

# REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XVII

Junio de 1941

Núm. 157

## La reforma del sistema inmobiliario francés

1. Preliminar.—2. Las modernas corrientes del Derecho inmobiliario en Francia.—  
3. Obstáculos o dificultades para la reforma.—4. Esbozo general del sistema fran-  
cés.—5. Crítica del sistema —6. El Decreto-ley de 30 de octubre de 1935. Exten-  
sión de la publicidad.—7. Iniciación del principio de legalidad.—8. Intento en  
favor de la obligatoriedad.—9. Crítica y porvenir de la reforma.

1. Las escasas aportaciones que ha realizado la legislación fran-  
cesa al progreso del derecho Inmobiliario, su sistema hipotecario arcaico  
y totalmente inactual, han orientado los estudios patrios en esta rama  
hacia las corrientes germánicas. Hasta tal punto ha sido esa la dirección  
de los estudiosos, que en nuestra literatura jurídica ha pasado inadverti-  
do y sin comentarios el Decreto-ley de 30 de octubre de 1935, dictado  
por el Gobierno Laval, en virtud de la Ley de autorizaciones de 8 de  
junio del mismo año.

Quizá no ha sido extraña a esta indiferencia la situación política  
aguda que desde aquella fecha atravesó España. Liquidada esa situa-  
ción, no creemos inoportuno un breve comentario-exposición de la ci-  
tada reforma. En ésta no encontrará el erudito un modelo que le pa-  
rezca digno de imitación: resultará defraudado quien espere hallar en  
las nuevas disposiciones preceptos radicalmente innovadores. Mas, a  
quien tenga curiosidad científica, no ha de dejar de interesarle esta evo-  
lución de las leyes francesas, porque hay siempre lección aprovechable  
en el estudio del derecho comparado. Y lo que en Francia se ha hecho y

aquello que no se ha podido hacer, es un dato de interés para quienes—en permanente ansia de renovación y mejora—se dedican, del lado de acá de los Pirineos, al estudio del Derecho Inmobiliario.

2. No han sido desconocidos para los jurisconsultos franceses los progresos y desarrollos de los estudios alemanes sobre el Derecho Inmobiliario. Desde Besson (1) hasta nuestros días, el sistema hipotecario alemán ha sido estudiado y comprendido, así en su origen histórico, como en su grado actual de desarrollo. El estudioso francés se ha familiarizado con el principio de publicidad, en sus aspectos material y formal; conoce el valor del principio de inscripción; sabe lo que significa el tracto sucesivo (llamado en Francia principio relativo de la inscripción); distingue el principio de legalidad de la fuerza legitimadora de la inscripción (2); sabe, en fin, precisar las diferencias entre el sistema alemán y el del Código federal suizo de 1912.

Aparte la mera curiosidad científica, un hecho real, de índole política, le hubiera obligado a estudiarlo. Cuando después de la guerra de 1914-1918 recobra Francia los tres departamentos de la Alsacia-Lorena (3), se encuentra allí con un régimen de publicidad de la propiedad territorial, intermedio entre el suyo y el alemán, al que el régimen alsaciano estaba en vías de adaptación. En el retorno, o nueva aproximación al sistema francés, la ley de 1 de junio de 1924 supone un considerable progreso sobre el régimen vigente para el resto de Francia. El estudio de sus resultados era una etapa prevista para—previa esta interesante experiencia—conseguir la reforma del sistema francés. De este modo se andaría con paso seguro, sin dar “un salto en el vacío”, como hubiera ocurrido si en 1895 se hubiera elevado a ley el proyecto de la llamada Comisión del Catastro.

Que la doctrina francesa no estaba al margen de las orientaciones modernas del régimen inmobiliario, lo confirma el hecho de que desde 1855 hay una unánime corriente de los tratadistas, en contra del sistema ambiguo e ineficaz de la publicidad inmobiliaria francesa. De esta tendencia uniforme quedará plenamente convencido quien examine la

(1) *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*. París, Delamotte, 1891.

(2) Maraval de Bonnelly: *La réforme de la publicité foncière*. París, Marchal et Billard, 1937, págs. 15 y 52 y sigs. Lafont: *Essai critique sur la publicité des actes juridiques modificatifs du patrimoine*. Tesis, París, 1912. Nerson: *Les “dispositions du Décret-loi de 1935...”* Sirey, París, 1938.

(3) Véase Morel: *Le régime foncier d'Alsace-Lorraine*. 1922.

tesis de Manuel-Gismondi (1). Reflejo de esta corriente son los proyectos de reforma, privados unos (de los que el más relevante, el de Besson) y oficiales otros. De éstos, *nada menos que veintisiete* cita Nerson (2), empezando por el de la Comisión extraparlamentaria del Catastro (1891) y acabando en el informe Pol-Chevallier sobre la proposición de ley Bosc (julio de 1934).

3. Ninguno de estos proyectos prosperó. Para convertirlos en ley se tropezó siempre con los siguientes obstáculos:

a) *Las dificultades inherentes al régimen parlamentario.* La naturaleza de semejante reforma y la índole de las leyes civiles les hace poco aptas para provocar movimientos de masa, o para enardecer a los partidos políticos. Cuando en 31 de octubre de 1935 terminó el plazo de la autorización concedida al Gobierno Laval, éste, so pretexto de evitar la devaluación de la moneda, había aprobado 350 Decretos-leyes. Humorísticamente hizo observar un periodista que el Parlamento hubiera empleado veinte años en redactarlos y aprobarlos. Los proyectos anteriores de reforma hipotecaria se enviaron al Senado o a la Cámara de Diputados: se remitían a las Comisiones, que a veces, hasta llegaron a iniciar las discusiones. Pero la legislatura pasaba y no se volvía a pensar en ellos.

b) *El sistema de la transmisión consensual.* La concepción jurídica francesa sobre la transmisión del dominio era un obstáculo permanente para todo intento de reforma: la que se hiciera entrañaría—necesariamente—la del Código civil (3). El sistema contractual francés se basa en la libertad de pacto, derivado del de autonomía de la voluntad (el Código de 1804 se publicó en una Francia “erizada de libertades”) y en la fuerza traditoria del consentimiento.

c) *No se sentía la necesidad social de la reforma.* En teoría, el sistema francés es desastroso. De él ha dicho un ilustre maestro espa-

(1) *Le régime de la publicité foncière dans les projets législatifs de réforme en France et en Italie*. París, 1933. Tesis. Puede consultarse también Michel (André): *Des imperfections de la législation française au point de vue de la publicité des droits réels immobiliers*. Tesis. Dijon, 1904.

(2) Op. cit., pág. 271.

(3) El artículo 1.134, párrafo 1.º del Código civil francés establece: “Las convenciones legalmente celebradas tienen fuerza de ley entre los que las han celebrado”. Y el 1.138 añade: “La obligación de entregar la cosa es perfecta por el solo consentimiento de las partes contratantes—Esta obligación hace al acreedor propietario..., aunque la tradición no se haya realizado.”

ñol (1) que es un monstruo que "asimila cuanto se le proporciona y que no expulsa nada": y que la organización de sus libros es tal, que convierte la historia de cada finca en un abismo hipotecario que no se puede saltar sino cerrando los ojos.

Pero este reproche, justo en el terreno científico, es hiperbólico en el terreno de los hechos. A cuantos han vivido en Francia y llegaron a ella con el prejuicio de su calamitoso sistema inmobiliario, ha llamado la atención la circunstancia de que en los Tribunales y en el comercio convencional sobre inmuebles no se plantearan, de modo constante, cuestiones derivadas de la inseguridad de los derechos reales sobre inmuebles. El número de cuestiones de tal índole, pese a la debilidad científica del sistema, es bastante reducido. Como dice Gide (2), el sistema chirriaba, pero andaba; no a la perfección, pero, según la fórmula francesa, se salía del paso (*on se débrouillait*). Con todas sus imperfecciones, el sistema cumplía su misión de asegurar el tráfico inmobiliario, gracias a los Notarios, "sobre los que descansa todo el sistema". Merced al carácter patrimonial del cargo, el Notariado francés (¡no hay mal que por bien no venga!) penetra en el corazón de las familias, adquiere un profundo conocimiento del medio en que se desenvuelve. Estimulados los Notarios por su responsabilidad legal y por la responsabilidad moral, sus archivos han colmado las lagunas de la publicidad.

Los propios Notarios, sin embargo, reconocían la urgencia de la reforma. En lugar de aprovecharse de la situación oscura de la propiedad y los derechos reales sobre inmuebles (para ser los únicos en desentrañarla), proclaman la necesidad de que la publicidad inmobiliaria sea reforzada.

4. Cuando en España se publica el Real decreto de 10 de agosto de 1855, acababa de publicarse en Francia la Ley "sobre transcripción en materia inmobiliaria" (23 de marzo de 1855), inspirada en el Código de 1804 y en la Ley de Brumario del año VII (1799), que habían partido del principio de la publicidad *personal* y no de la publicidad *real*; el acto transcrito es oponible al tercero, pero no prejuzga los derechos de las partes que lo han celebrado.

Es curioso observar cómo la reforma española, influída por el ejemplo francés, excede de los límites precarios que le marcó su modelo. La admiración por la cultura y las instituciones alemanas, que acaso fué

(1) J. González y Martínez: *Estudios de Derecho Hipotecario*, pág. 145.

(2) Cfr. Planiol: *Traté pratique*, I, núm. 2.633.

tardía para una reforma radical en Francia, no lo es tanto para la reforma española, que conoce los defectos de su modelo y las ventajas de otros distintos. No hay en España base para una reforma que equipare nuestro sistema a los germánicos; ni el valor de las múltiples parcelas en que está pulverizada la propiedad territorial en muchas zonas del país, ni la inexistencia de Catastro, aconsejaban una transformación total. Pero el progreso es tan grande en nuestro país con relación al modelo francés, que al retocar Francia su legislación, al cabo de ochenta años, se queda muy atrasada y no llega al desarrollo que tuvo nuestra Ley de 1861.

En efecto, el alcance de la Ley de 23 de marzo de 1855 era muy limitado. Conforme a su artículo 1.º, eran objeto de transcripción:

1.º Los actos *inter vivos* translativos de la propiedad inmueble o de derechos reales susceptibles de hipoteca.

2.º Los actos de renuncia a estos mismos derechos.

3.º Los juicios declarativos de la existencia de una convención verbal de la naturaleza expresada en los dos apartados anteriores.

4.º Los juicios de adjudicación, salvo los dictados a instancia de un heredero o copartícipe.

Y según el artículo 2.º se transcribían:

1.º Los actos constitutivos de anticresis, servidumbre, uso y habitación.

2.º Los actos de renuncia de estos mismos derechos.

3.º Los juicios declarativos que reconozcan la existencia de esos mismos derechos como consecuencia de convenio verbal.

4.º Los arrendamientos por plazo superior a dieciocho años.

5.º Los actos o juicios que acrediten, aunque sea en razón de arriendo de menor duración, el finiquito o cesión de suma equivalente a tres años de alquileres o rentas no vencidos.

Tales eran los actos sujetos a transcripción. Para que la visión del sistema francés—y de sus imperfecciones teóricas—sea completa, es preciso añadir:

a) No existe el folio real, ni entendido éste en su más amplio sentido de registro independiente donde agrupar todas las mutaciones en la titularidad de una finca.

b) En virtud del principio de libertad de pacto, la transcripción puede operarse en virtud de documento privado.

c) La transcripción, como la inscripción en España, es voluntaria.

d) No existiendo el requisito de la inscripción previa, en cualquier momento las fincas pueden entrar o salir del Registro.

e) La operación del Registro no puede ser negada, pues el Conservador no ejerce ninguna función calificadora.

5. La enumeración de los actos sujetos a transcripción y los principios que hemos enumerado suscitaron grandes objeciones a la Ley francesa y originaron los intentos de reforma a que hemos aludido más arriba. En contra del sistema se alegaba (1):

à) *Complicación del sistema.*—Las leyes inmobiliarias permitían la coexistencia de dos regímenes distintos para la propiedad y los derechos reales inmobiliarios: el del Código civil para las adquisiciones no transcritas, y el de la Ley de 1855 para las registradas.

La censura puede extenderse a todos los sistemas apoyados en la inscripción voluntaria. Pero estaba agravada, en el caso de Francia, porque las donaciones y las transmisiones *mortis causa* no podían ser transcritas aunque se pretendiera hacerlo.

b) *Escaso ámbito de la publicidad.*—El Registro francés no puede contener la total historia de una determinada finca ni declarar todos los derechos sobre ella existentes. Quedan fuera de él las transmisiones por causa de muerte, los actos confirmativos y los abdicativos, las promesas unilaterales de venta, las donaciones de bienes futuros o instituciones contractuales de heredero y las adquisiciones fundadas en la Ley (prescripción, accesión, servidumbre o usufructo legal). La transcripción no legitima el título en cuya virtud se practica. Ello permite el ejercicio de múltiples causas de nulidad o resolución; pero, aunque su ejercicio sea eficaz, el resultado tampoco es objeto de transcripción.

c) *Frecuente inexactitud de los asientos.*—La voluntariedad de la transcripción y la falta de inscripción previa a favor del transferente dan lugar a que la publicidad registral sea un elemento más del conjunto de los medios de publicidad; pero no solamente no es único, sino que ni siquiera es el más importante. Carece de fuerza probatoria frente a otro medio más robusto, y el causahabiente puede ser siempre postergado a otro adquirente anterior de su propio causante o de algún transmitente anterior.

d) *Inestabilidad.*—La transcripción carece, no ya del valor probatorio privilegiado,<sup>2</sup> sino de toda fuerza legitimadora. El derecho con-

(1) Manuel-Gişmondi: Tesis citada.

signado en la transcripción se respeta, no en fuerza del asiento, sino en virtud de pruebas extrarregistrales.

Como dice Besson (1), "la publicidad de la Ley francesa, tal como la han establecido las leyes del año VII y de 1855, es impotente para conferir, por sí misma y sin apoyo de la prescripción, la seguridad que reclaman los propietarios territoriales y los acreedores hipotecarios".

e) *Ineficacia de la publicidad personal.*—Ni siquiera como elemento de prueba es útil—en la mayoría de los casos—el sistema de la transcripción, si se practica a base de tablas clasificadoras de los apellidos de los interesados. Un solo nombre equivocado hará estéril la busca, y errónea la apreciación de quien intente apoyarse en los libros (2). Con objeto de disminuir los problemas que el error de apellidos pudiera originar, la Ley de 24 de julio de 1921 exigió que en la transcripción se designara a las partes por sus nombres y apellidos, en el orden mismo del estado civil, su domicilio, fecha y lugar de su nacimiento y profesión, si la tienen conocida. El remedio, como fácilmente puede suponerse, no ha sido demasiado eficaz.

6. Dejando a un lado las medidas fiscales dictadas para la aplicación del Decreto-ley de 30 de octubre de 1935, y que fueron el pretexto de la reforma (pues la autorización al Gobierno Laval se dió para que legislara en defensa del franco), su alcance jurídico puede resumirse en estos tres aspectos que señala Josserand (3):

1.º Extensión del alcance de la transcripción. A partir de 1.º de enero de 1936 quedan sujetos a ella las transmisiones por causa de muerte, los actos declarativos y las adquisiciones por un solo heredero o legatario.

2.º Los documentos privados no se admitirán en lo sucesivo (salvo si se trata de arrendamientos) si previamente no han sido protocolizados en una Notaría.

3.º Se establecen plazos dentro de los cuales hay que solicitar la transcripción.

(1) Op. cit., pág. 122.

(2) Hacemos gracia al lector de la serie complicada de libros que exige el Registro francés. Puede examinarse la clara exposición que de esta materia hace González y Martínez, págs. 140-141 de sus *Estudios*.

(3) *Dalloz Hebdomadaire*, 9 enero 1936. "*La transcripción vue à travers le Décret-loi du 30 octobre 1935*."

Examinaremos separadamente cada uno de estos tres aspectos.

La Ley de 1855 había excluido del Registro las transmisiones *mortis causa* y los actos declarativos. Según el sistema francés, la publicidad no jugaba ningún papel en las transmisiones hereditarias, porque la transcripción se operaba *ipso iure* por el hecho de la muerte. La publicidad puede servir para fijar orden de preferencia entre varios adquirentes, pero no puede fijar orden entre el heredero y otro adquirente que no lo sea; porque el heredero, como continuador de la personalidad del *de cujus*, no puede oponer su adquisición a un causahabiente singular de su causante: no tiene la condición de *tercero*.

A juicio de los partidarios del sistema tradicional, la publicidad de la adquisición del heredero no tiene más finalidad que establecer la genealogía jurídica de los inmuebles. Pero no robustece la posición del tercero de buena fe, que ya está protegido por la jurisprudencia: la Cour de Cassation ha convalidado reiteradamente las adquisiciones realizadas de buena fe, aunque el transmitente no sea sino heredero aparente. Frente a tan pequeña ventaja, tales transcripciones llevan aparejadas un aumento de gastos para los interesados y un incremento de trabajo para los Conservadores de Hipotecas.

Según el parecer de los reformistas, estas objeciones no son demasiado consistentes. El aumento de gastos no existirá si se exceptúan de derechos fiscales las transcripciones hereditarias. El aumento de trabajo en las oficinas hipotecarias estará crecidamente pagado si se obtiene una publicidad completa, sin interrupciones ni lagunas. Aunque la jurisprudencia proteja al tercero de buena fe, se alejará el peligro de conflictos si se procura al sucesor un título de su condición de heredero o legatario, que evitará muchas dificultades de hecho. Se obtendrá, como dice la exposición elevada con el Decreto al Presidente de la República, "una mayor seguridad en las transacciones de inmuebles" y se establecerá "con mayor certidumbre los orígenes de la propiedad, con vista a un mejor funcionamiento del régimen de hipotecas y a una puesta a punto más precisa del Catastro".

Este punto de vista es el que acepta la reforma. Todas las transmisiones por causa de muerte están sujetas a transcripción. Si el heredero o legatario es único, la transcripción es directa; indirecta, si la herencia recae en varios herederos, puesto que la partición—excluida en la Ley de 1855—está ahora sujeta a registro. Mediará un espacio de tiempo—entre la muerte y la partición—en que el contenido de los



libros será inexacto. Hay en ello evidentes peligros, que han movido a los comentaristas (1) a rechazar la solución. Pero conscientemente, para hacer menos violento el tránsito de uno a otro régimen, el Decreto-ley ha rechazado la inscripción del *derecho hereditario*, de escaso valor formal en un régimen que no exige la inscripción previa del transferente.

Idénticos argumentos han inclinado al legislador a aceptar la transcripción de los actos meramente declarativos, excluidos antes de la publicidad.

Después de la reforma quedan fuera de la publicidad, no por declaración expresa de la Ley, sino en virtud de la opinión reflejada en la interpretación uniforme de la misma:

Los actos confirmativos y los abdicativos.

Los juicios de resolución, nulidad, rescisión o evicción (estos últimos, susceptibles de anotación marginal).

Los convenios verbales.

Las adquisiciones fundadas en la Ley (prescripción y accesión).

Las promesas unilaterales de venta (de mayor efecto real que en nuestro sistema, que no da al consentimiento la misma fuerza traditoria que el Código francés).

7. Más importancia que la extensión de la publicidad es la innovación que exige la autenticidad de los documentos sujetos a transcripción. Aunque esta legalidad formal no produce las consecuencias del principio absoluto de legalidad, es, a juicio de Jossierand, la modificación más relevante.

Aunque la doctrina atribuye más al Notario que al Conservador el ejercicio de la función calificadora, en germen al menos, el principio ya aparece en la reforma. "En interés mismo de las partes y por asegurar la total salvaguardia de sus derechos, hemos decidido, por otra parte —dice la exposición de motivos del Decreto-ley—, sin atentar de ningún modo al principio de libertad contractual, sujetar determinados actos susceptibles de transcripción a la formalidad del previo depósito en el archivo de un Notario. El cumplimiento de esta formalidad permitirá, por la intervención indispensable de un funcionario público, la verificación de la identidad y de la capacidad de las partes, de la exacta situación de los bienes y de la regularidad del origen de la propiedad

(1) Jossierand: Loc. cit.

para todos los actos, incluso aquellos que no revisten una forma auténtica." Al través de esta misión de "verificación" se pone la primera piedra de la legalidad y la legitimidad (1).

Dos formas de autenticidad admite el Decreto-ley: la directa (documento autorizado por el Notario) y la indirecta (documento privado protocolizado). Esta dualidad de medios es prueba de la timidez de la reforma. Pero a partir de ella se han planteado oficialmente las dos siguientes cuestiones: ¿Puede el Notario rehusar la protocolización si desconoce a los interesados, o duda de su capacidad, o de su derecho sobre los inmuebles objeto de la transmisión? Como la disposición exige que el depósito en archivo notarial se haga antes de que transcurran tres meses de la fecha del documento privado, ¿puede el Notario rechazar el contrato privado después de transcurridos esos tres meses?

A la primera cuestión el Ministerio de Justicia no contestó directamente, quizá porque entendió que la interpretación de las leyes es de la competencia de los Tribunales; declaró, sin embargo, "que es deber de los Notarios señalar a los interesados los errores y las irregularidades contenidas en el contrato objeto de la protocolización, para que puedan aportar las precisiones necesarias" (2). Respecto al segundo problema, no ha habido ninguna declaración oficial: la opinión de los Notarios y Conservadores de Hipotecas es favorable a la recepción de documentos privados después de los tres meses de la firma (3). Por el contrario, Savatier (4) y Josserand (5) creen que el Notario debe negar la protocolización, aunque reconocen que con ello se favorece el estelionato. Gran número de autores (6) creen que no debe rechazarse el documento, puesto que la incorporación al archivo notarial puede ser solicitada con fines distintos de la transcripción.

Admitida la protocolización después de los tres meses, un nuevo interrogante se presenta: ¿Puede el Conservador rechazar la transcripción de un documento protocolizado después de los tres meses de su

(1) Maraval de Bonnery afirma. (pág. 102 op. cit.) que es "la reforma más capaz de aportar a la publicidad la legitimidad que le falta".

(2) *Journal Officiel*, 14 febrero 1936.

(3) *Bulletin de l'Association Nationale des Notaires*, 31 diciembre 1935, pág. 1013.

(4) *Ce que devient la transcription dans le Décret-loi du 30 octobre 1935*. "Se-maine Juridique", 1935, pág. 1397.

(5) Op. cit., y *Cours de Droit civil positif*. Sirey. París, 1938, I, núm. 1.714.

(6) Nerson: Op. cit., pág. 190, nota 244.

suscripción? En torno a este extremo ha habido, a raíz de la publicación del Decreto-ley, la misma apasionada controversia que sobre las dos cuestiones antes examinadas. La lógica jurídica impone una respuesta negativa si la cuestión se plantea de modo abstracto. Mas, en la esfera de las realidades, la falta de valor de la transcripción, la posible responsabilidad del Conservador en caso de negativa frente a la irresponsabilidad por transcripción indebida, harán que prospere la admisión de los documentos privados fuera de plazo.

Sea una u otra la posición que la práctica adopte, lo innegable es que el Conservador, *interpretando una Ley civil*, puede transcribir o no transcribir. He ahí bien patente una manifestación embrionaria de la función calificadora.

Otro texto revela la misma tendencia. El artículo 2.º del Decreto-ley, al fijar los requisitos de las decisiones judiciales, admitidas ahora con más amplitud que antes, exige la condición de que tales decisiones sean definitivas. Aunque prospere la tesis de que el Conservador no puede decidir sobre la firmeza de las providencias judiciales, no faltan opiniones favorables a la calificación del Conservador (1). La práctica—repetimos—rechazará, seguramente, el principio de calificación, pero en el terreno doctrinal habrá ganado mucho terreno, lo mismo que en las posibilidades de hecho de su implantación.

8. El tercer aspecto que toca la reforma constituye una tendencia fracasada en favor de la transcripción obligatoria. Puede pensarse que el Decreto-ley la pretende. desde el momento en que, para cumplir la formalidad de la transcripción, establece los siguientes plazos:

1.º Un año, a contar de la muerte, en las transmisiones que tengan esta causa.

2.º Cuatro meses para la transcripción de las sentencias judiciales, a contar desde que sean firmes.

3.º Cuatro meses para la transcripción de los demás actos, a contar de su incorporación a un archivo público notarial.

Latente en este señalamiento de plazos puede advertirse un propósito de obligatoriedad. Pero, como no se establece ninguna sanción, queda reducida a una medida de policía: la transcripción tardía será válida—según la interpretación uniforme—aunque, en rigor, debería

(1) Lucas. *La réforme du régime de la transcription et le Décret-loi du 30 octobre 1935*. Tesis. Lyon, 1937, pág. 122-123. Vialar: *Le régime de la transcription sa refonte par le Décret-loi du 30 octobre 1935*. Tesis. Montpellier, 1937, págs. 90-94.

ser negada por el conservador. Al mismo tiempo que el propósito se advierte su ineficacia: fracasará la ilusión que se hicieron los autores de la reforma, de que las certificaciones de las oficinas hipotecarias contendrían la nomenclatura completa de los sucesivos propietarios de un inmueble. Falta del refuerzo del principio de la inscripción previa, la obligatoriedad indirecta que establece el Decreto no producirá ningún resultado inmediato.

9. Hecho el bosquejo de la reforma, resta sólo poner de manifiesto la escasa trascendencia que, aparte del buen propósito, ha de alcanzar momentáneamente la innovación. Es ésta, en sus fundamentos, demasiado tímida. No se podía intentar una reforma más trascendental.

Sin una expresa autorización del Parlamento, el Gobierno Laval, que, como reiteradamente hemos indicado, legislaba, sin el concurso de las Cámaras, en defensa del franco, no podía reformar preceptos civiles que no solamente están consagrados en el Código de Napoleón, sino que tiene una tradición social de observancia de más de siglo y medio, porque respondían a puntos de vista anteriores a la Revolución de 1793.

Esta impotencia del Gobierno y, por otra parte, la perentoriedad del plazo de autorización (el Decreto-ley se aprobó el 30 de octubre, y la autorización terminaba el 31) hicieron que se aprobara una síntesis, apresuradamente redactada, de los anteriores proyectos. En el orden práctico, las innovaciones no hacen más que apuntar principios a desarrollar en un futuro legislativo: en el orden doctrinal se presentan como un sistema más atrasado que el transitorio vigente en Alsacia-Lorena, y, desde luego, muy inferior, científicamente, al establecido por nuestra Ley de 1861, que, con ese lamentable desprecio que suelen tener los extranjeros hacia las instituciones españolas, apenas es citado, como tipo de comparación, por los autores que se ocupan de la materia.

Sobre los defectos ya citados del sistema inmobiliario francés hay otro importantísimo, que es el de la multiplicidad de privilegios e hipotecas legales, casi todas generales y tácitas. A esta difícil cuestión, caballo de batalla de nuestra reforma de 1861, no ha podido tocar el Decreto-ley de 1935, porque el pretexto de evitar la devaluación del franco no podía servir para entrar a saco en las arcaicas disposiciones del Código de 1804.

Por todas estas razones, en el terreno de la doctrina el Decreto ha sido mal acogido en Francia. Mas muchas de las críticas han olvidado la dificultad que tenía el legislador al no poder tocar preceptos sustanti-

vos en un Decreto que más tarde había de ser presentado a la ratificación de las Cámaras, en las que hubiera habido agrias discusiones políticas si se hacía uso de la autorización concedida al Gobierno para reformar fraudulentamente el Código civil.

Añádase a estas consideraciones que los promotores y redactores de la reforma pertenecían al Notariado o a la Conservaduría de Hipotecas, lo cual produjo cierta hostilidad entre el profesorado. Así, Josserand (1), acaso con excesiva crudeza, afirma: "El espíritu en el que (el Decreto) ha sido concebido merece ser aprobado, como son legítimos los objetivos a que responde; desgraciadamente, la realización es muy inferior al ideal perseguido. Este texto improvisado, inspirado, en gran parte, por consideraciones de orden fiscal, y que en el orden civil va mucho más lejos de lo que los autores habían supuesto, ha sido mal redactado, hasta el punto que, sobre los numerosos problemas que provoca, el comentarista queda reducido a proponer, no soluciones firmes, sino simples puntos de interrogación: desde ahora, su aplicación integral se presenta como impracticable y no puede sino expresarse el deseo de que sea retocado, corregido, por *hombres que tengan un conocimiento suficiente del Derecho civil* y una sana comprensión de las necesidades en la práctica de los negocios."

Alude el Profesor Josserand a la intervención notarial a que nos hemos referido, y lanza sobre el Notariado francés y sobre los Conservadores de Hipotecas el agravio de desconocer el Derecho civil. Ello constituye, con todos los respetos, un leve desahogo *profesoral*.

En resumen: las críticas a la reforma son, en gran parte, justas y motivadas; en otra parte exageradas, por las escasas posibilidades que el Gobierno tenía. Pero aunque, en el terreno de la práctica, constituyeran un fracaso rotundo, suponen un paso prometedor—aunque sea tímido—de un mejor futuro legislativo para el sistema inmobiliario francés.

ENRIQUE GIMÉNEZ ARNAU.

Registrador de la Propiedad. Notario.

(1) *Cours...*, I, pág. 948.

# La legítima catalana y el Impuesto de derechos reales

## CONSULTA

La legítima en Cataluña tiene carácter de derecho real, o, mejor dicho, de porción hereditaria, siendo la condición jurídica del legitimario la de condómino o coheredero privilegiado, sin más diferencia con el derecho común que, según las Cortes de Monzón de 1585, el heredero puede pagarla, a su opción, en metálico o en inmuebles, no haciéndose en el Registro inscripción alguna a favor de los herederos, sin hacer mención especial y reserva expresa de las legítimas que puedan corresponder a los legitimarios y no practicándose cancelación alguna de inscripción mientras no se acredite el pago de tales legítimas. Algunas oficinas liquidadoras estiman que las legítimas son carga o deuda de la herencia, por cuyo motivo cuando se fija el haber hereditario que corresponde a los legitimarios y al heredero se gira a cargo de éste una liquidación complementaria por el concepto de adjudicación en pago de deudas por el importe de dichas legítimas. Por ello se consulta:

1.º Si por el solo hecho de determinarse en el inventario o manifestación de bienes el haber hereditario que corresponde a cada partícipe o legitimario puede dar origen a alguna otra liquidación que no sea por el concepto de herencia.

2.º Si el hecho de satisfacer el heredero la legítima al legitimario en metálico, con dinero propio, debe entenderse como acto de adjudicación de bienes al heredero, o, por el contrario, si debe estimarse exento a tenor de lo que disponen los artículos 31, núm. 12 y 3.º, núm. 14 del Reglamento.

## DICTAMEN

Legítima es la porción de bienes que por ministerio de la ley está obligado el testador a dejar a los parientes dentro de los grados que el Código señala y salvo que exista causa de desheredación para privarles de ella. "Est hereditatis pars ex-prescriptione legum certis personis reliquenda." Esto es en sí misma. En relación a las personas es la porción de que el testador no puede disponer por prohibírselo la ley de una manera libre y total, o aquella de que el heredero ha de gozar necesariamente, aunque desde luego pudiendo este último renunciarla. El Código civil, en su artículo 806, atiende especialmente al aspecto prohibitivo o negativo al declarar que es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la Ley a determinados herederos, que por ello son llamados forzosos, aunque, como dice el Sr. Otero, el carácter de forzoso no está en el heredero o en serlo, sino en la restricción de la voluntad del causante.

## II

En Cataluña, por efecto de la evolución histórica, después de haber existido un régimen de copropiedad familiar que pasaba íntegra a los hijos, se introdujo la aplicación del Fuero Juzgo (en Tarragona, Cervera y Gerona), o sea la legítima de los  $4/5$ , que consistía, como explica Castán, en dividir la herencia en 15 partes, de las que 8 eran legítima estricta, por partes iguales a repartir entre los hijos; 5 eran como mejora, que podía dejarse a cualquiera de éstos, y las 2 restantes eran de libre disposición (Ley 1.<sup>a</sup>, título 5.<sup>o</sup>, libro 4.<sup>o</sup> de Chindasvinto). Más adelante se estableció y admitió la legítima Justiniana de la Novela XVIII, o sea el  $1/3$  si los hijos no pasan de cuatro, y la  $1/2$  si son cinco o más (Lérida, Tortosa). En Barcelona se admitió la Ley goda, o sea la legítima de los  $4/5$ , sin mejoras, según el capítulo IX del Recognoverunt Proceres. Esta diversidad cesó por la Ley de Alfonso III en las Cortes de Montblanch en 1333 (cap. XXVII), que es la Ley única, título 1.<sup>o</sup>, libro 6.<sup>o</sup>, volumen 3.<sup>o</sup> de las Constituciones de Cataluña, según la cual en todo el territorio catalán quedaba como única legítima vigente la Justiniana, antes expresada. Pero Barcelona no se aquietó y, a petición de los Concellers Prohombres y

Universidad, Pedro III, por pragmática de 1.º de marzo de 1343 (Ley primera, título 3.º, libro 6.º, volumen 2.º de las Constituciones), estableció para todos los casos la legítima fija anti-Justiniana, o sea la cuarta parte.

La Ley de las Cortes de Monzón de 1585, de Felipe II, extendió a todo el territorio catalán la legítima de la cuarta parte, con las modalidades que diremos, hoy vigente (2.º, Título 5.º libro 6.º volumen 1.º de las Constituciones).

### III

En Cataluña, el carácter que tiene la legítima es la de ser una participación forzosa en la herencia—una coherencia—: todos los hijos son herederos forzosos de la cuarta parte, incluso el hereu. Consiste, precisa y necesariamente, en una parte alicuota de la herencia total.

En este punto, esencial para resolver la consulta formulada, nos hemos de detener, para que quede fijado con toda precisión el concepto de aquélla, siguiendo la doctrina de los más reputados tratadistas de Derecho civil catalán, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la de la Dirección de los Registros.

"La legítima—dice Fontanella—es una parte de la herencia, un derecho de condominio: es un crédito de parte alicuota de la herencia misma (Decisión 57, números 10 al 19). *Al legitimario corresponde—dice el mismo autor—la "petitio hereditatis", la "familiæ erciscundæ", el condominio indiviso y la copropiedad de los bienes con los herederos* (Decisión 574, núm. 16 y sigs.); *no hay base para distinguir entre la cuota "hereditatis" y la cuota "bonorum"* (Decisión 574, número 23)." "*Legítima es—dice Tristany—"portio successionis ab intestato."*

El legitimario tiene, según la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1876, que promover el juicio voluntario de testamentaria, aunque el testador lo haya prohibido; y claro es que no podía reconocérsele tal voluntad si no fuese heredero.

Se ha derivado, como dice Castán, viva discusión de la Ley de las Cortes de Monzón de 1585, citada, la cual autorizó al heredero—a fin de evitar la desmembración del patrimonio familiar—para que pudiese pagar, a su elección, la legítima al legitimario en inmuebles o en metálico, estimando el valor de los bienes al morir el causante; de esta fa-



cultad han deducido algunos que la legítima catalana no es una coherencia, sino sencillamente un crédito del legitimario contra el hereu; y, por el contrario, sostienen otros que la verdadera naturaleza de la legítima es la de un verdadero condominio de la herencia. La primera opinión la sostienen Durán y Bas, Falguera y Sagüés, y la segunda, Broca y Amell y Corbella. "Algunos autores—dice otro tratadista—han llegado a mantener el criterio que es el legitimario un mero acreedor personal, y la legítima una simple obligación; otros han dicho que era un legatario de *cantidad*. Esta opinión es insostenible; tuvo su origen en el parecer de Cancr, que equipara al legitimario con el legatario aludido, concediendo al primero el derecho de hipoteca, sin reparar en que no puede haber tal identidad, supuesto que la legítima se deriva directamente de la Ley, y el legado, meramente de la voluntad del testador."

En apoyo de tal opinión se alega que la Constitución 2.<sup>a</sup>, título 2.<sup>o</sup>, libro 6.<sup>o</sup>, volumen 1.<sup>o</sup>, dada por Pedro III en Monzón en 1363, permite que se deje la legítima en forma de institución de legado o en cualquiera otra, y al hacerlo así las despojó del carácter de herencia, y al legitimario, del de heredero; pero no era tal la intención de la Ley, ni puede atribuírsele tal alcance, ya que si por el mero hecho de que la legítima puede dejarse en forma de legado ha de tenerse al legitimario como legatario, por poderla dejar como herencia habría que tomarle como heredero; aparte de que si no se deja la legítima ni como legado ni como institución, sino en cualquier otra forma, habrá de tenérsele como heredero; y si se sostiene que tendrá el carácter de legatario cuando el testador la deje como legado, resultará que queda a la voluntad del testador el determinar el concepto de heredero o legatario del legitimario, solución inadmisiblé, ya que el carácter de heredero forzoso de aquél dimana de la Ley y no de la voluntad del testador.

Fontanella, es cierto que en su *Tractatus de Pactis nuptialibus*, escrito en 1622, admitió la opinión de que la acción para pedir la legítima tenía carácter personal: pero el mismo Fontanella rectificó esta opinión en las Decisiones antes citadas de 1644, sosteniendo que el legitimario *dicitur heres pro ea portione que est dominus legitima*: "que le corresponde" la *petitio hereditatis*, la *familiæ erciscundæ*, el *condominio indiviso* y la *coposesión con los herederos instituidos*.

Tristany ya hemos dicho que definía la legítima diciendo que era

*portio successionis ab-intestato*, conviniendo con Fontanella que *al legitimario "dicitur heres pro ea portione"*.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia citada de 3 de noviembre de 1876, declara que el legitimario es heredero forzoso o coheredero privilegiado, y en concepto de tal puede promover el juicio de testamentaria, concepto que reitera en la de 8 de febrero de 1892, añadiendo que son coherederos aquellos a quienes la Ley señala una parte alícuota de los bienes del difunto, en los que heredan con o sin voluntad. Idéntica doctrina en las Resoluciones de la Dirección de los Registros de 16 de septiembre de 1890 y 13 de mayo de 1899. Larga ha sido la cita, pero necesaria para fijar bien el concepto de la legítima catalana.

No sólo la Jurisprudencia antigua del Tribunal Supremo es la que declara que el legitimario es heredero forzoso del testador; la moderna abunda en idéntica calificación: la Sentencia de 4 de febrero de 1925 (*Gaceta* 4 noviembre) dice: "La cuota legitimaria en Cataluña es la  $1/4$ , cualquiera que sea el número de hijos, sin que la calidad de herederos forzosos de aquéllos se pierda o cambie por estar permitido, según la legislación foral, que el padre pueda pagar a los hijos lo debido por legítima por vía de manda o donación, bien en dinero o en metálico u otros bienes muebles, o bien en inmuebles, *siendo, por tanto, el título* de hijo legítimo bastante para probar su condición de heredero forzoso; y el ser asignada por el padre al hijo una cantidad en su testamento, equivale a su nombramiento de heredero, a los efectos del artículo 1.038 de la ley de Enjuiciamiento civil." La Sentencia de 2 de julio de 1924 (*Gaceta* 30 mayo 1925) dice que el heredero puede hacer uso una sola vez del derecho de opción para pagar la legítima en dinero, muebles, acciones o inmuebles; los hijos tienen el carácter de legitimarios y el testador puede dejarles legítima por donación, legado o institución. Según la Sentencia de 9 de enero de 1912, el heredero puede pagar la legítima a su elección, en la forma indicada, en metálico o inmuebles, sin que la prohibición impuesta por el testador a los albaceas le sea aplicable según la Constitución 2.ª, título 5.º, libro 6.º, volumen 2.º de las de Cataluña (*Gaceta* 7 abril 1913). Tiene el legitimario, si el padre no le deja íntegra su cuota, derecho al suplemento de legítima, según Sentencia de 6 de diciembre de 1911 (*Gaceta* 16 octubre 1913).

Hemos de agregar, sin embargo, para conocimiento completo de

esta importante materia, que el mismo Tribunal ha declarado en la Sentencia de 11 de noviembre de 1901, tal vez para evitar que el legitimario tenga responsabilidad en las deudas de la herencia, que el legitimario no tiene carácter de coheredero, y en otra Sentencia de 14 de marzo de 1916 (*Gaceta* 19 agosto 1916) establece que son conceptos distintos los de heredero y legitimario, porque el de legitimario no produce, como el de heredero, la confusión de la personalidad del testador y la del heredero instituido en cuanto a derechos y obligaciones.

No obstante estas dos Sentencias, como quiera que el Tribunal ha rectificado esa doctrina por las de 4 de febrero de 1925 y 2 de julio de 1924, volviendo a la que el mismo Tribunal había admitido anteriormente, a ésta nos atenemos. en conformidad, por otra parte, con la opinión de los autores citados. Le legítima, pues, es parte alícuota de la herencia, y el legitimario es un coheredero y no simplemente un acreedor personal de la herencia o del testador.

#### IV

La Constitución citada de 1363 declara que si la legítima se deja como legado o en cualquier otra forma que no sea por derecho de institución, no por ello el testamento debe ser irrito o nulo—lo testament per co non de la de esser irratat ó nulle—. Los tratadistas estiman que el alcance de esta Ley no ha sido el de derogar la Novela CXV de Justiniano, que exigía que los herederos forzosos fuesen o instituidos o desheredados, y el de restablecer el Derecho romano antiguo; según esta opinión, hoy doctrina legal, la legítima puede dejarse en cualquier forma, aunque sea no instituyendo al legitimario; pero hay quien afirma que si se hace así, si bien no producirá la nulidad del testamento, sí causará la de la institución de heredero, ya que, según el criterio histórico, la Novela CXV no anula el testamento, sino la institución de heredero, quedando subsistentes los legados, fideicomisos, etc., y tal Novela se halla vigente en Cataluña, según la Constitución citada. En Barcelona, por privilegio de Pedro III en 1339 (capítulo único, título primero, libro 2.º, volumen 2.º), sólo aplicable a los habitantes de esta ciudad, no es necesario mencionar al legitimario, aunque sea póstumo, para que valga el testamento, quedando a salvo el derecho de aquél para reclamar la legítima (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 1865).

## V

Para fijar la cuantía de la legítima, según Fontanella, Cancr, Vives, es preciso distinguir entre *la masa de bienes* y el *valor de éstos*. Para determinar la primera hay que atenerse, según ellos, al momento de la muerte del testador; pero para lo segundo es preciso estar al valor que tengan los bienes en el momento del pago, ya que, dada la forma en que puede ser hecho por el hereu, podrían derivarse perjuicios a los legitimarios. A pesar de la autoridad de aquellos escritores, esta doctrina no ha prevalecido; por el contrario, el Tribunal Supremo, en constantes Sentencias (20 de junio de 1868, 15 de junio de 1869, 19 de octubre de 1870, 11 de junio de 1873 y otras), ha declarado que hay que atenerse al tiempo de la muerte del testador, tanto para determinar los bienes que constituyen la herencia como su valor.

Esta doctrina es capital a los efectos de la presente consulta.

Dada la importancia del Derecho romano en Cataluña, ha de agregarse a lo expuesto, para precisar bien el asunto, que desde la Ley Falcidia bastó que el testador dejase a los legitimarios la cuota legal en cualquier forma, para que éstos no pudiesen reclamar o, por mejor decir, atacar el testamento; tampoco podían hacerlo cuando, si bien les dejaba menos de la legítima, les dejaba dicho que se les completase *ex boni viri arbitratum*. De aquí que cuando el testador *nada les dejaba*, podían entablar querella de "inofficiosi testamenti"; *pero si les dejaba algo* que no llegara a la porción legitimaria, la acción era la expletoria o "ad supplementum"; ésta sólo tenía carácter personal, dándose contra el heredero instituido y no contra la herencia, al revés de la querella, que era acción real; la "ad supplementum" sólo se proponía se supliese lo que faltaba a la legítima, al contrario de la querella, que anulaba o invalidaba el testamento y abría la sucesión intestada, y, finalmente, no revestía los caracteres de gravedad de la querella.

## VI

En cuanto a la forma de pago de la legítima en Cataluña, está determinada por la Ley de las Cortes de Monzón de 1585, de Felipe II, según la cual, "deséando la conservación de las Casas principales, orde-

namos, con consentimiento de las Cortes, que la legítima de los hijos es la cuarta parte de los bienes, pudiendo pagarla el hereu, a su libre arbitrio, en metálico o en propiedad inmueble, y si en este caso no hay acuerdo entre el hereu y el legitimario, lo fijará el Juez; empezada a pagar la legítima en una clase de bienes, no puede pagarse el resto en otra, sino que ha de hacerlo en la misma clase de bienes en que se empezó, sin poder escoger el hereu la que más le convenga después de usada la otra forma; esto es, que tiene opción para elegir, pero ello ha de ser de una vez y definitivo, no pudiendo ir variando según sea el valor variable de los bienes, pues ello sería perjudicial al legitimario. Para fijar el importe de la legítima se tiene en cuenta el valor de los bienes existentes en el momento de fallecer el testador, en que se defiere la herencia, aumentados estos bienes con las donaciones *inter vivos* colacionables, incluso las recibidas por el legitimario mismo, y deduciendo las deudas anteriores y los gastos de funeral, pero no los legados ni las donaciones *mortis causa*" (Constitución 2.<sup>a</sup>, título 5.<sup>o</sup>, libro 6.<sup>o</sup>, volumen 1.<sup>o</sup>). Fijada así la masa de bienes y su valor, se divide en cuatro partes, y esa cuarta parte es la legítima que ha de dividirse entre todos los hijos, incluso el hereu, fijándose así la porción o cuota legitimaria, que puede ser abonada en la forma alternativa expresada, a elección del heredero, a cada uno de los legitimarios

## VII

En resumen, en Derecho catalán la legítima es una porción de la herencia de la que el testador no puede disponer libremente, por impedírselo la Ley, y que, por imperio de ésta, forzosamente han de heredar los herederos necesarios, si bien el hereu tiene también, por ministerio de la propia Ley, la facultad de pagar al legitimario en bienes inmuebles o en metálico, a su libre elección, habiendo aclarado la Jurisprudencia que también puede ser satisfecha en acciones u otros bienes muebles, y que basta la condición de hijo legítimo para probar y demostrar la condición de heredero que tiene el legitimario. No se trata, pues, de un crédito personal del legitimario contra el heredero: es una porción de bienes de la herencia misma, una parte alicuota de ella; no es un legatario; menos aún es un acreedor del testador, ni aun de la herencia; el legitimario es un coheredero es toda la extensión de la palabra, y esta condición ha de tenerse en cuenta en cuantos mo-

mentos haya de fijarse o apreciarse su carácter, como base para ulteriores determinaciones: tiene la acción de querrela o “ad supplementum”—según los casos—, en la forma antes expresada.

## VIII

Para terminar esta parte general, hemos de examinar cuál es el verdadero título por el que el sucesor de un causante—hereu o legitimario—hace suyos los bienes relictos por aquél en las sucesivas herencias.

Es preciso distinguir entre títulos traslativos de la propiedad y títulos meramente declarativos: aquéllos son los que realmente transfieren la propiedad; éstos la especifican, la concretan, pero no la transfieren por sí mismos. El artículo 1.051, el 1.052 y el 1.068 disponen que ningún coheredero está obligado a permanecer en la proindivisión de la herencia, pudiendo pedir, por sí o legítimamente representado, la división y participación; y tal participación, hecha legalmente, confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que en pago de su haber hereditario se le hayan adjudicado. Fundados en este último artículo, se ha sostenido que la partición es el título traslativo de la propiedad en las herencias. Esta opinión no es exacta, y hay otro título preferente: este título fundamental es el testamento—y, en su caso, la declaración de herederos—, y en definitiva la Ley, ya que—según ésta, el Código civil o la respectiva legislación foral—los herederos suceden al difunto, por el hecho de la muerte, en todos sus derechos y obligaciones. La herencia se defiere o por la voluntad del testador concretada en el testamento o por la Ley, el Juzgado, en las sucesiones “ab intestato”, y comprende todos los bienes que no se extinguen por la muerte: a estos efectos de la muerte se retrotraen todos los efectos de la sucesión, y al mismo momento se refiere la adquisición de los bienes relictos por el causante y adquiridos por el heredero. La partición es un conjunto complejo de operaciones-base para que aquélla se realice—inventario, avalúo, división, formación de haberes y adjudicación o partición—, y todas estas operaciones, al ser hechas, han de retrotraerse al momento de la muerte y no constituyen por sí mismas un título de propiedad, sino que han de ser unidas al testamento o declaración de herederos para ello; estos últimos son los verdaderos títulos traslativos de la propiedad; aquéllos son meramente declarativos y presuponen a los primeros.

Esta distinción fundamental en Derecho sucesorio es indispensable para la calificación de las herencias en el Impuesto de derechos reales. No hay más que una transmisión: la producida en el momento de la muerte; las declaraciones provisionales, las definitivas, las adjudicaciones de bienes que se hagan al formalizarse las particiones en escritura pública, las manifestaciones que hagan los herederos de darse por pagados por haber recibido bienes por el importe de su haber legítimo, no son adjudicaciones distintas de aquella primitiva causada en el momento de morir el causante y nada se puede liquidar por ellas, no procediendo distintas liquidaciones, sino una sola por herencia.

## IX

Entremos ya en el estudio concreto de la cuestión planteada en relación con el impuesto de Derechos reales.

Son reglas consignadas en el Reglamento de éste y básicas del mismo: a) El Impuesto se exige con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del acto de que se trate—de ahí la exposición hecha anteriormente—y cualquiera que sea la denominación que la den las partes (artículo 41); a una sola convención no se puede seguir más que el pago de un solo derecho (art. 43). Para exigir el Impuesto en las herencias basta que exista el hecho de la muerte y la demostración o presunción de bienes en poder del causante (art. 48), aun sin formalizarse declaraciones o escrituras. La adquisición de las herencias se entiende hecha el día del fallecimiento del causante, sea cualquiera la fecha de la declaración de herederos o la de la partición de bienes (art. 52). Las adjudicaciones de bienes en las herencias, sean cualesquiera los convenios de los interesados, se entienden hechas con estricta proporcionalidad de lo bueno, malo y mediano, y por ello, cualquier aumento que se obtenga en la comprobación se entiende adquirido y transmitido para todos (artículo 53). Finalmente, en las herencias no se entienden en cuanto al Impuesto, la clase de bienes, sino que se entiende transmitido el *valor* de los mismos, computándose el efectivo comprobado que se reparte entre todos con igualdad; de aquí la regla anterior.

## X

A tenor de estos preceptos se ha de liquidar la cuota del legitimario en cuanto al Impuesto de derechos reales.

Ocurrida la muerte del causante, se inventarían los bienes que existan en ese momento; se incrementan con las donaciones colacionables *inter vivos* hechas por el causante, incluso a los legitimarios; se deducen las deudas del mismo causante anteriores a la muerte y los gastos de funeral, pero no las donaciones *mortis causa* ni los legados; se valoran los bienes según el que les corresponda en el momento antes aludido, o sea la muerte; se dividen en cuatro partes, y la 1/4 se divide entre todos los hijos, incluso el hereu, como legítima. En tal momento el hereu determinará, a su libre arbitrio, la clase de bienes con que ha de pagar su legítima al legitimario: o inmuebles, o—para conservar el patrimonio familiar—en metálico o valores, como ha declarado la Jurisprudencia al interpretar las Constituciones.

La determinación de la cantidad que corresponde al legitimario es evidente que no implica sino el reconocimiento de la cuota que en la herencia le pertenece como heredero, y nada más. Su título es meramente hereditario. El fundamento esencial es la Ley, primero, y después el testamento, prevaleciendo siempre aquélla sobre éste (de aquí la acción al *supplementum* si no se le deja la legítima, que en totalidad le corresponde); por lo tanto, el único concepto liquidable es, en cuanto al Impuesto de derechos reales, conforme a la verdadera naturaleza jurídica del acto, o sea *herencia*, por virtud de la que se transmiten los bienes, o, por mejor decir, si nos atenemos al tecnicismo del Reglamento del Impuesto, el valor desde el testador o causante al legitimario. O sea: la Ley, que fija la legítima; el testamento, que la reconoce o instituye, y la escritura particional, por la que se transmiten los bienes o se hace el pago, son un mismo y único título de transmisión que es preciso estimar unido en un solo haz y retrotraer sus efectos al momento de morir el causante. El solo hecho de determinarse en el inventario el haber que corresponde al legitimario no implica ni puede implicar otra transmisión que la de herencia, por ser ésta la única que existe. No habiendo más que una transmisión, no puede haber más que una liquidación, según las reglas antes enunciadas.

El acto por el cual el hereu pague al legitimario su cuota hereditaria, no constituye un acto aislado independiente y con sustantividad propia, sino que es una consecuencia necesaria de la herencia y de la forma en que, conforme a la Ley especial de Cataluña o a la legislación civil aplicable, ha de pagarse al legitimario; la exacción de Im-



puesto por ese acto, aparte del de herencia, constituiría una duplicidad de pago y una exacción injusta, antijurídica y antirreglamentaria.

## XI

Ahora bien: llegado el momento de que el hereu pague al legitimario su cuota, se ofrece el siguiente dilema ineludible: o hay en la herencia metálico o bienes de valor y especie apropiada para el pago suficientes—aparte de los inmuebles—, o no los hay.

Si hay metálico o valores suficientes para el pago, como el heredero, a su libre arbitrio, puede elegir los que quiera para ello, no hay ni puede haber problema de Derecho civil, ya que la Ley foral le autoriza expresamente para que él realice su opción, a fin de conservar el patrimonio de las casas principales; pero menos aún puede haberlo en cuanto al Impuesto, ya que en éste los bienes no se aprecian por su distinta clase para las herencias, sino por su valor, el cual se entiende transmitido con igualdad de bienes buenos, malos o medianos y repartiéndose lo comprobado entre todos; es pues, sencillamente, un problema de partición: podrá, al hacerse la adjudicación de una finca a uno y el metálico a otro, haber más o menos equidad; pero distribuido el valor igualmente entre los herederos, no se da ni puede darse exceso de adjudicación entre ellos: para la liquidación es enteramente igual que a un heredero se le adjudiquen unos u otros bienes. Si suponemos un caudal de 100.000 duros en el que hay una finca de 20.000 duros que ha de adjudicarse a un solo heredero, y valores mobiliarios o metálicos a los demás, suponiendo que sean otros cuatro para el Impuesto, es indiferente, pues los cinco pagarán, si son todos herederos, a razón o sobre la base de 20.000 duros, y la suma de base de liquidación serán los 100.000 duros del caudal relicto. Podrá discutirse la equidad o justicia distributiva de que un heredero lleve la mejor clase de bienes, los más productivos, los de más porvenir económico; pero tal cosa no afecta al Impuesto, pues adjudicado y distribuido el valor de todos los bienes entre todos los herederos, y pagados con dinero o efectos de la misma herencia, es evidente e innegable que todos adquieren sus bienes del causante, que todos participan por igual de su valor en el momento de deferirse la herencia, y, por lo tanto, que no hay transmisión distinta de la herencia y que todos pagan el Impuesto con relación estricta al valor de lo adquirido por cada uno.

Segunda parte del dilema: que no haya metálico en la herencia para que sean pagados los legitimarios, conservando el patrimonio familiar el hereu. Por consecuencia necesaria de estas premisas, es claro que el haber del legitimario se ha de satisfacer con dinero extraño a la herencia, bien sea éste del heredero mismo, bien sea con el fruto de los bienes inmuebles adjudicados de más al heredero, ya que desde el momento de la muerte del causante, a la cual se retrotrae el efecto de la adjudicación, son de su propiedad y hace suyos los frutos de los mismos.

La operación que en este supuesto se hace, es adjudicar al hereu un exceso de bienes inmuebles sobre su haber hereditario, exceso que él ha de abonar por sí y con su propio dinero al legitimario.

Y este es el caso netamente: ¿devenga impuesto de Derechos reales tal operación por concepto distinto del de la herencia?

A esta pregunta responde neta y concretamente el párrafo 12 del artículo 31 del Reglamento del Impuesto, que dice así: "El acto de satisfacer el heredero a su elección, con arreglo a la legislación foral su legítima (al legitimario) en la clase de bienes que estime conveniente, no devengará Impuesto más que en concepto de herencia."

El precepto es terminante y la exención del acto expresa, y ante la declaración explícita del Reglamento, que ha de observarse en sus propios términos a tenor de la ley de Contabilidad de 1.º de julio de 1911, según la cual no habrá más exenciones de los tributos que las establecidas en las leyes, como la hay en este caso, debe cesar toda duda y atenerse a la disposición del Reglamento.

Esta exención se refiere (y no puede referirse a otra) al caso concreto que nos ocupa; es decir, al pago por el hereu al legitimario de su legítima con dinero propio de aquél. Es evidentísimo que era totalmente innecesaria la declaración de que el pago de la legítima con dinero propio y exclusivo de la herencia no devenga impuesto más que en el concepto de herencia; naturalmente; como que no hay otra transmisión en ese caso ni sombra de ella. Sería una redundancia inútil el precepto del Reglamento que constituiría perogrullada, si se nos permite la expresión. A nadie se le ha ocurrido decir: que el pago de la legítima—en derecho común o foral—devengue el Impuesto más que como legítima al ser pagado con bienes de la herencia. Luego la exención se refiere necesariamente al otro caso del dilema enunciado, que

es en el que podrían surgir dudas y en que esta exención tan justa era necesaria y ajustada a derecho.

Supongamos para mayor claridad que hay una herencia en que los bienes patrimoniales importan 100.000 duros y el caudal inventariado comprobado 120.000. Como sucesores hay el hereu y el legitimario: la cuarta parte de la herencia con 30.000 duros, que, divididos por mitad entre los dos herederos, corresponde a cada uno 15.000 duros como legítima; como en este caso existen en la herencia bienes —metálico o efectos— para pagar al legitimario su haber, el hereu elegirá y se liquidará al legitimario su cuota de 15.000 duros por herencia, y nada más que por herencia; pero supongamos que el bien patrimonial que ha de conservar el hereu vale 115.000 duros, y que no queda, por lo tanto, deducido éste, o adjudicado al hereu bienes, metálico o valores, con qué pagar al legitimario su legítima; ha de suplir el hereu los 10 000 duros que faltan para entregárselos al legitimario, y aquél, en cambio, lleva un exceso sobre su haber de 10.000 duros, ya que el que le corresponde es de 105.000 duros, y se le adjudican bienes por valor de 115.000 duros. En este caso, sostenemos que no hay más en realidad que una adjudicación por herencia hecha en la forma que ordena la legislación catalana y la clase de bienes que existen en la herencia, sin que haya en el fondo exceso ninguno de adjudicación, ya que lo adjudicado se ajusta estrictamente al valor de lo inventariado, y al pagar el heredero en metálico, hace uso de la facultad, y aun en realidad cumple con un deber, que le dan o imponen las leyes forales para conservación del patrimonio familiar; y ese pago en esa forma especial está exento expresamente en el Reglamento.

No hay, por lo tanto, transmisión nueva; no hay nuevo acto liquidable; sólo existe una forma de pago de la legítima, autorizada y aun ordenada por la ley Civil—Constituciones de Cataluña—y ratificada por el Reglamento que la exime de estar sujeta al Impuesto expresamente.

## XII

Existe una sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1913 (publicada en 19 de julio siguiente) que decide un caso interesantísimo de gran analogía con el actual.

En escritura de partición de bienes hereditarios se constituyó

una renta o pensión, como autoriza el Código civil, para satisfacer el usufructo viudal del cónyuge supérstite: el liquidador giró una liquidación por usufructo y otra por la constitución de la pensión. El Tribunal declara que no se ajusta a derecho esta doctrina, ya que al constituir la pensión se hace uso del derecho que da el Código civil para pagar el usufructo en tal forma, y ese acto no puede descomponerse, a los efectos del Impuesto, en dos conceptos distintos: uno de usufructo y otro de pensión, ya que se trata de un solo usufructo viudal, pagado en forma de pensión, y no debe satisfacerse el Impuesto por cada uno de esos actos.

Exactamente ocurre en el caso que nos ocupa: la ley Foral autoriza al hereu para que pague al legitimario en cualquier clase de bienes, a su elección, a fin de no desmembrar el patrimonio de las casas principales: luego en esos actos del hereu no hay distintos conceptos liquidables, sino meramente el de herencia, que corresponde al legitimario y que aquél le satisface como representante autorizado de la herencia.

### XIII

Es precepto de interpretación legal que donde la Ley no distingue no se debe ni se puede distinguir: el párrafo 12 del artículo 31 del Reglamento declara que el acto de satisfacer el hereu al legitimario su legítima en cualquier clase de bienes, como estime más conveniente, no devenga Impuesto más que en el concepto de herencia; no establece, por lo tanto, distingo alguno, y alcanza en la exención, que ordena a todos los actos que realice el heredero, y sea cualquiera la clase de bienes con que quiera pagarle. Hay exención expresa, que es preciso respetar, a tenor de la ley de Contabilidad de 1.º de julio de 1911, ya que constituye un derecho del particular, y si esta última Ley dispone que no se declarará exención alguna que no conste en la Ley, a sensu contrario, hay que inferir que debe ser respetada escrupulosamente la que la Ley establece.

Es otra norma de interpretación legal que ha de atenderse para definir el espíritu al que la inspiró y regía cuando se promulgó: las Cortes de Monzón declararon que el fin de la misma era la conservación de las casas principales, y para ello autorizaba al hereu para que pagase la legítima en metálico, en vez de hacerlo en inmuebles; se trataba, pues, de evitar el desmenuzamiento del patrimonio familiar que la

Ley quiere conservar en poder del hereu: si ño hay metálico en la herencia y no se autorizase al hereu para pagar con sus propios bienes la legítima, es evidente, dado el derecho indiscutible del legitimario al cobro, que aquél para efectuarle habría de vender parte del patrimonio familiar, desmenuzar éste, desmigajarle; es decir, todo lo contrario de lo que la Ley se propone: consecuencia necesaria de esto es que la Ley autoriza al heredero a que pague por sí y con sus propios bienes, pues de lo contrario, no se consigue el fin de la Ley, y, por lo tanto, el pago con esos bienes propios es un acto, no sólo lícito del heredero, sino obligatorio conforme al espíritu de la Ley, y es una forma de pago de la legítima autorizada en la propia Ley sustantiva, y como tal acto de pago, se halla exento del Impuesto, a no ser por el concepto de herencia.

#### XIV

Dada la forma de la Consulta, parece que los dos puntos que ésta abarca—determinación en el inventario de haber hereditario de cada partícipe o legitimario, y pago por el hereu al legitimario con dinero propio de aquél—se refieren, o al menos pueden referirse, a momentos distintos y separados por bastante tiempo; es decir, que primero se haya hecho la manifestación de bienes o inventario con determinación en él, numéricamente, del haber del legitimario, y más adelante, en escritura pública o en instancia para liquidación definitiva, se hayan declarado los bienes con que el hereu pague al legitimario; y habiéndose liquidado en el primer momento al legitimario su cuota por herencia, ha surgido la duda de si al presentarse el segundo documento—sea escritura o declaración definitiva—debía girarse otra liquidación por adjudicación en pago o para pago de deudas.

Hemos expuesto en su lugar la distinción de títulos declarativos y títulos traslativos de propiedad: el legitimario tiene el título traslativo del testamento del causante—y en su caso la declaración de herederos—y en definitiva la Ley que le señala la legítima, cuya fijación y transmisión se verifica en el momento de la muerte del causante, al cual han de retrotraerse, tanto según la legislación civil foral o común, como según la fiscal, los efectos de la herencia; no hay, pues, más que una transmisión de la herencia y no hay más que un título traslativo—el testamento o declaración de herederos—. La escritura de partición o la de

adjudicación en pago o la de recibo de cantidad por el legitimario no suponen título distinto de aquél y no pueden producir liquidación alguna distinta de la de herencia.

## XV

Por otra parte, tampoco hay adjudicación en pago o para pago de deudas liquidable aparte de la herencia. Para que existiese una deuda que hubiese de pagarse con bienes de la herencia era preciso que hubiera con anterioridad a la apertura de la misma herencia un crédito en contra del causante y a favor del acreedor que hubiese de ser pagado con bienes de aquél. El legitimario no es un acreedor de la herencia, ni del testador, ni del heredero: su derecho no nace antes de la muerte del testador, sino por un ministerio de la Ley; se defiende en el momento de abrirse la sucesión, o sea, al fallecer el causante: nos remitimos a lo dicho para demostrar el carácter de heredero que tiene en Cataluña el legitimario. No habiendo deuda que satisfacer anterior al fallecimiento del causante y no habiendo acreedor de crédito o deuda, pues el legitimario es co-heredero, mal puede haber un concepto liquidable de adjudicación en pago o para pago de deuda que no existe.

La facultad que tiene el hereu de pagar en una o en otra clase de bienes, a todos los cuales indistintamente tiene derecho el legitimario, no implica un crédito de deuda particular; es sólo una deuda de herencia: la concreción de los bienes que incumbe sólo al hereu no supone que previamente se hayan de adjudicar al heredero los que constituyan la herencia previamente, para que, una vez en su poder, sea metálico o inmuebles, los transmita al legitimario: el hereu al pagar actúa, es cierto, en nombre de la herencia; pero ésta, aunque esté yacente, no supone haya otra persona intermedia, sino sólo y exclusivamente la del testador, del que proceden los bienes. Los bienes van directamente del testador al legitimario, sin transmisión intermedia, sin adjudicación previa al heredero.

La intervención del heredero en el pago de la cuota legitimaria es mera gestión, y no hay adjudicación a él previa ni en comisión para pago de deudas: la adjudicación en metálico—de bienes—al legitimario tampoco determina la adjudicación en pago de su haber hereditario, no constituye el pago de una deuda, sino el pago de la herencia.

Sería tanto como si se sostuviera que al contador particular se le

adjudican los bienes en comisión para que pagase a los herederos el crédito hereditario y se girase una liquidación por el concepto, cosa evidentemente absurda. Ha habido casos en que en el Registro de la Propiedad se exigía inscripción previa al amparo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria a nombre del albacea contador partidor; pero esto ha sido ya rechazado.

Al adjudicarse al hereu bienes que exceden de su haber hereditario hay en apariencia un exceso de adjudicación, y por ello se entiende tácita o implícita una adjudicación de pago o para pago de deuda: pero este exceso sólo es aparente y no real, y además, y sobre todo, está exento por declaración expresa del Reglamento y no hay por qué tenerlo en cuenta.

En efecto en el ejemplo antes citado la herencia es de 120.000 duros y esta cantidad es únicamente la que adquieren el hereu y el adjudicatario-legitimario; por consiguiente, se transmiten todos los bienes de la herencia y se paga por todo, y no hay obligación de pagar por más. Ciertamente es que el hereu adquiere en bienes inmuebles 115.000 duros, y siendo su haber de 105.000 sólo, lleva un exceso de 10.000; pero como ha de abonar de su peculio los 10.000, sufre una disminución de igual cantidad que ha de ser cubierta por aquel exceso y que ha de dar al legitimario; ese abono mutuo es lo que declara exento el Reglamento. No hay, por tanto, deuda ni acreedor de deuda, sino un coheredero de parte alícuota de la herencia, de la que es parte necesaria la legítima; no se adjudica cantidad superior a los bienes inventariados; por ello, la operación del pago en metálico con bienes propios del heredero, por no existir suficientes en la herencia, es sólo forma de participación y una consecuencia necesaria del deber que la Ley impone al hereu de conservar el patrimonio familiar y de la facultad que para tal fin le da de pagar la legítima en metálico a su elección, sin distinguir los bienes ni su procedencia. El Reglamento exime del pago del Impuesto—fuera del concepto de herencia—el acto de satisfacer el hereu al legitimario su legítima en la clase de bienes que él estime conveniente. Y por todo ello no hay posibilidad legal de apreciar la existencia de una deuda anterior de la herencia (que no hay) ni de un acreedor de deuda (que tampoco aparece) ni de un pago que no se realiza en el concepto en que sería preciso se verificara para que pudiera admitir que se da la adjudicación en pago o para pago de deudas de que habla el Reglamento. No hay, pues, tal adjudicación en pago o para pago.

No se olvide que en el Impuesto de derechos reales, según su Reglamento a que nos hemos de atener, es indispensable la existencia de un acto del que se derive la transmisión de bienes liquidables, y qué calificación de tal acto se ha de hacer conforme a la verdadera naturaleza jurídica. En el caso actual esta naturaleza es exclusivamente la herencia y la de pago de haber hereditario y no la deuda anterior al fallecimiento del causante que no hay, ni, por tanto, de adjudicación en pago o para pago de la misma.

Por lo tanto, aunque se adjudique al hereu un exceso de bienes que él ha de entregar al legitimario—exceso que sobrepasa al haber de aquél—, no hay adjudicación en pago o para pago de deudas, sino meramente una operación particional que debe devengar el Impuesto como herencia y nada más.

## XVI

Para completar la materia nos hemos de referir, brevemente al Código civil, aunque la consulta se refiere al Derecho Catalán, ya que el Reglamento alude a aquél y sus preceptos han de tenerse en cuenta como punto de orientación, al menos doctrinal, en el asunto tratado.

Los artículos 1.056 y 1.062 del Código disponen que el padre que quiera conservar indivisa una explotación, puede hacer la partición inter vivos y disponer se pague al heredero o herederos en metálico, no obstante la regla de disposición con igualdad de bienes que indica el 1.061; y que cuando una cosa sea indivisible o desmerezca por su división, se adjudicará a un solo heredero, pagando él mismo en dinero el exceso a sus coherederos que lo lleven de menos: fundado en los artículos el número 14 del artículo 3.º del Reglamento del Impuesto exime del pago que no sea el concepto de herencia los excesos o diferencias que hayan de abonarse unos herederos a otros, conforme al Código, cuando se les haya adjudicado en una finca mayor cantidad que las que les corresponda por su haber hereditario, sin perjuicio, añade, de lo que deban pagar por impuesto sucesorio. Es el mismo caso actual, sin más diferencia que referirse a distinta legislación y territorio; ahí no se habla para nada de adjudicación en pago o para pago de deudas, aunque se menciona expresamente el exceso de adjudicación a determinados herederos; si en un caso igual se exime de todo pago que no sea el de herencia, sería inconcebible que en Cataluña se siguiera otro concepto. Nó-



tese lo mismo que antes; se trata de pago hecho con dinero extraño a la herencia; es decir, del que unos herederos se dan a otros para el pago de exceso de adjudicación, pero suyo solamente; lo demás sería una operación particional que no requería exención expresa.

## XVII

En resumen, la opinión de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, en cuanto a los dos puntos consultados, es la siguiente:

1.º La determinación numérica en el inventario o manifestación de bienes del haber hereditario correspondiente al legitimario, no da origen a otra liquidación que la que corresponde por herencia.

2.º El pago de la legítima por el hereu al legitimario, en Cataluña, con dinero propio de aquél, es una forma de pago de tal legítima autorizada por las Constituciones Catalanas de Monzón, y no puede entenderse que entrañe adjudicación previa al hereu al efecto de que éste pague al legitimario.

3.º De todas suertes, tal abono de la legítima está exento de todo devengo de Impuesto de derechos reales, salvo el de herencia del testador o causante al legitimario directamente, por precepto expreso y terminante del número 12 del artículo 31 del Reglamento (que contienen una verdadera exención), aunque se halle fuera del lugar apropiado; este lugar debió ser el artículo 3.º en que se contienen y enumeran las mismas.

4.º El pago en metálico con dinero propio de la herencia es un acto particional que hacía totalmente innecesaria la declaración de exención contenida en el referido número 12 o párrafo 12 del artículo 31, toda vez que tal acto sólo constituye el pago del haber hereditario de heredero, al incluir el Reglamento la exención expresa aludida es evidente e innegable que se refiere sólo y exclusivamente al caso de que el todo o parte de la legítima se abonen con dinero extraño a la herencia; es decir, del hereu.

5.º Los dos puntos parecen referirse a momentos distintos: hecha la declaración de bienes y manifestación del haber numérico del legitimario, si entonces éste pagó el impuesto que le corresponde por el mismo, no procede abonar nuevo impuesto por tal concepto al otorgarse la escritura de partición de herencia o la de recibo o carta de pago de la legítima al legitimario por el hereu, ya que no hay más que un solo pago por herencia.

6.º No hay base para liquidar adjudicación en pago o para pago de deuda, ya que no hay deuda anterior al fallecimiento del causante y sólo se trata del pago del haber hereditario del legitimario que tiene carácter de co-heredero.

Madrid, 1.º de abril de 1941.

GABRIEL MAÑUECO,

Abogado del Estado.

## VOTO DEL CENSOR

Estudiada con toda atención la Ponencia que precede, y sin perjuicio de aceptar las conclusiones prácticas a que llega, el Censor entiende que no procede tomar partido de un modo tan radical en la polémica sostenida por los romanistas y los jurisconsultos catalanes sobre la naturaleza de la legítima, por las siguientes razones que encuentra en el Derecho romano, en el Derecho catalán, en el Derecho alemán moderno y en el novísimo Derecho italiano.

1.º *Derecho romano*.—Las radicales transformaciones que ha sufrido la llamada sucesión hereditaria forzosa, desde el ordenamiento formal del antiguo Derecho civil o del Derecho pretorio, a las legítimas del Tribunal de los Centumviro y a la Novela 115, encierran problemas demasiado trascendentales para que puedan ser tratados en una consulta de términos perentorios. Basta indicar que autores como Müllenbruch, Ardens, Schröder y Windscheid, se resisten a llamar *hereditatis petitio* a la acción de complemento, advirtiendo el último (Pand. 584, nota 2.ª) que la obligación de completar grava la herencia como una deuda, y sosteniendo que hay una amalgama de la *hereditatis petitio* con la *querela inofficiosi testamenti* cuando se ejercita ésta contra el heredero instituido; pero no una *petitio* cualificada según quería Glück. Y en cuanto a la acción *familiæ erciscundæ* que se concede al legitimario instituido heredero, no compete al que en vida ha recibido o tiene señalada en testamento la legítima sin concretar cosa ni cantidad. Y esto por no hablar de la copiosa literatura sobre los sistemas de nulidad o inoficiosidad con que se trata de explicar las frases empleadas en la Novela 115 (V. Röm. Recht de Jörs. Berlín, 1927, párrafo 198).

2.º *Derecho catalán*.—Por valiosos que sean los argumentos empleados en la anterior Ponencia, no pueden hacernos olvidar que frente a Broca y Amell, Corbella, Maluquer, Almeda, Fontova, Pella, Galin-

do y Escorma, y Barrachina, que se inclinan a la *pars hereditatis* o al condominio, figuran Cànser, Durán y Bas, Cadafalch, Falguera, Agulló y Sagner, más partidarios de la *pars bonorum*, y que Fontanella, entre los antiguos y Borrell entre los modernos, no dan la cuestión por resuelta. Si la citada Constitución 1.<sup>a</sup> califica a la legítima de *parte de herencia*, la 2.<sup>a</sup> parece inclinarse a *parte de bienes* (en el sentido de valor patrimonial), sin que la primera expresión quiera atribuir rigurosamente al legitimario la condición de heredero, ni la segunda la de condómino. Contra la opinión defendida por el Ponente, se alega que se puede dejar la legítima por legado; que se puede dar una sola cosa en pago, o metálico del *hereu*; que la facultad de promover el juicio de testamentaria (concedida por el núm. 3 del art. 1.038 de la Ley de Enjuiciamiento civil a cualquiera de los legatarios de parte alícuota) ha sido regateada al legitimario, como "contraria al espíritu de la legislación catalana en materia de sucesiones"; que en los Registros de la Propiedad no se inscribe el inventario formado por el *hereu*, a modo de derecho sucesorio o bajo la forma de propiedad *pro-indiviso*, ni los legitimarios pueden oponerse en todo momento a que aquél enajene; que nadie se atreve a sostener que el legitimario no-heredero, responda como si lo fuera en verdad, de las deudas y cargas hereditarias; que si el valor de la legítima ha de fijarse con relación al momento de la muerte del testador, no se comprende por qué el legitimario (que se equipara al heredero) deja de sufrir las alternativas de valor sufridas por los bienes hereditarios.

No vamos a discutir aquí los efectos que la mención, hecha con más o menos precisión y claridad en las inscripciones a favor del *hereu*, produzca, frente a los adquirentes, en beneficio del legitimario. Sólo queremos poner de relieve que todavía no ha cristalizado en conceptos técnicos la discusión catalana sobre la *condició jurídica* del legitimari, y no anda descaminado D. Antonio M. Borrell cuando admite, como lógica solución, la de considerar al legitimario como *hereu* cuando le instituye el testador con este carácter o le llama la *Ley ab-intestato*, como *legatari* cuando el testador le hace una manda en pago de su legítima, como *legatari parciari* cuando le deja la legítima, sin fijar la cuantía, o le nombra en el testamento, sin llamarlo heredero o legatario, y, en fin, como *creditor legal* cuando puede pedir el suplemento. La obligación estricta del *hereu* es pagarle en metálico, puesto que el pagar en cosas hereditarias es puramente facultativo.

3.º *Derecho alemán.*—Y no se crea que estamos discutiendo si la luz del Tabor fué creada o increada, porque en los modernos Códigos de los pueblos que han de inspirar a la legislación española, se encuentra el problema planteado en los mismos términos en que lo plantean los jurisconsultos catalanes. Así, por ejemplo: la *portio debita* (Pflichtteil) regulada por los artículos 2.302 y siguientes del B. G. B. es un derecho de crédito para obtener el pago de la mitad del valor de la cuota que correspondería a una persona en la herencia intestada (Staudinger, V-728-auf. 7/8). No es un derecho a parte hereditaria ni un derecho formal de sucesión forzosa. Hay quien lo reputa derecho potestativo de reclamar el valor de la cuota (Levis). Se conviene en que tiene preferencia sobre los legados y cargas testamentarias, aunque se le aplican muchos de los preceptos relativos a estas disposiciones. No hay conformidad en designar a la legítima "un legado *ex lege*" (Schiffner), porque tiene características notables. Para Siber (Erbrecht, 1928, pág. 76) la legítima ordinaria es, antes de la muerte, una expectativa de adquirir un *minimum mortis-cause*, sustraído a la voluntad del que dispone de sus bienes, aunque no sea bajo la forma de sucesión hereditaria. Después de abierta la sucesión, es un crédito, cuyo ejercicio corresponde al excluido. La obligación hereditaria (*Nachlassverbindlichkeit*) se hace efectiva contra los instituidos o contra el heredero ab-intestato, sin que el testador puede imponer el gravamen de la misma a uno solo de los herederos. Los Tribunales, en algunas ocasiones, asimilan la legítima al legado (V. Leonhard en el "Anuario de Ihering", 68, pág. 310). Juristas de la altura de Herzfelder, Kipp y Oertmann sostienen que es necesario interpretar las cláusulas en que se deja la legítima. Otros añaden que, caso de duda, no hay legado, sino la mera determinación de que no se debe más que la cuota forzosa.

En fin, con uno de los más notables conocedores de la materia (Strohal), se afirma que nunca es legado, porque si bien el art. 2.304 B. G. B. declara que "en caso de duda la atribución de legítima no lleva consigo la institución de heredero", tampoco ordena que se la considere legado, cosa que hubiera podido hacer el legislador si lo creyera procedente. Por otra parte, el que *deja la legítima*, no otorga nada, porque la Ley ya la garantiza. Para terminar estas indicaciones, haré constar que el 10 de octubre de 1911, el R. G. ha declarado sujeta al impuesto de transmisiones la legítima, por el hecho de abrirse la sucesión, aunque después no se cobre, porque desde aquel momento que-

da definitivamente adquirido el derecho del legitimario (Henschel en "Deut-Jur-Zeit", combate esta decisión. 1912, pág. 393).

4.º *Derecho italiano*.—La noción de legitimarios en el Libro II del nuevo *Codice civile*, queda fijada en el art. 82 (enlazado con los artículos 809 y 820 del derogado) con fórmula precisa: "Las personas a cuyo favor la Ley reserva una cuota hereditaria u otros derechos en la sucesión, son los hijos legítimos, los ascendientes legítimos, los hijos naturales y el cónyuge."

"La comisión, dice Grandi (*Relazione*), que ha aprobado la colocación de este capítulo en la parte general, puesto que sus disposiciones se aplican también a los supuestos de sucesión *ab-intestato*, ha propuesto que en todo caso, se consideren los derechos de legítima como cuotas de herencia. No he seguido la sugestión, porque sería incongruente y contrario a los principios considerar sucesor universal al titular de un derecho de usufructo, cual es el cónyuge supérstite. Más bien he creído oportuno modificar el título de la Sección, no hablando, como lo hacía el proyecto, de "cuota debida a los legitimarios". Para satisfacer los del cónyuge viudo, el art. 93 reproduce el antiguo 819, cuya traducción es el art. 836 de nuestro Código civil.

El art. 96, recogiendo la mal llamada *cautela Socini*, prescribe que cuando el testador dispone de un usufructo o de una renta vitalicia cuyo rendimiento excede al de la porción disponible, los legitimarios a los que haya sido asignada la nuda propiedad de la disponible o de parte de ella, tienen la opción de aceptar tal disposición o de abandonar la nuda propiedad de la porción disponible. En el segundo caso, el legatario, aceptando la disponible abandonada, no adquiere la cualidad de heredero. La misma opción corresponde a los legitimarios cuando el testador ha dispuesto de la nuda propiedad de una parte que exceda de la disponible. Si son varios los legitimarios, es necesario el acuerdo de todos para que pueda ejecutarse la disposición testamentaria. Las mismas reglas se aplican si la disposición de usufructo, de herencia o de nuda propiedad ha sido hecha por donación.

El artículo 97 permite que el legatario a quien se ha dejado un legado en sustitución de la legítima, renuncie al legado y pida la legítima; pero si acepta el legado, pierde el derecho a pedir el suplemento y no adquiere la cualidad de heredero. En la misma *Relazione Grandi* pueden apreciarse los extraordinarios esfuerzos mentales que han sido necesarios para llegar a la redacción del art. 98 sobre donaciones y le-

gados a cuenta de la legítima: "El legitimario que renuncia a la herencia, cuando no ha lugar a la representación, puede retener sobre la porción disponible, las donaciones o conseguir los legados que se le hayan hecho sin expresa dispensa de la imputación. Sin embargo, si para integrar la legítima expectante a los herederos es necesario reducir las disposiciones testamentarias o las donaciones, quedan a salvo las asignaciones hechas por el testador sobre la disponible que no estarían sujetas a reducción si el legitimario aceptase la herencia y se reducen las donaciones y legados hechos a este último.

En fin, la integración de la cuota debida a los legitimarios se apoya en una acción de reducción que reproduce en parte la *actio ad supplemendam legitiman* y la *querela inofficiosi testamenti*.

En resumen, el Censor entiende que ni los actuales estudios de Derecho romano, ni la consideración que el *hereu* merece en el Derecho catalán, ni la organización de la familia y de la propiedad rural en aquella región, ni los argumentos *clásicos* o modernos ni la tendencia de la legislación novísima a evitar la pulverización del suelo, el endeudamiento de la tierra y el abandono de los campos, nos permiten identificar al legitimario con el heredero, y que la solución propuesta por el Ponente debe ser aceptada *cum grano salis* y sobre todo, desde el punto de vista fiscal y de exacción del impuesto.

Madrid, 8 abril 1941.—A. W. G.

\* \* \*

Y el Comité de Consultas de REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO ha acordado aprobar las conclusiones de la Ponencia, con las observaciones hechas por el Censor.

Madrid, 10 de abril de 1941.—J. G.

## HACIENDA PUBLICA FUNDAMENTAL

# Nueva teoría de los impuestos

INDICE: Prolegómenos.—Postulados del Impuesto.—Desenvolvimiento de los postulados del Impuesto.—Ejemplos explicativos de los anteriores teoremas.—Perfección económica de los Impuestos.—Impuestos radical o absolutamente imperfectos. Fin de los Impuestos.—Fuentes de imposición.—Renta de monopolios.—Empréstitos, deudas públicas y presupuestos.—La moneda como servicio y como deuda del Estado.—Finanzas.—Corolarios.—Conclusión.

### PRESENTACION

Noticia de las cosas divinas y de las humanas a un tiempo, decía Ulpiano que era la Jurisprudencia; y, en efecto, tal sentir ha hecho profunda mella en el distinguido Presidente de la Audiencia de Oviedo, D. Adolfo García González, cuya inquietud espiritual le lleva a penetrar en los más variados y difíciles temas jurídicos y económicos, teniendo siempre como norte el hallar la fórmula realizadora de la Justicia. Aborda unas veces el examen de problemas constitucionales: atiende otras a los temas de organización judicial y administrativa; contempla los delicados aspectos psicológicos de la "justicia intuitiva" y la "justicia científica", o penetra en el enmarañado campo de la Economía, cuyo cultivo, como decía Keynes en su magistral biografía de Alfredo Marshall, requiere infrecuente combinación de cualidades y talentos pocas veces reunidos.

Las páginas que ahora se ofrecen al lector muestran una modalidad mental de D. Adolfo García, no reciente, porque ya hace no pocos años que se dedica a desentrañar cuestiones económicas, pero sí más progresiva: siempre le preocupó el modo de lograr una más acertada distribución de las posibilidades económicas, con especial referencia a la riqueza territorial, y durante algún tiempo concentró su mirada en el estudio de los fenómenos debidos a la existencia de la renta

diferencial. Pero ahora avanza más aún, y se propone la difícil cuestión de cómo puede actuar el mecanismo de la Hacienda para detraer en las cosas los valores producidos por la carestía y hacer más accesibles utilidades artificialmente realizadas por factores distintos del trabajo y el capital.

Difícil es trazar, en el brevísimo espacio disponible, el cuadro ideológico de este trabajo, y hemos de limitarnos a exhortar muy encarecidamente que se mediten las tesis del Sr. García González, sin olvidar aquel sabio consejo de Balmes en pro de un previo acuerdo o esclarecimiento respecto del sentido en que se emplean las palabras. Así, para el Sr. García González, Hacienda pública no es lo que generalmente se entiende como tal, ni lo que muy realística y poco elevadamente define nuestra Ley de Contabilidad, sino una Economía-Poder.

A juicio del Sr. García González, una misión fundamental de la Hacienda es actuar como correctora de la formación de valores, por medio de los impuestos, a fin de evitar que sean motivo y acicate de transacción y lucro los valores debidos a la escasez. Claro es que esas apreciaciones diferenciales no se dan únicamente en las economías abiertas como un lector poco reposado creería que estima el Sr. García González; seguramente sabe éste que incluso sin llegar a Economías de cambio puede surgir la escasez y la estimación discrepante que imprima orientación distinta a la actividad del sujeto económico individual. Pero el autor se preocupa de las circunstancias actuales, no de hechos y realidades hace siglos superadas, y enfoca las consecuencias que hoy se ofrecen al pensador.

Juzga el Sr. García González—y en ello coincide con modernas tendencias que a su vez hallan su antecedente en los escritores de nuestro Siglo de Oro—que el impuesto, la herramienta económica más cabal, no tiene una función puramente crematística, fiscal; es decir, no va tan sólo a obtener ingresos con que el Estado atienda a sus gastos, sino que ha de cooperar a la efectividad desvalorizadora del valor venal de las cosas en cuanto éste dependa de la escasez. Y por ello, al clasificar los impuestos en perfectos, menos perfectos y absolutamente imperfectos, no establece esas categorías de modo absoluto, sino mirando a la eficacia que tengan para el logro de la finalidad antedicha, guardado el miramiento debido a lo que conceptúa el Sr. García González merecedor de incondicional respeto.

No llega el Sr. García González a ver en la Hacienda una expresión



de la Economía suprema que abarque y haga siervas suyas a las individuales, sacrificando a éstas en cuanto puedan entorpecer el robustecimiento de aquélla (como el estudio de Andreae, Bausteine zu einer universalistischen Steuerlehre); pero se halla a enorme distancia de aquella infecunda posición abstencionista que se postulaba del Estado en el siglo XIX, y cuyos resultados deseducadores han sido enormes. Pero tal actitud ideológica requiere un tino singularísimo, pues todo error de dirección se centuplica cuando conjuga con inapelable uso de la potestad pública y demanda acuciosísimo aquilataamiento de los medios que se patrocinen. Así, cuando el Sr. García González se pronuncia por la licitación para que el Estado adjudique la posesión de inmuebles a quien ofrezca satisfacer contribución más cuantiosa, llega uno a temer si estas pujas, en que los más fuertes capitalistas se hallarán mejor equipados, no vendrán a traducirse en medios de exclusión de los más modestos en punto al disfrute de la tierra, y con ello el Estado en cómplice de mayores acritudes sociales. No será tampoco ocioso recordar que el difícil problema del impacto final en los impuestos hace más complejo el examen de sus efectos y que estamos muy lejos de dar con una organización tan perfecta de los precios que excluya incidencias finales contrarias a los designios del legislador.

Comprendemos la impaciencia de nuestros lectores por conocer este nuevo y jugoso fruto de la actividad del insigne Sr. García González. Reciba nuestro parabién, y ojalá aumenten los cultivadores de estas materias, al parecer áridas, pero impregnadas de ese encantador idealismo de todas las empresas en busca del Santo Grial de la Justicia social.

Pfo BALLESTEROS Y ALAVA.

Magistrado del Tribunal Supremo.

## PROLEGOMENOS

Los prolegómenos del presente trabajo se refieren a todas las doctrinas de Economía Política Fundamental desenvueltas hacia fines del año último, en folletones del periódico *El Comercio*, de Gijón, al explicar la "Nueva teoría de los valores". A esa publicación, relativamente reciente, que llegó a conocimiento de casi todos los economistas, y que está en poder de las Bibliotecas oficiales, incluso de la Nacional y del Registro de la Propiedad Intelectual, tengo que remitir al lector para

que le sirvan de preliminar a la "Teoría de los Impuestos", porque las doctrinas que aquí vamos a establecer corresponden a la concreción práctica de aquellas lucubraciones, en un pragmatismo que ha de tener su completa realización cuando establezcamos la nueva técnica del Derecho Trascendental Inmobiliario. Es decir, hemos desenvuelto la primera parte de nuestro programa referente a Economía Fundamental; estamos ahora en la segunda, que atañe a la Hacienda Pública; y más adelante realizaré lo atinente a la tercera etapa, o Derecho Inmobiliario, que llamo trascendental porque prácticamente ha de variar la Economía aplicada y facilitar la Hacienda del Estado.

Ante la imposibilidad, por lo extensas, de hacer una recensión de las investigaciones económicas ya expuestas y que nos van a servir aquí de fundamento, solamente diré que la Nueva Teoría del Valor estudia la causa etiológica y la naturaleza del mismo, y, después, la relación entre el "valor en cambio" y el trabajo. La naturaleza del "valor en cambio" es la de un dolor social, exponente de un mal económico, cual es la escasez, que aqueja a los hombres en sociedad. La escasez es el morbo que produce todos los males físicos y sociales, y que al acentuarse hasta llegar a la miseria, da lugar a la muerte económica, equivalente a la física del cuerpo y moral del alma. Ese dolor es la sanción y defensa natural contra la negligencia de producción, y constituye un bien de relatividad para el previsor que ahorró "bienes" o útiles con que atender a sus futuras necesidades, porque, además de esto, tendrá la posibilidad de cambiarlos por otras cosas o servicios escasos. Pero esa posibilidad que le da la posesión de la cosa cambial, valor que es un "bien" para él, constituye un dolor para todos los demás, quienes han de buscar en la medicina del trabajo el remedio de su escasez.

Hemos apuntado la relación que existe entre el valor cambial y el trabajo: que por ser de naturaleza contrapuesta, pues uno es dolor y otro constituye medicina, el trabajo es lo que remedia la escasez. Esto nos llevó a establecer una nueva Ley económica fundamental: la Ley natural de la desvalorización del "valor de escasez", que ha de dar un nuevo sentido científico a toda la cuestión de impuestos y presupuestaria. Ha de servir para clasificar los impuestos, para establecer sus postulados, y, como finalidad fundamental de la exacción, para analizar los monopolios y la cuestión de la moneda de la Hacienda Pública y demás problemas que vamos a sintetizar a continuación.

El "valor en cambio" no nace del trabajo ni representa al trabajo,

sino que su origen etiológico hay que buscarlo exclusivamente en la escasez económica. Llamamos escasez económica a la que resulta en sociedad, después de conjugados los deseos humanos con la limitación ontológica o existencia natural de algunas cosas. Estos dos factores, del deseo humano y de la limitación de las cosas, nos puede acarrear la escasez económica, y, según dijimos, ésta se manifiesta por el "valor en cambio". De suerte que a este valor lo podríamos llamar "valor de escasez", si atendemos a su origen, o "valor cambial, venal o convencional", si nos inspiramos en sus efectos para denominarlo. De todas formas, este valor constituye siempre una situación accidental, una circunstancia en que se encuentra un "bien", utilidad o valor en uso, a la manera como la enfermedad es lo anormal en el hombre; y la enfermedad física, así como la ignorancia o el error, en lo moral, se combaten por el esfuerzo del trabajo. Pero resultará que "el valor en uso" o utilidad de un bien o útil económico, será lo sustantivo, lo intrínseco de la cosa, por tener aptitud en mayor o menor grado para satisfacer una necesidad o un deseo, mientras que el "valor de escasez" es una circunstancia algo intrínseca al objeto.

El "precio" no es más que el valor determinado en un espacio o tiempo dado, según lo que se acusa por los medios de cambiar. En la Economía Fundamental de los folletones, lo explicamos con el ejemplo del enfermero que toma, mediante el termómetro, el análisis o el aparato, la temperatura, composición o presión arterial, como se hace con la oferta y demanda respecto al valor en el cambio, la subasta o la feria.

Por la limitación de espacio que sufren hoy las Revistas, es preciso que vayamos de prisa. Después de esta referencia a la Teoría Fundamental del Valor, cuya naturaleza no se explicaba con decir que la escasez es la madre del valor, diré que forzosamente hemos de variar el concepto de riqueza, pues ya no puede ser para nosotros riqueza absoluta la de mera relatividad. Esta, la del valor de escasez, repetimos que es un bien relativamente a su poseedor; pero que siendo un dolor social, no es la riqueza de la sociedad, lo que allí explicamos con aquel ejemplo de las fuentes abundantísimas de agua cristalina y pura, o con la escasez de estos manantiales, que valorizaría el agua, y, por ende, añadirían un sumando a la riqueza nacional, según la antigua Economía. Por esto, para nosotros la Economía Política abarca todos los "bienes", como objeto de relación y es una ciencia filosófica del Derecho que establece principios para regular la conducta del hombre respecto a los demás

en la sociedad. No es la economía aplicada, así como la Filosofía del Derecho penal, no es establecimiento penal, ni la actuación de los Tribunales, ni siquiera el mismo Código Penal, sino la especulación de aquellos principios fundamentales científicos, que nos sirven para llegar con acierto al arte de aplicación.

Establecida una nueva teoría del valor, un nuevo concepto del "valor venal" y sentada la teoría de la desvalorización, se revisó el concepto de la riqueza y consiguientemente se revisa el del capital. Para nosotros no puede haber más que dos factores en todo fenómeno, y, por tanto, los factores de la producción son trabajo y tierra, tomada ésta en el sentido más amplio de fuerza y materia. El capital es la acumulación de "valores en uso" o útiles económicos en los que por haber sobrevenido valor cambial, por efecto de la escasez económica, son atesorados por el hombre para subvenir a sus necesidades o simples deseos. Lo que necesita el productor es el "valor en uso" de esas cosas atesoradas. El "valor venal" le estorba, le dificulta la producción de nuevas formas de útiles. Su función terminó con la de servir de acicate para la producción.

El trabajo lo hemos estudiado en Economía Fundamental, y rechazamos que el trabajo humano sea puramente físico; el esfuerzo físico ha de entrar en cuanto sea indispensable para dar realidad a una idea; pero desde ese módulo ya no es esencialmente humano. Podrá ser un trabajo humano de relatividad, que el hombre tire de una noria o eleve bloques de piedra a un edificio, porque el verdadero trabajo humano, el de la ciencia y el del arte, no han excusado la necesidad para un espacio o tiempo dado. Por esto, el fundamento de la propiedad no está en el trabajo, sino en la responsabilidad. La propiedad es una forma de la responsabilidad y el trabajo no es el título, sino uno de los tres modos de adquirir la propiedad, o sea, además del originario de la ocupación y del derivativo de la tradición. La doctrina marxista ha errado en esta idea inicial, y, consiguientemente, es falso todo su sistema económico.

Resumiendo lo expuesto, para aplicarlo al presente trabajo, diremos que si el "valor venal o convencional" ("Valor en cambio" por su efecto y de escasez por su origen), es, como tenemos demostrado, dolor social, nuncio del mal económico de la escasez, así como su exponente el "precio" es la efectividad de esa defensa orgánica, resultará que real y verdaderamente el "valor de escasez" constituye una defensa contra

el mal de la misma escasez y previene contra la miseria, que es la muerte económica. Con la especulación de esos conceptos, habremos revisado y establecido las bases de una "Nueva Economía Fundamental". Consiguientemente, hay que revisar también los fundamentos de la Hacienda Pública, así como la misión de la Administración. En cuanto a la función peculiar del Estado, es necesario reafirmarla en su fin exclusivo de Derecho, diferenciada de la gestión administrativa municipal, provincial o central, revisables en procedimiento contencioso-administrativo por la Justicia del órgano correspondiente de los Tribunales del Estado.

Explanada la naturaleza de los distintos valores, del "valor en uso" y del "valor de escasez", como iniciación a la Economía Fundamental, se establecen allí los principios de la libertad moral y de la igualdad jurídica, explicando cómo se hacen efectivos con la libertad del tiempo y la igualdad del espacio, o sea, la libertad de la actividad económica humana y el "derecho igual" a la tierra, entendiendo por ésta todo "espacio vital económico".

Pero lo que más concretamente afecta a la "Teoría de los Impuestos" es la Ley económica de desvalorización venal o convencional, o desgravadora del "valor de escasez". Recordamos también que el "espacio vital económico" es por naturaleza un "derecho igual", derecho que se desconoce con el monopolio de la tierra, así como la libertad del tiempo y esa igualdad de espacio se cercenan o menoscaban con los impuestos antieconómicos.

He de terminar esta referencia a los prolegómenos con lo que, en Economía Fundamental, más directamente atañe a la Teoría de los Impuestos: son los postulados del impuesto y las leyes que rigen la mercancía. Respecto a lo primero, formulamos los tres postulados siguientes: 1.º, la propiedad particular es sagrada; 2.º, hay que reconocer el derecho igual a los dones de la naturaleza y oportunidades sociales; 3.º, es necesario establecer la desvalorización del valor de escasez, y el mayor grado de valor en uso para la aptitud de los bienes naturales. Añadíamos, explicando aquel primer postulado: la propiedad particular es sagrada, o el derecho de propiedad particular, privado o civil, como se le quiera llamar, es sagrado, que este axioma arranca de una manera natural del dogma de la Libertad moral que, en Derecho, es como el polo positivo de la vida y presupone la libertad del tiempo para el trabajo, garantizando los antedichos tiempo y libertad.

El segundo dogma, el derecho igual a los dones de la Naturaleza

y oportunidades sociales, nace del principio político de igualdad jurídica, que es el polo negativo, el que frena la exclusividad del primero e impide que las cosas fundamentales para la vida de todos los hombres puedan ser apropiadas civil, particular o privadamente por algunos, de una manera distinta a un uso temporal, y estas cosas son los espacios, en sus distintas formas.

Y por último, el principio de la desvalorización del valor cambial, y el mejor grado de valor en uso para la aptitud de los bienes naturales, nos hará percibir la armonía de los otros dos postulados al exponer el Derecho Trascendental Inmobiliario.

Respecto a las condiciones de los bienes, para que se puedan constituir jurídicamente en mercancías, establecíamos estas tres leyes:

1.<sup>a</sup> La reproducción. La mercancía, que no es sino la "propiedad objetiva" en general función del cambio, ha de ser reproducible por el trabajo.

Siendo esos bienes reproducibles, no puede haber monopolio del vendedor. Además, el comprador no sobrepasará el costo de producción en el precio.

2.<sup>a</sup> La sustitución, o sea que si no es reproducible, sea sustituible como bien en uso.

En efecto, si la exigencia del vendedor es desmesurada, se acude a esta Ley de la sustitución. Por ejemplo: el café se sustituye por malte; el teatro caro, por el cine, etc.; y así una cosa útil por otra, con más o menos aptitud para satisfacer la necesidad o el deseo.

3.<sup>a</sup> La excusa.

En efecto, si el cine resulta caro, se sustituye por el paseo o por otro "bien" libre y que satisfaga la necesidad vital.

Por tanto, lo que no es reproducible, ni sustituible, ni excusable, no es mercancía libre, o sea de competencia libre.

Termino, porque no es posible resumir toda la doctrina que sería necesaria para establecer estos preliminares, por lo que la doy por conocida o me remito a los folletos aludidos.

ADOLFO GARCÍA GONZÁLEZ

(De la carrera Judicial )

## Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 1941.—*Artículo 76 de la Ley de Enjuiciamiento civil.*

Si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha declarado con gran reiteración que no están comprendidas en el ámbito prohibitivo del artículo 76 de la Ley de Enjuiciamiento civil las competencias promovidas en tiempo hábil, aunque el oficio inhibitorio llegue al Juzgado requerido cuando ya sea firme la resolución que haya dictado, es indudable que esta doctrina, fundada en que no puede hacerse responsable al demandado de los retrasos que la tramitación de la competencia sufra, cae por su base cuando esas circunstancias no concurren y cuando la culpa de la demora es exclusivamente imputable al mismo; supuesto esto, no puede alcanzar el beneficio de referencia al interesado que por su negligencia da lugar a que se haga firme la sentencia, según ya tuvo ocasión de reconocer y proclamar esta Sala en sentencia de 7 de septiembre de 1927.

SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1941.—*Incompetencia de la jurisdicción.*

El Ayuntamiento de Madrid, ajustándose al texto reformado del artículo 784 de sus Ordenanzas, denegó la licencia de apertura de tienda en una casa edificada antes de la reforma del citado precepto. El propietario de la casa alega, por lo tanto, en el juicio de mayor cuantía que ha promovido, y en el que impugna la aplicación retroactiva de la mentada disposición, derechos de carácter administrativo, que estima lesionados por un acuerdo municipal, cuestión ajena a la competencia de la jurisdicción ordinaria.

SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1940.—*Congruencia.*

La demandante, apoyándose sobre la incapacidad de su marido, hace valer la nulidad de un préstamo hipotecario otorgado por el demandado, y pide la cancelación de la hipoteca y la devolución de la finca. La sentencia recurrida estima la demanda, pero declara la obligación de la demandante de devolver al demandado el total importe del capital prestado e intereses legales desde la fecha de entrega, suspendiendo la cancelación acordada hasta que la parte actora cumpla lo acordado en cuanto a la devolución de capital e intereses o afiance a satisfacción bastante su entrega. El recurso de casación afirma incongruencia de la sentencia con la demanda. El Tribunal Supremo cita en su primer considerando toda la jurisprudencia referente a este problema, tan debatido (Sentencias 11-II-1920; 25-II-1895; 7-I-1920; 22-XI-1927; 14-V-1920; 11-III-1887; 7-XI-1914). Ahora bien: la declaración de nulidad de un contrato lleva consigo como consecuencia natural y lógica la necesidad de que todas las cosas objeto del mismo vuelvan a tornarse al estado que tenían antes de celebrarse, pues ninguno de los contratantes dejó de ser dueño de las que respectivamente les correspondían (véase sentencia 28-V-1914). Por lo tanto, se trata de una consecuencia obligada de la declaración de nulidad, solicitada por la actora, que hay que considerar solicitada por ella misma implícitamente al pedir la declaración de nulidad, y es un precepto imperativo para el Tribunal al acceder a la nulidad. Tampoco peca de incongruencia la suspensión y el condicionamiento de la cancelación de la hipoteca, y eso por tres razones: la primera, porque pedida la cancelación por el propio actor, ha podido el Tribunal acceder a ella con esa condición, o sea concediendo menos de lo pedido; segunda, por no haberse citado en el recurso qué infracción de Ley se ha cometido al proceder así, y tercera, porque por las razones mismas ya citadas del primer considerando, estaba obligado el Tribunal de instancia a tomar las precauciones necesarias para evitar que, pasando la finca hipotecada a poder de la actora con las cargas canceladas antes de devolver el precio al contratante, pudiera éste quedar burlado en sus derechos. Por el contrario, no procedió la Sala con igual acierto al declarar que la parte actora viene obligada, en los términos absolutos que expresa, a reembolsar al demandado los *pagos justificados* que en cumplimiento y consecuencia de los mencionados contratos haya verificado, pues esa declaración en términos tan amplios,



sin establecer las especificaciones precisas para que pueda deducirse si deben conceptuarse como parte del precio por ser gastos necesarios para la conservación del inmueble hipotecado en buen estado en el dominio de la actora, en atención a las cargas reales a que estaba afecto, reviste en realidad la concesión de una indemnización de daños y perjuicios que no puede conceptuarse comprendida en las consecuencias obligadas de la declaración de nulidad, según tiene sentado esta Sala, entre otras, en su sentencia de 28 de mayo de 1914; y siendo esto así, y no habiendo sido solicitado su abono por el demandado en forma alguna ni probado su realidad, al concederla la Sala sentenciadora ha quebrantado la congruencia.

SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1941 —*Donación con condición resolutoria.*

Por escritura pública hicieron los demandantes a los demandados una donación remuneratoria y modal inter vivos, en cuanto los donantes y demandantes expresaron hacerla en consideración a los servicios que les prestaba el donatario y su hijo, imponiendo a éste determinadas prestaciones. Finalmente, hicieron depender los contratantes la subsistencia y el fin del contrato, de que no se produjera el acontecimiento futuro, posible e incierto, de que ocurriesen desavenencias que determinaran la separación de donantes y donatario. Acaecida esta separación, reclaman los donantes la devolución de los bienes donados. La Audiencia de Pamplona desestimó la demanda. El recurso de casación no tuvo éxito. Las fundamentales apreciaciones del Tribunal de instancia, cuya certeza no ha sido impugnada por el recurrente del modo que autoriza el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, dejan fijados como hechos esenciales para el presente recurso, que las desavenencias y consiguiente separación, que al producirse habían de resolver la donación, haciendo revertir los bienes donados a los donantes, ni se produjeron casualmente, ni fueron producidos por la demandada, sino por los propios actores, que les alegan. Sentado lo cual, se ha de reconocer que procedió con acierto la Sala sentenciadora de instancia, al desestimar las pretensiones formuladas en la demanda, porque, además de ser doctrina sancionada reiteradamente por la jurisprudencia, que no puede accionar amparándose en el incumplimiento de una obligación quien haya impedido que la mis-

ma se cumpla, si conforme al art. 1.119 del Código civil ha de tenerse por cumplida la condición cuando el obligado impida su cumplimiento, de igual suerte se habrá de tener por no acontecido el hecho, puesto como condición resolutoria, cuando el deudor, para el que no fuese aquélla potestativa, la provoca o produce injustificadamente de manera que de no hacerlo así no se habría verificado.

SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1941.—*Sentencia firme; interpretación de contratos; Derecho material.*

La súplica de la demanda pidió las siguientes tres declaraciones: 1.ª) Que el demandante es el sucesor en los bienes que la doña María Josefa había recibido de su padre; 2.ª) Que el demandado, segundo marido de la mencionada señora, carece del derecho de usufructo sobre dichos bienes; y 3.ª) Que consecuentemente viene obligado el demandado a entregar al actor estos bienes, previa liquidación de la sociedad legal de gananciales habida en el matrimonio del demandado con la finada doña María Josefa. La Sala sentenciadora estimó la primera petición absolviendo de las dos restantes al demandado. Contra el pronunciamiento absolutorio de la solicitud tercera recurre en casación el demandante, mientras que el demandado interpone otro recurso de casación contra la condena respecto a la solicitud primera.

1) Recurso del demandante. "Bien se advierte que el recurso así planteado no puede prosperar, porque al no haberse impugnado en casación, y, por lo tanto, haber quedado firme, la declaración del Tribunal de instancia de que el demandado tiene derecho al usufructo foral sobre los bienes de referencia, contrariamente a lo solicitado en el extremo segundo de la súplica de la demanda, necesariamente habrá de mantenerse el pronunciamiento absolutorio de la petición tercera, porque la entrega de los bienes, previa la liquidación de la sociedad de gananciales se supeditó en la demanda a la denegación del derecho de usufructo, y claro es que al faltar, como falta, el antecedente que habría de determinar la inmediata entrega de bienes, puesto que no se deniega el usufructo, sino que se reconoce por declaración firme, la consecuencia—petición tercera—se desvanece."

Este fallo, que admite la *impugnación restringida* de una sentencia, así como también su *firmeza restringida*, no ofrece dudas. Mencionaremos tan sólo que la literatura alemana confiere a una impugna-

ción restringida el efecto de suspender totalmente la firmeza de la sentencia recurrida, mientras que exista la posibilidad de ampliar la impugnación; por ejemplo: mediante la adhesión del recurrido al recurso (véanse Rosenberg, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes*; Berlín, Liebmann, 1929, pág. 439; Baumbach, *Zivilprozessordnung*; Berlín, Liebmann, 5.<sup>a</sup> ed., 1930, págs. 705, 909). Finalmente, ponemos de relieve que el Tribunal Supremo no ha interpretado el recurso del demandante como refiriéndose también al segundo pronunciamiento de la sentencia de instancia.

2) Recurso del demandado: "La función interpretativa ofrece dos fases: una de comprobación de los elementos y circunstancias que revelan la voluntad declarada o exteriorizada—problema de hecho, censurable en casación por el número 7.º del art. 1.692 de la Ley Procesal—, y otra en que el juzgador opera sobre una determinada declaración de voluntad, y para fijar su sentido y efectos aplica las normas jurídicas que la Ley señala—cuestión de derecho, qué puede llevarse a casación por el cauce del número 1.º del mismo artículo—. Y como lo que se impugna en este motivo es el sentido y efectos jurídicos que el juzgador ha dado a las palabras no discutidas en que esté redactado el testamento, ha debido encauzarse el problema como error jurídico de interpretación, no por el número 7.º, sino por el 1.º del mencionado artículo, y citar el precepto legal sobre interpretación que se estime infringido. Tampoco es viable la alegación de error de hecho en la apreciación de las pruebas, porque no se cita precepto legal alguno sobre valoración de medios probatorios que se estime vulnerado, sino que se señalan como infringidas las leyes XI y XVI del título XIII, libro III de la Novísima Recopilación de Navarra, que, por ser normas de derecho sustantivo, en nada se refiere al acierto o desacierto en la apreciación de las pruebas." La mencionada Ley XVI trata de la libertad de testar; la XI de la prohibición de interpretar los testamentos por presunciones. Una disposición sobre la libertad de testar pertenece, sin duda alguna, al Derecho material. En cambio, no se puede establecer idéntica incorporación respecto a la prohibición de emplear presunciones. Como es sabido, existen diferentes teorías acerca de la delimitación del Derecho procesal del Derecho material (véase Leonardo Prieto Castro, "Exposición del Derecho Procesal Civil de España", tomo I; Zaragoza, Librería General, 1941, págs. 11 y siguientes). El Tribunal Supremo defiende la llamada "teoría legal"; es decir, declara decisivo el

carácter de la Ley en la que el precepto discutido se halla formulado. Esta teoría fracasa en los casos en que se trata de una disposición no legal, sino de derecho consuetudinario o de un principio general. En los demás casos la teoría legal es aplicable; pero conduce a resultados muchas veces insatisfactorios; por un lado, porque excluye de esta manera, sin necesidad alguna, la posibilidad de tener en cuenta un cambio científico en la incorporación de un precepto que se ha realizado después de la publicación de la Ley; por otro lado, porque confiere carácter imperativista a un mero hecho que carece de tal carácter. La incorporación de un precepto cualquiera en el Código civil, por ejemplo, no significa que el legislador ordene a los órganos de Justicia de considerar este precepto como de naturaleza civil a todos los efectos que pueden presentarse. La intención del legislador puede ser ésta; pero también puede ser que, aprovechando la ocasión de reglamentar el Derecho civil, resuelve a la vez otras cuestiones pendientes, pero ajenas a él (1). Finalmente, puede ser que el legislador no se fijase ni siquiera en el problema de la incorporación sistemática del precepto. No olvidese tampoco que en el Derecho Internacional Privado se emplean frecuentemente en las disposiciones conceptos que por lo demás suelen usarse como meras categorías ordinarias. Piénsese, por ejemplo, en nociones como "Derecho procesal", "Derecho material", "Derecho matrimonial" etcétera. Ahora bien; también en la ciencia del Derecho Internacional Privado se rechaza de parte autorizada la "teoría legal": el Juez, que en un caso internacional debe manejar el concepto normativo del "Derecho material", no ha de someterse a la categoría ordinatoria "Derecho material", conforme la emplea la Ley (véase Martín Wolff, *Internationales Privatrecht*; Berlín, Springer, 1933, págs. 37-38). Finalmente, peca la "teoría legal" de un exagerado positivismo jurídico, que precisamente en la actualidad parece sumamente retrógrado: toda la lucha jurídica en los Estados totalitarios tiende al destronamiento del positivismo jurídico. Prescindiendo de otras teorías, oponemos en este lugar a la "teoría legal" la del Derecho Justicial de James Goldschmidt (véase Prieto, l. c. p. 14; James Goldschmidt, *Zivilprozessrecht*; Berlín,

(1) Véase sobre un caso análogo REVISTA CRÍTICA, 1941, pág. 189. Los adversarios de una "Parte general" del Derecho civil citan al Código civil suizo como ejemplo de una ley que por hostilidad a la Parte general carece de ella. Pero los verdaderos motivos de la ausencia consistían en el deseo de no haber de modificar el "Derecho de obligaciones" ya publicado.

Springer, 1929, págs. 4, 29 y 30), la cual en nuestro caso llega al mismo resultado que la doctrina de Prieto (l. c. p. 12); es decir, al carácter procesal de las disposiciones sobre presunciones, sea sobre su admisibilidad, sea sobre su prohibición. James Goldschmidt distingue dentro del Derecho justicial dos partes: el conjunto de normas que se refieren al procedimiento (Derecho justicial formal o procedimental), y el conjunto de normas que, dirigidas al Juez, recaen sobre la relación de Derecho material (Derecho Justicial material), sirviéndole así para la resolución sobre el fondo del asunto. Todas las disposiciones sobre presunciones pertenecen al Derecho justicial material. La relación jurídica material se constituye o se modifica sin la intervención de presunciones. Sólo llevado el asunto al Juez hacen falta presunciones que remedian las limitaciones de los conocimientos humanos. Por otro lado, no se refieren las presunciones a cuestiones procedimentales, sino sirven al Juez para resolver sobre el fondo del caso. El Derecho justicial material debe equipararse a los efectos del art. 1.692, número 7.º, al Derecho procesal. Por lo tanto, puede haber error de derecho en la apreciación de una prueba si existe la infracción de un precepto prohibitivo del empleo de presunciones.

LA REDACCIÓN.

## Jurisprudencia de la Dirección de los Registros y del Notariado

PODERES.—ES SUFICIENTE PARA SU CALIFICACIÓN LA INSERCIÓN EN LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS DE LA CABEZA, PIE Y CLÁUSULA O CLÁUSULAS DE LA ESCRITURA DE MANDATO, CONSIGNANDO EL NOTARIO, BAJO SU FE, QUE LO QUE SE OMITE NO MODIFICA, ANULA, RESTRINGE O CONDICIONA LO INSERTO.

*Resolución de 28 de abril de 1941 (B. O. de 16 de mayo).*

Por escritura autorizada por el Notario de Santa Cruz de Tenerife, D. Francisco Lovaco, en 27 de septiembre de 1939, D. Guillermo Cabrera Felipe, en concepto de apoderado de los esposos doña María Domínguez Arce y D. Sixto Melitón Machado, vendió en nombre de éstos, sus mandantes, a doña Valeriana Delgado Farraiz, una casa sita en el Puerto de la Cruz, calle de Zamora, número 20, haciéndose constar que la finca fué adquirida por doña María Domínguez Arce en virtud de compra, sin que se justificara la procedencia del dinero con que hizo tal adquisición, por lo que la misma habrá de reputarse ganancial.

En dicha escritura se testimonia parcialmente del protocolo el poder en virtud del cual compareció D. Guillermo Cabrera Felipe, otorgado por los esposos antes mencionados el 19 de enero de 1931, ante el Notario que fué de Santa Cruz de Tenerife, D. Severino Fernández Somoza, por el que, sin limitación de tiempo, le confieren las facultades siguientes: "Quinto: Comprar y vender en pública subasta o privadamente bienes muebles o inmuebles..., por el precio que estipule, al contado o a plazos, dando o aceptando las garantías que convenga. Décimosexto: Otorgar y firmar las escrituras públicas y documentos privados que sean necesarios o estime convenientes al cumplimiento de las

facultades anteriores"; consignándose que lo que se omite no modifica, anula, restringe o condiciona lo inserto.

Presentada primera copia de la relacionada escritura en el Registro de la Propiedad de La Orotava, fué puesta la siguiente nota: "Suspendida la inscripción del precedente documento porque no insertándose literalmente la escritura de mandato que acredite la representación con que obra D. Guillermo Cabrera Felipe, ni aportándose copia de la referida escritura, a pesar de habersele exigido al presentante, no es posible hacer su calificación. No se ha tomado anotación preventiva por no haberse solicitado."

La Dirección, revocando el auto presidencial que había confirmado la nota del Registrador, declara—con cita, entre otros, de los artículos 166, 237 y 255 del Reglamento del Notariado de 8 de agosto de 1935—lo siguiente:

Que la importancia de la inscripción y las indiscutibles ventajas que otorga a los terceros adquirentes, unida la responsabilidad del Registrador, impusieron una rigurosa censura de los documentos inscribibles, para que siempre resaltase el principio de legalidad; concediéndose, en su consecuencia, a los Registradores de la Propiedad amplias facultades en orden a la calificación, sobre todo tratándose de escrituras públicas: y aunque es preciso mantener el principio en toda su integridad, no puede olvidarse que, dentro de la unidad de la función calificadora, entre el derecho y el deber ha de existir un adecuado paralelismo, limitando el campo en que tal función se desenvuelve a la crítica de lo necesario para extender el asiento solicitado, evitando que la facultad del Registrador llegue más allá que su responsabilidad.

Que sin que se quiera cercenar en lo más mínimo la función calificadora, el Registrador no puede fundar su negativa en el solo hecho de no haberse insertado íntegramente el poder, ni exigir copia de la escritura de mandato, sin expresar las dudas o duda que tenga, una vez cumplidas por el Notario, en el primer supuesto, las prescripciones reglamentarias en vigor: mucho más si se tiene en cuenta la distinción entre la capacidad y la facultad de disponer, en cuanto ésta hace referencia exclusivamente a la relación existente entre el sujeto otorgante y el objeto que se transfiere.

Y que expresada por el Registrador, en su informe, la duda que motivó la nota, sintetizada en el poder de representación otorgado por la esposa para la venta, siendo la finca ganancial, según se determinó

en el momento de su adquisición, y enajenándola el marido, que es el que tiene la atribución, a título oneroso, el consentimiento y la venta conjunta con su mujer, aunque no sea necesario, no hace otra cosa que robustecer la posición del matrimonio en la sociedad de gananciales.

Produjo extrañeza al Registrador que pudiendo el marido enajenar y obligar a título oneroso bienes de la sociedad de gananciales sin consentimiento de la mujer, compareciese ésta en la escritura de mandato, por lo que en su informe manifestaba que exigió que se le acompañase dicha escritura, por si entre sus cláusulas se consignaba algo que motivara el uso que hiciera el mandatario del poder que la referida esposa le confería, citando a tal respecto la resolución de 20 de diciembre de 1932.

No vemos contradicción entre lo declarado por tal resolución y la arriba extractada. Salvó la dificultad para el funcionario que califica de que su función y su responsabilidad guarden una ecuación perfecta, de tal modo que aquélla no sobrepase ésta, como loablemente desea el Ilustre Centro Directivo; sin olvidar tampoco que, como acertadamente dijo el Registrador informante de la resolución de 1932, la función calificadora es más bien una obligación que un derecho del encargado del Registro, la práctica antigua de insertar literalmente poderes, acuerdos, certificaciones, etc., en los Instrumentos públicos "entorpecen la ilación y colocan las cláusulas contractuales en los repliegues de una monstruosa acumulación de datos o antecedentes", según frase certera de la Dirección en su resolución de 23 de marzo de 1926; por lo que siempre que al Registrador se le inserten en el contrato principal la cabeza, pie y cláusulas pertinentes del preparatorio o de mandato, con la fe del Notario autorizante del primero de que dichas cláusulas no aparecen modificadas, restringidas o condicionadas por otras, debe serle suficiente para calificar al citado funcionario.

G. CÁNOVAS Y COUTIÑO.

Registrador de la Propiedad.



# V A R I A

SEBASTIÁN MORO Y LEDESMA y ANTONIO HERNÁNDEZ GIL: "Validez de los contratos y testamentos afectados por la guerra y la Revolución".—1941. Madrid. 125 páginas.

Los autores hacen en este libro un estudio exegético de la Ley de 5 de noviembre último, acuciados, según confiesan, por dos ideas contrarias: la de investigar seriamente el contenido de dicha disposición y la de retrasarse lo menos posible en la publicación del trabajo para acoplarlo al ritmo y rapidez de la Ley promulgada. Aunque han intentado una conciliación de las posibilidades en juego, basta una simple lectura de los comentarios para convencerse de que las aficiones y conocimientos de sus autores les llevan con marcada preferencia al campo de la técnica civil, ya cuando intentan determinar la naturaleza jurídica de la Ley, que califican de excepcional, singular y provisoria (en cuanto va dirigida a liquidar las situaciones jurídicas creadas por el Movimiento Nacional), ya cuando pasan revista a los vicios del consentimiento, ya en las consideraciones que dedican al concepto del tercero, ya en las pinceladas con que dibujan el perímetro del artículo 464 del Código civil, ya en la exposición de los efectos atribuidos a la cláusula *rebus sic stantibus*, ya cuando, en rápido esquema, consignan las notas del préstamo hipotecario con amortización. Pero tampoco faltan investigaciones de tipo más práctico como la realizada para fijar de un modo matemático los plazos concedidos por el artículo 8.º y los beneficios otorgados por el artículo siguiente, la concordancia de los preceptos comentados con los de otras leyes y la sobria exposición de la Parte Procesal.

A la luz de tales principios y construcciones será necesario discutir ahora, toda vez que se ha prorrogado la vigencia de la Ley hasta el 10 de agosto, los siguientes problemas:

1.º La retroactividad de estos preceptos excepcionales, ¿se aplicará cuando los pleitos hayan terminado por sentencia firme o los préstamos hayan sido satisfechos íntegramente antes del 5 de noviembre de 1940?

2.º ¿Quedan vigentes las disposiciones con que se ha amparado a los Bancos y Cajas de Ahorro contra las reclamaciones formuladas por los cuentacorrentistas, que por violencia, dolo, sustitución ilegal, etcétera, ven mermados los depósitos o saldos a su favor existentes el 18 de julio de 1936?

3.º Los documentos de giro falsificados, amañados o *impuestos*, ¿se hallan incluidos entre los *contratos* a que se refiere el artículo 2.º?

Los abogados encontrarán en la densa doctrina de la obra publicada por los Sres. Moro y Hernández Gil sólidos apoyos para resolver cuantos casos se les presenten en el ejercicio de la profesión.

J. G.

SONNEKALB (HELMUT): "Hat der Gläubiger unter Umständen eine andere als die geschuldete Leistung als Erfüllung anzunehmen?" (Tesis doctoral de Jena).—70 págs. Weida en Turingia, 1939.

Como el título indica, el problema que el autor estudia es el de si un acreedor tiene que recibir en ciertos casos como liberatoria una prestación distinta de la convenida. Para ello examina en primer lugar los conceptos de prestación y pago, fijándose a continuación en la figura jurídica de la *datio in solutum*, que presupone siempre, a su juicio, un convenio entre acreedor y deudor (califíquese de uno o de otro modo, ya como novación, ya como acto de disposición lucrativo, ya como contrato real, etc., etc.); pero el tema que se propone el autor es diferente: se trata de saber si hay ocasiones en que, sin necesidad de consentimiento del acreedor, puede el deudor pagar con prestación no pactada, e incluso incurrir en mora el acreedor si no la acepta.

En Derecho romano recuerda la *Lex Julia* de César, dictada después de la guerra civil y para aliviar a los deudores empobrecidos por ella, pues con arreglo a su texto se redujo casi en una cuarta parte el importe de las deudas, que además podían saldarse entregando sus

bienes el deudor, pero con la estimación de época anterior a la contienda. Asimismo cita los dos pasajes que en las novelas justinianas se refieren al *beneficium dationis in solutum*. (Novelas 4 y 120.)

En el Derecho germano menciona los sucedáneos de la moneda, poco frecuente entonces, que habían admitido las diversas Leyes, y que solían consistir en ganado, productos del campo, telas, etc.: el propósito era, como en tiempos de Justiniano, dar facilidades al deudor infeliz, pues la adquisición del dinero no resultaba empresa cómoda las más de las veces.

El Derecho común mantuvo la posición romana, aunque algunos escritores hayan entendido que las dos novelas expresadas quedaron sin vigor entonces, a pesar de la recepción.

En cambio, los Derechos territoriales alemanes repudian unánimemente el *beneficium*, y el mismo criterio impera en las Codificaciones particulares, en el *Code Napoléon* (artículo 1.243), en el primitivo Código federal suizo de Obligaciones (artículo 98), etc., etc.

Ahora bien, ¿cuál es el criterio del B. G. B.? Antes de abordar la cuestión, el autor procura deslindar campos, apartando a un lado dos instituciones limítrofes, a saber: *obligación alternativa*, en que vale la clásica fórmula *duae res in obligatione, una in solutione*, y en donde por virtud de una ficción se considera *a posteriori* que el contenido de la obligación, concretada mediante la elección hecha por el deudor, fué desde un principio el que después ha quedado establecido, y la *dación en pago*, que ya antes analizó. En realidad, ni una ni otra figura orientan el problema planteado: la segunda, porque exige voluntad del acreedor, según se dijo; la primera, porque supone elección por el deudor, previamente estipulada.

El B. G. B. ofrece, esparcidos, diversos casos que permiten al deudor cumplir con una prestación distinta de la pactada, pero que pueden reconducirse a la figura jurídica de la llamada *facultas alternativa*, que consiste, como es sabido, en que siendo una sola la obligación contraída, puede el deudor, sin embargo, pagar mediante otra prestación diferente, es decir, que según la fórmula tradicional hay *una res in obligatione, pero duae res in solutione*. Y esta hipótesis puede presentarse o por precepto legal o por acuerdo establecido entre las partes, bien en el momento de crearse el primer vínculo, bien en fecha posterior. Ejemplos de carácter legal son los que brindan estos textos: el § 251, II (indemnización de daños en metálico y no mediante repa-

ración del objeto, cuando ésta suponga costo excesivo), el § 528 (alimentación del donante empobrecido, en vez de restituir la donación el donatario), etc., etc. Ejemplos de pacto: pago por medio de efectos y no en metálico, como al principio se convino, etc. Es de notar que en todos estos casos el acreedor ha de aceptar la prestación sucedánea, y si no lo hace, incurre en mora.

Pero los supuestos de verdadero interés para el problema suscitado por el autor son realmente otros, y él pretende construirlos sobre la base de ciertos principios generales, que giran fundamentalmente en torno a la idea de que no cabe abusar en el ejercicio de los derechos. Por eso invoca como primera regla la contenida en el § 226 (no se debe admitir el ejercicio de un derecho cuando sólo se pretende con ello causar daño al prójimo), y en el mismo sentido menciona el § 242 (el deudor ha de cumplir la prestación como lo exijan la buena fe y los usos establecidos), y otros preceptos del B. G. B. Mas, aparte de esos correctivos de índole genérica, aduce textos y casos para demostrar que el criterio ha de ser el de no gravar en forma demasiado onerosa al deudor, de acuerdo con el moderno sentido social y de comunidad. Así, v. gr., y sin repetir situaciones ya examinadas, la sustitución de una servidumbre de paso (§ 1.023), el pago en especies de una deuda alimenticia (§ 1.612), etc. De todo ello, y refutando la posible objeción de que se trata de casos especiales, quiere el autor inducir la regla de que hay como un pensamiento básico en el legislador, a saber: el de que no puede exigirse con tal rigor la prestación, que resulte onerosísima para el obligado, siquiera no se formulase la norma en esos amplios términos para evitar la inseguridad jurídica.

De otra parte, y con el mismo propósito, el autor evoca el caso de la imposibilidad de prestación, aludiendo al ensanchamiento que ese concepto de la imposibilidad experimenta cuando no se reduce a la esfera material, sino que se extiende a "imposibilidad económica" (v. gr., el § 2.170, II, que autoriza para satisfacer el valor del objeto legado cuando su adquisición exigiera desproporcionado dispendio). Por lo demás, tiene que confesar que no es fácil sentar directrices generales, pues cada situación ofrece sus características, si bien sugiere estas orientaciones: que el deudor se halle en verdadera dificultad y ofrezca de hecho, y no nominalmente, la prestación sustitutoria; y que ésta sea para el acreedor de un valor esencialmente análogo a la conveniencia, sobre todo, porque pueda llenar la misma finalidad que él persiguiera.

Termina el trabajo reconociendo que todo él se inspira en soluciones de equidad, y que por ello mismo ha de procederse con extremada prudencia. Ahora bien, consideraciones de una buena política del Derecho aconsejan que se utilicen las cláusulas generales de la Ley (el famoso § 242, por ejemplo), pues sin desconocer sus riesgos, es notorio que hoy "no puede mantenerse el derecho subjetivo del acreedor como concepto central del Derecho de obligaciones".

Como habrá podido advertirse, la tendencia responde a preocupaciones actuales del Movimiento Nacional Socialista alemán. Parece como si, queriendo romper con la ideología liberal, y con el respeto casi idolátrico a la seguridad jurídica y al texto literal de la Ley, se quisiera espiritualizar el mundo de la contratación, creando este árido campo de intereses egoístas con el soplo vivificador de un sentido más humano y más social, que atienda preferentemente a estímulos de ordenamiento colectivo y de conveniencia pública. La duda que inevitablemente surge, empero, es la de si el B. G. B., tan impregnado de técnica y tan saturado de otras preocupaciones, brinda soluciones favorables para el nuevo punto de vista. Y buena prueba de ello es la necesidad sentida en Alemania de reemplazarlo por una Codificación popular de signo contrario.

N. P. S.

DR. HORST HORSTMANN: "Untersuchungen über die Anwendbarkeit schuldrechtlicher Normen auf dingliche Ansprüche" (Investigaciones sobre la aplicabilidad de normas obligacionales a las reclamaciones reales).—*Abh. aus d. gesamt. Handelsr.*—13

Para un ordenamiento jurídico que distinga tan rigurosamente los derechos reales de los personales o de crédito, como el alemán, resulta interesante el problema de escoger los preceptos del libro 2.º (obligaciones) que son aplicables cuando se ejercita una acción real. El autor, que, como discípulo de Heck, concede a la distinción clásica de los derechos patrimoniales y a las discusiones sobre su naturaleza poca utilidad, no deja, sin embargo, de reconocer que en ella han acumulado su saber varias generaciones de juristas y que responde a exigencias de la vida social. Sobre todo si nos encontramos con un Código civil como el B. G. B., no hay más remedio que estudiar cuáles preceptos del Derecho de obligaciones pueden ser invocados al decidir cuestiones

del Derecho de cosas. El legislador ha dejado el problema a la jurisprudencia, y algunos han creído resolverlo de un modo general, afirmando que el Derecho de obligaciones es aplicable siempre que no contradiga la naturaleza de las acciones reales. Pero esta norma supletoria no es práctica, y según Horst Horstmann tampoco es única, de suerte que hay necesidad de examinar caso por caso las circunstancias y precedentes de las situaciones jurídicas creadas. Así, el artículo 242, que introduce el principio de buena fe en la regulación de los contratos (artículo 1.258 de nuestro C. c.), no se aplicará directamente cuando una persona que ha vendido parte de su finca para instalar una fábrica de briquetas, reclame después contra la inmisión de humos, y se llegará a suponer que hay más bien una renuncia a la acción correspondiente. Tampoco se aplica el párrafo 2.º del art. 249 (pago en dinero de los daños causados a una cosa) en los supuestos de perturbación posesoria, porque aquel precepto está dictado con la vista puesta en las acciones u omisiones culposas y no en las molestias causadas por los imponderables. De gran importancia es la cuestión relativa a si el acreedor (dueño) puede exigir, en la hipótesis de que la prestación resulte imposible, lo recibido por el deudor como indemnización o como precio (por ejemplo: el comprador de buena fe de un anillo robado lo ha vendido a una tercera persona, que lo perdió). La dificultad se halla en que el dueño únicamente puede ejercitar la acción reivindicatoria contra el no poseedor cuando hay dolo.

El autor sostiene que es imposible llevar todos estos aspectos a un común denominador, y por esto el problema de la aplicabilidad no puede resolverse de un modo general, sino que debe ser planteado y contestado según las circunstancias del caso.

GIACOME-PERTICONE: "Sui principi generali del Diritto privato" (Sobre los principios generales del Derecho privado).—*Arch. giur.*, 124-2.

Después del convenio universitario de Pisa, que llegó a establecer el dilema: los principios han de ser de interpretación (*interpretativos*) o de orientación (*programáticos*), se ha encendido de nuevo la discusión, y algunos autores entienden que si se fijan legislativamente los primeros, padecerá el desenvolvimiento de la conciencia jurídica, y si se trata de los segundos, no corresponde su formulación a los juriscón-

sultos. El autor les da el valor de líneas directrices, de principios *conectivos* que después de la codificación cumplirían la tarea de poner de relieve los pensamientos informadores y fijarían los *puntos* trascendentales (fuentes, orden público, tutela del derecho, derecho subjetivo, autonomía individual). Estos *órganos respiratorios* corresponden a un plano más alto que los principios generales del artículo 3.º del Código civil italiano, que han de invocarse para llenar una laguna del Derecho (véase el artículo 6.º del Código civil español, *in fine*). Sobre estos principios del ordenamiento jurídico, los que el autor busca *operan* en la legislación o en la interpretación, alumbran la naturaleza o finalidad de las instituciones y ponen de relieve las líneas de su futuro desenvolvimiento. Y mientras en las Cartas constitucionales figurarán los principios que regulan la estructura y las funciones de los Poderes y órganos del Estado, tendremos en el Derecho privado los que corresponden: 1.º *Al sujeto jurídico* y su autonomía (capacidad, validez del contrato, responsabilidad, buena fe, abuso del derecho, repetición de lo indebido, prescripción). 2.º *A la familia*, como núcleo fundamental de la nación (potestad marital, filiación, adopción, tutela, patrimonio, dote), y luego las declaraciones de principios relativos a la sucesión, testamento, donación, etc.... 3.º *A la propiedad*, por ejemplo: "La disposición y el goce de los bienes a título de propiedad o posesión quedan tutelados. Los derechos correlativos deben ser ejercitados de conformidad con las funciones sociales que el Estado confiere." Seguirán las declaraciones sobre la extensión de la propiedad, actos de emulación, limitaciones por utilidad pública, etc. 4.º *A la hacienda*, como la definición de la empresa (que ya resulta de la "Carta del Lavoro"), el interés del comercio, la responsabilidad, la convención, las interferencias con el orden público y las buenas costumbres, la equidad en sus relaciones con el enriquecimiento torticero.

Y el autor se detiene, creyendo haber demostrado la posibilidad y la dificultad de la tarea. Todavía añade una *coletilla* (*in cauda venenum, dice*): "La tarea debe ser artística, y en este terreno la fantasía creadora, la poesía, tiene un fuero indiscutible."

*Einrichtung und Fuehrung des Schiffsregisters und des Schiffbauregisters.* Av. d. R., J. M., von 23-XII-1940. (Ordenanza para la organización y régimen del Registro de buques de 23 de diciembre último.)

Consta de 61 artículos y ocho capítulos, que desenvuelven: I. La competencia de los funcionarios y la organización con referencia a la Orden de 19 de diciembre de 1940 y a la Ley de jurisdicción voluntaria.—II. Modo de llevar el Registro.—III. Disposiciones generales de carácter procesal. Testimonios y copias.—IV. El Registro de buques, según el apéndice o modelo número 1, que contiene una portada (Juzgado de Stettin—Registro de buques—, tomo 7, hoja núm. 325), la sección primera, dedicada al buque (nombre, señal, medidas, etc.), la segunda, referente a los propietarios, y la tercera, en donde se inscriben las hipotecas, usufructos y derechos de garantía sobre las partes del buque.—V. La inscripción de buques de navegación interior, con sujeción al apéndice número 2.—VI. El certificado del buque (modelo núm. 3), cuya expedición, modificaciones, duplicado e inutilización se regulan; el extracto testimoniado del mismo (apéndice núm. 4), la certificación de abanderamiento (apéndice núm. 5) y la carta o título naval (apéndice núm. 6).—VII. El registro de construcciones (modelo núm. 7).: y VIII. Las disposiciones finales sobre vigencia del nuevo régimen desde 1.º de enero de este año.

Basta echar una ojeada a este Reglamento para hacerse cargo de los defectos capitales de nuestro Registro de buques. El Reglamento de 1919 confunde la *publicidad* de comerciantes y sociedades, que es más bien una *publicación* que ha de hacerse a los cuatro vientos y utilizando la Prensa periódica o los Boletines de inscripción, con el régimen registral de buques, de donde ha nacido el *Acta Torrens*, y permite, si no impone, la expedición ilimitada de certificados representativos de la propiedad del buque. Ahora bien: desde el momento en que este documento lleva, en cierto modo, incorporados los derechos inscritos y puede servir para realizar operaciones de extraordinaria importancia, hay que regular con sumo cuidado su formalización, contenido y adiciones, así como la expedición del duplicado por extravío o destrucción y la de otro certificado nuevo por cambio de Registro, anulando el antiguo.

LA REDACCIÓN.