo ratifica la Resolución del mismo Tribunal de fecha 25 de abril del mismo año de 1950, de la cual transcribimos el siguiente Considerando:

«Considerando que según el artículo 1.280, párrafo último, del Código civil, deberán hacerse constar por escrito, aunque sea privado, los contratos

tos se dedican al estudio del impuesto que nos ocupa, y entre ellos nosotros, sin que en realidad ninguno de los comentaristas haya llegado a ver sin nubes y con diafanidad el panorama y a penetrar el verdadero pensamiento del legislador al decir que la exención pende de que *el cumplimiento del contrato no requiera que conste por escrito*, como dicen la actual ley y su Reglamento, tomando el precepto de la ley de 17 de marzo de 1945.

Esto aparte de la dificultad de interpretación que el precepto entraña, tan grave y tan sustancial, como es la de compaginarlo con aquella otra norma cardinal del impuesto, que dice, sin distinción ni excepción alguna, que los actos intervivos para ser afectados por el impuesto han de constar documentalmente y que el instrumento en que consten, unas veces ha de ser de carácter público y de carácter privado, otras.

El caso es, que después de dictadas esas Resoluciones, apareció la Sentencia del Tribunal Supremo que lleva fecha 29 de abril de 1950, oportunamente comentada en esta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, en la que ya de una manera categórica avala el alto Tribunal la interpretación dada por aquellas Resoluciones. Dijimos nosotros entonces, al comentarla en el número correspondiente al mes de octubre de 1950, que su «importancia estriba primeramente, en ser la primera que con la definitiva autori-

en que la cuantía de las prestaciones de uno o de los dos contratantes exceda de 1.500 pesetas, el cual precepto habrá de tenerse en cuenta para aquellos contratos verbales en los que concurra esa circunstancia de cuantía; y que si bien, conforme a los artículos 1.278 y 1.279 del Código civil y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, los contratos en que intervenga el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez serán obligatorios entre las partes contratantes, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, y que las formalidades extrínsecas establecidas para los documentos públicos y privados en el mencionado artículo 1.280 del citado Cuerpo legal implican una facultad y no una obligación para ambas partes interesadas, es lo cierto que al quedar excluidos de la exención del Impuesto de Derechos reales los contratos verbales cuyo cumplimiento deba constar por escrito y exigir el Código civil en su artículo 1.280, párrafo último, en relación con el 1.279, un documento aunque sea privado *para hacer efectivas* las obligaciones propias de los contratos de cuantía superior a 1.500 pesetas, debe estarse a esa declaración legal en defectos de preceptos aclaratorios o complementarios de la reforma (escueta del artículo 3.º, número 5.º, de la Ley del impuesto de Derechos reales de 29 de marzo de 1941 hecha por la de 17 de marzo de 1945 y recogida, sin otro aditamento, en el número 5.º del artículo 6.º del Reglamento de 7 de noviembre de 1947, y teniendo asimismo en cuenta para ello el carácter restrictivo que debe darse a la interpretación de las exenciones de contribuciones e impuestos según doctrina constante de este Tribunal.)

dad del Alto Tribunal resuelve la discutida y poco ineligible exención, y, después, en que ratifica el criterio que sobre el particular tenía sentado el Tribunal Central en varias Resoluciones».

En la fecha de esa Sentencia, así estaba planteado el problema —planteado y resuelto de consuno por la jurisprudencia y estudiado por la doctrina con las grandes reservas antes aludidas—; mas, como consecuencia de tan autorizada ratificación y de su aplicación a la realidad contractual por la Inspección de Hacienda, hubo de publicar la Dirección general de lo Contencioso del Estado una Circular de fecha 3 de agosto de 1950 en la que de nuevo se afronta el problema, enfocándolo con viva luz. Su importancia, pues, es indudable tanto por la indiscutible autoridad del Centro directivo como por la fortaleza de la argumentación que contiene; y por ello, claro es que debe quedar registrada y acotada, siquiera sea brevemente, en esta Sección de esta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, y siquiera sea con retraso, explicable solamente por el orden cronológico con que venimos dando las Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central.

La Circular tiene por objeto regular la función fiscalizadora de la Inspección y determinar si ésta ha de dar cuenta de «todas las adquisiciones realizadas por los contribuyentes visitados cuando la cuantía de lo adquirido excede de 1.500 pesetas», por considerarlas sometidas al impuesto, de acuerdo con la precitada Sentencia del Tribunal Supremo «en la que se absuelve a la Administración de la demanda contenciosa interpuesta por la Sociedad Anónima...» contra acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Central que sujetó al impuesto de Derechos reales determinados contratos verbales...»

La Sentencia —sigue diciendo la Circular— analiza «la nueva redacción que el vigente Reglamento ha dado al número 5.º del artículo 6.º, según el que, gozarán de exención «los contratos verbales, cuando su cumplimiento no requiera que consten por escrito sin que la mera existencia en libros de contabilidad dé lugar a la exacción del impuesto, siendo así que en la anterior legislación se decía, «los contratos verbales mientras no se eleven a documento escrito», y de tal análisis, «parece llegarse a la conclusión de que están sujetos hoy al impuesto de Derechos reales, por el juego del precepto citado, en relación con el artículo 1.280 del Código civil,

todos los contratos verbales en cuanto su cuantía exceda de 1.500 pesetas».

Esto supuesto, añade: «Sin embargo, esta amplia interpretación es errónea y da a la propia Sentencia que comentamos (desconectándola del contrato específico que la motiva), un carácter de generalidad que desvirtúa su doctrina y va más allá del propósito del legislador expresado en el propio precepto reformado y que, además, estaría en contradicción con otros artículos del Reglamento que exigen forma tasada de contratación para la sujeción al impuesto.»

«Así, en efecto, no puede olvidarse que la mecánica especial del impuesto de Derechos reales, en cuanto a los actos intervivos, se refiere, exige como elemento esencial la existencia de documento, público o privado, en el que se plasma el contrato de que se trate, y de aquí que en principio, la existencia de correspondencia, relativa a un negocio jurídico, no constituya elemento suficiente para exigir el impuesto.»

«Por ello, no cabe en el citado impuesto deducir en todos los casos, ante el hecho probado de una adquisición, la existencia de un acto sujeto, pues ello llevaría a la conclusión, no querida por el legislador, de someter a tributación todos los actos de la vida con repercusión económica superior a 1.500 pesetas.»

Los razonamientos de los precedentes párrafos entrecomillados encierran una argumentación realmente incontrovertible, la cual, aunque aducida reiteradamente por los comentaristas en general y por nosotros en los comentarios de esta Sección, adquiere ahora un contraste y una autoridad definitiva, porque si la contradicha interpretación vulnera un principio fundamental del impuesto *en cuanto a los actos intervivos* cual es el que «exige como elemento esencial la existencia de documento, público o privado en el que se plasma el contrato de que se trate, sin que «la existencia de correspondencia relativa a un negocio jurídico constituya elemento suficiente para exigir el impuesto», y si con el criterio impugnado se llegaría «a la conclusión no querida por el legislador de someter a tributación todos los actos de la vida con repercusión económica superior a 1.500 pesetas, es indudable que el precepto en cuestión no puede tener el alcance que se le ha llegado a dar, cerrando y empujando tanto sus mallas que solamente puedan escapar y filtrarse

a través de ellas como exentos los contratos inferiores a 1.500 pesetas.

El documento que comentamos remacha aun más el clavo seguidamente, y teniendo en cuenta que fundamentalmente va dirigido a la Inspección, añade que ésta debe limitarse a «tomar nota a los efectos determinados en el artículo 169 del vigente Reglamento del impuesto, exclusivamente de aquellos *contratos escritos*, bien públicos o privados, en que conste un acto relativo a cantidad, cosa o derecho valubles, que son los únicos documentos de forzosa presentación conforme el artículo 103 del Reglamento del impuesto, pues no puede olvidarse lo determinado en el artículo 44 del mismo, según el que «para que sea exigible el impuesto se requiere la existencia de un hecho que jurídicamente origine el acto sujeto al impuesto, de una *convención expresamente consignada* por los contratantes o de otro acto que, con arreglo a los principios de derecho, pueda lógica y legalmente deducirse de la intención o voluntad de las partes, *manifestada en las cláusulas o estipulaciones del contrato*, rectamente interpretadas.

De lo cual, añadimos nosotros, brota de nuevo, con palabras del mismo texto reglamentario, añadidas a las que sobre el mismo concepto da el artículo 48, apartado 2) y con claridad meridiana que el contrato verbal, mientras no deje de serlo, está extramuros del impuesto, ya que si la función fiscalizadora e inspectora no ha de ejercerse sino sobre los *contratos escritos*, ello tiene que ser porque los no escritos no pueden ser afectados por aquel, cualquiera que sea su cuantía.

JOSÉ-M.^o RODRÍGUEZ-VILLAMIL

Abogado del Estado y del I. C. de Madrid

VARIA

Derecho de cosas, por Martín Wolff (tercer tomo del Tratado de Derecho civil, de Enneccerus, Kipp y Wolff).—Volúmenes I y II. Segunda edición al cuidado de José Puig Brutau, Abogado del Ilustre Colegio de Barcelona.—Bosch, Casa editorial.—Barcelona, 1951.

Aun recuerdo cuando me llegó este tercer tomo, en dos volúmenes, edición primera de 1936 y 1937, y me parece revivir aquellos días. Igual presentación, idéntico formato, la misma clase de papel y de impresión, salvo los epígrafes colocados ahora a lo alto de las páginas, en la misma línea que la numeración, y que facilitan las buscas del texto, previo examen del índice.

La traducción es de la 32.^a edición alemana, que ya fué objeto en la primera edición de Bosch de los estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por los catedráticos de Derecho civil de Barcelona Blas Pérez González y José Alguer. Por lo tanto, el texto es idéntico en las dos ediciones españolas, y por ser tan conocido, citado, apreciado y estudiado, ninguna referencia hemos de consignar. Sería pueril descubrir ahora a esta difundida obra y resaltar el mérito de las notas de los traductores. Personalmente, éstos son populares. Uno de ellos, fallecido desgraciadamente; otro, con personalidad relevante; pero yo creo que su mayor orgullo se cifra en ser el Pérez González anotador del *Enneccerus*, de memoria ya imperecedera.

Las observaciones, pues, han de referirse a las modificaciones introducidas por Puig Brutau a las notas del texto primitivo. Des-

de 1936 hasta ahora, han sucedido muchas cosas. Derogación de Leyes orgánicas, intento de creación de la hipoteca mobiliaria, modificación de las normas sobre la ausencia, promulgación del Código aéreo, reforma de la Ley de minas y de la Ley hipotecaria, publicación del nuevo y definitivo Reglamento de esta última, interesante jurisprudencia posterior a la mencionada fecha, etc. Todo ello ha obligado a modificaciones de fondo y a cuidadosas revisiones.

En general, puede afirmarse que se ha procurado respetar el espíritu y la letra de las notas, pero en algunas ocasiones... Por ejemplo, en la página 5 de la primera edición, *in fine* (1), se decía: «Precisamente esta insuficiente delimitación (entre muebles e inmuebles) es uno de los motivos que han contribuido a que el régimen del derecho inmobiliario no haya avanzado, ni técnica ni socialmente, en proporción a los buenos propósitos de quienes han venido impulsando la progresión lenta, pero verdadera y apreciable, de nuestro derecho inmobiliario. Pero el paso definitivo sólo se podrá dar cuando se derogue totalmente una buena parte de los preceptos del Código civil español, pues el intento de conciliarlos con un régimen inmobiliario moderno está condenado al fracaso.»

El párrafo que antecede ha sido suprimido en esta segunda edición. Ignoro si el motivo ha sido por disconformidad, por estimar que la reforma última hipotecaria ha contradicho sus afirmaciones, o por adhesión a quienes creen que los Códigos deben remozarse totalmente y no por parcelas. A mi juicio, ningún valor ha perdido el párrafo omitido; habría mucho que discutir en cuanto a la reforma hipotecaria; y mucho más aún acerca del respeto a la integridad de un Código, que ya ha sido objeto de remiendos, como casi todos los Códigos del mundo, y de derogación expresa de preceptos concretos.

La concesión al testador de la facultad de disponer el usufructo universal a favor del cónyuge viudo, tan acertada en normas vigentes en extensos territorios patrios y de tan arraigado deseo en los testadores, que lo he visto manifestado reiteradamente en el Norte, Sur y Este (no ha estado en el Oeste de la península como profesional), y lo que es más significativo, respetado por los herederos, con cláusula sociniaua o sin ella: la sustitución de la antigua del tí-

(1) Las referencias de páginas en esta resección, son todas del volumen primero.

tulo y del modo, con su enigmática *ficta traditio*, reducida hoy a un fantasma (a la posibilidad de que el vendedor pueda transferir la acción reivindicatoria, según nuestro Tribunal Supremo) (1); la supresión de la unanimidad de pareceres de los herederos en la partición, motivo principal del auge de los albaceas contadores partidores, y la regulación de un sistema más racional y más rápido (mayorías, contadores partidores forzosos), y la opinión expuesta en la nota omitida, son reformas que parcialmente puede sufrir el Código civil sin necesidad de rasgarse las vestiduras, pues bastantes destrozos le han sido causados por las nuevas concepciones de la vida, económicas y jurídicas, y por las interpretaciones de la jurisprudencia.

Tampoco la reforma hipotecaria de 1944, por lo muy limitada que ha sido (alguna protección más a los derechos inmobiliarios inscritos, ciertas correcciones técnicas y tal vez la concesión de facilidades para la purga de cargas inexistentes), puede justificar la omisión advertida. Mucho más cuanto que aquello de la protección a los derechos inscritos lo están desvirtuando nuestros Tribunales, salvo excepciones, y lo referente a la cancelación de cargas, somos los Registradores los que ponemos obstáculos por el santo miedo a la responsabilidad y por la dificultad de diferenciar categóricamente lo real de lo puramente obligacional.

Pero ocurre preguntarse: ¿es acertado llevar la discrepancia hasta el punto de silenciar la anotación antigua? Bien que se hubiera contradicho o corregido, pero sin dejar de exponerla. De este modo el lector podría optar por una u otra opinión, sobre todo cuando somos muchos los que nos adherimos a la de Pérez González y Alguer en sus notas críticas desaparecidas. Estamos conformes con la necesidad de la adaptación, pero hubiéramos preferido se conservasen aquellas observaciones que no hubieran sido recogidas por la legislación o por la jurisprudencia.

A efectos de comprobación o demostración, pueden examinarse las notas de las páginas 165 y 233, segunda edición, con las páginas 169 y 242 de la primera, y se deducirá la supresión de los párrafos relativos a la superioridad técnica del derecho inmobiliario alemán (aunque se respeta en la página 205 de la 2.ª edición lo anotado al final de la página 213 de la primera), y a «la funesta técnica del

(1) Véase también S. 23 febrero 1951, acerca de la tradición sin posesión del transferente.

tercero hipotecario, temperamento transaccional de desdichada invención, por un lado; y la doctrina de la adquisición extrarregistral de los derechos, de otro, son las causas de la confusión en nuestro sistema y del fracaso de los buenos propósitos del legislador».

La labor de adaptación de Puig Brutau, por otra parte, ha sido minuciosa e inteligentemente realizada en los dos volúmenes reeditados. En la página 165 de la segunda edición (169 de la primera), al tratar del consentimiento de inscripción alemán, se ha ajustado a la opinión de Roca Sastre: ha elaborado nuevamente el comentario; y omite la referencia a don Jerónimo González, porque en cierto modo la reforma hipotecaria de 1944 ha confirmado, admitiéndolas, las sugerencias que aparecían en el texto, y convirtió en inoperantes las citas de artículos hoy suprimidos en la Ley vigente.

Asimismo (página 170, correspondiente a la 171 de la primera edición), ha reformado las anotaciones anteriores en lo que se refiere al tracto sucesivo (artículo 20 de la Ley Hipotecaria), aun cuando las da mucha menor extensión que lo hicieron Pérez y Alguer, tal vez por la desmesurada longitud de los artículos 298 y siguientes del actual Reglamento Hipotecario; pero creemos que hubiera ganado el texto si los hubiese insertado. Por el contrario, opinamos que están bien suprimidas las observaciones acerca de los derechos simplemente anotados, que carecían de interés.

Igualmente en la página 176 (anterior 184), al exponer el principio de legalidad y los problemas que presenta la calificación de los Registradores de la Propiedad, entendemos que la segunda edición refleja exactamente la interpretación que ha de darse al actual artículo 18 de la Ley Hipotecaria, que comprende la frase «validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas», en lugar de las antiguas palabra «validez de las obligaciones de las escrituras públicas». Es un acierto que hay que destacar en el haber del culto abogado catalán, que sigue con ello la doctrina ortodoxa de los primitivos anotadores.

Basta lo expuesto para dar idea de lo cuidada que ha sido esta segunda edición del *Derecho de cosas*, de Wolff. A mi juicio, el trabajo de este ilustre profesor de la Universidad de Berlín, es lo mejor del Tratado de Derecho civil de que forma parte por su claridad, sencillez y densidad. Al agotarse y haberse realizado en España una reforma hipotecaria posterior a la primera edición, era

imprescindible la reedición, ajustada a las prescripciones legales, vigentes y a los avances de la técnica española, que también hay que destacar, por su decisiva importancia en los estudios de Derecho inmobiliario.

Únicamente necesitamos que Bosch publique pronto los dos tomos que faltan para que se complete el Tratado. Los dos se refieren al Derecho de sucesiones, de importancia capital en el Derecho civil, y hace tiempo que Roca Sastre se encargó de verificar las correspondientes anotaciones. Con satisfacción puedo decir que ya tiene Bosch el original, y en nombre de todos los que poseemos, cuanto se ha publicado desde 1933 (seis tomos), me permito rogar, a ese editor que nos ha proporcionado tan magníficas obras de Derecho, que procure publicar con rapidez ese Derecho sucesorio, que nos completará el conocimiento de un derecho tan interesante como el alemán. El Código civil alemán, el B. G. B., traducido hace mucho tiempo, está agotado, y somos pocos los que poseemos un ejemplar, de modo que ese Derecho sucesorio es desconocido totalmente, puesto que tampoco, que yo sepa, hay traducida ninguna obra alemana que le comprenda.

Nos atrevemos a vaticinar que esta segunda edición tendrá el mismo éxito que la primera.

Manual de Derecho mercantil español (tomo I), por don Emilio Langle y Rubio, catedrático de Derecho mercantil de Granada; Casa editorial Bosch. Barcelona, 1950.

Rompe Langle con este volumen su tradición de *contestador* a programás de oposiciones (Abogados del Estado en 1912, 1931 y 1941, y Notarías en 1942, obras muy divulgadas); y ha hecho muy bien, porque ha escrito un magnífico libro, digno de su cultura, erudición y profundo estudio del Derecho mercantil. Aunque dedicada a estudiantes principalmente, y por eso es un Manual (letra grande), tímidamente aspira a ser un Tratado elemental (letra pequeña).

El autor, curtido como publicista, pues se cuentan veintinueve trabajos suyos entre obras, conferencias, revistas, etc., desde 1908 (con la particularidad de que hasta 1927 muestra una decidida atención al Derecho penal), se nos aparece en el prólogo como un auto-

censur demasiado severo. Se contentó con evitar el peligro de los «Apuntes de clase», y queda seguro de que pudo hacerlo mejor. No, le llevaremos la contraria, puesto que todas las cosas son susceptibles de mejora, pero reaccionamos enérgicamente porque nos parece excelente el resultado de sus desvelos y trabajos.

El concepto que tiene de un Manual, además de ser exacto, es una lección más que nos brinda y tiene una frase que, aun cuando está redactada con la vista puesta en cierta escuela, sintetiza el mejor elogio que se puede hacer del libro. La frase es: «Recojo de ella lo que considero más digno de ponerse de relieve en nuestra época.» Pues bien, si por ella entendemos la rama del Derecho mercantil, estará hecho el juicio crítico con certeza matemática. Ocasión tuve de apreciarlo, porque profesionalmente estudié en sus páginas y en obras de otros autores una cuestión dudosa, y con satisfacción puedo afirmar que el hilo conductor para la solución me fué facilitado por Langle; que el resumen mejor hecho sobre la materia objeto de estudio, le encontré en su volumen, y que las ideas más claras y concretas constaban en el texto que examinamos.

Este tomo primero abarca: Nociones generales. Historia. Fuentes. Interpretación. Comerciantes individuales. Sociedades mercantiles. Mediadores. Auxiliares. Agentes. Efectos del estado de comerciante.

Como subtítulos y sin ajustarnos al índice de materias, podemos añadir: Concepto y directrices fundamentales del Derecho mercantil. Separación y relaciones con otras disciplinas. Contenido. Desarrollo histórico (cuatro Edades: antigua, media, moderna y contemporánea): doctrina, especies, modificación, extinción y uniones de Compañías mercantiles, etc.

Al final de cada párrafo se consigna la bibliografía. Como botón de muestra diremos que en la página 25, después del primer párrafo (entendido por párrafo, capítulo, división...); se reseñan más de 27 títulos de autores españoles, italianos, franceses y alemanes. Y en la página 559 más de 67 autores, algunos con tres o cuatro obras. Los ingleses y los portugueses no son olvidados. Pero en los capítulos dedicados a la Historia, es continua la inserción de autores y obras de todas las edades y de todos los países y razas. La erudición desborda las posibilidades de mencionar y resumir.

Las razones nos las suministra el propio autor al decir: «He

dedicado especial atención a la historia del Derecho científico, precisamente por ser la más abandonada hasta ahora, a pesar de sus prestigios legítimos y de nuestro deber de admiración y gratitud hacia sus cultivadores. Le doy forma de biobibliografía como homenaje a esos varones ilustres y a veces olvidados. La información literaria es algo más abundante en este apartado, con el propósito de suministrar noticias de fuentes a algún posible joven investigador.»

Tiene razón. Muchas veces nos hemos quejado de que hay muy pocas obras de Derecho mercantil españolas francamente buenas, tan pocas que sobran los dedos de una mano para contarlas. Acaso hayamos caído en falta con estas quejas, y Langle nos lo demuestra en su libro. Sin embargo, creemos que el vacío notado se refiere más bien a las obras generales o *completas* de Derecho mercantil. Al igual que en el civil, tenemos trabajos estupendos y perfectos, pero sin labor de conjunto. Nos faltan los Tratados modernos, alguno en trance de publicación, que es lo que quiere el profesional no especializado. Poseemos manuales excelentes, pero insuficientes. No queremos citarlos, porque son bien conocidos.

Con el publicado ahora por Langle nos vamos acercando a los grandes Tratados. Más que un Manual, es un resumen de un Tratado, y en él encontramos grandes aciertos. Los problemas no se soslayan, y en el peor caso siempre se indican, pero muchas veces el estudio es muy profundo y se recopila la doctrina más moderna y el texto legal más reciente. Son 910 páginas, en buen papel y clara impresión. Bösch sabe hacer las cosas.

Como un ejemplo de que Langle ha rebasado los límites de un Manual, señalamos que para las Modificaciones de las Sociedades mercantiles ha necesitado casi 25 páginas. La transformación, fusión, absorción, etc., merecen este atento examen, y no se ha regateado el esfuerzo.

En resumen: un libro moderno, de fácil comprensión y estudio para los estudiantes, y un excelente guía para los profesionales, que han de encontrar en él si no la solución a *todos* los problemas, por lo menos la orientación para solucionarlos con base firme, doctrinal, legal y jurisprudencial.

Naturaleza jurídica de la propiedad industrial y protección a los inventores en el Derecho internacional y en el interno.—La Habana, 1949.

Jurisdicción obligatoria unilateral y doble instancia en los Tribunales internacionales.—La Habana, 1949.

Ambos trabajos, del Dr. Pedro G. de Medina y Sobrado, Registrador de la Propiedad (número uno de su oposición), miembro de la Comisión internacional permanente de legislación comparada y unificación de legislaciones de La Habana, de la Comisión permanente de Derecho inmobiliario, etc., etc., pues los títulos de este distinguido jurista llenarían por sí solos esta nota bibliográfica.

Antes de entrar en el somero examen de los dos trabajos, permítame expresar mi satisfacción por el hallazgo de un Registrador internacionalista. Nuestra profesión, anclada en el Derecho privado, recibe alguna vez en el rostro la brisa del Derecho internacional, pero no constituye observatorio apropiado para especializarse en sus problemas. Una vez más se desmiente que la especialización signifique desvío por otras disciplinas. En nuestra carrera, de rigurosa oposición en España, existen doctores en Teología, Licenciados y doctores en Filosofía e Historia, licenciados en Ciencias Políticas y Económicas, catedráticos, militares de todas las graduaciones, incluido el generalato, maestros, profesores e intendentes mercantiles, músicos, pintores, poetas, arabistas, arqueólogos, comisarios de Policía, novelistas, etc., y eso sin contar los que también pertenecen a carreras afines, como letrados del Ministerio de Justicia, notarios, jueces, jurídicos y administrativos, militares y de la Armada, secretarios judiciales, etc. Un buen plantel polifacético.

El Dr. Medina, discípulo seguramente predilecto del insigne autor del Código Bustamante de Derecho internacional, fué ponente en la Quinta Conferencia Interamericana de Abogados del Tema asignado a la Asociación Nacional de Registradores de la Propiedad de Cuba, que reza así: «Amparo de los derechos del inventor frente a las posibilidades de divulgación y aprovechamiento por terceros de su invento durante el período de preparación de la documentación legal necesaria para su presentación oficial y Registro público».

Desarrolló su trabajo, mediante una Introducción, con el estudio de la patente de invención, sus clases y parte de la Enciclopedia jurídica a qué pertenece; un Capítulo primero acerca de la naturaleza jurídica de la propiedad industrial; un Capítulo segundo respecto a la protección al inventor, de conformidad con el Derecho internacional; otro Capítulo tercero para examinar la protección al inventor, de conformidad con el derecho interno; un Sumario, que señala la importancia del Derecho comparado, en sus tres facetas o sistemas de las patentes precaucionales, de la presentación simultánea de documentos y de la presentación sucesiva de documentos, y las Conclusiones correspondientes.

Contiene las opiniones de innumerables autores nacionales y extranjeros, determinando siempre cuál es su criterio personal; leyes nacionales; convenios internacionales: tratados y pactos, etc., para llegar a la siguiente conclusión: «Recomendar a los Gobiernos de América que no lo tengan así establecido en su Ley nacional, permitan a los inventores ampararse en la prioridad alcanzada desde la fecha de presentación de la solicitud de patente en el Registro público del país de su residencia; y si no acompañaron toda la documentación legal necesaria para el otorgamiento del título, les concedan un breve plazo para que completen y presenten los demás documentos exigidos por dicha Ley interior, pudiendo, una vez hecho esto, entregárseles la oportuna patente.» Esta conclusión fue aprobada por unanimidad el 1.º de septiembre de 1947.

Es tal la erudición claridad y bien fundamentadas opiniones del texto, que difícilmente puede superarse. Su lectura sugiere una incondicional adhesión a los elogios tributados al autor.

Igual sucede en la monografía que versa sobre la jurisdicción obligatoria unilateral de la Corte de Justicia internacional que debe crearse, para que un Estado adherido o que se adhiera al Pacto o Estatuto creador de dicha Corte, pueda plantearle cuestiones ante la misma y demandar en Derecho a otro u otros Estados adheridos o no al Pacto, y que en virtud de esta mera circunstancia se haga obligatoria y se imponga la jurisdicción de la Corte a demandante y demandado, inclusive declarándoles rebeldes si no comparecen a alegar lo que a su derecho convenga y parándoles el perjuicio del caso.

Acaso sea una utopía, pero en el correr de los tiempos bien pu-

diera convertirse en realidad, con el destierro de la guerra y del empleo de la fuerza física ante el imperio del Derecho.

Los Registradores de la Propiedad españoles nos congratulamos de que un eminente compañero cubano haya alcanzado tan extraordinario relieve en el campo del Derecho internacional.

PEDRO CABELLO

Registrador de la Propiedad

Algunas consideraciones sobre lo que se debe hacer y lo que no se debe hacer en la Redacción de Documentos públicos sujetos a inscripción. (Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia, el día 28 de enero de 1950, por don José Martínez Santonja, Registrador de la Propiedad del distrito de Oriente de dicha capital y Mercantil de su provincia.)

Nos place ocuparnos de vez en vez de alguna figura de nuestro Cuerpo. Hace unos años fijamos nuestra atención en la relevante —de máxima relevancia— de Ramón de la Rica, con motivo de una de sus conferencias. «El valor de la inscripción», pronunciada en Valencia. Ahora, y por la misma motivación, traemos a estas páginas otro nombre ilustre, el de don José Martínez Santonja.

Figura sobradamente conocida entre nosotros, su semblanza, apretada, escueta, la encontramos en el número correspondiente a febrero de 1942 de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*.

Poseído de una gran inquietud espiritual desde sus tiempos universitarios, desparrama su inteligencia en periódicos, revistas y Conferencias, hasta que integrado en nuestro Escalafón concentra sus esfuerzos en los estudios jurídicos y sociales. Fruto de estos últimos es su magnífico libro *El problema social*, del que hay agotadas varias ediciones, y sobre el que figuras especializadas y de las más dispares ideologías en la materia, emitieron elogiosos juicios y comentarios. (Así desde Minguijón, Arzobispo Domenech y Azpiazu a Fernando de los Ríos, pasando por Ramiro de Maeztu, Antonio Zozaya, etc.).

De su labor jurídica basta con remitirnos a su colaboración asi-

dua en las Revistas profesionales, y como exponente máximo a esta Conferencia que nos ocupa, de la que intentaremos dar a nuestros lectores una visión lo más clara y sintética, no obstante la variedad de su contenido.

* * *

Figuraos que estáis a mi lado —empieza diciendo Martínez Santonja— mientras yo examino documentos sujetos a inscripción, en una de mis largas jornadas calificadoras, y que pienso en voz alta, para que vosotros podáis oír mis comentarios, y para proceder con orden, como es natural, habremos de fijar primero nuestra atención en la *comparecencia*, o sea aquella parte del documento en que se acreditan la personalidad y capacidad de los otorgantes.

Tras de aconsejar que, en todo caso, aunque el acto o contrato no afecte a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, se consigne el nombre del cónyuge en la comparecencia de las personas casadas y divorciadas, y de que a los efectos del artículo 66 del Reglamento del Impuesto cuando se adjudiquen bienes en usufructo se exprese en la misma la edad del usufructuario, analiza más detenidamente el conferenciante el tema —ya viejo para él— de la comparecencia de la mujer casada sin licencia marital.

Recordemos nosotros sus dos magníficos trabajos (esta Revista, noviembre 1940, y la *General de Legislación y Jurisprudencia*, febrero 1942), oponiéndose rotunda y razonadamente a la tendencia —hoy triunfante merced al artículo 94 del Reglamento Hipotecario actual— a inscribir actos o contratos otorgados por mujer casada sin licencia marital, y se comprenderá cuán justificadamente es que diga que con ello han adquirido rango legal aquellas inscripciones en cuyo frontis hay que escribir las palabras: ¡Alerta! ¡Peligro! ¡Esta inscripción es anulable!

Muy de tener presente en la calificación y previa redacción de documentos, es cuando comparecen divorciados. No basta con tener presente el testimonio de la Sentencia firme de divorcio, señala Martínez Santonja, pues sobre estar excluidas las Sentencias de esta clase pronunciadas por los Tribunales de la zona roja, conforme a la Ley de 8 de mayo de 1939, conviene recordar que la llamada Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932, fué derogada por la de 23 de septiembre de 1939, que restableció en la materia las disposiciones

del Código civil, y cuya primera disposición transitoria dice: «Que las Sentencias firmes de divorcio vincular dictadas por los Tribunales civiles, a tenor de la que se deroga, respecto de matrimonios canónicos, hayan o no pasado los cónyuges a uniones civiles posteriores, se declararán nulas por la Autoridad judicial, a instancia de cualquiera de los cónyuges», siendo causa para fundamentar la petición, según la tercera disposición transitoria de dicha Ley, «el deseo de cualquiera de los interesados de reconstituir su legítimo hogar o simplemente de tranquilizar su conciencia de creyente».

Puede, pues, ocurrir, dice acertadamente nuestro autor, que el cónyuge compareciente exhiba un testimonio de Sentencia de divorcio expedido con anterioridad a dicha Ley derogatoria y, sin embargo, estar anulada dicha Sentencia; con fecha posterior, a instancia del otro cónyuge, por lo que en Sentencias de esta clase será necesario acompañar también certificación del acta de matrimonio del Registro civil, en la que constará, por nota marginal, aquella Sentencia de divorcio, y en su caso la nulidad de la misma.

Pasa revista a continuación a la comparecencia de los padres en representación de sus hijos menores, tutores y apoderados, expresando con acierto que en todo caso se debe exigir a estos últimos la exhibición de la copia auténtica del Poder, siendo insuficiente, por tanto, la presentación en la Notaría o en el Registro de un testimonio por exhibición de la copia fehaciente de aquél.

Cuando se refiere a la comparecencia de los contadores-partidores y teniendo en cuenta que la intervención de éstos sólo suele ser útil y conveniente si no hay acuerdo entre los interesados para dividir la herencia o tienen interés en ella menores de edad o sujetos a tutela, y puede ser innecesaria, perturbadora y gravosa en los demás casos, aconseja a los Notarios la redacción de la cláusula en que sean nombrados de la siguiente forma: «Nombra comisario contador-partidor para hacer la partición de sus bienes, con las facultades del artículo 1.057 del Código civil, a don ..., pero sólo para el caso de que sus herederos no la practiquen amistosamente dentro de un año a partir del día de su fallecimiento, a cuyo efecto prorroga las facultades de dicho comisario por un año más».

Ahora bien, si en una partición de herencia, no practicada por contador-partidor testamentario, uno de los herederos ha cedido a un extraño su derecho o cuota hereditaria, ¿quién debe intervenir

en la partición, y, por tanto, quién debe comparecer en la escritura de aprobación y protocolización de la practicada: el cedente, el cesionario, o ambos?

Para Martínez Santonja, es conveniente la comparecencia de ambos, toda vez que el primero, por la cesión, no pierde su calidad de heredero y el segundo tiene derecho a concurrir a la división de la cosa común, conforme al artículo 403 del Código civil, aplicable a la partición de herencia. Pero en caso de tener que optar por la intervención de uno u otro, por ser imposible la de ambos, estima preferible la del cesionario, por lo que aconseja que en las escrituras de cesión de derechos hereditarios se transmitan todas las acciones relativas a la sucesión que al cedente correspondan, y hasta que se le designe mandatario del cedente para intervenir en la partición que se practique.

Al referirse a la comparecencia de los cónyuges en la adquisición por los mismos de bienes a título oneroso, tras una exégesis de los artículos 95 y 96 del Reglamento Hipotecario, pone de relieve las dificultades que se presentarán para justificar que el dinero con que se adquieran bienes sea de la pertenencia exclusiva de la mujer (o del marido, caso menos frecuente).

En puridad —dice—, sólo una adquisición hecha por mujer casada con dinero obtenido de la venta de un bien dotal o parafernial, otorgada el mismo día y ante el mismo Notario, de tal modo que el dinero obtenido, sin salir de la mesa de éste, pase de una mano a otra, podría inscribirse como privativa de la mujer:

No es suficiente, aunque se admita en algunos Registros, el que dicha señora haya vendido años antes una finca suya, pues su precio ha podido invertirse en varias cosas, incluso en adquirir otra finca, sin haberse puesto en el título la oportuna referencia de adquisición. Esto, aparte de las valoraciones de lo vendido y adquirido... (?) Hasta llega a no estimar suficiente el que la mujer se le haya adjudicado metálico o bienes muebles en una partición otorgada con anterioridad.

Concluye lo relativo a la comparecencia ocupándose de la de los Jueces en las ventas otorgadas por los mismos conforme al artículo 143 del Reglamento Hipotecario, y de la de los representantes de personas jurídicas: públicas, por decirlo así, como Diputaciones y Ayuntamientos, religiosas y de las que acertadamente

llama de creación estatal, para los que había que atenerse a las Leyes y Reglamentos que los crearon y regulan.

* * *

Al entrar en el estudio de la Exposición en los documentos, empieza por llamar la atención sobre la manera de practicar las segregaciones de fincas, con atinadas observaciones sugeridas por su larga práctica profesional, criticando a continuación la disposición del artículo 50 del Reglamento Hipotecario, que si bien de carácter potestativo y no imperativo, tiene el grave inconveniente, a su juicio, de que siendo la inscripción voluntaria, en cuanto deje de inscribirse una segregación no coincidirá la descripción del título con la del Registro, cuando se presente en éste una nueva escritura de segregación otorgada con posterioridad a otra segregación no inscrita, elevando así la confusión a los folios registrales. Además, teniendo la copia de la escritura de segregación el adquirente de la parcela segregada, el dueño de la finca matriz no sabrá la descripción que del resto de su finca figura en el Registro, si no lo averigua en él, cuando trate de hacer una nueva operación. Esto aparte de la congestión que la descripción de los sucesivos restos producirá al margen de la finca matriz, donde han de elevarse según el artículo 47 del Reglamento.

Por todo ello, estima Martínez Santonja preferible seguir describiendo la finca matriz tal y como figura en el título del propietario, y, si se quiere, añadir que de dicha finca se han hecho ya algunas segregaciones y seguir segregando hasta agotar su contenido, procurando, claro es, no sobrepasar éste.

Particularmente interesante es su estudio sobre la manera de llevar a cabo las Agrupaciones.

A la afirmación del artículo 44 del Reglamento de que, para que la agrupación de fincas colindantes sea posible han de pertenecer a un sólo dueño o a varios proindiviso, agrega que dicha proindivisión de las fincas colindantes ha de entenderse en el sentido de que lo sea en igual proporción en cada una de las fincas agrupadas, ya les correspondan en pleno dominio, como si éste está dividido en usufructo y nuda propiedad, pues de no ser así no será posible o resultará sumamente difícil efectuar la agrupación.

¿*Quid* cuando se trate de agrupar fincas pertenecientes a distintos titulares? No se ocupa el Reglamento de ello y el problema es acuciante sobre todo en las grandes urbes.

Martínez Santonja resuelve la posibilidad de tales agrupaciones con la previa constitución de un condominio, pues si éste puede provenir de una adjudicación hereditaria o de una venta, igual puede establecerse por un simple contrato dada la libertad que informa nuestro ordenamiento civil, reflejada en los artículos 1.254, 1.255 y 1.258 del Código.

Si se trata de agrupar fincas privativas del marido con otras de la mujer, o de alguno de ellos con otras adquiridas a título oneroso durante el matrimonio y, por tanto, presuntamente gananciales, ¿será posible la agrupación, se pregunta el conferenciante?

Aunque a primera vista el problema parece insoluble por los preceptos del Código civil que prohíbe la contratación entre cónyuges (artículos 1.334 y 1.458, extendidas por la jurisprudencia a transacciones, daciones en pago y permutas), por lo que respecta a la constitución del condominio entre marido y mujer, dada la inevitable mutua cesión de derechos que ello implica; o a la aparición de esa borrosa figura que llamamos autocontratación, si de agrupar fincas de la sociedad conyugal con las del marido se tratase; y en todo caso porque con estas agrupaciones de bienes privativos de los cónyuges con los de la sociedad conyugal, no faltaría quien viese una alteración del régimen del matrimonio, alteración prohibida por el artículo 1.320; no obstante los expresados obstáculos, cree Martínez Santonja no cerrado por completo el camino teniendo en cuenta el artículo 1.404, que declara en su párrafo 2.º que serán gananciales los edificios construídos durante el matrimonio en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose el valor del suelo al cónyuge a quien pertenezca.

Es decir —escribe—, «que siempre que sea para edificar durante el matrimonio con dinero de la sociedad conyugal, *se podrán agrupar previamente* solares de la propiedad privativa del marido y de la mujer o de ellos y de la sociedad de gananciales, fijando su valor respectivos».

(Vamos a permitir una ligera digresión o apostilla a esta afirmación de Martínez Santonja.)

Uno de los varios problemas que suscita ese párrafo 2.º del ar-

título 1.404 es el del momento al que cabe referir la transferencia del dominio del suelo: si al comienzo de las obras, al de la terminación del edificio o al de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal—ver García Granero: «Edificación con dinero ganancial en suelo propio de uno de los cónyuges»— *Revista de Derecho Privado*. Marzo, 1950.

Aunque la tesis más equitativa parezca la última, sustentada por Roca, acaso sea preferible seguir, como indica García Granero, la de Angel Sanz, o sea, la segunda, por estar latente en la jurisprudencia de nuestro Centro (Resoluciones de 19 de octubre de 1900, 30 de mayo de 1901, 21 de octubre de 1909 y, sobre todo, la de 15 de julio de 1918).

Radicalísimo en este punto Martínez Santonja, ni siquiera se remite al momento de empezar la edificación para el traspaso de propiedad, sino que para él basta o es suficiente con que se *proyecte* la construcción. Así se desprende de las frases arriba copiadas: «siempre que sea para edificar durante el matrimonio con dinero de la sociedad conyugal, se podrán agrupar previamente solares...», etcétera, etc.

Creemos que esta posición sobre ir contra lo dispuesto en el Código, para el que es requisito *sine qua non* que el edificio esté construido, terminado, envuelve la interrogante, que se reflejará en los libros del Registro, de que el *proyecto* de edificación se lleve o no a cabo.

¿Y cómo se inscribiría esa *agrupación previa* que preconiza Martínez Santonja? ¿Con un proyecto firmado por arquitecto o aparejador que se acompañase al título de agrupación?).

Cierra nuestro autor esta parte de su Conferencia con reglas y fórmulas para las declaraciones de obra nueva y Estatutos de Comunidad que con gusto transcribiríamos dado lo acabado de las mismas.

* * *

Jurista de realidades, acusa su practicismo Martínez Santonja cuando al entrar en el estudio de las Estipulaciones refresca nuestra memoria al expresar que es muy frecuente en ventas y donaciones, que el vendedor o donante, si es casado, se reserve el usufructo vitalicio de lo vendido o donado para sí y su esposa, usufructo que

no se extinguirá hasta el fallecimiento de ambos: Esta cláusula, aunque tiene sus detractores, es admisible en su opinión, siempre que lo vendido o donado sean bienes gananciales y comparezcan ambos en la escritura, lo que en caso de donación de bienes gananciales, es forzoso, y en caso de compraventa será necesario para que la esposa acepte esa reserva de usufructo a su favor.

(Con razón confiesa nuestro autor que tal cláusula tiene sus detractores, entre los que nos contamos, y como es cuestión harto debatida, nos basta con decir: ¿cómo y por qué sabe Martínez Santonja que esos bienes *son gananciales* sin una previa liquidación?)

Desde luego —y como no podía menos— considera inadmisibles la expresada reserva si lo vendido o donado es de la propiedad privativa del cónyuge vendedor o donante (artículos 1.334 y 1.458), como el que el marido en venta de bienes gananciales se reservara para sí sólo el usufructo de los mismos, por el despojo que ello implicaría de los derechos de su consorte.

Con una alusión a las cláusulas en que adquieren personas para otras y en las que se adjudican fincas o derechos proindiviso (artículo 54 del Reglamento Hipotecario), entra en una meditada exposición de la venta de casas por pisos habida cuenta los preceptos que la rigen: Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946, modificada por la de 21 de abril de 1949; artículo 396 del Código civil; artículo 8 de la Ley Hipotecaria, y legislación sobre viviendas de la clase media o bonificables.

Hace referencia seguidamente a las cláusulas testamentarias y después de declararse contrario a la admisión del derecho de representación en la herencia testada, para la debida claridad, si llega el caso, estampa el siguiente modelo: «instituye herederos en pleno dominio y por partes iguales a sus hijos A, B y C y a los que pueda tener en lo sucesivo, y en defecto de cualquiera de ellos, a sus descendientes legítimos en su representación»; terminando el capítulo con una alusión certera a esa institución de heredero en usufructo —pseudo-usufructo de la doctrina— con indeterminación de nuda propiedad.

Consagra luego un apartado a la intervención de contadores-partidores de deficiente preparación jurídica, exponiendo una serie de casos que hacen nula la partición: así, la adjudicación a la madre viuda de todos los bienes por haber repudiado los hijos la heren-

cia de su padre causante, con olvido del párrafo 3.º del artículo 912 del Código civil. Otra cosa sería si los hijos en vez de *repudiar* la herencia, hubieran cedido los derechos hereditarios a su madre. El adjudicar todos los bienes del caudal relicto en usufructo vitalicio a la viuda, en pago de gananciales, cuota viudal y legado del tercio de libre disposición, porque así lo decía o recomendaba el causante en su testamento, con olvido del artículo 813 del Código. Claro está que será factible si, con la aprobación de la viuda, los herederos concurren y son mayores de edad. La adjudicación a un extraño o al cónyuge viudo que ha renunciado sus derechos, de bienes para pago de deudas, acto de enajenación que no puede realizar el contador sin la aprobación de los herederos y, claro es, si entre éstos hay algún menor se requerirá llenar los requisitos para la venta de bienes de los mismos. La confusión —tan corriente— del *jus representationis* (artículo 924 con el *jus transmissionis* (artículo 1.006), cuando se adjudica a los hijos del heredero fallecido después del causante *por derecho de representación*, lo que correspondía a su padre como si hubiera fallecido antes que dicho causante. El olvido, en las adjudicaciones, de lo preceptuado en el artículo 1.061. La interpretación arbitraria que suele dársele al artículo 781, sobre todo después de la fundamental Sentencia de 23 de junio de 1940 (ratificada por la de 6 de marzo de 1944), que resolviendo las dudas que tenía divididos a los civilistas patrios, declara que la palabra grado debe entenderse o traducirse por llamamiento y no por generación y en consecuencia el primer llamado a la herencia no es sustituto, sino simplemente heredero y los dos grados o llamamientos deben contarse a partir de él, pudiendo nombrarse tres herederos sucesivos, sustituyendo fideicomisariamente el segundo al primero y el tercero al segundo...

¿Y qué decir de lo que con grafismo intitula Martínez Santonja «Amasijos, revoltijos o *tatum revolotum*», en las adjudicaciones o formación de hijuelas?

Expone una diversidad de casos por todos vistos en nuestra práctica profesional que omitimos por falta de espacio, poniendo color a esta parte de su conferencia con una razonada crítica a la oficiosa fórmula usada en muchos Juzgados de expresar cuando a un padre se declara heredero intestado de un hijo que ello es «sin perjuicio, en su caso, de la reserva del artículo 811 del Código civil».

Porque —argumenta— ni se pide, ni ese es el procedimiento aunque se pidiera, y porque, además, pueden faltar los bienes o no haber reservatarios. Por lo mismo, recomienda que esa oficiosa declaración se omita en la partición y si tal no se hiciera el Registrador no debe olvidar lo dispuesto en el artículo 275 del Reglamento Hipotecario. Igualmente hace ajustadas observaciones a Secretarios y Jueces de primera instancia en relación con la Ley Hipotecaria y el citado Reglamento.

* * *

En capítulo especial pondera, con justicia, la labor del Notario español que con suma agilidad ha de manejar los más variados textos legales. A tal efecto hace como un recuento de aquellos artículos de los Códigos civil y mercantil, Ley Hipotecaria y Reglamento para la aplicación de ésta, que han de tener siempre presente los Notarios por la frecuencia de su aplicación en la práctica profesional.

Engarza muy oportunamente por cierto esa otra preparación que debe reunir el Notario del conocimiento de la legislación, tan dispersa, como abrumadora, emanada de todos, sin excepción, los departamentos ministeriales y que con exactitud califica de «intervencionismo estatal en el régimen de la propiedad».

Meritísima es la puntualizada relación que de Leyes y Decretos —con el extracto de su contenido— hace Martínez Santonja.

Finaliza su interesante trabajo con una alusión a las copias de las escrituras, recomendando la plausible práctica seguida por la mayoría de los Notarios de numerarlas en 1.ª, 2.ª, etc., no obstante lo dispuesto en el artículo 240 de su Reglamento, evitando de esa suerte que la omisión de tal enumeración pueda hacerlas inoperantes en los casos que es preciso expresarla, como en las escrituras de préstamo, reconocimientos de deudas, ventas con precio aplazado, etc., etc.

También respecto a las copias parciales hace Martínez Santonja precisas observaciones, en particular cuando se trata de las de permuta, pues —dice con razón— si se omite en una de ellas la descripción y título de adquisición de la finca o derecho que adquiere el otro permutante, no se puede calificar e inscribir la permuta.

De cuanto hemos expuesto fácil es colegir la gran utilidad práctica de la labor realizada por Martínez Santonja.

Como él mismo señala en el prefacio de su Conferencia, no siempre han de ser éstas de las «llamadas de altos vuelos, de alto curso, sino que las ha de haber también de tono más sencillo, de estilo más familiar, conferencias que tengan más presente la labor profesional diaria y en las que el conferenciante, aportando las enseñanzas de su experiencia personal, pueda facilitar la labor de sus oyentes y «compañeros».

Y como su trabajo es cual un breviario, una condensación o síntesis de un posible libro en preparación, no ya invitamos sino que requerimos a Martínez Santonja —tan culto como práctico— a que lo haga y publique. El guión está ahí. Ligeros, no muchos, retoques o prefacios doctrinales a la diversidad de materias expuestas. Ampliación de éstas en algunos extremos, por ejemplo en Apoderamientos: representación y mandato, su matización y repercusión en ese campo tan amplio de Sociedades, sobre todo mercantiles. Discriminación en la sección de Estipulaciones, de pactos, cláusulas, condiciones, etc., tan precisamente desenvuelto por Folzea: «La condizione e gli elementi dell'atto giuridico», y Ruiz Martínez: «Sobre la condición y sus aledaños», etc., etc.

Todo ello, con cuanto ha de sugerirle su fértil ingenio y gran preparación, harían de ese posible libro el imprescindible (como también lo es ya su conferencia) en nuestros despachos de Notarios y Registradores.

GINÉS CÁNOVAS
Registrador de la Propiedad