

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XXIV

Octubre 1948

Núm. 245

Precio aplazado

Artículo 11 de la Ley Hipotecaria y 59 de su Reglamento

Si espigar en campo recién segado fué siempre tarea ingrata y no muy productiva, intentar hacerlo cuando ya pasaron y volvieron a pasar sobre él los ojos buídos de un Roca y de un Sanz, anteriormente de Traviesas y recientemente los de Porciones (1), resulta temeraria empresa, con riesgo de infructífera, cuando no de equivocada. Si a esto añadimos lo escaso de nuestra biblioteca, pobrísima en autores extranjeros, con cuya cita al menos se suele tomar fama de estudioso, se comprenderá el temor con que se aborda el tema y la necesidad de una benevolencia extraordinaria para el que, sin elementos sobradados de estudio y sin dotes de jurista, osa aventurarse por los caminos y vericuetos de una materia asaz trillada, con afanes de acierto, espíritu de crítica y anhelos de claridad.

PRIMER GRADO DE GARANTÍA.

Facultad resolutoria implícita.

De uso frecuente en la compraventa es la modalidad de que el comprador adquiera el dominio de la cosa y aplace el pago del precio, ya en su totalidad, ya parcialmente, para pagarla en una o varias soluciones, con grantía o sin ella, y cosa al parecer tan sencilla dió lu-

(1) No hemos podido leer su conferencia, por no estar editada, y sentíamos coincidir con él sin poderlo citar.

gar siempre a complejas situaciones en el orden civil e hipotecario, que tratamos de estudiar.

La consecuencia más natural y lógica, más conforme y esencial de la compraventa, es la transmisión del dominio de la cosa vendida al comprador y el pago de su precio al vendedor. Nuestro Código civil provee a ambos contratantes de las acciones pertinentes para el exacto cumplimiento de lo pactado.

En Derecho romano, el dominio de la cosa vendida con precio aplazado no se transmitía hasta que el precio era pagado en su totalidad, se garantizaba su pago (*eo nōmine fideiūsor*) o se entregaba la cosa confiando en la fe del comprador sin caución alguna (*cpactum fiduciae?*), es decir, mediante una *solutio*, una *satisfactio* o un *in fidem sequi* (1). Perfecto el contrato de venta, surgía una doble acción tendente a la ejecución de lo convenido: la *actio empti venditi*, por la que el comprador podía exigir la cosa y el vendedor su precio.

En nuestro Derecho, cabe la entrega de la cosa y transferencia del dominio, y entonces el vendedor ha cumplido sus obligaciones, y puede ocurrir, y frecuentemente ocurre, que el comprador quede simplemente obligado por la totalidad o por una parte del precio estipulado, sin otra garantía que la confianza depositada por aquél. Así el contrato, parece lógico que, respetando la voluntad concordada, sólo se concediera al vendedor una acción personal para exigir el precio, llegado el caso de su incumplimiento, a la manera del préstamo, donde sólo existe esta acción para, vencido el plazo, reclamar la devolución de lo prestado.

Mas no lo entendió así nuestro Código civil, y, saltando más allá de la voluntad concordada e invadiendo el campo de las garantías, quiso robustecer la posición del que, cumpliendo sus obligaciones, en este caso el vendedor, se encontraba en una situación de inferioridad frente al comprador que no pagaba. El art. 1.124 de nuestro Código

(1) *Corpus juris civilis*, t. I., cum notis Dyonisii Gothofredi. Coloniae Munationae, 1781.

Dig., lib. XVIII. tit. I, Pomp. ad Quint. Mucium.

Quod vendidi, no anliter sit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit, aut satis eo nōmine factum, vel etiam fidem abuerimus emptori sine ulla satisfactione.

Dig. 53 Caius 28 ad Edictum

Ut res emptori fiat nihil interest utrum solutum sit pretium, an eo nōmine fideiūsor datus sit. Quod autem de fideiūsore diximus plenius acceptum est qualibet ratione si venditore de pretio satisfactum est, veluti ex promisore, aut pignore dato, proinde sit ac si pretium solutum esset.

civil concedió una facultad de resolver el contrato, facultad genérica a toda obligación recíproca.

Aplicando este artículo a la compraventa a plazos, con entrega de la cosa e impago del comprador, la Ley concede al vendedor, además de la acción propia para exigir el precio, una facultad de resolver el contrato, si bien esta facultad la condiciona fuertemente, ya que en principio lo interesante es que el contrato se cumpla.

Para explicar esta injerencia de la Ley en el campo de las garaatías, la doctrina científica ideó diversas teorías e hipótesis con que fundamentarla. Todas ellas están magníficamente expuestas por Roca Sastre (1), con menos acierto, quizá, por Traviesas (2), y no las hemos de repetir aquí; al objeto de nuestro trabajo sólo nos interesan las dos más generalizadas entre los juristas de ayer y por los de hoy acertadamente rebatidos.

Es la primera la llamada de la *Condición resolutoria tácita*. Tiene su origen en los artículos 1.184 del Código civil francés y 1.165 del Código civil italiano antiguo, en los cuales se dice: "Que la condición resolutoria se sobrentiende en las obligaciones recíprocas". Aunque no faltó civilista extranjero que negó el carácter de condición a esta facultad resolutoria, la mayoría aceptaron este criterio; de ellos pasó a nuestra patria, y el mismo Tribunal Supremo pareció aceptarlo en su sentencia de 19-1-904. La moderna doctrina rechaza hoy de consumo esta teoría, y los argumentos de Roca son harto convincentes. Sólo hemos de añadir que el nuevo Código civil italiano, en su artículo 1.453, se apartó ya de su análogo anterior para establecer que: "En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando uno de los contratantes no cumple sus obligaciones, el otro puede a su voluntad exigir el cumplimiento o la resolución del contrato (*chiedere l'adempimento o la resoluzione del cóntratto*). Nuestros jurisconsultos, autores del Código civil, estuvieron acertados al no copiar a los Códigos civiles francés e italiano, y es justo reconocer su acierto, hoy confirmado por la doctrina moderna.

El examen de la resolución de 8 de enero de 1921, citada por Roca como un argumento más, contrario a la teoría expuesta, merecerá después nuestro comentario.

(1) Roca Sastre: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, t. II, págs. 228 y siguientes.

(2) Traviesas: *Revista de Derecho Privado*, 1929, pág. 273.

La segunda teoría, llamada del *pacto comisorio tácito*, tiene, a nuestro juicio aún menor consistencia, por su origen, por sus efectos, como dice Roca, y porque prohibido expresamente en nuestro Código civil para la prenda e hipoteca como contrario a la moral, no es presumible que de un modo subrepticio lo aceptase para la compraventa; más adelante insistiremos sobre este pacto.

El ejercicio de la facultad concedida por el artículo 1.124 en la compraventa a plazos, cuando no haya acuerdo de los interesados, se basa en los siguientes presupuestos:

1.º Que se pida judicialmente; es decir, que opera *ex officio iuris* y no *ipso jure*, como si fuera condición; en cierto modo, también *ope legis*.

2.º Que el incumplimiento sea imputable al comprador. Así lo reconocen diversas sentencias del Tribunal Supremo, entre ellas la de 13 de marzo de 1930.

3.º Que no se haya ejercitado la acción de cumplimiento. Sentencia de 28 de noviembre de 1899. El Código italiano hace compatible el ejercicio de ambas acciones.

La resolución acordada lleva inherente la devolución de la cosa y sus frutos, así como del precio y sus intereses y el abono de daños y perjuicios. Artículo 1.295 del Código civil.

Aun cumplidos todos los requisitos sin que hayan prevalecido las excepciones legítimas opuestas por el comprador, el Juez, atendiendo a las circunstancias del caso, puede concederle un nuevo plazo para que, dentro de él, pague la parte de precio que adeudase.

Sanz (1) sostiene que esta acción es personal y produce sus efectos interpartes, sin que, a pesar de lo dispuesto en el artículo 38, párrafo 2.º de la Ley Hipotecaria anterior, pudiera perjudicar a tercero que tuviese inscrito su derecho, aunque por el Registro conociere el aplazamiento del precio, puesto que nunca podía ser de peor condición el tercero hipotecario que el Civil, y Roca, por el contrario, afirma con argumentos muy dignos de tenerse en cuenta que antes de la reforma de la Ley el tercero hipotecario podía ser afectado por la resolución. Despues de reformado el artículo 11 de la Ley, la cuestión ofrece escaso interés, y sólo para casos anteriores podría tenerlo una u otra interpretación. Entre ambos insignes juristas no nos sentimos con fuerza para intervenir, dirimiendo la disputa.

(1) Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria, págs: 74 y sigs.

SEGUNDO GRADO DE GARANTÍA.

Pacto resolutorio expreso.

En el campo de las garantías, nuestro Código civil avanza un paso más y en su artículo 1.504, con referencia exclusiva a la venta de bienes inmuebles, prevé que se haya estipulado la resolución de pleno derecho por impago del precio aplazado en el tiempo convenido, y establece que en este caso el comprador podrá pagar, aun después de expirado el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial, y añade: "hecho el requerimiento, el Juez no podrá concederle nuevo término".

La jurisprudencia (sentencias de 3 de julio de 1917 y 13 de marzo de 1935) afirma que el requerimiento de este artículo no es un requerimiento de pago, sino simplemente la notificación de que el vendedor opta por la resolución. También se dice en alguna otra sentencia que si se le requirió de pago no procede la resolución. La de 30 de octubre de 1922 estima que no es necesario que el requerimiento se haga personalmente; basta el requerimiento notarial por cédula, conforme a E. C. 270.

En la interpretación de este artículo radica, a nuestro juicio, la clave del problema que planteamos y el acierto o desacuerdo de la reforma del artículo 11 de la nueva Ley Hipotecaria, en cuanto a la garantía que innova con el nombre de condición resolutoria explícita.

Para Traviesas, la doctrina del artículo 1.504 es la de una condición resolutoria expresa, que obra *ope legis*, mas no *ipso jure*, como en el caso del artículo 1.505 (1).

Pérez y Algur la califican también de condición resolutoria (2).

Sanz, refiriéndose a este artículo, dice: "A los efectos hipotecarios solamente interesa esta última situación de condición resolutoria expresa" (3).

Roca (4) conjuga este artículo con el 97 del Reglamento anterior, hoy el 59 del Reglamento vigente, que permite la reinscripción a favor del vendedor, sólo cuando se hubiese estipulado expresamente el pacto

(1) Traviesas: *ibid.*, pág. 330.

(2) Ennecerus, t. II, 2.º, pág. 105.

(3) *Ibíd.*, pág. 82.

(4) *Ibíd.*, págs. 226, 241 y sigs.

de Ley comisoria, conforme al artículo 1.504 del Código civil, y más adelante dice: "Que se trata de una acción fulminante y de actuación automática como derivada del juego de la condición resolutoria cumplida." "Que para la efectuación registral del pacto comisorio o resolutorio es de aplicar el artículo 97 del Reglamento con el requerimiento impuesto por el artículo 1.504." "Por tanto, añade, el cumplimiento de la condición resolutoria se hace constar en el Registro de una manera automática, es decir, sin consentimiento de los interesados ni resolución judicial."

Para Roca, pues, el citado artículo comprende un pacto comisorio o de Ley comisoria, y además, para ser consecuente y poder aplicar la doctrina del artículo 97, hoy 59 del Reglamento, el juego de una condición resolutoria expresa.

Estos inteligentes civilistas han influído, sin duda alguna, en la reforma del artículo 11, y así con ellos, muestra su conformidad La Rica en breve comentario (1).

De la condición resolutoria implícita del artículo 1.124 se ha pasado a la condición resolutoria expresa del 1.504 y a la condición resolutoria explícita del artículo 11 de la Ley Hipotecaria.

Avalada esta doctrina por los juristas citados, bien sabe Dios con cuánto temor, y a la vez con cuánto respeto, hemos de consignar la opinión contraria, ya que en el mencionado artículo del Código civil no vemos de ningún modo ni una condición, ni un pacto comisorio: el automatismo de la reinscripción lo consideramos improcedente, innecesario y de muy arriesgada su aplicación.

Ha tenido que desorbitarse en su interpretación el artículo 1.504 del Código civil para hablarnos de condición resolutoria expresa, y los mismos argumentos empleados por Roca para rechazar la teoría de la condición resolutoria tácita, tienen perfecta aplicación en este caso para rechazar toda idea de condición resolutoria expresa. Veamos:

En este artículo, como en el 1.124, no se lee por ningún sitio la palabra condición; no funciona el plazo de una manera fatal, por cuanto permite que el comprador pague, y pague válidamente aun después de vencido el plazo; opera esta resolución *ope voluntatis* y *ex officio judicis*; si operase *ipso jure* como una condición estarían demás las palabras finales, en las que se dice que hecho el requerimiento,

(1) *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria*, pág. 68.

el Juez no podrá conceder un nuevo término, de donde se deduce que hay que acudir al Juez, pues de lo contrario no tendrían sentido.

El argumento más sólido, a nuestro juicio, lo suministra el siguiente considerando de la Resolución de 8 de enero de 1921, que dice: "Las estipulaciones contractuales relativas a prestaciones esenciales, como es la *del precio en la compra-venta*, no producen los efectos de las condiciones propiamente dichas, y si bien se suelen denominar así, deben ser relegadas al campo de las *condiciones impuras* y producir en cada caso las consecuencias específicas determinadas por los *preceptos legales aplicables al tipo contractual*." Este notabilísimo considerando, citado por Roca al rechazar la teoría de la condición resolutoria implícita, encierra la verdadera doctrina y es de idéntica aplicación al artículo 1.504, para rechazar igualmente todo supuesto de condición.

En Derecho alemán, la facultad de resolver un contrato puede fundarse en la Ley o en un convenio. En virtud de cualquiera de estas dos clases de resolución se extingue la relación obligatoria como si nunca se hubiera concluido; por consiguiente, el total efecto del contrato se suprime con efecto retroactivo. Las partes vienen obligadas a restituirse las prestaciones contractuales ya recibidas, sólo a tenor de los principios sobre el enriquecimiento injusto. Los artículos 346 y siguientes del Código alemán regulan estos deberes recíprocos de restitución que han de cumplirse simultáneamente (1). Así, pues, en Derecho alemán se admite el pacto resolutorio, mas nunca como condición.

En el moderno Código civil italiano, el artículo 1.456 con referencia a los contratos en general, se expresa así: "Los contrayentes pueden convenir expresamente que el contrato se resuelva en el caso de que una determinada obligación no sea cumplida según la modalidad establecida. En este caso, la resolución se verifica de derecho cuando la parte interesada declara a la otra que *intenta valerse de la cláusula resolutoria*", y el artículo 1.493, con referencia a la compraventa, establece: "En caso de resolución del contrato el vendedor debe restituir el precio y reembolsar al comprador las expensas y pagos legítimamente hechos" (*le spese ei pagamenti legittimamente fatti per la vendita*). El comprador—añade—debe restituir la cosa si ésta no ha perecido *in consecuencia dei vizi*. El artículo siguiente determina la obligación de indemnizar.

(1) Ennecerus, t. II, 1.^o, págs. 192 y sigs.

Nótese la identidad sustancial del artículo 1.456 con el 1.504 de nuestro Código. Así, pues, en Derecho italiano se admite el pacto resolutorio expreso, pero el incumplimiento no actúa como condición, ni se aplica pacto comisorio alguno.

A la vista de todo ello hay que concluir que en nuestro Derecho tampoco el precio juega como condición resolutoria, tácita ni expresa, implícita ni explícita. Quizás Traviesas,¹ en su documentado estudio ya citado, con las opiniones que inserta de juristas franceses e italianos, no será el menos culpable de haber introducido en nuestro Derecho confusión tan lamentable.

COMISO, PACTO COMISORIO, PACTO DE LEY COMISORIA.

Hay que detenerse un poco en el significado de estas palabras para precisar conceptos y deducir consecuencias.

Todas ellas tienen por denominador común el ser derivadas del verbo *committere*, cuyo significado, según Maynz, es el de incurrir en una pena, en una pérdida en virtud de un acto indebidamente hecho o dejado de hacer (1).

En Derecho romano, el comiso (*commissum*) tenía principalmente un sentido fiscal y su regulación más que al Derecho civil pertenece al Derecho público, como una emanación estatal del *Imperium*. El Fisco y los Publicanos adquirían de pleno derecho los objetos que se intentaban pasar u ocultar sin el pago de los impuestos correspondientes. En Roma el faude era un delito (*crimen est vectigal fraudare*) y su sanción (*poena*) era el *commissum*.

Ocupase de ello el Digesto en su libro XXXIX, 1, 7., 8 y 14, y el Codex, además, en el I, IV, Tít. 61, y más que reproducir los propios textos, consignaremos una de las notas de Dionisio Godofredo, que resume su sentido: "Qui suis mercibus aliquid celare voluerit, ne vectigal pendat, et deprehensus fuerit, merces amittit." El que quisiere ocultar alguna parte de sus mercancías para no pagar el impuesto y fuere aprehendido pierde tales mercaderías. El rigor del Digesto parece un poco atenuado en el Codex, en el que se establece que el fraude, por error, da lugar al pago del doble del impuesto y pagado pueden rescatar las cosas. Este error, aclara otra nota, no era la ignorancia que

(1) Nota I Maynz, t. II, pág. 403.

no excusa, sino la creencia de que había sido satisfecho. "Per errorem in causam sommissi incidit qui publicanum putabat jam satisfactum."

Con la doble palabra de *comiso* y *decomiso* ha pasado esta sanción a nuestro idioma y a nuestro Derecho fiscal, con idéntico significado de pena e incautación.

En otro sentido ha recogido nuestro Código civil la palabra *comiso*, y así, en su artículo 1.648 con referencia a la *enfiteusis*, dice que la finca caerá en comiso y el dueño directo podrá reclamar la finca: Primero, por falta de pago de la pensión durante tres años; segundo, si el enfiteuta no cumple la condición o deteriora gravemente la finca. En el caso primero, para que el dueño directo, añade el 1.469, *pueda pedir el comiso*, deberá requerir de pago al enfiteuta ya judicialmente o por medio de Notario, y si no paga dentro de los treinta días siguientes, quedará expedito el derecho de aquél. En todo caso—artículo 1.650—podrá el enfiteuta librarse del comiso redimiendo el censo y pagando dentro de los treinta días siguientes al requerimiento o al *emplazamiento de la demanda*.

Aquí el comiso implica la resolución del contrato enfitéutico y una pérdida de las pensiones satisfechas por el enfiteuta, pérdida mínima si se tiene en cuenta que éste sólo tenía el dominio útil, y que el impago de tres años consecutivos compensaría la diferencia entre la pensión pactada y la renta legítima. Tampoco aquí opera el comiso *ipso jure*, sino *ex oficio judicis y ope legis*, y ello con tales limitaciones que más parece tratarse de un desistimiento del contrato que de una pena por incumplimiento. Sólo en estas condiciones ha podido admitir nuestro derecho esta figura de comiso que el Cristianismo rechazó por inmoral y que hoy rechaza la doctrina.

Otro artículo del Código civil, el 1.859, dice: "El acreedor no puede apropiarse de las cosas dadas en prenda o hipoteca." En esta prohibición ven diversos autores la repulsa del comiso, que en este caso consistiría en una apropiación de la cosa dada en prenda o hipoteca y en una pérdida para el deudor, consistente en la diferencia entre el valor económico de la misma y el débito garantido. Este comiso, que otros autores llaman pacto comisorio, obraría *ope voluntatis* y, al menos, en la hipoteca *ex oficio judicis*. La Resolución de 25 de agosto de 1933 lo califica de pacto comisorio, rechazado por el Derecho romano y prohibido por Constantino.

En Derecho romano fué considerado este pacto como un pacto

de Ley comisoria, y el Código lo prohíbe con muy expresivas palabras en el libro VIII, Tít. XXXV, ley 3.^a. "Supuesto que entre los fraudes y engaños se destaca principalmente por su dureza la Ley comisoria en materia de prenda, la derogamos y queda abolido para siempre su recuerdo" (1).

Más comúnmente se consideran como sinónimos el pacto comisorio y el pacto de Ley comisoria: (Roca, Alguer, Traviesas y otros.)

A este pacto de Ley comisoria le dedica el Digesto todo el Tít. III del libro XVIII, de cuyos textos sólo vamos a glosar la 1.^a y 8.^a Ley.

Por la primera se dice que la venta con pacto de Ley comisoria no se considera celebrada bajo condición, aunque bajo condición se resuelva (2). He aquí una verdadera sutileza del Derecho romano. Si la venta se hizo sin condición, no parece que pueda resolverse bajo condición, sino a lo sumo a manera de condición. Admite, pues, que el pacto resolutorio no implica condición. Tal vez, como dice Pelayo Hore (3), porque en Derecho romano no se admitían las condiciones resolutorias.

La Ley 8.^a, Scaevola 1, séptimo *digestorum*, expresa el caso de una mujer que vendió unos fundos, pactando con el comprador que éste perdería cierta cantidad entregada a título de arras si no pagaba el resto del precio dentro de cierto plazo, considerándose la venta como no realizada (*inemptae villaes essent*). El comprador, en el día señalado, no encontró a la vendedora para pagarle el precio, y para evitar que aquélla hiciera uso del pacto, depositó el precio en un saco, con los sellos de los selladores. Al día siguiente el Fisco citó al comprador para que no pagase a la mujer antes que a aquél. Entonces se pregunta al jurisconsulto si el fundo podía ser reivindicado (*vindicari*), por la vendedora. A lo que respondió que el comprador no había incurrido en el pacto comisorio.

Este texto ha suscitado una gran polémica entre los romanistas, girando toda ella, como dice Fuenmayor (4), alrededor de la palabra

(1) *Quoniam inter alias captiones precipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hae sanctione respiret, quae cum preteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet.*

(2) *Si fundum commissoriae lege venierit, magis est ut sub conditione resolvi emptio, quam sub conditione contrahi videatur.*

(3) Pelayo Hore: «Sobre la condición resolutoria», en *Revista de Derecho Privado*, pág. 527, año 1948.

(1) Fuenmayor: *La revocación de la propiedad*, págs. 23 y 35.

vindicari para determinar si la revocación tenía el carácter de real o personal. Varios, entre ellos Maynz, niegan que este verbo se emplease aquí en sentido técnico de *rei vindicatio*, y otros, por el contrario, afirman que la revocación era real.

Fuenmayor concluye que en la época clásica no era dable tan siquiera proponer este problema, ya que la propiedad no pasaba al comprador y aún en la época justiniana sólo cabía plantearlo viendo en toda compraventa un *in fidem sequi*. Lo más probable es que no originase una *actio in rem*, como afirma Roca.

Pero el texto que comentamos tiene otros puntos de vista, que vamos a examinar. En esta venta se había entregado una cantidad cierta a título de arras y el resto debía abonarse en una sola solución; pero igualmente hubiera perdido tal cantidad si la hubiere entregado a cuenta del precio. "Commissoria electa a venditore, emptor, quod arrhae aut pretti nómine dedit, amittit." Elegida por el vendedor la acción comisoria, pierde el comprador lo que dió a título de arras o *de precio* (1).

Si por el pacto comisorio al resolverse la venta se perdiera solamente la cantidad entregada en concepto de arras o de cláusula penal, tal pacto sería lícito en nuestro Derecho. El Código civil regula aquéllas como una facultad de retractación en el artículo 1.454, siempre que se *allane* el comprador a perderlas o a devolverlas duplicadas el vendedor, y en cuanto a la cláusula penal la admiten los artículos 1.152 al 1.155, en sustitución de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento. En uno y otro caso se trata de cantidad cierta y previamente determinada, mientras que los diversos plazos abonados por el comprador no tienen este carácter. En todo caso, el Juez puede moderar la pena si la juzga excesiva.

Otra consecuencia del texto que comentamos es que hay que tener en cuenta la imputabilidad del incumplimiento, pues no siendo culpable el comprador, como en el caso resuelto, no se cae en el pacto comisorio.

El Codex, en el libro II, Tít. III, 14, dispone, además, que cuando se haya establecido una cláusula penal se ejercite la acción *ex estipulatu*, pero no se pueden pedir los bienes, ni mucho menos hacerlos suyos por su propia autoridad sin las solemnidades del juicio (nota 40) (2).

(1) Nota a la L. 8.^a

(2) *Ut merito possis hinc colligere, neque pacto, neque stipulatione fieri*

Todo ello indica que, aun admitido tal pacto, no puede ni debe recuperar el vendedor la finca de una manera automática, sino en todo caso con el ejercicio de las acciones resolutorias en el juicio, en el que el comprador podría alegar las excepciones correspondientes, tales como la *exceptio nom adimplete contractus*. Si la teoría del automatismo prosperase, ¿Quid en caso de moratoria estatal por circunstancias extraordinarias, o simplemente en el caso del artículo 1.502 del Código civil que consiente la suspensión del pago del precio por perturbación posesoria y hasta por fundado temor de acción reivindicatoria o hipotecaria? Si fuere de aplicación el artículo 59 del Reglamento podría darse el caso de resolución de una compra en aquellos casos en que según el Código no sólo no hay incumplimiento culpable, sino que el mismo Código concede el derecho de retener y no pagar al comprador. Y no se diga que en el acta de requerimiento ya constarían estas causas, pues puede hacerse sin la presencia del comprador, y hasta por cédula.

DOS MODALIDADES AFINES DE LA COMPROVENTA

Existen dos modalidades de este contrato que pueden tener relación la una con la condición resolutoria, y la otra con el pacto comisorio y que brevemente vamos a examinar.

La primera es la venta con pacto de retro o retracto convencional, en la que la mayoría de los autores ven el juego de una condición resolutoria o, por lo menos, pretenden construir esta figura por la teoría de la condición. La Dirección General la acepta en sus Resoluciones de 5 de noviembre de 1919 y 26 de mayo de 1925. Fuenmayor (1) nos dice que se trata de una condición resolutoria de índole particular, de una condición potestativa. El retrayente recibe la propiedad que él transmitíó, en virtud de una nueva declaración de voluntad. Roca (2) dice que el retracto nace de un pacto de reserva, y no se decide por la teoría de la condición resolutoria, porque ésta, en virtud de su automatismo, actuaría sin necesidad de otro negocio jurídico de retransmisión.

Lo cierto es que si se aceptase esta teoría, actuaría como condición posse, *ut creditor propria auctoritate, bona debitoris in se transferat, citra solemnem juris observationem, idque ea de causa constitutum, ne via foene-ratoribus pateat.*

(1) Fuenmayor: ibíd., pág. 111.

(2) Roca: ibíd., pág. 557.

resolutoria el pago del precio recibido, y este hecho positivo, de más fácil probación que el impago, hecho negativo, determinaría la reinscripción sin el consentimiento del titular, ni intervención judicial. Sin embargo, esto no sucede así, ni creemos deba suceder así, por las razones que llevamos apuntadas, ya que el precio no debe jugar como condición, o a lo sumo, sería una condición potestativa (así la llama también la Resolución de 27 de mayo de 1926), o una condición impura, cuyo juego es contrario a toda idea de automatismo hipotecario. A nuestro modesto entender, sólo hay un pacto resolutorio expreso que, consignado en el Registro, actúa contra terceros, como después se dirá.

Otra modalidad de la compraventa es el *pactum reservati dominii*, que ha tenido un especial desenvolvimiento en estos últimos tiempos, unido a un pacto comisorio más o menos disfrazado, para garantía de las ventas a plazos, singularmente de máquinas, autos, y, en general, de muebles de importancia. El Tribunal Supremo ha admitido la licitud del pacto de reserva de dominio, incluso para la venta de inmuebles, aunque no conocemos sentencias en que haya igualmente aceptado la licitud del pacto comisorio. Lorenzo de Benito se ocupa de esta cuestión, y dice que el pacto de reserva es contrario a la naturaleza misma de la compraventa (1). Sin llegar nosotros a ese extremo, hemos de consignar nuestro acuerdo absoluto con su clara repulsa y condenación del pacto comisorio, usual en tales ventas, por virtud del cual y *quia nominor leo* el vendedor se queda con la cosa y con los plazos satisfechos. Tal pacto es inmoral, y el Derecho no debe protegerlo, porque ello va contra el principio clásico del enriquecimiento tortíero. La autonomía de la voluntad tiene sus límites en la moral y es principio de equidad proteger al económicamente débil frente a los abusos del poderoso.

En Alemania este pacto se reguló con equidad por la Ley de 16 de mayo de 1894, y el moderno Código civil italiano, en la sección 2.^a de la venta de cosas muebles, apartado tercero, artículos 1.523 a 1.526, establece que, a pesar del pacto en contrario, la falta de pago de un solo plazo que no sea superior a la octava parte del precio, no da lugar a la resolución de la venta. Si ésta tuviese lugar—1.526—por incumplimiento del comprador, el vendedor debe restituir los plazos percibidos, salvo el derecho a una equitativa compensación por el uso

(1) L. de Benito: *Revista de Derecho Privado*, año 1929, págs. 121 y siguientes.

de la cosa y por resarcimiento de daños, y cualquiera que sea el convenio, el Juez tiene facultades moderadoras.

P. y Alguer (1), conformes con esta doctrina, dicen que cualquiera que sea la fórmula adoptada, arrendamiento o depósito, no surtirá más efectos que los propios de la reserva de dominio y deberá aplicarse en su caso el artículo 1.154 (facultad de moderación de los Tribunales), si con ello pretende encubrirse una pena convencional excesiva.

Si esto es lo moral y lo lógico, ¿cómo admitir la licitud del pacto comisorio en los inmuebles y su automatismo consiguiente con riesgo de que el comprador, que pudo haber pagado una gran cantidad, por el hecho de no pagar un último plazo, pierda la finca y el precio? Y no se arguya que pudiera reclamar ante los Tribunales, porque es de suponer que el que no pudo satisfacer un plazo, no se hallará en disposición económica de demandar con la posibilidad de una venta inmediata a tercero e insolvencia de su vendedor.

TERCERA GARANTÍA.

Hipoteca.

El tercer grado de garantía es la hipoteca, verdadero derecho real de la finca vendida, garantizando el precio aplazado. En un orden inverso, de mayor a menor, la Resolución de 17 de enero de 1933 estudia las tres clases de garantía que acabamos de exponer:

- 1.º Derecho real de hipoteca.
- 2.º Pacto expreso de resolución.
- 3.º Precio aplazado sin garantía.

En cuanto al segundo, es muy interesante su doctrina y estaríamos de acuerdo con ella si no fuera por un inciso que, tanto Sanz al estudiarla como Roca, recogen. Dice así: "Considerando que en el segundo supuesto, si bien no surge aún la figura jurídica del Derecho real no es dable desconocer que el pacto resolutorio ocasiona una acción que alcanza a todo tercero, por constar claramente en el Registro y a tenor de lo establecido en la causa segunda del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, pudiendo producirse como consecuencia una nueva inscripción a favor del vendedor o de sus causahabientes, sin más requisitos que el requerimiento judicial o notarial hecho al comprador, según dispone el artículo 97 del Reglamento, de lo cual se infiere que la ce-

(1) Ennecerus, t. II, 2.º pág. 108.

sión del derecho a percibir el precio aplazado, con todos sus efectos, constituye un contrato legítimo que modifica para lo futuro el ejercicio de las facultades del dominio inscrito con tanta mayor razón cuanto que es indispensable para los terceros al efecto de salvaguardar sus derechos, conocer quién es el titular de la acción resolutoria que puede afectar a la estabilidad y permanencia del dominio."

El párrafo subrayado, con el que no estamos conformes, nos lleva a la idea de automatismo incompatible con la de acción resolutoria y altera en esencia la eficacia de las garantías.

Si el automatismo jugase, ¿qué vendedor ni qué Notario aconsejaría la constitución de una hipoteca, que supone un mayor trabajo, un mayor gasto económico y una menor eficiencia, pues esta opera siempre a través de los Tribunales, cuando con la llamada condición resolutoria explícita, que como una simple cláusula de estilo, cabe consignar en toda escritura y un requerimiento o citación notarial podría reinscribirse a favor del vendedor con la añadidura de los plazos percibidos en su beneficio?

Suprímase el párrafo subrayado y la teoría es perfecta, ya que el pacto resolutorio expreso ingresa en el Registro, no como un derecho real, sino como una de aquellas titularidades *ob rem* o derechos subjetivamente reales que tienen trascendencia registral, porque, como decía Atar (1), "los terceros no ignoran que puede llegarse a producir, la resolución por impago, lo cual hace que no puedan creer en absoluto, con valor de creencia jurídica perfecta, que poseen con seguridad para sí".

CONCLUSIONES.

Puede ocurrir, y es lo más frecuente, que las partes acuerden la resolución del contrato por falta del pago del precio convenido, sin dar a ésta el carácter de condición resolutoria explícita, y en este caso pre-guntamos: ¿Este pacto tendrá sólo efecto *inter partes*? ¿Tendrá trascendencia registral a terceros? ¿Se considerará como una condición resolutoria explícita? ¿Será de aplicación en este caso el artículo 59 del Reglamento hipotecario? Y si simplemente se da a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita, ¿será inscribible tal condición? ¿Se considerará a ésta sólo como un pacto resolutorio expreso? ¿Ac-

(1) «Revista de revistas», *Revista de Derecho Privado*, año 1924, página 286.

tuará en este caso el artículo 59 del Reglamento, con su automatismo para reinscribir mediante el simple requerimiento del artículo 1.504 del Código civil?

He aquí algunas de las cuestiones que plantea la reforma del artículo 11 de la Ley Hipotecaria, que en este punto concreto nos atrevemos a calificar de poco meditada.

Después de la publicación de la vigente Ley, se pueden presentar en la venta a plazos las siguientes situaciones:

1.^a Venta con precio aplazado sin pacto alguno de garantía. En este caso deberá hacerse constar en la inscripción el aplazamiento del precio en los términos que resulten de la escritura; pero tanto la acción de cumplimiento como la resolutoria en su caso, sólo podrán ejercitarse contra el comprador; esta última, además, contra el tercero civil de mala fe; ni una ni otra procederán contra el tercero hipotecario, aunque por el Registro conozca el aplazamiento.

2.^a Venta con precio aplazado y pacto de resolución expreso para caso de incumplimiento. Este pacto también deberá hacerse constar en la inscripción y afectará al tercero hipotecario a tenor de lo dispuesto en el apartado primero del artículo 37 de la Ley Hipotecaria vigente. Vencido el plazo y practicado el requerimiento o notificación del artículo 1.504 del Código civil, quedará expedito el ejercicio de la acción resolutoria ante los Tribunales. Estos, después de oído el comprador, acordarán si procede o no la resolución por incumplimiento, no podrán conceder nuevos plazos y, caso de acordar la resolución, proveerán sobre la devolución de la cosa y frutos, precio e intereses, así como la indemnización que deba abonar el que incumplió sus compromisos. La reinscripción a favor del vendedor se hará mediante nueva declaración de voluntad en escritura otorgada por el titular del dominio o por el Juez en su caso.

3.^a Venta con precio alzado en la que se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita. Aquí se presentan dos soluciones: o denegar la inscripción de tal condición por tratarse a lo sumo de una condición impropia, que no puede actuar como las demás condiciones e implica además un pacto comisorio prohibido por la Ley, o considerar a tal cláusula como un simple pacto de resolución convencional. Esto quizás sea lo más acertado, por ser el artículo 1.504 del Código civil el presupuesto y fundamento de esta reforma que, en otro caso, carecería de virtualidad. Cumplido el plazo, procedería el

requerimiento y el ejercicio de la acción ante los Tribunales, como en el caso anterior. Ni en uno ni en otro se podrá hacer la reinscripción automática. El artículo 96 del Reglamento anterior no tiene aplicación posible y el 59, que lo sustituye, tampoco puede tener eficacia real. Es, pues, éste un artículo inoperante, cuya aplicación pondría al comprador fuera de combate y al Registrador en trance de practicar una reinscripción nula y, en todo caso, contraria a la ética más elemental.

4.^a Venta con precio aplazado e hipoteca en garantía del mismo. En éste caso, vencido el plazo sin que el comprador pague, queda expedito para el vendedor el ejercicio de la acción hipotecaria, por el camino del juicio ejecutivo, del procedimiento sumario del artículo 131 de la Ley o por la vía extrajudicial si se pactó y se cumplieron los requisitos exigidos por dicha Ley. Es de notar que La Rica (1) no es muy partidario de este procedimiento notarial y nos habla en su obra de cómo los artífices del Reglamento, para evitar el espectro del comiso, redoblaron las garantías y completaron los requisitos en los artículos 234 al 236 del mismo.

Puede que nuestra tesis sea indefendible, y ya apuntamos nuestros temores, pero no resulta extrañamente paradójico este afán de taponar huecos y de llenar grietas a fin de que no se deslice el temido fantasma a través de las hendiduras de un proceso de ejecución hipotecaria, mientras que por otro lado se dan las mayores facilidades para que se adentre con holgura y haga de las suyas, a través de la amplia brecha de una simple condición resolutoria explícita, convertida en anchurrosa puerta por el artículo 59 del Reglamento?

Lo sensible es que la fórmula desdichada va ganando terreno rápidamente y aun se extiende a contratos como el de renta vitalicia, tan opuesto por prescripción legal a toda idea de recuperación del capital por falta de pago de las anteriores pensiones. En estos tiempos hay una gran disposición hacia lo fácil y cómodo, aunque no sea precisamente lo moral y lo justo.

Esperamos que la Dirección General, con su autoridad indiscutible cuando se presente ocasión nos sabrá dar las normas de inteligencia y aplicación de esta reforma.

FRANCISCO RUIZ MARTÍNEZ,
Registrador de la Propiedad.

(1) La Rica Arenal: *Comentarios al nuevo Reglamento*, págs. 247 y siguientes.

El aplazamiento de liquidación en la cesión de bienes a cambio de renta vitalicia

El precepto fiscal a que se refiere este modesto trabajo es el número 9 del artículo 15 del Reglamento, del cual haremos una breve crítica. A su estudio nos ha llevado la calificación de varios casos, en los cuales, al cederse los bienes adquiridos, por el obligado al pago de la renta vitalicia antes de fallecer el pensionista, se nos ha planteado la necesidad de determinar si la liquidación aplazada por cesión de bienes debería continuar aplazada hasta ocurrir el fallecimiento del pensionista. Al examinar el precepto reglamentario hemos creído ver que dicho aplazamiento, que puede traer perjuicios, no sólo posibles, sino probables para el Tesoro, no tiene razón de ser, dentro del espíritu que informa la Ley del Impuesto de Derechos reales y transmisión de bienes.

Aparte del preámbulo antedicho, los capítulos de este trabajo serán los que siguen:

- I. Planteamiento y casos o supuestos que se han de examinar.
- II. Estudio de preceptos que pudieran tener analogía y en especial, del artículo 66 del Reglamento.
- III. Normas de derecho, que han de servir de base para la interpretación del párrafo noveno del artículo 15, y en especial de los referentes al contrato de renta vitalicia y a los derechos nacidos del mismo.
- IV. Crítica del precepto fiscal, contenido en el párrafo noveno del artículo 15.
- V. Interpretación del párrafo noveno del artículo 15 del Reglamento en las transmisiones que son objeto de nuestro estudio.
- VI.—Conclusiones.

I

PLANTEAMIENTO Y CASOS O SUPUESTOS QUE SE HAN DE EXAMINAR

Supongamos que B, dueño de una finca que adquirió de A, por cesión a título oneroso, mediante la constitución de una renta vitalicia de X pesetas, TRANSMITE la finca adquirida por dicho título a C.

Prescindiendo de la parte relativa a la determinación de la base liquidable, cuya comprobación puede verificarse por los medios ordinarios o extraordinarios, se plantea en cuanto a su liquidación el problema de si se ha de liquidar la cesión a favor del cedente, que quedó aplazada en todo o en parte cuando adquirió la finca, mediante la constitución de la renta vitalicia, a virtud de lo dispuesto en el número 9 del artículo 15 del Reglamento del Impuesto.

Para encontrar la solución adecuada, entendemos que debemos empezar por especificar los casos diferentes de dicha transmisión, que pueden ocurrir:

1.º Que C, adquirente de la finca, acepte la subrogación en la obligación de pagar la pensión a A, y que éste comparezca en la escritura y dé su conformidad, al cambio de persona obligada al pago de la pensión.

2.º Que el adquirente C acepte la subrogación, pero que el pensionista no comparezca, y, por tanto, no sepamos si acepta o no la subrogación, aunque fuera de la escritura presentada y de la oficina liquidadora, puedan haberse realizado actos de aceptación expresa o tácita, y

3.º Que el transmitente de la finca siga con la obligación de pagar la pensión.

II

PRECEPTOS QUE PUDIERAN TENER ANALOGÍA CON LOS ACTOS SEÑALADOS EN LOS SUPUESTOS ANTERIORES Y EN ESPECIAL DEL ARTÍCULO 66 DEL REGLAMENTO

No nos vamos a detener en el examen de la reforma del párrafo segundo del artículo 44 del Reglamento del Impuesto, que, según su contenido actual, ha de preceder el expediente que se instruya a la liquidación que se gire, lo que nos parece más acertado que la anterior

redacción de dicho precepto reglamentario, que literalmente decía: "Los actos y contratos no designados expresamente en la Tarifa, se liquidarán desde luego por los conceptos señalados en la misma a sus similares o análogos." Y decimos que no nos detenemos en el examen de dicha norma reglamentaria porque la misma se refiere al procedimiento, pero no al fondo del criterio analógico, que es lo que constituye el nervio de nuestras apreciaciones.

No creemos que la resolución del problema que hemos planteado se haya de resolver por criterios de analogía; pero, además, hacemos patente que dichos preceptos análogos, a los cuales se puedan asimilar los actos examinados, no existen en la Ley y Reglamento del Impuesto de Derechos reales. Pero a pesar de esta opinión, en la cual nos hemos ratificado tantas veces como hemos meditado sobre esta cuestión, vamos a hacer algunas observaciones sobre el artículo 66 del Reglamento, cuyo precepto, al regular las transmisiones del usufructo o de la nuda propiedad, establece reglas que a primera vista pudieran aconsejar su aplicación analógica.

En el Reglamento del Impuesto anterior al vigente, aunque con el pie forzado de salvar distancias que median por razón de su distinta naturaleza jurídica, entre los casos regulados en su artículo 66 y los que son objeto de este modesto estudio, acaso podría encontrarse analogía en un examen superficial y ligero. En efecto, comparemos:

A) El nacimiento de un derecho de nuda propiedad, bien sea porque el transmitente se ha reservado el usufructo o porque este último lo ha transmitido a persona distinta del nudo propietario, en cuyos supuestos, la liquidación del usufructo a nombre del nudo propietario se aplaza hasta que por extinción del usufructo se consolida con la nuda propiedad, quedando el dominio pleno en un solo titular.

B) La constitución de pensiones en cambio de la cesión de bienes, hecha por el pensionista, que da lugar a que se aplace la liquidación de la cesión, si de la capitalización de la pensión resulta una cantidad igual o mayor que el valor comprobado de los bienes cedidos, o por la diferencia en caso contrario (núm. 9 del art. 15).

Expuesto lo que podríamos llamar el primer momento de constitución de usufructo y nuda propiedad y de cesión de bienes, en cambio de renta vitalicia a favor del cedente, examinemos desde un punto de vista fiscal los efectos de la enajenación de la nuda propiedad o de la enajenación del "bien adquirido" por el obligado al pago de la pensión.

En el Reglamento antiguo era obligado liquidar la consolidación independientemente de la venta, conforme regulaba el número 13 del artículo 66; pero ahora, en ese mismo número de idéntico artículo se dice: "Si es el nudo propietario quien enajena su derecho a un tercero, éste satisfará el impuesto como adquisición onerosa, según la naturaleza de los bienes, con arreglo al valor que tuviese la nuda propiedad en tal momento. En este último caso, el adquirente de la nuda propiedad vendrá obligado, al extinguirse el usufructo, a satisfacer el impuesto correspondiente, teniendo en cuenta el título de constitución."

Del razonamiento que precede, podría parecer, a primera vista, que, reformada la redacción del artículo 66 del Reglamento del Impuesto y desaparecido el argumento analógico, no tenemos ningún asidero para liquidar el impuesto por la cesión primera, cuyo aplazamiento se acordó en la oficina liquidadora por ministerio de la Ley. Pero, a nuestro humilde entender, si meditamos sobre la cuestión, veremos: que la susodicha analogía no existía en realidad por tratarse de instituciones de naturaleza jurídica diferente y de transmisiones cuya similitud es completamente superficial, ya que en todo momento el usufructo y la nuda propiedad, aunque pertenezcan a titulares diferentes tienen una ligazón y unas relaciones de todos conocidas por encontrarse establecidas en el Código civil, que si bien podrán modificarse por pacto, por testamento o donación, dentro del marco legal, no podrán suprimirse estas relaciones ni alterarse determinadas normas legales que son esenciales del dominio, aunque se halle dividido en usufructo y nuda propiedad. En cambio, en la transmisión de bienes, originada por un contrato de renta vitalicia, el adquirente queda ligado con el transmitente por una relación personal, y, por tanto, por lo que a los bienes transmitidos se refiere, ninguna ligazón existe con la pensión establecida, que no afecta, ni puede afectar, al adquirente de ellos, salvo que por pacto independiente y separado se constituya hipoteca sobre ellos para asegurar el pago de las pensiones, conforme al artículo 157 y concordantes de la Ley Hipotecaria.

Por eso, si la naturaleza jurídica de las instituciones y de los pactos a que se refieren las reglas del artículo 66, son diferentes de las instituciones, pactos y transmisiones expuestos en los supuestos que son objeto de este estudio, no pueden asimilarse con aquéllos, ya que la analogía no es dable referirla a una mera coincidencia en algún

aspecto externo. Es decir, que la variación de dicho precepto reglamentario, no favorece ni perjudica a nuestra tesis.

Si con los preceptos del artículo 66 no encontramos analogía, aún menos la hallaríamos con el artículo 65, a pesar de que también en él se regulan derechos reales, co establecimiento de renta o pensión; pero su diferencia es tan evidente, que no pasamos a discurrir sobre la diferencia de unas y otras instituciones y casos.

III

NORMAS DE DERECHO QUE HAN DE SERVIR DE BASE PARA LA INTERPRETACIÓN DEL PÁRRAFO 9 DEL ARTÍCULO 15 Y, EN ESPECIAL, LAS REFERENTES AL CONTRATO DE RENTA VITALICIA Y A LOS DERECHOS NACIDOS DEL MISMO

Después de lo expuesto en el capítulo II, fácilmente se nos alcanza que la solución que buscamos habrá que investigarla por otros derroteros, y en vista de la carencia de un precepto casuístico, tendremos que recurrir a los artículos que dictan normas generales, previa fijación de la naturaleza jurídica de los actos liquidables, concluyendo después con la determinación de las liquidaciones que se han de girar, bien por aplicación del párrafo 9.^o del artículo 15 y disposiciones concordantes, si vemos que su interpretación permite la actuación del liquidador, sin recurrir a la instrucción del expediente señalado en el número 2 del artículo 44, o bien con la instrucción del expediente; o si por el contrario se consideran actos no sujetos o aplazados, y cuyo aplazamiento se debe respetar.

Remontándonos al primer momento de consumación del contrato de renta vitalicia con cesión de bienes observemos, que por un lado ha surgido un derecho real por excelencia, el de dominio pleno sobre la finca o bienes cedidos, sin restricciones ni limitaciones por razón del derecho personal de pago de dichas pensiones, salvo que, como hemos dicho anteriormente, se asegura con hipoteca el pago de las pensiones, y por otro lado, el derecho personal de pago de las mismas.

Con respecto al derecho personal de pago de las pensiones, nos interesa hacer presente que en los tres supuestos de que hemos partido en el capítulo I, al cambiar la persona obligada al pago de la pensión en los dos primeros casos, existe una novación de contrato, que es perfecta en el primer caso y que pende de la aceptación en el segundo

supuesto (número 2 del artículo 1.203 del Código civil, en relación con el 1.205 del mismo Cuerpo legal). Esta afirmación, que puede parecer, por el momento, intrascendente, es de capital importancia, para partir de ella en la interpretación de los preceptos fiscales, que más adelante realizaremos en el capítulo V.

En cuanto al dominio sobre determinados bienes, que ha surgido por la consumación del contrato de renta vitalicia con cesión de bienes, el dueño tiene la libre disposición de ellos, sin carga real alguna sobre los mismos, salvo, repetimos, que expresamente se estipule, a pesar de que pudiera parecer otra cosa de la definición del artículo 1.802 del Código civil. Pero como dicen Pérez y Alguer en la página 446 del tomo II, volumen 2.º del Tratado de Derecho civil *Enneccerus*, al comentar dicho artículo del Código civil: "La renta vitalicia no es un gravamen real, aunque se hable en el artículo 1.802 de que la renta sea carga de los bienes transferidos."

Esta es, a grandes rasgos, la situación jurídica creada por tal contrato, es decir, que de él han nacido *Un derecho personal* de pago de pensiones y *un Derecho de dominio* sobre determinados bienes, que si bien la causa de su adquisición ha sido la onerosa de pago de las pensiones, en nuestro derecho civil, después de que han nacido van por caminos distintos, completamente desligados, sin que el incumplimiento del pago de las pensiones pueda originar que el dominio de los bienes cedidos vuelva al cedente (véase el art. 1.805 del Código civil), ni aún menos constituya un derecho real en el cual la transmisión del dominio de los bienes cedidos y el pago de las pensiones estipuladas formen elementos relacionados de una sola institución jurídica, como ocurre con el violario catalán o el censo reservativo de la legislación común.

No entramos en el examen de estas instituciones jurídicas por ser sobradamente conocidas, y además, porque sería desorbitar nuestro trabajo y salirnos de los moldes que nos hemos marcado, reducidos simplemente al estudio de la procedencia de una calificación de índole jurídico-fiscal.

De lo que hemos dicho queda patentizado:

1.º La completa separación entre el derecho personal de pensión y el derecho real de dominio, unidos únicamente en su origen.

2.º Que los titulares de ambos dominios son personas distintas que entran inmediatamente en su disfrute respectivo, y si bien están

ligados por una relación personal, puede extinguirse dicha obligación, no sólo por el fallecimiento, sino también por la novación y demás causas generales de extinción de las obligaciones, en cuanto sean aplicables a esta clase de obligaciones.

3.º Que el cesionario de los bienes realiza su adquisición mediante el pago de cantidades periódicas, de las que si se sabe el "tantum" de cada una de ellas, se desconoce cuántas serán, y, por tanto, la cantidad total que por dicha adquisición a título oneroso ha de abonar.

Estas afirmaciones, que las hemos sentado para partir de ellas como de principios indiscutibles que nos faciliten la interpretación de los preceptos fiscales, sobre los que estamos discurriendo nos conducen también—sin pretenderlo—a la crítica del principal de los artículos del Reglamento que examinamos, que es el referido núm. 15. Es muy posible que se nos arguya que, al proceder de tal manera, nos desviaremos de lo que es el nervio de nuestro debate, pero, al final, se podrá apreciar que tal crítica sirve para recalcar el camino a seguir en la calificación fiscal y asegurar, en definitiva, con mayor fortaleza nuestras conclusiones.

IV

CRÍTICA DEL PRECEPTO FISCAL SOBRE APLAZAMIENTO DE LA LIQUIDACIÓN DE CESIÓN DE BIENES CUANDO ÉSTA HA TENIDO POR CAUSA LA CONSTITUCIÓN DE UNA PENSIÓN A FAVOR DEL CEDENTE

De las afirmaciones sentadas en el capítulo precedente deducimos: Que dado el concepto que el legislador fiscal tiene de carga, según propia definición contenida en el número 1 del artículo 100 del Reglamento del Impuesto, no es de suponer que para conceder el aplazamiento estimase que la carga de que se habla en el artículo 1.802 del Código civil es una carga real, apareciendo que se trata simplemente de una obligación personal del cesionario, puesto que si hubiese estimado que era carga real, su regulación la habría comprendido en el artículo 65, aunque la hubiese concedido párrafo independiente.

Que conforme al artículo 59 del Reglamento del Impuesto y concordantes, las dos liquidaciones que se giren por constitución de pensión y cesión de bienes, serán satisfechas, la primera por el pensionista (cedente de los bienes), y la segunda por el cesionario (que es el obligado al pago de la pensión).

Que teniendo presente que el cessionario de los bienes cedidos los adquiere mediante un precio incierto, podría estimarse que el legislador tuvo en cuenta el número 1 del artículo 9.º del Reglamento, norma general de la liquidación de los contratos de cesión, que nos habla de girar la liquidación sobre el precio estipulado en el contrato, salvo, naturalmente, el derecho de la Administración de comprobar el valor de los bienes cedidos; y claro que, como se desconoce cuándo se ceden los bienes, las pensiones que se han de abonar habrá que esperar a que se extinga la pensión para calcular todo lo desembolsado. Pero este argumento no tiene fuerza en vista de la redacción del número 9 del artículo 15, posterior al que establece la regla general, y que además tiene que ser excepción de aquél, en cuanto se oponga con el mismo, por tratarse de un caso concreto de cesión, en el cual expresamente se habla, para girar la liquidación de "valor de los bienes cedidos", haciendo caso omiso del precio.

Tampoco podría estimarse motivo para aplazarse la liquidación, el que no estén desembolsadas todas las rentas en el momento de nacer el dominio sobre los bienes cedidos, según preceptúa el artículo 51 del Reglamento.

Damos fin a esta crítica diciendo que no consideramos acertada la redacción del párrafo noveno del artículo 15, por entender que debería ordenar la liquidación simultánea de las liquidaciones por pensión y por cesión de bienes por las siguientes razones:

A) Porque debiendo liquidarse en todo caso por el valor de los bienes y no por su precio, no puede estimarse motivo de aplazamiento que el precio sea incierto (número 9.º del artículo 15, en relación con los artículos 57, 60, 62 y concordantes).

B) Que al no hacerse el total desembolso en el momento de efectuarse la tradición de los bienes cedidos, tampoco es motivo de aplazamiento de la liquidación de cesión, en virtud de lo dispuesto en el número 1.º del artículo 51 del Reglamento del Impuesto.

C) Que no cabe paridad, ni el legislador la pretendió, entre la cesión de bienes a cambio de renta o pensiones y la constitución de Derechos reales comprendidos en el artículo 65 del Reglamento.

D) Que tampoco cabe establecer analogía o similitud en los casos de división del dominio pleno, en usufructo y nuda propiedad, como vimos al principio de este trabajo.

E) Que el aplazamiento de liquidación, concedido en el pre-

cepto que examinamos, puede ocasionar un perjuicio posible y probable para el Tesoro, en el caso de enajenarse los bienes adquiridos por el cessionario obligado al pago de la pensión, si la enajenación se efectúa antes del fallecimiento del pensionista.

F) Que huelga decir que su aplazamiento no se acuerda a virtud de lo dispuesto en el artículo 57, pues si así fuera no tenía necesidad el legislador de disponer cosa alguna en el precepto que examinamos.

Y llegamos a lo que es parte final de este estudio, o sea:

V

INTERPRETACIÓN DEL PÁRRAFO 9.^o DEL ARTÍCULO 15 DEL REGLAMENTO DEL IMPUESTO EN LA TRANSMISIÓN DE BIENES ADQUIRIDOS POR CESIÓN, A CAMBIO DE RENTA A FAVOR DEL CEDENTE

Dicho párrafo dice: "9.^o Si la pensión se constituye en cambio de la cesión de bienes, hecha por el pensionista al que haya de satisfacerla, se practicará una liquidación al 6 ó al 3 por 100 del valor de los bienes cedidos, según sean inmuebles o muebles, y otra por el capital de la pensión, conforme a las reglas precedentes. El pensionista pagará el importe de los derechos que le correspondan, y el capital base de esta liquidación será baja del que sirva para exigir el impuesto al cessionario, quien vendrá obligado, al extinguirse la pensión, a satisfacer el correspondiente al capital que le hubiere sido deducido."

Es decir, que como afirma Rodríguez Villamil en la página 156 de la segunda edición de 1948 de su obra "Sobre legislación del Impuesto de Derechos reales", comentada y concordada: "Si el capital de la pensión fuese igual o mayor que el valor de los bienes, éstos no causan liquidación al constituirse la pensión, pero sí la causarán en todo caso al extinguirse, sobre la base del valor que resulte sin liquidar, según que el capital de la pensión haya sido menor o no que el valor de los bienes."

De su lectura y del comentario antedicho, fácilmente se alcanza que su interpretación no ha de ofrecer dudas, si los bienes cedidos continúan en poder del primer cessionario, obligado al pago de la pensión.

Las dudas se suscitan cuando el primer cessionario enajena los bienes adquiridos por tal título antes de ocurrir el fallecimiento del pensionista: La solución ha de buscarse—a nuestro entender—determinando el momento de extinguirse la pensión.

El capítulo IV del título XII del libro IV, del Código civil, que regula el contrato aleatorio de renta vitalicia, determina la constitución de la renta, pero no habla de las causas de extinción, aunque del examen exegético de los artículos 1.803 y 1.805 del Código civil puede llegar a la afirmación de que la pensión se extingue por el fallecimiento de la persona o personas favorecidas con la pensión; pero, además, entendemos que se extinguirá también por las causas generales de extinguirse las obligaciones, en cuanto sean aplicables a esta clase de obligaciones que nos ocupa. Por eso, examinando los artículos 1.156 y siguientes del Código civil, que tratan de la extinción de las obligaciones, podremos afirmar: A) Que por el pago se extinguen las pensiones debidas, pero no las futuras que dependen de un hecho futuro e incierto. B) Que la pérdida de la cosa debida no puede darse en la extinción de las pensiones que examinamos. C) Que la condonación de la deuda cabe por renuncia del pensionista a las pensiones estipuladas, en cuya renuncia, admisible en términos generales, no nos vamos a detener, por no tener trascendencia en la cuestión que debatimos. D) Que la confusión de derechos y la compensación también pueden originar la extinción de la pensión, pero tampoco nos detenemos en ellas por no afectar a lo que examinamos. Y, finalmente, E) *Por la novación*, que es la causa de extinción aplicable a los supuestos que examinamos.

Los casos de novación, son según el artículo 1.203 del Código civil: Primero, por variación de su objeto o condición principales; segundo, por sustitución de la persona del deudor, y tercero, por subrogación de un tercero en los derechos del acreedor.

Únicamente el caso segundo es aplicable a los supuestos que examinamos, y dada la redacción del artículo 1.205 llegaremos a las siguientes:

VI

CONCLUSIONES

1.^a Que deberá girarse la liquidación aplazada de cesión de bienes, en el supuesto primero; es decir, cuando el segundo cessionario acepte la subrogación en el pago de la pensión y el pensionista comparezca en la escritura y dé su conformidad al cambio de persona obligada al pago de la pensión.

2.^a Que en el segundo supuesto, o sea, cuando el segundo cessionario

nario acepte la subrogación en el pago de la pensión, pero el pensionista no comparezca en la escritura, y, por tanto, no sepamos si acepta o no la subrogación. Entonces, únicamente se girará la liquidación aplazada de cesión, cuando documentalmente, bien sea a virtud de documentos presentados a instancia de parte u obtenido de oficio, se pueda acreditar la aceptación expresa.

3.^a Que en el último supuesto, o sea cuando el transmitente de la finca siga con la obligación de pagar la pensión, el liquidador tendrá que respetar el aplazamiento de la liquidación por cesión de bienes a que venimos refiriéndonos, sin poder evitar un evidente y probable perjuicio para el Tesoro, estando dentro de lo posible y probable que el importe de la liquidación de transmisión de dominio al primer cesionario, que fué aplazada, no se llegue a ingresar en las Arcas del Tesoro, ya que el primer adquirente, a quien al principio de nuestro escrito hemos llamado B), puede quedar insolvente, sin que se pueda hacer efectiva la responsabilidad, por razón del Impuesto, sobre los bienes cedidos, por haber pasado éstos al dominio de persona, que si adquirió de buena fe no debe cargar con tal responsabilidad.

Tratándose de bienes muebles, los casos de fraude para el Tesoro serán numerosos, pero aún en la transmisión de inmuebles, repitiendo lo que antes hemos dicho, recalcamos que la defraudación al Tesoro podrá ocurrir cuando los referidos inmuebles hayan sido adquiridos por tercero amparado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, conforme expresamente exceptúa el artículo 56 del nuevo Reglamento del Impuesto, y sin que puedan evitar este perjuicio los artículos 194 de la Ley Hipotecaria y 271 del Reglamento para su ejecución.

/

MARCIAL RIVERA,
Registrador de la Propiedad.

Las «cláusulas de estilo» y el contador partidor

Al revisar la literatura jurídica a la busca de algún dato que añadir a mi próximo libro sobre el derecho de sucesiones, me encuentro con la sorpresa, siempre grata, de un artículo o "nota concentrada", como la llama su autor, el Sr. González Palomino, Notario de Madrid, inserta en el tomo II de los "Anales de la Academia Matritense del Notariado", correspondiente al año de 1946, donde aparece en las páginas 579 y siguientes, bajo el epígrafe general de "Estudios de arte menor sobre el derecho sucesorio", y el subtítulo particular que ampara este trabajito de "Una nueva cláusula de estilo: la de no estorbar".

El brevísimo estudio del Sr. Palomino (sólo consta de ocho páginas) redactado con el peculiar estilo de su autor, merece, no obstante su brevedad, el trabajo de un comentario, porque todo lo que sea, o pretenda ser una aportación al derecho, desperta el interés y mueve la atención de cuantos por devoción innata, que ha hecho madurar el ejercicio de la Carrera, vivimos consagrados al análisis y solución de los variadísimos problemas que plantea la vida jurídica.

De conformidad con este axioma, en la obra que proyectamos se hacen las correspondientes referencias a la del Sr. González Palomino; pero como éstas tienen que ser breves en razón a la generalidad de nuestro trabajo, y hasta es muy posible que no lleguen a conocimiento del "gran público", que más se pone en contacto con la Revista que con el libro, aprovechamos las columnas de ésta para la ejecución de nuestro fin, debiendo entenderse que cuanto decimos en este artículo está inspirado en la más objetiva imparcialidad, según el conocimiento que adquirimos en esta clase de temas, y sin que nos desagraden las innovaciones, pero siempre que se logren con arreglo a aquella línea de conducta, para nosotros la más perfecta, que arrancando del pasado

toma el presente como basamento para desde él poder atalayar y preparar el porvenir.

La obra del repetido Sr. González Palomino tiene mucha más amplitud que la que pudiera deducirse de la simple lectura de su epígrafe, puesto que con ocasión de analizar un tipo de problemas propios del derecho sucesorio, cuales son los derivados de la intervención del contador partidor en el acto particional de la herencia, da lugar al planteamiento de otros de no menor envergadura, como los referentes a la naturaleza y virtualidad de las tituladas "cláusulas de estilo", a las que nuestro compañero otorga una relevancia que, a nuestro juicio, no tiene confirmación ni en la práctica ni en la Ley.

De todas estas cuestiones y de alguna más que se le ocurre al mencionado autor, hemos de ocuparnos en el presente trabajo, permitiéndonos recomendar para cubrir las lagunas que en él se advierten la lectura de nuestro libro de referencia, donde se podrán hallar los datos históricos y jurídicos que se precisen para dar por bien madurado y razonado el tema; dicho sea por vía de información y sin faltar a la modestia.

* * *

Por "cláusulas de estilo" entiende el Sr. Palomino, que en este aspecto sigue la trayectoria marcada por José María Farré y Morego en su conferencia ante la citada Academia Matritense en el curso de 1944-45, "los pactos o disposiciones, que generalmente por iniciativa del Notario, se aceptan por las partes y se incrustan en todos los documentos de un determinado tipo", teniendo por objeto—según nos ilustra su autor—"substituir una norma de derecho dispositivo por una norma convencional, llenar una laguna de la Ley, desplazar una presunción de derecho o rectificar una interpretación de jurisprudencia"

Cuando las "cláusulas de estilo quedan amojamadas, y, por consiguiente, muertas", se convierten en cláusulas formularias.

El optimismo del Sr. González Palomino a este respecto es tan insigne que estima que los Notarios somos "en la vida jurídica actual los herederos de los jurisconsultos romanos y los que más creemos en la eficacia creadora de la técnica jurídica"

Respondiendo al mismo pensamiento, aunque con mayor amplitud en su radio de acción, Pascual Serres, en artículo publicado en la *Revista Jurídica de Cataluña*, correspondiente al número 411, año de 1947,

bajo el título de "El Congreso de Zaragoza y la evolución de la Jurisprudencia", se lamenta de que ésta no haya tenido en cuenta la labor del precitado Congreso, si bien afirma su confianza en que no tardarán en reaccionar nuestros Tribunales con arreglo a las conclusiones entonces aprobadas.

Pero a uno y a otro da respuesta firme y concluyente D. Rafael Rubio, Presidente de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, en discurso pronunciado ante los aspirantes a la Escuela de la Judicatura, a cuya lección de magnífico sentido jurídico y de certera visión de la realidad, pertenecen estas frases: "Vuestras sentencias han de estar bien fundadas de doctrina y de acierto, muy claras, huyendo del barroquismo, que en el arte se podrá estimar, mas no en las resoluciones judiciales, que deben ser de pristina diafanidad, *sin citas de autores y si tan sólo apoyadas en la Ley y en la Jurisprudencia* "; las dos fuentes que, juntamente con la costumbre, son admitidas como base del Derecho, según consagra la tradición y reitera Savatier en su "Curso de Derecho Civil", tomo II, segunda edición, publicada en 1947 y representando, por lo tanto, una de las obras más modernas escritas sobre el particular.

El Notario no es un jurisconsulto, sino un jurisperito o un profesor en Derecho, como dice el Reglamento Notarial, interviniendo en este concepto como mentor o consejero de las partes; pero esta misma función excluye la jurisprudencial, porque la jurisprudencia no aconseja, sino que resuelve, no dirige, sino que dirime, con todas las diferencias técnicas, jerárquicas y prácticas que median entre ambas actividades.

La historia, y aun la simple etimología de las palabras, acreditan las diferencias que señalamos. Así, el jurisperito es la persona que con conocimiento o pericia del Derecho pone sus servicios a disposición de los que le requieran, mientras que el jurisconsulto—de *iures* y consulta—era entre los romanos el técnico cuyas contestaciones tenían fuerza de Ley a partir de Adriano, siendo preceptivas para los jueces siempre que estuvieran firmadas y signadas por su autor, conforme a la legislación de Augusto, e integrando una de las fuentes del Derecho: el *ius nom scriptum*.

Examíñese y considérese el estado actual de las instituciones y veámos en cuál de las dos categorías—jurisconsultos y jurisperitos—corresponde encuadrar nuestra actividad profesional. Por mucho amor que sintamos por la Carrera, y le sentimos como el primero, nuestra pasión no puede llevarnos al extremo de atribuirnos una competencia

de que a todas luces carecemos, suponiendo que el instrumento público es fuente del Derecho, con virtualidad bastante, como dice el Sr. Palomino, para producir "una jurisprudencia y hasta una norma legal nuevecita", porque esa extensión e involucración de funciones—la notarial y la jurisprudencial—con ser ineficaz, expone a la escritura, a fuerza de querer dotarla de autoridad, a los peligros de una impugnación, con lo cual se le arrebatan o cercenan aquellas mismas garantías de que queremos verla rodeada mediante la estabilidad y seguridad de las relaciones jurídicas que en ella se contienen.

Las cláusulas de estilo, en cuanto quedan reducidas a su verdadera misión, que es la de resumir en fórmulas sintéticas todos los requisitos que deben acompañar a los instrumentos públicos, estereotipados de aquella manera para evitar olvidos que puedan determinar la nulidad del documento o la indefensión de cualquiera de los presupuestos legales o convencionales, tienen una existencia reconocida en nuestros despachos; pero en cuanto se suponga que mediante ellas se crea y elabora el Derecho, incluso contra el mismo Derecho constituido, la tenemos por una teoría expuesta a muchísimos errores.

Lo que sucede en este aspecto es que se olvida distinguir a la manera clásica, porque parece que todo lo clásico se halla hoy en decadencia, sumido por un espíritu renovador iconoclasta, entre los requisitos esenciales, naturales y accidentales de los contratos, cuando sobre éstos versa el documento público; porque observada esta distinción se echa de ver en seguida que las cláusulas de estilo que pudiéramos llamar vivas hacen referencia a los requisitos accidentales, y las muertas o "amojamadas" a los naturales, cuya omisión en la escritura puede y debe hacer el Notario, salvo pacto expreso de los otorgantes en contra, pues en el silencio de éstos se aplica en su integridad el texto de la Ley.

Así nos lo demuestra la enumeración que Palomino hace de las cláusulas de estilo que tiene por caducas, tales como la de estar a derecho en los poderes; la de evicción y saneamiento en la compraventa; la de la revocación de los testamentos anteriores, etc., etc. Estas cláusulas no han dejado de utilizarse—como afirma aquel compañero—"después de haber provocado su efecto útil", porque explicado así el proceso jurídico pudiera creerse que el legislador tomó del Notario el precepto, resultando que la evicción y saneamiento, por ejemplo, o la revocación de los testamentos anteriores por los posteriores perfectos, etc., fueron circunstancias que no se daban en el Derecho hasta que al feda-

tario no se le ocurrió introducirlas en el primer documento autorizado por él y reiterarlas en los sucesivos, con lo cual tendríamos que el intérprete había sido anterior a la Ley, incurriendo en un grave dislate cronológico y jurídico.

La mayor parte de las cláusulas "amojamadas", esto es, sin eficacia particular o sin relevancia alguna, puesto que respecto de ellas sólo es preciso consignar la excepción, ya que en su ausencia se aplica la norma legal, corresponden a las que el autor del "Exemplarium de instrumentos públicos" llama "fórmulas rancias de Notario antiguo". Muchas de ellas mueven el ánimo a regocijo, y su superación (que en este caso equivale a supresión) se debe al progreso operado en la técnica de nuestra profesión y a la mayor depuración académica de sus componentes, puesto que el Notario, que es profesor de Derecho, es también maestro en el arte difícil de redactar los instrumentos que se le encomiendan, con expurgación de las formas arcaicas que antes les regían y perfecto sentido jurídico de lo que es preciso consignar en ellos y de lo que se puede omitir, por estar comprendido en la misma naturaleza del acto o contrato, según las prescripciones de la Ley.

* * *

Lo expuesto, que sólo sirve de exordio, tiene por objeto abocar el estudio de la partición, hecha por comisario, aceptando la cuestión en el mismo punto donde el Sr. González Palomino ha querido plantearla, o sea con ocasión o motivo del análisis de las "cláusulas de estilo"; porque es efectivamente al tratar de este tema cuando nuestro compañero arbitra la fórmula que titula de "no estorbar", por cuya virtud los herederos podrán realizar la partición, aun en el caso de existir comisario nombrado por el testador, siempre que entre aquéllos medie la necesaria unanimidad de criterio, entendiéndose que mientras éste subsista el referido contador quedará en suspenso en el ejercicio de sus facultades, no corriendo respecto de él los plazos previstos por el Código civil o por el causante.

Sobre la base de que las cláusulas de estilo tienen eficacia bastante para derogar la jurisprudencia o para crear normas legales totalmente nuevas, con anulación, como es natural, de las precedentes, el Sr. González Palomino propone la inscripción en los testamentos que se autoricen de la cláusula que queda reseñada, a fin de desbordar y anular por tal procedimiento el criterio que la Dirección General, y en su parte

más importante el Tribunal Supremo, sostiene sobre este punto.

Como ambas cuestiones aparecen estrechamente conectadas en la mente y en la dialéctica del autor, nuestro primer intento—ignoramos si lo hemos conseguido—ha sido el de situar la virtualidad de las cláusulas de estilo en el lugar que les corresponde como requisito previo para ver si son capaces o no de producir los efectos que González Palomino las atribuye: el de constituir creaciones jurídicas nuevas, elaboradas por el Notario al margen de la norma legal vigente o jurisprudencial, e incluso contra ellas, las cuales, después de haber alcanzado los resultados apetecidos o de "producir sus efectos"—para usar las mismas palabras que emplea nuestro compañero—, pasan a la situación de cláusulas meramente formularias, cuya reproducción en el documento es debida a la rutina.

En verdad que de estas características, aunque solamente en parte, no conocemos, dentro de la escritura pública, más fórmula que la que asegura han sido hechas a las partes las reservas y advertencias legales; porque en sustitución del deber que existió en otro tiempo de relacionarlas particularmente, hoy quedan recogidas de manera sintética en esa frase, formularia y protocolaria, que excusa al fedatario de una exposición prolífica e intrascendente, en ausencia de la cual las partes no pueden alegar ignorancia por aquello de que, con arreglo al artículo 2.º del Código civil, a nadie le es lícito desconocer el Derecho.

Pero insistimos en que no es éste el caso propuesto; porque González Palomino habla de "cláusulas", y éstas corresponden a las estipulaciones o convenciones que los otorgantes establecen en el documento y no al resto de las solemnidades o formalidades propias de su otorgamiento y autorización, a cuyo último grupo pertenece la fórmula relativa a las reservas y advertencias.

Estimando, pues, que se trata de verdaderas cláusulas o estipulaciones acordadas por las partes, cabe sean formuladas las siguientes preguntas:

- 1.º Las tan repetidas cláusulas ¿son capaces de crear derecho?
- 2.º Esta creación ¿puede hacerse en contra del preestablecido, anulándole y sustituyéndole por el nuevo?
- 3.º ¿Qué aplicación tienen estas teorías al caso que estudiamos, o sea al de la partición hecha por los herederos con omisión del contador, nombrado por el causante de la herencia?

De los dos primeros particulares ya hemos hablado: pero ello no

será obstáculo para que en las líneas que siguen procuremos fijar más aún los conceptos.

En el instrumento público no habla el Notario, sino que lo hacen los otorgantes por mediación de aquél, salvo en cuanto a aquellos particulares que, como la fecha y el hecho del otorgamiento, son de la competencia exclusiva del autorizante. Este no "dice", sino que repite lo que los comparecientes "dicen", limitándose en un todo a dar fe.

Percatado de este mecanismo, que es por lo demás conocido y practicado por todos los compañeros, el Sr. González Palomino arbitra en el artículo que comentamos una solución altamente peligrosa, distinguiendo lo que pudiéramos llamar la verdad oficial, que es la que figura en el instrumento como supuesta manifestación de las partes, de la *verdadera verdaq.* integrada por aquellos deseos y proyectos que los otorgantes tienen, pero que quedan inéditos por la interposición del Notario.

He aquí lo que dice el autor sobre tan delicado asunto: "De las voluntades reales de los testadores sabemos los Notarios lo suficiente para dar lecciones. No creo descubrir ningún secreto de Estado si digo que al testador corriente jamás se le pasa por la cabeza nombrar comisario partidor, ni sabe lo que es eso."

Calificamos esta teoría de peligrosa, y ciertamente que lo es; porque si llegásemos a admitir que el testamento o, en términos más generales, la escritura pública, reflejaba la elaboración interna del Notario, ¿qué consecuencias morales, jurídicas y prácticas habría que deducir? En primer término, a no dudarlo, la declaración de nulidad de un instrumento público, en que el fedatario había tomado parte tan activa.

Si el "testador corriente", con lo que se hace referencia al otorgante de tipo o cultura media, no sabe de contadores partidores, ¿qué puede saber de legítimas, mejoras, tercio libre, usufructo, nuda propiedad, cuota vitalicia, condiciones y sustituciones y, en una palabra, de toda la mecánica, realmente compleja, que regula todo el derecho de sucesiones? O ¿es que su ignorancia no alcanza más que a desconocer la naturaleza y función del contador partidor, manifestándose en cuanto al resto como un consumado profesor en Derecho?

Luego si aceptamos el principio tenemos que admitir sus consecuencias, y siendo así que, al parecer, el contador es nombrado por iniciativa del Notario, a su iniciativa se podrá atribuir lógicamente el resto de las cláusulas, que como pretendidas manifestaciones de la voluntad del

otorgante figuran en el testamento. De aquí a la falsedad en documento público, salvo que el excesivo rigor profesional nos obceque, no media más que un paso.

Pero no. Felizmente para todos—para la Justicia en primer término, para el público y para el mismo funcionario—no hay más verdad verdadera que la verdad oficial, y el testamento—al igual que el resto de los instrumentos públicos—refleja la auténtica voluntad del causante como suprema ley de la sucesión.

Lo que ocurre es que en este caso, como acontece normalmente en los demás, el Notario ha de servir de expositor del Derecho ante los otorgantes, desarrollando un curso sintético de los particulares relacionados con el documento que va a autorizar. Pero sin que tal exposición integre sugerencias, y mucho menos sugerición que coarte, límite, condicione, ni siquiera influya directa ni indirectamente en el pensamiento de las partes, que es el en que en definitiva refleja todo instrumento público.

Ahora, si de la parte interna, que es donde radica la voluntad, pasamos a la externa, representada por las palabras que han de servir para que el público conozca nuestro pensamiento, el Notario, como artífice de la escritura, tiene un campo de acción más amplio, escogiendo en su calidad de jurisperito y depositario de la confianza de las partes aquellas expresiones que, según su ciencia jurídica, corresponden con toda propiedad y escrupulosidad al deseo manifestado por los otorgantes.

Así, pues, si quisieramos hacer alguna concesión en este sentido, podríamos decir—creyendo que con esto no hacemos más que ratificar la única doctrina ortodoxa que existe sobre la materia—que el fondo del documento es siempre del que le otorga, y la forma, del Notario autorizante; pero sin que la forma, salvo vicio de nulidad, pueda afectar para nada al fondo al separarse de él por exceso o por defecto, imputable al fedatario.

Supuestas estas verdades, que para nosotros tienen el carácter de inconcusas, según el ejercicio que llevamos hecho de la carrera, es evidente que si las cláusulas de estilo tuvieran eficacia bastante para crear un Derecho nuevo o para derogar el vigente y la jurisprudencia que le interpreta, ese mérito habría que concedérselo a los otorgantes, que son los autores subjetivos de aquéllas, y no al Notario, que, como dejamos expuesto, no "dice", sino que reproduce lo que otros "dicen", manteniéndose volitivamente al margen del documento.

En este concepto, y supuesto que la misma cláusula se repita una y otra vez ante distintos fedatarios y en diferentes regiones, viene a quedar equiparada a la costumbre, y como tal es capaz de producir efectos jurídicos al alcanzar la categoría de fuente del Derecho. Pero la costumbre, por su propia naturaleza, emerge del pueblo y tiene un sentido de universalidad que es incapaz de proporcionarle ningún particular, por muy destacado y conspicuo que sea.

* * *

Las teorías de González Palomino no se formulan arbitrariamente, sino que persiguen, como es natural, un designio, un objetivo; porque desde el momento en que las cláusulas de estilo, y más concretamente la de designación de contador partidor, sean una creación meramente notarial, ajena en su esencia y sustancia a la voluntad del causante, aunque éste las convalide luego con su aprobación y firma, la cláusula de referencia carece de respetabilidad, y debe entenderse que en el supuesto de un conflicto entre el contador y los herederos ha de prevalecer la opinión y actuación de éstos, toda vez que el comisario fué nombrado en interés y para el servicio de aquéllos y no en el suyo personal, como dice Palomino.

En efecto; siendo ésta la "voluntad verdadera" del testador, ¿por qué dar a la institución un alcance que el causante no ha querido atribuirle, y del que sólo quedó revestido por una "oficiosidad" del Notario?

Si la base de este razonamiento fuese cierta, lo serían también sus consecuencias; pero ya hemos visto que aquella base no puede ni debe tenerse por tal, porque con ello se afectaría a la integridad del instrumento y a la seriedad del fedatario, dejando a ambos elementos en situación harto precaria.

A parte esto, el Sr. González Palomino calcula que en el nombramiento de comisario no intervienen más que dos grupos de intereses: los de éste y los de los herederos, olvidando por consiguiente el único que realmente preside y gobierna la sucesión: el del testador. Toda la historia del albaceazgo, del cual deriva el contador partidor, y todas las opiniones que se sostienen sobre su naturaleza, con la excepción de algún parecer aislado, que en nada resta autoridad al criterio comúnmente admitido, confirmán que el comisario—nombre que se aplicó al

albacea o ejecutor testamentario, como dice Lomonaco, a partir del siglo XII—es un mandatario del testador, integrando su designación un mandato póstumo, según estima la doctrina francesa—Planiol, Braudry, Colin, Aubry et Rau, etc.—, reitera la italiana—Ascoli, Costa, Rizzi, etc.—, confirma la portuguesa—Paulo Mereia, Cunha Gonzalves, Pires de Lima—y tiene reconocido nuestro Tribunal Supremo en numerosas sentencias.

Es éste uno de los problemas que tratamos en nuestra obra ya aludida, "El ejecutor testamentario en el Derecho comparado", cuya lectura nos hemos permitido recomendar, y considerando que allí se halla suficientemente debatido y aclarado este punto, nos limitaremos en el presente artículo a consignar las conclusiones a que han llegado la doctrina y la jurisprudencia sobre esta materia, cuya diversidad de aspectos puede apreciarse en el "Derecho civil", de Roguin, donde se contiene un resumen de las opiniones más autorizadas.

Dicho resumen puede formularse así:

1.^a El ejecutor testamentario y, por consiguiente, lo mismo el simple albacea que el contador partidor, es un mandatario póstumo del causante.

2.^a Como tal mandatario, es al testador a quien representa, y no a la sucesión, como quieren algunos, o a los herederos, según afirman los demás, actuando en el cumplimiento de su encargo con independencia de los intereses de éstos, siempre que se ajuste al interés superior del causante, en cuyo obsequio o para cuyo beneficio fué creada la institución.

Es esto tan cierto, que cuando se estudia el origen del albaceazgo se ve que, aparte otros precedentes más remotos, que no son del caso, su fundamento se halla precisamente en un *interés opuesto* al del heredero, cual fué el de velar por el cumplimiento de los legados y mandas piadosas establecidas por el causante, en cuyo concepto aparece recogida y divulgada la institución por el Derecho canónico, conforme explican Baudry, Planiol, Sánchez Román, Manresa, etc., y viene siendo sancionada por el Derecho español desde el Fuego Juzgo y el Código de Partidas hasta la legislación de nuestros tiempos.

Tenemos, pues, por errónea la tesis que al hablar de intereses con referencia al nombramiento de contador o comisario de la sucesión no columbra ni aprecia más interés que el del propio comisario o el de los herederos, siendo así que los de todos ellos se hallen supeditados y su-

bordinados—absorbidos podríamos decir—a otro superior, que es, además, el único que realmente rige con poder imperativo: el del testador.

Para llegar a tales conclusiones es preciso recordar que si la práctica y la jurisprudencia han extendido las facultades del albacea—acaso con poca propiedad, pero con reiteración que no deja lugar al equívoco—al contador partidor, la recíproca que se ha producido es necesariamente cierta, de tal modo, que también el comisario queda autorizado de por sí para desempeñar las funciones que los artículos correspondientes del Código civil atribuyen a los albaceas, en los cuales se advierte perfectamente la existencia de un interés ajeno al de los herederos, e incluso opuesto al de éstos, pero que no es tampoco del comisario, sino personal del causante o general de la sucesión.

Analícese el artículo 901 del Código civil, análogo a los correspondientes de los demás Códigos europeos del mismo tipo, y se comprobará lo que decimos, porque ni en la organización del entierro y funerales del causante, ni mucho menos en el pago de los legados que haya dejado dispuestos, existe interés—como no sea moral—de parte de uno o de otros—del albacea o de los herederos—, sino, repetimos, de las personas favorecidas con esas instituciones o del buen nombre y memoria del testador, cuando se trata de las exequias y sufragios por su alma.

Ni aun en el supuesto de que el heredero sea único desaparece ese interés, pues no habiendo herencia sino en lo que los créditos superen a las deudas, el activo al pasivo la determinación y amortización de éste es asunto en que está especialmente comprometido el recuerdo del causante; y es lógico, o por lo menos verosímil, que éste quiera substraer la práctica de tales operaciones a la iniciativa del heredero, calculando, y no sin fundamento, que el interés de éste es opuesto al suyo, al menos desde el punto de vista estrictamente económico.

Razonando así, que es como razona la jurisprudencia, según se deduce de sus fallos, los herederos no pueden proceder a la partición de bienes mientras exista un comisario encargado de ello y éste se halle dentro de plazo. Y tan general es esta norma, que ni aun en la hipótesis de que se promueva el juicio voluntario de testamentaría por los herederos forzados, caduca el cargo de contador, pudiendo éste, al margen del proceso, realizar la partición.

Así lo establecen diversas sentencias del Supremo, algunas de contemporánea actualidad, cuya relación podrá encontrarse en la obra a

qué hemos hecho referencia. El fundamento de estas sentencias—al decir de las mismas—se halla en que "la voluntad del testador es la ley de sucesión" y, por consiguiente, a esa voluntad deben atemperarse todos, incluso el Juzgado, siempre, a su vez, que dicha voluntad se ajuste a la Ley en lo que ésta tiene de preceptivo u obligatorio.

Pero la voluntad que conste en el testamento, que es la única favorable y la única, por tanto, que puede tenerse por verdadera. No ese otro tipo de voluntad que nos descubre el Sr. González Palomino como propia del testador, y que por no tener constancia alguna es absolutamente inoperante.

Lo que sucede, en cambio, es que la jurisprudencia, especialmente la de la Dirección General, se ha manifestado demasiado celosa en la guarda y defensa del criterio que comentamos. Y sobre la base de que es el contador, caso de haberle, el que tiene que hacer la partición, prohíbe la intervención en el acto de los herederos por el único medio que tiene a su alcance, o sea, por el de impedir la inscripción de las particiones hechas en el Registro.

Este sistema, cuya severidad se acredita en la Resolución de 2 de junio de 1945, no puede merecer la aprobación del jurista, porque no hay nada, ni en la naturaleza ni en la Ley, que se oponga a la participación de los herederos en el acto particional, encontrándola, por lo contrario, elogiable y recomendable, ya que mediante esa colaboración y subsiguiente aprobación se presta a las particiones una estabilidad jurídica y procesal de que en otro caso carecen.

Pero debemos tener en cuenta que toda alarma en este sentido es excesiva, puesto que las Resoluciones de la Dirección, como dice Ignacio Caso reproduciendo conceptos de D. Jerónimo González, no crean jurisprudencia. Y como la dictada por el Supremo—único órgano con competencia para ello—es mucho más benévolas y tolerante en este punto, si nos apoyamos, además, en la razón natural, que en nada se opone al mecanismo que propugnamos, veremos que es incontrovertible el triunfo del derecho, teniendo por tal la validez de las particiones hechas por los herederos y albaceas de común acuerdo, o realizadas por éstos y aprobadas por aquéllos, según acontece infinitas veces en la práctica notarial.

Ahora bien: como reacción concreta contra la Resolución anotada, el Sr. González Palomino divulga y recomienda la inserción en los testamentos de la cláusula de su inventiva, a la que, mediante la oposi-

tuna generalización, aspira a ver transformada en "cláusula de estilo".

Ya hemos visto que las razones en que apoya la existencia de este tipo de cláusulas no son exactas. Tampoco son exactos los fines que se les atribuyen, en cuanto se estime que por ellas se puede derogar un precepto legal o jurisprudencial y establecer otro nuevo que les sustituya, porque ese efecto ni pudo ni puede ser el propio de las cláusulas de estilo, según los modelos que de ellas nos ofrece el autor, y más propiamente, según el orden jurídico que nos rige, en la cual la función legislativa se halla reservada a los órganos que ejercen funciones de gobierno.

Pero el problema, a nuestro juicio, estriba en algo muy distinto y, desde luego, muchísimo más sencillo de lo que argumenta y razona para el caso nuestro compañero: estriba en saber si la fórmula testamentaria arbitrada por el Sr. Palomino se opone o no a algún precepto legal, porque en cuanto no exista esa oposición se tratará de un recurso o habilidad profesional ideada para soslayar los inconvenientes que se quieran atribuir a la Ley, protegiendo los particulares intereses de los herederos sin quebranto de aquélla y sin dejar defraudados o perjudicados los designios del testador, que es el que, en definitiva, ordena la última voluntad según su criterio y deseo.

Nos encontraremos, pues, en este punto frente a una cuestión que podríamos calificar de "régimen interno", esto es, de la iniciativa exclusiva del causante de la sucesión, porque siendo su voluntad la que rige el mecanismo de la transmisión hereditaria, con las salvedades o reservas, según hemos dicho, que a este respecto impone la Ley, si ésta se manifiesta favorable o simplemente indiferente ante el acto que se proyecta, no habrá dificultad alguna para que el otorgante lo ordene y el fedatario lo autorice con su signo y firma.

Pero no nos cansaremos de repetir que la validez del supradicho acto requiere inexcusablemente que sea personal del testador y no sugerencia del Notario, pues aun admitiendo y valorando la intervención que a éste le incumbe en el documento como "consejero de familia" o director de las partes, encargado de dar forma y trasladar a la escritura el pensamiento de éstas, se hace preciso mantenerse especialmente severo y vigilante sobre este punto, ya que de la sugerencia a la sugerencia no media más que un paso, y una vez salvada esa breve distancia, el fedatario se convierte en otorgante, de simple autorizante que es y debe ser.

La fórmula del Sr. González Palomino parece adolecer de este sustantivo defecto, máxime cuando él mismo se atribuye su paternidad bajo las afirmaciones que siguen. "he inventado y puesto en circulación *mi cláusula*"; pues es evidente que siendo del Sr. Palomino no puede ser de los demás, y mucho menos de los testadores, que son, sin embargo, los verdaderos protagonistas del acto. El pronombre *mío* es posesivo, y la posesión excluye por naturaleza a todos en el goce de la cosa, menos a su propietario.

Pero supongamos que esa manera de expresarse por parte de nuestro compañero no es completamente feliz; que la iniciativa del acto procede del otorgante y no del Notario, o, en todo caso, que aun procediendo de éste es prohijada por el primero como si se tratara de un pensamiento propio, con lo cual queda redimido de los vicios de origen que pudieran atribuirsele, y sobre tales bases examinemos el problema en su aspecto fundamental: el de la compatibilidad o incompatibilidad de la tan repetida fórmula con los preceptos legales, para deducir de ahí su validez o nulidad en el campo de lo jurídico.

La cláusula de referencia establece un orden de prelación entre los herederos y el comisario en cuanto a la práctica de las operaciones particionales; si aquéllos están de acuerdo para realizarlas, el último no interviene en su formalización, quedando en suspenso los poderes que se le otorgaron y sin correr el plazo señalado por la Ley o concedido por el testador. Por lo contrario, si no existe el mencionado acuerdo o éste se malogra en cualquier momento de la partición, al comisario incumbe practicarla, ajustándose para ello a la voluntad del causante y haciendo caso omiso del parecer de los interesados en la herencia.

Aun con menos claridad que la expuesta, el Sr. González Palomino recoge en su cláusula una tercera hipótesis: la de que todos (herederos y comisario) ejerciten simultáneamente las facultades particionales que les hayan sido conferidas.

La relación de antecedentes que precede nos permite formular la siguiente pregunta: ¿Serán válidas esas disposiciones una vez que sean ordenadas por el testador? El punto de partida es siempre el mismo: su voluntad es, dentro de los límites legales, la ley de la sucesión.

Examinado el Código civil, se ve que nada se opone en él a este modo particular de ordenar la última voluntad. La jurisprudencia, por su parte, habla de que los herederos no pueden intervenir en la partición cuando existen albaceas encargados de realizarla y éstos se hallan

dentro de los plazos de competencia que les han sido atribuidos; pero en este punto, tanto el Supremo como la Dirección General se refieren al silencio del testador, suponiendo que nada particular ha estatuido, por cuya razón debe interpretarse su deseo pura y simplemente, o. lo que es lo mismo, como propósito de apartar a los herederos de tales actos, según la interpretación que clásicamente se hace de la Ley.

Pero cuando la voluntad del otorgante consta de una manera expresa en sentido contrario, ¿se podrá cumplir?

Si quien puede lo más puede lo menos, he aquí cómo acontecen las cosas en el orden volitivo, con efectos en el jurídico:

El testador puede encomendar la simple facultad de hacer la partición a cualquiera persona que no sea uno de los herederos, dice el artículo 1.057 de nuestro Código civil. Y el 1.058 añade que "si el testador no hubiese hecho por sí mismo la partición ni encomendá-cíosela a otra persona, podrán ejecutarla de mutuo acuerdo los herederos mayores de edad". De aquí resulta, por consiguiente, que la partición puede ser hecha: 1.º, por el causante; 2.º, por el comisario o contador, y 3.º, por los herederos.

Pero la partición no es acto unitario, sino que está integrado por una serie o conjunto de ellos (inventario, avalúo, liquidación, división, adjudicación, etc.) que reciben su unidad del negocio jurídico a que se refieren. Por lo demás, no existe ningún inconveniente para que el testador verifique parte de los actos partionales o realice una partición incompleta, como cuando determina en su testamento los bienes que se han de adjudicar a éste o al otro heredero para pago total de su haber o del que le corresponda por un señalado concepto, según suele acontecer, tratándose de herederos forzados, respecto al tercio de mejora y más particularmente al de libre disposición.

La institución de legatarios en cosa cierta y determinada pertenece también a los actos de este tipo.

Ahora bien: cuando el testador, como en los casos que preceden, hace un ejercicio parcial o incompleto del derecho que le concede el artículo 1.056 del Código civil, ¿quiénes sino los herederos o el comisario, cada cual en sus respectivas hipótesis, serán los encargados de completar y perfeccionar la partición que aquél no hizo, aunque dejó en su testamento iniciada?

Vemos, pues, cómo la actuación del testador no inhabilita o imposibilita la de los demás interesados en la sucesión, porque tratán-

dose de una serie de actos concurrentes al mismo fin, no hay incompatibilidad legal ni material entre los que les realizan.

Pero siendo así en este caso, ¿ocurrirá algo distinto en los demás supuestos que se puedan arbitrar? ¿En virtud de qué principio moral o legal? En virtud exclusivamente de la voluntad presunta del causante, que cuando nombra contadores sin otras reservas se entiende que ha querido excluir a los herederos de la partición, según dejamos dicho. Pero cuando esa voluntad consta clara y terminantemente en sentido opuesto, ¿qué precepto legal se puede invocar para seguir afe rrado a la idea de la recíproca exclusión de unos por otros? A nuestro juicio, ninguno.

El testador, que tiene facultades para otorgar todas las que quiera a sus comisarios, las tendrá igualmente para condicionarlas y limitarlas hasta dejarlas reducidas a cero, puesto que lo que es potestativo —como lo es el referido nombramiento—, no es dispositivo o imperativo, y así lo acredita el mismo nombre de comisario, que es, en términos jurídicos, "el que ejecuta una cosa o presta algún servicio por cuenta y encargo de otro", la amplitud de cuyas funciones puede ser liberalmente determinada por el comitente, como lo acredita también el artículo 901 del Código civil, cuando al tratar del albacea—cuya similitud con el otro cargo se halla reconocida por la Jurisprudencia— dice que "los albaceas tendrán todas las facultades que expresamente les hubiese conferido el testador. No habiendo el testador determinado las facultades de los albaceas ". De modo, que lo primero a que hay que atender en este punto es a la voluntad del causante, pues expresada ésta de modo inequívoco, constituye la norma reguladora de la sucesión, de la que la partición, tanto en cuanto a su forma como a las personas que deben realizarla, no es sino parte integrante.

Más aún: la posibilidad de ese orden de sustituciones—herederos en lugar de comisario—está prevista por la Ley, con fundamento en que también lo quiso prevenir el testador. Y así, cuando éste señala a sus contadores un plazo para que formalicen la partición, o este plazo es el determinado por el Código, interpretándose su silencio como deseo de no modificarle y de aceptar la sustitución que a la caducidad del término previsto se operará, no cabe duda que es porque la Ley reconoce la validez de este sistema cuando se establece tácitamente: ¿Ocurrirá cosa distinta en el caso de disposición expresa? Evidentemente que no, porque la naturaleza y el fundamento del acto son los

mismos, sin que obste a su aplicación el hecho de que la sustitución se establezca al revés—comisario por herederos—, si es que así lo ordena el testador, puesto que no habiendo precepto legal que lo prohiba, todos sabemos que el orden de factores no altera el producto, siendo este producto la práctica de la partición.

Insistimos en que ni la ley ni la jurisprudencia se oponen a nada de esto. La primera guarda silencio sobre el tema o se expresa en términos que, correctamente interpretados, inducen a la aprobación. Debemos tener en cuenta, en efecto, que donde la Ley no distingue, no es lícito distinguir; que las disposiciones prohibitivas (en el supuesto de que hubiese alguna, que no la hay) deben ser aplicadas restrictivamente, y que el artículo 4.^º del Código habla de la nulidad de los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley, sin que pueda alegarse precepto alguno en el que se impida que el testador encomiende la partición de sus bienes a las personas que quedan indicadas y por el orden que dejamos dicho.

Es más, resultaría pueril y contradictorio que, constituyendo la libertad testatoria una de las conquistas más preciadas del Derecho, y pudiendo el causante, en su virtud, adjudicar sus bienes a quien le parezca, salvo las repetidas reservas que se deben a los herederos forzosos, hubiese de encontrar dificultades y limitaciones en un asunto tan banal como es el de designar las personas que han de intervenir en la partición, o en el modo, tiempo y forma en que éstas han de actuar.

A su vez, las resoluciones de la Jurisprudencia no sirven para el caso, puesto que fueron dictadas en la contemplación del contador ordinario, y es evidente que al cambiarse los términos del problema tiene que cambiar simultáneamente el criterio de nuestros Tribunales.

Por consiguiente, si la Ley no prohíbe ese tipo de cláusulas, que tampoco hallan obstáculo en la Jurisprudencia, se tratará de algo que pudiéramos llamar neutro o inocuo, cuya defensa se hace innecesaria, ya que se defienden por sí como emergente de un acto espontáneo del testador, cuya voluntad regula la sucesión. En definitiva, pues, despojada la teoría de todo aparato dialéctico o literario, veremos que se puede equiparar al clásico huevo de Colón. Pero a un huevo, en todo caso, y si se nos permite esta licencia, que ha de ser puesto por el otorgante y no por el Notario.

Lo heterogéneo de este trabajo dificulta su concreción en algunas conclusiones, pero trataremos de formularlas en los apartados que siguen:

1.^a Las tituladas "cláusulas de estilo", según los modelos que de ellas nos ofrece el Sr. González Palomino, corresponden a los requisitos accidentales de los contratos, cuando versa sobre éstos el contenido de la escritura pública, y su fundamento se halla en el artículo 1.255 del Código. Se trata, pues, más bien de palabras que de conceptos nuevos.

2.^a Dichas cláusulas desarrollan el derecho dentro del Derecho, pero por mucho que se generalice su uso, son impotentes para crearle, porque la función legislativa no compete al particular, sino al poder público, careciendo igualmente de eficacia para suspender o derogar el constituido, puesto que contra él no prevalece el desuso o el uso y la costumbre en contrario, según determina el artículo 5.^o del mencionado Código.

3.^a Las "cláusulas de estilo" que no se oponen a ningún precepto legal, y que por su generalización integran una costumbre jurídica, pueden producir efectos de este tipo, conforme se deduce del párrafo segundo del artículo 6.^o del Código civil; pero para ello es indispensable que no exista esa oposición, pues en otro caso, y por mucho que se extienda su aplicación, caerán bajo la sanción de nulidad prevista en los artículos 4.^o y 5.^o del repetido Cuerpo legal.

4.^a Cualquiera que sea la eficacia que pretenda atribuirse a las mencionadas cláusulas, éstas deben reflejar el pensamiento del otorgante y no el criterio del Notario, por cuyo motivo consideramos nociva y peligrosa la distinción que hace el autor entre la verdad oficial y la verdad o "voluntad verdadera" de las partes.

5.^a La cláusula de "no estorbar", preconizada por el Sr. González Palomino, no se halla permitida ni prohibida por la Ley, de donde debe deducirse su permisión o autorización, porque, con arreglo al artículo 4.^o, únicamente son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley—circunstancia que no se da en nuestro caso—, y porque donde aquélla no distingue no es lícito distinguir, según el viejo y conocido aforismo; pero nos parecen inexactas las razones en que el autor fundamenta esa cláusula y las consecuencias que de la misma pretende extraer.

Temas sobre el Impuesto de Derechos reales

LAS FACULTADES CALIFICADORAS DE LOS LIQUIDADORES

III

Los dos anteriores artículos que, con el precedente encabezamiento, insertamos en los dos números de junio y julio pasados de esta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, los dedicamos á la exposición de antecedentes y al estudio de la verdadera naturaleza jurídica del contrato en cuestión sobre producción y distribución de determinada película cinematográfica. Ahora nos resta dilucidar, en consonancia con el enunciado del tema, cuál sea la actitud que el liquidador tiene què adoptar ante un contrato cuya nomenclatura no encaja en la consagrada en nuestros Códigos sustantivos, ni tampoco, por ende, en la que las normas del Impuesto de Derechos reales y su tarifa tienen establecida, en consonancia, claro está, con aquella nomenclatura.

Antes de entrar de lleno en materia tenemos que salir al paso a la teoría que en el pleito aludido esgrimió la parte demandante, consistente en afirmar que el acto discutido, como mercantil que es, no estaba afectado por el impuesto de Derechos reales, porque los actos de esa naturaleza no están comprendidos en el artículo 2.^o de la Ley ni tampoco en los epígrafes de la tarifa.

Para destruir tal aseveración, basta observar què ni la Ley, ni el Reglamento, ni la tarifa tienen para nada en cuenta, al hablar de los ctos sujetos en general, que los actos o contratos sean o no mercantiles, y en cambio sí se ocupan—artículo 6.^o, números 7 y 8—de las negociaciones de efectos y valores en bolsa de la expedición, abonos en

cuenta, recibos y endosos de letras, pagarés, etc., y de los contratos de venta concertados por correspondencia por comerciantes o industriales de artículos propios de su comercio o industria, y también de los meramente verbales celebrados en establecimientos o sitios públicos de venta; pero, nótese bien, los menciona para decir que están exentos, de lo cual evidentemente se deduce que todos los demás actos y contratos mercantiles están fuera de la exención, y en principio han de estar dentro del área de los sujetos, si especiales razones no exigen para ellos la calificación de no sujetos.

Y si de esa razón de orden general pasamos a los textos legales, veremos que, con el Reglamento a la vista, no se puede sostener la aludida aseveración.

Cuando nos habla de la compraventa, de la permuta, del seguro, etcétera, para nada se acuerda de que sean civiles. Y otro tanto puede decirse de la constitución de sociedades—artículo 19—; todo sin contar con preceptos expresos sobre sujeción de actos mercantiles como los consignados en el artículo 20 cuando sujeta la emisión, la transformación y la cancelación de obligaciones, simples o hipotecarias, emitidas por Sociedades mercantiles, o los que establece el artículo 24 sobre los contratos de venta de bienes muebles celebrados por comerciantes o industriales.

Entrando ya en el verdadero nervio del problema, nosotros, aun descartada la tesis de que el contrato discutido haya de calificarse de arrendamiento por sus propias características y naturaleza, llegamos, siguiendo nuestra trayectoria jurídico-fiscal, a la misma conclusión que la Oficina liquidadora cuando sostuvo que el contrato era de arrendamiento y como tal lo liquidó.

Para ello encontramos firme apoyo en estas tres consideraciones extraídas de otros tantos principios o normas fundamentales que el Reglamento consigna entre las “Reglas generales de liquidación y exacción del impuesto”, de su capítulo III, tal como ese capítulo estaba redactado en el Reglamento de 1941 y en todos los anteriores.

Hacemos esa salvedad porque el Reglamento aplicado por la sentencia de 23 de febrero de 1947, que origina estos comentarios, no fué, como es lógico, el de noviembre de ese año, que es el vigente, sino el de 1941.

De ahí que la salvedad sea imprescindible, y de ahí también la necesidad de que hagamos luego algunas indicaciones sobre la inno-

vación que acerca del particular ha hecho el actual Reglamento, en relación con el anterior.

Dicho eso, vayamos, pues, a las consideraciones a que acabamos de aludir, que son éstas:

a) "El impuesto ha de exigirse—artículo 41—con arreglo a la verdadera naturaleza del acto o contrato, cualquiera que sea la denominación que las partes le hayan dado"; b), "para que el impuesto sea exigible—artículo 44—, se requiere la existencia de un hecho que jurídicamente el acto sujeto, o de otro acto que, con arreglo a los principios de derecho, pueda lógica y legalmente deducirse de la intención o voluntad de las partes, manifestada en las cláusulas o estipulaciones del contrato rectamente interpretado", y c), "los actos y contratos no designados expresamente en la tarifa—artículo 44—se liquidarán, desde luego, por los conceptos señalados en la misma a sus similares o análogos"; por consiguiente, bien se puede concluir, con toda lógica jurídica, que el contrato en cuestión fué acertadamente liquidado por el concepto de arrendamiento, sea en virtud de la teoría de los contratos atípicos o complejos, antes apuntada, sea por la facultad de asimilación que el Reglamento del 41 concedía al Liquidador, aun en el supuesto de que en forcejeo dialéctico no se admite sin vacilar que el verdadero contenido jurídico de las variadas estipulaciones del contrato no era un arrendamiento de cosas, o de cosas y servicios.

Con esto llegamos ya al particular a que acabamos de hacer referencia, o sea a la modificación que el vigente reglamento de 1947 ha hecho en el segundo apartado del artículo 44, comparado con la redacción que tenía en todos los anteriores Reglamentos.

En éstos, el párrafo estaba, según acabamos de decir, redactado así: "Los actos no designados expresamente en la tarifa se liquidarán desde luego por los conceptos señalados en la misma a sus similares o análogos; pero, una vez satisfecho el impuesto, y aunque no existe reclamación de los interesados, la Oficina liquidadora instruirá el oportuno expediente, manifestando los fundamentos de la asimilación, y previo informe, en su caso, del abogado del Estado, se elevará a la Dirección general de lo Contencioso, por si hubiere lugar a una declaración de carácter general".

En cambio, en la actualidad el texto reglamentario es éste: "Los actos y contratos no consignados expresamente en la tarifa se consi-

derarán en principio no sujetos al impuesto, pero sí por referirse a cantidad, cosa o derecho valioso, la Oficina liquidadora competente estimase procedente declarar la sujeción con arreglo a las normas establecidas en el artículo 2.º de la Ley, y en el artículo 5.º del Reglamento, instruirá de oficio el oportuno expediente, con audiencia del interesado, manifestando los fundamentos de la asimilación, y previo informe, en su caso, del Abogado del Estado, se elevará por el Delegado de Hacienda con su propuesta, a la Dirección general de lo Contencioso para su resolución".

Esta nueva redacción del apartado es, a nuestro entender, una de las modificaciones más radicales del vigente Reglamento, porque parece querer dar al concepto de "acto no sujeto" una amplitud que antes no tenía, cuando dice que lo son, al menos en principio, aquellos "no consignados expresamente en la tarifa", y que por de pronto no se liquidarán sin perjuicio del aludido expediente, a diferencia del texto tradicional, que prevenía la liquidación calificándolos por los similares o análogos.

Y no es esa trascendencia la más destacable, sino la merma que puede suponer para las facultades calificadoras de los liquidadores, tal como se desprenden del primer inciso del artículo 41 y del primer apartado del mismo artículo 44. Tan es así, que la coordinación de la innovación entre ese inciso y ese apartado 1) se hacen sumamente difíciles, si es que dichas facultades han de tener realidad.

La verdadera entraña de la función liquidadora no está en determinar si el acto, una vez calificado jurídicamente, cae dentro de este o el otro número de la tarifa, sino que está en la calificación, esto es, en desentrañar el documento y las distintas convenciones o estipulaciones que en él se contengan, para contrastarlas con el derecho sustantivo y deducir de todo ello la naturaleza del acto de que se trate. Esta es, en definitiva, la función esencial y específica del liquidador: calificar el acto, ¿cómo?: ¿con qué amplitud de movimientos y límites?

La contestación nos la da con diafanidad el Reglamento en sus artículos 41 y 44: exigiendo el impuesto "con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del acto o contrato, cualquiera que sea la denominación que las partes le hayan dado"—artículo 41—, y teniendo en cuenta paralelamente que la exacción la motiva, o bien "un hecho que jurídicamente origine el acto sujeto al impuesto", o bien

"una convención expresamente consignada por los contratantes", o bien cualquier otro acto que "con arreglo a los principios de Derecho pueda lógica y legalmente deducirse de la intención o voluntad de las partes, manifestada en las cláusulas o estipulaciones del contrato, rectamente interpretadas"—artículo 44—.

De esto se desprende con toda claridad que, si bien el último escalón de la función calificadora es la de aplicar al acto un determinado número de la tarifa, esto, ni es lo esencial ni lo más difícil de la función. Después que el liquidador llega, una vez desentrañada la convención de que se trate, a la conclusión "lógica y legalmente deducida con arreglo a los principios de derecho", de que "la verdadera naturaleza del acto o contrato" es una compraventa, una hipoteca, o cualquiera otra figura jurídica de las estereotipadas en la legislación civil o mercantil, está al alcance de cualquiera determinar, tarifa en mano, qué tipo de liquidación es el aplicable.

En la generalidad de los casos, ante el documento y ante los actos que en él se contengan, el liquidador, como perito que es en derecho, los enmarcará pronto y sin grandes dificultades dentro de la figura jurídica correspondiente, o, lo que es lo mismo, los calificará, y seguidamente les podrá aplicar sin esfuerzo alguno el tipo adecuado de la tarifa; pero, en otros casos, siquiera sean los menos, si el liquidador se encuentra ante una convención fruto de las variadísimas combinaciones en que se traduce la realidad jurídica de los actos humanos, en la cual no aparecen con claridad los contornos de ninguna de las figuras jurídicas enmarcadas en el Código sustantivo, ¿qué camino ha de seguir?

Si se atiene al apartado 2) del dicho artículo 44, en su actual redacción, habrá de declararlo "no sujeto" y abstenerse de liquidarlo, ya que no aparece claramente tarificado, sin perjuicio del expediente de asimilación.

En cambio, se si aplica el apartado 1) del mismo texto, hará la disección de "la convención expresamente consignada por los contratantes", y si "con arreglo a los principios de derecho" deduce "lógica y legalmente de la intención o voluntad de las partes, manifestada en las cláusulas o estipulaciones del contrato", que existe determinada figura jurídica de las de fisonomía definida; aunque sus contornos no sean tan precisos como las que el Código delimita, ya no podrá decir que el acto no está expresamente tarificado.

En definitiva, este segundo proceso calificador que apuntamos no es más que una aplicación o reflejo, perfectamente aplicable al caso, de la moderna teoría de los contratos atípicos, múltiples o complejos, que enseña que para definirlos y encuadrarlos habrá que atenerse a aquella de las características que sea más destacada entre las que contenga la convención.

Si el camino que acabamos de señalar no se sigue, la armonía y coordinación de los dos apartados del artículo se dificultaría, sin duda, notablemente, y las facultades calificadoras del liquidador quedarían tan rígidas y acotadas que desnaturalizarían su elevada función de técnico del Derecho, para asemejarla a la de mero recaudador del impuesto.

Por todo ello creemos que no es fácil deducir del nuevo texto reglamentario ninguna perfección sobre él del mismo artículo 44 de los anteriores Reglamentos, porque en ellos, a diferencia del actual, el liquidador, una vez hecha la calificación en esos casos dudosos, giraba la liquidación por asimilación, y ahora ha de abstenerse de liquidar, y creemos, por último, que la manera de dejar a salvo la completa coordinación del texto nuevo es entender que si, aplicada la teoría de los contratos atípicos, o sean las normas del apartado 1) de ese artículo 44, el liquidador no encuentra figura adecuada en que enmarcar el acto, los calificará de "no sujeto", pero no precisamente por no estar tarifado, sino por no poderlo localizar "lógica y legalmente" en alguna de las figuras jurídicas preconstituidas y tarifadas.

Si éste no fuese el verdadero espíritu de la innovación reglamentaria, habrá que convenir en que la función jurídica, fundamentalmente jurídica, se habría empequeñecido y desvirtuado, como acabamos de apuntar, y, además, en la práctica se habría ensanchado considerablemente el área de los actos "no sujetos", que ya de por sí tiene unos linderos asaz borrosos en el texto reglamentario vigente, como los tuvo siempre en todos los anteriores.

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ VILLAMIL
Abogado del Estado y del I. C. de Madrid.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1948.—*Arrendamiento de solares.*

Los decretos de 29 de diciembre de 1931 y 21 de enero de 1936, invocados en el mismo motivo como infringidos en varias de sus disposiciones por la Sala sentenciadora, se refieren solamente a arrendamientos de locales y a relaciones entre inquilinos y propietarios, sin hacer objeto de su especial protección a los arrendatarios de solares, los cuales no pueden ser llamados inquilinos, palabra que designa a los arrendatarios de una casa o parte de ella, ni pueden entrar en el concepto de arrendatarios de locales cuando la relación arrendaticia no se ha establecido sobre ningún género de construcciones, sino sobre una superficie apta para construir sobre ella, por lo que dichos preceptos han de tenerse inaplicables al caso presente.

Si bien el demandado, con anterioridad al citado documento privado de 1917, había levantado una cubierta de madera y construido un cuarto despacho que ha venido utilizando durante largo tiempo, ni uno ni otro han sido objeto de arrendamiento, antes bien, quedan excluidos de la relación arrendaticia por el referido contrato, en el que, además de constar que lo que se arrienda es un solar, se expresa que la cubierta de madera y las construcciones en forma de cuarto despacho son de propiedad del arrendatario, quien deberá retirar ambas cosas, sin derecho a indemnización, una vez terminado el contrato, y es evidente que, si el arrendatario del solar es propietario de tales obras, no puede ser a la vez arrendatario de ellas, ni el deber de retirarlas para sí puede conciliarse con el de devolver la finca arrendada que impone el artículo 1.561 del Código civil.

SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 1948.—*Artículos 118, 120 y 133 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.*

El artículo 118 de la Ley de Arrendamientos Urbanos establece la renta legal de viviendas y locales de negocios construidos o habitados por primera vez antes del 18 de julio de 1936, determinando los porcentajes en los cuales puede ser incrementada; como excepción al cual, el 120 dispone que cuando, por voluntad expresa o tácitamente manifestada, la renta que pagase el arrendatario constituyese mayor cantidad de la que resulte después de aplicar tales porcentajes, la que viniese satisfaciendo será válida, sea cual fuere la que legalmente corresponda, previniendo la disposición transitoria 12 que para que tales aumentos obliguen al inquilino o arrendatario deberán ha-

berse consentido antes de 1.^o de octubre de 1947; pero estos preceptos no puede desvirtuar el artículo 133 de la citada Ley de Arrendamientos Urbanos, porque tal artículo, lo mismo que las disposiciones antes citadas, cuyo contenido recogió, se inspiran en el interés de la Hacienda pública de que se reflejen en los Registros fiscales las variaciones de orden económico que experimenten las fincas urbanas, al propósito de conseguir una justa distribución del tributo y de evitar defraudaciones, y por eso sanciona a los propietarios, obligándoles a limitar sus rentas a las que hubiesen declarado en las relaciones presentadas a la Hacienda, y la finalidad perseguida por tal precepto legal no se cumpliría si pudiera ser afectado por otros de la misma ley, cuya aplicación exige la debida subordinación a lo dispuesto en aquél, no resultando infringidos por la sentencia los artículos 118, 120, 133 y disposición transitoria 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que se citan en el segundo motivo del recurso, cuya desestimación también procede.

SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1948.—*Transacción.*

Aunque el derecho de propiedad sobre la casa no hubiera sido asunto litigioso en el pleito desistido, carecería de relevancia jurídica esta circunstancia, porque encaminada la transacción a sustituir una relación jurídica incierta y puesta en litigio, o susceptible de serlo, por otra relación no dudosa, y caracterizado el contrato de autos por la concesión recíproca consistente en que uno de los contratantes desiste de las pretensiones formuladas en los pleitos que había promovido para obtener como prestación equivalente, el reconocimiento y cesión de derecho que a su favor hace el otro contratante, puede recaer esta última prestación sobre los mismos bienes que estaban en litigio o sobre bienes diferentes. Además, la aludida concesión recíproca y determinante de un contrato con causa onerosa excluye en absoluto la posibilidad de confusión con otras relaciones jurídicas de prestación unilateral y de causa lucrativa o de mera liberalidad, como de donación.

SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1948.—*Fideicomiso.*

Como declaró esta Sala en su sentencia de 1.^o de febrero de 1912, cuando el heredero designado en primer lugar muere sin hijos y antes que él fallecieron las restantes personas llamadas, se entiende caducado el fideicomiso; ello aun aparte de que, como igualmente establecieron las sentencias de 30 de mayo de 1905 y 12 de febrero de 1910, si el padre donante premuere a los que habían de ser sus herederos sin otorgar testamento, son llamados a la herencia el hijo o hijos donatarios, porque en ellos concurre, además de tal carácter, el de herederos de aquél; de donde aparece que si cuando don Francisco Bahí Sarquellas dispuso de los bienes procedentes de su padre, don Martiriano, había caducado el fideicomiso y perdida, por tanto, su vigencia de la cláusula de sustitución, no se dan términos hábiles para apreciar en el fallo la infracción de los artículos 16 y 109 de la Ley Hipotecaria.

V A R I A

UN TRATADO DEL IMPUESTO DE DERECHOS REALES

BAS Y RIBAS (FEDERICO): *Impuestos de derechos reales y sobre transmisión de bienes*. Prólogo de D. José Larraz. Vol. I.—Editorial «Revista de Derecho Privado», 449+xxvi páginas.

De todos los impuestos indirectos, es probablemente el conocido con la denominación de "derechos reales" el que, en su exacción, ofrece mayor diversidad de supuestos y cuya determinación cuantitativa ha de estar más atenta y asiduamente asistida por las normas del derecho positivo en todas sus ramas, ya que la naturaleza jurídica del acto o contrato sobre que recae es el fundamental principio que la informa. Porque la gran masa de contribuyentes a quienes afecta, la sutilidad de ingenio que frecuentemente se despliega para eludir o atenuar, al menos, la onerosidad de esta carga fiscal; la complejidad con que a veces se presenta el negocio jurídico sujeto a imposición, demandan una técnica depurada que permita la exacción del impuesto sin quebranto, en lo posible, para los intereses del Tesoro público. De ahí que sean numerosos los trabajos publicados en Revistas sobre cuestiones concretas y determinadas unas veces, o abarcando otras un conjunto suficiente de ellas para formar un libro.

Los que de éstos se han dado a la Prensa hasta ahora, unos han tenido por finalidad exclusiva facilitar el estudio de algún programa de oposiciones, y otros la exposición metódica de los preceptos legales relativos al impuesto, y el comentario de las normas positivas que pudieran ofrecer dudas en su aplicación. Y todos, o la mayor parte de ellos, con breves e incompletas notas jurisprudenciales y referencia o inserción literal de algunas circulares de la Dirección General de lo Contencioso del Estado. El libro del Sr. Bas es algo más que todo eso: es la exposición de la doctrina y legalidad en el orden estrictamente jurídico de cuantos actos y contratos caen dentro del ámbito del impuesto de derechos reales y su proyección en la órbita fiscal del mismo impuesto. Por ello, este libro lo constituyen no solamente unos comentarios—siempre meditados y exactos—del derecho posi-

tivo, sino, además, el tratado completo de una exacción tributaria de depurada técnica, elaborada sobre la experiencia de los dos meritísimos Cuerpos de funcionarios encargados de su gestión administrativa.

* * *

Precedido del texto de la ley vigente (el refundido de 7 de noviembre de 1947), con las oportunas referencias a su reglamento, sigue el autor el plan que este último le impone. Y como método de exposición, en cada uno de los preceptos reglamentarios que así lo requieren, examina la institución o negocio jurídico respectivos, con abundantes indicaciones bibliográficas que orienten al lector afanoso de ampliar el estudio que de aquéllos presenta el autor, para hacer después el comentario jurídico-fiscal adecuado; comentario que, en la generalidad de los casos, prevé cuantas posibilidades puedan surgir en la aplicación práctica de la legislación reguladora de este tributo. Y todo ello enriquecido con notas abundantísimas de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Económico Administrativo Central, tan abundantes y copiosas, que acaso no haya sentencia o resolución que no esté citada en alguna de esas notas. Es de resaltar que la cita de tal jurisprudencia va seguida de la referencia a la publicación correspondiente, en la que pueda hacerse el examen completo de la sentencia o resolución respectivas, particular, en muchos casos, necesario y en todos convenientísimo para conocer la verdadera doctrina jurisprudencial que ellas establezcan. Y cuando las necesidades o conveniencias de la interpretación lo exigen, para revestir de posible autoridad y de la máxima claridad el auténtico sentido del texto reglamentario, el autor acude a la génesis del precepto sometido a su examen, para deducir de él y de sus precedentes positivos el verdadero alcance del mismo o el propósito del legislador. Ofrece, además, el autor, según se infiere de algunas de sus indicaciones, que al final del libro se insertarán las circulares del Centro directivo que puedan tener aplicación actual.

¿Cómo desenvuelve el Sr. Bas este plan y método de su obra? Quienes no hayan tenido aún ocasión de examinarla, pueden formarse idea del modo y sistema seguidos por él con la lectura de dos trabajos que recientemente tiene publicados. Uno de ellos, en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO—número 241, correspondiente al mes de junio del año actual—, referente a la cancelación de inscrip-

ciones de hipoteca por causa de caducidad y a las informaciones de dominio y actas de notoriedad; otro en el número 374 de la "Revista de Derecho Privado"—mayo de este mismo año—, en el que comenta el artículo 66 del Reglamento del impuesto, relativo al usufructo. Con la única diferencia de que en ambos estudios se omiten las utilísimas notas que documentan el libro objeto de nuestra atención.

* * *

La mera enunciación de los temas más interesantes que comprende este libro ocuparía un espacio del que no es posible disponer aquí. Por eso hemos de limitar la indicación de ellos a unos cuantos, sin que la exclusión de otros les reste importancia para su estudio.

El primero que se nos ofrece es el dedicado a la repercusión del impuesto en el Derecho internacional y en el interregional. Con todo detalle se examinan las distintas condiciones de ciudadanía del causante; en su caso, y del contribuyente para, después de ofrecer una solución en cada supuesto, presentar una sinopsis en la que se clasifican cuantas posibilidades pueden darse en la vida del impuesto y en relación con esta materia.

La poca afortunada redacción que, derivada de la Ley de 17 de marzo de 1945, da el Reglamento al número 7.º del artículo 6.º y la complejidad de casos que pueden ofrecer los números 8.º y 9.º del mismo artículo, brindan al autor oportunidad para hacer un meditado estudio de los contratos verbales, de la transmisión del dinero, de la negociación de valores mobiliarios, de las ventas realizadas por comerciantes y agricultores o en establecimientos de venta. Todo ello, claro está, en consideración al impuesto. Y en la enumeración de los actos y contratos para los que alguna ley especial reconozca la exención del mismo impuesto—número 51 del citado artículo 6.º—se citan en este libro todas y cada una de tales leyes especiales sin omitir una sola de ellas.

Es interesantísimo el examen del artículo 9.º del Reglamento, no ya por las atinadísimas observaciones que su comentario sugieren al autor del libro—y esto ya sería de por sí bastante—, sino porque, además estudia la situación que ante el Fisco y en relación con este impuesto ocupa la "empresa" como objeto de tráfico jurídico poniendo de relieve las vacilaciones y titubeos del Reglamento cuando a la transmisión de "empresas" o de "establecimientos mercantiles o industriales"

se refiere. Convenientísimo es para la práctica de la liquidación del referido impuesto el conocimiento del estudio que hace el autor de esta materia, como lo es también el que, como acotación del mismo artículo 9.º, expone acerca de la promesa de venta y del derecho de opción.

Las innovaciones que en relación con la hipoteca y su cancelación por causa de caducidad contiene la Ley Hipotecaria reformada, son también acogidas por el Sr. Bas, quien se hace cargo, en sus comentarios a los artículos 12 y 13 del Reglamento del impuesto, de las repercusiones que en el mismo puedan tener los artículos 11 y 141 y la disposición transitoria 3.ª de aquella ley, y los artículos 237, 241 y 248 de su Reglamento. Y, al efecto, estudia desde el expresado punto de vista fiscal, la posposición de rango de una hipoteca, en el momento de su constitución, en beneficio de otra futura, la hipoteca unilateral y la cancelación por caducidad de la inscripción de hipoteca. El examen que de este último particular hace dicho autor han podido conocerlo los lectores de esta Revista por el trabajo en ella publicado y anteriormente aludido. Allí puede verse cómo la opinión del comentarista, coincidente con la del Sr. R. Artacho (REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, abril 1947), difiere fundamentalmente de la mantenida por el Sr. R. Villamil (la misma Revista, marzo de igual año) y seguida en la práctica por la generalidad de las Oficinas liquidadoras tanto de capital como de partido.

¿Cuál de estos criterios antagónicos es el acertado? No se pretende aquí iniciar polémica alguna en torno a este problema. Bas, con gran copia de argumentos impresionantes se resuelve por considerar no sujeta al impuesto esta clase de cancelación. Contrariamente a esta tesis, entienden otros que tal acto sí está sujeto. Entre los fundamentos legales de esta última conclusión aducen los siguientes: Supuesto que la hipoteca, como derecho real, nace y se extingue por efecto de su inscripción registral—se la da vida o se la mata, en la expresiva frase de Bas—una vez nacida legalmente no puede considerársela formalmente *dísinta* hasta que sea cancelada la inscripción, a la que debe su nacimiento. La caducidad de la hipoteca, como sinónima de prescripción de la misma, no es ciertamente motivo de imposición para el impuesto de derechos reales; pero la caducidad del asiento que la generó no supone su extinción formal: ésta se opera sólo por virtud de otro asiento (artículo 122 de la Ley Hipotecaria). Y esta extinción registral, mejor dicho, el documento que la produce, es la gravada por el impuesto. Si cumplida

la obligación garantizada por la hipoteca pierde ésta su eficiencia, y, sin embargo, mientras no se plasme ese cumplimiento en el título adecuado para causar su cancelación y éste no sea inscrito, es siempre posible la cesión de la hipoteca y su realización por el cessionario sobre los bienes a que afectaba; de igual modo, aun caducado por el transcurso del tiempo el asiento de inscripción de una hipoteca, en tanto no se formalice su cancelación, puede el acreedor hipotecario hacer efectivo su crédito preferentemente sobre la cosa hipotecada sin riesgo de que prospere la excepción de prescripción cuando ésta haya sido interrumpida, aun cuando el Registro no refleje esa interrupción, antes de vencer el plazo de caducidad, pero sí con anterioridad a la solicitud de cancelación. Es, pues, al consentirse la cancelación por el titular del derecho o—en el caso examinado—cuando el dueño del inmueble hipotecado, bien por sí mismo, ya por un peticionario de certificación (artículo 355 del Reglamento) se acoja al consentimiento tácito del acreedor que implica la citada disposición transitoria, cuando surge el acto liquidable. Este es el momento, y no otro, desde el cual comienza a correr el plazo prescriptivo del derecho de la Administración para exigir el impuesto: que no en balde el artículo 143 de su Reglamento exige para el cómputo de dicho plazo la existencia de un documento o de un acto—según que sea necesario el primero o baste la realización del segundo—para que la liquidación se practique. Y como la caducidad no se produce nunca por la ejecución de un acto positivo sino precisamente por la carencia de ellos, es indudable que sólo el documento—instancia o solicitud—puede servir de punto de partida para la prescripción de la acción administrativa. Por otra parte, la falta de pago del impuesto correspondiente a la cancelación por causa de caducidad, cuando ésta se produzca por aplicación del citado artículo 355 en el supuesto de que el peticionario de la certificación sea persona distinta del dueño de la finca hipotecada, no puede ser obstáculo para dicha cancelación si se advierte qué, en tal caso, es de pertinente aplicación el artículo 125 del Reglamento del impuesto, habida consideración de que no es el solicitante de certificación la persona obligada a satisfacer los derechos reales que la cancelación devenga.

En el comentario a los artículos 15, 16, 17 y 18, interesantísimo en todos sus extremos, son de notar: por su novedad, las observaciones relativas a la hipoteca en garantía de rentas o prestaciones periódicas; las "normas especiales" referentes a los arrendamientos, por la di-

versidad de supuestos que prevé el comentarista; la deducción que el mismo hace en orden a la devolución del impuesto pagado por el concepto anotaciones motivadas por el empleo en el Reglamento del verbo *deber* (artículo 171), en vez del *haber*, que aparece en el artículo 2.º, números V y XII de la Ley, porque tal deducción es susceptible de controversia; la analogía que existe entre el concepto de "fianza" y el de "caución"; la multiplicidad de modalidades que en la vida del derecho reviste el contrato de ejecución de obras, por cuanto el autor apunta la posibilidad de que entre ellos figure la realización de una labor científica o de una creación artística, la financiación de una suscripción de valores, el contrato de edición y la asimilación teórica a esta clase de contratos del de fletamento, y, finalmente, los efectos fiscales de la cesión de los contratos de ejecución de obras.

La prolífica regulación en el Reglamento del impuesto de derechos reales (artículos 19 y 20) de las normas aplicables a las sociedades, da ocasión al Sr. Bas para hacer un acabado estudio de este concepto tributario ya en relación con las aportaciones a la masa social, a las adjudicaciones por consecuencia de la disolución de las compañías, a la emisión de acciones con "prima" o "por bajo de la par", a las deudas de que se haga cargo la sociedad, a la fusión de sociedades, a la conversión de unos títulos en otros, a la transmisión de ellos, a las consecuencias que pueda producir el aumento de valor obtenido en la comprobación administrativa de los bienes aportados, al estudio de si el impuesto de emisión y negociación de valores mobiliarios es o no sustitutivo del de derechos reales y que el autor considera, al igual que el impuesto sobre los bienes de las personas jurídicas, como un débil sustitutivo del de derechos reales. Y en el análisis del artículo 22, examina Bas las modalidades de la sociedad conyugal en el derecho común y en el foral.

Por su claridad y precisión y porque comprenden cuantos casos puedan darse en la práctica, son de imprescindible conocimiento las reglas en que el Sr. Bas condensa la exacción del impuesto de derechos reales referido a los contratos de transacción, de suministro y de préstamo, ya sea éste con o sin garantía, y las consideraciones que le inspira la cesión de créditos derivados del último de tales contratos.

La transmisión de bienes por causa de herencia es acaso la más merecedora de estudio y meditación cuando se trata de liquidar por ella el impuesto de derechos reales, pues es, indudablemente, la que,

con frecuencia, ofrece mayor variedad de matices, mayor diversidad de problemas jurídicos y de complicaciones tributarias, y la que más mueve a los contribuyentes para arbitrar estratagemas que les permitan eludir o aminorar el pago del impuesto. Por ello, el legislador, alegacionado por una inteligente y sagaz experiencia, ha procurado—sin conseguirlo totalmente—que la regulación del impuesto de derechos reales relativo a las sucesiones prevea, en lo posible, cuantas posibilidades jurídicas hayan de plantearse para, en su consecuencia, hacer equitativa la exacción del tributo y evitar los posibles fraudes del contribuyente. Las normas dictadas al efecto son analizadas por el Sr. Bas en todos sus aspectos con la exposición comentada de cuantos elementos contribuyen a liquidar el impuesto sucesorio, tales como el parentesco, el derecho de representación, legítimas (en derecho común y en el foral catalán), aceptación o repudiación de la herencia, sustituciones, fideicomisos, reservas, etc. Y aunque el comentario del autor a los artículos 31 al 34 parece siempre acertado y justo, acaso no falten quienes disientan de su interpretación referida al derecho de representación en la línea descendente natural cuando haya pluralidad de representantes en una misma estirpe.

Bajo la rúbrica “principio de calificación” puede apreciarse en este libro cómo juega el de legalidad, sustantiva y formal, en la exacción del impuesto de derechos reales, porque si bien el artículo 41 de su Reglamento prescinde de los vicios que puedan afectar a la validez y eficacia del acto o contrato liquidable (criterio opuesto al que informó el artículo 72 del Reglamento de 14 de enero de 1873, primero que se dictó para ordenar este impuesto con su actual denominación) impone la necesidad de que, salvo la apuntada excepción, sean las normas preceptivas del derecho vigente las que animen e inspiren la aplicación práctica de los preceptos reglamentarios; principio general este que se puntualiza en determinados artículos, tales como el 22, 31, 32, 34, 45, 52, 53, 57 y 79, etc.; y aparte siempre las normas de calificación forzosa (artículos 9 (2), 19 (22), 31 (17), 46, 54, 58, 75 al 79, 102, etc.), impuesta por el legislador como medida de defensa fiscal.

Complemento de este principio de calificación es la exégesis que hace Bas de los artículos 42, 43, 44 y 48 del Reglamento por cuanto analiza como elementos determinantes del derecho a la exacción del impuesto los hechos que jurídicamente provocan una transmisión, las convenciones—con señalamiento de las que tributariamente desaparecen—ya

sean expresas o bien tácitas, producidas por actos y hechos consentidos por las partes o por incompatibilidad de las mismas, o por actos o contratos cerrados por una anterior o por una nueva manifestación de voluntad. Y el examen del derecho a exigir el impuesto en las transmisiones a título lucrativo; de la forma de los contratos, especialmente en la adquisición onerosa de bienes muebles por el Estado, particular interesantísimo, ya que los contratos denominados de "gestión directa" han dado origen a multitud de reclamaciones por la relación que pueda existir entre ellos y los que el artículo 6.º, número 5.º del Reglamento declara exentos. Y es el comentario de las hipótesis que sugieren los citados artículos uno de los que más de relieve ponen la meditación y el estudio hechos por el autor en la confección de su libro, el rigor dialéctico de su exposición, la claridad y justez de sus reflexiones condensadas en varios ejemplos que las hacen asequibles a la comprensión de todos, aun de los menos preparados.

Aun a riesgo de dar excesiva amplitud a este trabajo no puede prescindirse en él de llamar la atención acerca del comentario que los artículos 53, 55 y 56 inspiran al Sr. Bas, porque en él analiza cuestiones tan debatidas como el criterio de igualdad en las adjudicaciones motivadas por la partición de herencia, de los conceptos de cesión, patente o encubierta, entre herederos; de la transmisión lucrativa de créditos ilíquidos; que tan frecuente fué cuando en el período que siguió a la liberación del territorio nacional quedaron bloqueadas grandes masas de créditos; de los créditos litigiosos, dudosos e incobrables, con minuciosa discriminación de cuál sea la verdadera naturaleza de cada clase de ellos y la consideración que deban merecer ante el impuesto; de la afección al pago del mismo de los bienes y derechos transmitidos, según que el dominio de éstos se halle o no inscrito en el Registro de la Propiedad a favor de tercero, cuestión esta que motivan en el autor consideraciones originales, en pugna a veces con el empirismo creado por tópicos frecuentemente recibidos como incontrovertibles.

Finalmente, son merecedores de estudio y reflexión los comentarios que el autor dedica a los artículos 57 y 58 del Reglamento. En cuanto al primero,—en el que se ratifica explícitamente el principio de legalidad proclamado en el artículo 41—porque se exponen con claridad y precisión la función que desempeñan en relación con el impuesto; las distintas clases de condiciones y—lo que acaso sea más interesante—se examina el problema tantas veces propuesto en la práctica liquidatoria.

del derecho transitorio relativo a las adquisiciones afectadas de suspensión en su efectividad por alguna suerte de limitación, para, en definitiva, sentar conclusiones de ortodoxa legalidad, según el momento en que la adquisición hubiere tenido lugar. Y, por lo que respecta al segundo, ya que en él se analiza, en relación con la devolución del impuesto pagado, los efectos que producen la nulidad, la rescisión o la resolución del negocio liquidado, ya sean producidas por el mutuo disenso, por transacción, por retracto legal y por resolución judicial, previendo, además, los casos de conciliación y de allanamiento a la demanda.

* * *

El Sr. Bas, en unas palabras preliminares qué dirige a los lectores de su libro, les dice con su temperamental modestia: "En resumen: quisimos hacer una obra práctica. ¿Lo habremos conseguido?". De modo indirecto el prologuista Sr. Larraz da la contestación adecuada cuando escribe: "Este tipo de libros no suele alcanzar brillo como otros; pero el hacerlo cuesta trabajo, trabajo humilde y paciente, y de los mismos se sigue gran utilidad. Sus autores—D. Federico Bas en este caso—merecen sincera gratitud." Más concretamente pudiera decirse, sin el menor riesgo de equivocación, que este libro del Sr. Bas es, no sólo útil y práctico, sino absolutamente indispensable para quienes, por causa de sus actividades profesionales hayan necesitado de conocer y aplicar, o tan sólo conocer, la legislación reguladora del impuesto de derechos reales.

A quienes conozcan la relevante personalidad que por sus publicaciones en distintas Revistas jurídicas, por su ejercicio de la abogacía, por su desempeño asiduo, constante y personalísimo del cargo de Liquidador del impuesto de derechos reales ha logrado merecer el Sr. Bas, no sorprenderá la anterior afirmación, pues tienen con los apuntados antecedentes elementos bastantes para apreciar la agudeza de su sentido jurídico, la solidez de su formación doctrinal, su cabal conocimiento del derecho positivo y la perseverancia de su labor. Para quienes desconozcan dichas cualidades personales del autor del libro que motivan estas líneas, bastarán para llegar a la misma conclusión con el examen del mismo libro, aunque no fuere con el detenimiento y meditación que él requiere por la densidad de su contenido, por la certeza labor analítica de sus comentarios, porque en ellos quedan consultadas

todas las fuentes de derecho que tienen conexión con el impuesto de derechos reales. Y, singularmente, por los cuadros sinópticos que, como epílogo de la exposición y comentario, se contienen en el libro; cuadros en los que, después de hacer la exégesis de las normas positivas correspondientes, quedan reflejadas con meridiana claridad las múltiples situaciones fiscales que puedan surgir y la solución adecuada para cada una de ellas con la referencia del precepto reglamentario que las provoca. Así, pues, este libro, aleccionador para el estudio, es de máxima utilidad hasta para quienes, en una esfera más modesta, limitan su actividad laboral a un sencillo quehacer burocrático. Su lectura, por otra parte, atrayente por estar escrito con una difícil facilidad envidiable. Completan la utilidad del mismo libro las Circulares de la Dirección de lo Contencioso, el texto de las disposiciones legales de más frecuente relación con el impuesto de derechos reales y los modelos y el índice minucioso de materias que, como apéndices, se insertarán en el segundo volumen, de inmediata publicación.

De propósito se ha procurado dar a éstas notas un carácter típicamente informativo porque la síntesis analítica del libro que las ocasiona requeriría una preparación técnica análoga a la de su autor, que no tiene el informador, y un espacio de que se carece. Tal es la densidad de doctrina, la madurez de juicio, la profunda meditación que revela constantemente el referido libro, que en manera alguna puede ser el producto de una labor improvisada, sino que necesariamente tiene que ser el fruto de un perseverante estudio, de una paciente investigación y de una tenaz ordenación de materiales sistematizados después con un rigor científico depurado. Por todo ello puede aventurarse sin la menor vacilación que el libro del Sr. Bas difícilmente habrá de ser igualado por otra publicación análoga.

Y como D. Federico Bas y Rivas pertenece al prestigioso Cuerpo de Registradores de la Propiedad. Quienes también figuramos en el mismo hemos de sentirnos orgullosos de que sea un compañero de carrera el autor de esta obra, precisamente de esta obra

VALERIANO DE TENA.