

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XX

Septiembre de 1944

Núm. 196

El procedimiento ejecutivo en caso de remate de inmuebles. - Edictos. - Precio. - Liquidación de cargas. - Subrogación. - Principio de cobertura (1)

26.—ESTUDIO SOBRE EL PROCEDIMIENTO SUMARIO, POR EL DOCTOR GUASP. (REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO. Año 1942.)

Antes de nada me es necesario pedir una y mil veces perdón por el atrevimiento; que me perdonen los lectores mismos, para los cuales, como para mí, la autoridad del Dr. Guasp es grandísima. Aun estudiado el procedimiento directamente, como lo ha hecho con tan gran acierto el Sr. Guasp, parece que no se descubre una solución terminante a problemas que la tienen y que, si no la tuvieran, clamaría por ella. Ya el Dr. Guasp dice que la comprensión del régimen nuevo no es difícil de entender en principio «(pese a los obstáculos que sus aplicaciones por una reglamentación deficiente han suscitado) ni en cuanto al punto de que los derechos preferentes continúan subsistiendo por la aceptación del adquirente, ni en cuanto al efecto de la subrogación que se opera en la responsabilidad». Aun hecha por él esa salvedad, y aun cuando su estudio se refiere en particular al procedimiento sumario, caben algunos reparos al desarrollo que hace de la materia:

a) *Se muestra partidario de la subrogación técnica.*—Asegura que la «subrogación en la responsabilidad no quiere decir que el

(1) Véase el número anterior de la REVISTA.

deudor originario continúe sujeto a una obligación», sino que, al contrario, «el deudor se libera del pago y no responde de él a sus antiguos acreedores».

Yo creo que no es así (puesto que no se cuenta con la intervención personal del acreedor mismo) ni debe serlo. El «Uebernahmeprinzip» (Guasp prefiere —con Rosemburg— decir «Uebergangsprinzip»=transmisión) en nuestro Derecho tiene todos los inconvenientes ya apuntados al hablar de la subrogación. Es fácil de entender que el acreedor hipotecario no debe ser destituído de su posición sin consentimiento del mismo, y, por tanto, o se deja subsistente la carga o al cancelar hay que contar con él: hasta ahí está bien; pero pasar adelante e imponer la subrogación es muy expuesto, si no se prepara muy cuidadosamente la base.

El acreedor hipotecario, al contratar y adquirir su derecho, cuenta con la persona del deudor, o, por lo menos, no le es ésta indiferente: a veces le interesa más la persona del deudor que la responsabilidad de la finca. Y así como entiende el Sr. Guasp que no es indiferente para el acreedor aceptar como garantía una finca o un depósito en un Banco, tampoco ha de serle indiferente sustituir en la obligación la persona del deudor. Si es injusto sustituirle la garantía hipotecaria, también será injusto sustituirle la garantía patrimonial del deudor. Y de ahí se deduce que no es aceptable, sin más, eso de la *subrogación con liberación del deudor*; habría sido necesario que la Ley organizara un poco más técnicamente lo relativo a tal subrogación. En el artículo 508 del Código de Procedimiento Civil Italiano se exige la anuencia del acreedor para que se dé realmente la subrogación, según ya hemos dicho.

b) El Sr. Guasp sostiene que el «juicio sobre la innovación en su idea fundamental merece ser *favorable* como el que, en conjunto, ha obtenido de la doctrina hipotecaria».

Con ello aplaude el efecto de que el acreedor conserve su posición (garantía real), y eso está bien en principio; pero dada la forma en que el Sr. Guasp entiende lo de la subrogación, habría que censurar la innovación, pues no es justo que el acreedor sea lanzado de su posición en la relación personal (obligación). Téngase en cuenta que en nuestro Derecho la hipoteca suele ser un contrato accesorio, de garantía; si la hipoteca fuera el todo; si

respondiera exclusivamente la finca ; si no hubiera responsabilidad personal, sino en la medida en que se es dueño de la finca, estaría bien y sería automática la desaparición de la responsabilidad personal del primitivo deudor ; pero censurar el sistema antiguo por lo que tenía de «supresión de la garantía hipotecaria y, de consiguiente, transformación del contrato» y dar ahora, en cambio, por llano y bueno el que desaparezca la garantía personal del deudor o la responsabilidad de todo el patrimonio de éste, encierra una contradicción : La sustitución de la persona del deudor envolvería modificación del contrato primero.

En cuanto a eso de que la doctrina emitió juicio favorable respecto a la reforma... es posible que necesite algún reparo la afirmación : Vista la discusión del proyecto en el Senado ; vistos los juicios emitidos por Aragonés, Morell, etc. ; leído el extracto de las Memorias de los Registradores de 1929 ; considerados los efectos que la reforma ha producido en muchas actuaciones judiciales, y, sobre todo, examinado el conjunto de la reforma en sí, y su total falta de reglamentación y de base..., tal reforma resulta un caso de simple buena intención.

c) El Sr. Guasp afirma, con razón, que la oferta real (en el procedimiento sumario) ha de ser en el fondo más amplia que la declarada y está sujeta a variaciones subjetivas en extremo peligrosas : Que como el valor no se ha fijado de una manera objetiva, la oferta real depende de un cálculo personal subjetivo que pone en riesgo al postor y subordina el resultado del remate a la mayor o menor audacia y dotes de que disfruten varios de los licitadores : Que es preferible el sistema de fijación objetiva de las cargas ; pero que ese sistema tiene tres exigencias que hoy no rigen en nuestra Ley Hipotecaria, o sea : a) indicación taxativa en la Ley de cuáles son los derechos preferentes que se transmiten al adquirente ; b) determinación de estos derechos en cada caso por el Juez, y c) prohibición de admitir ofertas que no cubran por lo menos el importe de tales derechos. Dice que una vez calculado el valor de las cargas no debe descontarse su importe del valor pactado en la escritura para determinar la postura mínima ; que es preferible añadir el valor de las cargas al pactado para obtener así el importe de la postura mínima ($PM = V + C$). A continuación pone varios ejemplos y casos, según que se adopte el sistema de

descontar o el de adicionar las cargas (no perdamos de vista que estamos en el procedimiento sumario de la Ley Hipotecaria).

Los cálculos están bien hechos, pero hay una laguna de importancia: ¿cuándo se está en un supuesto y cuándo en otro? Por añadidura, *la tasación que se haga sobre la base de que de ella se han de deducir las cargas*, no es correcta, porque en el procedimiento sumario no se admiten deducciones en ese sentido (aunque, respecto a ello, no necesitaríamos siquiera jurisprudencia, tenemos, entre otras, la Resolución de 4 de diciembre de 1929). Si el valor que señalen los interesados en la escritura ha de ser la base para las ofertas, y *a la oferta triunfante* hay que agregar las cargas, huelga contemplar casos y supuestos: al tipo que señalen los interesados habrá que sumar todo eso, y si los interesados señalaron tipo alto (por no tener en cuenta las cargas), habrá que esperar a ulteriores subastas. Si los otorgantes fijaron tipo con la intención de que se rebajaran las cargas, no se les puede admitir un tal sistema; la forma de poner los ejemplos el Sr. Guasp hace caer en el error de considerarlos como viables, y no lo son.

d) Finalmente, al hablar del último párrafo del artículo 131, dice: «No parece discutible que la significación de esta norma es la de derogar aquéllas disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento que, con respecto a la adjudicación común, ordenaban el régimen de *liquidación* de cargas, singularmente los artículos 1.516 y 1.518; sin embargo, en contra de lo que parece una conclusión evidente, nos encontramos: a), con que algún autor (por ejemplo, Lozano) se plantea todavía la duda de la derogación o no, por la Ley Hipotecaria, del régimen de la Ley de Enjuiciamiento civil; b), con la práctica de algunos Juzgados, que siguen aplicando el sistema de ésta, desconociendo en absoluto la innovación introducida en el año 1909. Son casos, como dice Morell, «inverosímiles, pero reales»; c), con que incluso alguna Resolución de la Dirección de los Registros exige, para poder cancelar la hipoteca del ejecutante, la consignación del importe de los créditos preferentes, en estricta aplicación del artículo 1.518, que se mantiene, por tanto, aún subsistente (nota: Res. 29 febrero 1912).»

¡Estamos conformes en parte. Es evidente que la significación de esa norma es suprimir los artículos 1.516 y 1.518. Pero insisto en que hay que evitar el nada inofensivo error de confundir los

conceptos «liquidación» de las cargas y «extinción de ellas»: los artículos *derogados* (1.516 y 1.518) no son los «representantes del régimen de liquidación», sino del régimen de *extinción*; el artículo representativo del régimen de liquidación es el artículo 1.511, y ése sigue subsistente en lo fundamental (o sea en cuanto «liquidación») y modificado en el detalle de «qué es lo que se ha de deducir».

En cuanto a las prácticas de algunos Juzgados, que siguen aplicando el sistema antiguo, no merecen el calificativo de inverosímiles, diga lo que quiera Morell; esas prácticas, bien examinando el caso, no representan trastorno procesal grave, ni mucho menos; probabilísimamente, los casos en que se aplicó la Ley Procesal sin modificar, fueron casos en que el acreedor hipotecario concurrió y se le pagó el principal y los intereses de dos años y los de la anualidad corriente, y no quiso meterse en más libros de caballería; marchó satisfecho; sólo en el caso de que, no estando él conforme con el pago y con la consiguiente cancelación, se pretendiera aplicar en rigor la Ley de Enjuiciamiento civil sin tener en cuenta la reforma, sólo entonces sería cuando el acreedor invocara ese artículo, caso que se da o se dió rarísimas veces, sobre todo en los diez primeros años de vigencia de la Ley Hipotecaria, no sólo por aquello de que estando tan escondida la disposición pertinente, no se daba con ella al mover el mecanismo de la Ley Procesal, sino porque además la reforma es mínima. De no entenderlo así, habría que tachar de nulidad casi todos los procedimientos de apremio desarrollados durante los diez primeros años de vigencia (?) de la reforma; y no ha lugar a tanto, no. Si alguien pidiera la subsanación, podría hacerse sin gran dificultad; pero, por lo visto, a nadie interesaba.

En cuanto al extremo c), donde alude a doctrina de la Dirección General de los Registros, según la cual está subsistente el artículo 1.518, cita la Resolución de 29 de febrero de 1912: pero es el caso que esta Resolución se refiere a subasta celebrada en el siglo pasado, e incluso la escritura a favor del rematante fué otorgada en 31 de marzo de 1892. ¿Cómo no se habría de aplicar a aquel caso el artículo 1.518? (Precisamente, esa misma Resolución declara que los artículos 1.516 y 1.518 parten del supuesto de que se consigne el importe de los créditos preferentes, pues de

otra forma no podrían ser cancelados; con lo cual, según hemos explicado, se dejaba a salvo el principio de «cobertura».)

El Sr. Guasp afirma la «insostenibilidad» de los fundamentos en que se basan la duda del Sr. Lozano, las «inverosímiles prácticas de los Juzgados» y la doctrina de la Dirección, pero reconoce que la derogación del régimen común debía haberse hecho en artículo y en regla independientes y no en ese último párrafo de un artículo que se refiere, en general, a problemas distintos.

21.—LIGERO ESTUDIO DE ESTA MATERIA EN LOS CASOS DE ENAJENACIÓN HECHA POR LOS AGENTES EJECUTIVOS.

Lo que ocurre en estos casos es una demostración más de los inconvenientes que tiene el sistema de subsistencia de cargas, y una demostración más de que se necesita pericia jurídica para poder intervenir en las ventas.

Examinaremos dos casos:

A) Se trataba de una finca hipotecada en 20.000 pesetas, en mayo de 1934. En marzo de 1935 se saca a subasta y se valora, capitalizando el líquido imponible, en 45.000 pesetas. El Estatuto de Recaudación establece en su artículo 109 (y lo mismo la Instrucción de 1900) «que del valor que así resulte se rebajará el importe de las hipotecas que sean anteriores en un año al descubierto origen del procedimiento», y la diferencia es la cantidad en que saldrá a subasta el inmueble. Sin duda, se tuvo en cuenta, para la redacción de este artículo, que el Estado goza de preferencia contra terceros por el importe de la última anualidad, y qué, por tanto, la hipoteca tácita del Estado (que es la que da lugar al procedimiento de apremio) está, respecto a la hipoteca inscrita (cuando ésta no tiene por lo menos un año de fecha), en la misma relación en que está una hipoteca corriente, inscrita, respecto a otra posterior. Y así como al proceder por razón de una hipoteca preferente se ahogan, se extinguén las hipotecas posteriores (regla 2.^a del artículo 158 del Régimen Hipotecario), así también ocurrirá en este caso con las hipotecas *no anteriores en más de un año*; pero aquí sufrió el legislador una obcecación parecida a la que sufrió el autor del artículo 115 de la Ley Hipotecaria, con

aquello de que la «ampliación de hipoteca no perjudicará al que anteriormente «y después de los dos años» haya adquirido algún derecho real». Sólo por una obcecación de ese estilo me explico el que se rebaje del valor el importe de las hipotecas preferentes «sólo cuando éstas sean anteriores en un año al descubierto origen del procedimiento»; en realidad, debía jugar aquí de lleno el mecanismo de prelación de créditos establecido en la Ley de Contabilidad, en la Ley Hipotecaria y en el mismo Estatuto de Recaudación; prescindo de comentar por ahora diferencias de matices entre unas y otras disposiciones; la Ley Hipotecaria establece que goza de preferencia el Estado por una anualidad de los impuestos que graven «a» los inmuebles (artículo 208 Ley Hip.). La Ley de Contabilidad se expresa en otros términos, pues dice que la preferencia es «para el cobro de la anualidad corriente y de la última vencida y no satisfecha» (artículo 12), y en forma análoga desarrolla la preferencia el Estatuto de Recaudación (artículo 158); no es mi intento interpretar dichos preceptos de modo que conciadan, ni establecer primacías entre ellos, pero lo indudable es que no están de acuerdo las disposiciones «de carácter susantivo» con las de «carácter adjetivo»: tratándose de descubierto por la última anualidad vencida (o de la corriente), el rematante debía recibir el inmueble *libre de toda carga*, ya que el Estado goza de preferencia contra «todo otro interesado», aunque éste lo sea por título anterior inscrito y sea cualquiera su fecha; pero si la hipoteca tiene tres años de antigüedad y el descubierto es por anualidad anterior a la última vencida, el Estado no debe gozar de preferencia contra ningún otro titular de derecho (según el Registro), aunque la inscripción no haya precedido en más de un año al dicho descubierto; de lo irregular de esas normas resulta que, en el caso de «tercería de mejor derecho», triunfará el del Estado por la última anualidad, etc., contra el de otro acreedor hipotecario; pero cuando el Estado ataca directamente, cuando apremia, el procedimiento fiscal deja a salvo y en situación de preferencia el derecho del acreedor hipotecario (si tiene unos años de antigüedad); así se deduce del artículo 109 del mismo Estatuto, y lo confirma el apartado C) del 114; y aunque en el 158 se repite la preferencia del Estado, en cuanto a la anualidad corriente y a la última vencida, contra todo otro tercero, ya queda defor-

mado el procedimiento como consecuencia de la dicha obcecación del dicho error inicial ; se necesita verdadero arte para encajar la corrección.

Pero volvamos al caso : valorada la finca en 45.000 pesetas, teniendo hipoteca reciente (de menos de un año de antigüedad) por 20.000 pesetas, no rebajándose de la tasación esta hipoteca (según artículo 109 del Estatuto), ¿no es lógico que el importe del remate se consigne íntegro, y una vez cubierta la responsabilidad fiscal, se pague con la cantidad consignada el crédito hipotecario ? ¡Pues todavía se pretendió, por aplicación del artículo 131 de la Ley Hipotecaria (párrafo final), que la hipoteca había de quedar subsistente ! Por fin, todos los interesados aceptaron la solución de liquidar y pagar la hipoteca con el importe del remate, aun cuando existían acreedores que habían obtenido después anotación de su derecho y quedaron sin cobrar ; a éstos habría convenido, naturalmente, que no les estorbara el acreedor hipotecario en la liquidación del precio consignado.

Si la hipoteca hubiera tenido varios años de antigüedad, su importe se habría rebajado de la tasación y no habría dudas por este lado, pues quedaría subsistente, pero su importe iría ya deducido al salir a subasta, sin perjuicio de la modificación que pudiera resultar por aplicación del artículo 158 (apartados 1 y 6 del Estatuto), si en el tipo de subasta que así resultase no quedara margen bastante (el tipo de subasta habría sido de 25.000 pesetas).

B) Otro caso más complicado : La finca se valoró, capitalizando el líquido imponible, en 21.000 pesetas ; tenía una hipoteca de 16.000 pesetas, inscrita en 19 de mayo de 1934 ; se empezó a apremiar por débitos de contribución en enero de 1935, pero no se notificó al acreedor hipotecario hasta enero de 1936. En realidad, según la letra del artículo 109 del Estatuto, la hipoteca no se puede rebajar del valor para el efecto de fijar tipo de subasta, porque tal hipoteca no puede decirse que sea anterior en un año al descubierto del mismo año 1934 (que es uno de los que se persiguen) ; pero en cuanto a ese descubierto, ya no tiene preferencia el Estado al ser notificado el acreedor hipotecario en 1936, y, por tanto, para los efectos de deducir del valor el importe de la hipoteca, no se debía hacer referencia al año 1934, sino a los años 1935 y 1936, que son aquellos respecto a los cuales debe gozar de

preferencia el Estado; ya hemos dicho que aquí juegan dos preceptos del Estatuto: el artículo 158, para los efectos de preferencia del crédito del Estado por la anualidad corriente y por la última no vencida (números 1.^o y 6.^o) y el 109, para regular la mecánica de la tasación y de la rebaja de créditos preferentes, con preferencia regulada muy de otra forma, según queda dicho; como el primer precepto, con que toca el agente ejecutivo al proceder, es el 109, y en éste no aparece problema (en vista de que, según él, la carga no era preferente o no había que deducirla), se sacó a subasta por el dicho tipo, sin deducciones (1). A las deficiencias fundamentales de los preceptos se unió, en el presente caso, lo anómalo de la forma en que los aplicó el agente ejecutivo, el cual, al publicar los edictos, hizo constar «que la finca valía 21.000 pesetas; que tenía una hipoteca de 16.000 pesetas; que los descubiertos, con sus costas, ascendían a 1.500 pesetas y que no se admitirían posturas que no cubrieran estas dos cantidades». Por fin, el inmueble se remató en 18.000 pesetas, que fueron consignadas; y surge la complicación: el rematante estaba en la idea de que con esas 18.000 pesetas se había de cancelar la hipoteca de 16.000 pesetas; de la letra del artículo 109 se deduce que el valor de esa hipoteca no debe deducirse del importe de la capitalización y que, por tanto, el rematante debe recibir la finca *libre*, aunque en la subasta no se hubiera obtenido cantidad bastante para pagar el crédito hipotecario (pues de tener que quedar subsistente tal hipoteca, se habría rebajado su importe al fijar el tipo de subasta según dicho artículo 109 del Estatuto). La tesis del rematante encontró algunas dificultades, y el procedimiento fué tachado de deficiente por haberse consignado en los edictos que el rematante *tenía que cubrir* el importe de la hipoteca, cuando en realidad no tenía necesidad de cubrirla, según el artículo 109 del Estatuto (aunque sí, a mi juicio, según el artículo 158 del mismo Estatuto); como de hecho se obtuvo cantidad bastante y

(1) De no haber excedido del valor de la hipoteca la capitalización, habrían entrado en juego, ya a deshora, los párrafos 1.^o y 6.^o del artículo 158 del Estatuto, y se habría planteado además el problema de si eran o no aplicables, visto que por no ser anterior en un año no había que preocuparse por tal hipoteca el acreedor, en cambio, habría alegado siempre que con arreglo al artículo 158 era deducible, aunque no lo establece así el 109.

el deudor hipotecario desistió de reclamar la subsistencia de la carga, el problema quedó sin ulterior desarrollo.

22.—REPERCUSIÓN EN EL IMPUESTO DE DERECHOS REALES (1).

Este impuesto recae sobre el verdadero valor de los bienes (artículo 6º del Reglamento). Para obtener este verdadero valor desarrolla el artículo 100 del Reglamento el concepto de «cargas deducibles»; y el artículo 61 dice, en su párrafo 3.º, que por aplicación de aquel artículo 100, «formará parte del precio de subasta el importe de las cargas no deducibles, conforme a dicho artículo, que deban quedar subsistentes». Este artículo 61 se remite, pues, al artículo 100, y en este último es, por tanto, donde hemos de encontrar la clave. Examinémosle: empieza diciendo qué se entiende por carga, para los efectos del impuesto, los censos, pensiones y otros gravámenes de naturaleza perpetua que disminuyen el valor de los bienes y aparezcan directamente impuestos sobre los mismos; y agrega que «no se considerarán cargas (2), a dichos efectos, las que constituyan obligación personal del adquirente, ni las hipotecas, ni las fianzas». En el párrafo 8.º se establece que en las transmisiones a título oneroso se presume que los interesados han deducido ya, al fijar el precio, todas las cargas, tengan o no el carácter de «deducibles», y que, por tanto, las no deducibles deben adicionarse al precio para determinar la base liquidable. Todo esto es lógico, y es también lógico el precepto donde agrega que «no habrá lugar a la indicada presunción cuando los contratantes estipulen expresamente la deducción de cargas del precio fijado o el adquirente se reserve parte de éste para satisfacer aquéllas». La mecánica de todo esto es clara: si A compra una finca y da por ella (en concepto de precio) 20.000 pesetas, el Fisco presume que da esas 20.000 pesetas después de rebajar toda clase de cargas. Se presume que la cantidad entregada resulta limpia de

(1) Analizo esto con algún detenimiento porque he visto liquidaciones no solamente discutibles, sino positivamente incorrectas, según derecho.

(2) La forma de expresarse el reglamento y, en general, las leyes cuando definen (?) «a tales efectos», y el hecho de no considerar como cargas las hipotecas (en lo cual manifiesta fino instinto, aunque en alguna otra ocasión lo contradice torpemente) se prestan a sabrosas consideraciones: Por ahora baste decir que el Reglamento, al negar a la hipoteca el calificativo de «deducible», acierta de lleno.

cargas, y, por tanto, en el supuesto de que esa finca tenga una hipoteca de otras 10.000 pesetas, la legislación fiscal supone, y supone bien, que a ese comprador le cuesta en realidad 30.000 pesetas la finca (o sea las 20.000 que entrega como precio, y las 10.000 que tendrá que entregar cuando pague el crédito hipotecario). En realidad, pues, el precio definitivo es 30.000 pesetas. Esta es la norma general; pero si un comprador contrató sobre la base de 100.000 pesetas y expresamente estipuló que de esas 100.000 se reservaba 60.000 para pago de una hipoteca, es claro que no se puede establecer la presunción antes dicha, ni, por tanto, se han de sumar las 60.000 de la hipoteca a las 100.000 del precio; sino que el valor total, el precio definitivo, es sólo de 100.000 pesetas; con esto no ha dejado de tenerse en cuenta la hipoteca para los efectos del impuesto, pues en realidad ésta se agrega al precio líquido entregado (o sea: 40.000 pesetas entregadas + 60.000 importe de la hipoteca = 100.000 pesetas, base liquidable).

En el párrafo final del mismo artículo 100 se dice que, «de conformidad con lo establecido en el párrafo anterior» (en el que acabamos de comentar), las hipotecas que hayan de quedar subsistentes se adicionarán para determinar la base liquidable al precio convenido, y en consecuencia, «aunque» la adquisición se realice mediante subasta, habrá de efectuarse la mencionada adición». En este párrafo se establece un perfecto paralelismo entre las adquisiciones mediante subasta y las que lo sean por otros medios; en rigor, este párrafo se dirige a afirmar que el hecho de que la adquisición haya tenido lugar en subasta pública, no desvirtúa en nada las normas del párrafo anterior; no es necesario ahondar mucho para explicar el transcurto párrafo final; aunque no existiera éste, el resultado sería el mismo, y así lo expresan las palabras «de conformidad con lo establecido en el párrafo anterior»; se aplica, pues, a la adquisición en subasta el mismo criterio que a cualquier otra adquisición, y la razón es obvia: para los efectos económicos, para los efectos de precio, todo es igual; se compre mediante subasta o en otra forma, el proceso es siempre éste:

A) Fijación del precio «en principio», o sea fijación del «valor», cosa que se hará en el acto de la subasta, o particularmente por acuerdo de ambas partes, según los respectivos casos.

B) Rebaja de las cargas que hayan de quedar subsistentes, cosa que se hace privadamente (si se trata de contrato sin subasta previa) o en el diligenciado del artículo 1.511 de la Ley Procesal (si se trata de subasta judicial); o antes de la subasta, si se trata de procedimiento *fiscal* o del *sumario* de la Ley Hipotecaria; en el procedimiento fiscal hace la deducción el agente, y en el *sumario* hipotecario, los otorgantes de la hipoteca (salvo errores u omisiones).

C) Fijación definitiva de la cantidad *líquida* que se entrega.

D) Adición (a esta cantidad líquida) de las cargas llamadas no deducibles, lo que nos dará la *base liquidable*.

Es necesario tener en cuenta que tanto el precio total fijado en el primer momento (valor «en principio»), como el definitivo líquido fijado en el tercero, son calificados como «precios», pero en realidad el impuesto apunta al primero, y por ello, cuando se encuentra con el resultado del tercero (que es el que se presume que va a la escritura, el impuesto, con muy buen acuerdo, adiciona las cargas (no deducibles) para recomponer el primero. Si en el último caso propuesto por ejemplo, los contratantes señalan el precio de 100.000 pesetas y se declara expresamente que, por tener el inmueble una hipoteca de 60.000 pesetas, se reserva el comprador esas 60.000 y no entrega más que 40.000, entonces la base debe ser 100.000, según los párrafos 3.^º y 4.^º del dicho artículo 100; la carga de 60.000 pesetas «subsiste al precio entregado (40.000)», no al estipulado en principio (100.000 pesetas), porque si en la diligencia de liquidación de cargas se rebaja de éste el importe de la hipoteca, claro es que se está en el caso de excepción a que se refiere el párrafo tercero del referido artículo 100 del Reglamento del impuesto. Es decir, que con arreglo a la letra y al espíritu de los párrafos 3.^º y 4.^º, las cargas se adicionan siempre, *no al precio fijado en principio*, sino al entregado o que deba entregarse al vendedor; así debe ser en «teoría» y así lo establece de hecho la legislación vigente, tanto para el contrato extrajudicial como para la subasta.

Hagamos entrar en juego cargas deducibles y cargas no deducibles:

Si en un contrato se ha fijado como cantidad *definitiva* que ha de entregar el adquirente la de 20.000 pesetas, se ha de entender

que si la finca tenía un censo de 3.000 y una hipoteca de 10.000, la finca íntegra fué en principio valorada en 33.000 por los interesados; pero que ellos mismos, antes de pagar, dedujeron las 10.000 de la hipoteca y las 3.000 del censo y fijaron en definitiva, como precio líquido, la diferencia, o sea las 20.000. El adquirente paga 20.000, pero como en su día tendrá que pagar las 10.000 de la hipoteca, resulta que en realidad la finca le cuesta 30.000; por eso establece el párrafo 3.^o del artículo 100 que las cargas no deducibles deben aumentarse al precio que los interesados fijaron (1); es decir, que en este caso—como queda dicho—, a las 20.000 del precio *fijado* hay que sumar las 10.000 de la hipoteca, y, por tanto, la base liquidable será de 30.000; en cambio, no se suman las cargas de la otra clase (el censo), porque, en realidad, el dominio representado por éste no entra en el patrimonio del adquirente, y, aunque se tratara de *censo consignativo*, habría que darle fiscalmente el mismo trato.

Para los efectos fiscales, pues, subastada la finca (caso tipo inicial de este trabajo) en 100.000 pesetas, consignadas solamente 10.000 (por tener una hipoteca de 90.000 que ha de quedar subsistente), la base para girar la liquidación del impuesto es 100.000, no 190.000. ¿Cabe encontrar, en el caso de subasta, alguna diferencia que aconseje seguir criterio distinto del señalado como norma general en el párrafo 3.^o del artículo 100 del Reglamento, cuando precisamente en el párrafo siguiente se hace expresa aplicación del mismo a la subasta? Yo no encuentro ninguna, a pesar de haber examinado detenidamente el problema: el proceso de fijación de precio y de valor es exactamente paralelo al que tiene lugar en los casos de contrato corriente (o sea fuera de subasta).

(1) En el párrafo 3.^o se dice que «se aumentarán al precio fijado», en el párrafo 4.^o se dice que al «precio convenido». ¿Influirá en los resultados esta diferencia de expresión? Téngase en cuenta que se trata de adicionar cargas a un precio y que se han de adicionar solamente las que «subsistan». ¿Las que subsistan a qué? Evidentemente, sólo las que subsistan a ese precio; podríamos decir «las que sobrevivan al precio fijado en definitiva, no al convenido en principio»; el precio convenido es el precio «convenido en definitiva», el fijado en la correspondiente diligencia privada o judicial.

23.—CONCLUSIÓN.

1.^o En el trámite de la Ley de Enjuiciamiento civil, la variación introducida por el párrafo final del artículo 131 de la Ley Hipotecaria consiste exclusivamente en que las hipotecas y cargas preferentes no se cancelan; la modificación en ese detalle arrastrá, además, esta otra: puesto que esa parte de precio antes de la reforma se consignaba y con ella se pagaban las hipotecas, y ahora ya éstas no se han de cancelar, el importe de las mismas debe quedar en poder del rematante, lo cual se ha de tener en cuenta en el diligenciado del artículo 1.511 de la Ley Procesal. Al precio líquido *que se entrega*, como consecuencia de tal diligenciado, habrá que agregar, para los efectos fiscales, el importe de las hipotecas subsistentes.

2.^o Las particularidades de los edictos de la regla 8.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria no son aplicables al procedimiento de la Ley de Enjuiciamiento civil. Y tampoco es aplicable lo relativo a la subrogación del rematante en la obligación personal del deudor.

3.^o Si de hecho, en un procedimiento seguido con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento civil, se consignan en los edictos las indicadas circunstancias, tendremos: a), que ha habido una extralimitación por parte del Juzgado; b), que tal extralimitación es hija de una mala inteligencia del párrafo final del artículo 131; c), que el consignar tales circunstancias retraerá a muchos postores si, en efecto, hay cargas (y en muchos casos aunque no las haya); d), que tal perjuicio podría arrastrar la nulidad del procedimiento; e), que como la atmósfera creada (mal creada, pero creada) ha de producir el efecto de que se sigan consignando en los edictos dichas circunstancias, cuando así se haga se debe añadir que «el importe de las cargas que hayan de quedar subsistentes se rebajará del precio del remate después de la subasta en la diligencia de liquidación del mismo precio de remate», y para mayor eficacia, conviene cortar la raíz y sanear la expresión de dicho párrafo final; f), para corregir deficiencias del procedimiento, debería la Ley ordenar que antes de la subasta estuviera hecha la determinación de las cargas preferentes, y que no se admitiría postura alguna que no cubriera el importe de dichas cargas.

4.^o Aun para el procedimiento sumario, las cosas debían desarrollarse en esa misma forma: el tipo de subasta señalado en la escritura de hipoteca debe entenderse que representa el valor intrínseco de la finca, del cual habrá que deducir el de las cargas que hayan de quedar subsistentes, y ni aun el acuerdo de los otorgantes debía tener fuerza para llevar al trámite de la subasta la oscuridad de la indeterminación de las cargas. Con esta modificación no perdería tampoco rapidez el procedimiento, máxime si se adoptan bases firmes que impidan el abuso de posibles incidentes.

BENEDICTO BLÁZQUEZ,
Notario.

El heredero. Ideas para su estudio

Ha sido hecha pública recientemente una posición nueva sobre el derecho de heredero y la legítima. Es un paso original y atrevido en la interpretación de la doctrina sobre la materia, mayor aún que el de admitir la posibilidad de que sea satisfecha la legítima con nuda propiedad de bienes nada más, si la edad del usufructuario, ordinariamente el cónyuge, lo permite.

Pero examinado con atención el trabajo en que apareció, debido a la pluma de un estimado compañero (1), creo sinceramente que se ha llegado más allá de lo que permite el estado actual de las instituciones. Y me he decidido a redactar unas líneas con el mejor deseo de situar el problema en su verdadero alcance.

1.—EXPOSICIÓN DE LA TEORÍA.

La teoría, que puede ser resumida en las palabras «donde hay herencia no hay legítima», parte de una pretendida diferenciación entre herederos y legitimarios.

El heredero aparece como un *status* de especiales características, a saber: *a)* Ser de libre elección del testador; *b)* Continuador de su persona, derechos y obligaciones; *c)* No puede impugnar, como consecuencia, los actos del causante; *d)* Respecto de él, no caben anticipos.

El legitimario tiene características contrarias: *a)* Es persona impuesta al testador; *b)* No continua su persona, derechos y obligaciones, sino que es como un legatario de cuota; *c)* Puede accionar contra los actos del causante, sea por preterición, deshered-

(1) Julián Dávila García: «Herederos y legitimarios». REVISTA CRÍTICA, octubre 1943

dación o insuficiencia de disposición, o por otras causas; d) Puede recibir anticipos.

Se explica lo de que el heredero es de libre elección y el legítimo es impuesto por la Ley, porque si bien hay preceptos que obligan a dejar la legítima, no se encuentra ninguno que obligue a nombrar heredero a quien no se deseé; en cambio, el testador está obligado a dejar al legitimario su legítima.

Lo de que el heredero es un continuador de la persona, derechos y obligaciones del causante, por los antecedentes de la institución en el Derecho romano y en el antiguo Derecho patrio, y por la doctrina de los artículos 659, 661, 1.003 y *a sensu contrario* el 1.023; y no lo es el legitimario, porque la legítima, se dice, no está establecida para que el heredero forzoso contribuya al pasivo, sino para que reciba del activo, y se cita en corroboración que al cónyuge, que es legitimario, no se le considera sujeto al pago de deudas en ningún caso.

La no posibilidad de recibir anticipos el heredero y sí el legitimario, con la invocación del artículo 1.271, que prohíbe, con salvaguardias, pactos sobre la herencia, y todos los que hablan de anticipos de legítima.

Finalmente, el que el heredero no pueda impugnar los actos del causante, punto crucial de toda la teoría, con la sola razón de ser el heredero, como ya se ha dicho, un continuador de la persona, derechos y obligaciones del causante, y, en corroboración de esto, se citan dos sentencias del Tribunal Supremo, fechas 4 junio de 1896 y 6 mayo 1902, que niegan a los hijos herederos facultad para impugnar las ventas de bienes reservables, y se hace presente, como expresión del sentir popular, el ejemplo de algunos hijos que se negaron a reclamar contra la voluntad de su padre, manifestada en testamento, diciendo que «como hijos y herederos del mismo, cumplían todo lo que él había dispuesto».

Sentado lo que antecede, se argumenta así: Si el causante tiene en su heredero un continuador suyo, un sucesor incluso en sus obligaciones, de modo que las excesivas deudas del causante tienen que ser satisfechas con bienes del heredero, ello vale tanto como que el causante tiene facultad para disponer de los bienes del heredero; y si el causante tiene facultad para disponer de los bienes del heredero, qué es lo más, también tendrá facultad para dis-

minuir o limitar los bienes que debiera dejarle, que es lo menos, sin que el heredero que acepte este carácter, continuador, por lo tanto, de su personalidad, tenga otra solución que callar. A esto se llega, como vemos, por el principio de continuación de la personalidad y su secuela de la no impugnabilidad de actos, más la fuerza de la lógica.

Y por ello se formula el principio: «Donde hay herencia no hay legítima», con su inmediata consecuencia «el testador puede imponer al llamado legitimario, cuando es heredero, todas las condiciones, limitaciones y restricciones que tenga por conveniente, ya que tiene que aceptar la herencia en la forma que se le designa o renunciar a ella.»

II.—SU CONTROVERSIAS: VERDADERO ALCANCE DE LA CONDICIÓN DE HEREDERO.

Descansa la teoría sobre una base: las características del *status* de heredero, totalmente inexactas. Vamos a intentar demostrarlo.

1.º—*El heredero no es siempre elegido libremente.*

La primera nota que antes ha sido señalada como propia del heredero es la de ser de libre elección del testador. Y esto no es cierto.

Es verdad que hay herederos cuyo derecho a la herencia proviene única y exclusivamente de que el testador, en uso de su libre albedrío, les ha nombrado herederos suyos; es el caso de los extraños y el de los parientes colaterales; el que estos últimos tengan, los más próximos, ciertos derechos *ab-intestato*, no obstante, porque el haber podido el causante, testando, torcer el curso de los acontecimientos, hace que no pierdan en cierto modo el carácter de herederos voluntarios. Y hay otros, el viudo o viuda y los hijos ilegítimos no naturales, que, aun teniendo algún derecho sobre los bienes relictos, a saber: el derecho a cuota usufructuaria (arts. 807, 834 y siguientes) y el de alimentos (art. 845), con el correlativo de no ser desposeídos de ello sin justa causa (art. 855, y, por analogía, el 853), no son herederos, porque el Código no les da—salvo accidentalmente al viudo—ese nombre, ni continúan la persona del

difunto, ni responden de sus deudas, ni produce efecto alguno su preterición (art. 814, párrafo 2.^o, y silencio de los demás), y sólo si libremente son nombrados herederos por el testador adquieren ese carácter y en la medida del deseo del causante. El caso del viudo heredero *ab-intestato* no prueba nada en contra, por lo ya dicho, sobre su carácter de heredero puramente voluntario.

Pero si es verdad que en todos los casos citados la condición de heredero se adquiere por el libre deseo del testador, también lo es que en otros se es heredero porque así lo dispone la Ley, y ello a pesar de la voluntad del causante. Es el caso de los descendientes y ascendientes legítimos y de los hijos y padres naturales.

Todos éstos, en efecto, tienen, a más de su derecho a legítima (arts. 806, 808, 809..., 840, 841, 842, 844 y 846) y su correlativo de no ser desheredados sin justa causa (arts. 853, 854 y 856) o preteridos, de mayor efecto aún (arts. 814 y 815), el carácter de verdaderos herederos, nombre que les da la misma Ley, añadiendo el calificativo de forzados (art. 807) y continuadores del causante, por lo tanto (art. 661). Y vamos a demostrarlo.

Puede ocurrir que el causante muera intestado, o con testamento en que instituya heredero a alguno de los citados, o en que le omita, o le desherede, o le cite meramente como legatario. En el primer caso, evidentemente el heredero de que estamos hablando es un verdadero heredero. En el segundo, también lo es, y ello tanto si resulta instituido en la legítima estricta, como en más o menos. En el tercero, el caso de la preterición, también lo es, al reconocerse su derecho tras la anulación de la institución testamentaria (art. 814). En el cuarto, si la desheredación es sin justa causa, también, al ser reconocido su derecho tras haberse anulado en lo que le perjudique la institución de heredero (art. 851); y si la desheredación es con justa causa, su maldada conducta le priva con toda justicia del carácter de heredero; pero debe ello ser expresado (arts. 849, 851, 853 y 854), y si se negare, probado (artículo 850), y aun probado, sus hijos, si los tiene, ocupan su lugar (art. 857). Finalmente, en el último caso, el de que sea nombrado legatario, bien dándole ese nombre, bien en la hipótesis del artículo 768, el heredero legitimario sigue conservando de modo latente el carácter de heredero: supongamos, en efecto, que el testador distribuya toda la herencia en legados, y que después aparez-

can deudas por valor igual o mayor que los bienes: los acreedores procederán contra los legatarios a tenor del artículo 891, sin que ello haya podido ser impedido por el testador, y una vez agotados los bienes, procederán contra los legatarios de nuevo, como presuntos herederos *ab-intestato*, salvo que éstos declaren (art. 1.005) que repudian la herencia; si lo que aparecieren fueren mayores bienes, todos podrán invocar su cualidad de herederos *ab-intestato*; y en el caso de que el testador haya instituido a unos como herederos y a otros como legatarios, nada sucede mientras lo que aparezcan sean mayores bienes, salvo el correspondiente aumento de los derechos como legitimarios; pero si en vez de mayores bienes lo que aparece son mayores deudas, todo se reducirá a una prelación en las responsabilidades: primero, los designados herederos en el testamento, y después, por la misma argumentación del caso antes citado—y lo contrario es absurdo y en pugna con el espíritu del artículo 891—, los designados como legatarios; en cuanto al caso del legatario de parte alícuota, es éste más bien un heredero (arts. 660 y 668), y así parece entenderlo la doctrina patria, aunque la jurisprudencia es vacilante.

O sea, en conclusión, hay unos parientes: los descendientes y ascendientes legítimos y los hijos y padres naturales que, salvo por su malvada conducta, y aun ello en la forma aludida, no pueden ser privados nunca por el testador del carácter de herederos del mismo. Son herederos del causante porque así lo dispone la Ley.

2.º.—*El heredero no continúa la persona del causante; y en cuanto a sus derechos y obligaciones, no siempre.*

Otra de las notas asignadas al heredero en la teoría de que estamos hablando es la de ser un continuador de la persona, derechos y obligaciones del causante. Pero no es exacto que esto ocurra así siempre.

La idea de continuación por el heredero de la personalidad del testador arranca del Derecho romano, donde en un principio el *heres* era ante todo el continuador del *pater familiæ* en la soberanía del grupo *agnaticio*, y ello de modo tal que la adquisición universal del patrimonio se daba como una mera consecuencia de ese carácter.

Más tarde, desaparecida esa soberanía político-religioso-patri-monial, subsiste la idea de que el testador tiene en el heredero un continuador suyo, de su *sacra privata* y de su patrimonio, con el efecto de evitar en todo caso la *bonorum venditio*, que infamaba, en caso de deudas excesivas, lo que explica el gran deseo de morir siempre con un heredero y el que la Ley obligase a la aceptación en algunos casos (los *heredes sui* y los esclavos).

Pero como esto de la continuación en el patrimonio tenía sus inconvenientes si el pasivo excedía del activo, se fueron estableciendo limitaciones, y así el pretor concedió a los *heredes necessarii* el beneficio de pedir la *bonorum separatio*, y a los *heredes sui et necessarii* el *jus abstinendi*, y los militares no respondieron, desde Gordiano, en más medida que la de los bienes heredados; hasta llegar a Justiniano, que de un modo general estableció la posibili-dad de aceptar la herencia a beneficio de inventario, lo que supone la negación del principio de continuación en las deudas.

Al pasar la institución al Derecho moderno ha perdido aquel carácter de continuación de la persona del testador y conservado sólo el de continuación en el patrimonio. Y la aceptación a bene-ficio de inventario está admitida de modo general; es más, algu-nas legislaciones, como la portuguesa y nuestro Apéndice foral aragonés, la consideran preceptiva sin necesidad de declaración especial. En el Derecho común español nada se dice sobre conti-nuación de la persona y sí sobre la de los derechos y obligaciones (art. 661); pero se añade que todo heredero puede aceptar pura y sim-plemente, o a beneficio de inventario (art. 998), lo que es pre-ceptivo en algunos casos (el del art. 992, párrafo 2.^o y otros).

Todo lo cual demuestra el aserto de que el continuar la persona, derechos y obligaciones del causante no es carácter indispensable de la condición de heredero; es más, la continuación en la persona no se da ya nunca.

3.^o—*El heredero puede en ocasiones impugnar los actos del cau-sante.*

La tercera nota que se ha señalado como típica de todo heredero es la de no poder impugnar los actos del causante. Esto no es cierto.

En apoyo de esa afirmación pueden citarse dos sentencias del

Tribunal Supremo, fechas 4 de junio de 1896 y 6 de mayo de 1902, que sostienen que los hijos como herederos de su padre no pueden impugnar las ventas de los bienes reservables realizadas por aquél. Esta doctrina es rechazada por Mucius Scaevola (1), Manresa (2), Valverde (3) y Castán (4). Y realmente no es admisible sin distingos.

En efecto, es exacto que el heredero es un sucesor personal del *de cuius* respecto de los derechos y deudas transmisibles. Pero no lo es que el heredero no pueda impugnar los actos de su causante cuanto éstos sean contrarios a sus intereses por haber violado el testador un precepto legislativo que favorezca al heredero. Esto es evidente. El mismo legislador que establece un principio establece otro, y tan respetable es el uno como las limitaciones que los otros suponen para el primero, fundados unos y otros en las diversas razones de justicia y conveniencia social que son el motivo de toda reglamentación jurídica. Y así el Derecho romano consideraba al heredero como sucesor de la persona y de los derechos y obligaciones del testador; pero si este testador perjudicaba al heredero no dejándole la *portio legitima* establecida a su favor en algunos casos, ese mismo Derecho concedía al heredero la *querella inofficiosi testamenti*. Y del mismo modo el Derecho español actual, que reconoce ese principio de continuación de los derechos y obligaciones del testador en la persona del heredero, concede a éste todas las acciones necesarias para ir en contra de los actos que aquél realice contra derechos establecidos en favor de ese heredero.

Si examinamos los diversos casos posibles, veremos comprobado nuestro aserto.

a) Uno es el de preterición, desheredación injustificada o insuficiencia de disposición respecto de herederos legitimarios. Todo ello lo prohíbe el Código al testador en el artículo 813 de un modo general al decir que no podrá privar a los herederos de su legítima, sino en los casos determinados por la Ley, y para darle efectividad concede acción al heredero en los artículos 814, 851 y 853.

Y si el Código concede esa acción es porque ello es el comple-

(1) Mucius Scaevola: «Código civil comentado», t. XVII, págs. 976 y 977.

(2) Manresa: «Comentarios al Código civil español», 3^a ed., t. VII, pág. 271 y sigs.

(3) Valverde: «Tratado de Derecho civil español», t. V, 1916, pág. 485.

(4) Castán: «Derecho civil español, común y foral» Madrid, 1942, t. IV, pág. 193.

mento indispensable de la prohibición establecida. Supongamos, en efecto, el caso de un padre que en su testamento instituya heredero universal a un extraño con preterición de su único hijo. ¿Qué se admitirá en esta coyuntura? ¿Acaso que el hijo no pueda reclamar contra su padre por querer obrar como heredero, o que no queriendo obrar como heredero, sino como mero legitimario, pueda pedir todo lo más el complemento de su legítima? ¿No es absurdo a todas luces creer que el hijo estará en ese dilema, consecuencia lógica del pretendido postulado de no poder los herederos, mientras quieran seguir gozando de esa cualidad, accionar contra su causante, como si nada hubiera legislado sobre preterición de herederos forzosos?

Muy por el contrario; a todo esto dice el Código terminantemente, en el artículo 814: «La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta, sea que vivan al otorgarse el testamento, o sea que nazcan después de muerto el testador, anulará la institución de heredero; pero valdrán las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas.» No puede, pues, negarse al heredero el derecho a pedir esa anulación. Y para ello invocará la cualidad de heredero forzoso primero, y con ella accionará contra el acto de su causante, y una vez lograda la nulidad de ese acto, pedirá y obtendrá la declaración de heredero *ab-intestato*. No cabe lógicamente otra cosa. Lo que demuestra, por lo tanto, que el heredero puede accionar en ocasiones contra su causante, sin perder por ello su cualidad de tal.

b) El otro caso que se debe examinar es el de enajenaciones de bienes reservables. También los reservatarios tienen acción en este caso, sin que ello contradiga su posible cualidad de heredero, pues si es la hipótesis del artículo 811 el título que invocarán será el de pariente del primer causante; si el del artículo 812, el de donante con condición resolutoria, y si el del 975, el de descendiente del primer matrimonio y tratarse de bienes procedentes del primer causante fallecido y del modo que indica la Ley (art. 973, sin que lo desvirtúe el que la perversa conducta del reservatario sea castigada de modo semejante al caso de hijos herederos), títulos todos ellos independientes del carácter de heredero, por lo que es lógico que pueda accionar con absoluta independencia de su carácter de heredero continuador del causante.

O sea que, así como en los casos anteriores se trataba de herederos que invocando esta cualidad accionaban contra el causante, aquí se trata de otros que, sin invocar ni negar esa cualidad de herederos, accionan contra el causante. Y en unos y en otros vemos que ello es de completa justicia.

Y ello es por la razón ya expuesta al principio de que la misma Ley, que en busca del bien social ordena un carácter, una cualidad, unas consecuencias jurídicas, puede, en aras de ese mismo bien social, ordenar unas limitaciones, unas excepciones, que es precisamente el caso de nuestro Derecho, que acepta desde luego en la forma dicha el principio de continuación por el heredero de la persona, derechos y obligaciones del causante; pero que admite, a pesar de ello, la posibilidad de ejercitar, sin negar esa cualidad, es más, invocándola en ocasiones, acciones contra actos del *de cuyus* cuando éstos sean contrarios al actor por haber violado el testador o causante un precepto legislativo que favorece al heredero.

4.º—*Todo heredero, puede haber recibido anticipos.*

No por otro motivo, sino por haber sido mencionada la cualidad de que el heredero no puede recibir anticipos—lo que es exclusivo, se dice, del legitimario y así el Código siempre hable de «anticipos de legítima»—, hacemos alusión a este extremo, en realidad sin trascendencia ninguna.

Y sostengamos que todo heredero puede recibir anticipos, porque no siendo esto otra cosa que «algo recibido del causante y tenido después forzosamente en cuenta al heredero», es indudable que ello puede darse: así, a más de lo dispuesto en el artículo 1.035 y siguientes, el caso del extraño, instituído en el tercio libre habiendo hijos, a quien se le tendrán en cuenta las cosas recibidas en concepto de donación en vida del causante (art. 819) y, en general, cuando lo deseé éste.

Indudablemente que no se tiene en cuenta lo recibido por un heredero voluntario por los derechos del mismo, que son sólo los que provienen del testamento, sino por la necesidad de no violar las legítimas, o respetar el deseo expresado del testador, si no las hay. Pero el hecho es que se le tiene en cuenta lo recibido.

Y por consecuencia final, los anticipos caben respecto de cuan-

quier heredero, sea forzoso o sea voluntario. Siempre, al entregarle su parte en la herencia, en los casos aludidos, se le tendrá que descontar lo que ya se le anticipó.

III.—CONCLUSIÓN.

Como se acaba de ver, las premisas sentadas para fundamentar la teoría impugnada son tales que, argumentando según los principios de la lógica, se llega a las últimas conclusiones con bastante facilidad.

En efecto, si el heredero no lo es por tener asignado tal o cual derecho en el Código, sino *por libre elección* del testador, y su aceptación también libre, lleva consigo *siempre* el compromiso de *continuar la persona del testador* y sucederle en las obligaciones, es evidente que pudiendo el testador haber dilapidado sus bienes y contraído deudas y obligado por ello el heredero con su propio patrimonio, que es lo más, muy bien puede el testador dejarle menos de lo que marca el Código, y el heredero que acepte y sea continuador, deberá soportarlo. Máxime si mientras sea heredero *no le es posible accionar* contra su causante. Y si no se aviene a ello, tendrá necesidad de abandonar el carácter de heredero, y entonces sí que podrá actuar alegando sus derechos de legitimario, o los que fueren, contra el causante.

Esto es una conclusión absurda. Y no ya porque en todo caso de minoración de legítima haga indispensable la repudiación de la condición de heredero para que sea posible la obtención del violado derecho, con las consiguientes consecuencias al perder la calidad de tal, sino porque pueden darse casos en que o sobra la teoría o sobra algún precepto del Código, cual es el caso del hijo preterido, quien, con sujeción a la teoría, al accionar, depuesta su condición de heredero, no podría conseguir más que su legítima estricta, ya que nada podría pedir derivado de su derecho de heredero; y lo mismo el hijo heredero y reservatario, al mismo tiempo de cuantiosas fortunas que en caso de haber sido enajenada la que tenía el carácter de reservable, tendría que optar entre una u otra, ya que, o aceptaba el ser heredero y entonces perdía la que había sido enajenada, o accionaba para hacerse con ésta, pero perdiendo en cambio la herencia.

Sin embargo de lo que acabamos de decir, no es indispensable esta argumentación *ad absurdum*. Porque es suficiente la consideración de lo que antes hemos expuesto, o sea, que los fundamentos básicos de la teoría son erróneos. Ya que si son falsas las premisas, aunque se argumente lógicamente con ellas, nada se prueba y pueden ser falsas las consecuencias.

Que es lo que ocurre en este caso. Admitiendo que el heredero debe su condición a la libre elección del testador, que continúa la persona del difunto y que no puede actuar contra él, resulta evidente que la admisión del carácter de heredero excluya la de legitimario con derecho, y sus consecuencias. Pero como no admitimos sin distingos esa libertad de elección y negamos terminantemente esa continuación absoluta y esa imposibilidad de accionar, y estas dos últimas premisas son indispensables para la veracidad de las consecuencias, por ser su único apoyo, podemos afirmar que nada de eso se da en la realidad.

En resumen : Debe ser rechazada la teoría que cree incompatible la herencia con la legítima, con su inmediata consecuencia de que el testador puede imponer al legitimario cuando sea también heredero todas las condiciones, limitaciones y restricciones que tenga por conveniente, sin que éste tenga otra alternativa que aceptar la herencia en la forma que se le designe o renunciar a ella ; y la también posible consecuencia de la pretendida inimpugnabilidad por el heredero, mientras lo siga siendo, de los actos, incluso enajenaciones de reservables, realizados por el causante. Así se desprende de las razones expuestas, basadas en el estado actual del Derecho sucesorio de nuestra Patria.

PEDRO SOLS GARCÍA.
Notario.

El plusvalor en el crédito refaccionario

«Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro público correspondiente (párrafo preliminar del artículo 42 de la Ley Hipotecaria)... Octavo. El acreedor refaccionario, mientras dure la obra objeto de refacción.» El crédito refaccionario, conforme sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril del año 1882, es el que se contrae y emplea en la construcción, conservación o reparación de alguna cosa ; concepto que coincide con el ámbito que actualmente tiene este crédito. Primeramente se aplicó sólo para reparar algún edificio ; después, en la construcción misma y en las naves, y, por último, en las fincas rústicas, tanto para su mejora como para su mejor explotación.

Esta evolución también se observa en el Derecho romano, primero con la denominación de *pignus insulae*, para reconstruir o reparar edificios, hasta alcanzar a las naves, con la particularidad de que un senadoconsulto le concede una hipoteca legal tácita sobre el edificio o nave, y entre acreedores refaccionarios se establece un orden de prelación para el cobro, en razón inversa a su antigüedad ; por apreciar que si la nave se arma o se conserva el edificio, se debe al último que presta su dinero a tal fin, que es lo que justifica la hipoteca legal tácita con preferencia a cualquier otro acreedor. No era justo que los demás acreedores se beneficiasen por el esfuerzo del último de los refaccionarios, doctrina que recogen las Partidas y conservan las Leyes de Toro.

El principio *prior tempore potior iure* no lo sigue el Derecho romano en el refaccionario ; el beneficio lo percibe la cosa, y la equidad aconseja que su crédito resulte garantizado a consecuencia del plusvalor que experimenta la cosa, y en síntesis hay un doble valor : el primitivo que tenía antes de realizarse la obra, y el que aumenta una vez realizada ; en el primitivo, el primero en el tiempo lo será también en el derecho, por lo que cobrarían antes que los refaccionarios ; pero en el aumento experimentado, son éstos los que primeramente satisfacen su crédito y nunca debe posponerse a los demás. Mas, pese a la sutileza de los romanos, no llegaron a puntualizar tanto, contentándose con conceder una hipoteca, vienen-

do, en realidad, a constituir créditos singularmente privilegiados.

El legislador del 1861, aunque en el fondo acepta el sistema romano de hipoteca, pero se pronuncia en contra de la subsistencia de la hipoteca legal tácita, que las desecha todas, salvo raras excepciones, y en lo referente al crédito refaccionario concede anotación preventiva transformable en hipoteca con características muy análogas a las legales del artículo 168, y que en cierto modo se confirma por el Código civil al determinar el orden de pago, en sus artículos 1.923 y 1.927.

Se justifica que la Ley de 1861 sustituya la hipoteca legal tácita del Derecho romano, porque en el crédito refaccionario no pueden determinarse las cantidades invertidas ni el tiempo de duración de la obra, imposibilitando, por lo tanto, la constitución de tal hipoteca, o sería una hipoteca de seguridad o condicional más o menos discutible. Como tampoco puede dejárseles desamparados a los que prestan sus capitales en la mejora de fincas, ideándose la anotación preventiva, que desde su fecha garantiza las cantidades que se invirtieron hasta su conclusión, caducables a los sesenta días, sin perjuicio de poder transformarlas en inscripción hipotecaria.

Si la anotación del acreedor refaccionario surte los mismos efectos que la hipoteca, ¿dentro de qué tipo de los que regula el Derecho Germano pueden colocarse? Existe una indudable analogía con las llamadas hipotecas de propietario; mas, para la mejor concreción de la materia, conviene comparar los sistemas romanos y germanos, destacando las notas sustanciales en lo que pueda interesar al crédito refaccionario, y en particular en el supuesto de que existan acreedores hipotecarios anteriormente inscritos.

SISTEMA ROMANO.—La hipoteca absorbe todo el valor de la finca, toda ella responde a la obligación afecta a la primera hipoteca. Si se constituyen segundas o posteriores, están pendientes de la primera, que sólo resultan garantizadas si después de cubrir la preferente alcanza el exceso en la totalidad de la obligación de la segunda o posteriores. Si la primera se extingue, las demás ascienden de rango y ocupan la posición de la desaparecida, por lo que puede resultar injustamente beneficiada al ser distintas las condiciones en que se pactó al existir la hipoteca extinguida, si antes no ofrecía una seguridad plena, por lo que pudo pactarse un interés superior, al extinguirse la primera serán circunstancias muy diferentes al de

su nacimiento y puede haber un injusto enriquecimiento, o cuando menos una mayor seguridad.

El crédito refaccionario, como antes se expresa en el Derecho romano, tiene preferencia absoluta sobre los demás créditos.

SISTEMA GERMANO.—No distingue entre primera, segunda y posteriores hipotecas, sino que el valor de la finca se divide entre cada una de las constituidas, y de hecho se distingue la finca, que es una, y el valor, que queda seccionado o dividido entre cada una de las hipotecas, ocupando cada una de ellas una posición fija, afectando cada parte de valor a la hipoteca correspondiente; si disminuye el mismo, afectará en todas, perjudicándole en proporción a su crédito; si aumenta, el beneficio será proporcional a las respectivas cantidades aseguradas. Si se paga alguna hipoteca, esto no es motivo para que las demás se beneficien, continúan en la posición que tenían, de aquí que, como dice Nussbaum, al pagarse a un acreedor hipotecario es cuando surge la hipoteca de propietario, que, al no extinguirse, resulta que es deudor al ser dueño de la finca, pero es al mismo tiempo acreedor, al ser titular del crédito satisfecho. Este sistema ofrece dificultades técnicas para justificar la subsistencia de tales obligaciones hipotecarias, ya que si se sigue el criterio subjetivista del Derecho romano, en toda obligación precisa un acreedor y un deudor, y ésta se extingue por confusión (artículos 1.156 y 1.192 del Código civil), y el objetivista de Winchairs supone relación entre dos patrimonios, que tampoco encaja en la hipoteca de propietario; de aquí que los críticos estimen que es arbitraria y de tipo formulista, al no tener presente los axiomas de la obligación.

En el fondo, nuestra Ley Hipotecaria, después de la reforma de adaptación de 1909, sigue el sistema romano de hipoteca, salvo algunas excepciones más bien rebuscadas por la doctrina, que las quieren identificar con tipos que regula el Derecho germano, mientras que los principios hipotecarios son de una clara y patente orientación hacia el Derecho alemán.

En el crédito refaccionario se identifica en el párrafo último del artículo 59 de la Ley Hipotecaria, en cuanto a sus efectos con la hipoteca; en el artículo 60 corrobora la razón fundamental de sustituir la hipoteca por la anotación preventiva, al no exigir que se determinen fijamente las cantidades que se entregan; bastando con los datos precisos para su liquidación. El 61 nos lleva a concretar

la cuestión planteada al decir que hay que determinar el valor de la finca cuando estuviere afecta a obligaciones reales inscritas, y entonces es cuando podemos destacar la analogía con el sistema germano en lo referente a la hipoteca de propietario; hay división del valor: uno, el que se le da a la finca antes de la obra objeto de refacción, y el otro, el plusvalor o aumento experimentado por consecuencia de la obra realizada; el primero, que, conforme al artículo 64, responde a los acreedores inscritos con preferencia a los refaccionarios, mientras que el plusvalor los preferentes son estos últimos, a tenor literal del último párrafo del susodicho artículo 64. «El acreedor refaccionario será considerado como hipotecario respecto a lo que *excede* en el valor de la finca al de las obligaciones anteriormente mencionadas, y en todo caso respecto a la *diferencia* entre el precio dado a la misma finca antes de la obra y el que alcanzare en su enajenación judicial.» Criterio completamente diferente al del Derecho romano, pues aquí no absorbe todo el valor de la finca hipotecada la primera hipoteca, sino que hay división: el acordado y el que aumente como consecuencia de la obra.

Por circunstancias especiales, la Ley de Reconstrucción de Inmuebles dañados por la guerra, de 9 de septiembre de 1939, en su artículo 4.º, dice: Que se partirá proporcionalmente entre los respectivos derechos e intereses cada uno de los inmuebles, entre los que prestaron cantidades para la reconstrucción y los anteriores acreedores de préstamos hipotecarios. Encarga la valoración a peritos y empleados de las oficinas de Regiones Devastadas, en los artículos 5.º y 6.º, y el 7.º, a tenor literal, preceptúa «que una vez firme la valoración a que se refiere el artículo anterior, el propietario podrá pedir anotación en el Registro de la reducción de cargas...». De forma que reduce el valor actual, por lo que queda un mayor margen para que con mayor facilidad puedan cobrar tales refaccionarios. Prescindo de hacer crítica alguna, porque es una Ley excepcional y que no se propone más que facilitar la reconstrucción, y además es una Ley transitoria que pudieron acogerse a este privilegio hasta 1940.

Insistiendo en el transrito artículo 64 de la Ley Hipotecaria, en el caso de concurrir acreedores inscritos y refaccionarios, pueden resultar perjudicados los hipotecarios si el valor dado no alcanza a cubrir su crédito, o los refaccionarios, si el plusvalor no llegó a

ganar la cantidad invertida ; de aquí que sea preciso que los acreedores anteriormente inscritos presten su consentimiento, o en su defecto, la resolución judicial consiguiente. De estas faltas o excesos en las cantidades obtenidas de la finca pueden surgir diversas cuestiones que, como ni la Ley ni la Jurisprudencia han llegado a conclusiones concretas, nos podemos plantear diversas hipótesis y proponer las soluciones más apropiadas.

Primera hipótesis.—Si el dueño de la finca paga su crédito al refaccionario, y los hipotecarios anteriores no llegan a cubrir el suyo con el valor que se le dió a la finca, ¿responderá a sus créditos el plusvalor consecuencia de la obra objeto de refacción ? Si se sigue el sistema germano, se originaría una hipoteca de propietario y los acreedores hipotecarios no podrían optar a ese plusvalor, mas si al pagarse a los refaccionarios se fusiona ese plusvalor conforme al sistema romano, la hipoteca más antigua absorbe todo el valor de la finca y se extenderá también al aumento experimentado.

Ambas soluciones son admisibles en buena lógica, pues conforme a los artículos 61 y 64 de la Ley Hipotecaria, que precisa el acuerdo de los acreedores inscritos (o resolución judicial en su defecto), valorar la finca antes de la obra con el fin de proteger a los refaccionarios, el dueño al pagar se subrogaría sin perjudicar la circunstancia del pago. Por el contrario, conforme al criterio intrínseco del Código civil y de la Ley Hipotecaria, que se exterioriza en artículos ya referidos ; tanto la obligación como la hipoteca se extinguiría por el pago y en lo sucesivo no habrá que hacer referencias más que al valor real de la finca y además, conforme a los artículos 110 y 111 de la Ley Hipotecaria, la hipoteca se extendería a las mejoras y dándole un valor extensivo comprendería a la obra refaccionada como tales mejoras ; mas esta última posición tropezaría en la práctica con los mismos dueños, que serían los más interesados en retardar el pago a los refaccionarios, pues los hipotecarios inscritos, al ir a la ejecución, no podrían exceder del valor que se dió a la finca antes de la obra.

Estas dificultades se podrían salvar por un procedimiento análogo al de la subhipoteca (número 8 del artículo 107), consignando el dueño la cantidad asegurada con la hipoteca, subrogándose la subhipoteca en las cantidades consignadas, que es el mismo que se sigue en el número 9 del artículo 107 en la hipoteca de comprador

de los bienes sujetos a pacto de retro en el caso de ejercitarse su derecho el vendedor, que quedará libre la finca hipotecada, sustituyéndose la garantía hipotecaria por la pignoraticia de las cantidades entregadas al comprador.

Segunda hipótesis.—Si se pagan a los acreedores hipotecarios inscritos y los refaccionarios no cubren sus créditos, ¿se extendería el derecho de los refaccionarios al valor que se dió a la finca? El problema reviste los mismos caracteres que la anterior hipótesis y se podrían proponer las mismas soluciones, más y si la finca se hubiese transmitido a un tercero a título oneroso? (Pues a título gratuito o transmisión hereditaria no tendrían la consideración de tercero.) Indudablemente se podría aplicar el artículo 112, y si las mejoras realizadas no fueran de reparación, seguridad o transformación, el artículo 187 del Reglamento hipotecario, con todas sus dificultades prácticas y más si tratamos de diferenciar las mejoras excepcionales de las demás. Mas al ser el crédito refaccionario de un carácter privilegiado, es dudoso si se aplicaría el artículo 112, y a más, en cierto modo, los mismos dueños podrían considerárselos como terceros respecto del aumento de valor y partes en el valor que se le dió a la finca antes de la obra.

Tercera hipótesis.—Si se enajena la finca por el procedimiento judicial sumario a instancia de los acreedores anteriores inscritos, ¿se extinguiría el derecho de los refaccionarios o quedan subsistentes conforme al párrafo último del artículo 131 de la Ley Hipotecaria? Si nos atenemos a su letra, el exceso del valor que se dió se entregaría a los refaccionarios al ser acreedores posteriores, mas siendo privilegiado este crédito, en realidad son hipotecas paralelas, que cada una tiene por garantía las cantidades asignadas y, por tanto, quedaría subsistente. Se complica más el problema al relacionarlo con el artículo 1.516 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que adopta sistema contrario al del 131, e incluso se sigue aplicando en la práctica en el mismo procedimiento judicial sumario.

Cuarta hipótesis.—Si la enajenación se realiza a instancia de los acreedores refaccionarios, ¿podrán hacerlo por el procedimiento determinado en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria? A pesar de la equiparación de efectos en el artículo 59 entre la hipoteca y la anotación preventiva de los acreedores refaccionarios, se opondría el artículo 130, que precisa fijar el valor de la finca, y éste sólo se de-

termina en lo que se refiere a los acreedores anteriormente inscritos; además, sería imposible fijarle, ya que en el contrato (o escritura) de constitución, ni se saben las cantidades invertidas, ni el aumento del valor de la finca, que sería el tipo que habría de tomarse, aunque, desde luego, más que dificultades técnicas, son meramente formalistas.

Quinta hipótesis. — Si la enajenación se hace por parte de los refaccionarios y el plusvalor alcanza a cubrir sus créditos y hay un remanente, mientras que los hipotecarios no satisfacen los suyos, ¿estará afecto este exceso para cubrir lo que le faltara a los hipotecarios? Está relacionada la cuestión con la de considerar a los dueños como partes o terceros que antes planteamos y además, como hay consentimiento por los hipotecarios para la fijación de un valor de la finca, implica en cierto modo una renuncia tácita al plusvalor que se origina por la refacción.

Sexta hipótesis. — Si los acreedores hipotecarios cobran sus créditos y hay un remanente y los refaccionarios con el plusvalor no llegan a cobrar el suyo, ¿quién tendrá preferencia sobre el remanente, el dueño o el refaccionario? Los romanos nos dirían que si la finca se conserva gracias a los acreedores refaccionarios, éstos nunca deben perjudicarse, y en el fondo de nuestras leyes late la misma solución, aunque aparentemente aparezca en idéntica situación a la hipótesis anterior.

Todos los supuestos planteados se motivan por la regulación escueta de la Ley y el Reglamento hipotecario de esta institución; proponiéndome destacar la analogía existente en ciertas situaciones con la llamada hipoteca de propietario de Derecho germano, pero que, desconocida por el legislador del 61 y desecharlo la clandestinidad de las hipotecas en el Derecho romano, no llega a recoger en las reformas posteriores la sustantividad del Derecho alemán, por lo que resulta un sistema híbrido al aceptar las bases romanas de la hipoteca, y en el aspecto registral los principios de publicidad y especialidad originados en el sistema germano. Hoy, esclarecida y conocida por la doctrina la hipoteca de propietario en los casos planteados, se resolvería sin dificultades técnicas. El poco uso que se hace en la práctica de estas instituciones, por lo que la Dirección General no ha tenido ocasión de resolver algunos de los problemas planteados.

ANGEL SÁNCHEZ MATA.

El usufructo y la nuda propiedad a través del impuesto de Derechos reales

No son nuevas las dificultades para la exacción del Impuesto de Derechos Reales en la constitución y extinción de los usufructos (1), ni tampoco es nueva la lucha que se viene sosteniendo por el legislador, de una parte, que quiere evitar el fraude, y los contribuyentes, de otra, que se las ingenian para escapar de las redes fiscales.

El Impuesto de Derechos Reales es *ia causa simuinlandi* por excelencia de la mayoría de los negocios simulados, y por eso se explica la serie de presunciones que la Ley establece y el detalle al que desciende el legislador, que en su afán de cortar *caminos tortuosos* llega incluso a establecer preceptos que resultan un poco abusivos para el contribuyente de buena fe.

Los usufructos han servido y sirven todavía de trampolín para saltar, con ciertas garantías, por algunos números de la tarifa del Impuesto de Derechos Reales, aunque el precepto que establece el apartado B del artículo 75 del Reglamento trata de remediarlo en parte.

El artículo 66 del Reglamento mencionado contiene normas para la liquidación de los usufructos, desde luego algunas de ellas, en lugar inadecuado, porque dicho artículo está comprendido en el Capítulo V, que se titula «Base liquidable», y no se limitan esas normas a la determinación de las bases que deben adoptarse para liquidar los usufructos en los diferentes casos, pues sus redactores,

(1) Ya en la Instrucción de 29 de julio de 1830 para hacer efectivo el impuesto gradual sobre las sucesiones de vínculos, mayorazgos, patronatos de legos, herencias, mejoras y legados, creado por el Real decreto de 31 de diciembre de 1829, se dictaron normas especiales para los usufructos, advirtiendo que la cantidad del impuesto varía según la clase de los usufructuarios y la procedencia del usufructo.

a través de las modificaciones que ha sufrido ese artículo en los diferentes reglamentos, han ido más allá de sus justos límites hasta el punto de que, siempre con el loable propósito de evitar el fraude, pero quizás en abierta oposición con los preceptos de la Ley, llegan en algún caso a exigir el impuesto antes de que jurídicamente se provoque la extinción del usufructo y, por lo tanto, el acto liquidable, obligando a persona distinta de la que por norma general, según el artículo 59 del Reglamento, debe considerarse contribuyente y señalando una excepción no comprendida en dicho artículo (1).

Los párrafos 10 al 14 del artículo 66 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales dicen así:

«(10) En los usufructos constituidos por testamento o ministerio de la Ley abonarán el usufructuario y el nudo propietario el impuesto que corresponda, tomando como base el valor fijado en la forma que queda establecida, salvo lo dispuesto en el último párrafo del artículo 57 y sin perjuicio de que al extinguirse el usufructo satisfaga el impuesto el nudo propietario, sirviendo de base liquidable el tanto por ciento correspondiente al valor del usufructo al tiempo de su constitución aplicado, según lo prevenido en el último párrafo del mencionado artículo 57, al valor que los bienes tuviesen al verificarse la extinción y girándose la liquidación con sujeción a la tarifa vigente en ese momento.»

«(11) Cuando el usufructuario que lo sea por título de herencia enajene su derecho en favor del nudo propietario vendrá éste obligado a satisfacer el impuesto por el concepto de transmisión onerosa, con arreglo a la naturaleza de los bienes sobre la base del precio convenido, y al propio tiempo habrá de satisfacerlo por el concepto de extinción del usufructo, según su grado de parentesco con el causante de quien procedan los bienes, sirviendo de base de liquidación el tanto por ciento del valor de los bienes correspondientes al del usufructo al tiempo de su constitución, aplicado, conforme a lo prevenido en el último párrafo del artículo 57, al valor que los bienes tuviesen al verificarse la adquisición onerosa del usufructo y girándose la liquidación con sujeción a la tarifa vigente en ese momento.»

«(12) Cuando el nudo propietario que lo sea por título de herencia

(1) Tal acontece cuando según los apartados (12) y (13) del artículo 65 del Reglamento, el nudo propietario enajena su derecho al usufructuario o a un tercero.

cia enajene su derecho en favor del usufructuario vendrá éste obligado a satisfacer el impuesto por el concepto de transmisión onerosa con arreglo a la naturaleza de los bienes sobre la base del valor que en aquel momento tuviese el derecho de nuda propiedad, según el tanto por ciento del de aquéllos correspondiente al usufructo, y al propio tiempo habrá de satisfacerlo el nudo propietario por el concepto de extinción de usufructo, con arreglo a su grado de parentesco con el causante de quien procedan los bienes, sirviendo de base de liquidación el tanto por ciento del valor de ellos correspondiente al del usufructo al tiempo de su constitución, aplicado, conforme a lo prevenido en el último párrafo del artículo 57, al valor que los bienes tuviesen al verificarse la adquisición onerosa de la nuda propiedad y girándose la liquidación con sujeción a la tarifa vigente en ese momento. El adquirente de la nuda propiedad tendrá derecho a descontar del precio el importe del impuesto que por extinción del usufructo deba satisfacer el nudo propietario y aquél será responsable de su pago para con la Hacienda.)

“(13) Cuando el usufructuario o el nudo propietario, o ambos, enajenaren por título oneroso sus respectivos derechos a favor de tercero, éste satisfará el impuesto como adquisición onerosa, según la naturaleza de los bienes, con arreglo al valor que el derecho o los derechos transmitidos tuviesen en el momento de verificarse la transmisión. En el caso de enajenación del usufructo, el nudo propietario no vendrá obligado al pago por tal concepto hasta que tenga lugar la extinción del derecho del usufructuario que lo hubiese enajenado, y en el de enajenación de la nuda propiedad habrá de satisfacerlo el nudo propietario, sirviendo de base de liquidación el tanto por ciento del valor de los bienes correspondiente al valor del usufructo al tiempo de su constitución, aplicado, conforme al último párrafo del artículo 57, al valor que los bienes tuviesen en el momento de verificarse la enajenación de la nuda propiedad. El adquirente de ésta tendrá derecho a descontar del precio el importe del impuesto que por extinción del usufructo deba satisfacer el nudo propietario y aquél será responsable de su pago para con la Hacienda.)

“(14) Cuando el derecho de nuda propiedad, ya se hubiese adquirido por herencia o a título oneroso, se transmita a título lucrativo, el adquirente, sin perjuicio de satisfacer el impuesto por tal

concepto y con arreglo al valor que en tal momento tuviese ese derecho, deducido del valor total de los bienes el tanto por ciento correspondiente al del usufructo, vendrá obligado, cuando tenga lugar la extinción de éste, a satisfacer por impuesto lo que su causante hubiera de haber satisfecho.»

De esos preceptos se deduce que en la liquidación de los derechos que nos ocupan hay que tener en cuenta varios elementos: 1.º, título constitutivo; 2.º, grado de parentesco en los usufructos constituidos por título lucrativo; 3.º, tarifa aplicable; 4.º, valor total de los bienes objeto del usufructo, y 5.º, tanto por ciento que ha de aplicarse a ese valor total para hallar el valor del usufructo y, por diferencia con el total de los bienes, el de la nuda propiedad.

TÍTULO CONSTITUTIVO

El apartado 10 del artículo 66 contiene un precepto general para regular la extinción de los usufructos constituidos por testamento y por ministerio de la Ley.

A continuación, los apartados 11 y 12, casuísticamente, olvidándose, al parecer, del título constitutivo y aludiendo sólo al adquisitivo, desarrollan el precepto que contiene el apartado 10, cuando el usufructuario enajena su derecho por título oneroso al nudo propietario o éste realiza la enajenación en iguales circunstancias a favor de aquél, recalando que se trata de usufructuarios y nudos propietarios que lo sean por título de herencia.

Después, el apartado 13 se siente menos casuístico y no alude al título constitutivo ni al adquisitivo de los derechos de los usufructuarios o nudo propietarios cuando los enajenan por título oneroso a favor de un tercero.

Y, por último, en el apartado 14, con referencia a la nuda propiedad considera indiferente el título por el que se ha adquirido, para que el adquirente, a título lucrativo, tribute por esa adquisición y, además, por la extinción del usufructo.

Possiblemente, con pocos retoques, si del apartado 10 se hubieran suprimido las palabras: «constituidos por testamento o por ministerio de la Ley», se hubiera logrado un precepto para liquidar la extinción de todos los usufructos, incluso de los constituidos por

título oneroso, todo sin perjuicio de que, dada la clasificación de los usufructos en voluntarios y legales (1), sería discutible si es o no afortunada la expresión que emplea ese párrafo 10 al hablar de los usufructos «constituídos por ministerio de la Ley», porque podríamos llegar a discutir, entre otras cosas, si es o no liquidable el usufructo que al padre o a la madre reconoce el artículo 160 del Código civil, sobre los bienes de los hijos sometidos a su patria potestad (2).

Lo indudable es que ese párrafo 10 obliga a que los usufructos constituidos por sucesiones testamentarias o abintestato, al extinguirse, tributen también por las tarifas de las herencias, es decir, por las tarifas que tributaron cuando se constituyeron.

Claro está que el usufructo que nace por una donación inter vivos no se constituye ni por testamento ni por ministerio de la Ley, pero, sin embargo, encaja dentro del cuadro que señala el párrafo 10, porque el artículo 29 del Reglamento del Impuesto, tanto a las donaciones inter vivos como a las *mortis causa*, las llama a tributar como si fueran herencias:

Ahora bien; parece lo lógico que el usufructo que se ha constituido por herencia, al extinguirse, tribute también por las escalas de las herencias. Por el contrario, el usufructo constituido por un título oneroso, en su extinción, debe tributar por los tipos aplicables a ese título, según la naturaleza de los bienes.

Es decir, que cualquiera que sea el título de adquisición, la norma para liquidar la extinción del usufructo la debe dar el título constitutivo, o sea el que dividió el dominio. El título de adquisición y el de constitución puede ser el mismo, pero puede ocurrir que no lo sea.

A instituye heredero en la nuda propiedad de una casa a B y en el usufructo a C. En este caso se ha *constituido* el usufructo por un título hereditario y B *adquirió* su nuda propiedad por el mismo título.

A instituye heredero en la nuda propiedad de una casa a B y en el usufructo a C, pero B vendió su nuda propiedad a D. Es un ejemplo que demuestra que se ha *constituido* el usufructo por un

(1) Artículo 468 del Código civil.

(2) En el artículo 3.º de la ley del Impuesto de Derechos Reales no está esa exención.

título hereditario, pero que se *adquirió* la nuda propiedad por un título oneroso.

En los casos expuestos la extinción del usufructo debe tributar por las escalas de las herencias.

En cambio, si A vende la nuda propiedad a B y el usufructo se lo vende también a C, al extinguirse el usufructo debe tributar por los tipos aplicables al título oneroso, aunque B no sea el titular de la nuda propiedad en el momento de la extinción, por haberlos transmitido por herencia a un tercero (1).

Decíamos que parece que lo expuesto es lo lógico y añadimos ahora que parece también que el Reglamento actual así lo considera, pues en el párrafo 14 del artículo 66, con referencia a la extinción del usufructo, ordena que el actual titular de la nuda propiedad pague «lo que su causante hubiera de haber satisfecho». Y es natural que no pueda obligarse al que trae causa de otro a pagar más que su causante hubiera pagado, haciéndole, sin motivo fiscal justificado, de peor condición (2).

Volvamos a los ejemplos. A vende el usufructo de una casa a B y la nuda propiedad a C. Este fallece y adquiere esa nuda propiedad por herencia su hijo D, quien se la vende a B.

El nudo propietario que vende adquirió su derecho por herencia y, según la letra del párrafo 12, además de la transmisión onerosa, surge el concepto liquidable de extinción del usufructo que en su constitución pagó por título oneroso, pero que en su extinción va a tributar por las escalas de las herencias. No parece justo.

Obsérvese que en el párrafo 13, con referencia a la enajenación por título oneroso a un tercero, callando el título de adquisición, da normas para señalar las bases por las que debe tributar la extinción del usufructo, pero no dice que tributará con arreglo al grado de parentesco con el causante de quien procedan los bienes: se limita sólo a determinar cómo han de valorarse los bienes y el usufructo, pero que calla también los tipos que deben aplicarse para tributar, sin duda porque sobreentiende que dependen del título constitutivo.

(1) Los señores Belda y Areal, en su «Manual práctico del impuesto de Derechos Reales», opinan que en este caso debe liquidarse por herencia.

(2) En el Reglamento de 1927 se aludía el título constitutivo, al aludir también a la persona en cuyo poder se dividió el dominio.

Por último, en el párrafo 14, con referencia sólo a la nuda propiedad, se plantea el mismo caso que en el párrafo 13, con la diferencia de que la enajenación sea a *título lucrativo*. Y bien claramente dice que el adquirente debe pagar por la extinción del usufructo lo que su causante hubiera de haber satisfecho.

Realmente la redacción de los párrafos 11 y 12 es poco afortunada, y para salvar esas contradicciones hay que entender que el nudo propietario y el usufructuario a que esos párrafos aluden son los primeros titulares de los derechos de usufructo y nuda propiedad en virtud del título que disgregó el dominio.

* * *

Indudablemente, la extinción del usufructo, aunque la provoque su transmisión o la de la nuda propiedad, supone un concepto liquidable distinto del concepto de transmisión. Evidentemente también, ambos conceptos se dibujan claramente, aunque el título constitutivo del usufructo sea oneroso o lucrativo.

En el caso de que, previa una enajenación, se provoque la extinción del derecho de usufructo que señala el número 3.^º del artículo 513 del Código civil, es decir, en el caso en que se reunan el usufructo y la nuda propiedad en una sola persona como consecuencia de una enajenación de esos derechos. ¿Procede liquidar siempre, cualquiera que sea el título constitutivo del usufructo, el concepto de transmisión y además el de extinción del usufructo?

Con alguna salvedad nos anticipamos a contestar afirmativamente. Conviene distinguir el título de adquisición y la naturaleza de los bienes sobre los que recae el usufructo.

Si repasamos el artículo 66, no encontramos regulados los casos en que la nuda propiedad o el usufructo constituidos por título oneroso se transmitan también por el mismo título al usufructuario o nudo propietario, respectivamente, y, sin embargo, en cuanto a los bienes *inmuebles*, la transmisión de cualquiera de los dos derechos y la extinción del usufructo son actos distintos y ambos liquidables, porque, aunque no se deduzca del artículo 66, nos lo había advertido antes el primer párrafo del artículo 12 del Reglamento al citar como sujetos al impuesto «la transmisión o extinción» por contrato de los derechos reales sobre bienes inmuebles u otros derechos reales.

La partícula *o* no debe dar lugar a duda, porque el precepto de ese párrafo debiera ser un reflejo del número 2.^º del artículo 2.^º de la Ley, que dice, con relación a bienes inmuebles, «transmisión y extinción», y con esa misma partícula disyuntiva la recoge el número 24 de la tarifa. Por lo tanto, hay que liquidar por el concepto de transmisión y por el de extinción del usufructo que aquella transmisión provoca, puesto que ambos conceptos se pueden dar separadamente (1).

Cierto que, salvo la pérdida total de la cosa usufructuada, toda extinción de usufructo lleva consigo una transmisión de derechos, pero el caso que nosotros estudiamos es el caso contrario; es, repetimos, el de la transmisión que provoca la extinción. El cumplimiento del plazo en el usufructo temporal, la muerte del usufructuario, la pérdida total de la cosa, etc., son modos naturales de extinguirse el usufructo, exigencias de su naturaleza jurídica, pero no provoca su extinción una enajenación previa.

Ahora bien; así como en tratándose de bienes inmuebles el párrafo 1.^º del artículo 12 del Reglamento no deja lugar a dudas, ni en la Ley ni en el Reglamento encontramos precepto terminante que obliga a tributar por el impuesto de derechos reales a la extinción del usufructo de bienes muebles constituidos por título oneroso.

El número 7.^º del artículo 2.^º de la Ley incluye como acto sujeto al impuesto las traslaciones de dominio de bienes muebles, y con la palabra «transmisión» es recogido el precepto en el artículo 24 del Reglamento. La transmisión desde luego es un acto liquidable, pero ¿en dónde está la disposición que sujetaba al pago del impuesto la extinción de los derechos reales sobre bienes muebles? (2).

(1) Se puede reforzar la argumentación teniendo en cuenta que el precepto del número 2.^º del artículo 2.^º de la ley tiene su antecedente primitivo en la ley de Presupuestos de 26 de diciembre de 1872, que literalmente dice así: «La constitución, reconocimiento, modificación o extinción de los derechos reales, impuesto sobre bienes inmuebles, satisfarán por regla general el 3 por 100.» Si ahora se duda sobre la «transmisión o extinción», entonces se dudaría sobre la «modificación o extinción».

(2) Si el legislador ha meditado sobre los conceptos sujetos a tributación y las palabras para ello empleadas, seguramente en esa meditación ha gozado de privilegio todo lo referente a bienes muebles. Hay que recordar el revuelo que levantó la ley de 25 de septiembre de 1892, cuando gravó con el juno por mil las transmisiones de efectos públicos en que interviniieran agentes de comercio, precepto que no llegó a aplicarse. Y ahí está la exención que señala el número 7.^º del artículo 3.^º de la vigente ley y la desigualdad mortificante que toda la legislación del impuesto de Derechos Reales respeta al distinguir entre bienes muebles e inmuebles.

El párrafo 11 del artículo 66 del anterior Reglamento de 1927, entre otras cosas, decía: «La extinción del derecho de usufructo, aunque tenga lugar por muerte del usufructuario, devengará el impuesto según la *naturaleza de los bienes...*»

Ese precepto no lo contiene el actual Reglamento. Quizá con vista del párrafo 13 del artículo 66 del Reglamento citado pudiera argumentarse que está sujeta al impuesto la extinción del usufructo de bienes muebles constituidos por título oneroso, porque ese párrafo, con referencia a la enajenación a título oneroso a favor de un tercero, llama a tributar siempre por los dos conceptos de enajenación y extinción, sin distinguir para este último ni el título constitutivo del usufructo ni la naturaleza de los bienes. Y claro está que si un tercero está obligado a pagar por la extinción, también debe de estarlo aquel de quien trae causa.

Sin embargo, el caso es dudoso, entre otras razones porque ni el artículo 66 ni ningún otro del Reglamento están llamados a sujetar al pago del impuesto, actos que escapan del precepto de la Ley.

Si seguimos repasando el artículo 66, tampoco encontramos cómo liquidar un usufructo constituido por título oneroso o lucrativo, que, por este mismo título lucrativo se transmite a favor del nudo propietario o de un tercero.

Puede darse el caso de una donación que en vida haga el usufructuario vitalicio o temporal a favor del nudo propietario, o que éste adquiere por herencia un usufructo temporal.

Del párrafo 1.^º del artículo 12, artículos 29, 31, y párrafo 10 del artículo 66, todos del Reglamento, se deduce que en esos casos procede liquidar por la enajenación de acuerdo con el título que se verifique y, además, por la extinción del usufructo según el título constitutivo. Es decir, la misma regla que señala el párrafo 14 del artículo 66 para la nuda propiedad.

Salvando las dudas que dejamos expuestas, queremos llegar a las siguientes conclusiones, quizás excesivamente fiscales, pero que parecen deducirse del Reglamento:

USUFRUCTO CONSTITUIDO POR TÍTULO ONEROZO O POR HERENCIA

A) *Cuando se enajena por título oneroso al nudo propietario.*—Procede liquidar por los conceptos de enajenación y extinción. (Párrafo 1.^o del artículo 12, si el título constitutivo del usufructo es oneroso, y párrafo 11 del artículo 66 si lo es por herencia.)

Quizá sea abusivo, pero realmente el Reglamento los llama a tributar por ese doble concepto, y jurídicamente no cabe la menor duda que llega la extinción del usufructo, sea temporal o vitalicio, sin que se provoque la enajenación por título oneroso.

Y claro está que si el usufructo constituido por herencia, al enajenarse por título oneroso al nudo propietario debe tributar por el doble concepto, por idéntica razón debé tributar también por ese doble concepto el constituido por compra, porque no hay razón para hacer de mejor condición al título oneroso que al lucrativo.

B) *Cuando se enajena por título oneroso a un tercero.*—Procede liquidar sólo por la enajenación, no estando el nudo propietario obligado a pagar por la extinción del usufructo hasta que realmente se extinga. (Párrafo 13 del artículo 66, cualquiera que sea el título constitutivo del usufructo.)

El caso es claro; no ha variado nada más que la persona beneficiaria del usufructo, sea éste temporal o vitalicio.

C) *Cuando se extinga por cualquiera de los medios que señala el artículo 513 del Código civil, a excepción de la pérdida total de la cosa, sin que la extinción lleve aparejada una enajenación.*—Sólo procede la liquidación por extinción. (Párrafo 1.^o del artículo 12, si el título constitutivo es oneroso, y párrafo 10 del artículo 66 si lo es hereditario.)

Señalamos la excepción de la pérdida total de la cosa, porque indudablemente, si con ello se ha extinguido el usufructo, también se ha extinguido el derecho de nuda propiedad.

D) *Cuando se enajena por título lucrativo a favor del nudo propietario.*—Procede la liquidación por enajenación y extinción. (Artículos 29, 31, y párrafo 1.^o del 12, si el título constitutivo del usufructo es oneroso, y párrafo 10 del artículo 66 si lo es hereditario.)

Ya dijimos que el usufructo temporal puede heredarse, y el vitalicio donarse e incluso también heredarse. Por ejemplo: A, titular

de un derecho de usufructo vitalicio, lo vende a B, quien muere antes que A y lo hereda C.

E) *Cuando se enajena por título lucrativo a favor de un tercero.* Procede liquidar la enajenación. (Artículos 29 y 31, cualquiera que sea el título constitutivo.) Cuando el usufructo se extinga por muerte del usufructuario, si es vitalicio, o por transcurso del plazo, si es temporal, procederá liquidar la extinción.

NUDA PROPIEDAD CONSTITUÍDA POR TÍTULO ONEROZO O POR HERENCIA

A) *Cuando se enajena por título oneroso al usufructuario.*—Procede liquidar por la enajenación y la extinción del usufructo. (Párrafo 1.^o del artículo 12, si el título constituido es oneroso, y párrafo 12 del artículo 66, si es por herencia.)

También es abusivo, pero insistimos en lo dicho al tratar del mismo caso en la enajenación del usufructo.

B) *Cuando se enajena por título oneroso a un tercero.*—Procede liquidar por enajenación y por extinción del usufructo. (Párrafo 13 del artículo 66, cualquiera que sea el título de constitución.)

En realidad, el caso de extinción jurídicamente no se da. El tercero no hace más que subrogarse en los derechos del nudo propietario que transmite, pero el derecho de usufructo y, por lo tanto, el de nuda propiedad siguen vivos. Es más: entendemos que ese precepto literal del Reglamento está en abierta oposición con la Ley.

Por otro lado, hace de peor condición la enajenación de la nuda propiedad por título oneroso que la enajenación por título lucrativo, porque el párrafo 14 del artículo 66, cuando por título lucrativo se transmite la nuda propiedad, sólo exige el impuesto por la extinción cuando realmente llega.

¿Quiso decir el Reglamento que cuando el usufructuario y el nudo propietario enajenen sus respectivos derechos a favor de un tercero es cuando procede las exacciones por transmisión y extinción? (1). Pues hay que reconocer que en los usufructos constituidos por herencia ya lo había dicho en el párrafo 10 de ese mismo artículo 66, y que en los constituidos por título oneroso también lo había dicho en el párrafo 1.^o del artículo 12.

(1) Así opina el Sr. Rodríguez Villamil, en su obra «Legislación del impuesto de Derechos Reales y sobre transmisión de bienes».

C) *Cuando se enajena por título lucrativo al usufructuario.*—Procede liquidar por los dos conceptos de enajenación de la nuda propiedad y extinción del usufructo. (Párrafo 14 del artículo 66, cualquiera que sea el título de constitución.)

D) *Cuando se enajena por título lucrativo a un tercero.*—Procede liquidar sólo por la enajenación, y procederá por extinción del usufructo cuando realmente se extinga. (Párrafo 14 del artículo 66, cualquiera que sea el título constitutivo.)

FEDERICO BAS.

Registrador de la Propiedad.
Abogado del I. C. de Córdoba.

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

REGISTRO MERCANTIL. EN LA FASE INTERMEDIA ENTRE LA CONSTITUCIÓN DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA Y SU INSCRIPCIÓN, PUEDEN CUMPLIR LOS FUNDADORES LAS FORMALIDADES NECESARIAS PARA OBTENER LA ÚLTIMA Y ENTRE ELLAS LOGRAR LA AUTORIZACIÓN DEL MINISTERIO DE HACIENDA CUANDO SEA NECESARIA, DE CONFORMIDAD CON LAS LEYES DE 9 DE SEPTIEMBRE Y 10 DE NOVIEMBRE DE 1942 PARA LA CONSTITUCIÓN DEFINITIVA DE LA COMPAÑÍA, SI CON ANTICIACIÓN NO LA HUBIESEN OBTENIDO LOS PROMOTORES. COMO CONSECUENCIA, NO HAY INCONVENIENTE EN ADMITIR QUE LA EXPRESADA AUTORIZACIÓN SEA SOLICITADA Y OBTENIDA CON POSTERIORIDAD AL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN, EN DONDE APARECEN CON TODA CLARIDAD LAS APORTACIONES Y ANTECEDENTES, Y EL REGISTRADOR NO DEBE REPUTAR DEFECTO INSUBSANABLE O FALTA DE FORMALIDAD EN EL DOCUMENTO NOTARIAL EL INCUMPLIMIENTO DEL REQUISITO EN CUESTIÓN, NI MUCHO MENOS PREJUZGAR, SEGÚN EL MISMO RECONOCE, LA FUTURA DECISIÓN DEL MINISTERIO COMPETENTE.

Resolución de 3 de junio de 1944, «B. O.» de 12 de julio.

Por el Notario de Tarrasa, D. José Solís de Ecenarro, se autorizó una escritura—el 27 de enero de 1943—por la que dos señores, en nombre propio, y otro como representante legal de cuatro hijos menores, constituyeron una Sociedad Anónima denominada «Hilaturas de Lana, S. A.», con domicilio en dicha ciudad, al objeto de dedicarse a la fabricación de hilados y elaboración de lanas. Se fijó el capital en un millón de pesetas, representado por doscientas acciones al portador, de cinco mil pesetas cada una, cuyo capital quedó suscrito y desembolsado en la siguiente forma : uno de ellos suscri-

bíó 32 acciones en efectivo ; otro—en la representación que ostentaba de sus menores hijos—, otras 32 acciones también en efectivo, o sean 8 para cada uno de aquéllos, y el otro promotor social las 136 restantes, cuyo importe de 680.000 pesetas abonó en la proporción de 126.113,04 pesetas efectivas y el resto lo aportó en muebles, utillaje, materias primas fabricadas, créditos personales, maquinaria y derecho a los cupos de materias primas que tenía asignados.

Presentada la escritura en el Registro Mercantil de Barcelona fué denegada su inscripción, por cuanto siendo básico de la Sociedad que se constituye la aportación de maquinaria, primeras materias y cupos correspondientes que realiza uno de los socios que constituyen una empresa distinta o negocio explotado con anterioridad es requisito previo a la autorización de dicha escritura la autorización del Ministerio de Hacienda, conforme a lo dispuesto en el art. 2.^º de la Ley de la Jefatura del Estado de 10 de noviembre de 1942, en relación con el 3.^º de la Ley de la misma Jefatura de 19 de septiembre de dicho año.

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, la Dirección ha acordado que para que la escritura produzca plenos efectos y pueda ser inscrita, es necesario que se acompañe la autorización correspondiente del Ministerio de Hacienda, por las razones que aparecen en la rúbrica y toda vez que existen motivos racionales y evidentes para estimar fundada la exigencia del Registrador, si bien este funcionario carece de los elementos indispensables para determinar los límites precisos de la aportación y reserva realizadas por el socio cuya aportación a más de en efectivo, fué en materias primas y cupos correspondientes.

Presentada la escritura en el Registro Mercantil de Barcelona fué calificada por la siguiente nota : «No admitida la inscripción del precedente documento, por cuanto siendo básico de la Sociedad que se constituye la aportación de maquinaria, primeras materias y cupos correspondientes que realiza uno de los socios que constituyen una empresa distinta o negocio explotado con anterioridad, es requisito previo a la autorización de ésta escritura la autorización del Ministerio de Hacienda, conforme a lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley de la Jefatura del Estado de 10 de noviembre de 1942, en relación con el tercero de la Ley de la misma Jefatura de 19 de septiembre de dicho año.»

Resultando que el Notario autorizante de la escritura solicitó reforma de la calificación anterior y, caso de desestimarse, que se tuviera por interpuesto el recurso gubernativo y se declarase que el documento está extendido con arreglo a las prescripciones y formalidades legales y es inscribible en el Registro Mercantil, fundándose en que la aportación de maquinaria, primeras materias y cupos hecha por D. J. S. B. era lícita, porque es principio de la legislación española la libertad de asociación, sólo limitada por las Leyes de 19 de septiembre y 10 de noviembre de 1942, cuyos preceptos, como todos los de carácter restrictivo o de excepción, se han de interpretar literalmente sin ampliar su alcance y, por tanto, sólo en el caso de que hubiese absorción de empresa o incorporación de negocio explotado con anterioridad se incurría en la prohibición legal; que para que existiera la absorción sería preciso que el señor S. B. hubiese aportado toda su industria, pues absorción significa consumir enteramente, y este señor no cesó en el ejercicio de la industria, porque constituida la Sociedad, siguió desarrollándola y tributando por ella; que no existía tampoco la incorporación de negocios, pues el formado no lo integraban la totalidad de los bienes que constituían el activo de su titular, sino que comprende además su pasivo y otros elementos, como clientela, crédito, buen nombre, etc.; que el Sr. S. B. aportó a la Sociedad bienes que formaban parte de su negocio y, siendo un industrial que particularmente ejercía, su patrimonio estaba afecto a las responsabilidades mercantiles del tráfico, pero si su aportación se hubiese hecho en efectivo también el Registrador hubiese podido denegar la inscripción por estimar que su numerario era parte del negocio; que los créditos activos y las obligaciones del pasivo no dejaron de ser de su exclusiva propiedad e incumbencia, porque el negocio continuó siendo suyo y no se incorporó a la Sociedad y que, en consecuencia, procedía declarar bien extendida la escritura autorizada e inscribible;

Resultando que el Registrador Mercantil mantuvo su nota y remitió el recurso a este Centro directivo, fundando el acuerdo de negiatorio de la reforma solicitada en: que por los conceptos o significados alegados de la palabra absorción e incorporación, con relación a las empresas, no podrían aplicarse nunca las leyes en que se funda la nota, porque bastaría que cualquier industrial o comerciante se reservara en las aportaciones que verificase a otra Entidad

distinta una ínfima parte de su activo o de su pasivo para burlar las prohibiciones de tales medios; que al Registrador le es imposible conocer cuál es el volumen de los negocios que desarrolla el aportante Sr. S. B., puesto que en la escritura calificada no se manifiestan qué clase de bienes constitúan el negocio del mismo y los que le quedaron después de efectuada la aportación; que por constituir su objeto social, según el artículo segundo de sus Estatutos, son básicos en la Sociedad para su desarrollo y funcionamiento los elementos aportados por el Sr. S. B., constitutivos en todo o en parte, extremo este último no probado, de un negocio que venía explotándose con anterioridad como reconoce el Notario recurrente; que según la Exposición de Motivos de la Ley de 10 de noviembre de 1942, la finalidad legislativa se incumpliría eludiendo la disposición por la creación de empresas filiales, operaciones de concentración o absorción, impliquen o no la constitución de nuevos entes jurídicos; que también han de regularse las repercusiones tributarias derivadas de combinaciones financieras que permitan la existencia de Entidades jurídicamente distintas, pero que constituyen una unidad económica, como sucede en los casos de Empresas mediante la posesión de acciones o participaciones en el capital de otras, como sería el caso del Sr. S. B., o que por otros procedimientos equivalentes sirvieran para ejercer el control de otras Empresas, pues la regulación sería incompleta si las leyes no sirvieran de cooperación a la política defensiva de la moneda ni frenasen la inflación en orden a la aportación de capitales y valoración de activos con supervaloraciones, que pueden ser desfavorables para el Fisco e interés nacional; que la aportación y reserva realizada por el Sr. S. B. no permiten al Registrador determinar si hay o no lesión para los intereses del Tesoro, admitiendo el hecho sin probar el fraccionamiento del negocio que se explotaba antes con la creación de una Sociedad Mercantil Anónima de tipo familiar, y que, según la ley, para no entorpecer la iniciativa de las empresas, el Ministro de Hacienda resolverá en cada caso, previo informe del Jurado de Utilidades.

Vistos las Leyes de 9 de septiembre y 10 de noviembre de 1942; los artículos 17, 116, 117, 118, 119, 151 del Código de Comercio, y 108, 119 y 122 del Reglamento del Registro Mercantil de 20 de septiembre de 1919.

Considerando que la Ley de 9 de septiembre de 1942, en su artículo tercero, ordenó que las Sociedades Anónimas con capital social superior a cinco millones de pesetas no podrían aumentarlo sin previa autorización del Ministerio de Hacienda.

Considerando que la Ley de 10 de noviembre de 1942, en su artículo segundo, declara que las Sociedades Anónimas y demás de responsabilidad limitada, cualquiera que sea su capital, necesitarán para constituirse la autorización prevista en la Ley de 9 de septiembre de 1942, cuando se formen a base de la absorción de otras empresas o incorporación de negocios que vinieran explotándolo con anterioridad.

Considerando que, conforme expresamente reconoce la Exposición de Motivos de la Ley de 10 de noviembre antes citada, su finalidad quedaría incumplida si pudiera eludirse su observancia por la creación de filiales o por operaciones de concentración o absorción de empresas impliquen o no la constitución de nuevos entes jurídicos, y de otro lado es necesario regular las repercusiones de combinaciones financieras que se apoyen en la existencia de empresas jurídicamente distintas, pero, en el fondo, constitutivas de una entidad económica, y defender nuestro signo monetario en el momento de realizar la aportación de capitales o de valorar el activo de establecimientos comerciales o Sociedades mercantiles.

Considerando que del examen de la escritura de constitución de «Hilaturas de Lana, S. A.» y de sus Estatutos, aparece que el capital social, un millón de pesetas, suscrito e íntegramente desembolsado, lo fué en su mayor parte mediante la suscripción de 136 acciones de 5.000 pesetas cada una, cuyo importe total de 680.000 pesetas satisfizo D. J. S. B. mediante la entrega en efectivo de 126.013 y el resto con la aportación de muebles, utilaje, materias primas fabricadas, créditos personales, maquinaria y derecho a los cupos de materias primas asignados a la misma, de lo que resulta que existen motivos racionales y evidentes para estimar fundada la exigencia del Registrador, si bien este funcionario carece de los elementos indispensables para determinar los límites precisos de la aportación y reserva realizadas por el socio.

Considerando que la Sociedad Anónima en general necesita para adquirir personalidad jurídica que la escritura pública de constitución sea inscrita en el Registro Mercantil y como entre ambos mo-

mentos correrá un período de tiempo más o menos largo, siempre será posible distinguir en el proceso constitutivo una fase intermedia entre la constitución y la inscripción última, y entre ellas lograr la autorización del Ministerio de Hacienda cuando sea necesaria, de conformidad con las Leyes de 9 de septiembre y 10 de noviembre de 1942 para la constitución definitiva de la Compañía, si con anticipación no la hubiesen obtenido los promotores.

Por consecuencia, no hay inconveniente en admitir que la autorización expresada sea solicitada y obtenida con posterioridad al otorgamiento de la escritura de constitución, en donde aparecen con toda claridad las aportaciones y antecedentes, y el Registrador no debe reputar defecto insubsanable o falta de formalidad en el documento notarial el incumplimiento del requisito en cuestión, ni mucho menos prejuzgar, según el mismo reconoce, la futura decisión del Ministerio competente.

DERECHO HEREDITARIO. PARA LA INSCRIPCIÓN DEL MISMO EN ABS-TRACTO, EL TÍTULO ADECUADO ES EL TESTIMONIO JUDICIAL DEL AUTO DE DECLARACIÓN DE HEREDEROS (CUANDO EL CAUSANTE FALLECIERA ABINTFSIATO), MIENTRAS QUE CUANDO SE TRATA DE LA INSCRIPCIÓN DE LA TRANSFERENCIA CONCRETA DE UNA FINCA O PAR-TICIPACIÓN EN ELLA, ES SUFFICIENTE ACOMPAÑAR COMO COMPLEMEN-TARIO UN TESTIMONIO NOTARIAL DEL TESTIMONIO JUDICIAL EN CUESTIÓN.

Resolución de 7 de junio de 1944. «B. O.» de 16 de julio.

Los antecedentes de la presente resolución son los mismos que motivaron la de 15 de enero del año en curso, que puede verse en el número 191, correspondiente a abril último, de esta Revista, al que nos remitimos.

Dando, pues, por reproducido en este lugar el referido extracto, sólo nos resta añadir que remitido por la Dirección el recurso a la Audiencia, el presidente de ésta confirmó la nota del Registrador; pero el Centro Directivo, revocando el auto, sienta la siguiente interesantísima doctrina, cuya sutileza, brillantez y claridad exime de todo comentario. . .

«Considerando que para resolver el caso planteado en este recur-

so, es necesario distinguir la inscripción del derecho hereditario que puede ser solicitada con arreglo al citado artículo 71 del Reglamento Hipotecario por un solo interesado, de la inscripción de una parte indivisa de finca como consecuencia de operaciones particionales, pues en el primer supuesto la cuota hereditaria es una fracción matemática de la masa relicta, formada por todos los bienes, derechos y acciones transmISIBLES, y en el segundo se trata de adjudicar una parte «proindiviso» del inmueble como entidad física que tiene abierto un folio hipotecario bajo número especial.

Considerando que en la escritura autorizada por el Notario de Guecho se solicitó primeramente la inscripción del derecho hereditario en la transmisión de la «tercera parte indivisa de finca perteneciente a doña T. I. I. a favor de sus cuatro hijos» y después, llevando a efecto lo convenido, se venden once doceavos indivisos del todo de la finca sin incluir la doceava parte indivisa correspondiente a una de las coherederas doña E. J. B., que no comparece, por lo que no cabe asegurar que la pretendida inscripción gire alrededor del derecho hereditario en abstracto, sino que más bien se refiere a la atribución de una cosa determinada cuya venta se lleva inmediatamente al Registro.

Considerando que, no obstante la confusión puesta de relieve por el anterior razonamiento, carece este Centro, en atención a la particularidad de haberse ya extendido el asiento correspondiente, de facultades para calificar el documento presentado y apenas si puede reputarlo asimilable a una escritura de operaciones particionales que sirven de antecedente a la venta de las once doceavas partes de un inmueble.

Considerando que, si bien para la inscripción del derecho hereditario en abstracto es título adecuado el testimonio judicial del autor de declaración de herederos, en la formalización de operaciones particionales viene admitiéndose la incorporación del mismo o de un testimonio notarial como apéndice o anejo de la escritura fundamental, y esta práctica, apoyada en los artículos 251 y siguientes del Reglamento Notarial, en el carácter certificante del documento y en las facilidades que dentro de la Ley han de concederse a los interesados, puede ser extendida en el sentido de permitir, como si anuncia en el fondo del título inscribible, la presentación de un testimonio notarial del testimonio judicial en cuestión.»

CANCELACIÓN DE MENCIONES DE CENSOS PROCEDENTES DE LA CONTADURÍA DE HIPOTECAS, PERO CUYO CAPITAL Y PENSIONES PENDIENTES DE PAGO FUERON COMPUTADOS EN ESCRITURA PARTICIONAL DE HERENCIA OTORGADA EL 3 DE JULIO DE 1886 Y HECHO CONSTAR EN LAS RESPECTIVAS INSCRIPCIONES DE LAS FINCAS GRAVADAS FECHADAS EN EL AÑO 1888, ARRASTRÁNDOSE EN TAL FORMA LAS MENCIones EN SUCESSIONES ASIENTOS.

Resolución de 21 de junio de 1944. «B. O.» de 25 de julio.

Habiéndose solicitado del Registrador de la Propiedad de Luenca la cancelación de menciones de censos procedentes de la antigua Contaduría que gravaban cuatro fincas sitas en aquel término, acompañándose las correspondientes certificaciones, dicho funcionario suspendió la pretendida operación por existir, pendiente de pago del impuesto en la Oficina Liquidadora a su cargo, un mandamiento expedido por el Juzgado de primera instancia del partido, por el que se ordenaba la cancelación por prescripción de los censos reseñados en la solicitud, de conformidad a sentencia recaída.

Entablado recurso, la Jefatura del Servicio Nacional de Registros, en resolución de 26 de abril de 1938, ordenó al Registrador que para calificar en lo sucesivo se abstuviera de tener en cuenta documentos ajenos a la Oficina del Registro de la Propiedad.

En vista de ello, el interesado acudió nuevamente al indicado Registro con las referidas certificaciones e instancia, y a continuación de ésta se estampó la siguiente nota: «Denegada la cancelación de oficio de los gravámenes que se interesan, porque precisamente para cumplir lo acordado por la Superioridad en su Resolución de 28 de abril de 1938, que nada decretó sobre dicho extremo, y si sólo ordenó al Registrador firmante que para calificar sólo tuviese en cuenta los documentos presentados, es legalmente imposible, por la exclusiva virtualidad de la instancia, liberar las fincas en la misma descritas de las cargas que las afectan, las que figuran concretamente consignadas en el Registro moderno.»

Interpuesto nuevo recurso, la Dirección, confirmando el auto y la nota del Registrador, que acertadamente adujo en su defensa que los Derechos reales cuyas menciones se pretenden que sean canceladas de oficio fueron reconocidos en inscripción extensa prá-

ticada en el Registro moderno y, mediante las oportunas referencias, en las concisas ; que de estos antecedentes aparece que al fallecimiento del duque de Medinaceli se adjudicaron a su hija la duquesa de Uceda, entre otros bienes y derechos, las cuatro fincas de que se trata, mediante partición protocolada, después de la aprobación judicial, en la Notaría de D. José Gonzalo de las Casas, el día 3 de junio de 1886 ; que en la inscripción extensa consta que «siendo imposible por entonces aplicar a cada interesado; en justa proporción, la parte correspondiente de varios capitales de censos que pesaban sobre los estados de la casa de Medinaceli—y entre lo que están comprendidos los de referencia—, se practicó la liquidación, que dió por resultado ascender aquéllos en junto a 8.358.850 pesetas 94 céntimos, las cuales divididas proporcionalmente entre todos los interesados, tocaron a la señora duquesa de Uceda 636.863 pesetas 31 céntimos de capital y 17.489 pesetas 76 céntimos de réditos, quedando responsable esta señora, por su parte, y los demás por la que les es respectiva, al abono de sus réditos correspondientes, ínterin se practicaba la definitiva liquidación, que será objeto de nuevo contrato» ; que las fincas a que se alude pasaron, según la siguiente inscripción, a la duquesa de Medina de Rioseco. «refiriéndose en cuanto a cargas a lo que consta en asientos anteriores», y que por la subsiguiente inscripción se inscribieron tales fincas a favor del recurrente ; la Dirección—repetimos—, confirmando el auto y nota del Registrador, ha declarado :

Que los artículos 401 al 408 de la Ley Hipotecaria y 507 al 509 de su Reglamento y las Reales Ordenes de 25 de febrero de 1911 y 22 de febrero de 1919, tuvieron por directa finalidad regular la caducidad de los asientos de dominio y otros derechos reales de las suprimidas Contadurías, no trasladados oportunamente al Registro moderno, así como la caducidad de las menciones de cargas y gravámenes cuya traslación tampoco se instó en el plazo señalado al efecto, pero que constaban en asientos efectuados en el Registro de la Propiedad, siempre que no hubiesen sido consignados como subsistentes en títulos inscritos en este Registro ni hubiesen dado lugar a una inscripción especial y separada, hecha a instancia de parte, ni hubiesen sido objeto de alguna transmisión inscrita, por virtud de actos «inter vivos o mortis causa», posteriores a 31 de diciembre de 1862.

Que según la doctrina de este Centro directivo, concordante con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ambas dirigidas a regularizar la extinción de menciones dimanantes exclusivamente del Registro antiguo (que los Registradores debían extender en cumplimiento de la legislación anterior a la reforma del año 1909), la caducidad de las referidas menciones es improcedente cuando las cargas o gravámenes han sido objeto de reconocimiento formal por el titular perjudicado; y, por tal motivo, en la Resolución de 24 de marzo de 1919, se declaró que no era aplicable la caducidad establecida en el citado artículo 401 a las menciones de unas cargas que figuraban en el Registro de la Propiedad y cuyo valor había sido rebajado el hacer el Secretario judicial la liquidación correspondiente en un procedimiento de apremio, porque tal deducción en el precio de los inmuebles afectos al gravamen, aunque en principio no se reputa título suficiente para la inscripción de la carga en el Registro basta para provocar una mención amparada por el artículo 29 de la Ley Hipotecaria.

Y que en la escritura particional de herencia otorgada el 3 de julio de 1886 ante el Notario D. José Gonzalo de las Casas, los titulares perjudicados por los mencionados censos computaron el capital de éstos y las pensiones pendientes entonces de pago, al inventariar el caudal relicto del cual formaban parte fincas gravadas con tales censos, así como el concretar los cupos o hijuelas, obligándose cada heredero a abonar la parte proporcional de renditos censales correspondientes a las fincas que le fueron adjudicadas, la cual ascendió, en cuanto a la coheredera de quien las adquirió la persona que las vendió al recurrente, a la suma de 17.489,76 pesetas, todo lo cual se detalla en las respectivas inscripciones de herencia fechadas el año 1888, arrastrándose las menciones en los sucesivos asientos; y que si bien después, según se indica en la primera nota, se siguió pleito sobre prescripción de los repetidos censos, en el cual recayó ejecutoria accediendo a la demanda, no pueden ser tenidos en cuenta ni el pleito ni la ejecutoria, al decidir este recurso por no haber sido objeto de la calificación discutida.

G. CÁNOVAS COUTIÑO,
Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Especial

SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1944.—*Competencia y acumulación objetiva.*

El uso de la facultad que el art. 153 de la Ley de Enjuiciamiento Civil concede al actor para acumular en su demanda cuantas acciones le asistan contra el demandado, siempre que no sean incompatibles entre sí, ha de trascender a la competencia con indudable influjo en la aplicación de las reglas determinantes de la misma, porque es fácil advertir la posibilidad de que una sola de éstas no sea rectora de todas aquéllas para el efecto indicado; y en contemplación de tal evento, que adquiere realidad procesal frecuente, tiene la jurisprudencia de esta Sala fijadas en numerosas sentencias normas decisorias conforme a las cuales el conocimiento de las demandas formuladas con la expresada acumulación objetiva ha de atribuirse al Juez o Tribunal competente para el de la acción básica de las demás, y si no se diera este supuesto, al que deba conocer de la que se reputa principal en razón de su relativa importancia, o, en último término, al que sea competente para el mayor número de ellas.

SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1944.—*Lesión enorme y desvalorización.*

Desde el punto de vista de las normas aplicables no es dudoso, atendida la incorporación al derecho catalán de las leyes segunda y octava, tit. XLIV, libro IV, del Código Justiniano, que es operante, según él, la lesión *ultra-dimidium*, designada en el antiguo Prin-

cipado con el expresivo nombre de *engany de mitges*, lo que en numerosos casos, anteriores y posteriores a la publicación del Código común, tiene declarado la jurisprudencia de este Tribunal; pero no es discutible tampoco, porque así resulta del texto mismo de la ley octava, al que se ha referido la propia jurisprudencia, recogiendo una orientación que es unánime en los tratadistas antiguos y modernos, que para determinar la lesión en el precio precisa estar al momento en que se hizo la venta—*nisi minus dimidit ius interpretio quod fuerat tempore venditionis datum est*—; y siendo así, y no impugnada la tasación que se hiciera con el exclusivo fin de fijar ese hecho trascendental, con referencia al tiempo y ocasión en que la enajenación tuvo lugar, y no en momento anterior o posterior, es obvio que por obra exclusiva de la norma legal aplicable no es dado proceder de otro modo que como la sentencia lo hizo, precisamente para no confundir, como se señala en el primer motivo del recurso, la específica acción rescisoria que se hizo valer en la demanda y las consecuencias de la acción revisoria de 7 de diciembre de 1939.

SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 1944.—*Acción declarativa; incongruencia; legitimación de coherederos.*

En el caso actual, de la misma sentencia de instancia resulta que D.^a Eva H., que vió desconocido y negado el derecho de propiedad de que se cree asistida sobre determinados valores mobiliarios depositados judicialmente por el presidente del Comité de Cajas de Seguridad expoliadas del Banco Central, ejercita una acción de mera declaración de ese supuesto derecho contra D.^a Aurora F., para acallar a ésta, que lo había desconocido, al oponerse a que dicho Comité entregase esos valores a la demandante; y de otra parte la misma D.^a Aurora oponiendo a la demandada que estos bienes fueron propios de su difunto marido, D. Emilio G., y que actualmente corresponden a su herencia, en la que ella es una de las interesadas, solicita la absolución de la demanda y la declaración de que los tan repetidos valores pertenecen a la expresada herencia; y en estos términos planteado el debate, el Tribunal *a quo*, por propia iniciativa, suscita el tema del límite subjetivo de la cosa

juzgada en relación con la naturaleza jurídica de la acción esgrimida y por entender que la sentencia estimatoria de la procedencia de esta acción ha de perjudicar a personas que no figuran en el pleito, se limita a absolver de la demanda en la forma en que ha sido propuesta, y agrega que no hace declaración de propiedad de los valores a favor de la herencia de D. Emilio G. a base de este juicio; solución a todas luces inadecuada, porque sin justificación legal resuelve sobre una excepción no alegada y además equivocadamente, pues, como tiene declarado esta Sala en repetidas sentencias, entre otras, en las de 23 de diciembre de 1903, 23 de enero de 1919 y 25 de enero de 1943, ínterin la herencia se halla proindiviso; puede cualquiera de los herederos por sí solos ejercitar en beneficio de la masa hereditaria las acciones que correspondieran al difunto, quedando al ejercitárlas sometido a las reglas establecidas para la comunidad de bienes, por lo cuál, sea o no procedente la acción que ejercita el coheredero y la responsabilidad que por su indebido ejercicio pudiera contraer, no cabe negarle personalidad suficiente para ejercitárla, con tanta mayor razón cuando siendo inconscio su derecho a participar de la herencia en la proporción que le corresponde ese derecho no está subordinado a la voluntad de los demás.

SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1944.—*Presunción «juris tantum» de que el testador de un testamento público esté en su sano juicio (1).*

En materia de testamentificación activa la capacidad intelectual del testador, para poder prestar consentimiento, es inicialmente apreciada por el Notario y los testigos, quienes procurarán asegurarse de que, a su juicio, hay capacidad en el otorgante, afirmándolo así en el mismo testamento, por ser requisito ineludible en orden a su validez formal, según disponen los artículos 685 y 687 del Código civil, sin que sea preciso amparar expresa y concretamente en la fe pública esta afirmación, a diferencia de otras, como la de conocimiento del otorgante y testigos—artículos 156, 185 y 187 del

(1) Cf. en el mismo sentido S. 10-IV-1944.

Reglamento del Notariado—, no obstante lo cual adquiere especial relevancia de certidumbre la aseveración notarial, y por ello es preciso pasar mientras que no sea sometida a revisión en vía judicial y se demuestre cumplidamente la incapacidad del testador, destruyendo la enérgica presunción *juris tantum* que en sentido contrario revela el acto de otorgamiento en el que se haya llenado el requisito de taminizar la capacidad del testador a través de la apreciación puramente subjetiva que de ella hayan formado el Notario y los testigos.

SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1944.—*Préstamo usurario.*

Lo dispuesto por la Ley de 23 de julio de 1908 es, según la misma preceptúa en su art. 9.^º, aplicable a toda operación que substancialmente equivalga a un préstamo de dinero, cualesquiera que sean la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido; y los contratos a que se alude tienen aquella equivalencia que permite atribuir la calidad de usurarios a los contratos de compra-venta con pacto de retracto cuando en ellos concurren las circunstancias necesarias para que los Tribunales estimen que encubren un verdadero préstamo o negocio que a éste equivalga, porque de cuantos elementos de juicio contiene el pleito se desprende que la finalidad de los contratos otorgados en 1935 no fué la de transmitir el dominio de las fincas, sino exclusivamente la propia de un reconocimiento de deuda con garantía de inmuebles para su pago, convención marcadamente similar, en orden al efecto que dispone el precitado art. 9.^º a las constitutivas de préstamo, ya que conteniéndose en ambas las obligaciones de devolver una cantidad de dinero al acreedor, tanto vale que éste la hubiera entregado realmente al deudor como que al mismo se le adeudase por distinto concepto antes del contrato, en el que en cualquiera de los supuestos pueden concurrir circunstancias que lo hagan usurario.

SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 1944.—*Cesión de crédito y subrogación.*

Si en términos generales es difícil y no bien perfilado el deslinde entre la cesión de créditos tal como es regulada en el Código civil y otras figuras jurídicas afines, en particular la de la novación

subjetiva por subrogación de acreedores, el problema no ofrece tan grave complicación cuando se trata de diferenciar la cesión de la novación por sustitución de la persona del deudor, porque, entre otras notas distintivas, la cesión no requiere el consentimiento del deudor y sí sólo que le sea notificada a los efectos previstos en el artículo 1.527 del Código civil, mientras que en la novación por sustitución de deudor el consentimiento de éste ofrece caracteres tan acusados que adquiere rango vital de la asunción de deuda.

SENTENCIA DE 12 DE ABRIL DE 1944.—*Partición de herencia.*

Solicitada en el primero de los pedimentos de la demanda la división de los bienes pertenecientes en común a actor y demandados, procedentes unos de la herencia paterna y otros de donación hecha a los hermanos López Vela por su madre, sin que se haya negado la existencia de la comunidad por dichos demandados—cuya oposición en cuanto al indicado particular se limitó a impugnar la validez del convenio sobre adjudicación de determinadas fincas—, es manifiesto que, admitida la realidad del estado de indivisión de éstas, no puede menos de prevalecer el primero de los motivos del recurso, en el que se acusa la infracción de los artículos 400 y 406 del Código civil, pues, contra lo declarado en la sentencia, no cabe entender subordinada a la observancia de aquel convenio la pretensión de dividir los bienes, ya que el antes aludido pedimento de la demanda no se condicionó a los restantes, sino que se formuló con independencia de ellos y en ejercicio del derecho que a exigir la división de la cosa o del patrimonio comunes otorgan los preceptos legales a toda condeño o coheredero y que existe con independencia de la impugnabilidad de los pactos que sobre el modo de llevar a efecto las operaciones divisorias puedan mediar entre los partícipes.

Según declara la sentencia recurrida, las participaciones correspondientes en los bienes indivisibles a D.^a Amparo y D.^a Dolores López Vela tienen la condición de parafernales de sus respectivos matrimonios y dichas interesadas no prestaron aquiescencia al convenio que el recurrente invoca sobre sorteo y adjudicación de las fincas, forzosa se hace la desestimación del segundo motivo del recur-

so, al no ser combatidas tales declaraciones por la vía señalada en el número 7.^o del art. 1.692 de la Ley Procesal; porque establecido en el art. 1.382 del Código civil que la mujer conserva el dominio de los bienes parafernales y ordenado en el 1.053 del mismo Código que para pedir el marido la partición a nombre de su mujer necesita el conocimiento de ésta, resulta indudable que no habiendo intervenido las mencionadas partícipes en el convenio de que se trata ni habiendo autorizado tampoco a sus respectivos maridos para celebrarlo, no pueden resultar obligadas por las estipulaciones del marido..

Declarado igualmente por el Tribunal de instancia como resultado de la apreciación de la prueba que los demandados no son administradores de los bienes indivisos y que, en consecuencia, no cabe estimarlos obligados a rendir cuentas de la supuesta administración: es visto que no impugnada tampoco en adecuada forma procesal la declaración aludida, se impone la desestimación del tercero de los motivos invocados; y aunque, como dicho motivo afirma, recurrente y recurridos posean y disfruten los bienes en proporción diferente a la que a cada uno habrá de corresponder cuando se lleven a efecto las operaciones divisorias, esta circunstancia podrá dar lugar a que al practicarla — y de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.063, en relación con el 406, ambos del Código civil—se abonen recíprocamente los interesados el importe de las rentas y frutos percibidos, impensas y daños; pero por sí sola no implica la existencia de una administración del patrimonio indiviso con las obligaciones inherentes a ella, obligaciones que, como declaró la Sentencia de esta Sala de 9 de junio de 1928, no es dable confundir con la establecida en el citado art. 1.063 de nuestro Código sustantivo.

SENTENCIA DE 12 DE ABRIL DE 1944.—*Simulación y derechos legítimos.*

Una madre vendió simuladamente una finca a su hija, para perjudicar los derechos legítimos de su hijo. No es acertado «negar que el hijo esté activamente legitimado para ejercitar la acción declarativa de simulación, como consecuencia de su obligación de

estar y pasar por las declaraciones que su causante hizo en el documento en cuestión ; doctrina que si, en general, es acertada por obra del fenómeno de la sucesión a título universal, falta, en cambio, lógica y justamente cuando, en virtud de la simulación, resultan afectados los derechos legitimarios del sucesor, porque en este caso, los que le corresponden no derivan de la voluntad del testador, sino de la norma legal que se les otorga, sin posibilidad de desconocerlos, ni siquiera de disminuirlos ; y, en tal supuesto, su condición jurídica no es, como sostiene la doctrina más autorizada, la de unos continuadores de la personalidad jurídica del «de cuius», sino que se asimila en este aspecto a la de los terceros interesados en la impugnación ; distinción razonable a los ojos del Derecho y aun a los de la equidad, que los legitima para el ejercicio de la acción impugnatoria, con independencia del vínculo que, para los demás efectos, los liga con el causante de la sucesión».

SENTENCIA DE 14 DE ABRIL DE 1944.—*Ley de Desbloqueo.*

Repite la bien conocida doctrina, que, por ser correlativos los términos «vencimiento» y «exigibilidad», el ejercicio por el deudor de la facultad de anticipar el pago cuando resulta pactada, no constituye propiamente una modalidad del vencimiento estipulado, sino mera renuncia a los beneficios del plazo, con la obligada consecuencia de producir la extinción de la deuda sin haber llegado a adquirir ésta el rango de vencida y exigible.

SENTENCIA DE 3 DE MAYO DE 1944.—*Actio reivindicatoria y acción declarativa.*

El criterio diferencial de las dos referidas acciones se puede fijar por vías distintas, según se concibe la acción como ejercicio de una pretensión o derecho *in se* que sigue la condición del derecho ejercitado, o se atiende a su concepto autónomo y a su finalidad en el orden procesal, y así, en el primer aspecto habría de catalogarse la acción reivindicatoria entre las acciones reales, ejercitable contra todo detentador de la cosa, y la declarativa en el grupo de

las personales, sólo utilizable contra determinada persona que sea sujeto pasivo de la relación jurídica que se pretende hacer valer, y en el segundo y más importante aspecto, la reivindicación sería siempre acción de condena, porque persigue la finalidad de recuperación en el mismo pleito de la cosa concreta que se reclama, mediante un proceso de ejecución, siquiera esté ligado a una previa declaración del derecho; mientras que la meramente declarativa se detiene en los límites de una declaración o expresión judicial del pretendido derecho, sin aspiraciones de ejecución en el mismo pleito, aunque pueda tenerlas en ulterior proceso, pues si a veces es conciliable con alguna medida de ejecución que no le haga perder su finalidad esencialmente declarativa, nunca esa medida se traducirá, dentro del proceso incoado, en reintegración de una posesión detentada; de donde resulta que si la demanda de autos tiende sustancialmente a la declaración de un derecho de socio o comunero, basado en un pacto de sociedad secreta, sin que el derecho recaiga de momento sobre cosas específicas y determinadas, sino sobre bienes, derechos, acciones y obligaciones que formen el contenido de ciertos negocios comunes, sin pretensiones inmediatas de recobro de posesión de determinada cosa, que sólo se dará en su caso al ser liquidada y dividida la comunidad, con la correspondiente adjudicación de la mitad del haber líquido partible, indudablemente se está en presencia de una acción personal y meramente declarativa, que podrá prosperar si se acredita el hecho jurídico—coparticipación—que le sirve de soporte.

Tribunal Especial de contratación en zona roja

SENTENCIA (NÚM. 8) DEL 21 DE FEBRERO DE 1944.—*Artículo 9.º, Ley especial.*

Al conceder la Ley de 5 de noviembre de 1940, en su artículo 9.º, en beneficio de los deudores, el derecho de éstos a la condonación del 50 por 100 de los intereses de sus deudas desde el 18 de julio de 1936 hasta dos meses después del día en que se hubiere liberado el lugar del cumplimiento de la obligación, lo hace con términos de generalidad tan marcada en cuanto a cuáles

son las obligaciones a que se refiere, que no permite dudas que por una generosa amplitud posible donde no la han impedido consideraciones de orden superior, y respondiendo al criterio que preside la propia Ley de distribuir equitativamente entre acreedores y deudores las pérdidas, se encuentran comprendidas en la indicada amplitud dispositiva las de todas clases, siempre que sean anteriores al Movimiento Nacional y que la deuda y deudor estén en algunos de los supuestos prevenidos por el mismo artículo citado. La apreciación que antecede, a tono con el propósito y necesidad inspiradores inequívocamente de la Ley de 5 de noviembre de 1940, de que no recayeran sobre una sola de las partes contratantes todas las consecuencias y agobios derivados de las dificultades y daños que en la zona marxista se opusieron al normal cumplimiento de las obligaciones contractuales anteriores al 18 de julio de 1936, conduce a entender que, según ya ha admitido este Tribunal en anteriores resoluciones, la generalidad del precepto especial que dispensa el beneficio moderador de los intereses de que se trata, ampara y tiene aplicación a los deudores que hayan suscrito letras de cambio como garantía personal de una obligación dineraria y medio que facilita al acreedor la efectividad de la misma. Además, que la concesión bancaria de un crédito de dinero, con pacto de intereses y entrega por el deudor de letras de cambio suscritas por el mismo con la concurrencia de otras firmas por el importe de la cantidad que recibe, circunstancias que manifestadamente se dan en el caso sometido a este juicio, no determina la existencia de un contrato de cambio, sino, propiamente, la realidad de un contrato de préstamo, en el que el Banco figura como prestamista y el deudor viene a serlo en el de prestatario, sin que las letras firmadas tengan otro carácter que el de medios de obtener con su garantía las cantidades prometidas en el indicado concepto; y siendo esto así, no puede ser dudosa la aplicación a esta clase de obligaciones de lo que está dispuesto y regulado en el ya repetidamente citado artículo 9.^º de la Ley normativa de la jurisdicción de este Tribunal.

SENTENCIA (NÚM. 12) DE 1.^º DE MARZO DE 1944.—*Contratos cambiarios* (1).

En la demanda inicial del juicio, interpuesta por D. José V. y D. León P. contra el Banco Español de Crédito y D. José S. se ejercita la acción de anulabilidad de contrato al amparo del artículo 2.^º de la Ley de 5 de noviembre de 1940 con la pretensión en lo principal: 1.^º De que se declaran nulas las cuatro letras de cambio libradas por D. José V. a la orden del Banco demandado, a cargo de D. León P., aceptadas por éste y fechadas en Aspe, dos de ellas el 28-XII-1936, la tercera el 30-XII-1936 y la cuarta el 22-II-1937, por la cantidad total de 12.000 pesetas, así como los talones librados por D. José V. con cargo a su cuenta corriente en la Agencia de dicho Banco, en Aspe, en fechas de 22 y 30 de septiembre, 9 y 19 de octubre y 3 de noviembre de 1936 por 2.000 pesetas cada uno. 2.^º Que igualmente se declaren nulos los contratos de que los expresados documentos son expresión. 3.^º Que sean devueltos por el Banco a los demandantes dichos documentos; y ofrecen los actores como hechos básicos y fundamentales en los que sustentan su petición, en esencia, que el demandante D. José V. fué requerido por el entonces Alcalde de Aspe, y demandado Soria para que contribuyese a una suscripción del Frente Popular en favor de las milicias, con la cantidad de 20.000 pesetas, y que, a pesar de su oposición, se vió obligado, por la forma dura y amenazadora de la exigencia, a entregar 8.000 pesetas, única cantidad que tenía en efecto, y a librar ocho letras que después se convirtieron en las cuatro que impugna, por las restantes 12.000 a cargo del contable de su fábrica, el otro demandante, D. León P., quien, por idénticos procedimientos, fué también obligado a aceptarlas a la orden del requerido Banco, que las descontó, ingresando su importe en la cuenta corriente de D. José V., siendo igualmente intimidado éste para que entregase los talones por las cantidades que se expresan, siendo abonados por el Banco. El contrato fundamental que de ordinario antecede a la creación de la letra de cambio y que ésta presupone, aunque no exista, sigue otro pacto

(1) En idéntico sentido, S. 3-V-1944 (núm. 23).

entre librador y librado o aceptante, por el que se conviene en emitir la letra como instrumento de la ejecución de aquél, y, una vez así emitida, mediante otro pacto, el propiamente cambiatorio, que funda la obligación dimanante de éste en sus firmantes, es negociada o descontada por tercera persona, adquiriendo la letra, a partir de este pacto y en cuanto a los terceros, una sustantividad propia con sus características específicas de constituir un título eminentemente formal y completo y un derecho de crédito abstracto, independientemente del negocio jurídico que dió lugar a su creación, sin otra contraprestación que la que la obligación del tenedor de la misma a realizar aquellos actos formales que exige el Código de Comercio (arts. 469 y 483) para conservar su crédito; y que produce el efecto especial de obligar, con carácter solidario, a toda persona que interviene con su firma y no haya declarado su irresponsabilidad (art. 467 del Código de Comercio), pactos éstos y características que hacen concebir la letra de cambio unas veces como negocio causal y otras abstracto, debiendo entenderse según la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que tiene este último concepto en cuanto se refiere a los terceros y no al librador y librado respecto a los que tiene aquel concepto de negocio causal; y así lo presupone el artículo 480 del referido Cuerpo legal al preceptuar que el aceptando no puede oponer otra excepción que la de la falsedad de la aceptación. El anómalo proceder de los actores al traer al juicio como demandado al D. José Soria, que no aparece ligado con su firma en las cambiales ni le une vínculo contractual que de éstas se derive, con el otro demandado, sin hacer una expresa petición que exija algún pronunciamiento que a aquél se refiera, o que pueda afectar el pacto o negocio que a aquéllas dió lugar, impidiendo así a este Tribunal—en obligada observancia del principio de congruencia que impone el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil—que haga ninguno anulatorio del contrato causal de las letras dichas, que es el que en la demanda se supone celebrado con vicio de intimidación en el consentimiento; y al pretender la nulidad de las cambiales impugnadas no, como se acaba de decir, en cuanto al contrato causal de ellas, al que fué extraño el Banco demandado, sino a la relación cambiaria existente entre los actores y aquel al que asiste la acción cambiatoria ejecutiva como tenedor de las letras, concreta la cuestión planteada objeto de

esta resolución a la referente a si a los actores como librador y librado aceptando de las repetidas cambiales, les asiste, según aducen, la acción para obtener la nulidad de las mismas, así como de los talones mediante los que dispuso D. José V. de cantidades con cargo a la cuenta corriente que tenía en el Banco demandado, al amparo del artículo 2.^º, que invocan, de la Ley especial. Dado el concepto de negocio abstracto en que son tenidas las letras de cambio una vez emitidas y en cuanto a terceros por dimanar su causa de la propia relación cambiaria con independencia de la causal que determinó su emisión, otorgando a su tenor una acción cambiaria objetiva y teniendo el carácter de tercero, como tomador de las letras el Banco Español de Crédito, que las descontó, ingresando su importe en la cuenta corriente del librador, sin intervención directa ni indirecta en los pactos anteriores a su creación ni en los de su emisión, es de toda evidencia que tales letras constitutivas, en cuanto al demandado dicho, de un mero título de crédito formal abstracto y ejecutivo, no son anulables por vicios que afecten al contrato que las precedió, así como tampoco los talones a cargo de cuentas corrientes, simples órdenes de pago, por aplicación de los preceptos de la Ley especial, ya que no reúnen las características específicas de los negocios jurídicos a que aquella Ley se refiere bajo la denominación de contratos, por lo que no asiste a los actores la acción de anulabilidad que establece la misma en su artículo 2.^º; doctrina ésta en la que se ha inspirado sin duda el legislador cuando ante su contemplación del pasado ha excluido éstos como los alegados por los actores de la Ley especial; y sí, en cambio, ha fijado un cauce distinto para que puedan repararse las injusticias observadas en orden a los mismos en la Ley de 12 de diciembre de 1942, en la que concede y regula determinadas acciones para obtener de los Bancos y establecimientos de crédito la reposición en cuentas corrientes de las cantidades extraídas y reclamaciones o excepciones para obtener la nulidad de letras u otros documentos de crédito.

SENTENCIA (NÚM. 19) DE 28 DE MARZO DE 1944.—*Sucesion universal.*

Pedido en la súplica de la demanda, que siguiéndose el juicio por los trámites marcadas en la Ley de 5 de noviembre de 1940, se dictase sentencia por la que se declarara la nulidad de la escritura pública otorgada en 19 de octubre de 1936, ante el Notario don Eduardo López Palop por haberse otorgado por parte de D. Modesto L. en representación, por poder, de su padre D. Modesto L. con violencia e intimidación gravísimas, ejercida por milicianos que formaban el Comité rojo de la Sociedad «Marugán, S. A.» y la nulidad de las notas, inscripciones y asientos hechos, por virtud de tal escritura, en el Registro de la Propiedad, y por ser nulo y sin ningún valor ni efecto lo estipulado, no es dudoso que al haber actuado D. José L. en dicha escritura como apoderado de su padre, D. Modesto L., los herederos de éste suceden a su muerte en todos sus derechos y obligaciones, conforme al artículo 661 del Código civil, y como el Sr. D. Modesto L. podía ejercitar la acción de nulidad de aquel contrato por ser uno de los obligados en él (art. 1.302 de dicho Código), los demandantes, que son herederos del mismo, se encuentran asistidos de la acción que el demandado les niega y que al hacerlo, fundados en la violencia e intimidación de que fué víctima uno de los otorgantes del contrato, es inconcusso que a esta jurisdicción, creada por la Ley de 5 de noviembre de 1940, pertenece el conocimiento del asunto, en el que la acción está bien planteada en la forma en que se ha hecho, sin que se pretenda obtener declaraciones que no están dentro de lo mandado por la mencionada Ley.

LA REDACCIÓN.

V A R I A

URSICINO ÁLVAREZ SUÁREZ : *Horizonte actual del Derecho romano*, con un prólogo del Excmo. Sr. D. Felipe Clemente de Diego. (Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1944, páginas 497.)

El docto trabajo del catedrático de Madrid analiza cuatro cuestiones : 1.^a) Problemas preliminares ; 2.^a) Concepto del Derecho romano y ámbito de su estudio ; 3.^a) Calificación del Derecho romano como una ciencia histórica ; 4.^a) El problema del método y las fuentes.

Entre los problemas preliminares figuran : el fenómeno de la supervivencia del Derecho romano, el interés del cultivo actual del Derecho romano, síntesis total del problema y la crisis actual del Derecho romano.

La segunda sección desintegra el enunciado «Derecho romano», da una formulación unitaria del concepto y del sistema del Derecho romano y esboza finalmente el ámbito teórico y práctico de esta disciplina.

La tercera parte traza con amplios conocimientos filosóficos un concepto preliminar de lo histórico, exponiendo las direcciones fundamentales, sobre todo la construcción de Rickert. El segundo capítulo trata de lo históricojurídico, y el tercero, de la Historia y Dogmática jurídica.

La última parte del libro contempla los conceptos de método, procedimiento, instrumento y fuente ; enfoca a continuación las diversificaciones determinadas por el fin que persiga el conocimiento : de investigación, exposición y aplicación ; y trae a capítulo, últimamente, el método en la historia científica del Derecho romano.

La obra que tenemos a la vista es completísima, no sólo en los temas centrales del estudio, sino asimismo en las cuestiones accesorias.

RAFAEL RUIZ Y RUIZ : *La compraventa de valores mobiliarios.* (Madrid, Reus, 1944, páginas 189.)

Este interesante y aleccionador trabajo analiza la generación del contrato de compraventa de valores mobiliarios en todos sus detalles. En primer lugar, el autor examina todos los problemas que puedan surgir del elemento personal, según se trate de personas físicas (menor, menor emancipado, habilitado de edad, mujer casada, etc.) o de persona jurídica, sea de entidades territoriales (como el Estado, la Provincia, el Municipio), sea de entidades institucionales (establecimientos públicos, de utilidad pública, etc.). A continuación, la monografía aquilata la intervención en las operaciones de la Junta Sindical en turno de reparto. En segundo lugar, el Sr. Ruiz y Ruíz describe detalladamente la misma perfección del contrato, haciendo un profundo estudio tanto de las operaciones al contado como de las a plazo, tan difíciles de estructurar jurídicamente sobre el terreno movedizo de la realidad económica.

T. JOSÉ REMACHA Y CADENA : *Comentarios al Derecho Penal Español.* Volumen Primero, adaptado a las rectificaciones acordadas por Ley de 19 de julio de 1944, al ordenar una nueva edición del Código Penal Común. (Aldecoa, Madrid, 1944, páginas 389.)

Este primer volumen abarca una introducción sistemática de 35 páginas, así como los comentarios a la Parte General del Código punitivo. Las explicaciones son claras y concisas. Su finalidad es preferentemente práctica, lo que explica y justifica la ausencia de citas. Esperamos que el último volumen de la proyectada obra, a la que en nuestro propio interés deseamos una rápida gestación, contenga, precisamente en holocausto a la mencionada inspiración práctica, un índice alfabético de materias.

ROBERT GOEDSCHMIDT : *La sentencia declarativa* (artículo publicado en la «Revista de Derecho Procesal». Año I, número 4.º, 4.º trimestre de 1943, Buenos Aires.)

En 1934, el profesor Borchard publicó la primera edición de su libro «Declaratory Judgments», dedicado a la memoria del profesor Hohfeld, perteneciente a la escuela analítica norteamericana. La segunda edición, que el presente artículo comenta y toma como base para algunos desarrollos ulteriores, representa, en realidad, un libro nuevo, no sólo por la razón de que el autor ha agregado 400 páginas al texto de la edición anterior, sino también por la revisión completa de ésta. La obra, que contiene 1.152 páginas, constituye hoy el libro más extenso sobre la acción y la sentencia declarativas, no sólo en los países anglosajones, sino también en el mundo entero.

El trabajo de Robert Goldschmidt aborda los siguientes temas : Legislación norteamericana ; la admisibilidad de la acción declarativa en materia civil y comercial en el Derecho argentino ; el concepto de la controversia efectiva en el Derecho norteamericano ; la sentencia declarativa de prescripción en el Derecho uruguayo ; el hecho susceptible de protección jurídica de la acción declarativa ; el interés de tutela jurídica ; acción de condena y acción declarativa ; el alcance de la acción declarativa en el Derecho norteamericano , la petición de la demanda en la acción declarativa ; la acción declarativa negativa ; acción declarativa y acción constitutiva ; la acción declarativa como medio para conservar la paz ; la acción declarativa como medio para defender la libertad individual en el Derecho norteamericano.

PRIETO CASTRO : *Los hechos en casación*. (Reus, Madrid, 1941, páginas 25.)

El ilustre procesalista de la Universidad de Zaragoza acaba de publicar una interesantísima conferencia sobre «Los hechos en casación». El trabajo abarca siete epígrafes : 1.º Estado actual de la doctrina sobre la casación. 2.º Problemas de la casación atendiendo al Derecho español. 3.º Aplicación indebida de normas. El hecho y el

derecho. El control del hecho en su existencia y en su esencia. 4.^º El control de los errores lógicos probatorios (número 7.^º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil). 5.^º Vigilancia de las pruebas de apreciación libre (artículos 609, 632 y 659 de la Ley de Enjuiciamiento civil). 6.^º El control del mecanismo de la deducción indiciaria (presunciones); 7.^º El nexo de causalidad.

El trabajo del Sr. Prieto es una valiosa aportación a la problemática de la casación y un botón de prueba del segundo tomo del Derecho Procesal Civil de este egregio autor, que despierta en todos el deseo de su rápida publicación.

LA REDACCIÓN.