

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXV

Octubre 1949

Núm. 257

Testamento - partición ⁽¹⁾

RESUMEN

Partición hecha por el testador.—Examen del artículo 1.056 del Código civil y de la Sentencia de 6 de marzo de 1945.—Origen y naturaleza de esta partición.—Derecho romano y Derecho extranjero.—Derecho histórico nacional.—Requisitos del testamento-partición.—Personas que pueden otorgarle.—Artículos 1.075 del Código civil y 889 del Proyecto de C. de 1851.—Opiniones de los autores.—Discordancia entre la partición y el testamento.—Reglas interpretativas.—Requisitos formales.—Utilidad de esta forma de testar.—Doctrina y jurisprudencia.—El problema desde el punto de vista práctico-legal.—Conclusiones.

Partición hecha por los cónyuges.—El problema en la jurisprudencia francesa.—Idem en el Código civil.—La naturaleza de los bienes gananciales.—Doctrina y jurisprudencia.—Artículos 1.417 y 1.433 del Código civil.—Resoluciones de la Dirección.—Artículo 1.414.—Conclusiones.

Rescisión del testamento-partición.—Doctrina.—Jurisprudencia.—Conclusiones.—Examen comparativo de los artículos 1.056, 1.074 y 1.075 del Código civil.—Derechos de los profesionales en cuanto al testamento-partición.

El testamento-partición tiene interés notarial por la determinación de las personas que pueden otorgarle, la forma en que se debe realizar y los efectos jurídicos y económicos que produce.

Su fundamento legal se halla en el artículo 1.056 del Código

(1) Este trabajo es un apartado del capítulo IV de *El ejecutor testamentario en el Derecho comparado (Tratado teórico-práctico de particiones)*, obra de muy próxima publicación.

civil español, estando también recogido o admitido por el Derecho extranjero, según luego veremos.

La jurisprudencia dictada sobre el particular es siempre consecuente: el testador puede hacer uso de la facultad que le concede el artículo 1.056, sin más que respetar la legítima de los herederos forzosos, puesto que los derechos de éstos, según sabemos, son de orden público y se imponen por encima de la voluntad del testador.

Históricamente, el origen de este tipo de partición se halla en Roma, en la titulada «división inter liberos», de acuerdo con la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1945, citando a tales efectos como antecedentes el capítulo VII de la novela XVIII, a la que debemos añadir el III de la novela CVII. Colin y Capitant señalan a los mismos fines la primera novela y el capítulo primero, en lugar del tercero de la CVII.

Esto nos prueba que el origen de la institución es el mismo en todos los Derechos romano-franceses; pero, en cambio, su desarrollo posterior ha sido distinto, más fiel a la tradición en el extranjero que en nuestro Derecho nacional. Así lo prueba el hecho de que los Códigos francés e italiano (el antiguo Código, puesto que el moderno se asemeja más al nuestro) se refieren, a este respecto, a la partición hecha por el padre entre sus hijos, mientras que el artículo 1.056 del Código civil español trata de toda clase de testadores, si bien en el párrafo segundo existe una alusión especial al padre de familia, pero sin que para él se haya dictado el precepto, que tiene un alcance general.

Conforme a la Sentencia aludida de 6 de marzo de 1945, las disposiciones del Derecho romano pasaron a nuestro Derecho histórico a través de la ley VII, título primero de la partida VI, y IX del título XV de la misma partida.

Igual sistema fué admitido por los tratadistas anteriores al Código civil, quienes, a falta de preceptos que la prohibieran, consideraban lícita la partición de bienes hecha por los padres entre sus hijos, si bien exigiendo que fueran acompañadas de la entrega o «traditio» y teniéndola por revocable hasta la muerte del testador, o más propiamente, del donante.

Según la Sentencia tantas veces repetida, la institución procede del Derecho francés, de cuyo Código pasó al español y otros

Europeos y americanos bajo dos formas distintas: el testamento-partición y la donación-partición, siendo la primera la verdadera partición testamentaria.

El Código español, al recibir este sistema, le amplió, extendiéndole a toda clase de testadores.

Del texto del artículo en cuestión se deduce que cualquiera que sea la forma que adopte, intervivos o mortis causa, se tratará siempre de un acto de última voluntad, ya que la Ley habla de «testador» y no de «difunto», como hacía el proyecto de Código de 1851 en su artículo 889.

Empero, a estas conclusiones se oponen las teorías de Roca Sastre y en parte las de Marín Lázaro, como veremos más adelante, pues según aquel tratadista («Estudios de Derecho privado», tomo II, pág. 379), está facultado para hacer la partición todo causante, incluso muriendo intestado.

Los argumentos que Roca Sastre emplea a estos efectos son poco persuasivos, fundándose en que el proyecto de Código de 1851 hablaba de «difunto», y lo mismo ocurre con el artículo 1.075 del Código civil. Naturalmente se puede objetar, como lo hace Abadalejo en su trabajo «Dos aspectos de la partición hecha por el testador» («Anuario de Derecho civil», fasc. III, tomo I, págs. 922 y siguientes), que se trata de «difunto» ciertamente, pero de difunto que ha querido hacer uso, y lo ha hecho, del artículo 1.056.

El testador de que se ocupa este artículo no deja de ser difunto después de haber muerto, como todos los demás, pero antes fué testador, circunstancia que no acompaña a los que fallecen intestados. De tal modo debe interpretarse el referido artículo 1.075. La palabra «difunto», que en él se usa, no tiene motivos para que prevalezca en rango sobre la de «testador», empleada en forma reiterada por los artículos 1.056, 1.057 y 1.058 del Código civil, máxime cuando no son incompatibles, pues lo que ocurre es que cada uno de estos preceptos se refiere a momentos cronológicos distintos: el 1.075, concretamente, a fecha posterior a la defunción del testador, y de aquí que le llame difunto, cuando la partición realizada por aquél ha cobrado toda su eficacia y es ya irrevocable e inmodificable, como consecuencia de su muerte. En cambio, en las hipótesis de los artículos 1.056 y 1.057, especialmente en el primero, la partición hecha no pasa de ser un proyecto, puesto que es refor-

mable hasta el momento en que fallece, circunstancia indispensable para que se le tenga y llame «difunto».

En fin, la sentencia aludida de 6 de marzo de 1945 confirma la misma teoría, sin que sea obstáculo para ello la de 1903, pues ni en el espíritu de sus autores ni en la interpretación que da el Supremo tiene aquel fallo sentido distinto. De todas formas, el problema se halla siempre resuelto como consecuencia de haberse dictado dos sentencias acordes (las de 1917 y 1945) sobre el mismo punto, según previenen las de 7 de enero de 1924, 30 de junio de 1925 y 21 de abril de 1926, sin que la de 13 de junio de 1903, aun concediéndose criterio opuesto, pueda prevalecer, como dispone el Tribunal Supremo en los fallos antedichos por tratarse de una sola sentencia.

Por los motivos expuestos, es decir, por tratarse de un acto de última voluntad, el Tribunal Supremo tiene declarado (sentencias de 13 de junio de 1903 y 6 de marzo de 1917, confirmada por la de 6 de marzo de 1945) que el ejercicio de la facultad prevista en el artículo 1.056 supone o requiere un testamento previo o posterior a la partición, la cual puede constar en documento privado, conforme a la citada sentencia de 1945, pero siempre que en el testamento ulterior se refiera el causante a ella, participando por su naturaleza testamentaria de la revocabilidad a que están sometidos todos los actos de este género, según nos dicen las sentencias de 9 de julio de 1903 y 9 de julio de 1940.

Esto se entiende, como es natural, con las excepciones que representan los artículos 177 y 827 en relación con el 1.271.

Pero como la partición y el testamento pueden realizarse, como queda dicho, en momentos distintos, puede ocurrir que no coincidan, planteándose el problema de cuál de estos actos debe prevalecer. En realidad, el problema deja de serlo en cuanto se le aplique el artículo 675, pues es indudable que la voluntad del testador es la fuente del Derecho Sucesorio y a ella debe ajustarse la interpretación. La fecha de los respectivos documentos puede ayudar a ello, habida cuenta de que el posterior, si es distinto, supone una modificación del precedente. Pero no obstante, la materia es discutida por la doctrina: Valverde, en su «Tratado de Derecho Civil» (págs. 578 y sigs.), estima que, caso de discordancia, debe prevalecer el testamento sobre la partición, siendo de este

parecer De Diego («Instituciones de Derecho Civil», págs. 264 y siguientes) y Sánchez Román en los «Estudios de Derecho Civil» (páginas 1.896 y sigs.), entendiendo este autor que el testamento es la «ley de la voluntad del testador», «mientras que la partición no pasa de ser su ejecución más o menos fiel», por cuyo motivo, en el supuesto de contradicción, debe darse preferencia al primero.

Esto sitúa el problema en el ámbito del referido artículo 675 del Código. De lo que se trata siempre es de saber cuál ha sido el verdadero propósito del testador para atenerse a él estrictamente. El testamento, a nuestro juicio, no es la «ley de la voluntad», sino la ley de la sucesión, como dicen la doctrina y la jurisprudencia; pero esto no nos excusa de investigar el verdadero deseo del causante para atemperar a él todo el mecanismo de la sucesión. Además, debemos tener en cuenta que del testamento, o en un sentido más amplio de la disposición de última voluntad, forma parte integrante la partición hecha por el de «cuius», y no nos parece que existan motivos para dar preferencia, sin más, a uno de estos actos sobre el otro, perteneciendo ambos al mismo grupo de los testamentarios, en los cuales la voluntad del interesado es la que impone verdadero respeto.

Esto tiene un área de aplicación casi indiscutible cuando la partición es hecha por el testador con aquellas formalidades previstas en el artículo 688 del Código civil o en el 672, en relación con el precedente, pues entonces la supradicha partición estará protegida por las disposiciones que amparan los testamentos ológrafos, aun cuando en el testamento público de fecha anterior o simultánea y en el que el causante haga referencia al acto particional, establezca alguna diferencia.

Así, pues, nuestra opinión podemos resumirla de la siguiente manera:

1.º La partición hecha por el testador forma, con su testamento, un solo cuerpo jurídico, aunque se verifiquen estos actos por separado y en momentos distintos.

2.º Por virtud de lo que antecede, los dos actos expresan la voluntad del testador.

3.º Su interpretación debe hacerse de acuerdo con el artículo 675, haciendo prevalecer la intención sobre las palabras.

4.º No existe razón alguna «a priori» para otorgar preferencia a un acto sobre otro, caso de discordancia.

5.º Empero la fecha de los respectivos documentos puede servir a estos efectos, dando preferencia al más moderno sobre el más antiguo.

6.º Como elemento auxiliar de la interpretación deben utilizarse los artículos 1.281 y siguientes del Código civil, en cuanto sean aplicables al caso.

Otro problema que sugiere el artículo 1.056 es el referente a si la partición realizada por el causante debe o no ir acompañada de algún requisito desde el punto de vista formal.

El repetido artículo habla de actos inter vivos y mortis causa, y la jurisprudencia todo lo que requiere es que se confirme por medio de un testamento, pero no que forme parte de él. Incluso el documento particional puede ser privado, conforme autoriza la sentencia de 6 de marzo de 1945, última dictada sobre el particular.

De ser así, el artículo 1.056 supone una excepción a la regla general contenida en el artículo 672, puesto que puede tratarse de documentos privados que no contengan las características exigidas a los testamentos ológrafos, pese a lo cual producen efectos en el orden sucesorio. Sin embargo, este es el criterio que debe prevalecer, y así está dispuesto por la repetida sentencia de 1945, estimando que este tipo de documentación está amparado por el artículo 1.056, no siéndoles aplicables, por tanto, las prescripciones del 672.

Sobre la utilidad de la partición hecha en vida por el causante se han suscitado largas y viejas controversias que se remontan al capítulo VII de la Novela CVII, en la que Justiniano expresa su hostilidad frente a ella.

Bonet y Ramón, en su estudio de la jurisprudencia del Supremo, dice que la partición hecha en vida por el causante responde a un triple fin (moral, jurídico y económico) y que por su virtud desaparecen la mayor parte de los inconvenientes que Losana atribuía a la división de la herencia realizada por los herederos, tenida por uno de los actos más delicados del derecho sucesorio, causa de

frecuentes agravios y perjuicios para los interesados. «Por lo contrario —añade—, cuando es el padre o testador el que realiza aquel acto, como conoce las necesidades e intereses de sus hijos y sucesores, puede hacer la distribución y adjudicación del caudal de la manera más conveniente y ventajosa para cada uno de ellos.» Lo mismo viene a decir Manresa en las páginas 684 y siguientes del tomo VII de su «Derecho civil».

Entendemos nosotros que el asunto deja poco margen a la discusión. Lo que ocurre es que este tipo de particiones ha sido poco estudiado por los tratadistas, como muy bien dice Marín Lázaro en la «Revista de Legislación y Jurisprudencia» de 1944, aunque tampoco el estudio hecho por este autor no nos suministre ideas muy felices, ni siquiera se respeten las tradicionales, ya que, en su opinión, la partición hecha por el causante no requiere la existencia de un testamento, contra el sentir unánime de la doctrina y la jurisprudencia.

Verdad es que Marín Lázaro se refiere en su trabajo a otras clases de partición que vienen a ser autorizadas por los artículos 1.271 y concordantes del Código; pero en estos casos no se trata de una partición propiamente dicha, puesto que no comprende la universalidad de los bienes, sino una parte alícuota de los mismos, integrantes de la herencia cuando ésta todavía no es herencia, de conformidad con los artículos 657 y 659 del Código civil, donde se dice respectivamente: «Art. 657. Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten «desde el momento de su muerte.» «Artículo 659. La herencia comprende «todos» los bienes, derechos y obligaciones de una «persona, que no se extingue por su muerte.»

Se tratará, pues, entonces de una donación, y su forma habrá de ajustarse a la de este negocio jurídico, según previene la sentencia francesa de 13 de junio de 1892 en relación con el art. 931 del Código civil de aquel país. Pero tratándose de donación no podrá comprender la totalidad de los bienes y derechos del causante, como expresamente prohíbe el artículo 634 de nuestro Código civil, y, por consiguiente, el acto estará carente de aquella nota de universalidad que distingue a la herencia, y, por tanto, a la partición que con fundamento en ella se haga.

Pero aun limitando el negocio jurídico a su alcance económico, dicha donación, aun hecha por actos intervivos, tiene una

naturaleza especial, siendo revocable hasta la muerte del testador—salvo la excepción que representa el artículo 827 del Código—, porque a este momento tiene que referirse, habida cuenta de que hasta entonces no puede verificarse la transmisión de los derechos partidos o distribuidos en vida.

A nuestro juicio, y evitando digresiones, el problema debe ser planteado en los siguientes términos: o se acepta la utilidad de la partición hecha en vida por el causante, o se suprime del Código todo el mecanismo referente a los albaceas y testamentarios, y más especialmente a los contadores-partidores, porque si éstos sólo actúan en representación del testador y ejecutando en su nombre los actos que les fueron encomendados, ¿qué base jurídica ni práctica podría hallarse a una representación en la que el representado carece de facultades que encomendar a tercero, ya que «nadie puede dar lo que no tiene», y aun se considera que esas facultades, en el supuesto de que las tuviera, son inconvenientes, impropias o inadecuadas, y deben suprimirse de nuestra legislación?

Sin embargo, todos conocemos la vieja tradición que tiene el cargo de comisario o contador-partidor de la herencia, así como los numerosos beneficios que en la práctica proporciona esta institución. Por su virtud, las discordias entre los herederos, tan frecuentes en el momento de dividir los bienes relictos, no hallan ocasión de manifestarse, y aquéllos se encuentran ante una situación de hecho y de derecho creada por el comisario que provoca en su ánimo el quietismo de los actos consumados, o sólo se atreven a impugnarlos en el caso de que exista verdadero perjuicio en su contra.

Pero esto, que tan recomendable se encuentra tratándose del contador, ¿ofrecerá menos utilidad cuando sea el causante de la sucesión el que realice las mismas operaciones de división y adjudicación del caudal que integra su herencia? Evidentemente que no; evidentemente, por lo contrario, que el testador podrá verificar todos esos actos aún con más perfección que el comisario que nombre, puesto que conoce con más detalle las necesidades y conveniencias de sus herederos, y sabrá adaptar a ellas mejor los actos particionales que realice.

Por otra parte, si el comisario realiza todas las operaciones inherentes a su cargo es por delegación o representación del testa-

dor, según las doctrinas que tradicionalmente se sostienen sobre este punto. Y ¿cómo—volvemos a preguntar—puede el testador delegar en otro unas facultades que no tiene? Pero ¿es que realmente no las tiene? He aquí cómo se nos ofrecen los hechos en la práctica jurídica.

Todo lo que limita la facultad testatoria del causante es el respeto que debe a las legítimas, conforme se deriva de la misma naturaleza de éstas, y ratifican los tratadistas, entre ellos Falcón («Derecho civil», t. III, pág. 441), Manresa («Código civil», t. VII, pág. 638), Castán («Derecho civil», t. IV, pág. 218), Roca Sastre («Estudios de Derecho privado», t. II, pág. 381), Scaevola («Código civil español», t. XVIII, pág. 445), etc. El Supremo ha estatuido lo mismo en numerosas sentencias, como las de 28 de diciembre de 1896, 17 de mayo de 1910, 22 de enero de 1913, 11 de marzo de 1922, 8 de mayo 1926, 3 de diciembre de 1931, 16 de febrero de 1932, 6 de julio de 1940 y 7 de enero de 1942, juntamente con las resoluciones de 22 de enero de 1898 y 14 de marzo de 1901, todas ellas citadas por Abadalejo en su mencionado trabajo. Fuera de las legítimas, o siempre que el testador las respete, puede éste disponer de su caudal como quiera. Pero el respeto a las legítimas se refiere a su cuantía, según el cómputo que se haga de su fortuna a la fecha de su muerte, según dispone el artículo 818 de nuestro Código, con las acumulaciones que preceptúa el último párrafo de este artículo. No se refiere, en cambio, a la forma de pago ni a los bienes que se pueden adjudicar a los legitimarios a estos efectos, ni siquiera al tiempo en el cual ese pago se realice; legado o donación, hecha por actos intervivos o mortis causa (arts. 815, 819 y concordantes del Código civil).

Por consiguiente, quedando a salvo los derechos de los herederos forzosos—los derechos de los mismos a la sucesión y no a los bienes que la integran, ya que no tienen derecho concreto sobre bienes concretos de ésta—, el testador es libre de ordenar la distribución de su caudal como le parezca y disponer se haga el pago de los derechos legitimarios con éstos o con los otros bienes, sin otra limitación que la de evitar todo perjuicio «cuantitativo» a los repetidos herederos forzosos. Este perjuicio está previsto en el artículo 1.056 del Código civil.

Pero además el mismo artículo nos habla de la partición por

actos intervivos o mortis causa. Y si supusiéramos que el testador no podía hacer ésta—lo cual es absurdo y va contra la libertad testatoria, reconocida en todos los Derechos, con las salvedades y reservas que quedan acotadas—, habría que reconocerle la otra, la cual, en su forma y efectos, se equipara a la donación, integrante de un acto de disposición, del que no puede despojarse a nadie, por muy causante que haya de ser en el porvenir de una herencia.

Por tanto, podemos resumir nuestra opinión de la manera siguiente:

1.º La partición hecha por el testador es útil; pero si no se la considera así, y se tiende a suprimirla, debe suprimirse igualmente la encomendada a los contadores-partidores, ya que el fundamento de las dos es el mismo, o sea el de evitar querellas y discusiones entre los herederos en el momento de partir.

2.º Si el testador no tiene facultades para hacer por sí mismo la partición, menos podrá tenerlas el comisario de la herencia, que actúa sólo en nombre y representación de aquél.

3.º Aunque se suprimiera la partición mortis causa, siempre quedaría la hecha por actos intervivos, con la misma finalidad e igual trascendencia económica y jurídica que aquélla.

4.º Este último sistema de partición equivale a una donación hecha en vida por el causante; y aparte de que no podemos explicarnos cómo no se puede dar para después de la muerte lo que se puede dar en vida, siendo así que la mecánica del Derecho positivo establece un criterio más amplio para el primer caso que para el segundo, la existencia de aquel modo de partir es irrefutable porque integra un acto de dominio de que no puede privarse el dueño de la cosa.

He aquí, pues, que el problema sólo se da en apariencia, pues cuando se estudia no en el artículo 1.056 del Código civil solamente, sino en la sistemática general del Derecho sucesorio, se advierte que la existencia de aquel precepto está justificada y garantizada por otros muchos, que, al suprimir el primero, tendrían igualmente que ser suprimidos, con todas las consecuencias jurídicas y prácticas que de una reforma de tal envergadura se tendrían que deducir.

Ahora bien; lo dicho respecto a los herederos forzosos tiene naturalmente un campo de acción más amplio y dilatado cuando és-

tos no existan, puesto que la libertad de testar y disponer entonces de los bienes es absoluta.

Cerrando aquí las discusiones sostenidas en torno al artículo 1.056, veamos algo de los problemas que pueden plantearse con referencia a las personas que pueden hacer uso del mismo, particularmente por lo que se refiere a los cónyuges, en tanto están casados y no se haya hecho entre ellos la liquidación de la sociedad conyugal.

Entre las conclusiones a que ha llegado la jurisprudencia francesa a este respecto figura la de que «antes de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal no pueden ser objeto de partición los bienes que corresponden a cada uno de los esposos», según preceptúan las sentencias de 13 de noviembre de 1849, 23 de diciembre de 1861, 5 de junio de 1862 y 29 de noviembre de 1867, pero podrán hacer la partición conjuntamente, según autorizan las sentencias de 27 de julio de 1874, 16 de noviembre de 1875 y 25 de febrero de 1890.

Igualmente, cuando se trata de bienes dotales (teoría que será extensible entre nosotros a los parafernales), la mujer podrá repartirlos por actos mortis causa (sentencias de 31 de diciembre de 1883 y 1 de abril de 1908), aunque no por donación intervivos, ya que a ello se oponen los artículos 1.555 y 1.556 del Código francés.

Consignamos estas conclusiones por la aplicación que pueden tener en nuestro Derecho. Planiol estima que los preceptos relativos a la titulada partición de ascendientes, semejante a la prevista en nuestro artículo 1.056, contienen una laguna del Derecho. «La Ley exige—dice este autor—que sea posible determinar la parte correspondiente a cada uno de los esposos, casados bajo el régimen de comunidad de bienes, para que puedan practicar la mencionada partición de ascendientes. En el estado actual del Derecho positivo no existe medio hábil para llegar a este resultado; la parte del que hace la distribución no se puede determinar hasta el momento de su muerte, y cuando realiza la partición por donación o por testamento ignora qué bienes le corresponderán en el porvenir, conforme a las sentencias de 13 de noviembre de 1849, 23 de diciembre de 1861 y 29 de noviembre de 1897.»

Por consiguiente — añade —, de acuerdo con la jurisprudencia

en tales circunstancias sólo cabe la partición conjunta de los cónyuges.

Pero a su vez este sistema pugnará con el texto de los artículos 968 francés y 761 italiano, en los cuales, a semejanza de lo que dispone nuestro artículo 669, se prohíben los testamentos mancomunados o hechos conjuntamente.

De ahí que las partes tengan que recurrir para tales efectos a la donación intervivos, según hemos dicho antes de ahora y resulta de las sentencias de 29 de noviembre de 1851 y 16 de noviembre de 1885. Algunos tratadistas españoles no se ocupan del problema, limitándose a proclamar que la facultad del testador en este sentido (en el que reconoce el art. 1.056 del C. c.) es omnímoda, sin otros requisitos que los de que la partición sea hecha por él y que no perjudique la legítima de los herederos forzosos, de acuerdo, por otra parte, con la sentencia de 28 de diciembre de 1896.

La jurisprudencia exige igualmente que el testador haga uso de esa facultad en forma «clara y concreta» (sentencia de 14 de marzo de 1901), y que vaya precedida o seguida de un testamento, de conformidad con lo previsto en las sentencias de 13 de junio de 1903 y 6 de marzo de 1917, ratificadas por la de 6 de marzo de 1945.

Hasta aquí aparece soslayada la cuestión que nos ocupa; pero la resolución de 15 de octubre de 1915 plantea el problema en toda su integridad. En ella se dice que para que pueda ser aplicable el artículo 1.056 del Código «es necesario que los bienes distribuidos sean propios del causante; es decir, que estén en su disponibilidad, pues de otro modo las facultades concedidas al mismo para dividir, liquidar y adjudicar el caudal propio se harían extensivas a derechos ajenos con el pretexto de hallarse íntimamente ligados con los suyos».

Estas afirmaciones se relacionan con el problema, tan hondamente discutido, de la naturaleza de los bienes de la comunidad conyugal, respecto a cuyo asunto hallará el lector opiniones para todos los gustos en las obras de Manresa, De Diego, Roca Sastre, Castán, etc., y en las de los extranjeros, entre los cuales pueden servir de ejemplo Chironi, en su monografía «Comunidad de ganancias entre los cónyuges»; Ferrara, en la «Persona jurídica»; Stolfi, en su «Derecho civil»; Roguin, en «El Derecho civil compa-

rado», y Messineo, en «La naturaleza jurídica de la comunidad conyugal».

El criterio de la jurisprudencia española se encuentra en las resoluciones de la Dirección General de 13 de septiembre de 1922, 12 de marzo de 1924 y 13 de noviembre de 1926, cuyas declaraciones culminan en las resoluciones de 30 de junio y 19 de octubre de 1927, en las que se dice que «la comunidad de bienes entre marido y mujer» crea un estado de derecho «que impide la división de aquéllos durante el matrimonio, con atribución de los poderes de disposición al marido a título oneroso, y en ocasiones a título lucrativo, y excepcionalmente a la mujer».

Sobre esta base resulta jurídicamente imposible que ninguno de los esposos pueda hacer uso del artículo 1.056 del Código civil durante la vida conyugal; de conjunto, porque nuestra legislación prohíbe los testamentos mancomunados, e individualmente, porque antes de partir tendría que hacerse la liquidación de la comunidad, la cual sólo se disuelve por muerte de uno de los esposos o en los casos previstos en los artículos 1.417 y 1.433 del repetido Código.

El problema se agrava más teniendo en cuenta las resoluciones de la Dirección, relativas a la necesidad de liquidar previamente la sociedad conyugal para que pueda inscribirse a nombre del esposo supérstite, y por consiguiente, a nombre de sus respectivos herederos, los bienes que hayan correspondido a cada uno de los casados al término de su matrimonio.

Esta doctrina, totalmente intransigente en su origen, aparece suavizada con la declaración del artículo 93 del Reglamento hipotecario, de 14 de febrero de 1947, cuyos precedentes se hallan en las resoluciones de 24 de abril de 1885, 4 de enero de 1893, 21 de abril de 1895, 5 de mayo de 1908, 4 de noviembre de 1914, 15 de febrero de 1915, 22 de octubre de 1928, 30 de mayo de 1933, 8 de noviembre de 1944 y más particularmente en la de 14 de diciembre del mismo año. En ésta se permite la inscripción directa en el Registro de los bienes de uno de los cónyuges, si se acredita de modo fehaciente el carácter privativo de los mismos, sin necesidad de la previa liquidación de la sociedad conyugal.

Pero aparte de que este sistema se armoniza mal con las conclusiones de la sentencia de 10 de diciembre de 1901, donde se es-

tablece criterio distinto, aunque hoy, por efecto de los nuevos preceptos legales, el problema ha de resolverse a favor del primer procedimiento, o sea del previsto en el artículo 93 del Reglamento hipotecario y jurisprudencia concordante, es evidente que las cuestiones jurídicas que establecemos prevalecerán cuando se trate de bienes de la sociedad de gananciales, de acuerdo con las resoluciones de 5 de abril de 1893, 29 de abril de 1902 y 10 de diciembre de 1910. En su virtud, será indispensable la previa liquidación de la repetida sociedad conyugal; porque—como el Supremo dice—dicha sociedad o «comunidad de bienes constituye una entidad jurídica distinta a la del marido y mujer» (sentencia de 22 de mayo de 1915, radicalmente contradicha por la resolución de 2 de diciembre de 1929), y «la valuación definitiva de gananciales, para los efectos de su distribución, no puede hacerse hasta que la sociedad se disuelve», conforme a las sentencias de 8 de noviembre de 1893, 9 de octubre de 1905 y otras muchas que iremos reseñando.

¿Cómo entender y aplicar estos preceptos? Si los esposos no son dueños durante el matrimonio de los bienes que integran la comunidad, ¿quién es el dueño? Y si no es posible, por reducción al absurdo, que haya otros propietarios—como dice la mencionada resolución de 2 de diciembre de 1929, ratificadora de las de 12 de mayo de 1924 y 30 de junio de 1927—, ¿cómo no conceder a los esposos las facultades necesarias para que dentro de ciertos límites puedan disponer de dichos bienes aun constante el matrimonio?

De aceptar la teoría contraria resultaría inaplicable en la mayor parte de los casos, como hemos dicho, el artículo 1.056 del Código civil, puesto que su radio de acción habría de limitarse a los bienes propios del marido o de la mujer, y aun esto después de cumplir las obligaciones subsidiarias que pesan sobre ellos, lo cual a su vez nos situaría en el punto de partida: necesidad de liquidar la sociedad conyugal para saber si dichos bienes, aun siendo propios, están o no afectos a responsabilidades que reduzcan, limiten o impidan en absoluto su disponibilidad.

Ello no es normalmente posible. El artículo 1.056 tiene que tener un ámbito más amplio que el que resultaría de la aplicación estricta de todos estos principios.

En el artículo 1.414 encontramos una declaración terminante: «El marido—dice este artículo—no podrá disponer por testamento

sino de su mitad de gananciales», siendo este precepto aplicable, como es lógico, a la mujer, no sólo por hallarse así previsto por la resolución de 17 de noviembre de 1917, en la que se declara que «los derechos de la mujer permanecen durante el matrimonio en estado potencial o latente», sino como consecuencia también de los principios generales del Derecho.

Por consiguiente, si cada uno de los esposos puede disponer de un modo global por testamento de su mitad de gananciales, ¿qué inconveniente jurídico existe para que lo haga diferenciando o determinando por medio de las oportunas hijuelas la porción que quiere se atribuya en aquella mitad a cada uno de sus herederos?

Cierto que no podrá prejuzgar el resultado de la liquidación de la sociedad conyugal determinando la parte matemática que les será atribuida sobre los bienes que integran aquella comunidad, de acuerdo con las sentencias de 15 de diciembre de 1896, 27 de octubre de 1909, 27 de mayo de 1915 y 1 de abril y 24 de mayo de 1916, donde expresamente se dispone: «Para saber si hay gananciales en una sociedad conyugal es absolutamente indispensable que preceda la liquidación del caudal, porque sólo después de tal liquidación puede averiguarse si existe remanente que constituya haber, cuya propiedad deba atribuirse y ser adjudicada a los partícipes.» Y la resolución de 29 de abril de 1902, de términos todavía más cautelosos, estatuye sobre el particular: «El pertenecer una finca a la sociedad conyugal no significa que disuelta ésta pertenezca por igual a ambos cónyuges, puesto que está sujeta, como todos los demás bienes gananciales, a lo que resulte de la liquidación de la sociedad.»

Pero aparte de que estas declaraciones se han visto contradichas por otra jurisprudencia, lo cual es perfectamente comprensible, dada la discutidísima naturaleza que por todos los tratadistas y los Tribunales se atribuye a la comunidad de bienes durante el matrimonio, y como ejemplo de ello señalamos las sentencias de 28 de enero de 1898 y 6 de febrero de 1912, parece evidente que aunque no se admita la existencia de un condominio entre el marido y la mujer, la «titularidad de dichos bienes corresponde a los cónyuges, en cuya cabeza residen «in actum» las facultades dominicales sobre los mismos hasta que por efecto de la división y li-

quidación oportunas aparecen los esposos o sus herederos como titulares autónomos y libres».

Así discurre Roca Sastre en su estudio «Sobre la comunidad de gananciales», en el que, aparte todos sus méritos, no hace más que recoger y repetir viejos conceptos de nuestra jurisprudencia, especialmente de la contenida en las resoluciones de 19 de octubre de 1900 y 17 de noviembre de 1907, donde se proclama la «potencialidad y latencia» de los derechos que durante el matrimonio corresponde a los esposos sobre el haber de la sociedad conyugal.

La declaración más expresiva sobre este particular la hallamos en la resolución de 19 de octubre de 1927, a la que pertenecen los párrafos que siguen:

«Para aplicar el mencionado principio a los bienes propios de la sociedad de gananciales debe tenerse presente la naturaleza de dicha comunidad, que sin constituir una verdadera personalidad jurídica distinta a la del marido y la mujer, funciona como masa patrimonial, afecta a fines peculiares del matrimonio y se refiere «a bienes que tanto pueden atribuirse privativamente al marido como a la mujer llegado el caso de la liquidación».

»Como consecuencia de esta concepción, que ha hecho pensar a muchos en una propiedad «in solidum», parece lícita la afirmación de que los bienes gananciales, mientras no sean adjudicados a persona determinada, pertenecen en su totalidad al marido, con reserva de los derechos correspondientes a favor de la mujer, o en su totalidad a la mujer, con las limitaciones impuestas por el derecho correlativo del marido, y forman un grupo patrimonial de régimen ambiguo.»

Ahora bien; ¿cuáles son en principio esos derechos correlativos del marido y de la mujer, cuyo respeto se impone mutuamente a los cónyuges por esta resolución? En principio—repetimos—, y salvo las circunstancias especialísimas que pueden concurrir en algunos matrimonios, esos derechos son los previstos en los artículos 1.426 y concordantes del Código civil, que atribuyen a los esposos y a sus herederos la mitad de los gananciales que resulten al ser liquidada la sociedad conyugal.

Este derecho es sagrado e inviolable para cada uno de los cón-

yuges, y exige de su parte la obligación de respetar el del otro. Pero en cuanto en el testamento no dispone el testador más que de sus bienes gananciales, o sean de los que resulten a la fecha de la liquidación, ¿qué inconveniente legal existe para que lo haga? Evidentemente que ninguno, puesto que la misma Ley lo autoriza al decir en su artículo 1.414 que «el marido (o la mujer, toda vez que las situaciones jurídicas son iguales) no podrá disponer por testamento sino de su mitad de gananciales».

Nótese que esta disposición tiene que ser ordenada o acordada, según impone la más elemental hermenéutica, antes de liquidar la referida sociedad, esto es, constante el matrimonio y perseverando las relaciones jurídico-económicas conyugales, puesto que, una vez liquidada aquella sociedad, ya no dispondrá el causante de bienes gananciales, sino de bienes propios, perdiendo desde este momento el carácter específico que les estaba atribuido y entrando en el comercio de los hombres con las cualidades comunes a todos los bienes.

Concluiremos, pues, diciendo que el marido y la mujer pueden disponer por testamento, aun durante el matrimonio, de su mitad de gananciales, conforme autoriza el precitado artículo 1.414. Pero no solamente podrán hacerlo de un modo genérico o global, sino también de manera específica y determinada, señalando por medio de las correspondientes hijuelas los bienes o la parte de ellos que deban adjudicarse a sus herederos para pago de sus haberes, o adjudicárselos el causante directamente partiendo de la base legal (art. 1.424 del Código civil) de que el remanente líquido de la sociedad habrá de dividirse en su día por partes iguales. En todo caso podrá adjudicarles el crédito que sobre dichos bienes corresponda al testador, siquiera su determinación numérica quede subordinada a lo que resulte de la referida liquidación, salvo que el exceso de adjudicación — que también es posible — se estime como legado de cosa ajena, aplicando a este punto la doctrina que contienen los artículos 861 y siguientes de nuestro Código civil.

Cualquier sistema será admisible, a nuestro juicio, menos el de suspender y anular la aplicación del artículo 1.056, a pretexto de interpretarle y aplicarle, mucho más cuando en este artículo se habla de «padre», y sólo es padre, en el concepto ortodoxo que

tiene la paternidad, el que mediante el matrimonio obtiene una prole que le suceda.

Otra cosa sería si el Código hablase de viudo, o simplemente de testador, como hace el párrafo primero del mismo artículo, porque entonces, al no referirse la Ley expresamente al casado, se podría tratar de excepcionar su hipótesis, con fundamento, en que no estaba prevista en la Ley.

Téngase en cuenta para todo esto, como dice el artículo 659 del Código civil, que la herencia, conforme hemos adelantado, comprende «todos los bienes» y derechos de una persona, entre los cuales han de estar comprendidos necesariamente los que el testador tenga sobre el haber de la sociedad conyugal; y que, según aclara la Sentencia de 13 de junio de 1903, con referencia al tan citado artículo 1.056, «la distribución de bienes hecha al amparo de dicho precepto es para aplicarla "después de la muerte"», en cuya fecha, como es natural, ya podrá determinarse exactamente la parte que al cónyuge testador le pertenece en la sociedad de gananciales o en la comunidad de bienes del extinto matrimonio.

Con todo, ¿damos el problema por definitiva y satisfactoriamente resuelto? De ningún modo. Escogemos de las soluciones que pueden arbitrarse la única que creemos está conforme con el espíritu del artículo 1.056, puesto que su aplicación resultaría una utopía, si para hacer uso de él se exigiese el requisito previo de la liquidación de la sociedad conyugal, la cual no puede hacerse constante el matrimonio, según previene el Código, con las excepciones consignadas en el artículo 1.417, y que por su singularidad no interesan al caso.

Por otra parte, la reiterada jurisprudencia dictada en contemplación al repetido artículo 1.056, para nada se refiere a la imposibilidad de que los cónyuges hagan uso del mismo, de donde debe deducirse la afirmativa, como consecuencia del clásico principio de que «donde la Ley no distingue, no es lícito distinguir»; principio que halla su confirmación viendo que al «padre» y, por consiguiente, al marido o a la mujer, según hemos dicho, es a quien hace relación concreta o directa el mencionado precepto.

Esto no obstante, algunos escritores, como Manuel González Rodríguez, Notario que fué de Madrid, en artículo publicado por la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO del mes de marzo de 1937,

considera indispensable para estos efectos que se practique antes la liquidación de la sociedad conyugal; pero arbitra un sistema o procedimiento intermedio, permitiendo el concurso de ambos cónyuges, aunque sólo sea a fines de determinar, «dividiendo y partiendo», pero no «adjudicando», como dice Clemente de Diego, el caudal que constituye el haber de dicha sociedad.

Funda el autor su opinión en la Sentencia de 28 de enero de 1918, en la que se dice que «si bien es cierto que hasta la disolución del matrimonio y la liquidación de la sociedad conyugal no puede saberse si hay ganancias o pérdidas, tal doctrina sólo tiene eficacia cuando se trata de hacer efectivos los derechos invocados por los partícipes en las ganancias que se supongan realizadas, pero no cuando, constante el matrimonio, surge controversia sobre la naturaleza de determinados bienes, en cuyo caso hay que atenerse para resolverla a las reglas que gobiernan el régimen económico del matrimonio y definen los bienes comunes y los propios».

Nos parece totalmente anómalo el procedimiento ideado por este autor de la previa liquidación hecha en vida por los cónyuges, aun cuando sólo sea a efectos de «partir» y «no adjudicar», como dice el Sr. González, copiando a De Diego; y hasta ignoramos cuándo y por qué medio, si en escritura pública o en documento privado, antes o al tiempo de otorgarse el pretendido testamento, etc., etc., ha de hacerse esa supuesta liquidación, no prevista ni regulada en ningún artículo del Código civil, antes bien, expresamente prohibida por el mismo, en cuanto sólo la permite en los casos de que trata el artículo 1.417.

No estamos, pues, conformes con esta opinión; pero la misma cita que hace el repetido González de determinada jurisprudencia nos permite llegar a conclusiones más amplias que las que él propone.

En efecto; si, constante el matrimonio, «debe determinarse la naturaleza de los bienes conyugales por las reglas que rigen económicamente a aquél y definen los bienes comunes y los propios», es indudable que los esposos podrán hacer en vida esa calificación, reputando como gananciales los que por su origen y naturaleza merezcan tal consideración jurídica, por aplicación mental de lo dispuesto en los artículos 1.401 y siguientes del Código, puesto

que lo que está admitido y reconocido respecto a terceros no puede negarse a los protagonistas o actores de la sociedad conyugal.

Naturalmente, empero, que esa calificación no ha de tenerse por definitiva, ya que esto requiere la disolución y liquidación de la sociedad, y tales actos, conforme hemos dicho y repetido, sólo pueden practicarse en las hipótesis del artículo 1.417. Pero tampoco sostenemos nosotros cosa distinta, puesto que reiteradamente hemos dicho que la partición hecha por el cónyuge de su mitad de gananciales tiene que quedar subordinada a la condición «sine qua non» de que realmente tengan ese carácter los bienes que en su testamento inventarió. En síntesis, la opinión de Manuel González revela la inquietud del profesional que no puede conformarse con la aplicación limitada y estrecha que algunos tratadistas pretenden dar al artículo 1.056; pero la fórmula que para ello habilita es tan exótica en nuestro Derecho y de naturaleza tan anormal, que si no existiera más procedimiento que ése, respecto al que tampoco nos dice el autor cómo se ha de cumplir, tendríamos que concluir diciendo que cuando el testador está casado es impracticable la aplicación del artículo 1.056, con lo cual llegaríamos a una solución totalmente opuesta a la que se propone el Sr. González.

En la práctica profesional, varias veces hemos acometido y resuelto el problema con el mismo criterio que propugnamos: el testador ha comparecido ante nosotros, hecho el inventario de los bienes, atribuyendo a cada uno el carácter que le corresponda, según su origen y naturaleza, y ha realizado luego la partición entre sus hijos y descendientes, partiendo de la base de que respecto a los bienes propios no existe obstáculo alguno en cuanto a la titularidad que sobre ellos le corresponde, y por lo que se refiere a los gananciales, su participación habrá de ser, en principio, la mitad de los inventariados, siempre que los supuestos establecidos a la fecha de hacer la partición no sufran modificación en el momento de liquidarse la sociedad conyugal.

Este sistema no hace más que adelantar los acontecimientos que normalmente deben presumirse, puesto que, sin margen casi de error, la disolución del matrimonio producirá los mismos efec-

tos económicos y jurídicos que el testador la atribuyó en su testamento. Ciertamente que, en ocasiones, esos cálculos pueden no hallar confirmación en la realidad; pero la excepción, aparte lo extraordinario de su naturaleza, demuestra la existencia de una regla general, a la que debemos ajustar nuestros actos en la necesidad imprescindible de ampliar el radio de acción del artículo 1.056.

Cuando las previsiones y cálculos hechos por el testador no tienen su confirmación en la realidad, el testamento experimentará la reforma consiguiente. Pero el inconveniente que señalamos no es exclusivo de la partición hecha por el esposo constante el matrimonio, sino que es aplicable a todos los casos en que se hace uso del artículo 1.056, ya que nada impide que alguno de los bienes inventariados y adjudicados sea vendido más tarde o desaparezca por cualquier otro título del patrimonio del causante, con lo que se dará la discordancia entre lo dispuesto en el testamento y la realidad jurídica y práctica.

Sin embargo, ¿tendremos esto por motivo bastante para que el testador no pueda hacer uso del artículo 1.056? En ese caso habría que eliminar dicho artículo del Código, puesto que desde el momento en que se hace la partición hasta aquel otro en que la partición adquiere eficacia jurídica por muerte del causante, los hechos se suceden y las operaciones jurídicas que pueden realizarse son infinitas, surgiendo como consecuencia de ello una disparidad, una divergencia, una contradicción entre el hecho y el derecho, que sólo podría limitarse prohibiendo el testador de este tipo—lo cual es imposible—todo acto de disposición posterior al testamento que hizo.

Por otra parte, el inconveniente que apuntamos no es tampoco exclusivo de los testamentos-partición, sino que resulta común a todos los casos en que el testador ordena el pago del haber de cualquier heredero con bienes determinados o dispone de mandas o legados de cosa específica, toda vez que esos bienes, existentes al tiempo del testamento, pueden no existir al de la partición, con lo cual surgirá un problema de naturaleza análoga al que estudiamos.

Lo que el testador debe hacer en todo caso es prever y prevenir aquellas hipótesis que normalmente pueden darse, resolviendo para cada una de ellas lo que estime más conveniente.

Así, por ejemplo, tratándose de la calificación y distribución de bienes gananciales, lo hará de acuerdo con las normas legales que regularmente se les deben aplicar; pero para la hipótesis de que no resulte así en la práctica, como consecuencia de sucesos que no pudo prevenir, ordenará que el crédito que sobre ellos tenía y del que dispuso sea pagado al heredero con otros bienes de la sucesión o en metálico, haciendo uso para ello del párrafo segundo del artículo 1.056.

De esta manera la partición no resultará definitiva hasta la muerte del testador; ¿pero es que sucede cosa distinta en los demás casos? Sólo la muerte determina el tránsito de los bienes del causante a sus herederos, y esta transmisión se concreta a los subsistentes a la fecha de este suceso, motivo por el cual las disposiciones a título singular que el testador ordene quedan siempre sometidas a la eventualidad de que los bienes sobre que versen prevalezcan en su patrimonio en el momento de abrirse la sucesión.

Todos cuantos discursos se arbitren sobre el particular nos conducen al mismo resultado: los inconvenientes del artículo 1.056 del Código civil no son exclusivos del mismo, sino generales y comunes a todas las disposiciones testamentarias. Estos inconvenientes no son bastantes para excluir a los cónyuges de su uso, porque ello limitaría de tal forma la aplicación del mencionado artículo, que equivaldría prácticamente a suprimirle de los preceptos del Código civil. Ante esta situación, el ánimo del profesional se siente movido a otorgarle un sentido distinto, más amplio y comprensivo que el supuesto por algunos tratadistas.

Muchas otras razones concurrentes al mismo fin podríamos alegar; pero la necesidad de poner término a este trabajo y el deseo de ocuparnos de algunos particulares más del testamento-partición nos obligan a dejar a un lado el tema propuesto y seguir estudiando el resto de los efectos de dicho testamento, señalados como propios por el Código y la jurisprudencia.

El primero de dichos efectos se refiere a la eficacia jurídica que tienen las particiones realizadas por el testador. En este aspecto del derecho sucesorio, como en todos los demás, rige el

principio de que la voluntad del testador es la Ley de la sucesión, sin limitación alguna cuando se trata de herederos voluntarios y con el respeto debido a las legítimas en el caso de que los herederos sean de esta última clase. Así resulta de los artículos 808 y siguientes, en relación concreta con el tan repetido 1.056, reiterados por una constante jurisprudencia, a la que pertenecen las Sentencias de 23 de noviembre de 1899, 1 de febrero de 1906, 17 de mayo de 1910, 5 de diciembre de 1921, 17 de abril de 1943, etc., y las Resoluciones, entre otras, de 12 de noviembre de 1895, 25 de noviembre de 1899, 18 de mayo de 1900, 11 de septiembre de 1907, 30 de abril de 1917, 10 de julio de 1920, 6 de marzo de 1923, 23 de julio de 1925, 12 de diciembre de 1927, 17 de marzo y 26 de noviembre de 1930, 11 de diciembre de 1929, 15 de julio de 1943, etc.

Insistimos en que todo lo que tiene que hacer el testador es guardar el respeto debido a las legítimas, y cuando así no lo hace, ya por omitir totalmente a uno de los herederos forzosos o ya por dejarle menos de lo que por la legítima le corresponde, surgen las teorías relativas a la querella de «inoficiosi testamenti» y a la acción «ad suppleendam», cuyo origen se halla en el Derecho romano y cuya finalidad respectiva consiste, en el primer caso, en obtener la nulidad de la disposición testamentaria, por reputarse que ha sido otorgada por el causante en un raptó de locura, y en el segundo en conseguir el complemento de la legítima, rectificando las operaciones en lo que tienen de error y adjudicando al preterido parcialmente el complemento de lo que le adjudicó el causante.

La primera teoría es absoluta, excepto cuando se trata de cónyuge viudo, cuya preterición no produce la nulidad del testamento, y se relaciona con las doctrinas referentes a los póstumos y a los cuasi-póstumos, estudiadas por los tratadistas patrios en diversos trabajos, de los que merecen destacarse: «De nondum concepti», suscrito por Lacal, en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, abril 1947; «La institución hereditaria en favor del "nondum concepti"», publicada por Luis Cardona en *La Notaría* el mismo año de 1947; «La eficacia de los llamamientos en favor de los nasciturus», de Roca Sastre, en la *Revista de Derecho Privado*, mayo de 1946.

Pero, en realidad, estos efectos no son exclusivos del testa-

mento-partición, sino comunes a todas las disposiciones testamentarias, si bien en el artículo 1.056 tienen una consagración específica, según acredita el párrafo primero al decir: «Cuando el testador hiciere por actos intervivos o mortis causa...», etc. En cambio, es singular la doctrina referente a la rescisión de las particiones por lesión, de acuerdo con los artículos 1.073 y siguientes del Código civil, puesto que esta doctrina, aplicable a todo género de particiones, tiene su excepción cuando ha sido hecha por el testador, salvo que aparezca o racionalmente se presuma que fué otra su voluntad, y siempre dentro de los límites del respeto, que, como reiteradamente hemos dicho, se debe a la legítima.

Por consiguiente, aun cuando exista lesión de la cuarta parte para cualquiera de los herederos, las particiones hechas por el testador al amparo del artículo 1.056 del Código civil perseveran, lo cual es perfectamente lógico, porque siendo en él potestativo disponer de dos de los tercios que integran la herencia—el de mejora y el de libre disposición—, mejor podrá hacerlo en la cantidad que podría representar la supuesta lesión para el heredero forzoso.

Estas razones no aparecen debidamente apreciadas por Abadalejo en su citado trabajo, por cuanto estima que la rescisión procede siempre que exista discordancia entre la «partición», considerada independientemente, y el «testamento» que haga referencia a la misma. Según él, ésta es la interpretación que debe darse al artículo 1.075, cuando habla de «que aparezca o racionalmente se presuma que fué otra la voluntad del testador». Aquel «parecer» o esta «presunción» se deducirán—dice—de la respectiva discordancia. Sólo así entiende la «otra voluntad» de que hace mérito el Código civil.

De cómo deben interpretarse y aplicarse la partición y el testamento cuando no coinciden, ya hemos hablado antes de ahora, considerando ocioso insistir. En síntesis, no encontramos razones para que se conceda preferencia a aquélla sobre éste, debiendo interpretarse ambos conjuntamente, como integrantes que son de «una misma y sola voluntad», aunque se haya manifestado en momentos cronológicos distintos. No hay, pues, «otras» voluntades, como supone el Sr. Abadalejo, tomando el precepto literalmente, sino una voluntad sola, que, además, es la última. No se concibe

que nadie pueda morir con dos voluntades distintas. La palabra «voluntad» debe entenderse aquí en el sentido de «intención, ánimo o deseo», y no en el de «mandato, disposición o precepto», porque en este concepto—volvemos a repetir—no hay en el acto sucesorio más que una sola voluntad: la que resulte de la conjunción del testamento y del acto particional, o de la preferencia de uno sobre el otro, según los casos.

La tesis de que sólo puede entenderse el artículo 1.075 haciendo coincidir la repetida discordancia con la acción rescisoria por lesión, como dice el Sr. Abadalejo, nos parece muy limitada. La autorización del testador para dicha impugnación puede quedar establecida o deducirse de los actos del causante sin necesidad de que se dé la expresada circunstancia.

Tal ocurrirá, por ejemplo, cuando los bienes de que el testador haya dispuesto sufran un cambio en su valoración desde el momento en que se hizo la partición hasta el de su muerte. En tal caso, el testador puede disponer que se rectifique la partición buscando la proporcionalidad que haya establecido entre sus herederos, así como esa «voluntad» puede deducirse del testamento, como si dijera que instituye a sus sucesores en esta o en la otra equisava parte, y, como consecuencia del cambio de valores, ese propósito resultase malogrado. Pero todo esto acusa una discordancia, no entre el testamento y la partición, sino entre ésta y la realidad, o, por decirlo más propiamente, entre la realidad y la voluntad del causante, que es la que ha de presidir y regir todo el mecanismo jurídico y económico de la partición.

En suma: entendemos que los artículos 1.074 y 1.075 del Código civil no pueden equipararse a los efectos de la rescisión por lesión, como trata de sostener el Sr. Abadalejo en el último inciso de la página 959 y en la 960 y siguientes, pues de su propio texto se deduce que la actitud del legislador, en cuanto a los referidos preceptos, es distinta. El primero dice que «Podrán también ser rescindidas las particiones por causa de lesión en más de la cuarta parte...», mientras que el segundo se presenta como excepción de aquél al estatuir: «La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión», salvo en los casos expresamente previstos en el repetido artículo. Esta «previsión» resultaría totalmente excusada si al artículo 1.075 pudiera aplicarse el sistema

del 1.074, o, lo que es lo mismo, si aquél estuviese «dentro de la órbita de éste», como afirma el repetido Abadalejo.

Creemos, por lo contrario, que las órbitas de los referidos artículos son distintas; la del 1.075 más limitada, pero con la posibilidad de ser más amplia que la del 1.074. Según los términos de aquel artículo, la lesión no es causa de rescisión de las particiones hechas por causante, y así lo acredita el precepto al empezar, diciendo: «La partición hecha por el difunto «no puede ser impugnada por lesión». Relacionado este artículo con el precedente, se ve con toda claridad que constituye una excepción del mismo, pero tan expresa o explícita en sus términos, que el mismo sentido gramatical de las frases empleadas por la Ley nos pone en posesión de su espíritu, de acuerdo con los métodos interpretativos impuestos por la jurisprudencia en sus sentencias de 9 de julio de 1907 y 20 de enero de 1908. La única lesión que originariamente puede dar lugar a la rescisión de la partición es la que recae sobre la legítima, pero esta lesión no precisa ser de la cuarta parte, sino que cualquiera que sea su cuantía, la rescisión procede. En tal sentido, pues, el artículo 1.075 es más limitado y más amplio, a la vez, que el 1.074. Lo mismo sucede cuando la lesión no recae sobre la legítima o cuando se trata de herederos voluntarios: según el mecanismo del artículo 1.075, no procede la rescisión, salvo que el testador-partidor lo disponga expresa o tácitamente; es decir, salvo que aparezca o racionalmente se presuma que fué ésa su voluntad, según el texto de la Ley. Pero a su vez, en la hipótesis de que esa voluntad exista, no es indispensable que la lesión sea de la cuarta parte como el artículo 1.074 dispone para su caso, pues ningún precepto del Código impide que el causante establezca un módulo mayor o menor para calcular el perjuicio—siempre, como es lógico, dentro de las facultades generales dispositivas que autoriza la Ley—, y ya sabemos que «Ubi lex non distinguere...», siendo, por otra parte, la referida voluntad la ley de la sucesión.

En cambio, en los supuestos del artículo 1.074 puede recurrirse siempre a la rescisión, pero para ello es indispensable que el importe del perjuicio originado al heredero rebase el valor de la cuarta parte de las cosas que le fueron adjudicadas.

Entre los artículos que comentamos existe la misma distancia que separa a los 1.069 y 1.070. Por el primero se imponen los debe-

res recíprocos de evicción y saneamiento a los herederos respecto a los bienes que fueron objeto de adjudicación; por el segundo, este deber cesa cuando «el testador hubiese hecho la partición, a no ser que aparezca o racionalmente se presuma haber querido lo contrario y salva siempre la legítima». Este artículo se nos ofrece, pues, como excepción del precedente. Pero es de observar que las palabras que emplea son literalmente las mismas que usa el artículo 1.075, por cuyo motivo no puede negarse a éste el carácter de excepción con referencia al anterior de su mismo grupo. Ahora bien: todos sabemos que la excepción no se mueve en la órbita de la regla general, puesto que en este caso sería absorbido por ella, sino en una órbita distinta, propia e independiente.

Resumiendo, pues, podemos establecer las siguientes conclusiones:

1.º La partición hecha por el testador sólo puede ser rescindida, en principio, cuando perjudique la legítima de los herederos forzosos, de acuerdo con lo estatuido en el artículo 1.075 en su relación con el 1.056. Recusamos la afirmación del Sr. Abadalejo de que este artículo sólo tenga «apariencias engañosas», en cuanto no impone a las facultades del testador para hacer la partición otro límite que el del respeto a la legítima: a), porque ése es el único límite que existe a sus facultades dispositivas (artículo 763 en relación con los 806 y siguientes), haga o no uso de su derecho de partir, y b), porque los términos del referido artículo son claros, quedando impuesta, por consiguiente, su interpretación y aplicación literal, de conformidad con las sentencias aludidas.

Si el testador puede disponer de sus bienes de un modo global, esto es, sin dividirlos, y adjudicarlos a sus herederos sin más limitación que la de respetar la legítima de los forzosos, no puede existir inconveniente alguno para que haga lo mismo y con idéntica libertad y eficacia partiendo y adjudicando su caudal a sus continuadores, de acuerdo con el Derecho positivo y el viejo aforismo de «donde hay una misma razón debe haber una misma disposición», según ratifican las sentencias de 13 de diciembre de 1913 y 13 de marzo de 1916.

2.º La partición es igualmente rescindible por lesión que no afecte a la legítima cuando el testador lo dispone así expresa ó tá-

citamente, o, lo que es lo mismo, «cuando aparezca o racionalmente se presuma que fué ésa su voluntad» (art. 1.075).

3.º En el caso de que el testador lo disponga expresamente, no existe obstáculo legal para que pueda señalar como causa de rescisión una lesión inferior a la cuarta parte, prevista por el artículo 1.074, porque la voluntad del causante es la ley de la sucesión. Lo mismo debe ocurrir si del acto particional aparece o racionalmente se presume que ésa fué su voluntad (arts. 675 y 1.075, sentencias 10 de enero de 1934, 3 de junio de 1943 y 1 de junio de 1946).

4.º No dándose los supuestos previstos en el número anterior, la lesión debe ser de más de la cuarta parte, puesto que en defecto de reglas especiales estatuidas por el causante, se aplicarán al caso las generales contenidas en el Código civil (arts. 1.074 y 1.075).

5.º La lesión, en cuanto a la legítima, se determinará teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 818 y siguientes, donde se dice que «Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador...» Entendemos nosotros que se trata de la legítima lata o de los dos tercios, e incluso de la totalidad de la herencia si no se establecen mejoras, conforme a las sentencias de 19 de abril de 1915 y 27 de diciembre de 1935.

En tal sentido, no creemos aplicables al caso las sentencias de 17 de abril de 1943, 8 de julio de 1940 y 22 de diciembre de 1944, que ordenan atenerse al valor de los bienes cuando sean adjudicados, puesto que esta adjudicación puede ser muy anterior a su delación, producida por la muerte del causante, y porque, además, el Código establece con referencia al caso que nos ocupa reglas (las del artículo 818) que deben cumplirse.

En cambio, tratándose de herederos voluntarios, la estimación o determinación de la cuarta parte se calculará teniendo en cuenta las normas de las referidas sentencias en relación con el inciso final del artículo 1.074.

6.º La disconformidad o discordancia entre la partición y el testamento, no supone necesariamente lesión, como dice Abadalejo, y, por consiguiente, no es siempre causa de rescisión de las particiones hechas por el testador. Los dos documentos—partición y testamento—deben interpretarse de conjunto (art. 675, sentencias de 31 de enero de 1896, 14 de enero de 1898, 23 de septiembre de

1899, 6 de julio de 1904, 24 de noviembre de 1911, 28 de mayo de 1912, 30 de abril de 1913, 16 de enero y 31 de marzo de 1915, 23 de octubre de 1925 y 6 de marzo de 1946), indagando cuál sea la verdadera voluntad del testador (sentencias de 22 de marzo de 1905, 1 de febrero de 1906, 5 de enero de 1925, 8 de julio de 1940, 3 de junio de 1942, 11 y 13 de febrero de 1943, 6 de marzo de 1944 y 1 de junio de 1946), y ateniéndose a esa voluntad para determinar si se está o no en el caso de lesión, y más propiamente en el de rescisión por este motivo, pues bien pudo haber dispuesto el testador otra cosa.

7.º La disconformidad que integra lesión es la determinada entre el valor de los bienes cuando se hizo la partición y el que tengan a la fecha de la muerte del causante—legítima, art. 818—o a la de ser adjudicados—herederos voluntarios, art. 1.074 y sentencias referidas—, salvo que del testamento no aparezca o racionalmente se presuma que fué otra la voluntad del testador, conforme al artículo 1.075, ya que en este caso habrá que ajustarse estrictamente a lo que el repetido causante disponga u ordene, con la limitación representada por las supradichas legítimas.

Fuera de esto, es indudable que al caso le serán aplicables los motivos de rescisión que con referencia a los contratos se previenen en el artículo 1.073, y que en la hipótesis que estudiamos habrá que relacionarle con los artículos 673 y siguientes del mismo cuerpo legal.

Finalmente, otra de las características del testamento-partición es la relativa al pago de los gastos que con su motivo se hayan ocasionado, principalmente en su aplicación a los profesionales que intervengan en la confección y protocolización del mismo.

Sabemos, en efecto, que el artículo 1.056 contiene dos actos jurídicos distintos, cada uno de los cuales está regulado por normas independientes.

Por lo tanto, pudiendo haberse hecho estos actos con independencia, según resulta de las sentencias de 13 de junio de 1903, 6 de marzo de 1917 y 6 de marzo de 1946, no hay inconveniente para que la ejecución del primero se haga por el mismo testador o éste la encomiende a terceras personas (en nuestro caso, profesionales).

cuyo derecho a la retribución es evidente, como consecuencia de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1.711, en el 908 y en los 1.542 y siguientes del Código civil, de conformidad con las sentencias de 24 de febrero de 1905, 16 de junio de 1907, 5 de diciembre de 1925, 8 de julio de 1927, 14 de mayo de 1929, 16 de febrero de 1935, 8 de febrero de 1940 y 18 de enero de 1941. Los mismos derechos corresponden al Notario que intervenga en las supradichas operaciones, de acuerdo con los preceptos legales citados y el artículo 139 del Reglamento de 1944, a lo que deben añadirse las resoluciones de 21 de enero de 1898, 2 de julio y 18 de octubre de 1929 y las sentencias de 26 de marzo de 1896, 15 de junio de 1900, 24 de febrero de 1905, 16 de junio de 1907, 5 de diciembre de 1921, 8 de julio de 1927, 14 de mayo de 1929 y 8 de febrero de 1940, algunas ya citadas.

La retribución que se adeuda es la pactada, y en su defecto, la que corresponda según «el uso o la costumbre del lugar», conforme a la jurisprudencia que precede.

Poco importa para el caso que los trabajos hayan sido ejecutados antes o después de la muerte del causante, porque el fundamento de su retribución no se halla en el momento en el cual se prestaron los servicios, sino en los servicios mismos, conforme establece la sentencia de 3 de marzo de 1904, en la que se les considera como «causa» de la contraprestación que debe realizar la parte favorecida con ellos.

La tesis contraria nos llevaría a quebrantar las reglas propias del mandato o del arrendamiento de servicios, naturalmente retribuíbles cuando se trata de profesionales, conforme preceptúan las sentencias reseñadas, juntamente con las de 16 de febrero de 1935 y 18 de enero de 1941; constituiría un motivo de enriquecimiento injusto para el causante, quien recibiría el beneficio de los trabajos profesionales, sin compensación por su parte; se enervaría la «causa» del respectivo contrato, tal como hemos visto dispone la sentencia de 1904, y, en una palabra, enseñaría a los testadores el camino del fraude; porque pudiendo excusarse de abonar las particiones hechas en vida, serían muy pocos los que descuidaran esta diligencia, encomendando la ejecución de estos trabajos antes de morir.

Pero en todo caso, para que se estime que las particiones fue-

ron hechas, y surja la correlativa obligación de retribuir las, es preciso, a nuestro juicio, y contra lo que autoriza la sentencia de 18 de enero de 1904, que encontramos de extremada lenidad, que el documento reúna todos los requisitos exigidos por las resoluciones de 26 de diciembre de 1893, 11 de septiembre y 6 de marzo de 1923, en las que se dice que la partición «supone como elementos de la misma: un caudal que dividir mediante riguroso inventario; el conocimiento de su valor, o sea la valoración de los bienes que integran dicho caudal; la liquidación del haber partible... y la distribución y adjudicación del haber que arroje esta liquidación»; criterio que reitera la sentencia de 31 de mayo de 1913.

La minuta de honorarios—no de derechos—devengada por este concepto se formula con independencia de la notarial (sentencias de 15 de junio de 1900, 5 de diciembre de 1927, 14 de mayo de 1929 y 8 de febrero de 1940), y contra ella no cabe recurso ante el Colegio, sino en todo caso ante el Juzgado, en la impugnación de honorarios que autoriza la ley Procesal, en cuyo concepto, es decir, en el de Letrado y no en el de fedatario, es librada la factura correspondiente.

Por último, para la regulación de los derechos notariales por la autorización del instrumento público debe tenerse presente lo ordenado en la resolución de 13 de noviembre de 1928, por cuya virtud dichos derechos son calculados con arreglo al número 2 del Arancel y no a los números 6 ó 10, según los casos.

Éstas son las cuestiones más importantes que nos sugiere la lectura del artículo 1.056 y concordantes del Código civil. Acaso se advierte la ausencia de algún otro problema; pero si hemos logrado establecer un poco de orden en los propuestos nos daremos por satisfechos. Nuestra opinión, en algunos aspectos, puede o no ser compartida. De todas formas, ha sido elaborada teniendo siempre a la vista el Derecho positivo y la jurisprudencia, auténticas fuentes de Derecho, procurando huir de sutilezas doctrinales, que antes complican que aclaran los problemas.

LUIS GÓMEZ MORÁN

Notario.

El registro nacional de las personas en la Argentina

SUMARIO: I. Introducción.—II. Antecedentes generales.—III. Antecedentes argentinos y extranjeros.—IV. Organización.—V. Personas que deben identificarse.—VI. Procedimientos de identificación. Recién nacido.—VII. Datos que deben constar en la inscripción.—VIII. Publicidad de las circunstancias.—IX. Documentos que expedirá el Registro.—X. Régimen penal.

I. INTRODUCCIÓN

Hechos naturales como el nacimiento, sexo, filiación; actos jurídicos como la adopción, matrimonio, reconocimiento de hijos, decisiones judiciales relativas a la demencia, ausencia con presunción de fallecimiento, penas, divorcio, filiación, etc. Pueden hacer variar la situación jurídica del sujeto respecto a sí mismo, a los terceros con los que tiene relación y a la sociedad (1). Estas distintas situaciones están sujetas a variaciones, por lo que es necesario que las mismas, con sus modificaciones, consten de modo auténtico en pruebas preconstituídas para evitar los perjuicios que importa recurrir a los demás medios probatorios, sólo aceptables en caso de excepción.

Desde la antigüedad, los Gobiernos han tenido una preocupación constante en este sentido, dado que a toda sociedad le interesa conocer el número de sus habitantes y las condiciones personales de los mismos para dictar una adecuada reglamentación cívica, militar, de Hacienda, etcétera. Los medios para conseguir el fin han sido distintos, según las necesidades que se trataba de remediar. En los Estados modernos se hace cada día más necesario llevar un registro único de fácil manejo que haga conocer los datos que los particulares y el Estado necesitan para

(1) Moricé, *L'état civil*, pág. 7. Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, tomo I, págs. 25 y sigs.

solucionar los problemas que se presentan en las múltiples actividades de una sociedad moderna (2).

II. ANTECEDENTES GENERALES

1.º *Censos*.—Uno de los medios de que se han valido los Gobiernos para conocer el número de sus habitantes y sus posibilidades económicas han sido los censos, o cómputos.

El primero conocido se remonta al año 2238 a. de J., y es atribuido a Yao, Emperador de la China. El libro *Paralipomenón* y el libro de los Números en las Sagradas Escrituras, son documentos de esta índole. Los hebreos y los egipcios tuvieron censos, que elaboraron con finalidades militares.

En Grecia los cómputos se llevaban especialmente con fines religiosos, y se establecían penalidades para los que no asistían a determinados actos de esta naturaleza (3). Además, los magistrados redactaban memorias acerca de la población y sus aumentos, que tanto preocuparon a los filósofos de la época. En Roma fueron instituidos por Servio Tulio, y se renovaban periódicamente.

En la Edad Media los señores feudales hacían sus cómputos parciales para conocer con exactitud las personas que vivían en sus tierras y poder determinar los tributos. Se conocen algunos censos hechos por autoridades de gobierno, como los que levantaron Carlomagno y Guillermo el Conquistador.

En España los árabes llevaron a cabo algunos trabajos censales, y en América se levantaban frecuentes censos para conocer el número de indios que existían. El virrey Vértiz hizo levantar un censo de vecinos. La Ley de Indias N. L. 11 J., disponía que no entre nadie en el Río de la Plata para pasar al Perú sin real licencia. Con este motivo, las autoridades de la metrópoli llevaban una estadística más o menos exacta de los extranjeros que vivían en las colonias (4).

En los Estados modernos los censos se practican periódicamente y, de acuerdo a las conclusiones a que ha llegado el Congreso Internacio-

(2) Planiol, *Tratado elemental de Derecho civil*, tomo III, pág. 227, número 453.

(3) Fustel de Coulange, *La cité antique*, pág. 201.

(4) Concolorvo, *El lazarrillo de ciegos caminantes*. «Guía de forasteros del Virreynato de Buenos Aires», 1773-1803.

nal de Estadística, los datos que deben consignarse en los de población son: Nombre y apellido, sexo, edad, relación con el cabeza de familia, estado civil, profesión, culto, lengua, instrucción elemental, origen, lugar de nacimiento, nacionalidad, domicilio, enfermedades.

La importancia de los censos ha pasado las fronteras nacionales, y los países americanos se aprestan a realizar en 1950 el recuento más grande de la historia del mundo. Este censo continental, que fué autorizado en Río de Janeiro en 1946, tendría por fin recoger una inmensa cantidad de datos demográficos, agrícolas, industriales, etc.

2.º *Partidas parroquiales*.—Para Planiol (5) no existe lazo de unión entre los registros romanos y las partidas que llevaban los religiosos, opinión que es compartida por la mayoría de los autores (6). El origen de los actuales registros está en los libros que llevaban los curas de las ofrendas hechas por los fieles por su intervención en los matrimonios y entierros. Las partidas del bautismo tienen su nacimiento oficial recién (*) con Enrique el Barbudo en 1406. Estas partidas no eran consideradas actos auténticos susceptibles de dar fe en juicio, a lo que recién se llegó en la época de Francisco I con las Ordenanzas de Villers-Cotterest (1539), en la que se estableció que las actas hacían plena fe en cuanto al nacimiento de cualquier persona y al fallecimiento de los eclesiásticos que tuvieran beneficios, colegios o monasterios. Esta Ordenanza cayó en desuso en razón de disponer la intervención de un escribano en el acto que se celebraba. El Concilio de Trento de 1573 se ocupó de reglamentar cómo debían ser llevado los nacimientos y los matrimonios. Fueron las Ordenanzas de Blois (1579) en Francia las que establecieron que los curas y vicarios debían llevar un registro de nacimientos, matrimonios y defunciones y que los mismos harían fe ante la justicia de la verdad de sus constancias. Posteriormente, las Ordenanzas de Luis XIV (1667) y Luis XV (1736) reglamentaron los requisitos que las mismas debían llenar, como asimismo esta última dispuso que debía redactarse en dos originales.

Estas disposiciones se aplicaban, lógicamente, a los católicos, en tanto que los de otras religiones, en virtud del edicto de Nantes, justifican su calidad por los registros dados por sus respectivos ministros, hasta la época de Luis XIV, en que se desconoció la existencia de di-

(5) Obra y tomo citados, pág. 230, núm. 459.

(6) Busso, *Código civil anotado*, pág. 490, núm. 5.

(*) Modismo argentino. (N. DE LA R.)

chos ministros. Con Luis XVI (1787), se volvió a reconocer dos clases de registros: uno para los católicos, que era llevado por la Iglesia católica, y otro para los protestantes, llevado por la autoridad judicial (7), situación que cesó con la Revolución de 1789, que introdujo dos nuevos principios: la libertad de culto y la separación de la ley civil de la religiosa.

3.º *Registro de estado civil.*—En la actualidad todas las naciones civilizadas tienen secularizado los registros de nacimientos, defunciones y matrimonios, en donde se insertan las actas respectivas. A esto puede agregarse que algunas naciones poseen registros de ciudadanía y vecindad civil. Como los hechos referidos pueden ser susceptibles de modificaciones, las leyes establecen las anotaciones de sentencias o interdicciones al margen de las actas de matrimonio; los actos relativos a la filiación, en los libros de nacimiento. Es decir, tratan de completarse las mismas, de acuerdo a las modificaciones que puedan producirse en el estado de la persona.

4.º *Registros generales.*—Además de los registros de estado civil existen algunos, como los de adopción, tutela, reincidencia, etc., que cada nación organiza de acuerdo a sus necesidades (8)

5.º *Penas.*—Era costumbre entre los pueblos antiguos aplicar penas a los que había cometido ciertos delitos, que no solamente tenían carácter de represivo, sino que servían para identificarlos dentro de la sociedad en que vivían. Así se cortaba la mano al falsario, la lengua al blasfemo, la nariz o la oreja al ladrón, se afeaba la cara a la adúltera o se obligaba al que había huído del campo de batalla a presentarse en público con los vestidos sucios y a medio afeitar.

6.º *Costumbres.*—En las costumbres de algunos pueblos se encuentran signos para identificar, y así se pueden distinguir por su vestimenta a las mujeres casadas de las viudas o de las solteras y a los hombres según su raza.

(7) Mourlon, *Código civil francés*, págs. 215 y sigs.

(8) En la Argentina, por ley núm. 11.752, de octubre de 1933, se creó el Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal y Carcelaria, la que en su artículo 4.º dispone que todo juez está obligado a remitir al Registro, dentro de los cinco días, copia de la resolución respectiva que impone pena.

III. ANTECEDENTES ARGENTINOS Y EXTRANJEROS (*).

De acuerdo al Código civil, que posteriormente fué modificado por la Ley de 31 de octubre de 1884, en la Argentina, nación federal, las actas de nacimiento, defunción o matrimonio son llevadas en la capital federal y en los territorios nacionales por autoridades nacionales y en las provincias por las locales. Esta organización dió lugar a una serie de críticas en consideración de las deficiencias con que eran llevados los registros y la falta de coordinación de los mismos, a lo que debe agregarse su organización incompleta. Una serie de proyectos presentados por el Poder Ejecutivo y por legisladores tendieron a dar solución a los inconvenientes señalados, pero los mismos no consiguieron sanción del cuerpo respectivo.

La actual ley se inició por un proyecto del Poder Ejecutivo y fué objeto de largas discusiones y modificaciones, siendo publicadas en el *Boletín Oficial* con fecha 20 de enero de 1949.

La ley que ha de ser de gran utilidad en razón de que centraliza los registros, ha de chocar con los inconvenientes que ha tenido en otras naciones y ha de ser mirada en principio con cierto recelo, pues algunos consideran que registros de esta naturaleza son buenos para fiscalizar criminales, pero no serán necesarios para llevar el control de las personas. Otros, que con la centralización los Gobiernos tendrán un arma poderosa para restringir las libertades. Creemos, sin embargo, que día a día estos prejuicios se irán disipando y afianzándose la bondad de la ley. En las naciones americanas existen leyes que, aun cuando no son tan completas como la argentina, tienen gran utilidad. En Chile, desde 1924 existe una disposición que establece la cédula de identidad obligatoria y en 1931 se fusionó la identificación con el Registro civil.

Ecuador creó su Registro en el año 1924; México en 1933 estableció la Ley de Identificación Nacional. En los demás países americanos se tienen organizados los registros en forma todavía incompleta.

(*) Para completarse los estudios de legislación puede leerse: Para Alemania, la ley del 6 de febrero de 1875, modificada por la ley del 11 de junio de 1920; Enneccerus, *Derecho civil*, parte general, tomo I, págs. 332-78. Suiza: Rossel y Mentha, *Droit civil suisse*, tomo I, págs. 98 y sigs. Para Inglaterra: Austin, *Droit civil et commercial anglais*, tomo I, pág. 47. Para España: Ferrer de la Hoz, *Registro civil*, págs. 4 y sigs.; Luna, *El Registro civil en la legislación comparada*, págs. 4 y sigs. Para Francia: Los autores citados en nota. Para Italia: Ruggiero, *Instituciones de Derecho civil*, tomo I, pág. 418.

IV. ORGANIZACIÓN.

Ha sido objeto de discusiones entre los autores lo relativo a saber a qué clase de funcionarios debe encargarse de llevar los registros. Descartados los religiosos, por razones conocidas, han quedado en pie los sistemas administrativos, el notarial, el judicial y el especializado.

El sistema administrativo ha dado en las naciones donde se aplica resultados poco satisfactorios, pues los jueces municipales o de paz carecen de aptitudes especiales que la función requiere (9).

El sistema notarial presenta el inconveniente que encomienda a los notariados funciones ajenas a su cometido, y además hay el grave inconveniente de que no en todos los pueblos se encuentran estos registros, por lo que la organización es incompleta.

Al sistema judicial se le objeta porque si bien es cierto que para las declaraciones de ausencia con presunción de fallecimiento, demencia, adopción, ciudadanía y rectificaciones o cambio de nombre, tienen los jueces una intervención directa, hay otros actos, como los relativos a los nacimientos, matrimonios o defunciones, en los cuales no tienen ninguna injerencia, salvo las rectificaciones. Por otra parte, el hecho de dirimir cuestiones relativas a la filiación, al nombre o a la adopción, que es la función específica del poder judicial, es totalmente distinta a la de organizar y conservar los registros de estado de las personas.

Se abre opinión entre los autores de crear un cuerpo de funcionarios especiales para llevar los registros civiles. Esta opinión, con mayor razón se justifica cuando se trata de llevar un registro centralizado. El artículo 1.º de la Ley argentina ha hecho depender el registro nacional del Ministerio del Interior, y en su artículo 3.º dispone que el mismo estará a cargo de una Dirección General secundada por una Subdirección y Delegaciones Regionales que se establecerán en la capital federal, capitales de provincias, territorios nacionales y demás ciudades que determine el P. E. La Ley ha tenido así el buen criterio de encargar la dirección del registro a personas especializadas, si bien es verdad que su manutención ha de ser costosa.

El establecimiento de Delegaciones regionales en las provincias dió lugar a discusiones en las Cámaras Legislativas (10), considerándose

(9) Luna, *El Registro civil en la legislación comparada*, págs. 10 y 11.

(10) Cámara de Senadores, 1946, tomo V, pág. 113; Cámara de Diputados, *Diario de septiembre*, 24 y 25 de 1948, pág. 4.059.

que importaba un avasallamiento al federalismo, pero, en definitiva, se estimó que dada las funciones del Registro los servicios locales no quedaban afectados, pues, como surge con claridad de la discusión parlamentaria, las oficinas provinciales que tienen a su cargo en la actualidad los Registros civiles quedaban funcionando.

A los fines de que el Registro nacional y sus Delegaciones regionales tengan un normal funcionamiento, los artículos 20 y 21 preceptúan normas de coordinación, debiendo toda autoridad nacional, provincial o municipal cooperar con ellas remitiendo todos los informes que sean necesarios, a lo que debe agregarse que el P. E. nacional queda facultado para celebrar convenios con los gobiernos de provincia conducentes al perfeccionamiento, ampliación o transferencia de los registros locales. El P. E. nacional, con urgencia, debe proceder a la realización de estos convenios para establecer la coordinación y si es posible la transferencia de los registros provinciales para evitar los gastos que acarreará un doble juego de reparticiones con análogos fines.

V. PERSONAS QUE DEBEN IDENTIFICARSE.

De acuerdo con el artículo 1.º deben registrarse obligatoriamente todas las personas de existencia visible de nacionalidad argentina o que se hallen en jurisdicción argentina o se domicilien en ella, exceptuándose los diplomáticos.

En el debate parlamentario fué aclarado el alcance de este artículo por el miembro informante, diputado Benítez, en el sentido de que la Ley considera tres supuestos: "1.º Todas las personas de nacionalidad argentina, sin hacer distingo acerca de dónde se domicilien o hallen. 2.º Todas las personas que se hallen en jurisdicción argentina" (11). La disposición comprenderá así tanto a los argentinos como a los extranjeros, y en cuanto a los primeros les sigue aunque hayan trasladado su domicilio al exterior, a cuyo efecto el artículo 3.º establece que la jurisdicción extraterritorial corresponderá a la oficina respectiva de la capital federal o a la que se creará especialmente con ese objeto. A los fines de la ley las personas de más de dieciocho años están equiparados

(11) *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 24 y 25 de septiembre de 1948, pág. 4.055.

a los mayores de edad, y tratándose de incapaces son responsables sus representantes (art. 37).

La situación de los argentinos en el extranjero obligará a la nación a concertar tratados con los demás países, a fin de poder conocer la situación de los mismos en cuanto a los matrimonios, defunciones acaecidas, cambios de domicilio, ausencia con presunción de fallecimiento, interdicciones, etc. En la Argentina existen antecedentes respecto a esta clase de tratados, pero en general se los han criticado por distintas causas. Uno de estos convenios es el que celebró con el Reino de Italia el 30 de junio de 1901 por Ley número 3.980. En este tratado se establecía un canje cada seis meses de las partidas de defunción entre los Estados signatarios.

En el debate parlamentario que tuvo lugar, el diputado Bermejo sostuvo que este tratado no debía celebrarse en razón de que en la Argentina los Registros eran llevados por las autoridades provinciales y que la nación no podía obligar a las provincias a que expidieran dichas certificaciones. El tratadista Ceballos (12) sostuvo que la Argentina se imponía una labor extraordinaria en razón de ser un país de inmigración, en tanto que los argentinos fallecidos en el extranjero era un número muy reducido. Se hace resaltar que además de la labor ímproba resultaría el convenio demasiado oneroso para el Gobierno federal, por cuanto debía pagar a los Gobiernos provinciales el importe de las certificaciones que éstos hicieran. El tratado fué denunciado por la Argentina el 13 de mayo de 1928, fundado en las siguientes razones: 1.^a Porque el Estado no podía obligar a las provincias a servicios gratuitos. 2.^a En la razón de orden legal que el Gobierno nacional no contaba con los medios para hacer cumplir a las provincias con las obligaciones que se había impuesto (13).

La sanción de la Ley que analizamos ha facilitado y allana todas las dificultades a cuyos argumentos nos hemos referido, dado que al Estado, teniendo centralizado todos los servicios, le es fácil cumplir con los deberes de reciprocidad. De los convenios que se hagan deben quedar excluidos los nacimientos, dado las distintas teorías que se sustentan en lo referente a la nacionalidad.

(12) *Manual de Derecho internacional privado*, tomo II, pág. 23, nota a). Referido también en el *Manual de Derecho internacional privado*, de Romero del Prado, tomo I, págs. 802-03-04.

(13) Interesante estudio de Barraco Mármol, en *J. A.*, t. 67, Sec. Doc., páginas 51 y sigs.

VI. PROCEDIMIENTOS DE IDENTIFICACIÓN. RECIÉN NACIDO.

Los continuos errores judiciales en los tiempos ha hecho que los estudiosos busquen idear un medio de identificación de las personas más o menos exacto, que sea compatible con la cultura y de fácil realización práctica. Bentham ideó el tatuaje, pero bien pronto fué necesario desechar tal sistema por las molestias que ocasionaba al sujeto, por ser demasiado costosos y por la facilidad de hacerlo desaparecer con otros procedimientos genéricos. Con el descubrimiento de la fotografía se creyó en un principio que se había llegado al fin buscado, pero bien pronto se experimenta una desilusión, pues es prácticamente irrealizable para identificar a cada sujeto tener que compararlo con la fotografía de los que aparecen en todos los álbumes. Bertillon ideó la identificación antropométrica, que se realizaba mediante una ficha. El procedimiento constaba de tres fases: el señalamiento antropométrico, el señalamiento descriptivo y el señalamiento de las marcas particulares. Aparte del prestigio que este sistema goza en Francia y en España para identificar a los reincidentes, no se logró una inmutabilidad completa de la personalidad debido a la mutabilidad de los elementos tomados como base y en razón de ser incompletos, pues no era aplicable a los menos y además la armadura ósea recién se consideraba fijada a los veinte años de acuerdo al mismo sistema.

La inmutabilidad de la identificación se ha conseguido con el sistema de identificación dactiloscópica. Hay antecedentes que en Babilonia y Corea se practicaban. Pur, Kinge, Merschell, Calton y otros efectuaron trabajos interesantes. El sabio argentino Juan Vucetich ideó en 1891 la identificación dactiloscópica, sistematizando un método sencillo y práctico que permite clasificar con rapidez todas las combinaciones que resulten de los cuatro tipos de dibujos digitales que se designan con el nombre de arco, presilla interna, presilla externa y verticilio (14).

El sistema Vucetich ha sido seguido por la Ley que analizamos; así, el artículo 4.º establece: "se llevarán por los ficheros numéricos, patronímicos y dactiloscópicos, según el sistema Vucetich."

Las leyes de las distintas materias no están concordes en cuanto a

(14) Mosguete, *Antropometría y dactiloscopia*, en *Rev. de la Fac. de Madrid*, enero-julio de 1944, pág. 125.

la edad base desde la cual el individuo tiene la obligación de identificarse. Así algunas, como la ley chilena de 1924, establece la de dieciocho años; otras, como la del Ecuador, dieciséis, y, en fin, otras establecen la edad escolar.

El proyecto para la República de Bolivia, redactado por Angel Ossorio, disponía en su artículo 14 que la obligación regía desde que el individuo cumplía la mayor edad. En la nota al artículo mencionado, dándose los fundamentos se dice: "Propongo que se comience a hacer el Registro a la mayoría de edad, pues aunque científicamente se asegura que las huellas dactiloscópicas son iguales e inconfundibles desde antes del nacimiento hasta después de la muerte, con la antropología y la fotografía no ocurre lo mismo y sería demasiada complicación imponer el expediente antes de la mayoría de edad."

En los últimos veinte años en la Argentina algunos investigadores como Reinas Almandos y Sislán Rodríguez han demostrado la posibilidad científica de identificar al recién nacido. Ante esta posibilidad la Ley número 5.004, de la Provincia de Buenos Aires, tiene fijado en su artículo 10 que debe hacerse la identificación del recién nacido dentro de los noventa días, a contar desde el nacimiento.

La nueva ley de Registro Nacional que analizamos, siguiendo las conclusiones a que han arribado los científicos argentinos y la experiencia de la ley de la Provincia de Buenos Aires, en su artículo 6.º dispone al respecto:

"Se procederá a la identificación dactiloscópica del recién nacido y, de ser posible, de su madre." Esta última frase del artículo debe ser tomada en el sentido de que mediará la conformidad de la madre. El principio establecido se completa con el artículo 7.º, en donde se dispone que debe ser reactualizada al llegar el sujeto a la edad escolar o a más tardar a los ocho años, o cuando fuese indispensable hacerlo para completar una perfecta individualización, siguiéndose así un criterio prudente que evita continuas molestias y grandes gastos que puede producir el hecho de continuas reactualizaciones que tienen establecidas leyes de otros países.

La identificación del recién nacido es un ideal que sería de desear, pero que su aplicación práctica no estará exenta de dificultades. En las salas de maternidad es muy útil la identificación para evitar confusiones por el gran número, y por otra parte es posible hacerlo, porque en las mismas se cuenta con los elementos necesarios y el personal idóneo

suficiente; pero no se nos escapa que para los nacidos fuera de esos lugares, en la generalidad de los casos, los inconvenientes que se pueden presentar para cumplir con el requisito legal pueden ser insalvables. La identificación debe hacerse de acuerdo al artículo 6.º en la dependencia del Registro correspondiente al domicilio, y ésto, en ciertos casos, puede producir una eventualidad para la vida del recién nacido, a lo que debe agregarse que los representantes sufrirán una gran molestia, sobre todo cuando tienen que recorrer grandes distancias por vivir en lugares apartados. Sin dejar de reconocer la bondad del principio, en nuestra opinión la frase "de ser posible" debería hacerse, no sólo con respecto a la madre, sino también al recién nacido, pues en la práctica las infracciones a la ley serán frecuentes y harán incurrir a los padres o encargados en las multas o arrestos a que hace referencia el artículo 25. Creemos en la posibilidad científica de la identificación, pero ante las razones prácticas que dejamos expuestas, somos de opinión que el artículo debía haber sido redactado en la forma que ya hemos referido, estableciéndose que si no se identificara al nacer, debe hacerlo en la edad escolar, época en la que el sujeto haría su identificación al llenar los demás requisitos que establecen las leyes de instrucción primaria.

VII. DATOS QUE DEBEN CONSTAR EN LA INSCRIPCIÓN.

El artículo 4.º de la Ley establece: "Las personas comprendidas en el artículo 1.º deberán ser inscritas por el Registro, asignándosele en el mismo una matrícula que deberá registrar:

- a) Nombre y apellido completos.
- b) Identidad física.
- c) Estado y capacidad.
- d) Antecedentes personales de interés para la defensa nacional.
- e) Antecedentes penales y las contravenciones policiales que consideren necesarias por reglamentación, teniendo en cuenta su particular importancia.
- f) Todos los hechos o actos que produzcan cambios en los datos anteriormente enumerados."

"La reglamentación podrá establecer las excepciones estrictamente indispensables en los casos de breve permanencia en el territorio del país."

Más adelante, el mismo artículo, dispone que el derecho de identidad comprende el ejercicio de las acciones judiciales pertinentes para rectificar cualquier error u omisión, que el identificado tiene el derecho, además, de exigir que conste en su matrícula cualquier antecedente, mérito o título que considere favorable a su persona. De acuerdo al artículo 39, los partidos políticos, por intermedio de sus representantes, pueden controlar las operaciones de identificación a los fines de la formación del Padrón Electoral.

Los registros de estado civil que se llevan en los países modernos han sido objetos de críticas, en el sentido de considerárseles incompletos, pues siguiendo a los parroquiales, sólo llevan datos relativos a los nacimientos, matrimonios y defunciones. En este sentido, la ley de Registro Nacional que analizamos, tiene, en cuanto a los datos que deben constar en la inscripción, una gran ventaja que permite la mejor identificación.

Creemos necesario hacer el análisis de los requisitos para puntualizar nuestra opinión.

1.º *Nombre y apellido completos.*—En la Argentina no existe una reglamentación nacional que resuelva los problemas que el nombre puede presentar. Son leyes de Registro provincial las que tienen establecidas normas que pueden ser distintas de una a otra provincia. Es por esta razón que se hace necesario en la Argentina, complementando a la ley vigente que analizamos, que se establezca otra que reglamente la institución del nombre. A este respecto existe ya un proyecto del P. E. nacional. Es de hacer notar que el proyecto de la ley analizada en su artículo 4.º establecía: "Nadie podrá usar nombre y apellido que legalmente no le corresponda. Su cambio sólo podrá ser autorizado judicialmente con audiencia previa del Registro." Este artículo fué suprimido, y su supresión nos parece lógica, pues lo referente al nombre debe reglamentarse con una ley especial, y un acto de esta naturaleza debe dilucidarse ante autoridad judicial, la cual debe comunicar al Registro Civil respectivo todo cambio, el cual, a su vez, debe ponerlo en conocimiento del Registro Nacional, para que en la matrícula se haga la modificación pertinente.

2.º *Identidad física.*—Como vemos, el inciso b) se refiere a la identidad de la persona. Esta identidad puede modificarse en cuanto al sexo. Doctrinariamente, el cambio de sexo puede dar lugar a discusiones interesantes respecto a cuál ha de ser el criterio que ha de pre-

dominar en la resolución judicial. Hay casos como los de hermafroditismo en los que no es posible determinar con precisión científica el sexo a que pertenece el sujeto, y en este caso el interesado puede desear figurar con un sexo distinto al que aparece en su partida de nacimiento. Según una primera opinión, para modificar el instrumento público es necesario que en la secuela del juicio respectivo se demuestre que el sujeto pertenece a un sexo distinto. No haciéndose esta prueba, dado que los médicos no podrían demostrar que pertenece a uno u otro sexo, el instrumento público debe mantenerse con su redacción original. Según una segunda opinión, que consideramos la acertada, en el caso de la imposibilidad de la demostración científica, la resolución debe acondicionarse a la voluntad del interesado. Este es el criterio que encontramos en el artículo 14 del Proyecto Ossorio, redactado para la República de Bolivia, y es el que ha seguido el juez Dobranich en la República Argentina en un fallo del 3 de mayo de 1937 (15).

3.º *Inciso C.*—En la Argentina sólo se anotan en los Registros Civiles que se llevan en las provincias algunos aspectos que se refieren al estado o a la capacidad, como son las sentencias de divorcio o interdicción, al margen de las actas de matrimonio (art. 105 de la ley respectiva), las sentencias que deciden el juicio de oposición al margen del acta en que constan las sentencias (art. 33 de la Ley de Matrimonio), los actos relativos a la filiación (Obligación establecida por las leyes de Registro Civil), y las inscripciones de adopción de acuerdo a lo que dispone el artículo 21 de la ley núm. 13.252. Se deja de anotar así una serie de actos de gran importancia.

No siendo el Registro Nacional de Personas un simple registro de estado civil, entendemos que las anotaciones respecto al estado y la capacidad a que hace referencia la ley debe tener un sentido amplio y, en consecuencia, figurar dentro de estos conceptos, además de los enunciados, todo lo que se refiere a los cambios de nacionalidad, privación de los derechos políticos, declaraciones de insanía, presunción de fallecimiento y limitación de los derechos civiles, que en la Argentina son establecidas estas limitaciones por el artículo 12 del Código Penal.

Estos fines pueden ser logrados mediante la obligación que tienen las autoridades nacionales, provinciales y municipales (art. 20 de la Ley), de cooperar con el Registro Nacional y para las personas que se

(15) Nerio Rojas, *Rectificación del sexo pseudohermafrodita*, en *Archivo de Medicina Legal*, año VIII, núm. 1, abril de 1938, págs. 86 y sigs.

domicilien en el exterior mediante los tratados a que ya hemos hecho referencia.

4.º *Inciso D. Antecedentes personales de interés para la defensa nacional.*—En los debates de los cuerpos legislativos no surge cuáles son esos antecedentes que deben constar en la matrícula del individuo, los que pueden variar de acuerdo a las necesidades. Algunos antecedentes pueden, sin embargo, presentar dudas.

Al discutirse el artículo 9.º de la Ley, el diputado Valdez pidió que en la libreta nacional de identidad que expide el Registro se hiciera constar el idioma que posee el interesado, agregado que no fué aceptado por los miembros de la Comisión. Esta denegatoria no importa que en la matrícula de inscripción no deba constar tal circunstancia y deba preguntarse al interesado que haga conocer este antecedente, pues sirve para demostrar el índice de cultura del pueblo, como así también puede ser útil para el desempeño de funciones que se relacionan con la defensa nacional.

La guerra europea de 1914 y la última conflagración internacional han demostrado la importancia que tienen los plasmas sanguíneos; por ello creemos que el dato del grupo sanguíneo a que el individuo pertenece debe figurar también entre los antecedentes, de acuerdo a las nuevas orientaciones que existen sobre la materia.

El Congreso Internacional de Estadísticas considera que entre los antecedentes de las personas deben colocarse también las enfermedades de que padece. En nuestra opinión, este hecho debe constar también en la inscripción; lógicamente debe mantenerse reserva en este punto.

5.º *Inciso E.*—En la actualidad, en la Argentina, como ya hemos dicho, de acuerdo a la Ley Nacional de Reincidentes, los jueces tienen la obligación de comunicar al registro las penalidades aplicadas. El inciso que analizamos va más allá, pues incluye también las contravenciones policiales. En este aspecto la reglamentación debe acondicionarse a la ley, estableciendo solamente aquellas que tienen una particular importancia.

6.º *Inciso F.*—Lo dispuesto en este Inciso es lógico, dado la mutabilidad a que estamos sujetos, y por consiguiente, conforme con los datos que deben registrarse.

VIII. PUBLICIDAD DE LAS CONSTANCIAS.

El artículo 19 dispone: "Las constancias del Registro cuya divulgación o empleo no pueda afectar a intereses legítimos, se consideran públicas y podrán ser facilitadas a solicitud escrita de parte del interesado. De lo contrario, se las reputará reservadas y sólo se comunicarán a requerimiento de autoridad judicial o administrativa competente." El artículo agrega que las constancias que puedan afectar la seguridad del Estado serán consideradas secretas y sólo se proporcionarán a las autoridades militares. En cuanto a los particulares no pueden solicitar más informaciones que las que le sean personales.

El miembro informante de la Cámara de Diputados aclaró el artículo en la siguiente forma: "El artículo prevé dos supuestos. Cuando las constancias no afectan interés legítimo, cuando son públicas, las puede pedir cualquier parte interesada. En cambio, cuando son reservadas, ya no puede presentarse cualquiera a pedir los datos. Sólo podrá hacerlo por intermedio de autoridad judicial o administrativa cuando corresponda a los servicios públicos." En el debate se aclaró más el artículo en el sentido de qué parte interesada es la que debe justificar un interés legítimo.

La ley argentina ha seguido en materia de publicidad en el registro de las personas, un criterio restrictivo, pues solamente a los que justifican un interés legítimo puede dárseles certificaciones de carácter público. Este criterio que puede explicarse en los actos notariales no está de acuerdo con la finalidad del registro de personas y con el interés de terceros, pues la seguridad de las convenciones exige que una persona que contrata con otra pueda informarse con exactitud de su estado y capacidad, como lo necesita.

Es sin duda acertado que las constancias de carácter reservado sólo se den a conocer por pedido de autoridad, y es también lógica la posición de la ley argentina en cuanto algunos datos como los de filiación que sólo pueden ser pedidos por las personas interesadas, pero lo que no nos parece justificado es que otras clases de constancias públicas que no pueden afectar el interés de los matriculados no se expidan sin que se justifique previamente la calidad del interesado. Así, por ejemplo, un pedido que pueda hacer cualquier persona al Registro, para que éste le informe qué domicilio, residencia o estado civil tiene

otra persona, debería otorgarse sin que se justifique la calidad del interesado, pues de no ser así se crearían inconvenientes prácticos, en muchos casos insalvables, y se desvirtuaría una de las finalidades primordiales que ha hecho necesaria la creación del Registro.

La publicidad de la clase de registro que analizamos, es reconocida por la mayoría de los tratadistas y está consagrada en las legislaciones.

La Ley francesa del 30 de noviembre de 1906 hace la distinción en cuanto a los nacimientos. Las copias sólo pueden ser pedidas por las personas a quienes la ley autoriza, en tanto que los extractos pueden ser solicitados por cualesquier persona sin necesidad de justificar un interés legítimo. Es decir, el legislador vela hasta donde es posible por evitar hacer conocer una filiación natural. La Ley de 11 de julio de 1929 estableció iguales principios para el matrimonio.

Creemos que constancia de esta clase de registro deben tener una mayor publicidad, otorgándose a quien solicita los datos que se recaben, siempre que los mismos no sean lesivos a los intereses del Estado o a las personas inscritas.

IX. DOCUMENTOS QUE EXPEDIRÁ EL REGISTRO.

Los documentos de identidad que se expiden en la República Argentina y que van a ser sustituidos por los que más adelante puntualizamos, en virtud de lo expuesto por el artículo 8.º de la Ley que estudiamos, son los siguientes: Cédula de Identidad, que se otorga tanto a varones como a mujeres, ya sean argentinos o extranjeros, por las autoridades policiales de cada Estado argentino; Libreta de Enrolamiento, que se expide a los varones mayores de dieciocho años, de acuerdo a la Ley Nacional número 11.386; Libreta Cívica, que se expide a las mujeres mayores de dieciocho años, de acuerdo a la Ley número 13.010; Carta de Ciudadanía, que se expide a los extranjeros que se naturalizan argentinos; Pasaporte, que se expide por autoridades provinciales, pero que deben ser legalizados en cada caso por el Ministerio del Interior y la Secretaría de Relaciones Exteriores.

De acuerdo al artículo 8.º de la Ley de Registro Nacional, el mismo debe expedir los siguientes documentos: a) Libreta Nacional de Identidad; b) Certificado Nacional de Identidad; c) Certificado Con-

dicional de Identidad; d) Pasaportes; e) Cualesquiera otro que con fines específicos se establezcan.

A) *Libreta Nacional de Identidad*.—El artículo 9.º de la Ley puntualiza todas las enunciaciones que debe contener este documento para la mejor identificación del sujeto, y en su última parte precisa que en ninguna deberá consignarse menciones sobre religión, ideas políticas, ni cualquier otra que pueda ser desfavorable para la personalidad moral o social del identificado.

Al discutir este artículo se planteó la cuestión de saber si esta Libreta Nacional de Identidad tendría las mismas funciones que la Libreta de Enrolamiento, o si habrían de coexistir ambos documentos, y en este último supuesto qué jerarquía tendría el uno sobre el otro. El miembro informante aclaró el sentido del artículo diciendo que por el momento ambos se mantendrían pero que el P. E. podría reglamentar la ley y establecer la derogación de la Libreta de Enrolamiento en razón de lo dispuesto por el artículo 43, que dice: "Esta ley entrará en vigor parcial y progresivamente, derogando y sustituyendo a todas las disposiciones de la Ley 11.386 y demás que se le opongan en la forma y dentro del plazo que establezca el P. E." En realidad, la Libreta de Enrolamiento existe en la actualidad, pero no podrá coexistir cuando se entregue la Libreta Nacional de Identidad, dado que el artículo 44 establece: "Los ciudadanos actualmente enrolados, al recibir la Libreta Nacional de Identidad, entregarán al Registro su Libreta de Enrolamiento, que quedará reemplazada por aquélla a todos sus efectos."

En la Libreta Nacional de Identidad, además de los datos generales, debe constar el domicilio del interesado, que es el único válido a los efectos militares y electorales que determinen las leyes respectivas (art. 10). Este artículo, en lo referente al domicilio, se complementa con el artículo 18, en el que se establece que todas las personas mayores de dieciocho años que se ausenten de su domicilio, deben dejar noticias de su paradero o deben comunicar al Registro dentro de los treinta días de producida la ausencia. De acuerdo a este artículo, se trata de ubicar a las personas en dos formas: en la sociedad y en el territorio. Las ubica en la sociedad mediante la identificación de sus elementos personales y las ubica en el territorio con la indicación del domicilio correspondiente. Cuando la persona se aleja del lugar en que reside habitualmente, debe decir dónde está, para que no se pierda

su ubicación dentro del territorio, y cuando no lo deja dicho en el lugar donde reside, debe comunicarlo al Registro (16). Este artículo sólo se aplica a los nacionales, no así a los extranjeros, y se exime también de su cumplimiento a los que por su profesión, turismo u otras razones semejantes que se establezcan en la reglamentación, deban trasladarse de un lugar a otro del territorio.

En el artículo 11 se establece la presentación obligatoria de la libreta en los casos que corresponda o convenga probar la identidad. En las escrituras públicas y en los contratos por instrumento privado, en que las leyes civiles o de comercio exijan la forma escrita, se hará constar la exhibición de la libreta mencionando su número. La autoridad que intervenga para verificar la identidad de las personas, queda autorizada para retener la libreta en los casos en que la misma no fuera legítimamente poseída o se encontrara alterada.

B) *Certificado Nacional de Identidad.*—El artículo 13 de la Ley contempla la situación de los extranjeros que en adelante ingresen al país o los de aquellos que estando ya en el mismo carezcan de documentación argentina de identidad. Estas personas están obligadas a sacar un certificado nacional de identidad, salvo los casos de funcionarios diplomáticos y consulares acreditados ante la República o en los casos de cualesquier otro funcionario cuyo país mantenga relaciones diplomáticas con la Argentina, o que existan convenios de reciprocidad. El Certificado Nacional de Identidad suple a la Libreta Nacional de Identidad y tiene una duración de noventa días, siendo renovable por una sola vez y por igual término, vencido el cual el interesado debe ya obtener la Libreta Nacional de Identidad.

El Decreto núm. 1.162 del 20 de enero de 1949 ha establecido normas reglamentando obligaciones de las personas a las que, como turistas o en cualquier otro carácter, se les acuerda permanencia temporaria en el país. Estas personas deben presentar sus documentos a la Dirección General de Migraciones, la cual expide una tarjeta de controlar en la que se expresa el carácter de dicha autorización, ya de turista, beneficiario de convenio, tránsito o permanencia temporaria. En la misma se consigna el lugar y fecha de ingreso e igualmente se fija el día del vencimiento del permiso. Este Decreto tiene una serie de disposiciones relativas a las obligaciones de los propietarios de ho-

teles, locadores, etc., disponiendo que éstos tienen la obligación de exigir la identidad a los interesados, bajo penalidades que se determinarán en los correspondientes edictos policiales. Iguales disposiciones rigen para todo empleador cuando contrate un empleado u obrero extranjero. En los últimos meses, el Decreto mencionado ha traducido algunos inconvenientes a exilados políticos que se refugiaron en la Argentina con motivo de movimientos revolucionarios producidos en su país, razón por la que el día 25 de agosto de 1949 el P. E. nacional ha dictado un nuevo Decreto eximiendo de la obligación de presentar los documentos ante las autoridades dentro del plazo de setenta y dos horas, para que se les acuerde el beneficio de asilados residentes. Los que al dictarse el Decreto ya se encontraban en la Argentina, tienen la obligación de cumplir dicho requisito dentro de los treinta días. Si se ausentan de sus domicilios deben dejar en él noticias de su paradero.

C) *Certificado Condicional de Identidad*.—Este documento se entrega a los argentinos y extranjeros cuando los elementos de identificación que presenten ante el Registro Nacional de Identificación fueren defectuosos o no concordasen en sus menciones esenciales. Se lo otorga por el tiempo indispensable para que se subsanen las deficiencias.

D) *Pasaportes*.—En el artículo 14 se establece que el interesado, para conseguir se le expida un pasaporte, necesita presentarse ante las autoridades del Registro Nacional con un certificado de antecedentes y buena conducta otorgados por la policía. Los pasaportes diplomáticos y oficiales son expedidos por el Registro, previa comunicación del Ministerio de Relaciones Exteriores.

X. RÉGIMEN PENAL.

La ley hace una distinción entre las contravenciones y los delitos, estableciendo penalidades y juzgamiento distintos.

El artículo 20 se refiere a las contravenciones y establece una multa de diez a cincuenta pesos o de arresto de tres a quince días a toda persona que infringiere la Ley, ya haciendo lo que ella prohíbe, ya omitiendo lo que ordena o impidiendo a otros el cumplimiento. La penalidad se agrava cuando el autor de la infracción fuese un funcionario

público. El juzgamiento de las contravenciones compete al Delegado Regional del Registro y es apelable ante el Juez Federal o Juez Letrado en su caso. En la pena de las contravenciones es de hacer notar que el arresto no es redimible por dinero, es decir, que el Tribunal puede imponer indistintamente una u otra.

Los delitos son reprimidos de acuerdo a su gravedad en los artículos 27 y siguientes y su juzgamiento corresponde a los jueces federales o letrados, siendo la resolución apelable ante las Cámaras Federales. En los últimos tiempos en la Argentina se han introducido extranjeros sin haber cumplido las obligaciones que las leyes establecían. Esta situación ha sido contemplada en el artículo 29, estableciéndose una prisión de seis meses a dos años al que penetrase al país sin haber cumplido las exigencias de la Ley. Al funcionario que permitiese o facilitase un hecho de esta naturaleza se le impone, además, una inhabilitación de cuatro años, y si lo hubiese hecho intencionalmente, la penalidad es de uno a tres años de prisión y una inhabilitación de dos a seis años.

JORGE ANTONI.

Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad
Nacional de Tucumán (R. A.)

Los Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario de Ramón de la Rica

Publicados por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, no hace mucho tiempo que ha visto la luz la segunda y última parte de estos Comentarios, que comprende las Modificaciones introducidas en el nuevo Reglamento Hipotecario, en relación con el anterior de 1915, puesto que los artículos de nuevo cuño ya fueron examinados en tomo anteriormente publicado.

Han sido modificados unos 217 artículos, más o menos profundamente. Las variaciones por causas diversas exceden de la cifra citada. Ello demuestra la ímproba labor que ha realizado La Rica, siempre con la probidad y esmero que le caracteriza. No sólo examina los antecedentes doctrinales, legales y jurisprudenciales metódicamente, sino que cada artículo lleva un comentario más o menos extenso, según la importancia de su contenido. Este comentario es de tal naturaleza y está tan bien ordenado y enlazado con los precedentes, que el lector no puede menos de exclamar: "Exacto. Eso mismo hubiera dicho yo." Pero como da la casualidad de que quien lo dice es el autor y no el lector, aquél es quien debe llevarse la palma y los plácemes. Acaso también la corona de laurel, supremo galardón de los poetas, pues si hay alguna persona que pueda *poetizar la doctrina hipotecaria*, esa persona es Ramón de la Rica. Tanto es el primor de la frase, la exactitud de la interpretación y la claridad de exposición.

Lo dicho no es obstáculo para una objetividad impecable. Cuando hay *méritos* suficientes no escatima el palmetazo a los redactores del Reglamento, tan imparcialmente, que no detiene su atención en la parte alícuota que le corresponde, con desprecio del dolor propio y del amor propio. Así sucede, por ejemplo, con la regla 2.^a del artículo 303 (pág. 378), a la que califica de condición imposible que debe tenerse

por no puesta. Tiene razón, pero acaso este párrafo sea el recuerdo de la discusión en torno a la naturaleza del censo enfitéutico (derecho real o dominio dividido). Si se estimase como derecho real, naturaleza que no contradice cuanto dispone el artículo 377 para facilitar la inmatriculación, claro que la regla 2.^a del artículo 303 pudiera tener explicación, pues habría que determinar si el derecho era el dominio útil o el directo y, además, describir la finca objeto de este dominio. No olvidemos que cualquiera de estos dominios, así como las participaciones indivisas de las fincas, pueden ser objeto de inmatriculación, y entonces acaso no merezca esta regla un comentario tan acerbo, porque con un criterio de amplitud bien puede interpretarse en el sentido de ser aplicable en los casos en que el derecho que se inscribe no sea el dominio pleno de la finca y haya que detallar expresamente las circunstancias de aquel derecho, con independencia de las relativas a la finca.

Tampoco me parece criticable lo dispuesto en el artículo 306, porque desde el momento en que el Estado y las Corporaciones de Derecho público tienen un trato de favor, no veo inconveniente en que se les facilite un procedimiento rápido donde se decida si la certificación es o no inscribible.

Esto no significa que la certificación tenga valor cancelatorio. En todo caso este valor le tendría la resolución judicial, y no la certificación. Además, la contradicción puede ser aparente y el Juez decidirá *con audiencia de la persona interesada*, lo que aleja todo peligro de perjuicio.

Sin embargo, en general, coincido con el duro juicio de La Rica respecto los artículos 303 a 307, y por mi parte voy a poner en mi ejemplar del Reglamento, al margen de los mismos: "Condenados al purgatorio (no me atrevo a decir que al fuego eterno, porque tienen materia aprovechable). Juez supremo: La Rica."

Por haber sido enemigo personal del artículo 301 me regocija la coincidencia con la opinión del autor de los Comentarios. Condenado, sin apelación, al fuego eterno, porque lo único aprovechable de este desdichado artículo es que reitera el criterio de la Comisión, claramente expuesto en los artículos 49 (que corresponde al 58 del Reglamento anterior) y 376, de que no debe extenderse un primer asiento que comprenda la inmatriculación del dominio y la constitución simultánea de un derecho real, sino que deben ir cada uno de estos derechos en asientos independientes. De este modo, cuando se cancele el asiento

del derecho real, queda intacto el de dominio y no expuesto a confusiones relativas al alcance de lo cancelado si la nota marginal no se practica con exquisito cuidado.

La solución adoptada en vista de la redacción, no muy afortunada, de los artículos 105, 106, 433 y 434 (pág. 443) es exacta. El primer párrafo del artículo 434 abona y ratifica esta interpretación. En efecto, el 105 y el 434, párrafo 1.º, se corresponden perfectamente, así como el 106 y el 433. Si el interesado no lo exige, en caso de suspensión o denegación, se devuelve el documento sin más nota que la expresiva del asiento de presentación. Si el interesado lo quiere así, para recurrir o por cualquier otra causa, se extiende la nota. Conviene, no obstante, concordar mejor estos artículos en una futura reforma reglamentaria.

Ante la imposibilidad de resumir o de poner de relieve las acertadas interpretaciones y explicaciones del articulado reglamentario, expuestas con precisión por el autor, espigaremos al azar y señalaremos unos cuantos puntos, para meditación de los lectores.

La Rica, suavemente, con la mayor corrección y en muy pocas palabras, nos da un ejemplo de crítica jurídica (pág. 46). Al referirse al concepto de título, como de pasada, acaso inocentemente, pone de relieve una falta gravísima del legislador: poca precisión en las palabras y en los términos del vocabulario registral, que originan diversas interpretaciones, que a su vez conducen a confusiones lamentables. No hay que recordar más palabras que *tercero* o *inscripción* y conoceremos el laberinto en que han colocado a la doctrina, a la jurisprudencia y a los juristas. Convengamos en la dificultad del empleo de determinada palabra, siempre con la misma acepción o en el mismo sentido gramatical, pero ello no es obstáculo para eliminarla y sustituirla por otra más ajustada al concepto contenido en el texto legal correspondiente, cuando de la aplicación de aquélla puede desvirtuarse el verdadero sentido en que ha sido empleada anteriormente. Así sucede con el tercero de los artículos 32, 37 y 207 o con el tercero de los artículos 31, 34 y 36, donde el empleo de la palabra *tercero* designa a distintas personas o situaciones de una persona. Unas veces, el tercero puede ser primero (art. 32), otras segundo (art. 34), otras no existe y nada tienen que hacer en el ámbito registral o es tercero civil simplemente (artículo 207).

Glosando (pág. 105), por medio de una nota, el artículo 23 de la

Ley de Minas, y su estupenda declaración de que el título de concesión de las minas puede ser inscrito en el Registro Mercantil, nuestro autor no dice casi nada, y, sin embargo, en el fondo del párrafo existe una crítica severísima de lo que llamaremos bondadosamente *discordancia entre el texto y la realidad jurídica*. Efectivamente, la redacción por personas extrañas a los estudios jurídicos o poco expertas en las materias registrales, en ocasiones nos presentan verdaderos dislates o nos ponen en grandes aprietos para dar forma legal a lo ordenado. No es momento de entrar en detalles de lo que disponen tales o cuales textos legales, todos emanados de Ministerio distinto del de Justicia, pero sí sería conveniente que cuando se tratase de regular materia relacionada con el Derecho registral se exigiese el informe del único Organismo competente: la Dirección General de los Registros y del Notariado, bien para discutir la procedencia u oportunidad de su contenido o simplemente para dar forma a la solución propuesta por el respectivo Departamento.

Muy acertadas observaciones destacan al tratarse en el texto del sistema de *numerus clausus* o del de *numerus apertus*, obligaciones personales sin trascendencia real (pág. 23), o del valor que deben tener las conjeturas o deducciones basadas en las indicaciones de los asientos registrales (págs. 293 y siguientes). Sin embargo, a mi juicio, ambas materias están muy enlazadas y a su vez se encadenan con otras cuestiones jurídicohipotecarias, como la buena fe en el ámbito hipotecario, la regla 6.^a del artículo 51 del Reglamento, la 2.^a del artículo 9.^o o la 1.^a del artículo 37 de la Ley, etc, y no deben tratarse sin una referencia directa o por lo menos una coordinación que sugiera la idea de que todos estos problemas están resueltos en la legislación con la vista puesta en el mismo fin. Toda clase de acciones (o condiciones) implícitas, o que no deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro, con trascendencia real (derecho real o condición suspensiva o resolutoria, o sea, condición en sentido técnico), no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en la Ley Hipotecaria. Mucho cuidado; este tercero puede ser el tercero hipotecario del artículo 34 (*protección al tráfico jurídico*), o el tercero, también hipotecario, del artículo 32 (sanción del negligente que no inscribió: protección del inscribente), aun cuando sea distinto tercero, amparados, respectivamente, por la legitimación registral y la *fides pública*, o sólo por la legitimación regis-

tral. Sencillamente, se ha inutilizado el artículo 1.124 del Código civil, de conformidad con lo que taxativamente prescribe este mismo artículo en su párrafo final: conforme "*a las disposiciones de la Ley Hipotecaria*". Hay un campo civil y un campo hipotecario acotado, con límites conocidos y vallas imposibles de saltar. En este último campo todo es público, está a la vista y no oculto por repliegues del terreno. No hay más que lo que se ve. Incluso la lluvia que puede caer en ese campo (los retractos u otras excepciones impuestas por la Ley) no es fenómeno desconocido, porque se ve la atmósfera, el cielo azul, donde pueden formarse las nubes (publicidad de la Ley, unida a la publicidad registral).

No es bastante decir que existe una dificultad casi insuperable para separar lo real de lo personal. Dentro de esta dificultad, en la exposición de motivos de la última reforma de la Ley Hipotecaria, y en el texto de la Ley vigente, existe una pauta legal fácil de deducir: *lo implícito no produce efectos en el Derecho inmobiliario registral*, pues para producirlos se necesita una declaración o una condición, en sentido técnico, explícita, clara y terminante, o bien un derecho real inscrito.

Las obligaciones personales no tienen acceso a los libros, y si por inadvertencia lo hubiesen tenido, deben cancelarse por inoperantes. Del contenido de los asientos no es posible obtener deducciones que puedan perjudicar al titular registral: le perjudica cuanto *explícitamente* conste en el Registro, pero nada más.

Volvamos la hoja para otra indicación, pues en todos estos problemas es posible extenderse y no acabaríamos nunca. Aunque La Rica no ha querido entrar en el problema, roza otra interesante cuestión. La posibilidad de la *desinmatriculación* de fincas (págs. 19 y 99). El tema es de gran interés y sin desbrozar en nuestro Derecho, al menos que yo conozca. Algún apunte tengo y es probable publique unas meras observaciones para provocación de los competentes y estudiosos hipotecaristas patrios. Con el anterior Reglamento (arts. 64 y 165) podría sostenerse la posibilidad de la desinmatriculación de fincas, cuando las fincas se evaporaban (art. 64) de modo inexplicable, pues sin quedar desinmatriculadas, no existían, hipotecariamente hablando, y también cuando por renuncia se cancelaba una inscripción (art. 165). Hoy, creo que en la legislación hipotecaria existen indicios más que suficientes para opinar lo contrario, aun cuando se conserve, naturalmente, la posibilidad de la cancelación de las inscripciones de inmatriculación y sean

hipótesis normales la desaparición física de la finca y la no reinscripción, cuando hubiere sido destruido un Registro. Esta cuestión se enlaza con otra: la relativa a la renuncia del derecho inscrito o del asiento correspondiente, respecto de la cual personalmente me inclino a rechazar su admisión cuando se trata del dominio. No así en los derechos reales, donde es más concebible y más propia, por razón de su misma naturaleza.

Inútil tarea pretender un reflejo de la magistral obra de La Rica en un reducido comentario. Como muestras, bastan las señaladas y añadir que en cada página, y a veces en cada párrafo, el problema surge y la referencia es certera.

El método de exposición coincide con el empleado en la parte primera de los Comentarios. Sigue fielmente el orden del Reglamento, y así se examina el articulado del Registro de la Propiedad y bienes y títulos inscribibles. Forma y efectos de la inscripción. Anotaciones preventivas, Cancelaciones, Hipotecas, Concordancia entre el Registro y la realidad jurídica, Modo de llevar los Registros, y Dirección General de los Registros y del Notariado y Estatuto orgánico de los Registradores. Cierra el libro una parte adicional, con las supresiones más destacadas de textos del Reglamento anterior, y tablas de orígenes, concordancias y referencias, y como Addenda, una breve explicación del nuevo Estatuto de Recaudación de 29 de diciembre de 1948 y un comentario a la Resolución de 15 de diciembre de 1947 relativa a deslindes y amojonamientos.

En suma, la labor realizada por La Rica no es sólo orientadora para los profesionales, sino que tiene algo mejor: una formidable divulgación de las doctrinas hipotecarias, que coloca al alcance de los más profanos lo que hasta hace muy poco se consideraba por algunos como selva enmarañada de imposible penetración.

PEDRO CABELLO

Registrador de la Propiedad.

Aplicación de la técnica hipotecaria a la sentencia que estima la acción pauliana

Para llegar a firme conclusión en el tema que encabeza este trabajo hácese necesario definir los efectos y la finalidad esencial de la acción pauliana, puestos de relieve en la Resolución de 27 de diciembre de 1945.

En cuanto a los efectos, dicha Resolución distingue el supuesto de que el actor sea un comisario, síndico o ejecutor de una colectividad de acreedores, o sea, el acreedor individual. Al tenor de dicha jurisprudencia, el provecho resultante de la ineficacia del acto fraudulento ha de extenderse, en el primer supuesto, a todos los créditos reconocidos; en el segundo, no acontece lo mismo, a consecuencia de la relatividad de la cosa juzgada, que no consiente que los pronunciamientos redunden en pro ni en contra de los que no han sido parte en la litis. Expliquemos esta segunda parte.

Puede ocurrir que exista fraude en perjuicio del acreedor que promueve el pleito y que la enajenación impugnada por aquél no sea fraudulenta con relación a otro acreedor, y viceversa. En la primera hipótesis, la sentencia rescisoria no puede aprovechar al acreedor no litigante; en el segundo, la sentencia que desestima la demanda de rescisión no impide que el acreedor no litigante ejercite, por cuenta propia, la acción de rescisión.

La expresada Resolución define como finalidad esencial de la acción pauliana, la de colocar los bienes objeto de la enajenación fraudulenta en situación de que puedan ser perseguidos y ejecutados por el acreedor como masa de embargo, aplicando su valor a la satisfacción del crédito, y en su virtud, una vez a salvo el interés del acreedor, subsiste en lo posible el contrato celebrado entre el deudor y el tercero, sin que en ningún caso el triunfo de la acción pueda convertirse en fuente de de-

recho para el deudor, ni servirle de fundamento para invocar en provecho propio la ineficacia del acto frente al tercero con quien había contratado. También esta doctrina necesita explicación.

El provecho de la ineficacia para el deudor puede consistir en que pague la deuda y se considere dueño de la finca, o que deje seguir adelante la ejecución y perciba el sobrante de la subasta.

Basándose en las dos anteriores consideraciones, la Resolución declara que la sentencia rescisoria tiene que declarar la ineficacia de la enajenación en lo que sea necesario para dejar a salvo los derechos del acreedor y que la ejecución registral del fallo se ha de llevar a efecto mediante una inscripción modificatoria de la titularidad de disposición. Dando de lado a las dificultades que se han de presentar al Registrador para extender tal inscripción, veamos sus efectos en la realidad.

La deuda resulta de un título sin fuerza ejecutiva, el acreedor promueve el juicio correspondiente y la sentencia condena al deudor, con especial imposición de costas, al pago de la cantidad debida; el fallo es lo bastante, a tenor del artículo 1.297 del Código civil, para que el acreedor pueda interponer la demanda de rescisión; el buen sentido le aconseja la urgente interposición de la demanda y su anotación preventiva. En esta hipótesis en los autos de rescisión constará que el deudor fué condenado al pago de X pesetas con imposición de costas. Llegado el momento de extender la inscripción modificatoria, el asiento correspondiente tiene que advertir al tercero la extensión del mismo. La extensión está concretamente determinada en cuanto a la deuda; pero falta esta característica en cuanto a las costas; el Registrador tiene que, cuando menos, suspender la inscripción en cuanto a éstas, dejando indefenso al acreedor.

En el caso de autos no se anotó la demanda, y al comentar Cánovas dicha resolución en el número 263 de REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO opina que con la simple anotación de la demanda es como mejor y con toda limpidez hubiera funcionado la acción pauliana. Disentimos de tal criterio.

Dicho autor ha confundido los efectos de dicha acción, asegurados con la anotación de demanda, con su finalidad esencial, asegurada con la anotación del embargo. Hay que tener en cuenta que la acción pauliana representa una vocación indirecta que opera sobre los asientos posteriores a la anotación de demanda, a modo de condición resolutoria expresa y que la anotación de embargo representa una vocación

de estimación económica que permite al acreedor hacerse pago de la deuda con el producto de la venta del inmueble.

Entendemos que la sentencia debe de declarar en términos absolutos la rescisión de la enajenación y que su ejecución registral es la cancelación, también en términos absolutos, de la inscripción del título rescindido.

En efecto, la dirección del caso por experto Letrado aconsejará al acreedor la anotación de la demanda, y una vez estimada ésta, la presentación, al mismo tiempo, en el Registro de documentos suficientes para provocar la cancelación de dicha anotación, la de la inscripción del título rescindido y la extensión de la anotación del embargo. Una vez extendida esta anotación el acreedor está asegurado. Resta ahora asegurar al tercero. Dados los razonamientos desenvueltos por la citada Resolución, nada impide, una vez anotado el embargo, la reinscripción del título rescindido; ya tenemos asegurado al adquirente por dicho título frente a otros acreedores y a la pretensión del deudor de llamarse a la finca. Nos queda por asegurarle frente a la entrega del remanente de la subasta al deudor; esta garantía se logra personándose el adquirente, en los autos de ejecución, como tercer poseedor de bienes anotados.

ALFREDO REZA,

Registrador de la Propiedad.

OBRA NUEVA

LEGISLACION DEL IMPUESTO DE DERECHOS REALES Y SOBRE TRANSMISION DE BIENES

COMENTADA Y CONCORDADA (2.^a edición)

POR

JOSE MARIA RODRIGUEZ VILLAMIL

Se ha puesto a la venta la segunda edición, y comprende en un tomo de 720 páginas la nueva Ley y el nuevo Reglamento, con los correspondientes comentarios y la jurisprudencia al día.

Precio en rústica, 120 pesetas, en pasta española, 150, y en la corriente, 135.

Pedidos al autor, Alcalá, 157.—Madrid.

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

ES APLICABLE EL ARTÍCULO 98 DE LA LEY HIPOTECARIA Y, EN CONSECUENCIA, PROCEDE CANCELAR EN EL REGISTRO LA ESTIPULACIÓN "DE QUE EL EDIFICIO O EDIFICIOS QUE SE CONSTRUYAN EN LA FINCA VENDIDA HABRÁN DE SER DESTINADOS A SEMINARIO DIOCESANO O A UNA INSTITUCIÓN DOCENTE DE CARÁCTER DIOCESANO", POR NO REPUTARSE CONDICIÓN RESOLUTORIA "ERGA OMNES" NI ESTIMARSE CONSTITUTIVA DE UN DERECHO REAL.

Resolución de 7 de julio de 1949, "B. O." de 20 de septiembre.

El ilustrísimo y reverendísimo señor Obispo de Oviedo solicitó del Registrador de la Propiedad de la misma capital la cancelación de una cláusula que consta en determinada inscripción de aquel Registro, cuya cláusula textualmente dice así:

"Es condición de este contrato que el edificio o edificios que se construyan en la finca vendida habrán de ser destinados a Seminario Diocesano o a una Institución docente de carácter diocesano; a no ser que algún caso de expropiación forzosa dejase alguna parte de la finca inservible para la obra de conjunto". La petición de cancelación se basó en que la cláusula transcrita no encierra una verdadera condición resolutoria, ni se pacta expresamente como tal, ni por ella se constituye un derecho real, porque su verdadero concepto es el de una obligación personal que no debió entrar en el Registro y que sólo una interpretación extensiva del artículo 29 de la antigua Ley Hipotecaria pudo tener acceso a los libros registrales; y promulgado el vigente texto refundido de la Ley, estima que la mención se halla comprendida en su artículo 98 y en la disposición primera de las transitorias, y por ello solicita su cancelación.

El Registrador extendió en la solicitud una nota del tenor siguiente: "No admitida la cancelación de la cláusula condicional de la venta que se solicita en la precedente instancia suscrita por Su Ilustrísima Obispo de Oviedo, Doctor Benjamín de Arriba Castro, acompañada de una certificación de este Registro en la que se describe la finca objeto de dicha venta, porque si bien no tiene el carácter la cláusula de derecho real, ni el de condición resolutoria del contrato de compraventa de que se trata, no puede considerarse dicha cláusula como mención o derecho personal que pueda ser verificada su caducidad o extinción a instancia de parte interesada, como dispone el artículo 98 y la primera de las disposiciones transitorias de la vigente Ley Hipotecaria, puesto que es una estipulación del contrato, cuya finiquitación sólo puede ser acordada por ambas partes contratantes y, en su defecto, por decisión judicial".

Interpuesto recurso, la Dirección ratifica el auto presidencial, revocatorio de la nota del Registrador, mediante la ajustada doctrina siguiente:

Que la actual legislación hipotecaria, de acuerdo con lo sustentado por la doctrina, no sólo prohíbe el acceso a los folios registrados de derechos sin trascendencia real, sino que concede retroactividad a las normas encaminadas a eliminar los derechos de esta clase que figuran en los asientos; y, con tal finalidad, el artículo 98 de la Ley Hipotecaria ordena que "los derechos personales no asegurados especialmente... no tendrán la consideración de gravámenes a los efectos de esta Ley y serán cancelados por el Registrador a instancia de parte interesada" norma que recoge y sintetiza lo consignado en la Exposición de Motivos de la Ley de Reforma Hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 y que armoniza con reiteradas decisiones de este Centro directivo, según las cuales el hecho de que conste en el Registro un derecho personal no transforma su naturaleza jurídica ni le convierte en *ius in re*;

Que en la práctica se ofrecen graves dificultades a Notarios y Registradores para determinar si las relaciones jurídicas configuradas por los particulares en los documentos inscribibles tienen carácter real u obligacional, porque los requisitos señalados por la doctrina como típicos de los derechos reales en ocasiones no se presentan en la realidad con toda su pureza e integridad y tampoco faltan casos en que es forzoso reconocer la existencia de figuras intermedias de dudosa

naturaleza real que revisten los caracteres de los derechos de crédito, dudas que se aumentan porque nuestro Código civil ni enumera taxativamente qué derechos son reales ni puede deducirse de su articulado firme orientación en tal sentido y porque el vigente sistema hipotecario/es de *numerus apertus*;

Que, además de lo preceptuado concretamente en la Ley Hipotecaria respecto a certificaciones y menciones, el citado artículo 98 confía al prudente arbitrio y competencia del Registrador (Resolución de esta Dirección General de 27 de marzo de 1947), dentro del ámbito en que se desenvuelve la calificación, según el artículo 100 del Reglamento, la importante y complicada misión de excluir de las inscripciones, a petición de parte, las declaraciones de voluntad que, previo examen de las particularidades de cada caso, resulten sin verdadera naturaleza real;

Que en la cláusula cuya cancelación se pretende, transcrita en el primer resultando y copiada en la inscripción con arreglo a lo prevenido en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria anterior y 61 de su Reglamento, se observa: a) Que se pretendió adscribir con la salvedad de la expropiación forzosa a un destino relacionado con la enseñanza católica "el edificio o edificios que se construyan en una finca rústica vendida a la Iglesia de la diócesis de Oviedo"; b) Que no se fijó término para cumplir la denominada condición, por la cual podría mantenerse indefinidamente; no obstante los preceptos legales sobre prohibiciones perpetuas de enajenar o cuya duración exceda de ciertos plazos con perjuicio del tráfico jurídico; c) Que no se aseguró su cumplimiento con garantía real; d) Que no se le asignó el carácter de condición resolutoria explícita con posible repercusión frente a todos; y e) Que ni siquiera hubo pacto reversional o designación de beneficiarios del suelo en el supuesto de su voluntario o involuntario incumplimiento.

Que, si se reconoce el derecho exclusivo de la Iglesia a formar a quienes hayan de consagrarse a los ministerios eclesiásticos, compete al prelado ovetense, según lo dispuesto en el canon 335 del "Codex juris Canonici" el derecho y deber de gobernar la diócesis en las cosas espirituales y temporales, con potestad legislativa, judicial y coactiva, escoger lugar conveniente para erigir el Seminario o Colegio que deberá tener toda diócesis, de acuerdo con sus posibilidades y amplitud, y determinar cuanto estime necesario y oportuno para la recta adminis-

tración y gobierno de dicho Seminario, de conformidad con lo prevenido en los cánones 1.354 y 1.357 del mismo "Codex";

Que de las expresadas normas y de los términos en que está redactada la inscripción de la escritura de venta del inmueble de referencia se infiere que la Iglesia, en cuyo favor en un cierto sentido habría de redundar el cumplimiento de la "denominada" condición, podría reducir, moderar o conmutar la finalidad señalada a la finca, teniendo en cuenta el transcurso del tiempo y alteración de circunstancias, las ventajas o inconvenientes derivados de la situación, productos, valor y recursos económicos suficientes para atender las necesidades docentes, siempre que hubiera causa justa y necesaria; y toda vez que en el caso del recurso no hay persona alguna directamente favorecida por la restricción impuesta y especialmente porque en la esfera hipotecaria no debe obstar a tercero un acuerdo obligacional y de efectos puramente civiles entre las partes contratantes, se estima aplicable el repetido artículo 98 al problema planteado y, en su consecuencia, procede cancelar en el Registro una estipulación que no se reputa condición resolutoria *erga omnes* ni se estima constitutiva de un derecho real.

* * *

No se concibe cómo nuestro Derecho, tan escrupuloso en la calificación e ingreso de los derechos inscribibles, permite que puedan adquirir naturaleza de verdaderos rangos hipotecarios derechos inciertos, de eficacia dudosa y, muchas veces, de no fácil identificación.

Estas certeras palabras que la Exposición de Motivos de la Ley de 30 de diciembre de 1944 (reforma de la Hipotecaria), estampa al hacer referencia a las Menciones, cobran mayor realce cuando salen a nuestro paso figuras equívocas, derechos dudosos, condiciones impropias, cual la que ha motivado el recurso que nos ocupa.

Prosiguiendo con firmeza el camino que a partir de la reforma de la Ley se trazara—Resoluciones de 17 de octubre de 1945 y 27 de marzo de 1947—, tiende de una manera enérgica nuestro Ilustrado Centro Directivo a dejar horras de toda duda las inscripciones que se practiquen y las practicadas. Escueta, sobriamente, sólo habrán de reflejar los asientos las particularidades referentes al derecho que se declare, reconozca, modifique o transmita. Todo lo demás es ocioso, ajeno a la función registral. Con ello sufre un rudo golpe el ar-

título 1.124 del Código civil, de tan decisiva influencia otrora por su contenido y su alusión a la Ley Hipotecaria.

Es la doctrina sana y consecuente. Elimina toda influencia civilística y el peligro de explicar por ésta normas hipotecarias (según alusión exacta del admirado Ramón de la Rica en su conferencia sobre el "Valor efectivo de la inscripción"), e interpreta el pesamiento del legislador de la reforma.

Decía la circunstancia segunda de la Ley de 1909 que toda inscripción expresaría la naturaleza, extensión, *condiciones y cargos de cualquier especie del derecho que se inscriba...*

La amplitud de redacción de esta circunstancia y la obligación de copiar literalmente las condiciones contenidas en el título que imponía al Registrador en el número 9 del artículo 61 del Reglamento fueron la causa de llenar los Registros de aquellas figuras equívocas, derechos dudosos, condiciones impropias a que en un principio hicimos alusión.

Es cierto que se dejó intacta tal circunstancia en la reforma, pero acaso fué ello por su misma profundidad, que se revelaba en el nuevo artículo 11, de tanta repercusión y trascendencia, como en la misma Exposición de Motivos, de la que antes hemos dejado transcritas las frases apropiadas.

Fué al refundir la antigua y nueva Ley, en 8 de febrero de 1946, cuando se retoca esa circunstancia de manera sustancial. Reza ahora así: En la inscripción se hará constar "la naturaleza, extensión y condiciones, *suspensivas o resolutorias, si las hubiere*, del derecho que se inscriba...

Ningún comentario más atinado y elocuente de tal reforma que lo escrito por el—siempre maestro, cada día más seguro y centrado—, insigne Núñez Lagos en su Memoria sobre el Registro de la Propiedad Español al primer Congreso Internacional del Notariado Latino.

Dice así al hablar de los hechos en condición (página 231 de esta Revista correspondiente a abril del año en curso): "Hay otra clase de hechos no inscritos que pueden tener importancia en los efectos inmutantes de la inscripción. Son los *eventos* de las condiciones.

La primitiva Ley de 1861 mencionaba entre las circunstancias que habría de tener la inscripción las "condiciones" del derecho que se adquiría. Se abarcaba así todo el contenido de un acto o contrato

cuando la palabra condición tenía sentido de pacto o estipulación. Naturalmente, la resolución o rescisión (art. 1.124 del Código civil) por incumplimiento de condiciones u obligaciones bilaterales alcanzaba al tercero y singularmente el impago del precio aplazado. Muchas inscripciones expresaban la "forma y plazos en que se hubiere convenido el pago" (art. 11).

Ni que decir tiene que si entraban en el Registro las "condiciones" en sentido amplio, con más razón tenían acceso las condiciones en sentido técnico: la condición suspensiva y la resolutoria. Con arreglo a este régimen en el Registro había incrustados dos medios de influir en su eficacia por *hechos* ajenos al Registro: el incumplimiento de condiciones impropias y tácitas, y el incumplimiento o el cumplimiento de condiciones propias y expresas.

El texto refundido de 1946 suprime totalmente la repercusión registral de las condiciones tácitas. El artículo 9.º de la Ley sólo se refiere al ingreso en el Registro de las condiciones técnicas: suspensivas o resolutorias, y el 23 al modo de hacer constar su cumplimiento o incumplimiento. El mecanismo es bien sencillo: al tercero no le perjudican más condiciones suspensivas, resolutorias, revocatorias o rescisorias que aquellas que consten de modo expreso en el Registro... Los *hechos* de cumplimiento o incumplimiento que no se refieran a condiciones en sentido técnico estricto no afectan a tercero, ni siquiera tratándose del pago o impago del precio aplazado (art. 11)."

El artículo 51 del actual Reglamento determina en su regla sexta cómo se ha de dar a conocer la extensión del derecho, evitando queden transcritas toda suerte de estipulaciones o pactos que carezcan de trascendencia real.

GINÉS CÁNOVAS COUTIÑO.

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1948.—*Auxilio judicial.*

Es doctrina jurisprudencial muy reiterada que cuando la causa de que la prueba no hubiera podido verificarse es imputable a la parte que recurre, que no puso la debida diligencia en el cumplimiento de los despachos o exhortos librados al fin consabido por el Tribunal que lo acordó, no procede el recurso por quebrantamiento de forma, pues que el órgano jurisdiccional cumplió la obligación que la ley impone de prestarle el auxilio necesario para la práctica de la prueba, siendo la parte, en este caso, la que, debiendo cuidar de la efectividad de su propia defensa, anduvo remisa en su gestión, ya que la moderada distancia y la facilidad de comunicaciones de Barcelona y Valls, capitalidad del Juzgado en que habían de verificarse las diligencias probatorias, arguyen contra cualquier disculpa aceptable que pretenda justificar la demora con que procedió en el porte de la carta-orden que le fué encomendado.

SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1948.—*Naturaleza de los negocios jurídicos.*

La naturaleza de los negocios jurídicos se determina por los derechos y obligaciones que son su contenido, en relación con los preceptos legales que han de regirlos.

SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1948.—*Caducidad en segunda instancia.*

A) La caducidad de la instancia, establecida y regulada por el artículo 411 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil, proviene de una presunción de abandono por los litigantes que, pudiendo hacerlo, dejan de instar, dentro de los términos que aquel precepto procesal señala, el curso paralizado de los autos, por lo que sólo cuando esto haya sido producido por fuerza mayor o cualquier otra causa independiente de la voluntad de los interesados ha de ceder ante ella la presunción que antes se dice.

B) No es posible desconocer que al suspenderse la vista de un pleito o recurso, sin que a ello se siga o practique actuación alguna, el procedimiento queda paralizado, y es a él de aplicación lo prevenido en el artículo 411 de la Ley procesal, que no consiente su suspensión indefinida y sanciona el abandono de los litigantes con las procedencias de una declaración de caducidad, y que si las vistas suspendidas han de volverse a señalar de oficio,

según está dispuesto en el artículo 324 de la citada Ley, este acto, que incumbe a los Jueces y Tribunales, está condicionado en el mismo precepto procesal por la desaparición del motivo de la suspensión.

SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1948.—*Acción revocatoria.*

I.—Acorde con la tendencia de la doctrina científica viene reiteradamente la jurisprudencia fijando los supuestos o requisitos que son premisas fundamentales para que pueda ser ejercida con jurídica razón la llamada acción revocatoria o pauliana, y entre aquellos supuestos figura en primer lugar el que en el momento de realizar el sujeto inculpa el acto jurídico que mediante la acción aludida se pretende revocar tenga dicho interesado el carácter de deudor, con obligación vencida e inmediatamente exigible respecto del acreedor que ejercita el privilegio revocatorio, porque sin la existencia de esta condición de acreedor no hay motivo para estimar que el acto haya sido celebrado con la intención de ocasionar a éste un perjuicio («consilium Fraudis», requisito también específico de la acción pauliana).

II.—También es doctrina jurisprudencial que la acción de rescisión por su nota de excepcional y extraordinaria cabe que sea ejercitada sin límites, pues según expresamente dispone el artículo 1.294 del Código civil tiene carácter de subsidiaria, no en el sentido de que carezca de subsistencia por sí misma, sino porque se halla subordinada a la necesidad de que por otro medio no pueda quien la ejercita obtener la reparación del perjuicio que se estima producido o que se demuestre que los tales medios son ineficaces por la insolvencia en todo o en parte de quien tiene la obligación del pago, de lo cual, es oportuno inferir que, conforme a normas de lógica y de equidad, el acreedor no debe inquietar a terceros que no le sean directamente responsables mientras no pruebe cumplidamente o que el deudor carece de bienes o que los que posee no bastan a cubrir el crédito reclamado y solamente al darse uno u otro caso tiene amparo en los artículos que integran el capítulo V del título II del libro cuarto del Código civil para ejercitar la acción revocatoria respecto de los actos o contratos de su deudor que considere realizados en su daño.

SENTENCIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1948.—*Incidente de pobreza.*

Por ser indiscutible la competencia del Juzgado que conozca de un pleito para entender de sus incidencias, entre las que se halla la demanda solicitando el beneficio de pobreza, que ha de utilizarse en aquel asunto, la cuestión a examinar ahora es ante qué Juzgado debe ejercitarse la acción principal, con lo que está íntimamente relacionado la naturaleza de ésta.

Si bien es principio general que para resolver las competencias sólo ha de tomarse como base las manifestaciones hechas por las partes en la demanda y escrito en que se suscita la cuestión de competencia y documentos acompañados a éstos, la naturaleza del procedimiento propio de determinados asuntos hace que no en todos ellos pueda aplicarse con rigor esa norma,

como reconocen, entre otras, las sentencias de 31 de diciembre de 1934 y 28 de septiembre de 1944, y más concretamente tratándose de demandas de pobreza la de 21 de mayo de 1929, porque, no siendo obligatorio al entablar este incidente acompañar los documentos a que se refiere el artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento civil, pueden éstos presentarse al contestar al requerimiento de inhibición.

SENTENCIA DE 7 DE ENERO DE 1949.—*Partición de herencia.*

Tanto la doctrina legal como la científica han estimado que el artículo 1.058 del Código civil contiene una amplísima facultad para los herederos mayores de edad que por sí mismos o por contador designado por ellos efectúan la partición de los bienes que constituyen la herencia, pues tal operación, mediante el concierto de sus voluntades, tiene carácter de contrato, el cual, en virtud de lo que previene el artículo 1.255 del aludido Código sustantivo, pueden establecer válidamente quienes le otorgan cuantas cesiones o transacciones tengan por conveniente para la liquidación, valoración y distribución de los aludidos bienes hereditarios, y del cual nace obligación para todos los otorgantes, por imperio de la unánime conformidad requerida, y por lo mismo la nulidad o rescisión de lo así convenido sólo pueden acusarse por concurrir las circunstancias reguladas por los artículos 1.300 a 1.314 del Código o por la lesión de cuarta parte a que se refiere el artículo 1.074 del mismo Cuerpo legal, y como en el caso presente la conformidad prestada por el marido de la recurrente, mayor de edad, ha de considerarse eficaz por no aparecer viciada por ninguna de las causas a que aluden los artículos primeramente citados y tampoco se ha justificado la lesión económica que contempla el 1.074, es incuestionable la improcedencia del motivo alegado.

SENTENCIA DE 12 DE ENERO DE 1949.—*Compraventa mercantil.*

Es doctrina reiterada de esta Sala, según la letra y el espíritu que informan el artículo 320 del Código de Comercio entre otras sentencias las de 14 de abril de 1919 y 3 de diciembre de 1926 que perfecto un contrato de compraventa mercantil el primer derecho del comprador es examinar la cosa vendida y acudir al procedimiento que determina el artículo 2.127 de la Ley de Enjuiciamiento civil, para que los peritos, designados por los contratantes, decidan si la mercancía es o no de recibo al efecto de estimarse consumada la venta, en caso afirmativo y rescindido el contrato en caso contrario.

SENTENCIA DE 15 DE ENERO DE 1949.—*Congruencia; préstamo usurario.*

A) Si bien es indudable que para juzgar acerca de las peticiones de las partes hay que atender ante todo a los términos de la súplica de los escritos de las mismas, y que en el de demanda del presente pleito no se interesa literalmente la declaración de usurario del contrato de préstamo hipotecario

a que aquél se refiere, aun cuando se solicita se declare hubo «usura en el cómputo de intereses», no lo es menos que para concretar lo que se quiso pedir es forzoso también tener en cuenta el cuerpo del escrito, y en éste se invoca la Ley de usura y se razona sobre el carácter usurario del préstamo, y, además, que una de las normas del principio de congruencia es la de evitar que la parte sea condenada sobre pretensiones no formuladas en la demanda, y de las que no pudo defenderse, y aquí, por el contrario, la parte demandada ha aceptado la discusión en ese terreno y ha alegado cuantas razones ha podido invocar en contra del carácter usurario del préstamo, y por eso ha de estimarse interesada su nulidad, solución tanto más plausible cuanto que se trata de ejercitar la función social atribuida a los Tribunales para la represión de la usura, que en cierto modo trasciende del mero Derecho civil y que, conforme a la sentencia de esta Sala de 29 de marzo de 1932, el principio de congruencia contenido en el artículo 359 no es tan rígido y absoluto que impida al Tribunal hacer las oportunas declaraciones cuando los pactos de un contrato sean inmorales o ilícitos, lo que conduciría a que los fallos de los Tribunales por el silencio de las partes pudieran tener su apoyo y base fundamental en hechos torpes, absurdo ético-jurídico inadmisibles». Doctrina corroborada por la de 1 de junio de 1944, en la que se establece que tiene importancia secundaria los defectos de formulación y concreción de la tesis de un recurso cuando se persiguen fines trascendentales de ética social.

B) Teniendo en cuenta la doctrina establecida por esta Sala en sentencias de 24 de enero de 1929, 30 de junio de 1940 y 18 de junio de 1946, entre otras, de las que la primera de ellas reputó usurario el interés compuesto del 8 por 100, no puede menos de apreciarse tal carácter en el préstamo en cuestión, basando esta apreciación, en primer lugar, en el interés estipulado, notablemente superior al normal del dinero, porque no se trata de un 8 por 100 simple, al que reiterada jurisprudencia de esta Sala tiene reconocido como normal, sino compuesto, a lo que viene a agregarse el valor de las fincas, evidenciado por la tasación pericial, que les atribuye un producto, en 1932, de 637.000 pesetas, de las que hay que deducir un 65 por 100 para gastos, lo que hace el interés, además, desproporcionado a las circunstancias del caso; el anticipo del pago por el deudor, en uso de la facultad que le concede el contrato, se traduce para éste en el abono de un trimestre más de intereses y, sobre todo, el pago de una anualidad de éstos en caso de incumplimiento, sin que sea de estimar a este respecto la alegación de que se trata de una cláusula penal susceptible de ser moderada, puesto que, exigida ésta en el procedimiento judicial sumario conforme al contrato de préstamo, se ponía al Juez en la imposibilidad de moderarla, ni quepa tampoco distinguir entre intereses devengados por el disfrute del dinero o producidos por la demora en el cumplimiento del contrato, porque la Ley de usura no distingue entre unos y otros para determinar el carácter usurario de la prestación, sino al lucro indebido que puede obtener el prestamista.

Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 14 de diciembre de 1948.

LA RENUNCIA HECHA, POR CINCO HERMANOS HEREDEROS DE LOS DERECHOS A UNA SEXTA PARTE DE LOS TERCIOS DE MEJORA Y LIBRE DISPOSICIÓN A FAVOR DE OTRO HERMANO TAMBIÉN HEREDERO PRODUCE, ADEMÁS DEL ACTO DE HERENCIA A FAVOR DE LOS RENUNCIANTES, OTRO DE DONACIÓN DE ÉSTOS A FAVOR DEL HERMANO FAVORECIDO CON LA RENUNCIA.

Antecedentes.—La causante dispuso en su testamento de su herencia en favor de sus hijos de la siguiente manera: En el tercio de legítima los instruyó en partes iguales y en los otros dos tercios dispuso que cinco de los hijos heredasen una sexta parte cada uno en plena propiedad y que la sexta parte restante la heredase en usufructo el otro hijo llamado Agustín y la nuda propiedad los otros cinco hijos, o sea que este último heredaba el usufructo de una sexta parte de dichos dos tercios y los cinco hijos restantes heredaban, aparte de la legítima, una sexta parte cada uno en plena propiedad y además la nuda propiedad de otra sexta parte en la proporción de un quinto cada uno.

Al protocolizar y aprobar la partición, los cinco hermanos dijeron que, en aras de la armonía y de la igualdad absoluta entre ellos, renunciaban pura, simple y gratuitamente todos cuantos derechos sobre la sexta parte de los dos tercios de libre disposición y mejora les asignaba el testamento. En su consecuencia, añadían que la nuda propiedad renunciada acrecía al heredero D. Agustín, que la aceptaba, quedando así igualados en sus participaciones hereditarias los seis hermanos herederos.

A continuación hace constar el D. Agustín que declara haber desistido en la misma fecha del procedimiento judicial iniciado impugnando el testamento de la madre.

Dicha escritura fué liquidada, girando a cada uno de los cinco hermanos renunciantes una liquidación sobre la base de la sexta parte del tercio de legítima, más el valor de los otros dos tercios, una vez deducido de ello el valor del usufructo de la sexta parte que en ellos le correspondía al D. Agustín, y además se giró otra liquidación por el concepto donaciones a cargo del mismo D. Agustín sobre la base de la nuda propiedad de esa sexta parte renunciada por sus cinco hermanos. Es decir, que el liquidador estimó que éstos habían adquirido sus porciones según el testamento, y que la renuncia hecha implicaba una donación de ellos a su hermano D. Agustín.

Este señor entabló reclamación contra la liquidación, diciendo: Que la renuncia a la nuda propiedad de los aludidos dos tercios tiene como antecedente explicativo el de que el testamento relacionado revocó otro anterior en el que los seis hijos eran instituidos herederos por partes iguales, por lo que el recurrente había formulado demanda de conciliación sobre la nulidad de aquél por incapacidad de la otorgante, lo cual permite conocer el verdadero sentido de la renuncia en cuestión y sirve de apoyo a los siguientes razonamientos: Para donar es indispensable haber adquirido, y en nuestro caso los coherederos no llegaron a adquirir la nuda propiedad, porque la renunciaron o repudiaron; de donde se deduce que no existe acto liquidable, puesto que, conforme al apartado 16) del artículo 31, la renuncia de la herencia simple y gratuitamente en favor de los herederos a quienes deba acrecer la porción renunciada no constituye acto sujeto al impuesto; que el caso debió liquidarse como cesión en cuanto al exceso adjudicado en más, en relación con su haber hereditario, como previene el artículo 31, apartado 8), en relación con los artículos 9.º y 24 del Reglamento o, en otro caso, como transacción litigiosa, y, en último término, de no estimar esto, simplemente por el concepto herencia de ascendiente a descendiente por la porción renunciada.

Esta argumentación es rechazada por el Tribunal Provincial por entender que existió verdadera donación y no se da el derecho de acrecer; que la renuncia con la indicación de la persona beneficiada supone aceptación previa, según el artículo 1.000 del Código civil; que la conciliación no es suficiente para determinar verdadera transacción a los efectos fiscales, y además el título de adquisición, aun existiendo la transacción, sería el de donación y el tipo aplicable a la liqui-

dación el de herencia, y por último, que el concepto deducido de cesión tampoco era de aplicar porque el concepto se originaba por una donación y no por un mero exceso en la adjudicación hereditaria.

En el escrito de apelación ante el Tribunal Central se reforzó la argumentación diciendo que el hecho de afectar la renuncia de los cinco hermanos en favor de otro de ellos, a una parte del tercio de libre disposición, implica que esa parte pasa a ese último por derecho de acrecer, y correspondiendo la otra parte de la renuncia al tercio de mejora, integrante de la legítima, ello supone que el hermano favorecido adquiere por su propio derecho y no por el de acrecer, lo cual estaba reflejado en la escritura particional al decir que la renuncia obligaba a adjudicar la porción renunciada al otro coheredero, cosa bien distinta todo ello de la renuncia hecha expresamente a favor de uno o más de los herederos.

El Tribunal Central, por lo que respecta a la renuncia de la parte del tercio de mejora, dice que no está permitida por el artículo 833 del Código civil, puesto que autoriza que el descendiente legítimo mejorado pueda renunciar la herencia y admitir la mejora, pero no al contrario, interpretación—añade—que se refuerza con lo que el mismo Código, en el artículo 890, prevé al facultar al heredero y también legatario para renunciar la herencia y aceptar el legado, o a la inversa, todo ello aparte de que la renuncia de que se trata no es verdaderamente extintiva, o sea por cada heredero en favor de los demás, sino por cada uno en favor de uno determinado a fin de conseguir que todos los hermanos quedaran igualados, lo que claramente implica que el caso está fuera de lo previsto en el apartado 17) del artículo 31, porque éste, para que tal renuncia sea acto no sujeto, exige que se haga simple y gratuitamente a favor de todos los coherederos.

Por otra parte—sigue diciendo el Tribunal—, en el caso que se discute hay que entender aceptada la herencia, incluso en la porción renunciada, puesto que conforme al número 2.º del artículo 1.100 del Código civil, tal efecto se da cuando el heredero renuncia la herencia, aunque sea gratuitamente, a beneficio de uno o más de sus coherederos, a cuya conclusión conduce también el apartado 3.º del mismo artículo al condicionar la presunción de no aceptación a que la renuncia sea gratuita a favor de todos los herederos, indistintamente, y con derecho de acrecer en cuanto a la porción renunciada.

El argumento lo refuerza, en cuanto a la porción de mejora renunciada, con la consideración de que, según el artículo 985 del Código civil, entre los coherederos forzosos el derecho de acrecer sólo tiene lugar cuando la parte de libre disposición se deja a dos o más de ellos, o a alguno de ellos y a un extraño, y si la parte repudiada fuere la legítima, sucederán en ella los coherederos no por el derecho de acrecer, sino por derecho propio.

Por lo que a la existencia de una transacción litigiosa respecta, el Tribunal la niega, fundado en que, fiscalmente, esa figura, a tenor del artículo 23, último párrafo, del Reglamento, no nace de un acto de conciliación como cree el recurrente, sino que requiere que se realice después de entablada la demanda correspondiente.

Y, por último, tampoco es de aplicar el concepto de adjudicación tácita para pago de deudas, porque ese concepto nace cuando el exceso de adjudicación carece de título o razón ostensible, y aquí está bien claro que está motivada por la expresa renuncia de derechos objeto de controversia.

Comentarios.—Entre los múltiples argumentos esgrimidos en este recurso, hay que descartar, desde luego, por su débil consistencia jurídicofiscal, los que se refieren al concepto deducido de adjudicación para pago y a la transacción, este último no ya solamente por su completa carencia de base reglamentaria fiscal, sino porque, además, si se admitiese sería un arma de dos filos, uno de los cuales heriría de lleno al mismo reclamante, puesto que de la transacción surgiría de la misma manera el concepto de donación entre hermanos, que era precisamente el que se quería orillar y superar.

Tampoco es eficaz el de la renuncia gratuita a favor de todos los herederos, en el sentido de ser una verdadera repudiación o renuncia extintiva porque tiene en verdad todos los caracteres de ser traslativa; porque no se rechaza o renuncia puramente o siquiera en favor de todos los demás herederos, sino que cada uno renuncia en favor de otro heredero y todos en favor del mismo. Hay, pues, en ello un clarísimo acto deducido de donación, producida, con la misma claridad por una previa aceptación que, a su vez, produce otro acto de adquisición hereditaria. Es decir, que se dan sin el menor esfuerzo interpretativo del Reglamento los dos actos que el Liquidador calificó y liquidó: el de herencia a favor de los renunciantes por la porción renunciada y el de donación de la misma porción al hermano coheredero recurrente, tan-

to más cuanto que en la escritura de partición hay expresa aceptación suya de la parte renunciada.

La cuestión que se plantea alrededor del número 3.º en su segundo inciso, del artículo 1.100 del Código civil y de si se da o no el derecho de acrecer, tiene secundaria importancia en el caso, una vez que la renuncia se califica de traslativa y no de extintiva, pero si así no fuere, hay que convenir en que, en cuanto a la porción renunciada y comprendida en el tercio de libre posición, se daría dicho derecho de acrecer conforme al artículo 985, y estaríamos en el caso de no sujeción previsto en el apartado 17) del artículo 31 del Reglamento, y convenir también en cuanto a la porción del tercio de mejora, en que se llegaría a la misma aplicación de este apartado en virtud de lo que aquel artículo 985 dispone al decir que si la parte repudiada fuere la legítima, sucederán en ella los coherederos por derecho propio y no por el derecho de acrecer, o lo que es lo mismo que si sucede por su propio derecho el reclamante, está claro que no hay para qué hablar de donación ni, por tanto, de liquidación de este concepto.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 11 de enero de 1949.

EN EL CASO DE QUE SE TRANSMITAN BIENES POR CONTRATO, TITULADO POR LOS CONTRATANTES DE COMPRAVENTA, CONSISTIENDO LA PRESTACIÓN DE UNO DE ELLOS EN UN SOLAR Y LA DEL OTRO EN OTRO SOLAR, MÁS UNA CONSIDERABLE CANTIDAD EN METÁLICO, LAS LIQUIDACIONES PROCEDENTES SON DOS: UNA POR EL CONCEPTO DE COMPRAVENTA AL ADQUIRENTE DEL PRIMER INMUEBLE, SOBRE LA BASE DE SU TOTAL VALOR, Y OTRA POR EL CONCEPTO DE CESIÓN ONEROSA A CARGO DEL ADQUIRENTE DEL SEGUNDO INMUEBLE TAMBIÉN SOBRE SU RESPECTIVO VALOR.

Antecedentes.—Los Sres. N. N., como dueños de un terreno valorado en 4.250.000 pesetas, lo venden por escritura pública a la D. N. de S., en dicha cifra, y ese precio lo satisface la Entidad adquirente entregando 2.250.000 pesetas en metálico y el resto de 2.000.000 de pesetas transfiriendo la propiedad de cierto inmueble de su propiedad, con lo cual, dice la escritura queda completo el precio de la venta, ya que ese inmueble que forma parte del precio se valora en la expresada cifra de 2.000.000 de pesetas.

La Oficina liquidadora giró una liquidación por compraventa a cargo de la D. N. de S. sobre 4.250.000 pesetas, y otra, sobre la base de 2.000.000 de pesetas a nombre de los Sres. N. N., por el concepto de cesión onerosa, núm. 14 de la Tarifa.

Esta última liquidación fué objeto de impugnación a base de estos argumentos: que la intención de los contratantes, coincidente con el texto del contrato, revela que se trata de una compraventa con parte del precio en metálico y parte en otro inmueble; que no existe más que una convención; que aunque en el terreno hipotecario pudiera decirse que había dos, una de compraventa y otra de permuta, correspondientes a la parte que se pagó en metálico, y a la que se compensa con otra finca, ello no es trasladable al impuesto; que el precepto positivo legal es—artículo 1.446 del Código civil—que si el precio de la venta consiste parte en dinero parte en otra cosa, se calificara el contrato por la intención manifiesta de los contratantes, y a falta de ésta se estimará permuta si el valor de la cosa dada como parte del precio excede del importe del dinero; que el concepto genérico “cesión” reglamentariamente se aplica tan sólo a aquellos actos que no tengan clasificación específica y no es, por tanto, aplicable a una expresa compraventa; que aunque el Reglamento diga—artículo 6.º, núm. 6.º—que las entregas de cantidades en metálico que constituyan precio de bienes o pago de servicios personales o de créditos están exentas, de ahí no se deduce que cuando en una compraventa se paga el precio como en el caso actual, solamente esté exenta la porción pagada en metálico, so pena de partir en dos el único contrato existente, lo cual no es lícito reglamentariamente, como tampoco lo es calificar, como lo hace la Oficina liquidadora, de compraventa y, simultáneamente, apreciar otra transmisión onerosa y liquidarla, olvidando que a una sola convención no se puede exigir más que una sola vez el impuesto.

A todo lo dicho opuso el Tribunal provincial que las transmisiones onerosas de bienes en general están sujetas al impuesto, si bien las de dinero a título oneroso estimó oportuno eximir las cuando constituyan precio de bienes de todas clases, sin que tal exención pueda aplicarse a cualquiera otra prestación que se haga en concepto de precio.

Esta doctrina y la consiguiente desestimación de la reclamación la reafirma el Tribunal Central por la fundamental razón de que la Ley y el Reglamento sujetan al impuesto las transmisiones de inmue-

bles a título oneroso; y como en el caso la transmisión existe evidentemente, es inexcusable liquidarla.

Supuesta esta transmisión — sigue diciendo la Resolución —, el argumento de que el inmueble lo adquirió el recurrente en pago del precio de la compraventa y en éstas el impuesto lo paga el comprador, sin que sea hacedero dividir el contrato único de compraventa en uno de compraventa y otro de cesión, no tiene eficacia como consecuencia del principio antes indicado y traducido en los artículo 2.º de la Ley y 5.º del Reglamento, apartados 1) y 7), que sujetan al impuesto las transmisiones de muebles e inmuebles a título oneroso.

De tal manera es esto así, añade el Tribunal, que, en principio, incluso el precio de una compraventa, pagado en moneda estaría sujeto al impuesto de no haber sido exceptuado expresamente por el número 6.º de los artículos 3.º de la Ley y 6.º del Reglamento; de donde claramente se deduce que todas las cosas que se transmiten como precio de una venta y que no sean metálico o signo que le representen devengarán el impuesto con arreglo a su naturaleza mueble o inmueble y se deduce también que el referido inmueble debe satisfacerlo como tal por el concepto genérico de cesión.

A mayor abundamiento — insiste la Resolución —, desde el Reglamento de 1932 en las permutas de inmuebles paga cada permutante el 5 por 100 — en la Tarifa actual el 6 — del valor de los que adquiere, revelando así el legislador su voluntad de gravar todos los casos en que se produzca una adquisición de esos bienes. Y si bien jurídicamente existen diferencias entre las permutas y las compraventas en las que el precio se pague en cosas y no en metálico, el resultado económico es el mismo que en la permuta, puesto que el comprador adquiere la cosa vendida y el vendedor el precio, aunque no cifrado en metálico, sino en dichos bienes, y por lo tanto, la razón para someter ambas adquisiciones al pago del impuesto es la misma.

Comentarios. — El argumento fundamental esgrimido en esta contienda por los reclamantes, diciendo que lo recibido por ellos tiene el concepto de precio y que éste no está sujeto al impuesto, no tiene, si bien se mira, ninguna consistencia jurídico-fiscal, porque es innegable que una de las partes adquiere un bien inmueble, a título oneroso, valorado en 4.250.000 pesetas y que la contraparte a cambio de su prestación adquiere, aparte de una cifra en metálico, otro inmueble; y siendo ello así, no es razonablemente discutible que esta adquisición

patrimonial inmueble a título oneroso, tiene que tributar, aunque en la intención de los contratantes y en la realidad jurídica también, tenga la condición de precio o de parte de precio del contrato, porque es norma fundamental de este tributo—número I del artículo 5.º—que “las transmisiones de dominio a título oneroso de bienes inmuebles” están sometidas al impuesto, y porque, aunque así no fuera y por lo que a precio se refiere, no hay en el Reglamento otra exención más que la del número VI del artículo 6.º, que comprende, como es sabido, “las entregas de cantidades en metálico que constituyan precio de bienes de todas clases”.

No es de olvidar tampoco, en cuanto al aspecto de permuta que el contrato tiene, que desde el Reglamento de 1932, a diferencia de los anteriores, cada permutante paga el tipo completo aplicado a la totalidad de lo que adquiere, mientras que el gravamen anterior era de la mitad del tipo sobre ese total, con lo cual se ve claramente que lo que quiso el legislador fué doblar la tributación de las permutas con criterio más duro, ciertamente, pero más lógico, puesto que si los dos permutantes adquieren inmuebles razonable es que tributen por el tipo a ellos aplicable y no por el 50 por 100 del mismo; de todo lo que se deduce un argumento más en pro del criterio del Tribunal.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 11 de enero de 1949.

Esta Resolución estudió el caso a que se refiere, con arreglo a la legislación vigente al ocurrir los hechos enjuiciados, o sea el Reglamento y la Ley de 1941. En ella se trató del problema de la aplicación del Impuesto sobre el caudal relicto a los hijos adoptivos, y repitió lo que tenía ya establecido reiteradamente el Tribunal Central, esto es, que no disfrutaban de exención.

Actualmente, de acuerdo con el Reglamento y la Ley vigentes, de 7 de noviembre de 1947, la cuestión está fuera de discusión, dado el texto del artículo 244 de aquél: la exención se refiere exclusivamente a los padres y descendientes legítimos y a los descendientes naturales reconocidos, y no a los hijos adoptivos.

JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ-VILLAMIL,
Abogado del Estado y del I. C. de Madrid.

V A R I A

CONCURSO

El Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España abre un concurso, hasta 1.º de febrero próximo, para premiar el mejor trabajo sobre "La función de la censura de cuentas de España", con arreglo a las siguientes bases:

1.ª El premio consistirá en la cantidad de 15.000 pesetas en metálico.

2.ª El trabajo se presentará en triplicado ejemplar, mecanografiado por una sola cara, en papel de tamaño "holandesa".

3.ª El plazo de presentación finará el 1.º de febrero de 1950, antes del cual deberán ser entregados los trabajos en el domicilio del Instituto (Orellana, 5, Madrid), en sobre cerrado, en el que constará un lema y la indicación "Para el Concurso sobre la Función de la Censura de Cuentas en España".

Dentro de dicho sobre se incluirá otro, también cerrado, en cuyo exterior constará asimismo el lema, y dentro, el nombre, apellidos y domicilio del concursante. El último sobre no será abierto, excepto en el caso de que el trabajo a que corresponda sea premiado, y se devolverá, junto con éste, previa presentación del recibo expedido a su entrega.

La devolución de trabajos no premiados caducará a los tres meses de la fecha en que se haga público el fallo.

4.ª Los trabajos serán juzgados por un Tribunal integrado por el Presidente-Director del Instituto y quienes hayan ostentado tal cargo; Directores generales de Banca y Bolsa y Contribuciones y Régimen de Empresas del Ministerio de Hacienda; un representante del Consejo Superior de Colegios Oficiales de Titulares Mercantiles de España; otro del Instituto de Actuarios Españoles; tres miembros más designados libremente por la Comisión permanente del Instituto en quienes, a ser posible, además de la condición de Censores jurados, concurra la de Catedráticos de Facultad de Derecho, de Facultad de Cien-

cias Económicas o de Escuela de Comercio, o Profesor mercantil al servicio de la Hacienda, y el Contador y Secretario de la Comisión permanente del Instituto, el último de los cuales actuará, también, como Secretario del Jurado.

El Tribunal podrá actuar y resolver el Concurso con sólo cinco de sus miembros.

5.^a El trabajo premiado quedará de propiedad del Instituto, el cual podrá, si lo estima conveniente, proceder a su edición y publicación en las condiciones que considere oportuno, reservándose en este caso 50 ejemplares para el autor.

6.^a Si el Jurado considerase que ninguno de los trabajos presentados es merecedor del premio, podrá declarar éste desierto. Asimismo podrá otorgar, en su caso, menciones honoríficas a aquellos trabajos que, aun no premiados, sean merecedores de ello.

Para informes, personalmente o por carta, en el domicilio del Instituto, Orellana, 5, Madrid.

ESTUDIOS DE DERECHO HIPOTECARIO Y DERECHO CIVIL

POR

D. JERONIMO GONZALEZ Y MARTINEZ

Prólogo del Excmo. Sr. D. José Castán Tobefias, 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 Administración de

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

ALCALÁ, 16, 5.º, n.º 11 - MADRID