

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXVII

Febrero 1951

Núm. 273

El pacto de opción y el derecho que origina (*)

I. EL PACTO DE OPCIÓN

Actualidad de la opción.—Entre las instituciones que vienen elaborándose en plenos tiempos actuales, respondiendo a una realidad vivida en el tráfico jurídico, está la de la llamada «opción», cuyo asunto —podría decirse con frase casera— está sobre el tapete. Como afirma PUIG PEÑA (1), se ha generalizado mucho en los últimos tiempos la inserción, en la contratación sobre inmuebles, de las llamadas cláusulas de opción, el uso de las cuales hizo observar a los autores que merecía los honores de un estudio independiente.

Pero, ¿es una institución nueva, un invento de la ciencia jurídica, adaptable a necesidades de actualidad? Indudablemente, no. Es —como todo en el Derecho— el producto de una gestación lenta, paulatina y concienzuda, de una adaptación de antiguas figuras, aplicadas al momento de hoy, después de una necesaria transformación de la que ha ido encargándose la doctrina, la jurisprudencia,

(*) Trabajo premiado en el Concurso «Oloriz» (bienio 1948 a. 1950), por la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, con el primer premio.

(1) F. PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil español*. Edit. Revista de Derecho Privado. Tomo III, pág. 511.

y un algo abstracto, más práctico y vulgar: la experiencia, la vida misma.

De su consagración en el estudio de investigación y de enseñanza, y en la letra de los cuerpos legales, estamos en la antesala misma. La doctrina contemporánea, verdaderamente magistral, ha salido ya en gran medida del confusionismo de las primeras impresiones y de las discusiones iniciales. Y la institución jurídica de la opción —producto de refundición, como se dijo, y no de creación— se va trabajando, terminando, tomando cuerpo. Y lo que hace pocos años era un negocio jurídico casi desconocido en la práctica y, por consiguiente, olvidado en la teoría, va hoy entrando francamente en la corriente del tráfico de los negocios cotidianamente concertados y consiguientemente, en la atención del investigador, del Juez y del abogado. Los Protocolos notariales van enriqueciéndose en ejemplos del éxito práctico de esta figura y los Tratados y Revistas reflejan en sus páginas el interés del jurista (2).

La opción es, pues, un tema de eminente actualidad. Los modernos Códigos pasan todavía por alto, generalmente, esta institución. El Código civil y el de las Obligaciones de Suiza, se ocupan algo de la opción, pero sin llamarla así. El art. 1.331 del nuevo Código civil italiano, con el nombre de «opzione» conoce la situación jurídica en la que una parte queda vinculada a la propia declaración, y la otra se reserva la facultad de aceptarla. De otro lado, Cuba tiene una regulación legal completa del «contrato de opción». En nuestra Patria, el Código guarda silencio acerca de la opción, que deberá regularse —como indica la sentencia de 23 de marzo de 1945— conforme a las normas generales relativas a Obligaciones y contratos. Ya se verá, finalmente, cómo el Código de las Obligaciones en la Zona del Protectorado español en Marruecos se ocupa de la compraventa con cláusula de opción, aunque su contenido no responda al mismo

(2) Desde la monografía *El contrato de opción*, de OSSORIO Y GALLARDO en 1915, la cuestión ha sido tratada, dentro de la doctrina española, que ganará con ello el mérito de una aportación primordialísima a la construcción de esta figura, por GAYOSO en *Revista de Derecho Privado*, 1927; SALDAÑA en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1928; J. GONZÁLEZ en esta misma Revista, 1932; ALONSO MOYA en *Universidad*, 1933; MENGUAL en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1936; ROCA SASTRE en sus modernos *Estudios de Derecho Privado*, 1948, y en sus obras de Derecho Hipotecario; LA RICA en sus *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, 1948 (Madrid, Colegio Nacional de Registradores), así como PUIG PEÑA, CASTÍN y otros tratadistas en sus obras de carácter general.

criterio progresivo que su mera inclusión supone. Por último, el Tribunal Supremo ha tenido ya ocasión de pronunciarse sobre el extremo que nos ocupa, en sentencias de 23 de marzo de 1945, 10 de julio de 1946, 18 de enero de 1947 y 27 de febrero de 1950, y la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 27 de marzo de 1947. Y por fin, el único precepto positivo español que regula la institución, nació como art. 14 del Reglamento Hipotecario vigente.

Todo ello viene a avalar aquella afirmación de que la opción, era una cuestión sobre el tapete.

CONCEPTO

Precedentes y etimología.—Ya se ha dicho que el instituto de la opción es muy moderno. Cuando el Derecho romano habla de «*optio*», —por ejemplo en la *optio servi*, en la *optio tutoris* o en los legados de opción— era siempre en materias ajenas por completo al ámbito en el que hoy se desarrolla la figura a la que se ha aplicado este término; en otras palabras, no existe precedente de ninguna clase, en Derecho romano, de la actual opción, que era desconocido, y el término *optio*, jurídicamente, no nos sirve más que como precedente etimológico aplicable tanto a este caso específico como a todos aquellos negocios en los que la voluntad juega un papel interno de decisión ante un dilema fundamental; ante el *dare* o el *non dare* ante el *facere* o el *non facere*, es decir, en todos los casos en que la voluntad deba realizar una elección. No es poco inconveniente el de la anfibología de este término, que por otra parte, describe mejor que ningún otro la esencia de la institución que nos ocupa (3).

Esta generalidad o anfibología se ha deslizado también en nues-

(3) Critica esta etimología GAYOSO en «Cuestiones sobre el contrato de compraventas», *Revista de Derecho Privado*, 1927, págs. 193 y ss., por considerar que en nuestro caso específico el sentido de la opción no equivale al de elección, sino más bien al de pretensión o aspiración. Rechazamos esta concepción que, según el moderno sentido que los procesalistas dan a la pretensión, limitaría la opción dentro de los derechos personales exclusivamente —lo cual está de acuerdo con el sentir de este autor, pero no con el nuestro—, puesto que la pretensión equivale a exigencias del acreedor sobre el deudor para una determinada prestación, mientras que ampliando su esfera de vida a los derechos reales habrá lugar a una acción, ejercitable también contra terceros, solicitando la tutela jurídica del Estado.

tras, leyes vigentes (4). Siempre que nuestros ordenamientos legales —y, son muchas las ocasiones— hablan de opción; de optar, es en el sentido general de elección de situaciones jurídicas determinadas por parte de los sujetos de la relación de que en cada caso se trate; no hay referencia alguna a la específica opción de que se va a tratar en estas páginas. Sólo el Reglamento fiscal de Derechos reales, desde su reforma de 20 de abril de 1911 mencionó la opción en su sentido genuino, aunque con notorias deficiencias técnicas, como se lia de ver en su lugar. Hasta que finalmente, llegamos al aludido artículo 14 del vigente Reglamento Hipotecario, que da a nuestra figura el espaldarazo de su consagración legal, si bien de una manera aun susceptible de mejora, como se verá más adelante.

Concepto amplio y estricto: delimitación inicial.—Tras esta introducción, se entra en el concepto de opción. Es preciso, aún específicamente, darle primero un carácter general, ya que los autores, por disparidad de criterios en torno al problema de su naturaleza jurídica, le dan unas veces carácter de contrato independiente; otras de contrato accesorio o preparatorio; e incluso, sobre una nueva base de discrepancia en cuanto a la naturaleza del derecho que origina, unos limitan el concepto al campo de los derechos de obligación, mientras otros le admiten efectos reales. . . .

Ejemplos de concepción amplia son las de OSSORIO Y GALLARDO, primer autor español sobre la materia, que equiparó la opción, en esencia, a un derecho de elección, o mejor dicho «derecho exclusivo, durante un cierto tiempo, a hacer algo de lo que se ha de obtener algún beneficio» y el autor italiano GIANCARLO FRE (5) quien la define como «facultad reconocida generalmente por un cierto tiempo a una persona; de obtener una determinada prestación o ejercer un determinado derecho, con preferencia a cualquier otra».

Pero ésto es la opción como derecho. Como acto convencional

(4) No se dice ésto con intención de crítica, ya que la redacción de nuestros códigos y leyes especiales fundamentales fué anterior a la aparición pujante de la opción en el campo de tráfico jurídico contemporáneo. En estos cimientos legales no se regula esta institución específica, sólo brevemente intuida en los grandes autores de la época (así, C. VALVERDE: *Tratado de Derecho civil español*, 3.^a ed. III. Pág. 344, por ejemplo), gracias a lo cual probablemente no tenemos hoy que lamentar algún craso error, debido a lo poco conocido de la figura en aquel entonces.

(5) G. FRE: *Il diritto di opzione*, en *Nuovo Digesto italiano*, IX, página 172 (Turín, 1939).

entre vivos por el cual se crea este derecho ; es decir, el pacto de opción, puede ser definido como «Pacto o cláusula que, adjunto a un contrato típico de perfección normalmente inmediata, altera en él dicha circunstancia, suspendiendo su efectividad hasta un cierto plazo máximo de caducidad, y produciendo ínterin una situación jurídica en la que una de las partes, el beneficiario de la opción, puede, sin obligación de hacerlo, decidirse por la efectividad del negocio ; y la otra, mientras tanto, viene obligada a mantener el mismo, bien de un modo absoluto (sin poder transmitir la cosa, o prestar el servicio u otorgar la ventaja objeto del contrato a otra persona : opción personal), bien de modo relativó, pudiendo transmitir a otra la cosa, gravada y viridicable a favor del beneficiario del pacto mientras dure el plazo que se estableció (opción real)». El desarrollo de este concepto se verá en los epígrafes siguientes :

NATURALEZA JURÍDICA DE LA OPCIÓN.—DISTINTOS ASPECTOS

Desde el primer momento, pues, podemos decir que la cuestión crucial de la materia es la de su naturaleza ; naturaleza esencial y funcional de la opción como acto originario de derechos para poder conocer a qué clase de situaciones es aplicable, y naturaleza jurídica, después, del derecho que nace por su efecto. Puede, pues, seguirse, para el análisis que nos proponemos, la sistemática siguiente :

Naturaleza jurídica de la opción como acto originario de derechos. { ¿Qué es la opción como negocio? ... { ¿Es una fase preliminar o tráto? { ¿Es un «precontrato»? { ¿Es un verdadero Contrato típico? { ¿Es un tipo contractual? Pacto. Cómo funciona la opción.

De la naturaleza jurídica de la opción como derecho subjetivo, como relación (real o personal) surgida del negocio opcional, se tratará en la segunda parte de este trabajo, después de considerado totalmente el primer aspecto de la opción, acto originario de derechos.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA OPCIÓN COMO ACTO ORIGINARIO DE DERECHOS.—QUÉ ES LA OPCIÓN

A) ¿Es una fase preliminar o generadora de un contrato?— El primer punto de la cuestión es el que suscita el problema :

la opción, ¿es una relación de naturaleza negocial (6) o es una mera fase precontractual?

Lo que parece indudable, y nos hace salir un mucho de dudas, es que la exigibilidad de la opción tiene la base o fundamento suficientes para que podamos considerar los accidentes de la relación incluidos dentro de la doctrina del incumplimiento y de la culpa contractual y no de la culpa extracontractual. Con ello salimos de un salto del campo de estudio de las fases «preliminares» de la formación de los contratos, es decir, de lo que HILSENRAD titula «obligaciones precontractuales». Aunque en este ámbito sean dos las voluntades en juego, mientras no concurren los dos elementos de la oferta y de la aceptación no podemos imaginarnos una relación de opción constituida y perfecta. Con ello queda diferenciada nuestra figura, por ejemplo, de lo que HILSENRAD llama «oferta acompañada de un plazo para reflexionar», curiosa figura que este autor presenta como un tipo mixto, ya que, mientras advierte que «la parte que concede un término para reflexionar no debe esperar que la parte beneficiaria del plazo conteste aceptando, porque su aceptación se presume tácitamente» (7) —es decir: es un problema de fuerza vinculante de la oferta, correspondiente a la fase precontractual— añade en cambio, unas líneas más adelante, después de considerar que el oferente no se priva de la facultad de retractarse pero que en tal caso queda obligado a la reparación del perjuicio, que el fundamento de tal obligación es, en su opinión, contractual.

Pero estas dos opiniones se nos antojan contradictorias. La concurrencia de las voluntades para dar nacimiento a una obligación contractual debe ser, indudablemente, y en un momento dado, simultánea. Y, ¿en qué momento del plazo concedido habría que estimar producida la voluntad aceptante? Esta voluntad, al menos, debiera exteriorizarse en alguna conducta o acto que indique, tácitamente al menos, la aceptación. Si no, nos quedaremos en una mera fase precontractual o preliminar, sin fundamento alguno contrac-

(6) Decimos «negocial», queriendo comprender en este término todo acto creador de derechos y deberes efectivos, bien entrañe una mera obligación personal, bien sea un verdadero acto dispositivo. Lo que interesa entender es la relevancia del acto como productor de relaciones jurídicas efectivas y no meramente preliminares.

(7) ARTHUR HILSENRAD: *Las obligaciones precontractuales*, 1932. (Traducción española de F. MENÉNDEZ PIDAL), pág. 46 y ss.

tual para la cuestión de los perjuicios, como pretende el citado autor.

En suma, no es admisible esa mezcla de caracteres: si el beneficiario del plazo no contesta aceptando expresamente, o realizando alguna clase de actos que autoricen a pensar fundadamente en una aceptación tácita, seguiremos dentro del problema de la fuerza vinculante de la oferta; pues una aceptación no ya tácita, sino presunta, como quiere el autor, nos parece demasiado atrevido considerarla como base para pretender encontrarnos ya dentro del ámbito de una relación contractual. Para ello sería necesario una verdadera aceptación, y entonces nos encontraríamos no ya dentro de una oferta acompañada de un plazo para reflexionar, sino con un pacto de opción perfecto.

B) *¿Es un precontrato?* — Con esta distinción se ha conseguido escapar de esa especie de castillo encantado que es la esfera de las fases preliminares de la formación de los contratos, donde siempre nos persiguen los fantasmares del problema de la fuerza vinculante de la oferta y de la sustantividad de la declaración después de emitida. Pero aun hemos de vernos las con otro extraño fantasma: el precontrato.

Creado por la doctrina sobre la teoría de los contratos preparatorios (antiguo contrato de promesa) ha surgido esta confusa institución, inconsistente de puro sutil y perfectamente inútil. Aparte de que la opción se distinguiría siempre de ellos en que no es un acuerdo *precedente* a un contrato, del cual haya de resultar un contrato definitivo (con nuevo concurso de sus elementos constitutivos), sino un acuerdo *añadido* a un contrato, que hace eventual la efectividad de su contenido, y no su existencia misma, que es perfectamente real desde el primer momento, acuerdo concebido en el mismo instante y unitariamente al contrato fundamental, creemos que no vale la pena establecer distinciones donde nos falta precisamente un término de la comparación: el precontrato mismo. Sí, decimos que falta, porque creemos que al precontrato lo ha matado el profesor ALGUER, y a pesar de algunos posteriores y macabros intentos de exhumación, la doctrina jurídica acabará por convencerse de que está muerto del todo; su huella durará poco, además, porque murió antes de llegar al uso de razón.

Efectivamente, si acaso en alguna legislación, como la cubana,

donde el Juez puede obligar al cumplimiento del contrato definitivo, el precontrato, aun adoleciendo siempre de un anti-tecnicismo constitucional; puede tener una cierta justificación práctica, en legislaciones como la española, en cambio, esta figura es de una escandalosa inutilidad. Pues dice ALGUER (8) con razón, que si el precontrato de un contrato consensual es indistinguible del contrato mismo, definitivo; si el precontrato de un contrato real no es al fin y al cabo más que un verdadero contrato pendiente de ejecución, y si el precontrato de contrato solemne es nulo, hay que acabar por admitir que el precontrato no sirve para nada, máxime cuando su única e íntima finalidad puede ser mejor cubierta por otras instituciones, que logrando el mismo objeto de no precipitar inmediatamente la efectividad de las prestaciones, tienen en cambio la ventaja de una total seguridad, ya que el poder judicial puede constreñir a cumplirlas cuando llegue el caso; sin quedar paralizado ante lo único a que ni siquiera teóricamente puede constreñir: a contratar (el contrato definitivo, que es el objeto inmediato del «precontrato»); a consentir. Así, si las partes quieren aplazar la efectividad de un contrato, pero con la plena garantía de que no se frustrará, otorgan un contrato a término, adoptan las garantías pertinentes, y en paz. Si quieren que el contrato principal sólo produzca efectos si ocurre un evento futuro, que otorguen un contrato bajo condición. Si quieren que su acuerdo dé sólo lugar a un contrahere, en su acepción estricta, y que caso de incumplirse se indemnicen los perjuicios causados, pueden lograrlo pactando una cláusula penal penitencial. ¿Qué se quiere, en fin, que el contrato principal surta efectos sólo en el caso de que una de las partes se decida por su efectividad? Pues ello puede lograrse pactando una opción.

Así, queda clara la diferencia. En un contrato con pacto de opción (lo cual, en conjunto, es un negocio total unitariamente concebido por las partes, y desde luego, perfecto), el contrato, por efecto del pacto adjunto, podrá quedar inefectivo, pero es perfectamente existente, desde el principio, como tal contrato. En la artificiosa figura del «precontrato», no hay más que un embrión de contrato definitivo, aunque para lograr ese embrión haya sido preciso el

(8) J. ALGUER: «Para la crítica del concepto de precontrato». *Revista de Derecho Privado*. 1935, pág. 301 y ss..

concurso dé un consentimiento, de una causa, y de un objeto —absurdo— que es el contrato posterior, fiel ampliación del primero. Pero es que, como resume ALGUER, la obligación de emitir una declaración de voluntad es una figura sin consistencia. No se puede consentir en consentir, obligarse a consentir en el futuro, pues la voluntad contractual no puede ser impuesta, sino que ha de ser libre en cada momento; y mucho menos puede ser suplida por un mandato judicial. ROCA-SASTRE, partidario del precontrato, pretende evadirse de este obstáculo siguiendo la que llama «teoría de la colaboración» —sobre ideas de BOÑFANTE y CHIOVENDA— que afirma que no existe coacción para exigir que se emita una nueva declaración de voluntad; pues cuálido se reclama la efectividad del precontrato, nolente debitore, no se exige la emisión de una voluntad contractual, sino simplemente la cooperación o desarrollo de la actividad necesaria del obligado para lograr el resultado o fin práctico pretendido al concertar el precontrato (9). Pero esta sutileza no escapa tampoco al dilema terminante que puede plantearse así: en el desarrollo de esa actividad dirigida al contrato definitivo, o sea, a la efectividad del precontrato, ¿hay o no una intervención posterior de la voluntad en el sentido de obligarse? ¿No la hay? Pues es inútil la dualidad contrato-precontrato, y este último es un contrato perfecto. ¿Interviene, por el contrario, la voluntad, en el sentido marcado en el precontrato, para la contracción del segundo y definitivo acuerdo? Pues esta voluntad viene impuesta, forzada, y no juega libremente; y en su momento, su papel.

Disipada ya la bruma de los precontratos, volvemos a encontrar nuestra ruta. La opción, como acto constitutivo de derechos, no es una fase preliminar de la formación de los contratos, ni es un «precontrato»; luego es sencillamente, un negocio de tipo contractual neto. O mejor dicho, una parte de un negocio contractual, que recibe de ese todo su naturaleza:

C) *Es un verdadero tipo contractual.* — Pues, concluído que es verdaderamente un negocio de tipo contractual neto, y queriendo con ello indicar que llena de por sí una función actual, definitiva, sin que sea precisa para la efectividad de los derechos que origina la conclusión de contrato posterior ninguno, sino solamente el ejer-

(9) R. ROCA-SASTRE: «El contrato de promesa». En «Estudios de Derecho Privado». Ed. Revista de Derecho Privado. I, pág. 331 y ss.

cicio de una facultad atribuída a la parte beneficiaria como contenido esencial de la relación generada, es preciso delimitar su naturaleza con un más ceñido rigor conceptual.

a) ¿Es que es la opción un contrato típico, como parece indicar esa denominación corriente, que se le da de «contrato de opción»? La relación opcional en sí, abstractamente considerada, no. Precisa reconocer que la opción por sí sola carece de una relación interna propia, concebible como objeto autónomo e independiente. El objeto de la opción es optar, pero, ¿optar a qué? ¿Optar «lo que sea» respecto de una cosa? ¿Decidir bien tomarla en arrendamiento, bien comprarla; ya usufructuarla, ya tomarla en enajenación; ora aprovechar sobre ella una servidumbre, ora recibirla en aparcería, y entiéndase que todo ello, así, en términos generales, bajo un título o acuerdo único y universal, sin concretarse a una relación determinada? Fácilmente se nos alcanza lo imposible de esta concepción, incluso en lo teórico, que dejaría no una sino todas las titularidades posibles de una persona sobre una cosa, en particular, en la más absoluta de las incertidumbres, y ello sin hablar de las exigencias del tráfico, ni de los terceros. Y es que la esencia íntima de la opción, la posibilidad de elección pura, la potestad de escoger «algo», es un concepto superabstracto, incompleto y no viable por sí solo; es una idea, existente como tal idea, pero sin cuerpo propio en quien encarnar: necesita una simbiosis con una relación concreta y mediata. Habrá una opción de compra, o una opción de arriendo, etc., pero no una opción a tocateja, como tampoco hay una retroventa (que por cierto es otro pacto de la misma naturaleza del que tratamos) sin venta precedente.

a') En estas condiciones no puede ser un contrato principal, porque no tiene un contenido absoluto, es decir, independiente.

b) Y un contrato no principal, tampoco. Su construcción, atendiendo a su finalidad, puede presentar cierta confusión a primera vista con las figuras de los llamados contratos no principales, preparatorios y de garantía. De los preparatorios —como un contrato preparatorio la considera, por ejemplo ALONSO MOYA (10)—, diferenciándose en que en aquéllos, aunque no haya un fin en sí, hay un contenido independiente, que permitiría, por ejemplo, dar un

(10) ALONSO MOYA: «La opción como un contrato preparatorio» titula su trabajo, publicado en *Revista. Universidad*, 1933.

mandato general e indefinido (al menos teóricamente), mientras que en la opción no hay una relación viva que nos permita concebir un estado análogo. De los contratos accesorios se diferencia en que, aunque éstos no tengan razón de ser más que como complemento o referencia a un negocio principal, tienen un contenido independiente del mismo, añadido a él. La opción, en cambio, califica un contrato principal alterando ciertos de sus efectos propios, destruyéndolos y sustituyéndolos por otros extraños a la configuración típica de aquél. Así, si la opción es de compra, determina que los efectos de la compraventa no sean (como serían en circunstancias normales) inmediatos y firmes, sino futuros y eventuales; haciéndolos depender además de la voluntad de una sola de las partes. El llamado contrato accesorio, con tener una relación viva e independiente de la del principal, no hace, sin embargo, que aquélla influya sobre ésta, ni alterándola ni matizándola, sino que simplemente la añade, para resultar del conjunto todos los efectos propios del contrato principal típico, más todos los del de garantía.

b') La opción, en fin, tiene naturaleza contractual, como se dijo, en cuanto a la relevancia de su significado como fuente de una relación. Pero es un tipo contractual del género de los pactos. Bien es verdad que, como dice RUGGIERO (11), todo lo clara que fué entre los romanos la distinción entre contrato y pacto, es imprecisa y oscura en la terminología moderna. Pero de todos modos, la opción es un pacto en el verdadero sentido de la palabra y del concepto, muy necesitado, es cierto, de un estudio sistemático moderno; sentido que es el que en Derecho romano tenía solamente un género de pacta, los adiecta o añadidos a un contrato principal con la misión de alterar en algún sentido lo que serían efectos propios o normales de un contrato típico (12). La opción, efectivamente, es una cláusula

(11) R. RUGGIERO: *Instituciones de Derecho civil*, 4.^a ed. II-1.^o, página 250. (I. Ed. Reus. Traducción de J. Santacruz y R. Serrano Súñer.)

(12) Los pactos no añaden al contrato a que se unen efectos extraños al mismo que sean propios de otro contrato típico, sino que alteran algunos de los que son normales de aquél, sin que ello entrañe la formación de un «contrato complejo o mixto». Su misión es calificar un contrato en el sentido querido por las partes, según una determinación adjetiva de su voluntad, que no implica desnaturalización del negocio fundamental. Una compraventa con retro o con pacto de indeum addictio, o con opción, no deja de ser una compraventa y sólo eso, pues el pacto ni le quita su carácter esencial ni le suma otra relación independiente y típica, sino una modalidad tal vez extraña a la relación normal en que el contrato incidido consiste, pero no autónoma por sí sola, como relación distinta. Estos pactos

que altera siempre un efecto normal del negocio al que se adjunta: el de su efectividad inmediata, puesto que relega esta efectividad a la categoría de una probabilidad dependiente de la voluntad del titular optionario durante un cierto tiempo, combinando los efectos de la condición (pótestativa) y del término o plazo. Algunos autores de la escuela de SAVIGNY llaman a estos elementos modificativos, partiendo de su misión complementaria y no autónoma, «determinaciones accesorias de la voluntad», queriendo separar, en el negocio total, un contenido principal y uno accesorio. Pero es preferible la concepción de los que, como ENNECCERUS (13), consideran equivocado el anterior criterio y creen que el elemento calificativo en el negocio total, siendo precisamente el que le imprime su peculiaridad, es tan primordial como el llamado «contenido estricto» o «determinación principal». El negocio condicional de venta, por ejemplo, no sería tal si no hubiese venta (contenido estricto), pero tampoco lo sería si no fuese condicional (contenido calificativo). Y es que una vez unidos estos elementos, su importancia respectiva es idéntica: ni el pacto sin el contrato sería lo que es el negocio total, ni el contrato sin el pacto tampoco. Y si ese negocio total ha nacido es porque tiene una razón de ser en la lógica y en el tráfico jurídico, y ocupa un lugar como solución de necesidades humanas auténticas, que no podrían llenarse circunscribiéndose a la institución de los contratos típicos.

Así se concluirá affirmando con ROCA SASTRE (14) que en buena técnica lo que suele denominarse contrato de opción no es más que un simple pacto o cláusula acoplada a otros contratos. En los casos más frecuentes de aplicación: la compraventa, el arrendamiento, etcétera, se tratará siempre, en realidad, de un contrato de compraventa, de arrendamiento, etc., en los cuales se pacta o añade la cláusula de opción, por la cual se suspende durante cierto tiempo la efectividad del contrato, y durante cuyo plazo goza el optionario de la facultad de escoger entre dicha efectividad o en dejar inope-

son necesariamente simultáneos al contrato principal en su elaboración intelectiva por las partes, pues ni pueden ser anteriores, al carecer de sustancia y vida propia, ni posteriores tampoco, pues implicarían un convenio modificativo o novatorio.

(13) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF: *Tratado de Derecho civil*. I-2.º, pág. 316, (Editorial Bosch, 1935. Trad. y notas de B. Pérez y J. Algur.)

(14) R. ROCA SASTRE: «El contrato de opción» en *Estudios de Derecho Privado* (yá citada), pág. 351 y ss.

rante aquél, con una actitud pasiva que determine su caducidad. «De no existir —sigue diciendo ROCA SASTRE— tal pacto ó cláusula, estos contratos nacerían ya firmes o conclusos como tales, pero su existencia suspende, detiene o paraliza su efectividad o vigencia a fin de que el beneficiario de la opción pueda deliberar y decidirse por llevar el contrato adelante o desistir de él, dejándolo ineficaz» ; y algo análogo a estos casos de la opción directa ocurre con la llamada opción mediatoria, que consideraremos como una cláusula de opción aplicada a un contrato de corretaje (en la que foma un carácter predominante el sentido de la exclusividad) (15) ; casos todos ellos en los que contrato y pacto forman un negocio conjunto, unitario, y distinto de los elementos que lo forman. Esta es, en definitiva, la naturaleza esencial de la opción (16).

(15) El que se haya dicho que la opción es un tipo contractual, plantea además aquí la posibilidad de estipularla en favor de tercero. A este respecto interesa aclarar que algunos autores, como LA RICA, confunden la opción mediatoria (en el sentido que utiliza este término OSSORIO Y GALLARDO, primer escritor en España sobre la materia) con una opción «en la que se hubiese autorizado al titular para designar un beneficiario». (Ob. cit. página 30.) ROCA SASTRE incurre también en este error al dar como fundamento de la «opción mediatoria» «la economía fiscal, que supone un solo negocio de mediación sobre varios de transmisión» (?). A nuestro entender, hay dos figuras diferentes : a) La opción *mediatoria*, en la que el único titular de la opción es el mediador, y el pacto de opción se consuma cuando éste ha hecho las gestiones conducentes a un contrato posterior independientemente del acuerdo o desacuerdo entre el concedente de la opción y el tercero buscado (desde que el mediador encuentra al tercero que reúne las condiciones buscadas tiene derecho a su prima o comisión) ; y b) La opción *mediata* (pero directa) con autorización para designar un beneficiario. En este supuesto no hay verdadera estipulación en favor de un tercero unida a una cláusula de opción, a pesar de que pueda presentar este aspecto. Hay un simple consentimiento anticipado por parte del deudor de la opción —futuro vendedor— en aceptar como acreedor y titular, bien al optionario, bien a la persona en quien éste delegue. Es, pues, una figura de delegación consentida que, como otras muchas, pueden quedar agregadas a una cláusula de opción, pero sin desnaturalizarla. La opción pactada podrá verse complicada por la existencia de condiciones, términos o modos —esto último cuando sea gratuita—, y cuando esto ocurra lo único que hay que hacer para reconocer en su pureza el derecho de opción es desvestirlo, con método, de la broza que lo ocultaba. Aparte de estos supuestos, no existe ninguna particularidad en el negocio opcional que de base a una especialidad respecto a la doctrina general de las estipulaciones a favor de tercero. Lo que hay que tener en cuenta es que se entenderá beneficiario el tercero del contenido del negocio total. Si no habría un negocio plurilateral imposible, o al menos sin ventaja visible alguna.

(16) No hay que plantearse serias dificultades para admitir que, v. gr., compraventa y opción sean, respectivamente, un contrato principal y un pacto adjunto, unidos simultáneamente al perfilarse el negocio. Ni hay que creer que la opción es anterior a la compraventa, ni que es posterior. No es anterior, pues la compraventa existe ab initio, y lo que es posterior es

II. CÓMO FUNCIONA LA OPCIÓN

Naturaleza jurídica de la opción como determinación calificativa de la voluntad negocial: función que realiza en la entraña del negocio jurídico total.—Ya dejada atrás la delimitación de la naturaleza esencial de la opción, es decir, el problema de qué es lo que es, precisa ahora desentrañar la cuestión de su naturaleza funcional, o sea, el problema de cómo funciona, qué efecto produce en la relación jurídica establecida.

A este efecto debe apuntarse una distinción dentro de lo que DE CASTRO llama «situaciones jurídicas interinas», añadiendo a los derechos condicionales en general una variante que bien pudiera llamarse «derechos opcionales», siguiendo el criterio de considerar a los primeros como aquellos que no nacen perfectos ni se constituyen en realidad hasta que la condición se cumple (suspensiva), y a los segundos como aquellos que nacen perfectos, pero cuya efectividad pende *a posteriori* de un requisito decisivo. Pues bien, la cuestión a que aludimos no se refiere a la función que se ha llamado íntima de la opción, que, como ya se dijo, carece de sentido y vida independientes, sino a la función mediata, con relación al derecho objeto del contrato principal que definitivamente califica a la cláusula de opción dentro de alguna de sus clases.

En ésta función se ve cómo la opción afecta al objeto mediato de la relación jurídica de una manera suspensiva (suspensivamente, en cuanto al objeto mediato de la relación considerado como derecho perfecto; resolutoriamente, en cuanto a la mera expectativa preliminar, de no hacerse uso de la opción en el plazo marcado para su vida), que puede calificarse de «condicionada», pues el determinante de la condición es sabido que puede ser la voluntad del acreedor—condiciones potestativas.

Condición, término y opción: esencia y mecanismo.—Pues bien;

su efectividad; ni posterior, aunque haga pensar en ello el prejuicio jerárquico de la compraventa—contrato autónomo—y la opción—pacto necesariamente «lapa» de un contrato—. Lo que hay es que precisa distinguir entre la existencia—o perfección—*intelectiva* de un negocio y su existencia—o perfección—*efectiva*. El negocio fué concebido en la mente de las partes unitariamente (existencia *intelectiva*), aunque luego resulta natural y temporalmente qué el ejercicio de la facultad de optar se hace efectivo antes que los derechos nacidos de la compraventa, entre otras cosas porque sin aquél no hubieran podido ejercitarse éstos.

la condición suspensiva afecta al derecho en su esencia ; es decir, pendiente conditione, el derecho no nace perfecto ; no se constituye hasta que la condición se cumple ; en pura lógica, hasta ese momento no hay un derecho, ni perfecto ni imperfecto, en el campo de las realidades : tan sólo una expectativa de derechos vagando por una especie de Limbo del que no sabemos —incertus an ; incertus quando— si saldrá o no saldrá. El Derecho trata estas expectativas confiriendo a sus titulares simples facultades de aseguramiento y conservación, aunque luego (art. 1.120) se convalide retroactivamente la existencia del derecho antes eventual, en el momento en que la conditio existit. También hay que distinguir la función de la opción de la del término inicial, pues los derechos sometidos a plazo presentan la gran analogía de ser perfectos desde el momento de su nacimiento, aunque sea incierto el de su efectividad. Estos derechos a término incierto pasan por una especie de Purgatorio, del que sabemos ha de sacarlos —certus an— una disposición de la Providencia, que —incertus quando— ignoramos cuándo acaecerá. Si la condición es suspensiva «de nacimiento», la opción y el término inicial (y en esto consiste su profunda analogía) son suspensivos «de ejecución». Aun pendiente el término, el derecho existe, puesto que el momento fijado ha de llegar. Pero entre la función del término y la de la opción existe la diferencia de que, mientras el fin del estado de pendencia es (en cuanto transcurso fatal del tiempo) independiente de la voluntad de las partes en el término, en la opción no, puesto que el opcionario decide por la consumación o efectividad en el momento que lo desee dentro del plazo determinado. Uno y otro son determinaciones calificativas de la voluntad ; pero en el término, una vez fijado voluntariamente ab initio, se produce por sí solo, y en la opción hay una nueva y posterior determinación de la voluntad, que aparece, para el mismo efecto, desdoblada en dos momentos (17).

ANALOGIAS

DE LA OPCIÓN Y

DIFERENCIAS

a) *Con la condición suspensiva*

1. La condición potestativa y la opción requieren una determinación de la voluntad posterior al convenio inicial.

1. La condición determina el nacimiento de un derecho.
La opción, sólo los efectos de uno ya nacido.

(17) El cuadro adjunto hablará más claro.

b) *Con el término suspensivo*

1. El término y la opción suponen un derecho perfecto en su nacimiento.
1. El término obra por sí sólo; la opción requiere nueva declaración de voluntad.

c) *Con la condición resolutoria*

1. En ambos casos, los derechos nacen perfectos.
1. La condición cumplida extingue el derecho. Hecho uso de la opción, empieza la eficacia del negocio.
2. La opción real inscrita supone una amenaza de resolución ante terceros (art. 37 L. H.).

Pero si en la doctrina normalmente admitida habría que aceptar las anteriores diferencias, admitiendo la distinción entre las condiciones y términos que afectan al nacimiento y las que afectan a la efectividad de los derechos y obligaciones (18), hemos de reconocer que funcionalmente la opción tiene naturaleza condicional. El mecanismo, después de todo, es el mismo, se afecte al nacimiento o a la efectividad de un derecho, y al fin y al cabo todas las circunstancias calificativas de un negocio total pueden reducirse a los grupos clásicos de condición, término y modo, este último reservado a los negocios de liberalidad (19). De este modo, puede aceptarse la tesis de MESSINEO (20) y considerar funcionalmente la opción como una especie del género condición potestativa. Efectivamente, en cuanto a la relación que pueda eventualmente hacerse efectiva, su misión es ciertamente la misma: el opcionario y el titular de la condición potestativa pueden, si quieren, hacer efectiva una nueva relación, en un caso simplemente determinando la perfección inmediata del

(18) En tiempo reciente, y por una parte de la doctrina dentro de la especialidad del Derecho Fiscal, se ha apuntado la distinción entre condiciones suspensivas y las llamadas «suspensivas de ejecución». (RODRÍGUEZ-VILLAMIL; CHINCHILLA.)

(19) En efecto, esencialmente serán figuras diversas (no admitiendo la distinción que se cita): la opción es un derecho adquirido por el titular, mediante el cual puede, si quiere, hacer efectivo otro derecho. Pero aquél es cierto ya y puede incluso transmitirse a los herederos. La condición potestativa otorga al titular, en cambio, una mera facultad personalísima e intransmisible.

(20) Pero diferirán funcionalmente también en que en la opción hay otra relación actual sobre la que la opción misma, como existente, imprime un impulso —autoimpulso— de conservación y continuidad, haciéndola incluso transmisible. En tanto que en la condición potestativa —especie, para el titular, de las merae facultatis— la acción funcional de este período es nula porque no existe relación alguna constituida.

negocio total, y en otro, haciendo nacer éste, sólo por un acto de la voluntad. Aquí, ciertamente, la opción es una especie del género condición suspensiva potestativa, como se dijo (21). La existencia de un plazo para el ejercicio de la opción no obliga, por lo demás, en nuestro parecer, a admitir a ésta un carácter mixto de condición y término (22).

Cabe, finalmente, preguntarse qué trascendencia práctica pueden tener estas distinciones. Pero sea como sea, a nosotros nos sirve principalmente a la idea de delimitar la naturaleza funcional del pacto de opción, lo cual después de analizada su naturaleza esencial deja cumplido nuestro propósito de estudiar qué es y cómo funciona la opción como acto originario de derechos; es decir, como fuente de una relación jurídica. Ahora, después de considerar las diferentes formas bajo las que la opción se presenta, principalmente en la práctica, podrá considerarse la opción en cuanto derecho, o sea, en cuanto relación jurídica constituida.

ELEMENTOS, VIDA, CARÁCTERES

Elementos.—En primer lugar debe tratarse del estudio de los elementos de la opción, que según el antiguo criterio clasificador son personales, reales y formales.

Personales.—Elementos personales son el que otorga y el que recibe la opción, es decir, el poder o facultad de elección. Aquí nos encontramos con la peligrosa cuestión de la nomenclatura, sobre la que JERÓNIMO GONZÁLEZ se extiende en largas investigaciones (23).

(21) Véase la página 85.

(22) Pues, funcionalmente, admitida la naturaleza de condición, ¿no habría que hacer otro tanto con el término, dado que en toda opción hay un plazo para decidirse que parece representar el papel de término suspensivo de efectividad? O sea, ¿no será la naturaleza funcional, mixta de condición y término, puesto que ambos elementos juegan en la opción? Nuestra opinión es que no: la situación opcional se proyecta, ciertamente, de una forma condicional-potestativa suspensiva sobre la relación fundamental en cuanto a su efectividad. Pero en forma de término suspensivo, no. Lo que hay de término en este complejo negocio afecta no a la efectividad de la relación total (suspensivamente), sino a la relación estricta e interna de la opción, ya efectiva desde que nació, determinando el máximo de su duración, y esto de una forma resolutoria. La prueba es que el término puede ser eclipsado antes de su transcurso total por la decisión voluntaria de aceptar la efectividad de la relación total en cualquier momento.

(23) JERÓNIMO GONZÁLEZ: El llamado derecho de opción. En *Estudios*

en su artículo sobre el tema que nos ocupa. Cada escritor tiene su criterio y aplica su nomenclatura, con las consiguientes confusiones: librenos Díos de proponer ahora otra nueva con objeto de aumentarla más todavía. En resumen, OSSORIO y GALLARDO llaman optante al titular del derecho de opción y optario al que lo concede; otros autores siguen esta nomenclatura. Por nuestra parte, preferimos la de GAVOSO, que denomina más claramente opcionista al que concede el derecho y optario al titular del mismo, ya que, como señala este escritor, sigue mejor la técnica tradicional (arrendatario, mandatario, depositario, etc.). Similar es la nomenclatura que se seguirá a lo largo de la exposición.

Capacidad.—En cuanto a la cuestión de la capacidad, es opinión de varios autores, como ROCA SASTRE (24), que debe ser la misma que la exigida para el contrato principal a que la opción se refiera, siguiendo la norma de que la opción constituye un simple pacto o cláusula agregada a un contrato, que es el que encierra la finalidad principal del negocio concertado o en proyecto, pareciendo esta opinión la más acertada.

Reales.—Como elementos reales hay que considerar el objeto sobre el que ha de recaer el contrato principal posterior, el plazo y el elemento económico ó contraprestación. También debe considerarse elemento real de la opción el precio asignado al objeto del contrato principal, que puede ser móvil determinante de la voluntad del opcionario, el cual podría variar de pensamiento de sufrir aquél cualquier alteración.

En cuanto al objeto del contrato principal, nada cabe decir, sino que esté determinado suficientemente y que no pueda ser alterado voluntariamente en el sentido que sus cualidades específicas hayan interesado al opcionario. En cuanto al plazo, éste debe ser determinado; y aunque nada repugna de naturaleza a que pueda ser, como el término, cierto o incierto en el cuando, la clase del negocio en el que se usa esta cláusula, permite asignarle los caracteres de plazo cierto y de corta duración. Ya veremos, al tratar del derecho real de opción, cómo la moderna reglamentación del Registro de la Pro-

de Derecho Hipotecario y Civil, III. Edición del Ministerio de Justicia, 1948; págs. 209 a 212. El autor hace un detenido examen de la etimología del término opción, acepciones gramaticales y nomenclatura.

(24) ROCA SASTRE: Ob. cit., pág. 359.

piedad establece un tope moderado para dicho plazo. El precio interno de la opción: remuneración del optionario al concedente por el otorgamiento del derecho, es sólo un elemento natural, no esencial, por lo que la opción, como más adelante se verá, puede ser gratuita u onerosa. Y finalmente, respecto al precio del objeto del contrato principal, es exigencia de lógica que se establezca, aunque puede quedar al arbitrio de las partes el señalar unos márgenes de oscilación para prever las variaciones y riesgos en cierto sentido durante el plazo que dure este derecho.

Formales.—En cuanto a los elementos formales, siendo ésta una materia no legislada, sólo cabe señalar qué deben seguirse las normas marcadas para el contrato principal de que se trate, y sobre todo según se le den efectos personales o reales por las partes. Más adelante se tratará de la cuestión de su inscribibilidad; en cuanto a las especialidades de los requisitos formales de la opción de compra, serán estudiadas también al tratarse de ésta.

Su ciclo vital.—Va a tratarse ahora del ciclo de vida de la opción. Como figura de tipo contractual neto que es, esta cláusula está sujeta a los mismos requisitos de los contratos y pasa por sus mismas fases. Tiene un período o fase de generación, a base de operaciones de carácter preliminar, cuyos accidentes están sujetos a la doctrina de la culpa extracontractual; necesita de todos los requisitos señalados para la perfección de los contratos para su existencia, eficacia y validez, y aunque por la peculiaridad de su objeto repugna un tanto que su contenido interno sea sometido a condiciones o término suspensivos, nada hay que naturalmente lo impida, pudiendo establecerse afecta de condición resolutoria y llevando en sí misma el plazo de resolución como elemento esencial. En cuanto a su consumación, consiste en la decisión de llevar al terreno de la efectividad el contrato principal, o en el transcurso del plazo, pues el ejercicio del derecho en que consiste tiene dos variedades: un hacer: decidir la efectividad del contrato principal; o un no hacer: no decidirlo. Con cualquiera de las dos actitudes o conductas se consuma el derecho de opción, de naturaleza alternativa, pues consiste en esencia en esa facultad de elección o en un cierto sentido de exclusividad, y por cierto tiempo. Esto, por parte del optionario; y en el primer caso, cumpliendo la otra parte con su obligación de dar efectividad

al contrato principal. Con ello, la consumación puede ser voluntaria o forzosa; esta última mediante el ejercicio de las acciones correspondientes. Finalmente, y en cuanto a las causas de extinción de la opción, son éstas también las causas generales de extinción, tanto por lo que se refiere a las obligaciones a que da lugar (por su cumplimiento, por convenio liberatorio, por imposibilidad de cumplirlas y porque la Ley las da por cumplidas), como por cuanto afecta a los contratos mismos, de todas las cuales hemos de destacar como causas típicas, el desistimiento unilateral o renuncia del optionario (puesto que sólo es sujeto de derechos) y la caducidad o transcurso de plazo sin ejercicio de la facultad de optar.

Caracteres. — En cuanto a los caracteres, hemos de señalarle los de ser consensual, porque se perfecciona por el mero consentimiento, aunque si fuera unida a un contrato solemne requeriría, accesoriamente, los requisitos formales señalados por éste; siempre bilateral en su constitución (en cuanto pacto, pues el derecho de opción puede, en principio, concederse por testamento, por ejemplo), aunque no de lugar a obligaciones recíprocas (no es sinalagmático) y oneroso o commutativo, a discreción de las partes. Pero prescindiendo de que exista precio, es discutido (una vez constituida) el verdadero carácter unilateral de la cláusula de opción. Parece a primera vista que sí, pues por de pronto el concedente queda obligado y el optionario no; así lo entiende la Sentencia de 23 de marzo de 1945. No obstante, el autor cubano NÚÑEZ NÚÑEZ sostiene que el contrato de opción es «bilateral imperfecto» por cuanto el optionario quedá a su vez obligado, cuando posteriormente opte. Sin embargo, ROCA SASTRE (25) —cuya opinión parece la cierta— se pronuncia por la unilateralidad, destacando que mientras subsista el estado de pendencia, o sea, mientras el optionario puede ejercitarse el derecho de opción, éste no queda obligado, pero sí el concedente. El cual, precisamente por encontrarse vinculado, tiene como obligación derivada la de no comprometer la posibilidad de cumplimiento contractual de ninguna forma.

Condiciones objetivas. — Pero hay otros caracteres que más bien se refieren al contenido del pacto y que OSSORIO Y GALLARDO consideraba como de concurrencia inexcusable para que pudiera hablar-

(25) R. ROCA SASTRE: Ob. cit., pág. 358.

se de opción. Son: exclusividad en el derecho, temporariedad o plazo fijado y condiciones determinadas de realización (26).

Exclusividad en sentido objetivo. — En cuanto a la exclusividad hemos de hacer varias salvedades: si las partes configuran el derecho de opción como meramente obligacional, será preciso reforzar este carácter de exclusividad, ya que el objeto mediato de la opción no sería perseguible contra terceros; pero de configurarse como derecho real, exigible erga omnes e inscribible, la exclusividad no es esencial ni mucho menos, teniendo en cuenta que la opción está ya garantizada suficientemente para permitir que el objeto del contrato principal sea transferido con el cargo o sujeción de este derecho preferente.

Exclusividad en sentido subjetivo. — Tampoco el requisito de la exclusividad para MENGUAL debe entenderse de una manera absoluta, en el sentido de que no pueda haber una misma cosa más de un titular del derecho de opción. «Puede el propietario de un inmueble gravado con opción —dice este autor (27)— constituir sobre él nuevas opciones, aunque éstas se hallarían sujetas al principio prius in tempore potier in iure y al de la prelación de créditos y cargas reales.» En estas segundas opciones la adquisición o no adquisición de la cosa está sujeta, no sólo a la voluntad del titular, sino también a la de otros titulares, que por ser anteriores en el tiempo; son mejores en el derecho. La manifestación en sí o en no de la voluntad de estos titulares anteriores constituye para el titular de esa opción posterior un hecho futuro incierto que es independiente de su voluntad, es decir, los tres requisitos de una condición suspensiva, que es a lo que prácticamente está sometida la efectividad de su derecho.

El término. — El requisito o carácter del plazo es, desde luego, esencial en este derecho, porque una limitación tan grave a la propiedad no puede ser indefinida. Incluso, y por este mismo motivo, el plazo debe ser de corta duración; corta relativamente, por tratarse de un objeto patrimonial tan importante como es generalmente un bien inmueble. Por eso estimamos exageradamente corto el tiem-

(26) A. OSSORIO: Ob. cit., pág. 39.

(27) MENGUAL: «La opción como derecho y como contrato». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1936, pág. 191.

po de treinta días del Código de las obligaciones y contratos de la Zona del Protectorado español en Marruecos; como nos parece un poco largo el de los diez años del Código suizo (tal vez no, para la configuración que se da en aquel sistema a este derecho). El máximo plazo de cuatro años de nuestro Reglamento Hipotecario de 14 de febrero de 1947 constituye para nosotros un buen término medio.

Otras condiciones.—En la expresión de OSSORIO «condiciones de realización determinadas», se incluye el precio fijado, la prima, si la hubiere, y los acuerdos expresos complementarios. Creemos que debe incluirse también aquí el acuerdo expreso de configurar el derecho real, cuando exista; es decir, el derecho de persecución de la cosa y el acuerdo sobre su inscripción, así como la determinación del rango a que estuviere sometido el derecho con respecto a anteriores opciones, si las hubiere.

De estos caracteres hace surgir OSSORIO otros a ellos encadenados, como la irrevocabilidad, el ser expresa y la especialidad o determinación de la cosa objeto del derecho. En cuanto a la transmisibilidad, sino se ha constituido *intuitu personae*, está reconocida generalmente por la doctrina, y hasta por la legislación, según puede observarse de la redacción del núm. 12 del art. 9º del Reglamento del Impuesto de Derechos reales de 7 de noviembre de 1947, que sigue la de Reglamentos anteriores. En otros sistemas, como el suizo, la opción no es transmisible, salvo pacto.

JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO

Abogado.

(Continuará.)

La extinción de la sustitución fideicomisaria pura y condicional y del fideicomiso de residuo

SUMARIO :

- I) Antecedentes.
- II) Sustitución fideicomisaria normal o pura:
 - A) Fiduciario en propiedad.
 - B) Fideicomisario: premoriencia, renuncia e incapacidad.
 - C) Nulidad de la sustitución.
 - D) Fiduciario en usufructo.
 - E) Aspecto registral.
- III) Sustitución fideicomisaria condicional.
 - A) Fiduciario en propiedad o en usufructo.
 - B) Fideicomisario: Premoriencia al testador y al fiduciario; su renuncia y su incapacidad.
 - C) Nulidad de la sustitución condicional.
 - D) Incumplimiento de la condición suspensiva o cumplimiento de la resolutoria.
 - E) Fiduciario en usufructo.
 - F) Aspecto registral.
- IV) Fideicomiso de residuo.
 - A) Fiduciario en usufructo con facultad de disponer.
 - B) Aspecto registral.

I) ANTECEDENTES

La figura jurídica de la sustitución fideicomisaria constituye una cantera inagotable de postulados a resolver por el jurista, y basta adentrarse en la espesa selva de toda la literatura jurídica sobre el

tema para llegar a la conclusión de que nuevos y nuevos horizontes surgen a cada paso en el inagotable campo de la realidad jurídica.

Lo casuístico del tema hoy planteado y el vacío que en torno a él se ha hecho nos dispensa, en aras del deseo de avanzar en su exposición, de todo antecedente acerca de la sustitución fideicomisaria.

El primer problema a resolver es el de la fijación del término técnico que ha de rotular todos aquellos casos en que la sustitución fideicomisaria no cumpla su fin primordial de transmitir la herencia al segundo heredero instituido.

Para Castán (1), la extinción de la institución de heredero puede obedecer a causas genéricas (nulidad del testamento, que lleva consigo la nulidad de la institución) o específicas: muerte del heredero antes que el testador (art. 766 C. c.), no aceptación o repudiación de la herencia (art. 1.006 C. c.), falta del cumplimiento de la condición (art. 759 C. c.), vencimiento del término.

Aceptamos el término *extinción* y lo aplicamos concretamente al llamamiento a favor del segundo heredero (fideicomisario), con preferencia los de *caducidad* o *ineficacia* de la institución, por causa sobrevenida después del otorgamiento del testamento, ya que de haber existido en aquella época habrían provocado la nulidad de la institución hereditaria.

Pasamos por alto aquellas disposiciones de las Leyes de Partida (2), legislación desamortizadora (3), así como cuanto se ha dicho y escrito sobre su origen en el Derecho romano (fideicomiso).

El *hecho básico* de nuestra construcción científica es la admisión por nuestro Código civil, en sus artículos 781 al 789, de la sustitución fideicomisaria *temporal*, y en ella campea, como *alma* que le inspira, el *deseo claramente expresado por un testador de que el heredero conserve y transmita a otro los bienes de la herencia*, todo ello en sus múltiples formas de encomienda de transmisión a un tercero de bienes sin acto alguno de conservación para sí (4), o bien disponiendo del usufructo en favor de una persona y de la propiedad en favor de otra (5), o bien, en cierto modo, la disposición en

(1) Derecho Civil. Notarías, IV, pág. 443.

(2) Ley, tit. V, Partida 6.^a; Ley 8.^a, tit. XI, Partida 6.^a

(3) Ley de 11 de octubre de 1820 restablecida por Real decreto de 1836.

(4) Número 4, art. 785 del Código civil.

(5) Artículo 787 del Código civil.

que se prohíbe la enajenación de los bienes hereditarios, así como otras varias.

Mas esta finalidad perseguida por el testador del pase de los bienes a un segundo heredero puede no tener efectividad, y de hecho no la tiene, cuando el fideicomisario heredero instituído en segundo lugar *premuerre* al testador, o aun sobreviviéndole, renuncia a la herencia, o cuando por exceder los llamamientos de los límites fijados por el Código civil (6) la institución se anula en parte (7), o cuando el fideicomisario es incapaz (8).

¿Y qué sucede entonces? ¿Cuál es el derrotero que han de seguir los bienes hereditarios al fallecer el *fiduciario*, o cumplirse la condición, o el plazo que limitaba el derecho de aquél?

He aquí el problema.

Y éste es tanto más complejo cuanto toda restitución lleva consigo la idea de la exclusión de la *generalidad* de los miembros de la familia.

Este espíritu de *exclusión* de los restantes parientes presiona enormemente para obtener una solución, pues, como después se verá, hay casos en que se atisba como única solución la apertura de la sucesión intestada.

Mas aparte de esta consideración de orden histórico-doctrinal, de *presunción* de afecto y exclusión de parientes, el *elemento insustituible* para llegar al exacto conocimiento de la voluntad del *causante* es la *interpretación de su testamento*.

No es este el lugar ni la ocasión para reproducir las reglas y preceptos que rigen en materia de interpretación de testamentos. El maestro Castán dice que la interpretación suprime la indagación del verdadero sentido de sus disposiciones, o lo que es igual, el *contenido de la voluntad del testador* (9).

La sentencia de 23 de octubre de 1925 recoge sintéticamente el sentido de la jurisprudencia, y, según ella, establece el Código civil tres principios o reglas de interpretación que tienen un carácter general, dando la norma a los juzgadores para que se ajusten a la interpretación gramatical y subsidiariamente a los elementos lógico y sistemático.

(6) Número 2, art. 785 del Código civil.

(7) Artículo 781 del Código civil.

(8) Artículos 745, 750, 752, 753, 754, 755, 756, 759 del Código civil.

(9) CASTÁN: «Derecho civil». Notarías, IV, 623

La sentencia de 8 de julio de 1940 considerando si la interpretación constituye una cuestión jurídica discutible en casación, al amparo del artículo 1.692, número 1, de la Ley procesal civil, en síntesis viene a resolver que si bien los *hechos* básicos para la interpretación son de la competencia del juzgador de instancia, y entre estos *hechos* está la *voluntad interna*, hay que separar la fijación de esa voluntad *a guo* y la cuestión, distinta, de si esa voluntad ha de tomarse en cuenta por haberse manifestado de un modo cognoscible y suficiente, ya que cuando es *incognoscible* de manera cierta, el caso se confunde con la *ausencia de voluntad*, y no es lícito el sentenciador, bajo pretexto de la función interpretadora, construir el acto jurídico con elementos ajenos a la declaración.

También hay que tener en cuenta las instituciones de heredero, consideradas como sustituciones fideicomisarias impropias o formas especiales del fideicomiso de que se ocupa la sentencia de 30 de diciembre de 1916.

Aun cuando el ámbito de la Moral no es exactamente igual al del Derecho, no será ocioso recordar aquí en el primer aspecto y como confirmación de la obligación del fiduciario de conservar y transmitir, la Declaración de la Sagrada Penitenciaría de 23 de junio de 1844, según la cual «*Eudosio*, soltero, sin herederos necesarios... instituye legatario universal a *Bonifacio* por testamento en debida forma. Le entrega a *Bonifacio* un documento jurado, en que le manifiesta su determinación (de fideicomiso secreto a favor de causas benéficas) y le suplica que lo cumpla fielmente. La Sagrada Penitenciaría responde que... está obligado *Bonifacio*, en conciencia, a cumplir la voluntad de *Eudosio*, conocida con certeza (10). Esto pone de manifiesto la fuerza moral de la obligación de transmitir, y aun podría servir como argumento para deducir que la *imposibilidad de cumplir la voluntad del testador por causas independientes de la voluntad del fiduciario*, liberan a éste de la obligación de restituir.

II) SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA NORMAL O PURA

Si el texto del testamento o su interpretación dan el camino a seguir, por estar previsto el caso, el problema tendría una fácil so-

(10) Citada por el P. JUAN B. FERRERES, S. J., en su obra «La justicia y los contratos», pág. 240.

lución. Pero cuando el testamento no admite interpretación posible que aclare la penumbra, entonces precisa resolver por nuestra cuenta; y con asombro se observa que el tema no ha sido tratado de un modo franco, y sólo datos sueltos aportan algún material utilizable a la construcción científica a seguir.

Castán (11) recuerda que en la sustitución fideicomisaria, el fiduciario es realmente heredero y disfruta la herencia, como tal herencia, con un gravamen (la obligación de conservar y restituir los bienes al fideicomisario) con arreglo a un orden sucesivo, establecido para la admisión de la herencia o legado por él, heredero y sustituto.

Por ello ante todo hay que fijar de modo categórico, ante el contenido de un testamento, si nos encontramos ante una sustitución fideicomisaria o no, por tratarse de designación de mero ejecutor de la voluntad del causante o de un simple encargo de éste. (Véd sentencias de 22 de mayo de 1894 y 6 de febrero de 1903.)

Cuestión previa, también a debatir, es si existe claramente la obligación impuesta al primer heredero de conservar y transmitir, pues cuando sean anfibiológicas las palabras empleadas por el testador, lo prudente es inclinarse por la sustitución vulgar como solución favorable a la libertad de dominio.

Asimismo hay que determinar qué legislación debe aplicarse al caso, pues una cláusula regida por el Derecho Foral puede no encajar una sustitución fideicomisaria y ser en absoluto inaplicables todas las reglas ahora estudiadas.

La sentencia de 18 de diciembre de 1894 resolvió que los hijos del sustituto tienen derecho de representación no obstante haber premuerto su padre a la causante, por otorgarlo así la Ley 1^a, título 15, libro tercero de la Novísima Recopilación de Navarra.

A) *Fiduciario en propiedad*.—Con relación al fiduciario o primer heredero instituido, lo puede ser en *propiedad* o en *usufructo*. El hecho de no expresar los artículos 781 y 783 del Código civil qué clase de derecho se concede al heredero, supone que es el dominio, y sólo cuando expresamente dice que el fiduciario es sólo usufructuario, debe entenderse concedido un derecho más limitado (12).

∴ No hay unanimidad entre el derecho científico y la jurisprudencia.

(11) Obra citada, IV-462.

(12) Véd Resolución de 25 junio 1895.

cia" para determinar la exacta naturaleza del derecho del fiduciario.

Para Morell y Terry (13), el derecho del fiduciario y el del fideicomisario son dos derechos *análogos* al de usufructo y nuda propiedad.

La razón de esta analogía la buscan los tratadistas en la naturaleza de la sustitución fideicomisaria. De Casso (14) dice que la sustitución fideicomisaria envuelve la *inalienabilidad* de los bienes y un *orden de suceder* pre establecido.

Este disfrute de los bienes y esta obligación de conservar y transmitir recuerda la definición que del usufructo da nuestro Código civil (15).

Sin embargo esta analogía no autoriza, a nuestro juicio, a superponer un derecho sobre el otro, confundiéndoles como uno solo.

Para Mucius Scaevola (16) la obligación de conservar los bienes el fiduciario dura, normalmente, la vida de éste, pero sin que quepa estimar prohibidos los disfrutes *temporales* con conservación, ya con carácter de pleno propietario, ya como usufructuario; y en ambos casos hay sustitución fideicomisaria. Cuando se nombran varios herederos sucesivos *sin limitación* alguna al disfrute de los bienes, salvo las impuestas *por la naturaleza* de la sustitución fideicomisaria, se ha de entender que el primer llamado es preferido en el ánimo del testador, pues la institución es *principal* y la restitución es *accesoria*. Por eso, añade el mismo autor, es justa la disposición que deja a salvo el nombramiento de heredero, cualquiera que sea la suerte reservada a la sustitución.

Manresa (17), por el contrario, estima que el fiduciario no adquiere *pleno dominio* de bienes, sino sólo usufructo hasta que llegue el momento de hacer entrega al *fideicomisario*, y, por tanto, que el fideicomisario es *un nudo propietario*. Otros autores, como Goyena (18), estiman que el desdoblamiento en usufructo y nuda propiedad no es una verdadera sustitución fideicomisaria, sino dos donaciones: una del usufructo y otra de la nuda propiedad, pero el nudo propietario no es sustituto del usufructuario.

(13) «Legislación Hipotecaria», 1.^a edición, tomo II, pág. 163.

(14) «Diccionario de Derecho privado», I, pág. 1.943.

(15) Art. 467.

(16) «Código civil comentado», 5.^a edición, tomo XIII, págs. 701, 702 y 746.

(17) «Comentarios al Código civil», tomo VI, págs. 149 y 162.

(18) «Comentario al artículo 638 del Proyecto de Código civil de 1851».

Lo propio opina Ferreira (19) y Polacco (20), pues falta la *obligación de conservar y restituir*, característica de la restitución fideicomisaria.

En esta pugna de opiniones ya se atisban notas características del derecho del fiduciario, y la jurisprudencia determina claramente los requisitos de la sustitución fideicomisaria: que la institución a favor del primer heredero no autoriza a éste a vender libremente, aunque lo sea en plena propiedad (21), por lo que pesa sobre él una prohibición de enajenar (22) y una obligación de conservar y transmitir (23).

Más concluyente la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros (24), de ella se deduce que no puede confundirse la sustitución fideicomisaria con la descomposición del dominio en usufructo y nuda propiedad, si bien pueden aplicarse al fiduciario algunas normas del usufructuario.

Desde luego la jurisprudencia, ya en plan casuístico, y teniendo en cuenta en cada caso la redacción del testamento, ha dispuesto: Que instituido heredero en usufructo el esposo, debiendo pasar a sus hijos al fallecer el usufructuario, al parecer los hijos son nudo propietarios (25).

Cuando el testador dispone que una persona disfrute durante su vida cierta finca, que pasa íntegra a la muerte de aquélla al heredero instituido, no ordena una sustitución fideicomisaria, sino sólo un legado en usufructo, refundible en la nuda propiedad al fallecimiento del usufructuario (26).

De toda la materia expuesta se deducen las conclusiones siguientes:

a) Que en nuestra legislación civil, en la sustitución fideicomisaria nominal, cabe claramente distinguir la institución de heredero fiduciario en propiedad de la institución en usufructo, y, por tanto,

(19) «Comentando el artículo 1.870 del Código civil portugués».

(20) «Las sucesiones», I-458. Comentando el artículo 901 del Código civil italiano.

(21) Sentencia de 21 de diciembre de 1918.

(22) Sentencia de 20 de junio de 1928.

(23) Senteucia de 8 de julio de 1929.

(24) Resoluciones de 14 de noviembre de 1933 y 22 de febrero de 1943.

(25) Sentencia de 20 de marzo de 1916 cuya doctrina está confirmada por Sentencia de 14 de junio de 1916.

(26) Sentencia de 18 de noviembre de 1919.

que final puede considerarse siempre al citado fiduciario como una especie de usufructuario.

b) Que sobre el fiduciario pesa claramente una obligación de conservar y *transmitir* (27); mientras que el usufructuario normal se limita a conservar (28).

c) Que ambas distinciones esenciales, para resolver el caso de la ineficacia de la sustitución fideicomisaria normal por premoriedad, renuncia o incapacidad del fideicomisario, o por nulidad del posterior llamamiento, puesto que en la sustitución fideicomisaria el derecho del fiduciario puede en algún caso *atraer el derecho* del fideicomisario, mientras que el derecho del usufructuario no atrae hacia sí la nuda propiedad.

d) Que el usufructuario tiene obligaciones que la ley no impone al fideicomisario. El heredero fiduciario —dice Mucius Scaevola (29)— tiene del usufructuario todas las cualidades, pero tiene también, menos la facultad de enajenar, todas las del propietario. Así se deduce de la doctrina de las sentencias de 21 de diciembre de 1892, 12 de octubre de 1895 y 30 de octubre de 1917, pero sin que exista entre el derecho fiduciario y el del usufructuario identidad absoluta, según sentencia de 22 de diciembre de 1920.

B) *Fideicomisario: Premoriedad, renuncia e incapacidad.*—Establecida una institución fideicomisaria dos supuestos cabe admitir la premoriedad del heredero fiduciario al fideicomisario o viceversa.

En ambos casos cabe preguntarse: ¿Hay entre ambos herederos una especie de derecho a acrecer? ¿Existen, en ambos supuestos, una sustitución vulgar (30) que permita admitir que por la premoriedad, renuncia o incapacidad de cualquiera de aquéllos entre a heredar el otro la porción vacante del prémuerito?

El Código civil suizo de 10 de diciembre de 1907 establece en su artículo 492: «En el caso de premoriedad del fideicomisario, los bienes sobre los cuales se dispuso la institución son, salvo disposición en contrario, entregados al fiduciario.»

El Código de Napoleón prohíbe en absoluto, en su artículo 896, las sustituciones, por lo que no se da el supuesto estudiado.

(27) Artículo 781 del Código civil.

(28) Artículo 467 del Código civil.

(29) Artículo 491 del Código civil y Mucius Scaevola, tomo XIII, página 722.

(30) Artículo 774 del Código civil.

El Código italiano de 16 de marzo de 1942, en su artículo 696, dispone: «Si la institución (fideicomisaria) es a favor de un *ente* público, y éste se extingue antes de la muerte del instituido (fiduciario), éste adquiere *definitivamente* la propiedad de los bienes.»

El Código civil portugués de 1.º de julio de 1867, en su artículo 1.868, establece: «Si el fideicomisario no acepta la herencia o el legado, o falleciese antes que el fiduciario, caducará la institución, quedando el fiduciario en *propiedad definitiva de los bienes*.»

El Código civil argentino de 29 de septiembre de 1869, modificado en 9 de septiembre de 1882, no permite la sustitución fideicomisaria. «La nulidad de ésta —dice su artículo 3.730— no perjudica la validez de la institución del heredero, *ni los derechos del llamado antes*.»

El Código civil de Colombia de 1887, modificando el de 1873, regula la institución fideicomisaria por lo dispuesto para «la propiedad fiduciaria» (art. 1.223), o sea la gravada con la obligación de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición. El fideicomiso se *extingue* por la renuncia del fideicomisario antes del día de la restitución (art. 822, núm. 4). Es este Código muy completo en la materia y merece estudiarse con detenimiento.

El Código mejicano de 30 de agosto de 1928 sienta, en su artículo 1.478, idéntica doctrina al argentino, y lo mismo establece el artículo 867 del Código uruguayo de 23 de enero de 1863.

Con relación al Derecho catalán al Tribunal Supremo resuelve (31) que si el heredero fiduciario es incapaz de heredar, repudia a la muerte del testador o premuere a éste, entra a heredar el fideicomisario como heredero directo, ya que la institución fideicomisaria *comprende siempre la vulgar*.

Lo que no está tan claro es que por premoriencia del fideicomisario o por su incapacidad o renuncia, entre a heredar el fiduciario, *ya sin la obligación de conservar y transmitir*.

En la legislación común del Código civil (32) la premoriencia, renuncia o incapacidad del fiduciario no impiden al fideicomisario adquirir su derecho desde la muerte del testador, y esto lo confirma el comentarista *Mucius Scaevola* (33). El fideicomisario—dice—es un

(31) Sentencia de 29 de noviembre de 1916.

(32) Artículo 784.

(33) Obra citada, tomo XIII, págs. 726, 747 y 628.

heredero del sustituyente y no del sustituído, y las circunstancias de dificultad o imposibilidad en que éste (fiduciario) puede hallarse para la aceptación de la herencia no afectan a los derechos establecidos por el testador en favor del primero (fideicomisario), puesto que la institución fideicomisaria lleva envuelta una forma de la vulgar. El fallecimiento del fiduciario, su renuncia o su incapacidad, no impiden al fideicomisario ser heredero. Y añade: Resulta difícil que en una verdadera sustitución fideicomisaria quepan *ni la sustitución vulgar* (salvo en el caso del artículo 784 del Código civil a favor de los hijos del fideicomisario premuerto), *ni el derecho de acrecer*.

Esta última frase aclara grandemente el horizonte, ya que se reconoce que si el fideicomisario hereda, prescindiendo de las contingencias (premoriencia, incapacidad o renuncia) del fiduciario, ello es porque es heredero *directo del testador* y no sustituto del primer instituído, no dándose, por tanto, *ni la sustitución vulgar ni el derecho de acrecer* entre ambos herederos, aunque el mismo Mucius Scaevola no niega la relación entre este último y la sustitución fideicomisaria.

Por ello, la Novísima Recopilación dispuso que en caso de no querer aceptar la herencia el instituído (fiduciario) pudieran hacerlo *directamente* los herederos fideicomisarios. Lo que prueba no existe entre ambos herederos (fiduciario y fideicomisario) el derecho de acrecer, ni hay establecida una sustitución vulgar.

Desde luego el derecho de representación no cabe ni remotamente entre fiduciario y fideicomisario, en el supuesto de que uno de ellos fuere ascendiente o descendiente del otro.

Más relación podría existir entre la situación que se engendra en la sustitución fideicomisaria, al quedar vacante la porción que corresponde al sustituto (fideicomisario), con la que en el sentido verdaderamente técnico determina el derecho de acrecer, según Roguín: «Fenómeno excepcional que interviene cuando dos o más sucesores universales o particulares han sido llamados por un testador, a la misma parte hereditaria, o al mismo bien particular, de tal suerte, que si uno de estos herederos o legatarios instituídos falta, su parte acrece a los demás sucesores conjuntos, *por derogación de las reglas generales de la transmisión sucesoria.*»

Mas si bien como el derecho de acrecer nos encontramos ante un

posible caso de aplicación de la voluntad tácita o presunta del causante, y en el mismo hay una vocación a la herencia *conjunta*, en la sustitución fideicomisaria hay, por el contrario, un *orden sucesivo de llamamiento*, que no existe en aquél; por eso el artículo 986 del Código civil establece como términos antagónicos en la *sucesión testamentaria* los de *derecho de acrecer*, sustitución y *sucesión legítima*.

Ante nosotros todo el articulado de nuestro Código civil, regulador de la sucesión intestada, ¿son aplicables al supuesto de premoriencia, renuncia o incapacidad del fideicomisario? Sencillamente no; porque la esencia misma de la institución fideicomisaria lleva en su medula una titularidad *actual*, que ya existe a favor del fiduciario, que puede reducirse por la adición de la herencia por el sucesor, pero que no supone, de un modo absoluto, una adquisición de algo que no se tuvo en momento alguno. Podrá existir el supuesto de *no transmisión al fideicomisario*, pero el fiduciario no habrá dejado de ser, en momento alguno, un propietario.

Como inciso, no hay que olvidar que la repudiación del fideicomisario determinante de la ineeficacia de la cláusula de restitución, no hay que confundirla con la posible cesión o renuncia de su derecho hecha a favor de otra persona, supuesto aceptado por la Resolución de 5 de agosto de 1912.

Con estos antecedentes podíamos sentar una conclusión lógica de tipo negativo: *Salvo el caso de que el testador lo haya establecido claramente en su testamento, cuando el fideicomisario premuere al testador, o sobreviviéndole fuere incapaz de heredar o renunciar la herencia, su derecho no pasa a sus herederos, salvo lo que con relación a la incapacidad dispone el artículo 761 del Código civil (34).*

La jurisprudencia, en el caso de premoriencia, dice que para que el sucesor pueda suceder precisa que sobreviva al primer sucesor (35).

Al llegar aquí, la selva espesa que rodea al problema se cierra aún más, y precisa caminar por ella, sin apoyo científico alguno o muy escaso, sentando conclusiones de atrevida concepción, cuya confirmación o ha de darla o negarla la jurisprudencia.

Queda dicho que entre fiduciario y fideicomisario no se da ni

(34) Artículos 756, 758, 760, 761 (muy importante en relación con el artículo 782, que prohíbe que la sustitución fideicomisaria grave la legítima), artículo 766 del Código civil.

(35) Sentencia de 29 de diciembre de 1917.

la sustitución vulgar ni el derecho de acrecer. Pero el estudio meditado de la figura jurídica de la sustitución fideicomisaria parece llevar a esta otra conclusión: Cuándo el heredero fiduciario lo es en propiedad, y no en usufructo, y sin condición alguna, la premoriencia, incapacidad o renuncia del fideicomisario hace que la herencia quede en poder del primero íntegramente y sin limitación.

Desde luego siempre nos moveremos sujetos a las especiales reglas que el testador haya podido establecer en su testamento.

En efecto, el fiduciario es heredero y, por lo tanto, sucede al difunto en todos sus derechos y obligaciones, esto es, en su *herencia* (36), y mediante la sustitución fideicomisaria se le encargue que *consserve y transmita a un tercero* el todo o parte de dicha herencia de modo expreso (37).

Sea cualquiera el final de la sustitución fideicomisaria, lo bien cierto es que, al decir de Roca Sastre, *de momento* hay un heredero: el fiduciario (38).

Parece, por tanto, que al fiduciario verdadero, *propietario y heredero*, se le impone una limitación determinada: la de conservar, para transmitir a un *tercero previamente designado*. ¿Y si este tercero, por alguna de las causas apuntadas, no puede adquirir ni transmitir su derecho? La solución que ha de darse parece que deba inclinarse por la adquisición, ya sin limitaciones, por el primer heredero o fiduciario: a) Porque desde luego, en el ánimo del testador está el que herede en pleno dominio y como heredero. b) Porque desaparecida la necesidad de conservar y transmitir al *tercero* nombrado, no interesa tal conservación y pase a otra persona (los herederos legítimos, por ejemplo). c) Porque la designación del fideicomisario no constituye *una condición*, y así el Tribunal Supremo y

(36) Artículos 657 al 661 del Código civil.

(37) Artículos 781 y 783 del Código civil. La Ley 1.^a, título IV, partida 6.^a, dice: «E de las condiciones que puede ser... e otras ya que son mezcladas que en parte cuelgan del poder de los otros o en parte están en aventura. E fazense por estas palabras diciendo: fago a fulano mi heredero, si dice o fiziere tal cosa a tal iglesia...»

La Ley 14, título V, partida 6.^a, concretamente dice: «Fideicomisario *substitutio* en latín, tanto quiere decir en romance, como establecimiento del heredero que es puesto en fe de alguno, que ha herencia dexa en su mano que la dé a otro..»

(38) «Legislación Hipotecaria», II, 600.

la Dirección de Registros las distinguen claramente (39), ya que, como dice Mucius Scaevola (40), sólo la *condición* y el *término* modifican la institución hereditaria *en sí misma* con fuerza suficiente para reducir o *negar* la eficacia de una institución válidamente concebida. Por eso —decimos nosotros—, si la obligación de conservar y transmitir a un *tercero* expresamente designado no es *condición* esencial para la subsistencia de la institución a favor del fiduciario, la institución de éste no es condicional. Por eso las leyés de Partida (41), se expresaban así: «Condición es una manera de palabra que suelen los fazedores de los testamentos poner e dezir en los establecimientos de los herederos que los aluenga la pro de la *herencia* o de la manda *fasta que aquella condición sea cumplida*.»

Creeinos innecesario repetir aquí cuanto se ha dicho por los tradistas acerca de la naturaleza de la institución de heredero condicional.

Y no es óbice, para nuestra opinión, para que la herencia en los citados casos de premoriencia, incapacidad o renuncia del fideicomisario quede íntegra en poder del fiduciario, la doctrina de la sentencia de 9 de marzo de 1899, relativa a un legado a *día cierto* (42), que admitió que el legatario pudo transmitir el legado, *por no ser condicional*, a sus herederos, *no obstante haber premuerto al testador*, por subordinarse a *un suceso que necesariamente ha de venir, aunque se ignore cuándo*.

Trátase de un caso particular, verdadera excepción del artículo 766 del Código civil, pues ya Mucius Scaevola (43) admite causas de excepción que no destruye los principios generales, y si se concede la herencia a los representantes legítimos del premuerto, no es ya por transmisión directa de éstos, sino por presunta voluntad del testador, por una especie de institución tácita.

Pero aparte de este inciso, por analogía a lo qué establece el CÓ-

(39) Herencia fideicomisaria pura. Resolución de 16 de noviembre de 1916. Sentencias de 11 de marzo de 1905 y de 9 de marzo de 1899.

Hérencia condicional. Sentencia de 10 de marzo de 1932, Resolución de 27 de enero de 1934. Sentencias de 2 de enero de 1928 y 12 de marzo de 1903. Resolución de 11 de octubre de 1899.

Fideicomiso de residuo.—Sentencias de 30 de abril de 1913 y 23 de octubre de 1925.

(40) Obra citada, tomo XIII, pág. 775.

(41) Partida 6.º, título IV, Ley 1.º.

(42) Artículos 791, 759 y 1.125 del Código civil.

(43) Obra citada, XIII, 495.

digo civil (44), la obligación de conservar y transmitir el fiduciario no se entenderá como condición, a no parecer que ésta sea la voluntad del testador.

Discrepamos, por tanto, de la opinión de Borrell, citada por Cas-tán (45), de que el fiduciario es un verdadero *propietario* de la heren-cia, *aun cuando* su dominio esté sujeto a condición resolutoria. Más acertado Traviesas, concluye afirmando que no puede darse al pro-blema una solución única.

Al fiduciario podrá corresponderle el derecho de propiedad o de otra clase, según los derechos que integran la herencia y sean ob-jecto de la correspondiente disposición testamentaria; *lo que no pue-de admitirse es que sea un usufructuario*. El fiduciario es, en todo caso, un titular *ad tempus* de su derecho.

Cabe aquí recordar *aquellas situaciones jurídicas de pendencia* de que se ocupa Federico de Castro, situaciones cuyo objeto es el mán-tenimiento y defensa de los derechos que concurren sobre un objeto mientras que no se produce el evento que ha de ponerle fin, dando-nacimiento a la situación definitiva.

Puede ocurrir que recaiga en una persona la titularidad interna, (de administración) y la preventiva (o de previsión del resultado eventual, como el reservista, por ejemplo). Ambos titulares de titu-laridad pueden coincidir en la misma persona, y esta coincidencia ha hecho que parte de la doctrina científica lo asimile el *dominus*. Este podría ser el caso del fiduciario.

¿Puede estimarse que el fiduciario está instituido bajo una desig-nación *modal*? Parece que aquí la doctrina del *modo* presenta más analogías y elementos aprovechables para resolver el problema, y en este sentido el Código civil es más concreto (46).

«La expresión del objeto de la institución o del legado o la apli-cación que haya de darse a lo dejado por el testador... no se enten-derán como condición a no parecer que ésta era su voluntad.»

«Cuando sin culpa o hecho propio del heredero o legatario (47) no pueda tener efecto la institución del legado de que trata el ar-tículo precedente, en los mismos términos que haya ordenado el tes-

(44) Artículo 797.

(45) CASTÁN: «Derecho civil» (Notarías), IV, 470.

(46) Y muy claro.

(47) Artículos 797 y 798 y Resolución de 11 de marzo de 1896.

tador, deberá cumplirse los más análogos y conforme a su voluntad.»

El final del artículo 798 trata del caso de que el interesado (48), en que cumpla o no, impidiere su cumplimiento, sin culpa o hecho propio del heredero o legatario, se considerará cumplida. Los tratadistas dicen :

Institución *sub modo* o modal es aquella en que el testador expresa *los fines cuya realización encarga al instituido*, expone Clemente de Diego (49).

Se da el nombre de modo—según De Buen—*a un encargo que se agrégá a una liberalidad*. Ruggiero dice : El testador puede imponer a su heredero cargas y gravámenes de toda especie.

Para Castán (50) : En la institución *sub modo* el heredero debe cumplir *en cuanto esté en su mano la obligación o carga* que le impone el testador.

Mucius Scaevola estima que, a diferencia de la condición, el modo permite y requiere la efectividad del derecho de suceder, *sin que en caso de incumplimiento de la obligación impuesta por imposibilidad o por otras causas quede privado el heredero de la sucesión*.

Sin pretensión de haber acertado, nuestra opinión resuelve el problema. Caso de premoriencia, al testador del fideicomisario, o de incapacidad o renuncia de éste, cuando la sustitución fideicomisaria sea pura, y el testador no haya dado regla especial para resolver el caso, la institución a favor del fiduciario *proprietario* tendrá plena efectividad a favor de éste, sin que venga obligado a conservar y transmitir los bienes de la herencia.

Y no cabe pensar que en el caso que analizamos quépa la apertura de la sucesión intestada. Esta sólo tiene lugar en alguno de los tres casos que regula el artículo 912 del Código civil, y ninguno de ellos es de aplicación : a) Porque el testamento en que se establece la sustitución fideicomisaria por premoriencia, renuncia o incapacidad del fideicomisario, no se anula ni pierde su validez. b) Porque el testamento contiene institución de heredero y el testador ha dispuesto de todos los bienes. c) Porque no faltó ninguna condición a la institución de herederos, ya que la obligación de conservar y transmitir, incumplida, constituye más bien una institución modal.

(48) En este caso el fiduciario, decimos nosotros.

(49) En este caso el fideicomisario.

(50) Tomo III, pág. 135.

d) Porque si bien estamos ante un caso de premoriencia del heredero al testador, o de repudiación de la herencia o de incapacidad del heredero, y no se da ni el derecho de acrecer ni la sustitución vulgar, el heredero fiduciario es *propietario*, y si bien es verdad que no conserva y transmite, es llamado como tal *heredero* por el testador con preferencia a todo otro pariente, excepción hecha del fideicomisario, y por tanto contemplamos el caso que ya Bagot Preameneu preveyó de que «toda sustitución lleva consigo la idea de la *exclusión* de la generalidad de los miembros de la familia, se prefiere una rama a otra; se prefiere a uno de cada rama que descarte a los demás». Mientras que «el orden establecido por la ley para heredar... se funda enteramente en la proximidad de grado, en la presunción del afecto que exista entre el que muere y los que le han de suceder».

Por eso estimamos que la sustitución fideicomisaria crea una *exclusión* de parientes que impide la *presunción* de afecto de la sucesión legítima. Sin contar que, realmente, no se puede hablar de que haya herencia vacante, sino simplemente que ha quedado incumplida, sin acto alguno voluntario por parte fiduciario, la obligación de conservar y transmitir, sin que sean aplicables ni el artículo 986 del Código civil, ni el artículo 912, número 3.º, como solución más conforme con el espíritu que anima la sustitución fideicomisaria.

Como inciso es notable citar la doctrina de la Resolución de 6 de febrero de 1909, que admitió que conforme al párrafo 2.º del artículo 4 del Código civil, las personas a cuyo favor estableció ciertos derechos la testadora pueden renunciarlos, quedando entonces el heredero en libertad de disponer de los bienes de la herencia. Doctrina que, si no exactamente aplicable al tema nuestro, sí ofrece circunstancia de analogía, que la hacen deba tenerse en cuenta.

En aseveración de lo expuesto, ya el derecho histórico, y *actualmente* el científico, tienen puntos de contacto con la solución que propugnamos (51).

Así, según las leyes de Partida, la sustitución vulgar sólo se da «cuando aquellos herederos que *primeramente* son puestos en el testamento mueren antes que ayan fijos, o no cumplan aquellas condiciones o aquellas cosas que le mandó el que hizo el testamento».

Y como el fideicomisario no es heredero *primeramente* puesto en el testamento, mal puede entenderse establecida una sustitución

(51) CASTÁN: «Derecho civil» (Notarías, IV, 448).

vulgar a favor del fiduciario, que es realmente el primer instituído.

Según las mismas Leyes de Partida (52), los bienes pasaban a poder del fisco en el supuesto de que el testador encargase a su heredero la transmisión a un incapaz de suceder.

Desde luego, esta doctrina no es hoy aplicable, pues el Estado sólo hereda en los casos previstos en el artículo 956 del Código civil.

C) *Nulidad de la sustitución.*—El último supuesto que puede darse, cuando el fiduciario esté instituído en pleno dominio, es el de nulidad de la sustitución fideicomisaria. El Código civil (53) resuelve cumplidamente el problema: «La nulidad de la sustitución fideicomisaria no perjudicará a la validez de la institución ni a los herederos del primer llamamiento; sólo se tendrá por no escrita la cláusula fideicomisaria.»

En el concepto de nulidad no ha de comprenderse la nulidad externa en los casos previstos por el Código civil (54), ni la nulidad por falta de capacidad del testador (55), que anule totalmente el testamento, sino la nulidad parcial de la cláusula fideicomisaria (56).

Como precedentes son de estimar:

La ley 15, título XXX, libro 10 de la Novísima Recopilación, y los artículos 638, 788 y 1.882 del proyecto de Código civil de 1851.

El Código civil portugués de 1.º de julio de 1867, si bien no admite las sustituciones fideicomisarias, establece que el vicio de la sustitución sólo anula la institución, en cuanto alcanza a los efectos de la sustitución.

El Código civil francés (art. 896) determina la nulidad de la sustitución fideicomisaria, incluso para el heredero o legatario nombrado en primer lugar (*même à l'égard du donataire, du l'héritier et du legataire*). Pero cuando éstos *no la reciban* no se considerará como una sustitución, y será válida. Y así también lo confirma la jurisprudencia francesa (57).

En cambio, los Códigos de Italia (1865), Portugal (texto anterior a la reforma de 1930) y Méjico (1884) deciden, como el nuestro (artículo 786), que la *nulidad* de la sustitución no afecta a la insti-

(52) Tomo V, partida 6.ª, proemio.

(53) Ley 13, título VII, Partida 6.ª

(54) Artículo 786.

(55) Artículos 669, 673, 687, 688, 715, 733 y 743 del Código civil.

(56) Artículo 663 del Código civil.

(57) Artículos 670, párrafo 2.º, 672, 750, 783, 785 del Código civil.

tuición hereditaria a que se haya añadido'; doctrina que reiteran, en sustancia, el Código civil portugués (reformado en 1930), el nuevo Código italiano y el Código mexicano de 1928.

Oliva de Castro, en el *Diccionario de Derecho Privado* (II, 3.747), publicado bajo la dirección de Ignacio de Casso, dice que la sustitución fideicomisaria se *extinguirá*: 1.º Por las causas que determinan la nulidad del testamento, de la institución de heredero y del legado. 2.º Por incumplimiento de los artículos 781 y 785 del Código civil.

Nuestro Tribunal Supremo, analizando la verdadera naturaleza de una institución testamentaria, ha resuelto que la determinación de nulidad de una cláusula de institución de heredero de *libre disposición*, para que aquél se apodere de sus bienes y los diere, según su conciencia, el destino indicado en instrucciones particulares, se basa en la ineficacia de una disposición de *carácter indivisible* para todos los bienes del testador, conforme al núm. 4.º del art. 785 del Código civil, y, por lo tanto, no es aplicable el artículo 786, ya que dicha inversión del todo o parte de la herencia, según instrucciones reservadas, no es lógica, ni léxica, ni jurídicamente una sustitución, sino un *encargo* en el cual falta, evidentemente, fideicomisario (58).

Esta sentencia, que debe ser estudiada detenidamente, plantea una cuestión previa que debe ser examinada por el jurista antes de aplicar el artículo 786 del Código: La de determinar si nos encontramos o no ante una sustitución fideicomisaria y la de si cabe la *nulidad*, como *tal sustitución*; pues si la nulidad es por otra causa, y no existe sustitución fideicomisaria, no estará comprendido el caso en el problema que ahora examinamos. Lo mismo confirma la sentencia de 21 de marzo de 1910.

En cambio en otra sentencia (59) se declaró que no está comprendida en el núm. 4 del artículo 785 del Código civil, sino en el artículo 671, la cláusula por la que se nombran fideicomisarios para que se adjudiquen a sí mismos los bienes en plena propiedad, los enajenen y destinen su producto a los objetos benéficos que el testador les encargó de palabra.

Repetimos que esta jurisprudencia confirma la nuestra, asevera-

(58). Sentencias de 21 de enero de 1865, 20 de abril de 1855 y 3 de agosto de 1874 del Tribunal de Casación.

(59) 6 de febrero de 1903.

ción hecha al principio de este trabajo; esto es, la importancia de un correcto enfoque e interpretación de las cláusulas testamentarias para no errar, estimando nos encontramos ante un caso de nulidad de cláusula fideicomisaria, cuando, en realidad, o no hay tal sustitución, o bien la hay perfectamente válida.

Por ello, en el caso de la aludida sentencia de 6 de febrero de 1903, estimando que la institución de heredero era nula, pero no por aplicación del artículo 786 del Código civil, dispuso se abriese la sucesión intestada, por no tratarse de una sustitución fideicomisaria.

D) *Fiduciario en usufructo*.—Hasta este momento se han estudiado los efectos de la premoriencia, renuncia e incapacidad del fideicomisario y de la nulidad de la cláusula de sustitución fideicomisaria *normal* cuando el fiduciario sea heredero en propiedad o pleno dominio; pero crece la penumbra del problema en el supuesto de que el fiduciario lo sea en usufructo. Ya se dijo que no pueden confundirse, no obstante su parecido, las facultades del fiduciario con las del usufructuario, por lo que si el testador, en uso de su libérrima voluntad, hizo uso de la facultad que le concede el artículo 787 de nuestro Código civil, que a diferencia de opiniones en contrario considera como sustitución fideicomisaria la que llamare al heredero fiduciario, pero sólo en usufructo, ello indica un deseo de limitar sus facultades.

Siguiendo la reforma del *Ordenamiento* de Alcalá, que permitió ya la conjunción de las herencias testada e intestada, nuestro Código (60) permite la subsistencia de la institución de heredero *en parte*, con la apertura de la sucesión intestada en cuanto al *resto de la herencia*. Y por ello, en los casos de premoriencia al testador, renuncia o incapacidad del heredero fideicomisario, en vez de optar por el pase de los bienes al heredero fiduciario en usufructo estimamos debe abrirse la sucesión intestada a favor de los herederos legítimos del testador.

Desde luego hay que proceder con suma cautela al calificar al primer heredero ya de propietario, ya de usufructuario, pues la complejidad a veces del texto de una cláusula testamentaria no permite la fácil distinción.

(60) Artículo 912.

Así; la Dirección General de los Registros resolvió (61) que, insituídos herederos varios sobrinos del testador, con la *expresa condición* de que si alguno falleciese sin hijos, la parte al mismo correspondiente la *acrecerán* los demás coherederos, y al que mueran con sucesión, ésta heredará la parte que al mismo le pertenezca en propiedad absoluta, despréndese que el testador estableció una sustitución fideicomisaria *condicional* y que los sobrinos están designados nominalmente con cláusula *expresa de sustitución recíproca* para el caso de que fallecieran sin hijos, existiendo, pues, los elementos siguientes, propios de la sustitución fideicomisaria: a) Institución de heredero. b) Encargo de transmisión de la herencia a los hermanos superstites (facultada por una especie de derecho de acrecer) en cuanto a la porción hereditaria de los hermanos que mueran sin hijos. En esta resolución se aprecia que los fiduciarios que mueran sin hijos han quedado reducidos a unos *meros usufructuarios*; y en cambio el último superviviente entre los hermanos consolidaría *ya en pleno dominio* la totalidad de las porciones vacantes, por premociencia sin hijos de los otros coherederos.

Jurisprudencia expresa no la conocemos y sólo alguna sentencia define con contornos imprecisos al derecho del fiduciario. Así, la disposición del testador que lega el usufructo vitalicio de sus bienes a su esposa y ordena que a la muerte de ella adquieran el pleno dominio los legatarios, indica el desmembramiento de la propiedad en dos derechos reales (62).

Establecida una institución de heredero, en el concepto de que al fallecimiento de éste habrá de pasar la herencia, en perpetua propiedad, a otros llamados, no ofrece duda que tal heredero es *meramente usufructuario* (63).

En todos estos casos en que se define *claramente* que el fiduciario es un *usufructuario*, opinamos que éste no adquiere la nuda propiedad vacante, por premociencia al testador del fideicomisario nudo propietario, o por renuncia ó incapacidad de éste, o por nulidad de la sustitución. Nos basamos: 1.º En que indudablemente, la institución en usufructo limita *aún más* los derechos del fiduciario.

2.º Porque la preferencia del testador por primer heredero, sobre

(61) Resolución de 8 de mayo de 1924.

(62) Sentencia de 5 de junio de 1906

(63) Sentencia de 30 de diciembre de 1916.

el fideicomisario, no es tan absoluta que, desaparecida la obligación de transmitir, puede afirmarse que el deseo de aquél fué que el fiduciario dispusiera libremente de los bienes, aún a pesar de que el artículo 786 del Código civil pueda parecer dudoso.

3º Porque en este caso, además de la obligación de conservar y transmitir impuesta al fiduciario, se ha *limitado* expresamente por el testador el derecho de aquél, limitación de tipo negativo que puede resumirse en la frase: «No quiero que sea A pleno propietario en ningún caso».

4º Que por las razones apuntadas no deben aprovechar al fiduciario usufructuario los supuestos que se aplicaron al pleno propietario y, en tal caso, entra de lleno la aplicación del artículo 912, número 3, del Código civil y tiene lugar la sucesión legítima por haber muerto antes que el testador, o haber repudiado la herencia y *no tener sustituto*, y no darse el derecho de acrecer, o por ser incapaz el fideicomisario. En sentido análogo se expresa el artículo 986 del repetido Código civil. Y aún lo confirma más el artículo 987 que concede el derecho de acrecer entre los usufructuarios *entre sí*, pero no entre usufructuario y nudo propietario.

5º Porque un rápido examen del articulado del Código civil (64) delimita de tal modo la materia que no da margen a esperar una *attracción* por el usufructo de la nuda propiedad: a) porque el usufructo sólo da derecho a disfrutar bienes ajenos con la *obligación de conservar su forma y sustancia*, pero el usufructuario es ajeno al camino que sigue la nuda propiedad; b) porque constituido por voluntad de los particulares, manifestada en acto de última voluntad, nada autoriza a *extender* sus efectos a un caso claramente *no previsto* por el testamento; c) porque los derechos del usufructuario son estrictamente los fijados en el título (que en el supuesto contemplado nada dice) o la Ley (que tampoco admite este derecho del usufructuario a adquirir la nuda propiedad); d) porque el usufructo se extingue por la muerte del usufructuario, y sólo puede reunirse con la propiedad, en la misma persona, cuando ésta adquiera la nuda propiedad sin que nada autorice a suponer que tal adquisición la quisiera el testador.

Al llegar a este punto no puede menos de reconocerse que son

(64) Sentencia de 10 de noviembre de 1897.

en absoluto dispares los efectos, en los supuestos de premoriencia, renuncia o incapacidad del fideicomisario de los mismos, pero con relación a un pleno propietario. Tiene lógica explicación aquél precepto (65) del Código civil portugués, de 1.^o de julio de 1867, según el cual no se considerarán sustituciones fideicomisarias las disposiciones por las cuales el testador deje el usufructo a una persona y la propiedad a otra, no dando lugar a las dudas que da el artículo 787 de nuestro Código legal civil.

Ante materia tan vaga, y antecedentes de derecho científico y legislación extranjera casi nulos, hemos de contentarnos con la formación de una opinión cuyo fundamento más sólido esté en el principio de derecho. «Las palabras del testador han de entenderse llanamente y como suenan» (66).

Conviene recordar cuánto al principio quedó dicho acerca de la *absoluta necesidad* de estudiar concienzudamente, en cada caso, el contenido del testamento y la cláusula fideicomisaria, para no incurrir en un desenfoque inicial que desvirtúe, en absoluto, toda construcción científica posterior: por ello *in fideicommissis praecipue spectanda servandaquic si testatoris voluntas* (67).

Para determinar claramente esta voluntad hay que prescindir, a veces, de las palabras, pues una institución de fiduciario, en apariencia como en propiedad, puede ser, en realidad, sólo en usufructo (68) o viceversa (69).

Cuando estas circunstancias se produzcan se exigirá previamente una sentencia judicial que defina el carácter del fiduciario, para fijar luego concretamente los derechos de éste en los casos de extinción de la sustitución fideicomisaria o nulidad de la cláusula pertinente. Si en definitiva el fiduciario es propietario, adquirirá; si es considerado como usufructuario, no adquirirá y se abrirá la sucesión intestada.

Y es que lo que destaca en la *obligación de transmitir*, característica de la sustitución fideicomisaria, es que *conste expresamente*;

(65) Artículos 467, 468, 490 y 513.

(66) Artículo 1.870.

(67) Sentencias de 31 de diciembre de 1872 y 1.^o de febrero de 1897, y artículo 675 del Código civil.

(68) En los fideicomisos debe atenderse y observarse especialmente la voluntad del testador (Ulpiano I, II p.^o 19 D. de legatis (III), 32 I).

(69) Resolución de 8 de mayo de 1924, Sentencia de 10 de noviembre de 1897, Resolución de 29 de marzo de 1916.

entonces los Tribunales, prescindiendo del rótulo del primer heredero o fiduciario (usufructuario o no) le pueden adjudicar el pleno dominio, *desaparecida tal obligación de transmitir*.

Por la relación que con la materia tratada pudiera tener, se ha de recordar nuestro trabajo sobre «la institución de heredero en usufructo sin designación de propietario» (70). En él sustentábamos la tesis de que cuando el testador designa a la esposa como mera usufructuaria, sin designar nudo propietario, y se abra la sucesión intestada no debe ser declarada heredera de la nuda propiedad la viuda, expresamente excluida de tal disfrute por propia voluntad del testador. El trabajo mereció el comentario del nunca bastante Ildefonso Jerónimo González (71) y aunque se discuta si en definitiva el heredero meramente usufructuario por llamamiento directo del testador puede *simultáneamente* ser declarado heredero intestado de la nuda propiedad vacante, ya por falta de designación de nudo propietario, ya por premorioricia al testador, renuncia o incapacidad del designado o por nulidad de la institución, hay unanimidad en admitir la *apertura de la sucesión intestada sin que nunca el usufructuario atraiga, por su propio derecho, la nuda propiedad*. Podrá discutirse quién será el declarado heredero o si el usufructuario se entiende excluido expresamente por el testador, pero no se duda nunca en la necesidad de una declaración judicial.

E) *Aspecto registral*.—Pocos hemos de ser en este aspecto. Como fundamento de él, el actual Reglamento Hipotecario permite la inscripción de los respectivos derechos del fiduciario y del fideicomisario, si éste fuere conocido.

En el fideicomiso normal en que el fiduciario es propietario, a la premorioricia del fideicomisario al testador debe constar en el cuaderno particional, con adjudicación, ya sin obligación de restituir.

La renuncia del fideicomisario puede producirse: o bien antes de la inscripción de su derecho, en cuyo caso se reflejará en el Registro por referencia registral, cuando conste en el mismo título sucesorio inscribible a favor del fiduciario, o bien por acto posterior a la inscripción, en cuyo caso se exteriorizará en documento

(70) *Ved. Resolución de 9 de enero de 1918.*

(71) *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1941.

público que producirá en el Registro un asiento formal de cancelación de su derecho (72).

La incapacidad del fideicomisario para ser heredero deberá tenerse en cuenta al formalizarse el título particional y en él constará y se reflejará en el Registro con la subsiguiente adjudicación al fiduciario, sin obligación de conservar y transmitir.

La nulidad de la sustitución deberá ser declarada por los Tribunales de Justicia, en juicio ordinario, y la sentencia firme, mediante testimonio unido a la escritura particional, motivarán la inscripción definitiva y única a favor del fiduciario, según el artículo 14 de la Ley Hipotecaria.

En este mismo precepto nos apoyamos al admitir que, cuando el fiduciario lo sea en usufructo y, por premociencia, renuncia o incapacidad del fiduciario nudo propietario, procede la apertura de la sucesión intestada, el auto de declaración de herederos a favor de los llamados por la Ley será el título inscribible con la escritura particional. En ella y al fiduciario se le adjudicará tan sólo el usufructo. Cuando sea nula la sustitución, habrá que acompañar la sentencia judicial que así lo declare.

Finalmente, cuando la especial redacción de la cláusula haga dudar (cualquiera que fuesen las palabras del testador) si el fiduciario es un propietario impropiamente calificado de usufructuario o viceversa, la sentencia que interprete el verdadero sentido del testamento, en unión de los demás documentos antes apuntados (escritura particional, etc.), serán el título que se inscriba. De este supuesto hemos tenido de reciente, en la práctica profesional, ejemplos muy destacados e interesantes.

ANTONIO VENTURA-TRAVESET GONZÁLEZ

Registrador de la Propiedad

(Continuará.)

(72) JERÓNIMO GONZÁLEZ: «Estudios de Derecho Hipotecario», tomo III, página 357.

Los problemas de admisibilidad en el proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS PRESUPUESTOS DEL PROCESO DEL ARTÍCULO 41: 1. Presupuestos subjetivos. — 2. Presupuestos objetivos. — 3. Presupuestos de la actividad.—III. SU TRATAMIENTO: 1. Si han de ser tenidos en cuenta de oficio o a instancia de parte.—2. En qué momento han de darse.—3. En qué momento han de examinarse y decidir sobre ellos.

I.—INTRODUCCIÓN

1. Como ha dicho LOIS (1), acazo ningún otro precepto jurídico plantea problemas tan relevantes para la dogmática procesal como lo hace el artículo 41 de la Ley Hipotecaria; ni tampoco sería fácil encontrar otra figura tan singularmente privilegiada en ofrecer a la problemática cuestiones tan diversas. Tales cuestiones tienen una gran trascendencia práctica en este proceso, cada día más utilizado ante nuestros Tribunales, y cuya naturaleza jurídica tanto se ha discutido por la doctrina, siendo las posiciones propuestas de las más variadas, y van desde la que afirma que participa de las notas de las actividades de jurisdicción voluntaria (2) hasta los que señalan quे

(1) LOIS ESTÉVEZ: «Una reaparición del proceso provocatorio», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. T. 185 (1949), pág. 57.

(2) Así, SANZ califica a la primera fase del procedimiento de jurisdicción voluntaria, si bien cuando hay oposición, reconoce que existe una fase conflictiva. Víd. «Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria», Madrid, 1945, página 324 y sigs.

es un auténtico proceso de ejecución (3). Ahora bien ; el problema que hoy queremos plantearnos es de los más íntimamente ligados con la práctica procesal, y desde luego uno de los que más importancia presentan, ya que de la solución que demos al mismo depende la viabilidad de muchas pretensiones fundadas en aquella norma y mal planteadas procesalmente.

2. Para que el órgano jurisdiccional pueda entrar a examinar el fondo de un proceso, es necesario que se den una serie de requisitos, exigidos por el Derecho procesal, que la doctrina ha denominado presupuestos procesales. Existen, por tanto, en todo proceso, dos momentos perfectamente definidos. Uno, aquel en que se examina si la pretensión puede ser entablada según lo hace el actor ; para ello se verá si reúne aquellos requisitos que el Derecho procesal exige ; la norma manejada en este momento es puramente procesal, y el conjunto de problemas que plantea se conocen con el nombre de cuestiones de admisibilidad. Otro, aquel en que se examina si la pretensión está o no fundada, para ser denegada su actuación o actuada ; para ello se verá si se encuentra o no de acuerdo con las normas del Derecho objetivo ; la norma manejada en este momento es de Derecho material, y el conjunto de problemas que plantea se conocen con el nombre de cuestiones de fondo. Lógicamente, la solución de las primeras debe preceder a las segundas, ya que únicamente cabe entrar a resolver éstas cuando no existe obstáculo procesal alguno (4), aunque no exista un trámite diferenciado en el pro-

(3) En este sentido, por no citar más que las posiciones recientes, GUASP, en la *Revista de Derecho procesal*, año V, núm. 2 (1949), sección de Bibliografía, pág. 428. Las posiciones de los que afirman que se trata de un proceso, bien de cognición o intermedio entre los de cognición y los de ejecución o provocatorio, son variadísimas ; de ellas hicimos un resumen en nuestro trabajo «El proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria» y los «Montes públicos catalogados», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero 1950, pág. 33 y sigs. Con posterioridad a la publicación de aquél artículo, ha defendido la naturaleza especial de este procedimiento, PRIETO CASTRO, en «Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil», Madrid, 1950, vol. I, bajo el epígrafe «Procedimiento provocatorio-ejecutivo del artículo 41 de la Ley Hipotecaria», pág. 291 y sigs., en especial, pág. 296 y sigs.

(4) «Antes de que el Tribunal entre en el conocimiento de la acción ejercitada, tiene que examinar y declarar la existencia de tales requisitos : con anterioridad al examen de la sostenibilidad del crédito demandado, necesita fijar con exactitud su propia competencia. Si falta alguno, el Tribunal debe rehusar el fallo sobre el fondo y ordenar al actor que use su derecho donde sea oportuno sin entrar en su examen». KISCIN : «Elementos de Derecho procesal civil» (trad. de PRIETO CASTRO), pág. 161.

cedimiento para este examen. Pues bien ; aquí vamos a tratar de señalar los problemas generales de admisibilidad, los problemas generales que ofrecen los presupuestos procesales, refiriéndonos en primer lugar al concepto y después a su tratamiento

A) *Concepto.* — Como es sabido, el concepto fué iniciado por BULOW (5), si bien la doctrina posterior, al ir elaborando el concepto, ha rectificado profundamente su formulación inicial, habiéndose dado distintas posiciones (6). Unos autores los conciben como presupuestos de la demanda ; son condiciones de admisibilidad de la demanda. Otros, los consideran presupuestos de la sentencia. Y otros —y esta es la posición dominante— como presupuestos de admisibilidad del proceso sobre el fondo.

Frente a las opiniones primeras se ha señalado cómo los presupuestos procesales desempeñan un papel más importante que el de presupuestos de un acto del proceso. Existen, indudablemente, presupuestos de cada acto procesal, y en este sentido pueden definirse como aquella circunstancia o conjunto de circunstancias que deban darse en un acto para que éste produzca todos y solo los efectos a que va destinado (7). Pero aquí nos referimos a los presupuestos del proceso considerado como un todo.

Ahora bien, no han de considerarse como presupuestos de la existencia del proceso ; como dice GUASP (8), el único presupuesto necesario para que exista un proceso es la interposición de una pretensión. Y prueba de que no son presupuestos de la existencia es que se examinan dentro de un proceso.

Tampoco han de considerarse presupuesto de la validez del proceso, pues esta valoración no se aplica fácilmente sino a actos aislados y porque la parte del proceso en que sobre ellos se discute y

(5) «Die Lehre von den Prozessvoraussetzungen und die prozesshindernde Einrede», Gießen, 1868.

(6) Se encuentran recogidas en ENCISO, «Acción y personalidad : contribución al estudio de las excepciones dilatorias de los números 2 y 4 del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Revista de Derecho privado*, T. XXIII (1936), pág. 126 y sigs.

(7) Así, GUASP, en «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», Madrid, 1943. T. I, pág. 683.

(8) Ob. cit., pág. 684.

decide es perfectamente válida, dice ENCISO (9), el cual afirma que son presupuestos de admisibilidad del proceso sobre el fondo.

B) *Tratamiento*.—El problema del tratamiento de los presupuestos procesales ofrece —dice ENCISO (10)— los siguientes aspectos : a) Si habrán de ser tenidos en cuenta de oficio o a instancia de parte. b) En qué momento habrán de darse. c) En qué momento habrán de examinarlos y decidir sobre ellos. d) Cuál será el orden de preferencia entre los mismos.

a) En cuanto al primer problema, casi la unanimidad de la doctrina estima que no puede resolverse de un modo absoluto, sino que habrá que tener en cuenta los distintos tipos de presupuestos y la importancia procesal de los mismos. Así, se dice que correspondería examinar al Juez la existencia de jurisdicción, competencia objetiva y funcional, la capacidad para ser parte, la capacidad procesal, la representación, los cuales han de considerarse como requisitos o presupuestos irrenunciables, porque si recayese sentencia faltando alguno de ellos sería nula ; en cambio, la competencia territorial, la litigiosidad en otro Tribunal, la existencia de compromiso de someter el asunto a árbitros y semejantes, serían presupuestos renunciables, cuya falta se deja a la denuncia del demandado (11).

Nuestro Derecho procesal civil, exagerando la aplicación del principio dispositivo, atribuye normalmente a las partes la facultad de señalar la falta de los presupuestos de un proceso, señalándose que sólo en dos casos puede actuar el órgano jurisdiccional de oficio : cuando se trata de declarar la falta de jurisdicción y la incompetencia por razón de materia y por valor, en virtud de los artículos 74 y 491, y por analogía el 542, apartado segundo, y 731, apartado segundo (12). Ahora bien, en los demás casos, únicamente puede ser opuesto por la parte, a través de una oposición procesal, por lo que se ha criticado por la reciente doctrina procesal nuestro sistema vi-

(9) Art. cit., pág. 130.

(10) Art. cit., pág. 132.

(11) PRIETO CASTRO : «Cuestiones de Derecho procesal», Madrid, 1947, página 116 y sigs. Sobre el problema de los efectos que produce la falta de un presupuesto no denunciada por el demandado, cuando se reconoce a él la facultad de hacerlo, vid KISCH : «Elementos de Derecho procesal civil», cit., pág. 161 y sigs.

(12) PRIETO CASTRO, notas a los «Elementos de Derecho procesal civil» de KISCH, pág. 164 y sigs. GUASP, ob. cit. T. II, vol. 1.º, parte 1.º, 1945, pág. 295.

gente (13). El modo normal de oponer tal falta de presupuestos es la excepción dilatoria (14).

b) En cuanto al momento de ser alegados, es indudable que su solución dependerá de la que se dé al problema anterior. Si corresponde señalarlo a las partes —caso normal en nuestro Derecho positivo—, es indudable que deberá hacerlo en el primer escrito que presente en el proceso, si bien se plantea el problema de si deberá hacerlo en algún escrito específico con este fin o al contestar la demanda. Pues bien, en el Derecho procesal civil español la regla general es que no exista posibilidad de un escrito especial con este fin, y se haga en el escrito de contestación, lo que tiene gran importancia para el punto concreto que aquí hemos de tratar. Como dice GÓMEZ ORBANEJA (15), salvo en el juicio declarativo de mayor cuantía (16), todas las excepciones, tanto dilatorias como perentorias, se proponen en la contestación a la demanda.

Hemos de señalar que si bien deben darse los presupuestos al plantearse la litis, por un principio de economía procesal, se permite la subsanación de los defectos existentes susceptibles de ellos —v. gr.,

(13) —Vid. PLAZA: «Hacia una nueva ordenación del régimen de las excepciones en nuestro Derecho positivo», en *Revista de Derecho procesal*, Tomo I, pág. 29 y sigs.

(14) Para algunos autores «excepción dilatoria» equivale a «excepción procesal»; así, GÓMEZ ORBANEJA, en «Derecho procesal», 2.^a ed., Madrid, 1949, T. I, pág. 263; otros autores siguen otro criterio diferencial entre excepción dilatoria y perentoria, según el concepto acerca de los distintos tipos de oposición a la pretensión. Vid., MIGUEL Y ROMERO: «Antiguo y moderno concepto de la excepción», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. 154, pág. 258 y sigs.; SALMÓN: «La excepción perentoria de falta de acción y derecho», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. 145, pág. 313 y sigs., para el cual no hay más excepción perentoria que las conocidas como consecuencia de la falta de acción y derecho. MENÉNDEZ PIDAL: «Elementos de Derecho procesal civil», 1935, página 295 y sigs.; PINA: «Manual de Derecho procesal civil», 1936, página 145, y los manuales recientes de PLAZA y PRIETO y obra de GUASP. También en la doctrina antigua las posiciones eran muy variadas; vid., por ej., ORTIZ DE ZÚÑIGA: «Elementos de práctica forense», Madrid, 1843, Tomo I, pág. 212 y sigs.; GUTIÉRREZ Y CÁÑAS GUTIÉRREZ: «Ensayo sobre la Filosofía del proceso judicial, la técnica y la moral en el fondo», Valladolid, 1900, T. I, pág. 147 y sigs., y MANRESA: «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», 1919, T. III, pág. 58 y sigs.

(15) «Derecho procesal», cit., T. I, pág. 265.

(16) No olvidemos que fuera del proceso civil también encontramos este sistema; así, dentro del proceso contencioso-administrativo, inspirado en el juicio declarativo de mayor cuantía (art. 46 y sigs. de la Ley orgánica de la jurisdicción contencioso-administrativa y art. 303 y sigs. de su Reglamento).

autórización del Consejo de familia al tutor para demandar— durante el curso del proceso (17).

c) En cuanto al momento de ser examinados y resolver sobre ellos, se discute si conviene admitir un incidente que suspenda la tramitación del procedimiento, como ocurre en España en el juicio declarativo de mayor cuantía, o no. Indudablemente, si no existiese ese incidente y se resolviese el problema al dictarse sentencia, nos encontraríamos con que se ha seguido toda la tramitación para luego no entrar en el fondo; es decir, se ha seguido un proceso inútil. Sin embargo, la doctrina se muestra partidaria de no admitir este procedimiento, ya que se presta a que litigantes de mala fe alarguen extraordinariamente el proceso (18); de aquí que éste sea otro de los puntos de crítica del sistema de excepciones dilatorias en nuestra mayor cuantía.

d) En cuanto al orden de preferencia, ya hemos señalado la distinta importancia de los presupuestos, de modo que si el órgano jurisdiccional, por ejemplo, carece de jurisdicción, no habrá lugar a examinar la posible falta en otro cualquiera de los presupuestos.

3. No puede negarse que «el procedimiento» regulado en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria es un auténtico proceso, en cuanto que se trata de una serie o sucesión de actos a través de los cuales el Estado realiza la función jurisdiccional mediante un órgano dotado de tal carácter; es decir, independiente y supraordenado de las partes contendientes. Podrá discutirse acerca de si estamos ante un proceso de ejecución o ante un proceso de cognición o ante un proceso especial de naturaleza intermedia, y esto es indiferente al problema que aquí hemos de tratar. Pero lo que no puede discutirse es que es un proceso.

Por tanto, si en todo proceso se dan esos requisitos de admisibilidad, llamados presupuestos, es indudable que también se darán

(17) En este sentido se ha mostrado el Tribunal Supremo en materia de presupuestos procesales referentes a las partes, a través de una jurisprudencia acertadísima inspirada en la «política de evitar en el mayor grado posible nulidades procesales procedentes de hechos que puedan ser subsanados», admitiendo una convalidación ulterior de los defectos que se hayan producido *«in limine litis»*, si bien para ello exige que se trate de falta subsanable y que su observancia esté abandonada al poder dispositivo de las partes. En este sentido, vid., GUASP: «Comentarios», cit. T. II, volumen I, parte primera, pág. 304.

(18) Vid. sobre la evolución del Derecho alemán en este aspecto, KISCH: «Elementos de Derecho procesal civil», cit., pág. 162 y sigs.

aquí. Por tanto, para que el órgano jurisdiccional pueda entrar a examinar y actuar la pretensión del actor ha de reunir tales requisitos procesales; sólo cuando se den, puede pasarse a examinar el fondo del asunto.

Ahora bien, el carácter sumario de este proceso y el hecho de que las causas de oposición a la pretensión estén taxativamente señaladas en la Ley, hacen que sea interesante ver el problema de cómo el demandado podrá oponer al actor la falta de uno de los presupuestos procesales, si éste inicia el procedimiento faltando alguno de estos requisitos de admisibilidad. ¿En qué momento del procedimiento podrá oponerlo el demandado?

Hemos de reconocer que, dada la naturaleza del proceso, los problemas de fondo serán sencillísimos, ya que, si el titular registral reúne los requisitos exigidos por la Ley, deberá el órgano jurisdiccional acceder a la práctica de las medidas que se solicitan para dar plena efectividad al derecho inscrito, en tanto no se opongan o no prosperen —caso de oponerse— las causas de oposición admitidas en el artículo 41; pero esto no desvirtúa la importancia del problema; al contrario, demuestra la trascendencia que tienen los problemas de admisibilidad, ya que en muchos casos el no haberse cumplido con los requisitos procesales por parte del actor es la única oposición posible del demandado.

Pues bien, para examinar debidamente la cuestión, hemos de empezar por exponer cuáles son esas condiciones de admisibilidad en este proceso. Sólo una vez precisadas éstas habremos de pasar a ver cómo entran en juego en el mismo, cómo pueden hacerse valer los defectos de este tipo antes de entrar a examinar la pretensión, pues sería absurdo llegar a la conclusión de que, si no encaja la oposición en una de las causas señaladas en la Ley, sólo podrán las partes alegar los defectos de admisibilidad en el juicio declarativo que pueden promover sobre la misma cuestión (19), según preceptúa el último párrafo del artículo 41 de la Ley, ya que, como vimos, el examen de los presupuestos ha de ser previo al del fondo del asunto.

(19) El artículo 41, después de enumerar las cuatro causas en que puede fundar el demandado la «demanda de contradicción», dice: «cuálquiera otra alegación se reservará para el juicio declarativo que corresponda, sin producir el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que establece este artículo» (párrafo séptimo).

II.—LOS PRESUPUESTOS DEL PROCESO DEL ARTÍCULO 41

1. Presupuestos subjetivos

A. *Referentes al órgano jurisdiccional.*—a) *Jurisdicción.*—Deberá conocer de este proceso la jurisdicción civil ordinaria, ya que ésta es «la única competente para conocer de los negocios civiles» (artículo 51, L. E. C.), y no es necesario insistir mucho para demostrar que las acciones que pueden ejercitarse a través de este proceso son «negocios civiles». Por consiguiente, no podrán ejercitarse ante los órganos de cualesquiera de las jurisdicciones especiales.

b) *Competencia.*—a') En sentido jerárquico, es competente el Juez de Primera Instancia (art. 137, regla primera, R. H.); por tanto, estará mal planteado el proceso cuando se inicia ante un órgano de la jurisdicción civil ordinaria que no sea Juez de Primera Instancia.

b') En sentido territorial, es competente, precisamente, el Juez de Primera Instancia del partido en que radique la finca, y si ésta radicara en más de uno, el de aquel en que esté la parte principal, considerándose como tal la que contenga la casa-habitación del dueño, o, en su defecto, la casa-labor, y, si tampoco la hubiere, la parte de mayor cabida (art. 137, regla primera R. H. en relación con el artículo 210, regla primera, párrafo primero, L. H.).

c) *Régimen del personal judicial.*—Es necesario que el titular del órgano judicial no incurra en ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 189 de la L. E. C.

B. *Referentes a las partes.*—a) *Capacidad.*—Es necesario que las partes tengan capacidad para ser parte y capacidad procesal. El precepto contenido en el artículo 2.º de la L. E. C. es perfectamente aplicable aquí. Por consiguiente, «sólo podrán comparecer... los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles» y «por los que no se hallen en este caso, comparecerán sus representantes legítimos o los que deban suplir su incapacidad con arreglo a derecho».

b) *Legitimación.*—a') *Legitimación activa.*—Está legitimado únicamente el titular registral del derecho en que se funda la pretensión, que deberá acreditar por certificación del Registro, que

acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento correspondiente (art. 41, párrafo 1.º, L. H.) (20). Frente a la opinión de SANZ, que estima no puede darse este proceso cuando el asiento es de inmatriculación practicada en virtud de título de adquisición o de acta de notoriedad, o en virtud de expediente de dominio o acta de notoriedad no apoyada en título de adquisición (21), la generalidad de la doctrina hipotecaria (22) estima que cualquier titular inscrito puede utilizar el proceso del artículo 41, ya que en este precepto no se hace distinción alguna, y donde la Ley no distingue, nosotros no debemos distinguir.

b') *Legitimación pasiva*. — Están legitimados pasivamente los que, sin título inscrito, se opongan a los derechos inscritos o perturben su ejercicio (art. 41, párrafo 1.º, L. H.), y los que, aun teniendo título inscrito a su favor, este título no fuese bastante para legitimar los actos en que la perturbación consista (art. 138, R. H.). Los supuestos en que puede encontrarse el perturbador son muy variados (23), planteándose el problema de si estamos ante una cuestión de admisibilidad ó de fondo, ya es en la legitimación donde más íntimamente ligados se encuentran ambos problemas, existiendo autores que creen que la legitimación es un problema extraprocesal, de Derecho material (24); no obstante, la generalidad de la doctrina los distingue, si bien reconoce que en ocasiones no puede

(20) La exigencia por el R. H. del título adquisitivo junto a la certificación del Registro (art. 137, regla segunda, párrafo segundo), es censurable. En este sentido, ROCA: «Derecho Hipotecario», cit., T. I, pág. 315. Como de costumbre, ANGEL SANZ se encuentra en línea opuesta y encuentra justificada esta exigencia del Reglamento, en «Instituciones de Derecho Hipotecario», cit. I, pág. 339.

(21) En «Instituciones», cit. I, pág. 345. Vid. también, «Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria», Madrid, 1945, pág. 319 y sigs.

(22) En este sentido, AZPIAZU: «Varia», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1945, pág. 859; ROCA SASTRE, Ob. cit., I, pág. 289 y sigs., y FUENTES TORRE-ÍSUNZA: «El artículo 41 de la Ley Hipotecaria», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1949, pág. 557 y sigs.

(23) Una enumeración muy completa de los distintos supuestos puede verse en MORENO MOCHOLI: «El nuevo proceso que crea el artículo 41 de la Ley Hipotecaria», en *Revista de Derecho Privado*, 1948, pág. 1.080 y siguientes, y sobre la actitud del demandado, CIMIANO: «El artículo 41 de la Ley Hipotecaria: carácter en que puede aparecer colocado el contradictor respecto al propietario inscrito», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, noviembre 1949, pág. 709 y sigs.

(24) Así, MENÉNDEZ PIDAL: «Elementos de Derecho procesal civil», 1935, pág. 186.

resolverse el problema de legitimación independientemente del problema de fondo (25).

c) *Postulación*.—Las partes deben estar representadas por Procurador y dirigidas por Letrado, ya que, al no haber excepción expresa del legislador, deberá estarse a lo dispuesto en las reglas generales contenidas en la L. E. C., que exigen Procurador (artículo 4.º) y Letrado (art. 10), no siendo incluibles entre las excepciones en estos preceptos enumerados el proceso del artículo 41 de la L. H. (26).

2. *Presupuestos objetivos*.

A. El objeto de este proceso ha de ser una pretensión fundada en un derecho real. El artículo 41, siguiendo una terminología confusa, muy frecuente, sin embargo, en nuestro Derecho positivo, habla de «acciones reales» (27). «Las acciones reales procedentes de los derechos inseritos —empieza— podrán ejercitarse por el procedimiento que señalan los párrafos siguientes...», expresión que ha sido criticada por tener un sentido mucho más amplio del que el legislador ha querido darle (28).

B. La doctrina hipotecaria ha discutido cuáles son las acciones que podrán ejercitarse a través de este proceso, utilizando la técnica procesal tradicional (29). Consideran incluidas la acción reivindicatoria, la rescisión de dominio, la confesoria y negatoria —extendidas una y otra a todos los derechos reales limitados— a *aquae pluviae arcenda*; consideran excluidas las acciones universales, como

(25) Víd., por ej., GUASP: «Comentarios», cit., T. II, Vol. I, Parte primera, Madrid, 1945, pág. 298 y sigs. Un estudio muy completo del problema puede verse en el artículo de ENRICO citado.

(26) En este sentido ENRIQUE LÓPEZ, en «El proceso de ejecución de las acciones reales», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1946, página 246 y sigs.

(27) Sobre la distinción entre acción real, personal y mixta, PRIETO CASTRO: «Exposición del Derecho procesal civil», 2.ª ed., 1942, T. I, página 46, y GUASP: «Comentarios», cit., I, pág. 348 y sigs.

(28) Así, ENRIQUE LÓPEZ: «El proceso de ejecución...», cit., pág. 245: «hubiera sido preferible —dice— que la ley hubiera concretado el alcance de este artículo precisando que solamente se refería a las acciones reivindicatorias, confesorias y negatorias».

(29) Un resumen de las posiciones, en nuestras «Contestaciones de Derecho procesal», para Registros (en colaboración con Manuel Peña), Madrid, 1949, pág. 24.

la *petitio hereditatis*, impropiamente incluídas entre las reales ; la publicana, de constatación de propiedad ; la *commun dividundo*.

C. En realidad, hemos de tener en cuenta que, aparte de ser pretensión fundada en un derecho real, en élla ha de pedirse al órgano jurisdiccional, no una declaración de voluntad, sino un hacer, que es la nota característica de las pretensiones de ejecución (30), lo que se acordará cuando no comparece en forma el demandado, o cuando, aun compareciendo, no prosperasen las causas de oposición que el mismo alegara.

3. *Presupuestos de la actividad*

El único que merece ser tenido en cuenta es el tiempo, ya que cierto sector doctrinal (31) ha mantenido que si el proceso se dirige contra un poseedor sin título, al tratarse de una cuestión posesoria, únicamente podrá hacerse uso de este proceso dentro de un año, a contar de la fecha de la inscripción, por aplicación del art. 460 del Código civil. Indudablemente, el artículo 460 del C. c. señala, en su número 4.º, como causa de la pérdida de la posesión, la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión ha durado más de un año ; pero es que a través del proceso del artículo 41 de la L. H. no se protege la posesión —que no tiene acceso al Registro, según el artículo 5.º de la L. H.—, sino un derecho real inscrito, por lo que carece en absoluto de fundamento la anterior posición (32). Por tanto, no existe tal limitación de plazo para iniciar el proceso.

(30) «Cuando no se trata ya de pretensión discutida sino de pretensión insatisfecha, para que se alcancen entonces los fines del orden jurídico es necesario, no la formación, sino la efectuación del mandato». CARNE-LUTTI : «Sistema de Derecho procesal civil» (trad. de ALCALA-ZAMORA y SENTÍS-MELENDO), Buenos Aires, 1944, T. I, pág. 213.

(31) ANGEL SANZ, en «Instituciones de Derecho Hipotecario», cit., página 355.

(32) ROCA SASTRE —ob. cit., I, pág. 294— tampoco admite la posición de SANZ ; pero estimamos que carece de valor la argumentación que él mismo señala ; dice : «esta opinión no puede prevalecer por varias razones, la principal de las cuales es que ni el artículo 41, ni ningún otro precepto establecen tal limitación». Pues bien, aunque el artículo 41 no estableciera tal limitación, si pudiera inscribirse la posesión y, fundado en ella, el titular registral iniciara el proceso del artículo 41 frente a una persona cuya posesión no estuviese inscrita, no existe duda alguna de que en este caso tendría vigencia lo dispuesto en el artículo 460, número 4.º

III.—TRATAMIENTO

1. Como se ha visto al exponer las ideas generales, el primer problema que plantea el tratamiento de los presupuestos es si habrán de ser tenidos en cuenta de oficio o a instancia de parte. Al no haber precepto expreso en el artículo 41 de la L. H. y 137 del Reglamento Hipotecario, es indudable que únicamente podrán ser tenidas en cuenta de oficio por el Juez —en aplicación del artículo 74 de la L. E. C., entre otros—, la falta del presupuesto de jurisdicción y de la competencia en sentido jerárquico, pero no los demás. Dado que en este proceso la competencia territorial no sigue el principio de sumisión —general en el proceso civil— parecería lógico que también fuese posible que el órgano jurisdiccional la estimase de oficio, pero dada la redacción del artículo 74 de la L. E. C. —que habla de «incompetencia por razón de materia»— creemos que no existe precepto alguno que lo admita, y por consiguiente sólo puede ser puesta de manifiesto por el demandado. Y la falta de todos los demás presupuestos procesales igualmente sólo cabe que sea la parte demandada quien la señale, careciendo el Juez de facultades para ello, si bien entendemos que la legitimación activa puede ser apreciada de oficio por el Juez en lo que se refiere a la vigencia del asiento registral, acreditada por la certificación, que deberá acompañar a la demanda el actor, en base al párrafo primero del artículo 41 (33).

2. Por consiguiente, sólo la parte demandada podrá alegar la falta de alguno de los presupuestos procesales. Pero, ¿en qué momento?

A. Como antes vimos, en nuestro Derecho procesal civil, salvo en el juicio declarativo de mayor cuantía, no existe un momento diferenciado para que el demandado pueda alegar la falta de alguno de los presupuestos procesales. Por tanto, habrá de hacerse en el primer acto procesal del demandado. El proceso del artículo 41 no es una excepción. Por tanto, el demandado sólo podrá alegar los defectos de admisibilidad en la «demanda de contradicción».

(33) En análogo sentido, Roca, ob. cit., T. I, pág. 317, en que dice: «El Juez examinará los documentos presentados y si los encuentra bastantes para la promoción del procedimiento, mandará sustanciarlo.»

B. Hemos de tener en cuenta que las causas de oposición que en dicho escrito puede alegar el demandado se encuentran tasadas en la Ley ; sólo pueden alegarse las cuatro causas que enumera el párrafo sexto, y si bien en alguna de ellas cabe subsumir algún hecho que revele la falta de algún presupuesto procesal, lo cierto es que si aplicáramos rígidamente tal disposición legal nos encontraríamos con que el demandado no podrá alegar la falta de casi ninguno de los presupuestos procesales.

a) ANGEL SANZ, siguiendo el texto de la Ley y a la generalidad de la doctrina, dice : «Esta enumeración de causas de oposición es taxativa, pues el artículo 41 establece que cualquier otra alegación se reservará para el juicio declarativo que corresponda» (34).

b) MORENO MOCHOLI (35) también reconoce que la enumeración es taxativa ; no obstante, admite después que la falta de legitimación pasiva, el no ser perturbador el demandado, puede subsumirse en la causa cuarta de oposición que puede fundar la demanda de contradicción. Esta causa cuarta dice : «No ser la finca inscrita la que efectivamente posee el contradictor» ; luego parece referirse únicamente al caso de que el contradictor posea otras fincas que no sea la inscrita por el titular-demandante. Pero de ser ésta la intención del legislador, hubiera terminado la frase —dice este autor— con estas o parecidas palabras : «... sino otra u otras», y lo cortado de la expresión indica la amplitud que quiere darse a esta causa de oposición, «pues carecería de sentido y lógica defender al emplazado no poseedor de la finca de autos porque lo fuera de otra u otras, e imponer la ejecución a quien no gozare de otros disfrutes, pese a tampoco poseer o detentar el inmueble a que la acción hiciese referencia ; tratándose, además, de un requisito, cual la legitimación pasiva, que no obra en el Registro, surgiendo fuera de él, y que de no existir ha de impedir la estimación de la acción, sin que quepa presumir por la sola expresión del actor, aunque haya de apreciarse si la contradicción no se funda, pero sin eficacia».

c) Y ROCA (36) admite que puedan alegarse otras causas que

(34) «Instituciones», cit., pág. 351.

(35) «El nuevo proceso que crea el artículo 41 de la Ley Hipotecaria», cit., p. 1.091.

(36) Ob. cit., T. I, pág. 337 y sigs. «También el emplazado puede aducir la incompetencia del Juzgado que conozca del proceso de ejecución, ya que si bien el Juez debería abstenerse de entender del procedimiento

las enumeradas en el artículo 41, señalando concretamente la incompetencia del Juzgado y el no existir la posesión contraria o la inquietación, contra la cual procede el titular registral, o no ser el emplazado el poseedor o inquietador, que es precisamente la causa que MORENO MOCHOLI incluye en la cuarta de las señaladas en el repetido precepto hipotecario.

C. Hemos de afirmar que no sólo estas causas concretas, sino la falta de cualquier presupuesto procesal debe ser susceptible de alegación por el demandado, mediante la llamada «demanda de contradicción», incluso la existencia de alguna causa de exclusión del personal judicial (recusación), ya que, según el artículo 192 de la L. E. C., «se propondrá en el primer escrito que presente el recusante, cuando la causa en que se funde fuese anterior al pleito y tenga conocimiento de ella».

a) En efecto, las causas de oposición que señala el artículo 41 se refieren al fondo del asunto, aunque en alguna pueda subsumirse alguna de admisibilidad; pero tal precepto no desvirtúa, en modo alguno, la doctrina procesal general, que tiene aplicación aquí, y, por consiguiente, si falta alguno de los presupuestos procesales, el órgano jurisdiccional no deberá entrar a examinar el fondo del asunto; pero como él no puede de oficio estimar la mayoría de los presupuestos, deberá ser la parte la que, siguiendo preceptos generales, tendrá que poner de manifiesto la falta de alguno de ellos. Esta posibilidad la vió ROCA en los dos supuestos concretos señalados. Y MORENO MOCHOLI, al referirse a la legitimación pasiva y decir que «de no existir ha de impedir la estimación de la acción». Pero la doctrina es aplicable a la falta de todos los presupuestos, pues el artículo 41 no ha derogado las normas procesales de común aplicación; solamente ha tasado las causas de oposición en cuanto al fondo.

b) Alguna de las causas de oposición, como la falta de legitimación pasiva, puede hacer pensar que no es necesario alegarla, pues si el actor dirige su pretensión frente a uno que no es el perturbador, le bastará con no comparecer, ya que ninguna de las medidas a adoptar por el Juez le afectarían. Pero esto no puede admitirse por las siguientes razones:

en caso de incompetencia, no obstante ya vimos que no existe precepto que autorice la abstención competencial de oficio.

a') En primer lugar, porque no hay ninguna razón para que una persona pase por perturbador sin serlo ; de la mera existencia de una resolución judicial acordando la práctica de las medidas solicitadas frente al demandado, resultan perjuicios para éste ante la sociedad, aunque las medidas a adoptar por el órgano jurisdiccional no le afectasen.

b') En segundo lugar, porque, aparte de las costas procesales, se le pueden ocasionar perjuicios de orden económico, como la posible secuela consistente en la indemnización de daños y perjuicios (37), devolución de frutos percibidos, etc. En estos casos, si no comparece, tendría que cumplir la condena, si bien luego podría iniciar el juicio declarativo. Pero es indudable que, en atención al párrafo primero del artículo 41, puede, dentro del mismo proceso sumario, alegar la falta de legitimación.

3. Tales presupuestos procesales deben existir en el momento de plantearse la litis, si bien creemos aplicable aquí la doctrina general, sentada por la jurisprudencia, según la cual cuando el defecto es subsanable cabe la subsanación durante todo el proceso, sobre todo en este tipo concreto de proceso, ya que el Juez no resolverá sobre la oposición del demandado hasta el momento de dictar la sentencia. Si entonces subsisten aún los defectos procesales, el Juez deberá abstenerse de conocer el asunto, señalando el defecto de admisibilidad de la pretensión. Unos, podrían subsanarse ; pero otros, no. En el primer caso, que es la regla general, tenemos el que el tutor pida autorización al Consejo de familia para iniciar el procedimiento que no haya presentado el escrito inicial el actor presentado por Procurador, etc. En el segundo, que la acción ejercitada a través del proceso no sea de las que, según el artículo 41, son susceptibles de ejercitarse a través del mismo, como, por ejemplo, si el titular registral inicia una acción de desahucio a través de este procedimiento frente al arrendatario.

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ
Prof. Ayudante en la Universidad de Madrid

(37) En este sentido, ROCA, Ob. cit., I, pág. 337 : «.. el emplazado puede abstenerse de contradecir la pretensión ejecutiva del actor, pues él nada tiene que ver realmente con los hechos alegados por el titular registral, pero como la solicitud de éste puede ocasionarle molestias e incluso originarle una condena de indemnización de daños y perjuicios, puede ser conveniente que se persone en los actos y formalice la oposición.

El concepto de «Cargas Deducibles» en el Impuesto de Derechos reales

Nos sugieren estas notas la lectura de un razonado artículo que apareció en el número de julio-agosto pasados en esta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO con el título *Un caso de injusticia notaria en el Impuesto de Derechos reales*.

En él, su autor, el culto Registrador de la Propiedad don Mariano Hermida, en un meditado artículo nos alude y contradice, enfrentando sus ideas con las nuestras en cuanto al concepto de «cargas deducibles». Ello nos obliga a echar nuestro cuarto a espadas sobre ese sutil concepto, especialmente en cuanto a la hipoteca se refiere.

Antes de entrar en el tema vaya por delante la afirmación de que si el problema se tratase exclusivamente en el terreno del derecho constituyente y de principios, es posible que pudiésemos llegar a estar de acuerdo, pero fuera de él y discurriendo dentro de lo económico-jurídico, la tesis del señor Hermida no logra convencernos.

Centra el problema concretamente el distinguido contradictor en la hipoteca en garantía de deudas del causante, y dice que «ni económica ni jurídicamente está justificado el trato especial que recibe la hipoteca»; «que están en lo cierto los contribuyentes que no encuentran claro ni comprensible el precepto», y que «no son aceptables ni los preceptos del Reglamento ni los argumentos de Rodríguez-Villamil».

Veamos, pues, cuáles son esos preceptos, cuáles esos argumentos por nosotros expuestos en nuestro libro sobre el Impuesto que

nos ocupa y cuáles los alegatos que el ilustrado contrincante opone a unos y otros.

El concepto legal de la «carga» es; a tenor del artículo 100 del Reglamento, que lo son «los censos, pensiones u otros gravámenes de naturaleza perpetua, temporal o redimible, que afecten a los bienes, disminuyan realmente el capital o valor de los transmitidos y aparezcan directamente impuestos sobre los mismos»; y redondea el concepto añadiendo que no se estiman como cargas las que imponen obligación personal del adquirente, «ni tampoco las hipotecas ni las fianzas».

Dado ese concepto de «carga», los siguientes apartados del artículo son consecuentes con él: en las transmisiones a título lucrativo, la base liquidable será la diferencia entre el valor total del bien transmitido y el de la «carga», sin perjuicio de que aquellos gravámenes que no sean reglamentariamente «cargas» se deduzcan de la base y produzcan el concepto liquidable de adjudicación en pago o para pago.

Estos preceptos de apariencia sutil y de no fácil comprensión para el contribuyente, son sin embargo completamente jurídicos: el que hereda una finca que vale un millón de pesetas, gravada con un censo enfitéutico cuyo capital es de quinientas mil, es evidente que no adquiere más que otras quinientas mil pesetas en el valor aquél y que debe tributar solamente por esas quinientas mil pesetas con que acrecienta su patrimonio.

Está claro, dentro del clásico tecnicismo jurídico sobre el concepto de esa clase de censos, que el dominio de la finca está dividido y que el directo pertenece a un titular y el útil a otro, llamados, como es sabido, censualista y censatario; o sea, que ese dominio que, como dice muy bien el señor Hermida, «es la suma de todas las facultades que una persona puede tener sobre una cosa», está fraccionado y fraccionado entra en el respectivo patrimonio de uno y otro condeño, de tal manera que ninguno de ellos podrá atribuirse esa total suma de facultades en la finca acensuada, sino que dirán, sin hablar con propiedad jurídica, el uno que es dueño del dominio directo y el otro del útil de aquélla, con la totalidad de facultades dominicales inherentes al dueño, no sobre la totalidad del inmueble, sino sobre la fracción de dominio que sobre él tienen.

Si ahora trasladamos el problema a la hipoteca, veremos que las

cosas no ocurrir de la misma manera. Sigamos con el ejemplo: el que adquiere por herencia una finca que vale un millón de pesetas y está gravada con quinientas mil, ¿acrecienta su patrimonio en la misma cuantía que el que la adquiere en el supuesto anterior? No; en su patrimonio entra toda la finca, con todo su valor, en pleno dominio, y, por consiguiente, con «la suma de todas las facultades que una persona puede tener sobre una cosa»; lo cual no quiere decir que este acrecimiento patrimonial se realice, en su totalidad, a título puramente gratuito, aunque de herencia se trate.

Aquí es, precisamente, donde entra en juego el concepto jurídico-fiscal de lo que es «carga» y no lo es, y de las que son deducibles.

No es discutible que la finca hipotecada así transmitida pasa por entero al patrimonio del adquirente; pero tampoco lo es que no todo su valor económico lo adquiere a título gratuito, siquiera civilmente ese título sea el de herencia. Hay una parte de él —en este caso quinientas mil pesetas— que, por efecto del gravamen hipotecario lo adquiere para responder del mismo, y otra parte —las otras quinientas mil pesetas— que se le transmiten gratuitamente; y por lo mismo el Impuesto, siguiendo una norma fundamental y racional que le es propia, afecta de manera distinta a esas dos porciones transmitidas y califica a la una de herencia y a la otra de adjudicación para pago o en pago.

Si no lo hiciera así no cabrían más que estas otras dos soluciones: o considerar como herencia propiamente dicha todo el valor de la finca, o tan sólo el equivalente a la diferencia entre el valor total y el representado por el gravamen hipotecario; y ambas serían indefendibles en el terreno jurídico-fiscal. La primera, rotundamente rechazable, porque no es verdad que la totalidad del valor económico del inmueble se transmita a título gratuito, y la segunda, porque es indiscutible que el dominio de la totalidad de la cosa se transmite, y, por lo tanto, si sólo una fracción de él es adquirida gratuitamente, indiscutible es también que el resto pasa al nuevo dueño por un concepto o título que al no ser gratuito tiene que ser oneroso.

Sentadas estas premisas, a nuestro parecer inconcusas, ya tenemos casi todo el camino andado para llegar al término de la jornada.

Si esa segunda fracción de dominio entró en el patrimonio del adquirente y entró a título oneroso, aunque tenga su raíz en el gratuito de herencia, el enriquecimiento que su valor económico repre-

sente tiene que tributar, sopena de quebrantar el principio fundamental del Impuesto, consistente en que toda adquisición patrimonial está afectada por él.

¿Y cuál es ese título oneroso? No puede ser otro que el de adjudicación para pago, o sea que esa fracción de dominio pase al patrimonio del adquirente para que con el equivalente valor económico de la misma pague al acreedor hipotecario el importe de su crédito en su día, liberando así el gravamen que sobre el inmueble pesaba.

Se dirá —y así lo dicen los contribuyentes y los que como ellos discurren fuera del tecnicismo jurídico y también del jurídico-fiscal— ¿por qué ha de tributar sobre un millón de pesetas el que adquiere por herencia una finca gravada con quinientas mil, siendo así que en realidad no adquiere más que las otras quinientas mil pesetas? ¿No es verdad que mi patrimonio no se ha acrecentado más que en esa segunda cantidad?

Sí, se contesta con aquel tecnicismo; es cierto que tu haber no se ha aumentado sino en esas quinientas mil pesetas, pero eso no quiere decir que el Impuesto no afecte a ambas sumas. Les afecta y debe afectarles de distinta manera: a la primera, equivalente a lo que el total valor dominical excede del gravamen hipotecario, como adquisición hereditaria a título puramente gratuito, y la segunda, equivalente a ese gravamen, como adquisición onerosa en el aludido concepto de adjudicación.

Y todo esto por una clarísima razón: el Impuesto no grava simplemente el aumento del patrimonio del contribuyente, como creen éstos cuando argumentan en la forma dicha, sino que actúa en función de un concepto jurídico-fiscal más amplio, cual es el gravar la transmisión de las cosas de un patrimonio a otro.

En este cambio de dueño coinciden las transmisiones onerosas y las gratuitas, pero se diferencian en que éstas producen acrecentamiento en el patrimonio del adquirente y aquéllas en términos generales no, y sin embargo unas y otras caen bajo la férula del Impuesto.

Si la razón del tributo fuera únicamente el acrecentamiento patrimonial, estarían sujetas a aquél solamente las adquisiciones a título lucrativo, y no las onerosas, o sea las que suponen una contraprestación equivalente a lo que se recibe. Sirva de ejemplo una compraventa: el que por este título adquiere una cosa y da por ella su

válor en metálico; en nada; al menos en principio, aumenta su haber activo o su patrimonio; y otro tanto se puede decir del que permuta, y sin embargo nadie discute la racionalidad de que el comprador y los permutantes tributen. Y, esto porque el Impuesto lo que fundamentalmente grava, según va dicho, es la transmutación de la cosa de un patrimonio a otro.

Dicho esto, veamos ¡ahora! la argumentación que frente a ello opone el señor Hermida.

Concretamente en relación con la hipoteca en garantía de deudas del causante, dice que no son aceptables ni los preceptos del Reglamento ni nuestros argumentos, y llega a esas categóricas conclusiones sentando los siguientes postulados:

«Jurídicamente, el dominio es la suma de todas las facultades que una persona puede tener sobre una cosa.»

«Cualquier facultad de las que normalmente pertenecen al dueño que pase al patrimonio de otra persona, es una desmembración del pleno dominio, es un derecho real que disminuye las facultades del dueño y el valor económico de la cosa.»

«Los Derechos reales sobre cosa ajena son desmembraciones del dominio pleno de la cosa... Se sigue llamando dueño a aquel que tiene todas las facultades sobre una cosa, menos aquellas que pertenecen al titular de un derecho real «in re aliena», pero ese dominio es un dominio incompleto.»

Y rematando esos conceptos añade que «no hay diferencia entre la hipoteca y otro derecho real cualquiera...» «el censo es un derecho real perpetuo, y el usufructo y la hipoteca son temporales, y por eso no es adecuada la comparación hecha por Rodríguez-Villamil entre el censo y la hipoteca. Las hipotecas pueden disminuir más o menos el valor de la finca; según la naturaleza de las mismas y la cuantía de los créditos garantidos.»

Tras esos argumentos siguen otros que el señor Hermida califica de orden económico; pero antes de ocuparnos de ellos vamos a enfrentarnos con los expuestos, que son, a nuestro entender, los fundamentales.

Decimos en primer lugar, que aunque admitamos el concepto rotundo esgrimido del derecho real en cosa ajena, no vemos cómo ni por qué destruye el concepto de «carga» deducible que el Reglamento del Impuesto da, ni de qué manera deja fuera de combate la

argumentación por nosotros expuesta en nuestros comentarios al Impuesto y parafraseada más arriba.

Afrontando de lleno los antedichos postulados sentados por el amable, contradictor, reconocemos que la esencia de los "Derechos reales «in re aliena» es la misma en todos ellos, pero no creemos que sus efectos jurídicos y económicos sobre la cosa y sobre las facultades del dueño en ella sean idénticos. Es verdad que son siempre limitaciones del dominio pleno y de las facultades del dueño, y que disminuyen el valor económico de la cosa, pero no siempre constituyen desmembraciones propiamente tales del pleno dominio.

Este es, ciertamente, el derecho real por excelencia, el derecho real tipo, porque contiene los tres derechos esenciales inherentes al mismo: el «ius disponendi, vindicandi et utilitatem percipiendi», de tal manera que la cosa permanece completamente libre en poder de su dueño sin gravamen alguno en favor de otra persona; pero al lado de él están todos los demás, cuya enumeración no es del caso; como no lo es tampoco si son en «numerus clausus» o «numerus apertus», y ninguno es el de dominio propiamente dicho; todos son distintos de él y de ellos nacen acciones también distintas. La doctrina, las leyes y la jurisprudencia los apellan similares y *limitativos* del dominio, aunque en esa diferenciación no haya coincidencia, pero no desmembraciones del dominio.

Cuando el Código civil nos dice que «el dominio y los demás derechos reales» se adquieren por la prescripción —artículo 1.930— no hace sino confirmar la aludida diferenciación; e igual sentido late en el mismo Código cuando nos habla —artículo 609— de los modos como se adquiere «la propiedad y los demás derechos sobre los bienes».

Con esto queremos demostrar que no solamente no es exacto de una manera general que todo derecho «in re aliena» sea una desmembración del dominio, sino también que esos derechos afectan de distinta manera o con desigual intensidad al dominio, o, dicho de otro modo; que lo *limitan* desigualmente, dejando intactas aquellas notas esenciales aludidas.

De ahí que pueda definirse el derecho real diciendo con Ruggiero: que unas veces atribuye al titular el señorío pleno e ilimitado sobre la cosa, y otras el señorío menos pleno, ejercitándose sobre alguna

utilidad económica de ella, «en cuyo caso da lugar a los derechos reales menores o sobre cosa ajena»; o, como dice Sohm, poder sobre una cosa, generalmente de goce, sin ser ello esencial, porque «hay muchos casos en que el titular no usa sino eventualmente de ella, como ocurre en los derechos de garantía».

Apoyados en lo expuesto estimamos que con toda lógica podemos sentar éstas conclusiones: 1.^a No todo derecho real es una desmembración propiamente dicha del dominio. 2.^a Hay diferencia entre la hipoteca y otros derechos reales, y señaladamente el de dominio. 3.^a No es inadecuada la diferenciación hecha por nosotros, entre el censo y la hipoteca, sosteniendo a los efectos del Impuesto, de acuerdo con el Reglamento, que el uno es «carga» deducible y la otra no lo es; 4.^a El Reglamento, y con él los que sostengamos lo que es «carga», fiscalmente hablando; no quebrantamos ninguna norma ni principio jurídico sobre el concepto del dominio y de los derechos reales que alrededor de él giran, antes al contrario, dejamos incólumes esos principios. Mas es, al calificar como «carga» al censo y no a la hipoteca, implícitamente queda reconocido que en aquél el dominio de la finca está desmembrado y por estarlo una parte de él queda en el patrimonio del transmitente, mientras que en la hipoteca ese dominio se transfiere íntegro, siquiera sea con la afec-
ción que la misma implica.

Lo que va expuesto presupone que no podemos compartir, la tesis del señor Hermida cuando con sus razonamientos pasa del campo jurídico al económico y dice que «económicamente tampoco puede aceptarse ese trato especial que recibe la hipoteca».

Su razonamiento es como sigue: «El que adquiere una finca que vale 100.000 pesetas, gravada con una hipoteca de 25.000, no adquiere más que 75.000 pesetas: el resto, 25.000 pesetas, es un valor que pertenece a otra persona; en el momento de cancelarse la hipoteca es cuando adquiere ese otro valor de 25.000 pesetas, y entonces es el momento para liquidarlo como adquisición onerosa».

Con nuestros anteriores razonamientos, creemos haber demostrado que ese punto de vista de nuestro contrádutor no es aceptable. La hipoteca no priva al dueño de la finca hipotecada de ninguno de los tres derechos antes aludidos, inherentes y sustanciales al dominio; cuales son el «ius disponendi, vindicandi et utilitatem percipiendi», de tal manera que no se puede decir con rigor jurídico

que en tal finca una parte del dominio o de su valor pertenezca al acreedor hipotecario. Este tiene un derecho eventual sobre ella, no otra cosa, y el hipotecante todas las facultades dominicales; y porque las tiene y la finca entra por entero en su patrimonio, debe tributar por los dos conceptos más arriba expuestos, de tal manera que la base de ambos absorba el total valor del inmueble.

El interesante trabajo del señor Herniда entra después en otras consideraciones sobre la trascendencia económica que en las herencias de pequeña cuantía tiene la no deducción de las hipotecas, y dice que una herencia de 50.000 pesetas en fincas, entre varios hijos, pagaría el 2 por 100, o sea 1.000, y esa misma herencia con una hipoteca de 40.000 pesetas pagaría 200 pesetas sobre 10.000 pesetas y 2.400 por la adjudicación, al 6 por 100; pero en ese problema no entramos porque no afecta a la sustancia del que aquí debatimos. Sin descoñocer que tales anomalías se pueden dar, ello no dice nada en contra del principio general de lo que es y no es «carga» reglamentariamente, ya que, en definitiva, esta grata polémica no se refiere más que a conceptos fundamentales.

Con esto damos por terminada nuestra contestación al distinguido contradictor y la sometemos al fallo de los lectores.

JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ-VILLAMIL

Abogado del Estado y del I. C. de Madrid.

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

NO CABE REPUTAR GANANCIAL UNA FINCA POR HALLARSE CASADO EL VENDEDOR DE LA MISMA EN EL MOMENTO EN QUE SE PRACTICÓ LA INFORMACIÓN POSESORIA PARA SU INSCRIPCIÓN, SI SE ACREDITA POR LA PRUEBA DOCUMENTAL QUE ERA DE LA PROPIEDAD EXCLUSIVA DE DICHO INFORMANTE —VENDEDOR.

Resolución de 21 de noviembre de 1950. (B. O. de 5 de enero de 1951.)

Don Gonzalo Moreno Prieto, agricultor, casado con doña Ana Muñoz Ruiz, acudió al Juzgado Municipal de Santaella solicitando acreditar la posesión en que se hallaba desde el 28 de noviembre de 1906, de una suerte de tierra calma situada en dicho término, al pago de Caullas, besana que llaman del Caracol, de una fanega, equivalente a sesenta y un áreas y veintiuna centíreas, valorada en setecientas cincuenta pesetas y adquirida por herencia de su padre, don Bartolomé Moreno Marín. Con el escrito inicial de la información posesoria se acompañó una certificación, en la cual consta que la finca figuraba amillarada a nombre de éste, con un líquido imponible de treinta y nueve pesetas con diez céntimos, y se dió conocimiento del expediente a la viuda de don Bartolomé, doña Ana Prieto Cañete, y a los nietos, doña Catalina, don Cristóbal, don Bartolomé, don Francisco y don Antonio Domínguez Moreno, hijos de una hermana del iniciador del expediente, la nieta, asistida de su marido, don Cristóbal Blanco Muñoz, y los cuatro nietos, menores de edad, representados por su padre, don Francisco Do-

mínguez Coude, como únicos interesados en la sucesión, que manifestaron unánimemente «no tener nada que oponer a la inscripción de posesión solicitada, por ser cierto cuanto alega en su escrito el recurrente». Con fecha 24 de febrero de 1925 se dictó auto de aprobación, y presentado en el Registro un testimonio del expediente, librado por el respectivo Secretario, se extendió anotación preventiva de posesión a favor de don Gonzalo Moreno Prieto por el defecto de no figurar la finca amillorada a su nombre, y subsanado el defecto en forma reglamentaria, se convirtió la anotación en inscripción el 13 de abril del mismo año.

Por escritura autorizada por el Notario de La Rambla, don Juan Puig, el 5 de noviembre de 1947, don Gonzalo Moreno Prieto, en estado de viudo, vendió la finca a su hijo, don Bartolomé Moreno Muñoz, y presentada primera copia de la misma en el Registro, fué retirada sin calificación y, transcurrido el plazo de vigencia del asiento, se volvió a presentar y se puso al pie de la misma la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del documento que precede por observarse el defecto subsanable que a continuación se expresa: el transferente erajena en estado de viudo una finca que adquirió siendo casado, y si bien al acreditar la posesión de dicho inmueble mediante el necesario expediente que originó la inscripción a nombre del que transmite, se invocó la herencia como título adquisitivo, es preciso tener en cuenta que los expedientes posesorios, regulados por las leyes hipotecarias anteriores a la vigente, sólo acreditaban el hecho de la posesión en concepto de dueño, pero según la doctrina del Centro directivo no justificaban el título adquisitivo. En consecuencia, debe estarse en el caso que se examina, a la presunción «iuris tantur», establecida por el artículo 1.407 del Código civil, y considerar al transferente viudo sin la suficiente titularidad de disposición en tanto no se acredite que adquirió la citada finca por la herencia, articulando para ello una prueba que desvirtúe la citada presunción. No se ha solicitado anotación preventiva:

Interpuesto recurso por el Notario autorizante de la escritura reseñada, la Dirección confirma el auto del Presidente de la Audiencia, revocatoria de la nota del Registrador, mediante la doctrina siguiente:

Que el único problema que procede resolver en el presente recurso es si la finca vendida por don Gonzalo Moreno Prieto, en esta-

do de viudo, a su hijo don Bartolomé Moreno Muñoz, era de la exclusiva propiedad de aquél, o si, por el contrario, se debe reputar ganancial, porque, en el primer supuesto, el título presentado no adolecería del defecto contenido en la nota impugnada, conforme a lo preceptuado en el artículo 93 del Reglamento Hipotecario, según el qual son inscribibles las enajenaciones de bienes privativos efectuadas por el cónyuge superviviente sin necesidad de liquidar antes la disuelta Sociedad económico-matrimonial; y, en la segunda hipótesis, la muerte de la mujer creó una cotitularidad entre sus herederos y el marido, que haría inexcusable la intervención de todos.

Que en el caso debatido concurren las siguientes particularidades: a), la finca vendida, que es una suerte de tierra calma, valorada en setecientas cincuenta pesetas, cuya cabida es de sesenta y un áreas veintiuna centíreas, con un líquido imponible de treinta y nueve pesetas, figura registrada en posesión a favor del vendedor desde el año 1925; b), en la inscripción se reflejó, basándose en lo consignado en la información posesoria, que el titular registral poseía la finca desde el 28 de noviembre de 1906, en que la adquirió por herencia de su padre, don Bartolomé Moreno Marín; c), los testigos de la información corroboraron lo manifestado por el poseedor; d), la viuda y cinco nietos del nombrado causante, como únicos interesados en su herencia, aseveraron, personal o legalmente representados, ante la autoridad judicial, que la finca era de la propiedad particular del vendedor, por el indicado título hereditario; e), por estar amillarada la finca a nombre del causante se suspendió la inscripción de la información y, en su lugar, se extendió anotación preventiva; f), amillarada a nombre del poseedor, se subsanó reglamentariamente el defecto y se convirtió la anotación en inscripción definitiva a favor de don Gonzalo Moreno Prieto el 13 de abril de 1925.

Que el Código civil, después de enumerar los bienes propios de cada cónyuge y los gananciales, establece en su artículo 1.407 una presunción de las autorizadas en el artículo 1.251, con arreglo a la cual se incluirán en el segundo grupo todos los bienes del matrimonio mientras no se acredite que pertenezcan privativamente al marido o a la mujer.

Que como las presunciones *«iuris tantum»* constituyen medio de prueba indirecto, de carácter supletorio; por estar apoyadas en apa-

riencias, no deben desplegar plena eficacia cuando los hechos inciertos estuviesen demostrados por otros medios de prueba directos, y, en consecuencia, no cabe reputar ganancial la finca por hallarse casado el vendedor en el momento en que se practicó la información posesoria, si se acredita por la prueba documental que era de la propiedad exclusiva del solicitante; criterio que resulta reconocido en el expresado artículo 1.407 y en las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1925 y 11 de abril de 1947.

Que los antecedentes del caso, las declaraciones prestadas en el Juzgado por la viuda y los nietos del padre del vendedor, quienes por su parentesco tenían motivos para conocer lo expuesto por éste, y la circunstancia de que el inmueble se hallaba amillorado en 1925 a nombre de don Bartolomé Moreno Marín, permiten, asimismo, atribuir carácter privativo a la finca, a efectos registrales, como fué reconocido por el Presidente de la Audiencia.

Una mera objeción a la anterior doctrina de nuestro ilustrado Centro: ¿Con qué prueba documental se acreditó al instruirse el expediente que la finca inscrita en posesión por don Gonzalo Moreno en *estado de casado* fuera de la exclusiva propiedad de éste?

Salvo la de estar amillorada a nombre de su *possible causante*, no vemos otra.

Como afirmó el Registrador en el escrito de defensa de su brillante nota, no consta testamento ni auto de declaración de herederos *ab intestato* acreditativos —con los demás documentos complementarios— de la adquisición de la finca por herencia por parte de don Gonzalo Moreno.

Toda esa prueba documental a que se refiere el penúltimo considerando se reduce, creemos, a las manifestaciones de testigos, madre y sobrinos (éstos representados en parte) del informante ante la autoridad judicial en la tramitación del expediente. Si no es así pues el último considerando hace dudar —no la vemos por parte alguna—

Ahora bien; como las declaraciones de los testigos no pueden referirse más que al hecho de poseer el solicitante los bienes en nombre propio (Resoluciones de 11 de abril de 1899 y 25 de octubre de 1911); como en la Resolución que pone término al expediente no se hacen declaraciones de derecho de ninguna clase (Sentencia de

21 de marzo de 1910), pues la inscripción de una información poseedora no equivale a título, ya que sólo se refiere al mero hecho de poseer (Sentencia de 27 de abril de 1906)... no acabamos de comprender las razones —como no sean prácticas, dada la ínfima cuantía del inmueble de que se trata— de la doctrina que comentamos.

Si a esto se agrega el carácter de estos expedientes, «muchas veces artificioso, alguna que otra falso, y cuya justificación suele obtenerse por complacencias de testigos que en no pocas ocasiones balbucean ante el Juzgado lo que se les indicó en la antesala, en 'divorcio' absoluto con la verdad», según frases de Beraud y Lezón (nota de la pág. 500, T. II de su *Tratado de Derecho Inmobiliario*), se justifica la prudencia del Registrador, ya que no solamente con respecto a la sociedad ganancial, si que también para otros posibles coherederos del informante (¿cómo se justifica que eran únicos, que no hubiera algún otro más de los que depusieron en el expediente?), podía envolver éste una falacia y falsedad.

REGISTRO MERCANTIL

CONTRA LA CALIFICACIÓN DE LOS REGISTRADORES MERCANTILES SÓLO PROcede EL RECURSO GUBERNATIVO CUANDO DICHOS FUNCIONARIOS SUSPENDAN O DENIEGUEN LAS INSCRIPCIONES, CANCELACIONES, ANOTACIONES PREVENTIVAS O NOTAS MARGINALES, Y NO ES DE APLICACIÓN Á LOS CASOS EN QUE LOS TÍTULOS CAUSARON YA SUS RESPECTIVOS ASIENTOS PORQUE ÉSTOS SE HALLAN BAJO LA SALVAGUARDIA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

Resolución de 4 de diciembre de 1950 (B. O. de 20 de enero de 1951).

En el Registro Mercantil de Sevilla se presentó instancia solicitando que se revocase la calificación de la escritura de disolución de determinada Compañía, que había sido inscrita con anterioridad a la fecha en que fué presentada la aludida instancia; en el Registro, siendo tal petición rechazada por el Registrador porque no implicaba la práctica de operación alguna, para cuya constancia fué creado el Registro Mercantil; y entablado recurso, la Dirección confirma el acuerdo del Registrador por las razones del encabezamiento,

sin perjuicio de que las personas que se crean perjudicadas por los asientos practicados puedan acudir a los Tribunales para ventilar o contender entre sí acerca de la validez o nulidad de los documentos u obligaciones que motivaron las inscripciones correspondientes.

* * *

Con referencia a la Resolución de 16 de junio de 1948 (pág. 42, número 248, enero 1949, de esta Revista), dijimos que dudábamos pudiera ofrecerse a nuestro ilustre Centro Directivo otro recurso tan sorprendente..., siendo los sorprendidos nosotros ahora ante la repetición del caso.

C O N S U L T A

¿PUEDE UN REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD CANCELAR DE OFICIO, POR NOTA MARGINAL, AL CÁBO DE QUINCE AÑOS, INSCRIPCIÓN DE INMATRICULACIÓN VERIFICADA EN 1935 EN EL REGISTRO POR NO HABERSE CUMPLIDO OPORTUNAMENTE LO PREVENIDO EN EL ARTÍCULO 298 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO SOBRE PUBLICACIÓN DE EDICTO?

Resolución de 5 de enero de 1951 (B. O. de 23 de igual mes).

Presentado mandamiento de embargo de diversas fincas en el Registro de Cebreros y manifestando el Registrador al presentante la imposibilidad de practicar las anotaciones correspondientes, porque si bien las fincas aparecían inscritas a nombre del embargado, lo eran al amparo del antiguo artículo 20 de la Ley Hipotecaria, sin que apareciera a su margen nota acreditativa de haberse publicado el edicto correspondiente en el tablón de anuncios del Ayuntamiento, ni tampoco nota marginal cancelatoria de dichas inscripciones provisionales, por lo que su obligación era no sólo denegar tal anotación, sino proceder de oficio a cancelar las inscripciones cuyos efectos no se habrán consolidado por la falta de hacer constar al margen el requisito complementario expresado; la Dirección, en

el recurso de queja interpuesto por el repetido presentante, declara lo siguiente:

Que el artículo 298 del Reglamento Hipotecario vigente—al igual que la regla tercera del artículo 87 del Reglamento anterior—ordena que las inscripciones a que se refiere el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, transcurridos tres meses sin acreditarse debidamente la publicación de los edictos expedidos y entregados a los interesados para esta publicación durante un mes en el tablón de anuncios del Ayuntamiento, es decir, al no cumplirse el requisito de la devolución por los mismos interesados de tales edictos diligenciados o con certificación del Secretario del Ayuntamiento, se cancelarán de oficio y por nota marginal.

Que si bien en el contenido de tales inscripciones de carácter provisional, hasta tanto no se cumplan los trámites mencionados, se hace constar necesariamente, y conforme al mismo artículo reglamentario 298, todas las circunstancias que las adornan y caracterizan y que el asiento se practica conforme al artículo 205 de la Ley, con lo cual publican por sí mismas su naturaleza provisional o caduca, todavía el requisito, en su caso, de la cancelación expresa por nota marginal sigue siendo obligatorio para el funcionario, el cual no debe abandonar el asiento imperfecto practicado, ni aguardar a la petición de una certificación o de otra operación registral, sino vigilar durante el plazo de los tres meses el requisito de la devolución de los edictos diligenciados, y al término de ese plazo sin haberse cumplimentado tal trámite, poner la nota marginal de cancelación, la cual, si no tiene plazo para su práctica, es precisamente porque debe estamparse transcurrido el tiempo expresado:

Esta Dirección General ha dispuesto recordar a los señores Registradores de la Propiedad el exacto cumplimiento de lo ordenado en el artículo 298 del Reglamento Hipotecario sobre extensión de notas cancelatorias de asientos caducados por defecto de diligenciamiento de edictos, so pena de incurrir en falta por ser morosos o negligentes en el cumplimiento de sus deberes oficiales.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO
Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

C I V I L

SENTENCIA DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 1950.—*Arrendamientos urbanos: Artículo 67 de la Ley Especial.—Prescripción y caducidad.*

El Tribunal Supremo en reiteradas resoluciones, entre otras la Sentencia de 27 de abril de 1940, distingue fundamentalmente dos instituciones jurídicas, determinantes de la extinción de las acciones: la prescripción y la caducidad, cuyas características respectivas puede estimarse consisten: las de aquélla, en descansar no sólo sobre la necesidad de poner término a la incertidumbre de los derechos, sino sobre una presunción de abandono por parte del titular del derecho, al paso que ésta se funda exclusivamente en la necesidad de dar seguridad al trabajo jurídico y opera por el solo transcurso del tiempo, siendo la prescripción estimable sólo a instancia de parte, y la caducidad también de oficio por el Tribunal; susceptible la prescripción de interrupción por actos del que por ella puede resultar perjudicado, al paso que la caducidad no admite en ningún caso la interrupción del tiempo, cuyo simple transcurso la origina.

El tiempo de sesenta días a partir de la fecha en que el inquilino pudo ejercitar el retracto fijado por el artículo 67 de la Ley de Arrendamientos Urbanos para instar la anulación del contrato transmisorio por presunción de simulación en el precio de la venta es, sin género de duda, término de caducidad y no de prescripción de la acción, por una sencillísima razón de interpretación literal, y es que dicho artículo dispone textualmente que tal «acción caducará a los sesenta días, contados desde la fecha en que pudo (el inquilino) ejercitar la de retracto».

SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1950.—*Rescisión por lesión.*

La procedencia de la acción rescisoria por lesión *ultra dimidium o engany a mitges* que subsistió en el Derecho foral vigente en Cataluña, tiene su fundamento conforme a la Ley 2.^a, título 44, de *rescindenda ven-*

ditione del libro IV del Código de Justiniano, y en los capítulos 3.º y 4.º de las decretales de Gregorio IX, en la realidad de una venta por menos de la mitad del justo precio, por lo que su ejercicio requiere, según ha declarado la jurisprudencia reiteradamente la justificación cumplida de la expresa desproporción entre el verdadero valor de la cosa vendida, al tiempo de venderla, y lo que por ella haya dado o se obligue a dar el comprador.

SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1950 —*Nulidad de operaciones participiales.*

La Sala sentenciadora declaró rescindida, por lesión, en más de la cuarta parte, la partición efectuada, por estimar que instituida heredera la demandante, con la sola limitación de reservar la cuota legitimaria al demandado, padre de la causante de la herencia, se le adjudicaron a éste todos los bienes de la finada, partiendo de bases falsas, entre ellas la de reconocer a su favor un crédito por gastos de enfermedad y entierro de la causante, que ni fueron pagados por él ni pueden ser cargo de la herencia, sino del propio demandado a virtud de la obligación de alimentos que la Ley impone a los padres para con sus hijos. Si bien es cierto que otro de los motivos de impugnación de las operaciones participiales fué el de haber figurado en ellas una finca urbana en concepto de bien ganancial del matrimonio del demandado con la madre de la causante de la herencia ahora en litigio, y lo es también, que el Juzgado de Primera Instancia declaró bien parafernial de la madre de la finada la aludida finca, así habría de pasar íntegramente a la masa hereditaria de la hija fallecida, no lo es menos que la Sala sentenciadora se abstuvo de calificar de ganancial o de parafernial la casa en cuestión, por entender que lo que a este respecto impugnó la actora fué la adjudicación de la casa al demandado en el cuaderno particional, a base de su renuncia a los gananciales en la escritura de manifestación de herencia de su finada esposa, equivalente dicha renuncia, según la partición ahora impugnada, a una donación en favor de su hija, después fallecida sin posteridad, lo que a juicio de los partidores daba condición de reversible a la mitad de la finca para adjudicarla al padre demandado por virtud de lo dispuesto en el artículo 812 del Código civil, y la Sentencia recurrida disconforme con la tesis de los partidores consideró mal hecha la adjudicación, porque independientemente del aspecto ganancial o parafernial de la finca, no concurren los requisitos que para la reversión establece dicho precepto legal, y más especialmente porque la renuncia de un derecho a bienes hereditarios por un titular antes de serle adjudicados no supone verdadera donación, ya que en tal supuesto los demás herederos no adquieren directamente de la persona que hizo la denuncia, sino del causante por derecho de acrecer, lo que lleva a la Sala de instancia a modificar la Sentencia apelada, que había declarado bien ganancial la casa, limitando su pronunciamiento en este particular a la declaración de que no era procedente la adjudicación de la finca al demandado.

dado en el concepto en que lo fué, de bien sujeto a reversión por el artículo 812 del Código civil.

SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1950.—Forma de los contratos en que las prestaciones excedan de 1.500 pesetas.

El principio espiritualista que viene del Ordenamiento de Alcalá, indica que los contratos serán obligatorios cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez, es decir, las que consigna el artículo 1.271, y no puede admitirse que el último párrafo del artículo 1.280 sea una excepción, a la que haya que atenerse con preferencia a la regla general, porque las palabras del texto «cualquiera que sea la forma en que se haya celebrado» comprenden indudablemente los contratos verbales, y es más racional interpretar tal párrafo en un sentido que no contradiga a lo establecido en dicho artículo 1.278, tanto más si se tienen en cuenta las declaraciones terminantes del 1.254, que establece que el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras a dar alguna cosa o prestar algún servicio, y del 1.250, que afirma que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley.

El artículo 1.279 del propio Código civil se refiere al consentimiento y demás elementos necesarios para la validez de los contratos como preexistentes al otorgamiento de escritura u otra forma especial, lo que demuestra que la forma escrita no es lo que da validez al contrato, pues precisamente por ser ya válido con anterioridad se otorga acción a los contratantes para compelirse recíprocamente a llenar la forma, acción que no están obligados a ejercitar, sino que, según el texto, podrán hacerlo; es decir, que dicho artículo otorga una facultad, pero no impone una obligación, todo lo cual corrobora la tesis de que el párrafo alegado del artículo 1.280 no contiene una condición esencial para la validez de los contratos.

La doctrina sentada concuerda con declaraciones anteriores de la jurisprudencia en múltiples Sentencias, de las que basta citar las de 4 de julio de 1899, 19 de octubre de 1901, 4 de febrero de 1911 y 21 de diciembre de 1921.

PROCESAL CIVIL

SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1950.—Falta de personalidad y falta de acción.

Todo lo referente al título o causa de pedir, siquiera proceda de haberlo transmitido otra persona, no afecta a la personalidad del litigante, sino a la existencia de la acción ejercitada, materia propia de los recursos

por infracción de Ley, y que cuando se alega la falta de personalidad fundádola en que el demandante carece de acción o título de pedir, tal alegación es cuestión de fondo.

SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1950.—*Nulidad de actuaciones; Cosa juzgada.*

Es un principio fundamental, de nuestro ordenamiento jurídico-adjetivo, apoyado en razones de orden social encaminadas a garantizar la certidumbre y seguridad de los derechos declarados por resolución judicial, la inmutabilidad de las sentencias que han llegado a alcanzar el concepto procesal de firmes, y por ende su irrevocabilidad, en méritos de lo cual, desde tiempo antiguo ha venido consagrándose como norma la inmutabilidad de la cosa juzgada, que sirve de base a la estabilidad del derecho declarado y que no sólo permite actuar en consecuencia con lo resuelto (trámite de ejecución), sino que impide que pueda ser ulteriormente discutido.

Este principio de inmutabilidad sólo puede quebrar de manera muy excepcional por lo que afecta al fondo de lo juzgado, cuando los hechos que sirvieron de base a la resolución que se examina fueron en el procedimiento tergiversados de tal forma que pueda ser notoriamente demostrada su inconsistencia, aunque aparezca correcto el cauce procesal utilizado, o también cuando se demuestre que, por virtud de una declaración de rebeldía, que después se prueba injustificada, se ha producido una resolución viciada, no ya por la sola inexactitud de los hechos, sino por haberse roto artificiosamente y con fraude la normal trabazón de la litis, elemento inexcusable del principio contradictorio que informa la discusión contenciosa entre parte, y para atender a estas dos situaciones excepcionales tiene la ley procesal establecidos remedios también excepcionales, como son los recursos denominados de revisión a que se refieren los artículos 1.796 a 1.810, inclusive, para el primer supuesto, y de audiencia en justicia, regulado por el 777 a 789 de la expresada Ley procesal civil, los cuales, operando precisamente sobre sentencias declaradas firmes, tienden a obtener la rescisión de los mismos y un nuevo fallo; pero estos extremos ordinarios remedios, delimitados por la concreta regulación de la Ley en su alcance, condiciones precisas, y plazo de su ejercicio, son de naturaleza restrictiva, como ha declarado, con repetición la jurisprudencia, y no pueden extenderse a casos y circunstancias que no sean los taxativamente determinados en los preceptos legales normativos de aquéllos.

Por lo que atañe a los vicios de procedimiento en relación con la irrevocabilidad de las sentencias que han adquirido la condición de firmes, no existe norma concreta en nuestro ordenamiento procesal, aplicable a tal supuesto, porque es principio general que los vicios que puedan afectar a los actos de un proceso, cualquiera que sea su índole, queden subsanados cuando la sentencia que les pone término adquiere firmeza, y esto

sin duda, en razón a que la Ley, cuidadosa de la pureza del procedimiento, que es garantía de orden público, en el ejercicio de las acciones y derechos de los litigantes, va señalando a lo largo del proceso los remedios que las partes tienen en cada trámite para corregir las infracciones procesales que las agravien, llegando a establecer el recurso extraordinario de nulidad de actuaciones, que singulariza el artículo 741 de la Ley adjetiva civil, con la peculiar condición para el uso de tales remedios, de que han de suscitarse dentro del mismo proceso, como parte integrante de él y ante el mismo Órgano jurisdiccional que de él conoce. De ahí el concepto de incidente atribuido a dicho recurso extraordinario de nulidad, con alzada en su caso al Tribunal superior con la finalidad de que el proceso, cuando en cualquier momento de los vicios procesales que se produzcan, no se devíen ni retrotraigan, por causa de aquellas infracciones, de la normal trayectoria determinada en la Ley, para cada uno de los tipos de proceso civil, que en nuestro ordenamiento procesal tienen establecido, resultando de estas prescripciones que, si el defecto procesal producido es consciente por la parte sin reclamación o se convalida por actos de la misma, no puede volverse sobre él con eficacia, y que para que pueda utilizarse el recurso extraordinario de nulidad de actuaciones, como también en su caso, el de casación por quebrantamiento de forma, es requisito indispensable que se haya hecho uso de los remedios o recursos ordinarios que la Ley otorgue, sin obtener la corrección de la falta.

SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1950.—Naturaleza de la norma contenida en el artículo 1.566 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

El juicio de desalojo se siguió por las normas prevalecidas en la Ley de Enjuiciamiento civil, y por lo tanto, le es plenamente aplicable el artículo 1.566 de la misma, conforme el cual, no se admitirá al apelante el recurso de apelación, si al interponerlo no justifica tener satisfechas las rentas vencidas y las que conforme al contrato deba pagar adelantadas o si no las consigna en el Juzgado, por lo que es evidente, que dictada sentencia en el aludido procedimiento, dando lugar al desalojo, y habiéndose contablado por el demandado recurso de apelación, en el preciso momento de presentarlo debe justificar tal requisito y al no hacerlo, el recurso era legalmente inadmisible, y por ello, la providencia del juez que lo admitió, a pesar de dicha omisión, fué contraria a derecho y puede ser dejada sin efecto incluso de oficio, por tratarse de una prescripción de orden público de inexcusable observancia, segú tiene declarado este Tribunal en reiteradas resoluciones, entre ellas la de 7 de marzo de 1949.

SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1950.—Efectos de la falta de requisitos fiscales.

Es doctrina reiterada que la falta de presentación de documentos en la Oficina liquidadora del impuesto de derechos reales no enerva su validez

en el orden de las relaciones civiles, ni puede autorizar a otra cosa que la adopción de las medidas fiscales y correcciones administrativas que establece la Ley; y, consiguientemente, el Tribunal de Instancia, que al dictar su fallo no tiene en cuenta el documento básico de la litis, por la sola circunstancia de no haber sido objeto de la liquidación, no obstante estar reconocida su autenticidad por la parte a quien perjudica, incide en las infracciones invocadas en el motivo tercero del recurso cuya estimación procede.

SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1950.—*Motivos de casación por incompetencia.*

Si bien el número sexto del artículo 1.693 de la Ley procesal autoriza el recurso de casación por quebrantamiento de forma en los casos de incompetencia de jurisdicción, cuando este punto no haya sido resuelto por el Tribunal Supremo, y no se halle comprendido en el número sexto del artículo 1.692, una reiterada doctrina establecida, entre otras sentencias, en las de 7 de abril de 1943, 18 de enero y 27 de noviembre de 1945 y 24 de abril y 13 de mayo de 1947, ha declarado que la incompetencia de jurisdicción a que se refiere el número sexto del citado artículo 1.693 de la Ley procesal, se limita a los casos en que se discute la preferencia entre Juzgados o Tribunales de igual grado, dentro de la jurisdicción ordinaria, para conocer del pleito, pero no cuando se trate de cuestiones surgidas sobre la determinación de dicha preferencia por razón de la materia, o del grado en que la jurisdicción debe ejercerse, casos en los cuales el recurso procedente es el de infracción de Ley, al amparo del número sexto del artículo 1.692 del repetido ordenamiento procesal.

LA REDACCIÓN.

VARIA

Tratado teórico-práctico de particiones. (El ejecutor testamentario en el derecho comparado), por don Luis Gómez Morán, Académico de la Real de Legislación y Jurisprudencia, Secretario de Gobierno de Audiencia Territorial y Notario.—Instituto Editorial Reus. 1950.

El *mea culpa* ¿se entona, se canta, se rezá o se confiesa? Cualquiera que sea la solución litúrgica, debo ponerla en práctica. Cuando se recibe un buen libro con una afectuosa dedicatoria, lo menos que puede hacer uno es dar inmediata cuenta de su contenido, y al demorarlo, se cae en falta, aun cuando haya atenuantes como las vacaciones de verano, la acumulación de trabajo y una larga enfermedad, muy llevadera, pero que ata de pies y manos. Agrava la falta una exquisita delicadeza del autor, que puede examinarse en la página 416 del libro, y que subsana una omisión que observamos al examinar su trabajo sobre «Las reservas en el Derecho comparado» (véase el número de diciembre de 1949, página 813, de esta Revista), no sólo al comentar la Resolución de 29 de diciembre de 1931 (artículo 265 del Reglamento Hipotecario), sino también al ocuparse del interesante tema de la posibilidad de la renuncia o enajenación del derecho de los reservatarios. Como el infraescrito, según se dice en lenguaje judicial, es el responsable de que el autor recoja en su nueva obra las observaciones que se le hicieron, tiene que destacar cuanto de elegante existe en esa actitud ante una crítica sana, cordial y afectuosa.

Pero el que no se consuela es porque no quiere. Llega a mi conocimiento un rumor que me permite deducir que no he ocasionado ningún perjuicio. El rumor es que está cerca de agotarse la edición.

Por lo tanto, la publicidad es innecesaria a efectos egoístas, aunque no lo sea a efectos de la constancia literaria-jurídica del valor del libro, y debo entrar en su examen, a pesar de que los libros de Gómez Morán no necesiten eso que llaman propaganda, para difundirse y adquirirse.

Toda obra puede ser juzgada por lo que dice, por lo que pudo decir y por lo que dice erróneamente. Este Tratado práctico no es una excepción. Si lo fuera, yo no haría una mala crítica, sino que formularía una instancia para que fuera canonizado su autor en vida, si esto es posible.

Del capítulo de lo que pudo decir, y no dice concretamente, es mejor prescindir al enjuiciar cualquier obra, pues ese capítulo, en el libro más cuidado, puede llegar al infinito. La cultura, la experiencia o la imaginación volcánica del crítico, es fácil que hicieran sugerencias que por sí solas formarían otro volumen, y cuando se trata de Derecho civil, el insondable abismo de su contenido y la diversidad de casos y matices que se pueden presentar, hacen inútil el intento de agotar la materia.

Buena prueba de ello es que el autor, escrupulosamente, ha recogido en doce conclusiones, apoyado en la Ley, en la doctrina y en la jurisprudencia, cuanto se relaciona con el plazo señalado a los albaceas para dar cumplimiento al encargo conferido. Pues bien; mi experiencia y mi imaginación, ya que no mi cultura, me sugieren el siguiente caso, que brindo a Gómez Morán para que discurra sobre él en cualquiera de sus obras futuras: En una herencia con usufructuario universal vitalicio y herederos propietarios sujetos a condición suspensiva (no a término, porque entonces la nuda propiedad estaría atribuida a estos herederos), ¿está autorizado el albacea-contador partidor para practicar una partición al morir el causante y, además, otra al fallecer el usufructuario, con el fin de distribuir la herencia entre los herederos, determinados al ocurrir el fallecimiento y no antes? Ni la Ley, ni la jurisprudencia, ni la doctrina, que yo sepa, resuelven el problema; aunque se trata de un supuesto normal; que se da con relativa frecuencia, en el que pueden ser indispensables las dos particiones; la primera para liquidar la sociedad conyugal; determinar las aportaciones, fijar las deudas, etc.; y la segunda para la distribución de la herencia entre los herederos conocidos en aquel momento.

Entre lo que pudiéramos llamar, no erróneo precisamente, sino más bien una referencia equivocada, se encuentra la interpretación de las palabras «contrato sucesorio» del artículo 80 del Reglamento (página 236); como puestas en la misma línea del párrafo 2.º del artículo 1.271 del Código civil, cuando, a mi juicio, el artículo 80 citado contempla el contrato sucesorio de igual modo que el artículo 14 de la Ley, párrafo 1.º; es decir, el contrato que se deriva de un heredamiento, de una capitulación matrimonial, etc., y que tiene tanta sustancia de contrato como de acto de última voluntad. Las particiones del artículo 1.056 del Código civil, los contratos particionales, etc., encajan más bien en el artículo 79 del Reglamento que en el artículo 80. Claro que ninguna trascendencia tiene esta referencia equivocada del número de un artículo, porque estamos totalmente conformes con lo expuesto por el autor en las páginas 234 a 236.

En cuanto a lo que el Tratado dice, objeto verdadero de la recensión, puesto que lo antecedente son escarceos temeramentales y pruebas de que he leído el libro, he de afirmar por adelantado que es *algo serio*. Aunque el trabajo es más ambicioso que un mero estudio del ejecutor testamentario, por muy amplia perspectiva o dibujo preciso de la figura del albacea contador partidor que aparece en el libro, puesto que es un Tratado teórico-práctico de particiones (amplitud que tal vez haya en perjuicio del propósito del autor), sin embargo, para mí el mérito principal radica en los firmes contornos de la figura trazada.

Los materiales de construcción se encuentran en la doctrina y en la jurisprudencia, civil e hipotecaria, con algún ingrediente legal. Mas para el estudio del albacea que del contador partidor, porque este último, a pesar de su decisiva importancia y de su enorme campo de acción, no tiene más cobijo que el raquíctico art. 1.057 del Código civil y alguna referencia doctrinal, siempre incompleta y muchas veces imperfecta. Su estudio creo que no se ha abordado en conjunto, como lo ha hecho Gómez Morán, rebuscando la jurisprudencia aplicable, numerosa e interesantísima, porque ella es quien ha configurado, trazo a trazo, al contador partidor. Un día señaló su naturaleza, otro sus parientes por afinidad, más tarde fué acumulando facultades y deberes, luego resaltó la eficacia de su labor, el medio de impugnarla, los límites de la calificación registral y, en una pa-

bra, poco a poco creó de la nada o del *casi nada* la arrogante figura que se hace indispensable, cuando concurren pluralidad de herederos, por la absurda exigencia de la unanimidad de la partición, sin abrir antes camino amplio, corto y sin el peaje abrumador de un juicio universal o de un proceso de cognición, incompatibles hoy con el ritmo de la vida que nos envuelve y arrastra, sin dar lugar a plazos interminables.

La obra se dirige, según confesión del prólogo, principalmente a los albaceas y contadores que carecen de competencia para estos cargos, por lo cual tienen que entregarse en brazos de profesionales que les asesoren, cuando el testador quiso que fuesen ellos y no otros quienes cumpliesen su encargo. Sin embargo, me temo que haya resultado demasiado científica y técnica para tan limitado horizonte y que beban en su fuente, copiosamente, los profesionales antes y con más frecuencia que los profanos.

Según el índice y los hechos probados a simple vista, el orden correlativo es el siguiente: Leyes que se citan (Derecho romano, Derecho español histórico, Fueros, Leyes complementarias y de varios países europeos, Códigos español, francés, portugués y los dos italianos e innumerables sentencias y resoluciones). Obras y autores (índice alfabético, seguido de su correspondiente obra). Índice de materias (con el contenido de los seis capítulos en que se divide el volumen, muy completo). Prólogo, y a continuación:

Capítulo primero.—*El albaceazgo en el derecho comparado.* Su origen. Teorías. Derecho histórico español. El Fideicomiso romano. Naturaleza del albaceazgo, sus caracteres. Cuasi contrato. El albaceazgo, la tutela y el arbitraje. Teorías de la representación de la herencia: personal del testador, de los herederos, de los legatarios. El albaceazgo y el mandato. Derecho positivo vigente.

Capítulo segundo.—*De la designación de albaceas hecha por el testador.* Incapacidades: Menor, emancipado, mujer casada, pródigos, etc. Distinción entre albacea y contador partidor. Albacea legatario. Aceptación y renuncia. Excusa y renuncia. Remoción. Plazo, prórrogas, caducidad. Atribuciones, pago de legados, venta de bienes.

Capítulo tercero.—*De los contadores partidores.* Naturaleza y caracteres del cargo. Facultades. Valor y naturaleza de las particiones hechas por comisario. El testamento, como título traslativo.

Partición hecha por el testador. Otras formas extranjeras de partición.

Capítulo cuarto.—*Partición hecha por comisario.* Haber y Debe de la sucesión. Adjudicación para pago de deudas. Deudas anteriores, simultáneas y posteriores a la partición. Acreedores de los herederos. Posición del cónyuge viudo y de los herederos forzosos en cuanto al pago de deudas. Valoración. Colación. Reducción de donaciones inoficiosas. Liquidación de la herencia y formación de haberes. Liquidación de la sociedad conyugal. Legítima de los herederos forzados. Irresponsabilidad del heredero forzoso *ultra vires*. Legado en pago de legítima.

Capítulo quinto. — *Origen y naturaleza jurídica de la mejora.* Obligaciones de los herederos y contadores en caso de mejora. Desheredación. *Actio ad supplementum.* Colación e inoficiosidad. Sucesión de ascendientes. Examen particular de los artículos 811 y 812 del Código civil.

Capítulo sexto.—*De los legados.* Entrega de la cosa legada. Legados en metálico, de cosas genéricas y cosas específicas, etc. Divisibilidad e indivisibilidad de los bienes de la herencia. Efectos de la proindivisión hereditaria. Protocolización ; acta y escritura.

Y termina el volumen con un apéndice con algunas disposiciones de interés (el índice por orden correlativo y otro alfabético).

Al reseñar el contenido de los anteriores capítulos, nos hemos limitado a recoger simplemente parte de lo que el texto subraya con letra bastardilla, porque los epígrafes son numerosísimos y dan perfecta idea de cuanto menciona el capítulo respectivo.

Lo expuesto es más que suficiente para darse cuenta de la importancia de la obra. Los antecedentes romanos, germanos y del Derecho canónico e histórico español, así como la teoría general del albaceazgo, en sus distintas direcciones, constituyen un estudio completo de la materia, dentro de los propósitos del autor. Cuanto se relaciona con los contadores partidores, incluso el esfuerzo hecho para distinguirlos de los albaceas y comisarios es, a mi juicio, lo mejor orientado del texto, sin que desmerezca el trabajo realizado acerca de las mejoras, legados, contenido y reglas de la partición y demás fases, hasta llegar a la protocolización. Acaso en el método seguido hubiera sido preferible comenzar por la sociedad conyugal y su liquidación, en el capítulo IV, en vez de las indicaciones de la página 289,

que se amplían después en la página 321, pero sin la extensión que esta materia requiere y merece, puesto que se relaciona únicamente lo más indispensable, y se aconseja a los contadores partidores, no peritos; se abstenga de verificar la liquidación de la sociedad conyugal sin los debidos asesoramientos.

Por eso apuntamos aites que los ambiciosos deseos del autor no podían conseguirse en el limitado espacio de un volumen, segúni reconoce él mismo al finalizar su trabajo. No importa, porque lo hecho, hecho queda; y en la práctica es un buen elemento de consulta por la recopilación de datos, que contribuyen a disipar las dudas rápidamente.

Es imposible dar más extensión a esta nota bibliográfica, que si no lleva erudición, por lo menos ha intentado demuestre una objetividad indispensible y un gran afecto; porque si el libro es de un autor, es también de un amigo.

PEDRO CABELLO

Registrador de la Propiedad

ESTUDIOS DE DERECHO HIPOTECARIO Y DERECHO CIVIL

POR

D. JERÓNIMO GONZALEZ Y MARTÍNEZ

Prólogo del Excmo. Sr. D. 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 CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

ALCALÁ, 16, 5.^o, n.^o 11 - MADRID.