

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ESPECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

Año XII

Agosto de 1936

Núm. 140

Estudio de la naturaleza jurídica del patrimonio dotal

IV.—La teoría institucional del patrimonio dotal.

La naturaleza institucional de la familia. — «La familia es una institución—la primera de ellas—, y el matrimonio es el acto de fundación.» Así se expresa Renard (1). Comprobemos estas dos afirmaciones.

Los elementos de la institución familiar.—Las instituciones, hemos dicho con Hauriou, representan en el derecho, como en la Historia, la categoría de la duración, de la continuidad y de lo real.

Este elemento de duración y continuidad es el que toca Renard en su examen de la familia, que es «el tipo logrado de una *continuidad* que no es solamente sentimental, espiritual y mística, sino jurídica y patrimonial; testigo la herencia y la sucesión en las deudas, testigos las ficciones consoladoras de la continuación de la persona del difunto o macabros apotegmas como *le mort saisif le vif*: la familia lo son los antepasados y las generaciones venideras» (2).

Esta continuidad familiar juega un papel importante en la idea de la familia y constituye para ella, como para toda institución, el

(1) Renard: ob. cit., pág. 124.

(2) Renard: ob. cit., págs. 134 y 135.

elemento fundamental. Es inútil insistir para establecer la existencia de este elemento, pues nadie negará que la familia está organizada en servicio de una idea de obra a realizar.

La idea, aquí, todavía no se confunde ni con el fin ni con la función. Ella implica, no solamente el resultado a alcanzar por la unión familiar, sino también el camino y los medios para llegar a ello. La familia es, sin duda, una sociedad natural en su primer momento, pero hay lugar para numerosas concepciones de la familia, a pesar de la identidad de su fin en todos los países y civilizaciones. Hay familias poligámicas y monogámicas: el Derecho romano ha conocido la familia civil y la familia natural o de la sangre, pero el fin era siempre el mismo para las dos instituciones y solamente diferían los medios de realización.

Es fácil distinguir en la familia el segundo elemento de la institución: la organización y el poder. La autoridad intrínseca a la institución de que habla Renard es la potestad marital y la potestad paterna. Una y otra se ejercen, no en interés del que es el titular, sino en interés de la familia. Es para asegurar la cohesión, la unión familiar, para evitar también que los miembros no se separen de la línea trazada por la idea directriz ni aporten la ruina material o el deshonor, por lo que el padre y marido están investidos de amplios poderes sobre las personas y sobre los bienes. Estos poderes están, por otra parte, sometidos al control que tiene por objeto evitar su desviación. El jefe de la moderna familia no tiene la autoridad absoluta e intangible que las legislaciones antiguas le habían conferido, dejándole solamente como guardián de la idea directriz, que es el origen de la familia.

El grupo familiar, que es el tercer elemento de la institución familiar, ¿no es también el seno de las manifestaciones de comunión? Es preciso recordar aquí las palabras de Renard, que hemos citado. «La intimidad institucional; esta palabra significa que la institución es más que un «medio»; es un «hogar»; y cuanto más se estreche la intimidad más ardiente es el hogar. Muy difícilmente podría encontrarse una palabra más apropiada a la intimidad familiar que la de hogar. Esta descripción es tanto más exacta cuanto que la familia moderna se recoge cada vez más en torno de la casa y reemplaza la concepción patriarcal de las legislaciones antiguas por el sistema de la familia, hogar que no agrupa más que a los espo-

sos y sus hijos menores. «Cuanto más se estrecha la intimidad, más ardiente es el hogar.»

Hauriou, queriendo describir la intimidad institucional del Estado, nos habla también del parentesco espiritual. El parentesco es, sobre todo, la intimidad familiar. Los dos más brillantes teorizantes de la institución se ponen de acuerdo para describir las «manifestaciones de comunión» en términos tales que podemos reconocer al instante el ejemplo más destacado en el grupo familiar.

No es esto decir que se produzca en la familia esta penetración completa de la idea en las conciencias individuales que Hauriou describe en las instituciones más desenvueltas. Precisemos ahora este punto preguntándonos si la familia llega a la personificación. Es bien cierto que la familia presenta los caracteres fundamentales de la institución, y que se encuentran en ella los elementos esenciales de esta comunión de hombres en una idea por la cual Renard ha definido justamente la institución.

Nos falta, para confirmar esta primera conclusión, examinar la familia en su aspecto dinámico: en su formación y en su vida.

La fundación de la familia y su estatuto.—«El matrimonio es el acto de fundación de la familia», dice Renard. Pero hay verdaderamente algo más que el matrimonio propiamente dicho en lo que constituye el acto de fundación: el régimen de bienes es organizado por el contrato de matrimonio. Pero hablar de contrato de matrimonio y de acta de matrimonio, la cual forma también un contrato, ¿no es volver la espalda a lo institucional para recaer en lo contractual? Es la cuestión que tenemos que resolver.

Resulta difícil sostener que el matrimonio sea un contrato. Sin duda, un acuerdo de voluntades es necesario para constituirlo, y consiguientemente a este acuerdo los esposos se ven investidos recíprocamente de derechos y deberes. El matrimonio es una convención generadora de obligaciones, pero no presenta verdaderamente los caracteres esenciales del contrato. Oponiendo el contrato a la institución, Renard observa que «en el contrato no hay integración de una idea; hay solamente encuentro de dos voluntades, que siguen cada una su idea» (1).

La dualidad de objetos que caracteriza el contrato y crea ese

(1) Renard: ob. cit., pág. 258.

tête-à-tête del acreedor y del deudor, en el cual cada uno persigue sus intereses propios, sin apuntar a un ideal común, puede, ciertamente, encontrarse en algunas deformaciones del matrimonio; pero no creemos que sea el principio de su organización. La descripción de la institución que hace Renard para oponerla al contrato nos parece conforme con la que conviene dar del matrimonio: «En la institución, la idea es un tema de colaboración: es comúnmente querida; es el término de una aspiración compartida. En ésta los fundadores y seguidores comulgan en la misma idea: esta idea forma entre ellos un lazo interior; es su «bien común»; se conjuntan en una cierta representación mental; conjugan su actividad en el servicio de una tarea.»

La identidad de objeto resultante de la integración de la idea conduce incluso a la imposibilidad para los futuros cónyuges de discutir las reglas del matrimonio que van a ser su estatuto. Estas son establecidas por el legislador y se trata de aceptarlas por el sistema de la *adhesión* a un hecho jurídico ya planteado. ¿No es éste el proceso de la formación de una institución?

La obligación para los futuros esposos de adherirse en bloque a las reglas legales manifiesta también la intervención del poder en la fundación institucional, de la que Hauriou señala la importancia. «La verdad es que la formación del haz de consentimientos paralelos es, en parte, la obra de un poder y que la *liber volui* está fuertemente matizada de un *coactus volui*.» Sin duda, para el matrimonio, el poder interviniente es exterior a la institución que se funda, en tanto que habitualmente es al poder de los fundadores mismos de la institución—que son sus miembros y puede ser formen los órganos—al que Hauriou hace alusión. Pero esta constatación no puede disminuir, al contrario, la observación que nosotros hacemos, sobre el papel, de la voluntad en el matrimonio; papel que es menos importante que el que juega en los contratos. Podemos decir que se produce aquí, más que un verdadero contrato, dos adhesiones voluntarias y paralelas a un estatuto propuesto. El matrimonio es el acto de fundación de la institución familiar. Organiza, en parte, el estatuto.

Queda por reglamentar el régimen de los bienes, y esto es lo que más nos interesa. El «contrato de matrimonio» está destinado a proveer. A pesar del nombre tradicional que lleva este acto, ¿es

también un contrato puro y simple? ¿No es ocasión de hacer intervenir el análisis del contrato que hemos encontrado en Delos y al que hemos reprochado lanzar la confusión sobre la necesaria distinción entre lo institucional y lo contractual?

Llega el momento en que los dos caracteres se encuentran en un mismo acto: «al lado de la tesis del contrato puro señala Hauriou, hay una hipótesis, singularmente práctica, del contrato complejo de institución, que contiene, ya una fundación, ya una asociación disfrazada».

Entonces, en este elemento de la institución, el interés y el riesgo común se destacan. En todo lo que es fundación, el cambio de los consentimientos a objetos divergentes es reemplazado por el concurso de los sentimientos a objetos convergentes; hay haces de voluntades paralelas, comunión de ideas, comunidad de intereses, y en el contrato ordinario se da lo que los alemanes llaman una *Vereinbarung*, y que en francés llaman una «comunión fundativa». En todo lo que es una institución, actuante y viviente, esta comunión de ideas, correspondiente a una comunidad de intereses subsiste, se crea un *espíritu* de comunión que en el Estado se llamará *espíritu público*; en las asociaciones, *espíritu corporativo*; en las relaciones de derecho privado, *espíritu de familia*, etc.

El contrato de matrimonio parece ser un ejemplo de un acto en el cual un «espíritu de comunión», el «espíritu de familia», domina y modifica los caracteres contractuales que en él se encuentran.

Hay ciertamente contrato en el de matrimonio, pero hay también un «haz de voluntades paralelas», que resultan de la comunión de ideas que lo domina. Podemos decir aquí, con Delos, que si los motivos que hacen incluir tal o cual cláusula son a veces personales a los futuros esposos, la *causa* del contrato es la misma para los dos.

El análisis muestra que no hay voluntades autónomas, sino solamente voluntades sometidas a un *objeto*: el bien común en el caso de la ley, la idea de la fundación en la creación o la vida de los grupos, el objeto o la causa del contrato en este último caso, y si el ejercicio de la libre voluntad es requerido para hacer la ley, fundar la obra o concluir el contrato, el objeto no deja de imponerse siempre a la voluntad y a la libertad. Incluso en el contrato libremente realizado entre dos individuos, las voluntades no hacen más que *adherirse* a un objeto reconocido justo por la razón, bien lejos de

que pueda decirse que el objeto del contrato sea justo porque marca el punto de encuentro de dos voluntades. Estas fórmulas no nos parecen dar la fisonomía exacta de todos los contratos, pero describen bien el de matrimonio.

El *ideal común*, que ha llevado a los futuros cónyuges a organizar sus bienes en interés familiar, hace del pacto matrimonial algo más que un simple contrato: *un elemento del estatuto de la familia*. Este carácter aclara los aspectos particulares del contrato de matrimonio; siendo inmutable, debe durar tanto como la institución que rige, y produce, respecto de terceros, los efectos extensos que raramente se ven resultar de un contrato ordinario.

El contrato de matrimonio está «dominado por una institución social», que no es otra que la familia, y su estructura así analizada nos conduce a la confirmación de nuestras conclusiones anteriores sobre la naturaleza institucional de la familia.

Encontramos, pues, en la formación de la familia el proceso de adhesión a un hecho que explica este paralelismo de consentimientos que se descubre a la vez en el contrato de matrimonio y en el acto matrimonial propiamente dicho. Los caracteres particulares de las reglas que rigen a los esposos presentan, igualmente, los caracteres que hemos reconocido en el derecho estatutario o institucional; la institución familiar, ¿llega a segregar por sí misma el derecho estatutario durante su vida? No lo parece, y esto motiva, sin duda, el desenvolvimiento incompleto que alcanza y que vamos a precisar, preguntándonos si la familia es una persona moral. Nos bastaría reconocer en la organización familiar el derecho estatutario, para poder considerar confirmadas nuestras afirmaciones sobre el carácter institucional de la familia.

Esta se comporta, por lo demás, como una verdadera institución, no sólo en su fundación, sino en su vida y en su muerte. Durante su vida se ve funcionar este juego de equilibrios y controles para mantener la autoridad marital al servicio de la idea directriz de la familia. El fin de la casa está reglamentado como el de muchas instituciones; la liquidación está prevista por los estatutos, es decir, por la ley, y de modo extenso por el contrato de matrimonio.

«La institución, está admitido, decía Hauriou, que haga una especie de testamento jurídico.»

La familia es una institución. La conclusión es importante, pero

está lejos de ser suficiente. Se trata, en efecto, de saber, para poder utilizar estas nociones en la explicación del patrimonio dotal, si esta institución es un verdadero sujeto de derecho, si ha llegado a alcanzar la personalidad jurídica.

La familia, ¿es una persona moral?—Una precisión de terminología se impone en seguida. Hemos encontrado en Hauriou la personalidad moral oponiéndose a la personalidad jurídica: la primera considera desde el punto de vista interno a la institución; la segunda, en sus relaciones exteriores. Debemos dar aquí a estos términos un sentido algo diferente, lastimando también peligrosas fluctuaciones en la terminología: la personalidad moral designa la institución llegada al estado de personificación tal como la hemos descrito; la personalidad jurídica designa los grupos sociales a los cuales está reconocida la capacidad jurídica, es decir, la posibilidad de cumplir por sí mismos los actos de la vida jurídica.

En este sentido, Renard declara: «así, la familia, la nación, no tienen menos la *personalidad jurídica*; por tanto, tienen todos los títulos para ocupar el rango más elevado sobre la escala de las instituciones; no pueden ser más necesarias, más reales. No se debe dudar en reconocerles la personalidad moral».

La opinión de Renard no es aceptada por todo el mundo. Delos, en particular, sostiene, con razón, que el desenvolvimiento de la familia no está tan logrado para que pueda admitirse. La personalidad, hemos dicho, es el resultado, en la teoría institucional, de un doble movimiento de incorporación e interiorización.

El primero se produce en la familia, puesto que un poder y una organización se han destacado y puesto al servicio de la idea directriz; pero ¿puede decirse que la interiorización—que hace pasar la idea objetiva a las conciencias individuales de los miembros del grupo—se produce?

En la familia hay, sobre todo, los hijos, cuya procreación es un elemento importante de la idea de la familia. Ahora bien: es evidente que esta idea penetra muy lentamente en su espíritu, e incluso en el momento en que comienza a ser sentida por estos hijos llegan precisamente a la edad en que deben desaparecer del núcleo familiar para fundar un nuevo hogar. «Por ello, escribe Delos, la familia pierde su razón de ser a medida que los hijos llegan a la

edad viril y pasan a ser una «persona»; la familia entonces ha agotado su razón de ser primera.»

Por su naturaleza, y a causa del carácter especial de sus miembros, la organización familiar no admite la participación del grupo en el gobierno y la libertad política, cuyo juego caracteriza el pleno expansionamiento de las instituciones y su accesión natural a la personalidad. La familia sigue siendo la sociedad autoritaria, en la cual ciertamente el poder está limitado y precisado por la idea, pero en la que los miembros son incapaces de manifestar activamente su comunión en la idea, incluso por actos periódicos. No puede ser admitida, diga lo que quiera Renard, al rango de personas morales. Sin duda, y éste es el pensamiento fundamental del eminente profesor de Nancy, la sociedad familiar tiene derecho al respeto por su carácter esencialmente natural y por su importancia. Delos, que le niega la personalidad, está muy lejos de negarlo, y estamos de acuerdo con él y con Renard para proclamarlo. La familia es un ser social de primera importancia; pero de aquí a decir con este último que alcanza «el nivel superior de la existencia institucional, la más alta *potencia del ser* a que la institución puede elevarse, ese grado en que ella es apta para oponer su ser, no solamente a sus órganos, sino a otros», hay una distancia que creemos muy difícil de franquear.

La familia no puede oponerse por sí misma a sus órganos y a los de fuera, porque en torno de su idea no hay medios de acción suficientes. El grupo familiar no está lo bastante penetrado de la idea de la familia, que es demasiado objetiva para él, para permitir a la individualidad familiar oponer su ser con la fuerza que le atribuye Renard. Debe pedir prestado a otros seres jurídicos o a otras instituciones sus medios de defensa. Diremos que el Estado tiene el deber de protegerla, pero no podemos reconocerle un verdadero derecho a la protección.

«Todos los agrupamientos organizados que persiguen un objeto en común no son personas morales—dice Michoud—. Es posible en efecto, perseguir un objeto común, con los esfuerzos concentrados, sin crear un ser jurídicamente distinto. En este caso, no es la colectividad el sujeto de los derechos que constituyen el patrimonio afecto a un fin, sino sus miembros. Se dice entonces que no hay persona moral, sino sociedad o asociación, desnuda de perso-

nalidad.» No significa esto que la familia no constituya un ser jurídicamente distinto, siquiera sea desprovisto de personalidad, pero el pasaje de Michoud nos retrae a la teoría del patrimonio, recordándonos que en el caso de que un grupo está privado de personalidad moral, son los miembros de éste los sujetos de los derechos patrimoniales.

JOSÉ MARÍA FONCILLAS,

Notario.

Banco Español de Crédito

Capital autorizado	Ptas.	100.000.000
Capital desembolsado	—	51.355.500
RESERVAS	—	70.592.954,34
Cuentas corrientes al 30 de junio de 1935.....	—	1.308.323,771,67

Domicilio social: MADRID, calles de Alcalá, 14, y Sevilla, 3 y 5.

400 SUCURSALES EN ESPAÑA Y MARRUECOS ESPAÑOL

Sucursales Urbanas. En MADRID: Glorieta de Bilbao, 6; Glorieta de Atocha, 8; Conde de Romanones, 6, y Velázquez, 29.

Idem en BARCELONA: Avenida E. Maristany y calle Antonio Ullé, número 11 (BORNE); calle Sans, número 10, y calle España Industrial, número 1 (SANS)

CORRESPONSALES EN LAS PRINCIPALES CIUDADES DEL MUNDO
EJECUCIÓN DE TODA CLASE DE OPERACIONES DE BANCA Y BOLSA

TIPOS DE INTERES

Cuentas corrientes:

A la vista..... 1 ¼ % anual.

Libretas ordinarias de ahorro:

Tengan o no condiciones limitativas.... 2 ½ % anual.

Imposiciones a plazo fijo:

A tres meses..... 2 ½ % anual.

A seis meses..... 3 % —

A doce meses..... 3 ½ % —

Regirán para las cuentas corrientes a plazo y de ahorro los tipos máximos señalados en esta norma.

DEPARTAMENTOS DE CAJAS FUERTES DE ALQUILER

Dirección telegráfica: BANESTO.—Apartado de Correos núm. 297.

Principios de legislación y la familia en la Constitución ⁽¹⁾

El Doctor José Rodolfo Rodríguez Álvarez es ya ventajosamente conocido de nuestros lectores a través de las páginas de esta Revista por sus trabajos sobre la presunción de muerte (núm. 121, de Enero de 1935) y las transformaciones operadas en el Derecho civil cubano por los Gobiernos revolucionarios (núms. 130 y 132, de Octubre y Diciembre de 1935, respectivamente).

Pendiente en Cuba la reforma de su Ley fundamental o Constitución política, el Doctor Antonio Lancís, Director de la Escuela Privada de Derecho, de la Habana, ha organizado una serie de conferencias, a la cual pertenece la presente, para estudiar el problema constitucional cubano en sus múltiples aspectos, brindando así la colaboración del organismo técnico que dirige, a la difícil tarea encomendada al Cuerpo legislador; iniciativa plausible ésta, porque sólo la técnica científica del Derecho puede dar a las Constituciones fórmulas adecuadas y precisas, suministradas por los especializados en las disciplinas jurídicas.

Como dice Mirkine-Guetzevitch, la ciencia jurídica gozó de un gran papel en la elaboración de las Constituciones posteriores a la Gran Guerra, a pesar de que los textos fueran el resultado de compromisos políticos y acuerdos entre los partidos: así, el nombre del Profesor Preuss es inseparable de la Constitución de Weimar y el de Kelsen de la austríaca.

(1) Extracto de la conferencia pronunciada en la Escuela Privada de Derecho, de la Habana, el día 26 de Junio de 1936, por el Dr. José Rodolfo Rodríguez Álvarez, Profesor de Derecho civil y de Introducción al estudio del Derecho de dicha institución.

El Doctor José Rodolfo Rodríguez Álvarez circunscribe su disertación a los principios generales de legislación contenidos en el título preliminar del Código civil cubano, los cuales estima que deben figurar en la futura Constitución de Cuba, y a destacar, si conviene o no, llevar a ella, además de esos principios, algunos sobre la familia.

I

TENDENCIA FUNDAMENTAL DEL NUEVO DERECHO CONSTITUCIONAL

La tendencia fundamental y más importante del nuevo Derecho constitucional es la de *racionalización* del Poder, que se identifica con el principio democrático, porque consiste en someter al Derecho la vida entera del Estado, lo cual es admirable, pues sólo se puede vivir pacífica, justa y equitativamente cuando las instituciones y los Gobiernos se apoyan en el principio de legalidad, y eso únicamente puede conseguirse consagrando la supremacía del Estatuto constitucional, con las dos consecuencias inmediatas que se derivan de ella, como advierte Lanz Duret, que la Constitución sea escrita y rígida. Esta hermosa tendencia es defendida por autores tan respetables como el últimamente citado y Schlesinger, Duguit, Carré de Malberg, Jellinek y Esmein.

II

PRINCIPIOS GENERALES DE LEGISLACIÓN QUE DEBE CONTENER LA FUTURA CONSTITUCIÓN

Siendo como es nuestra actual Constitución, y como debe ser la futura, la ley básica de la nación, que rige el ejercicio del Poder público, y en la que se contienen los límites que el mismo se traza, según dice Fischbach, ha de contener aquellos principios jurídicos que por su carácter general e importancia deban sustraerse de la esfera de acción del Poder legislativo, para evitar la alteración de los mismos, no porque se pretenda la inmutabilidad de ellos, sino para darles la estabilidad que los Códigos políticos suelen tener.

a) *Estudio global de varios principios de legislación contenidos en el título preliminar del Código civil.*

En el título preliminar del Código civil vigente en esta República, que se titula «De las leyes, de sus efectos y de las reglas generales para su aplicación», se incluyen una serie de preceptos que no son propios del expresado Código, dado el contenido de los mismos, y sí del fundamental de la nación.

En efecto: en dicho título preliminar se fija el momento desde el cual comienzan a regir *las leyes*; se declara que la ignorancia de *las leyes* no excusa de su cumplimiento; que *las leyes* no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario; que son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en *la ley*, salvo los casos en que la misma ordene su validez; que los derechos concedidos por *las leyes* son renunciables, a no ser la renuncia contra el interés o el orden público, o en perjuicio de tercero; que *las leyes* sólo se derogan por otras posteriores, y que no prevalecerá contra su observancia el desuso, ni la costumbre o práctica en contrario; que si en *las leyes* se habla de meses, días o noches, se entenderá que los meses son de treinta días, los días de veinticuatro horas y las noches desde que se pone hasta que sale el sol; que si los meses se determinan por sus nombres, se computarán por los días que respectivamente tengan; que las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que habiten en territorio cubano, y que el Tribunal que rehuse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de *las leyes* incurrirá en responsabilidad.

Basta la simple lectura de esos preceptos para darse cuenta de su carácter general y para comprender que el contenido de los mismos no es exclusivamente de Derecho civil, pues en ninguno se trata sólo de leyes de esa naturaleza, sino de leyes en general, por lo que esas disposiciones, que pueden aplicarse a toda clase de leyes, deben desgajarse del Código civil e incluirse en la futura Constitución cubana.

En otra época podría explicarse esa práctica de llevar al cuerpo del Derecho civil principios de legislación de carácter general, pues es de todos sabido que el Derecho romano no tuvo de esa rama jurídica que hoy denominamos Derecho civil un concepto científico

exacto ; abarcaba todo el Derecho interior del Estado aplicable a los ciudadanos de Roma, y respondía a su origen etimológico, ya que *civis* se deriva de *cive*, es decir, de ciudadano. Como término opuesto, sólo tenía al Derecho natural y al Derecho de gentes. El Derecho civil era entonces todo el Derecho del Estado : el Derecho público y el Derecho privado se confundían en un concepto único, y al lado de preceptos sobre relaciones de familia, sobre derechos reales, sobre contratos y sobre testamentos, aparecían normas de organización política y régimen administrativo, sumado todo, dice Aramburo, en la falsa unidad del *jus civile*.

En los antiguos Códigos españoles : Fuero Juzgo, Partidas y las dos Recopilaciones se incluían principios generales acerca de las leyes, lo que justifica Manresa por la índole de obras legislativas de carácter general que revestían aquellos Códigos. Mas hoy, que están debidamente deslindadas las diversas ramas que integran la Enciclopedia jurídica, es inexplicable que en el Código civil perduren preceptos como los relacionados y no se hayan llevado al lugar que científicamente les corresponde. Ya Augusto Comas, en su obra sobre la revisión del Código civil, propuso que se eliminaran de ese título preliminar todas las materias que no consistieran en fijar la naturaleza y efectos de las leyes como fuentes del Derecho civil, y a su vez Scaevola, Manresa y Aramburo, propugnaron que fueran llevadas a la Constitución del Estado o a una ley especial ; por otra parte, recientemente, Castán ha sostenido, en su magnífica obra *Hacia un nuevo Derecho civil*, que muchas de las disposiciones contenidas en el relacionado título preliminar deben desaparecer del mismo porque traspasan los límites de ese derecho.

Se ha visto, pues, que existe una corriente doctrinal favorable a que los principios que hemos relacionado se excluyan del Código civil y se lleven a la Constitución ; pero si ocurriera que por el desarrollo que a ellos se diera se considerara desproporcionado a las dimensiones de un título del Código fundamental de la nación, y se llevarán a una ley especial, en ese caso, por lo menos, uno de esos principios, el de la irretroactividad de las leyes, debe figurar en dicho Código fundamental, porque es de indiscutible importancia.

b) *Estudio especial del principio de la irretroactividad de las leyes.*

Al ser la ley—dice acertadamente Valverde—una norma jurídica obligatoria y creadora de derechos, da vida, fuerza y valor a los actos realizados dentro de su imperio; pero como puede ocurrir que una ley nueva derogue la anterior y modifique o suprima algo establecido por la antigua, surge un conflicto de leyes en cuanto al tiempo, y nace una cuestión respecto a la suerte que corren las relaciones jurídicas nacidas, adquiridas o ejercitadas en el derecho anterior, ante la transformación o modificación de las reglas por la ley nueva.

Los partidarios de la *retroactividad de las leyes* sostienen que las mismas pueden ser aplicadas a hechos acaecidos antes de su vigencia y realizados al amparo de una legislación anterior, y los que defienden el principio de la *irretroactividad de las leyes* opinan que la nueva ley no puede aplicarse a hechos pasados, nacidos antes de su vigencia y durante el imperio de otra ley ya abrogada, sino sólo a los sucesos futuros que se produzcan durante su existencia legal.

Frente a estos criterios antagónicos los autores se han esforzado por dar reglas que resuelvan ese intrincado problema del conflicto de las leyes, deduciéndose de ellas provechosas conclusiones.

Savigny distingue entre *leyes de adquisición de derechos y de existencia o no existencia de una institución jurídica y su naturaleza*, a los efectos de sostener que a la primera clase las nuevas leyes no pueden retrotraerse, y a las segundas, sí. Esta teoría puede expresarse más claramente en estos otros términos: las leyes a cuyo amparo se adquieren derechos tienen que ser respetadas por el nuevo precepto, porque éste no puede privar a nadie de los derechos que la ley anterior le había concedido, y, por el contrario, las leyes que crean una institución jurídica y regulan su naturaleza, leyes de carácter abstracto, sí pueden ser afectadas por la nueva ley, porque abstractamente es el legislador y la ciencia del derecho la que lo mismo da y crea una institución que la modifica y destruye.

Blondeau expuso en 1809 la famosa *teoría de los derechos adquiridos*, que con posterioridad había de ser profesada por juriscultos tan destacados como Gabba, Laurent, Demolombe, Baudry, Windscheid y Valverde y considerada como clásica. Los parti-

darios de esta teoría distinguen entre *derechos adquiridos*, *expectativas* o *esperanzas* y *facultades*.

Por *derecho adquirido* debe entenderse el que ya ha entrado a formar parte del patrimonio de una persona por razón de determinado acto o negocio realizado al amparo de una ley que lo autorizaba. Por *expectativa*, la esperanza de adquirir cierto derecho, y por *facultad*, la aptitud concedida por la ley para realizar algún acto.

La expectativa y la facultad pueden devenir en derechos adquiridos, si se convierte en realidad la primera o se realiza la segunda. Los derechos adquiridos, según ellos, tienen que ser respetados por la nueva ley, no así las expectativas y facultades, que pueden, por tanto, ser afectadas por la nueva disposición legal. La teoría comenzó a perder prestigio por la falta de unidad de criterio de sus defensores en el momento de fijar el concepto del derecho adquirido, pues cada uno lo entendía de distinta manera, al extremo de que en el sentir de Planiol nadie ha podido dar una definición satisfactoria del expresado derecho. Sin embargo, sin negar la dificultad de precisar el concepto de derecho adquirido, entiende Valverde que la distinción entre derecho adquirido, facultad y expectativa se percibe bien.

Ese criterio de los derechos adquiridos no sólo es insuficiente, para Colin y Capitant, por lo difícil que a veces resulta precisar cuándo se está en presencia de un derecho adquirido y cuándo no, sino que además consideran que está mal fundada la teoría, porque cuando el legislador promulga una prescripción nueva, ningún particular puede tener derechos adquiridos contra ella, pues no hay derecho contra la ley.

En sustitución de esa teoría de los derechos adquiridos proponen que las *consecuencias ya pasadas de actos realizados bajo el imperio de la legislación anterior* no puedan ser modificadas por la nueva ley, y en cuanto a las *consecuencias futuras de actos pasados*, hacen una distinción, pues si se trata de *normas imperativas*, afirman que se regirán por la nueva ley; aplicándose la ley antigua en aquellos casos en que se trate de *convenciones concluidas al amparo de la misma* o que se refieran a *leyes supletivas*.

Ese sistema descansa en la interpretación de la voluntad del legislador y en las mismas ideas que sirven de fundamento al prin-

cipio de la no retroactividad de las leyes, el que dicen encuentra su justificación en la razón, en la equidad y en el más evidente interés económico.

Del examen de las teorías relacionadas se deduce que la nueva ley no afecte las adquisiciones de derecho hechas ni los convenios concluidos al amparo de una ley anterior, es decir, que sea irretroactiva en tales casos, y que en los otros se aplique la ley nueva, lo cual, a nuestro entender, no envuelve un problema de retroactividad ni implica el estancamiento del Derecho.

Creemos que del único modo que ese principio de la irretroactividad de las leyes quedaría suficientemente garantizado sería llevándolo a la Constitución de la República, pues así adquiriría la estabilidad que necesita.

Dicho principio fué recogido en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, en la francesa del 5 Fructidor año III y en la mexicana de 1917, con el aditamento de que no se daría efecto retroactivo a ninguna ley en perjuicio de persona alguna. En el artículo 12 de la Constitución cubana de 1901 se establece que «ninguna ley tendrá efecto retroactivo, excepto las penales, cuando sean favorables al delincuente o procesado». En la Ley constitucional de 3 de Febrero de 1934 sólo se declara que «las leyes penales tendrán efecto retroactivo si fueren favorables al delincuente o procesado, excepto si el beneficio aprovecharse a los reos de delitos electorales de carácter doloso».

En nuestros *Estudios de Derecho civil*, al comentar este precepto, dijimos que, teniendo en cuenta el momento histórico revolucionario en que la misma se producía, y además su carácter de Ley provisional, opinábamos que no consagraba el principio de la irretroactividad de las leyes, como lo hacía la Constitución de 1901, pues sólo establecía que las leyes penales serían irretroactivas cuando el beneficio de las mismas afectare a reos de delitos electorales de carácter doloso, y luego agregamos: que nosotros presumíamos que sus redactores no habían querido que la misma concediera esa garantía de la irretroactividad como un imperativo necesario del momento en que se redactaba.

La vigente Ley constitucional de 11 de Junio de 1935 resuelve de otro modo la cuestión, pues dispone en su artículo 13 que «las leyes penales tendrán efecto retroactivo si fueren favorables al de-

lincente o procesado, excepto cuando el beneficio aprovecharse a los reos de delitos electorales de carácter doloso o a funcionarios o empleados públicos que delinquieren con ocasión del ejercicio de sus cargos», y que «las leyes civiles sólo tendrán efecto retroactivo cuando, por razón de interés social o de orden público, expresamente así lo determinen».

La técnica y terminología empleadas en este precepto son muy deficientes: Divide las leyes en penales y civiles para establecer cuándo pueden ser aplicadas retroactivamente. Esta división se presta a que se crea que nada se dispone en dicho artículo en relación con las leyes que no sean penales ni civiles. Y así, vemos que el Tribunal Supremo en Pleno de esta República, en la Sentencia número 20, de 14 de Mayo de 1936 (G. O. Ext. 189, 10 de Junio), declara «... que si bajo dicha denominación de civiles no cupiera incluir el D. L. 553 de 3 de Febrero de 1936, que no contiene ninguna disposición de carácter penal, su retroactividad no resulta prohibida constitucionalmente, y, si por el contrario, ha de considerarse incluido, pudo darle el legislador efectos retroactivos, determinándolo así por razones de interés social y de orden público, según lo expresa en la última de sus disposiciones...» Con esa declaración no se precisa si dentro de la denominación de leyes civiles deben considerarse incluidas todas las que no sean penales, aunque no pertenezcan al derecho privado común.

Pero en un voto particular se ofrece amplia luz sobre tan importante problema, razonando de este modo: «... el artículo 13, a los efectos de la retroactividad, *establece una distinción entre leyes penales y civiles, que hace forzoso comprender entre esta última todas las que no tengan aquel otro carácter, en cuyo concepto se la emplea, y no en un sentido tan estricto y tan estrecho que sólo abarque las que se relacionen con el derecho privado común...*»

Esta última nos parece la interpretación exacta del espíritu del precepto y de lo que el legislador quiso decir, influenciado quizá por la tradición romanista, porque, de lo contrario, podría entenderse, por ejemplo, sin razón para ello, que las leyes mercantiles pueden aplicarse retroactivamente aunque ninguna razón de interés social o de orden público así lo aconsejare.

La terminología empleada por sus redactores es impropia en la época actual porque ya el derecho civil no tiene, como antes con-

signamos, la amplitud que tuvo entre los romanos de abarcar todo el derecho interior del Estado, pues se han desgajado de él múltiples materias con fisonomía independiente y denominación específica. Por consiguiente, el adjetivo «civiles» no debió haberse empleado, porque no califica ya a todas las leyes que no fueran penales y provoca en la interpretación del precepto la natural confusión. En su lugar debió haberse puesto la frase : «Las demás leyes—pues en el anterior se habla de las penales—, sólo tendrán efecto retroactivo cuando por razón de interés social o de orden público expresamente así lo determinen.»

Por otra parte, al disponer que las leyes civiles sólo tendrán efecto retroactivo cuando por razón de interés social o de orden público expresamente así lo determinen, nos pareció que se dejaba al arbitrio del Poder legislativo la apreciación de la existencia de esas razones para determinar y disponer el efecto retroactivo de la ley. Por eso advertimos (1) que esa apreciación había de inspirarse en los rectos principios de la razón y de la justicia para que no degenerara en pura arbitrariedad y fuere cierto el paso de avance que esa disposición entrañaba en relación con lo prescrito sobre el particular en la Ley constitucional anterior.

Ahora, el Tribunal Supremo, al tener oportunidad de interpretar ese precepto en la citada sentencia, afirma que : «... *si, a pesar de que al Consejo de Secretarios, que es el que lo dicta, incumbe, conforme al apartado 15 de la duodécima de las disposiciones para el Régimen provisional, determinar los casos de utilidad pública a que se refiere el artículo 14, porque igual expresa declaración no se haga con respecto a la estimación por el mismo de aquellas indicadas razones a los efectos del artículo 13, hubiera de entenderse que corresponde a este Tribunal juzgar sobre la apreciación hecha de su concurrencia, SÓLO EN LOS CASOS EN QUE PALMARIA Y MANIFIESTAMENTE ESA APRECIACIÓN FUERA INSOSTENIBLE—, ya que otra cosa equivaldría a conocer y decidir el Tribunal en término de generalidad sobre la conveniencia o necesidad de las leyes—es que sería procedente la declaratoria de inconstitucionalidad.*

O, lo que es lo mismo : que el Tribunal Supremo limita su inter-

(1) Transformaciones operadas en el Derecho civil cubano por los Gobiernos revolucionarios (números 130 y 132 de esta Revista).

vención a los casos en que palmaria y manifiestamente esa apreciación del interés social o de orden público fuera insostenible.

Pero en un voto particular se entendió que la apreciación inicial de esas razones de interés social u orden público para acordar la ley incumbe al Poder legislativo, *pero la de su realidad y congruencia es potestad del Pleno*, y que en la ley ha de consignarse la razón de utilidad social o de orden público en que se funde la retroactividad de sus disposiciones para que con su vista aprecie el Tribunal su realidad e importancia, estableciendo sobre bases de verdad, como tiene la facultad y el deber de hacerlo, la afirmación judicial de ajustarse u oponerse al artículo 13 de la Constitución y evitando que a la sombra de una fórmula vacía de contenido material y jurídico quede prácticamente derogado el principio que consagra, *y que, aun en la hipótesis de ser dudoso el punto*, resulta inconcebible que abandone el Pleno, en vez de recabarla, una atribución que constituye la última garantía de los ciudadanos contra la conculcación de los derechos.

Como el punto puede ser objeto de controversia, pues a veces en las Constituciones se incluyen preceptos que más que normas jurídicas de efectividad exigible son declaraciones de principios, que, por su falta de potencialidad práctica o por dejarse al legislador su posterior integración, no otorgan verdaderas garantías y quedan fuera del dominio del Pleno, estimamos que si dicho precepto se mantiene en la futura Constitución—aunque no lo proponemos—, debe modificarse su terminología de acuerdo con lo indicado y establecerse que el Tribunal Supremo tiene facultad para apreciar, en los casos que se sometan a su decisión, si efectivamente ha existido alguna razón de interés social o de orden público que aconsejare la aplicación retroactiva de la ley, pues de lo contrario no se otorga ninguna garantía constitucional por no obligar el precepto al Poder legislativo, y dicha garantía se obtiene precisamente por el control que ese Tribunal pueda realizar sobre las disposiciones del expresado Poder que afectaren los derechos concedidos por la Constitución.

Ya en *Estudios de Derecho civil* abogamos por que el principio de la irretroactividad de las leyes figurara en la Constitución que en definitiva se hiciera en nuestro país; así que ahora sólo agregamos que a dicho Código político debe llevarse un precepto

igual al que aparecía en la Constitución de 1901: «Ninguna ley tendrá efecto retroactivo, excepto las penales, cuando sean favorables al delincuente o procesado.» La inclusión de este precepto en la Carta fundamental, lejos de inmovilizar el Derecho, hará que las aplicaciones del mismo sean estrictamente justas, porque no debe él desamparar a quien actuó acatándolo y cumpliendo precisamente con sus prescripciones; le dará al país fe y confianza, elementos necesarios, a nuestro entender, para el comercio jurídico en general, y provocará, por tanto, el incremento de las transacciones, lo que evidentemente redundará en beneficio de la nación, pues contribuirá a su prosperidad.

Toda nuestra cultura exige una cierta firmeza de las relaciones, y todo nuestro impulso para establecer el orden jurídico responde —como dice Kohler— a la consideración de que nuestras creaciones jurídicas han de perdurar y no puede prosperar la nación en que sus componentes dudan de la estabilidad de sus instituciones.

DR. JOSÉ RODOLFO RODRÍGUEZ ALVAREZ.

PROBLEMAS CONSTITUCIONALES

Por D. Adolfo García González

Tomo I: LA PROPIEDAD Y EL IMPUESTO. — Reforma tributaria y de la propiedad del suelo (agraria, minera, de aguas y urbana). Definitiva orientación del Derecho Hipotecario. Volumen de 320 páginas. Madrid, 1936. 6 pesetas al público y 5 a los suscriptores de esta Revista.

Los pedidos, al autor: Churruga, 14, 1.º B, centro izquierda
Teléfono 20200

Las normas de colisión respecto a los efectos de una sentencia

A) Hay problemas cuya dificultad radica en plantearlos bien, distinguiéndolos rigurosamente de otros aparentemente semejantes. Forma parte de este grupo intrincado de problemas el que tenemos a la vista, puesto que el primer obstáculo para solucionarlo consiste en poner de relieve con toda claridad la diferencia entre nuestro tema y la cuestión batallona titulada: *ejecución de una sentencia extranjera en España*. Nuestro problema es el siguiente: ¿qué ordenamiento jurídico nos da los efectos de una sentencia cualquiera (nacional o extranjera)? Otro problema bien diferente es el que sigue: ¿bajo qué condiciones reconocerá el derecho español los efectos de una sentencia extranjera? Supongamos que nos encontramos con una sentencia dictada por un Tribunal español. En este caso no se plantea el célebre problema del Derecho procesal acerca de la ejecución de una sentencia extranjera. En cambio, sí se plantea nuestro problema, o sea el de buscar el derecho aplicable a la firmeza, a la cosa juzgada y a la ejecución de dicha sentencia. Ni que decir tiene que si bien lógicamente este problema se plantea, prácticamente no ofrece dificultad alguna, siendo aplicable a todas luces el derecho español. No obstante, sírvenos el ejemplo para hacer evidente la mencionada distinción. Tratándose de una sentencia extranjera, la situación es lógicamente idéntica. En primer lugar, hemos de comprobar el derecho aplicable a las cuestiones de su firmeza, de la cosa juzgada y de su ejecutabilidad. Para contestar estas preguntas hemos de inspirarnos en el Derecho internacional procesal. Después de comprobado que el derecho aplicable a la ejecutabilidad (*problema de Dere-*

cho internacional procesal) es el derecho español, surge un segundo problema, completamente distinto, que es el de la interpretación acertada del derecho español (*problema de derecho procesal*) respecto al exequátur, problema que en uno de sus desdoblamientos nos ocupaba poco ha en este mismo lugar.

B) Ahora bien : los efectos de una sentencia pueden ser muy diferentes. Hemos de distinguir varios casos :

I. Háblase del efecto de *tipicidad* de una sentencia. Se trata de todas las normas, en cuyos tipos legales entra la sentencia como una característica del tipo legal. Piénsese, por ejemplo, en los artículos 1.475, 1.819, 1.971 del Código civil y 884 del Código de Comercio. He aquí el artículo 1.475 : «Tendrá lugar la evicción cuando se prive al comprador, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra, de todo o parte de la cosa comprada.» Supongamos que se trata de una compraventa a la que es aplicable el derecho español, según el Derecho internacional privado español ; que se ha privado al comprador de la cosa comprada por una sentencia francesa, y que éste reclama el derecho al saneamiento en España. ¿Produce la sentencia francesa efectos de tipicidad, o, en otras palabras, ha de incluirse una sentencia francesa en el tipo legal ? Mas antes de poder contestar a esta cuestión hemos de plantearnos en buena lógica otro problema previo, y que es : ¿en qué derecho hemos de inspirarnos para solucionar aquella cuestión ? Como se trata de una disposición del derecho español (artículo 1.475 del Código civil), se regirá el efecto de tipicidad también por este ordenamiento jurídico. Ahora bien : interpretando el derecho español, no cabe duda alguna de que la característica «sentencia» se refiere a una sentencia española o extranjera. La finalidad del artículo 1.475 del Código civil es de hacer responder al vendedor de la evicción, por lo cual dicho artículo entiende se prive al comprador de todo o parte de la cosa. La situación es para el comprador la misma, viéndose privado de la cosa por sentencia nacional o extranjera. Claro que han de cumplirse los artículos 1.481 y siguientes en virtud de la ley de procedimiento civil respectivo, los cuales piden la notificación de la demanda de evicción al vendedor para posibilitar su intervención como coadyuvante (o parte accesoria). La situación sería distinta si, según la ley extranjera rituaría, no existiesen preceptos análogos permitiendo la intervención del vendedor, caso muy

poco probable. Modificando nuestro caso, podemos suponer que sea aplicable a la compraventa, según el Derecho internacional privado español, derecho francés o derecho alemán. Es evidente que es el derecho francés (artículo 1.626, Código civil francés) en el primer caso, y el derecho alemán (artículo 440, *Bürgerliches Gesetzbuch*) en el segundo, en los que nos habríamos de inspirar para determinar el efecto de tipicidad de una sentencia extranjera, con tal que los preceptos franceses y alemanes nos planteasen idéntico problema que el artículo 1.475 del Código civil, caso que no se da por ser su formulación más amplia. En resumidas cuentas: podemos establecer la siguiente norma de colisión: *La tipicidad de una sentencia rígease por el derecho al que pertenece el tipo legal* (1).

II. Otro efecto de una sentencia representa su firmeza, es decir, su intangibilidad por recursos ordinarios (por ejemplo, recurso de apelación) o extraordinarios (por ejemplo, recurso de casación). Se habla también de la fuerza legal formal de una sentencia, a diferencia de su fuerza legal material, usualmente llamada cosa juzgada. *La firmeza de una sentencia rígease por el derecho del Estado cuyos Tribunales la han dictado*. Así, por ejemplo, el derecho francés, en el antes mencionado caso de la evicción, nos dice si la sentencia es firme o si no lo es, mientras que el derecho español era el que resolvía su efecto de tipicidad. Hay que tener cuidado con el término *lex fori*. Debe entenderse por *lex fori* solamente la ley del Tribunal que conoce del pleito actual, no la ley de cualquier Tribunal, cuya sentencia se alega en el presente proceso. Más bien hálbase en este último caso de la «ley del origen», o sea de la ley de aquel Tribunal del que emana la sentencia alegada. Empleando este tecnicismo depurado, podemos decir que la firmeza de una sentencia se rige por la ley de su origen. El concepto procesal de la sentencia «firme» puede diferir en el derecho del origen de la sentencia, en el derecho que exige una sentencia firme y en la *lex fori*. Supongamos, por ejemplo, una contienda en España respec-

(1) Teóricamente nos encontramos con un problema de calificación en una norma directa (véase Werner Goldschmidt, «Problemas generales del Derecho internacional privado», 1935, cap. 2, II, 2 b, bb, p. 24). Una característica del tipo legal de una norma directa se convierte en el tipo legal de una norma indirecta. Según el tecnicismo corriente, representa nuestra norma subrayada una aplicación de la teoría de la *lex causae*.

to a un contrato sometido al derecho alemán, y una sentencia francesa que condena al deudor a su cumplimiento. El derecho alemán concede al acreedor frente al deudor condenado por sentencia firme ciertos derechos (artículo 283, *Bürgerliches Gesetzbuch*). ¿Hemos de desprender el concepto de «firmeza» del derecho procesal francés (ley del origen), alemán (ley del tipo legal) o español (*lex fori*)? Según mi parecer, ha de ser decisiva la concepción de la ley que exige una sentencia firme, o sea de la «ley del tipo legal», la cual en la mayoría de los casos coincidirá con la *lex fori*. El concepto de la «firmeza de una sentencia» suele ser bastante complicado. Así, por ejemplo, en el derecho español sentencias firmes recaídas en pleitos de rebeldía, contra las cuales procede la audiencia en virtud de los artículos 773 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil, no son sentencias firmes a los efectos de muchas disposiciones legales. Tampoco lo son las sentencias de segunda instancia, contra las cuales procede el recurso de casación y las de primera instancia de las Audiencias provinciales, contra las cuales procede el recurso de revisión, según el artículo 57 de la ley de Divorcio, si bien en los dos casos mencionados no se trata de recursos ordinarios (véase respecto al recurso de casación, por ejemplo, Sentencia del Tribunal Supremo de 30-IV-1935 en Jurisprudencia civil, tomo 218, páginas 692 y siguientes; y respecto al recurso de revisión, Sentencia del Tribunal Supremo de 21-V-1935 en Jurisprudencia civil, tomo 219, página 136), por cuyo motivo, por ejemplo, modificaciones de leyes rituarias no han de aplicarse a pleitos pendientes ante el Tribunal Supremo, aunque por regla general se refieren a litigios pendientes (véase la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 30-IV-1935) (1). En cambio, sí son sentencias firmes aquellas contra las que procede la revisión (artículo 1.706 de la ley de Enjuiciamiento civil).

III. *La fuerza legal material* (o la cosa juzgada) *se rige también por la ley del origen de la sentencia*, es decir, por el derecho del Estado cuyos Tribunales han conocido del asunto. En el derecho español, por ejemplo, la caducidad de la primera instancia no

(1) Véase también el artículo 3.º del Real decreto de 8-IX-1887, que en materia de competencia equipara sentencias firmes y sentencias sólo pendientes de la casación (Gascón y Marín, *Derecho administrativo*, sexta edición, 1935, página 225).

extingue la acción, la cual podrá ejercitarse de nuevo en el juicio correspondiente (artículo 419 ley de Enjuiciamiento civil). En Cataluña, los juicios de restitución *in integrum* se dan contra sentencias firmes en favor de menores, según el derecho romano, excluyendo la excepción de cosa juzgada (Sentencia del Tribunal Supremo de 18-X-1929 en Jurisprudencia civil, tomo 190, página 940). En el derecho norteamericano la cosa juzgada no se refiere solamente al *petitum* (la súplica), sino también a todas las cuestiones discutidas y hasta aquellas que en relación con la demanda hubiesen debido hacerse valer. La fórmula corriente es: «not only as to all matters litigated, but as to all matters that might have been litigated therein» (Mueller, *Zeitschrift f. Ausländ. u. Intern. Privatrecht*, 5. Jahrg., p. 922). En cambio, rígease por la *lex fori* la manera de hacer valer la cosa juzgada. Así, por ejemplo, en España la excepción de la cosa juzgada no puede ser suplida de oficio por el Juez, y cada una de las partes puede renunciar al beneficio que pudiera procurarle su alegación (Sentencia del Tribunal Supremo de 1-II-1927 en Jurisprudencia civil, tomo 175, páginas 318 a 331; Castán, *Derecho civil* tercera edición, tomo II, páginas 110 y siguientes). En Alemania, en cambio, el Juez ha de tener en cuenta la cosa juzgada de oficio.

IV. *La ejecutabilidad de una sentencia se rige por la ley de su origen.*—Supongamos, por ejemplo, que cualquier disposición española requiere una sentencia ejecutable, y que una sentencia extranjera entre en el tipo legal (punto más arriba detalladamente discutido); en este caso, digo, aplíquese el derecho del Tribunal del que emana la sentencia a la cuestión de la ejecutabilidad. El derecho de su origen nos dirá, por ejemplo, si una sentencia no firme ya es ejecutable y, en caso afirmativo, si el ejecutante ha de prestar fianza. Conviene volver a resaltar que la norma de colisión referente a la ejecutabilidad de una sentencia no tiene nada que ver con la norma procesal respecto a la ejecución de una sentencia extranjera. La última cuestión presupone más bien una sentencia ejecutable según la ley de su origen y versa sobre su reconocimiento y ejecución en la patria. Los problemas más difíciles respecto a la ejecutabilidad no se refieren a sentencias, sino a otros títulos que, por ejemplo, llevan aparejada ejecución en el país de su origen, pero que no tienen tal eficacia según la *lex fori*. También en estos casos ha de aplicarse

la ley de origen. Así, el Tribunal de Casación italiano ha dictado una sentencia (23-XI-1934) declarando la ejecutabilidad de letras de cambio como perteneciente al contenido de la obligación y aplicando, por lo tanto, «the proper law of contract» (*Ztschrft. f. Ausl. u. Int. Privatrecht*, 1935, p. 234) (1).

V. *La ejecución de una sentencia rigese por la «lex fori»*.—Podemos desprender esta norma del artículo 958, párrafo 2 de la ley de Enjuiciamiento civil, que en el caso de la ejecución de una sentencia extranjera ordena que se empleen los medios de ejecución establecidos en la sección anterior referente a la ejecución de sentencias españolas (artículos 919 a 950, de la ley de Enjuiciamiento civil).

WERNER GOLDSCHMIDT.

(1) La misma sentencia, aunque fechada el año 1935, se encuentra reproducida en «*Clunet*», 1935, pág. 1.054.

JULIAN ABEJON ROSSELL
ABOGADO

Gestor administrativo colegiado
Agente para préstamos del Banco Hipotecario de España

Gestiones en los Ministerios. Expedientes de Clases pasivas. Cobro de intereses.
Fianzas. Cumplimiento de exhortos. Representación de Corporaciones

Revista de revistas jurídicas

EL «JUS TOLLENDI» DEL USUFRUCTUARIO, por G. Orlandi. (*Rivista di Diritto Agrario*, año 1935, págs. 112 y sigs.)

El *jus tollendi* es el derecho que corresponde al que ha realizado gastos en la cosa ajena, sin tener derecho al reembolso, de poder retirar dichas mejoras en determinadas circunstancias.

El Derecho justiniano admitió el *jus tollendi* para aquellos gastos hechos en cosa de otro que no eran objeto de repetición, o sea las mejoras voluntarias y aquellas útiles que hubieran gravado excesivamente al propietario si hubiera sido obligado a su pago; pero su ejercicio estaba subordinado a las condiciones: a), de no deteriorar el fundo sobre el que se había edificado; b), al no ejercicio de parte del dueño del *jus prohibendae separationis*, previo pago de lo gastado; c), de que la cosa separada fuese de alguna utilidad y no se hubiera hecho con *animo nocendi*. Constituía una derogación del principio fundamental de la accesión, que algún autor (Pampaloni) ha querido atenuar reconociendo en el *jus prohibendae separationis* la salvaguardia formal de los dos principios. Su función jurídicosocial tiende a restablecer el equilibrio patrimonial entre el dueño de la cosa y el que ha realizado los gastos, tratándose de uno de los remedios contra el enriquecimiento injusto, que Justiniano introdujo en el *Corpus Juris*; de aquí pasó a las *Leges rusticae* (X-5), al Edicto de Teodorico (c. 137). El Derecho germano consolidó dicha orientación al admitir la posibilidad de la propiedad de las edificaciones y de las plantaciones separadas de la del suelo (Schupfer, Simoncelli, etc.). El derecho común lo consideró como una forma del resarcimiento, y en tal sentido lo acoge el Código alemán (art. 997) y el Código

suizo (art. 939). El Derecho inglés, que mantiene con carácter absoluto el principio de la accesión, lo ha admitido con carácter excepcional por influjo de la jurisprudencia. El Código italiano lo admite como un remedio especial en materia de usufructo. (El Código español admite también este principio en los artículos 454 y 457, que regulan los efectos de los poseedores de buena y de mala fe; y el artículo 487, que habla de las mejoras útiles o de recreo que podrá retirar el usufructuario.)

¿*Cuál es su naturaleza jurídica?*—Para el autor, siguiendo a Bekker, Fadda y Bensa, etc., caracterizándose el derecho real, en su aspecto interno, en una relación de hecho entre la persona y la cosa, el *jus tollendi* tiene esta naturaleza real por presentarse como una facultad que el usufructuario puede ejercitar directamente sobre la cosa, sustituyéndose en algunas facultades propias del dueño (demolición de edificios, derribo de plantaciones, etc.), que sufre una limitación en sus derechos de nudo propietario, al no poder llegar a adquirir la propiedad de los bienes separados por el principio de accesión. Se muestra contrario a considerarlo como obligación *propter rem*, pues falta la obligación de *hacer*, característica que incumbe al dueño de la cosa en esta figura jurídica. El *jus tollendi*, en su relación con el nudo propietario, aparece como una obligación de *tolerar*, de carácter puramente negativo. Desde este punto de vista, la posición del dueño del fundo, sobre el que se ejercita el *jus tollendi*, no es diversa de la del propietario de un fundo gravado con una servidumbre predial, con la única diferencia de que ésta tiene un carácter *perpetuo*, mientras que aquélla se ejercita una sola vez, y su ejercicio produce la extinción del mismo.

Examina los casos de accesión, en que se puede encontrar aplicado el *jus tollendi*, creyendo sólo existe en el caso del artículo 495 del Código civil italiano (art. 360 del Código civil español), si bien le falta el carácter técnico señalado por la doctrina del *jus prohibendae separationis*, debido a que el carácter básico del mismo es el de la prohibición de la separación cuando existe peligro de deterioro de la obra construída (accesión), mientras que el de aquél es el principio del enriquecimiento injusto.

Termina estudiando la naturaleza del derecho del arrendatario respecto a las mejoras en el Derecho italiano, inclinándose contra

la jurisprudencia que reconoce el *jus tollendi* del usufructuario, fundado en una indemnización por enriquecimiento injusto. (En el Derecho español no cabe este problema—aparte de las disposiciones de la ley de Arrendamientos—, por el artículo 1.573 del Código civil, que otorga al arrendatario, respecto a las mejoras útiles y voluntarias, el mismo derecho que al usufructuario.)

EL HIJO ILEGÍTIMO EN EL DERECHO INGLÉS, por G. Erdsieck, Consejero del Landgericht. (*Deutsche Juristen-Zeitung*, año 1935, páginas 735 y siguientes.)

En el antiguo *common law* se consideraba al descendiente ilegítimo como *filius nullius*, *filius populi*. No sólo no pertenecía a la parentela familiar del padre, sino tampoco a la de la madre. Y sus relaciones jurídicas sólo son irradiaciones del derecho natural (derecho de sustento) o del derecho canónico (prohibición de matrimonio con respecto a ciertos grados de parentesco).

Es hijo ilegítimo el nacido de padres que ni en la época de la concepción, ni del nacimiento, ni en ninguna época intermedia entre estas dos fechas, habían contraído matrimonio válido. O también cuando existiendo el matrimonio, puede ser demostrada la imposibilidad de la unión carnal.

No tiene derecho al *nombre* del padre o de la madre, pero puede tomar el de cualquiera de ellos. Si bien la inscripción en el Registro de nacimientos se hace siempre bajo el nombre de la madre. Como consecuencia, no tiene grado de parentesco con nadie, ni tampoco con los parientes de la madre; y ella no tiene el derecho de alimentos del hijo ilegítimo.

Le corresponden los siguientes derechos: A) El de alimentos de la madre y subsidiario del padre. B) El de estar sometido a la patria potestad de la madre. C) El de ser legitimado. D) El de heredar abintestato a la madre cuando carezca de descendientes legítimos.

A) *Alimentos*.—La obligación de alimentos corresponde normalmente a la madre, hasta que el hijo cumple los dieciséis años. En caso de contraer matrimonio ella, se transfiere a su marido. Y en caso de incumplimiento o si maltrata al hijo, se hace culpable como vagabunda, a virtud del *Vagrancy Act*.

El padre ilegítimo sólo tiene la obligación de alimentos cuando la madre no tiene recursos para realizarlo, y a la vez se haya decretado contra él una orden de sustento *affiliation order*. A no ser que el padre se hubiera obligado por documento escrito. La demanda de alimentación se presenta en nombre de la madre en determinados casos, v. gr., la madre soltera menor de edad, cuando el padre ha pagado subsidios en el primer año de vida del niño, etcétera. Se admite en cierta medida la investigación de la paternidad por declaración testifical, y otras pruebas, desconociéndose en el Derecho inglés la *exceptio plurium*.

B) *Patria potestad*.—Corresponde a la madre, la cual puede nombrarle un tutor testamentario. En algunas sentencias han decidido los Tribunales ingleses que al morir la madre le corresponde al padre ilegítimo la patria potestad; pero no se admite generalmente. En caso de incapacidad de la madre, corresponde a la Asociación Pública de Beneficencia el derecho de dirigir la acción contra el padre ilegítimo para los alimentos. También puede la autoridad local adoptar al hijo o tenerle bajo su protección, conforme se ordena en el *Children and Young persons Act* de 1933.

C) *Legitimación*.—En el Derecho inglés anterior a 1926, la legitimación sólo podía hacerse por una Ley especial. Por el *Legitimacy Act* de 1926 se admite la por subsiguiente matrimonio, si el progenitor tiene su domicilio en Inglaterra al contraer matrimonio, y si ninguno de los padres estaba casado al nacer el hijo.

El autor critica el estado actual de la legislación inglesa, aun cuando las asociaciones particulares de beneficencia tiendan a proteger a los hijos ilegítimos y a las madres, y especialmente la *National Council for the Unmarried Mother and her Child* estimula la introducción de reformas en este sentido. Si bien teniendo en cuenta la actitud conservadora de la legislación inglesa, no hay que esperar, por ahora, modificaciones importantes.

LOS DERECHOS DE LOS ACCIONISTAS DE LA MINORÍA EN LA SOCIEDAD CONTROLADA, por V. Salandra, Profesor en la Univ. de Perugia. (*Riv. di Diritto Commerciale*, 1935, págs. 352 y sigs.)

A propósito de una sentencia del Tribunal de Génova, exami-

na la situación jurídica de la Sociedad controlada por otra, que es ejercida generalmente por los grupos industriales o financieros.

Disiente de la opinión de algunos autores (Finzi, Ferri, Schlegelberger), que creen que el control antedicho es un simple fenómeno de dominio económico, una mera relación de hecho, privada de consecuencias jurídicas, puesto que se manifiesta siempre en forma jurídica, o sea mediante la posesión de la mayoría de las acciones, es decir, con la participación contractual en un ente jurídico colectivo. Además, tiene un contenido jurídico propio, cual es el de poder determinar la formación de la voluntad del ente controlado, de modo que valga por la voluntad de la persona controlante.

Señala cómo el régimen jurídico de la Sociedad anónima en el Derecho italiano (análogo al español), de carácter predominantemente formal, ignora el fenómeno del control, demostrando la insuficiencia del derecho positivo frente a los progresos de la evolución económica. Se encuentra organizada de acuerdo con la tendencia predominante en el tiempo de la codificación, atomística y democráticamente como sociedad de iguales, siendo así que su verdadera naturaleza es oligárquica y autocrática. La reglamentación aparentemente igualitaria de sus funciones queda exclusivamente en ventaja de los más importantes o del más importante accionista, del cual dependen de *hecho* los órganos administrativos y aun los órganos de vigilancia de la Sociedad. La ilimitada posibilidad de reunir las acciones en pocas, si no en una sola mano, anula prácticamente el derecho de la minoría en la gestión social.

Varios medios se han intentado para la defensa de los accionistas de minoría, pero todos—dice Salandra—encuentran un obstáculo insuperable en el sistema de la Ley. A) Para unos (Ascarelli, Carnelutti, Ferri), el *interés social*, puesto que el accionista que se opone obra como órgano de defensa social para hacer valer este interés contra la voluntad de la mayoría. Pero el autor objeta que la determinación del interés social queda en el ordenamiento jurídico italiano (análogo al español), a la junta general, o sea a los que ejercen el control. B) Otros (Vivante, Asquini, Navarrini). creen se conseguiría este fin prohibiendo a los accionistas votar en las asambleas en las que se deliberase un asunto en el cual tuvieran intereses opuestos con la Sociedad, de análoga manera a como

sucede con los administradores sociales. Sin embargo—aparte del obstáculo de la jurisprudencia opuesta—, en el orden doctrinal, cuando los accionistas deliberan en asamblea, a diferencia de los administradores, no disponen de intereses ajenos, sino de un interés propio. Y el resultado sería absurdo, pues la minoría quedaría árbitro de la Sociedad. C) Schereier cree debe admitirse una **responsabilidad indirecta de la Sociedad dominante**, por los actos ilícitos y enriquecimiento injusto realizados usando de su poder de control sobre la Sociedad, y que se traduce en un menor dividendo, concediéndose a los accionistas minoritarios una acción revocatoria de los actos dañosos realizados por la Sociedad controlada con la dominante. Mas a ello se opone, a juicio del autor, el carácter contractual de los partícipes en la anónima y la igualdad en que (salvo el caso de acciones preferentes) se encuentran los accionistas. Es cierto que la paridad *formal* de derechos se traduce *de hecho* en un dominio absoluto de los mayores interesados, pero esta supremacía es un coeficiente esencial de desarrollo, pues la sociedad controlante no crearía sociedades controladas si no tuviese modo de dominarlas.

Para el autor, una defensa eficaz de los accionistas de la minoría no puede realizarse sino mediante un cambio de su condición jurídica: sustituyendo su ilusorio derecho de participación en la gestión social, del cual con frecuencia no hacen uso útil, por una *efectiva responsabilidad* de los que en realidad gobiernan la sociedad. Estos deben ser considerados los verdaderos socios, y los otros asimilados a los asociados en participación y dotados de los derechos correspondientes. Sería la única forma de obtener una atenuación de la desfavorable situación de los pequeños accionistas.

HERMENEGILDO GÓMEZ,

Abogado.

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

CANCELACIÓN DE HIPOTECA. PARA PRACTICARLA RESPECTO DE LA CONSTITUIDA EN GARANTÍA DE LA RESTITUCIÓN DE LA DOTE, SE NECESITA CONSENTIMIENTO EXPRESO DE LAS PERSONAS A CUYO FAVOR SE HALLE EXTENDIDA LA INSCRIPCIÓN, NO SIENDO SUFICIENTE EL APODERAMIENTO CONFERIDO PARA LLEVAR A CABO LA PARTICIÓN, AUNQUE EN ÉSTA SE SOLICITE LA CANCELACIÓN.

Resolución de 24 de Abril de 1936. (Gaceta de 19 de Mayo.)

Practicadas unas primeras operaciones de partición a consecuencia del fallecimiento de doña Guadalupe Castiella, entre su esposo, don Atanasio Mutuberria, y los hijos del matrimonio, se omitió la declaración expresa de que quedaba cancelada la hipoteca que el viudo constituyó sobre una casa de su propiedad en garantía de la dote de aquélla.

Por otra escritura otorgada ante el Notario de Pamplona don Benjamín Arnáez Navarro, doña Matilde Roncal Eslava, segunda esposa del D. Atanasio, los hijos de este segundo matrimonio y don Francisco Javier Mutuberria, por sí y en representación de sus hermanas, hijos de la primera unión matrimonial, en virtud de poderes que le confirieron al efecto, protocolizaron las operaciones testamentarias practicadas por óbito del citado D. Atanasio, haciendo constar en ellas que se olvidó consignar en la partición arriba dicha que quedaba cancelada la hipoteca impuesta sobre la casa an-

tes referida, y, en consecuencia, que el crédito dotal garantizado con tal hipoteca estaba pagado y se pedía la cancelación de la misma en el Registro.

El Registrador de la Propiedad de Pamplona puso en esta última escritura, única que se le presentó, nota que dice :

«No practicada la cancelación de la hipoteca constituida por don Atanasio Mutuberria en garantía de la dote de su primera mujer, doña Guadalupe Castiella Pérez, sobre la casa número 52 de la calle de San Antón, hoy Mártires de Ciranqui, y número 109 de la calle Nueva, de esta ciudad, cuya operación se solicita en el precedente documento, hipoteca que no se acordó cancelar al proceder a la liquidación de la sociedad conyugal de ambos finados consortes, porque, según los poderes insertos en el precedente documento, el coheredero D. Francisco Javier Mutuberria Castiella, en la representación que ostenta de sus hermanas doña Lorenza y doña María del Pilar Mutuberria Castiella, carece de capacidad para consentir en la cancelación, toda vez que no le está expresamente cometida esa facultad en las escrituras de mandato, requisito, al expresado objeto, indispensable, por tratarse de una verdadera enajenación, según así lo preceptúa el artículo 1.713 del Código civil y lo ordena así también el 82 de la ley Hipotecaria y la jurisprudencia de la Dirección general de los Registros. Y estimándose el defecto insubsanable, no se toma anotación preventiva.»

Al interponer tiempo ha el Notario el recurso correspondiente, el Registrador, sin entrar en el fondo del asunto, alegó la falta de personalidad de aquél, excepción que, apreciada por el Presidente de la Audiencia, la desestimó el Centro Directivo en Resolución de 28 de Febrero de 1935. Y ahora, al reanudarse el examen de la nota calificadora, el Presidente la revoca y la Dirección general declara no hallarse bien extendida la escritura en cuestión, con los siguientes fundamentos :

La cancelación de inscripciones sin necesidad de que conste el consentimiento de los titulares, por el carácter excepcional que entraña, sólo debe practicarse cuando la extinción del derecho tiene lugar de un modo manifiesto y automático, bien como consecuencia de una declaración legal o por resultar así del mismo título inscrito, no cuando la subsistencia de los asientos pueda ser dudosa, controvertida o dependiente del cumplimiento de obligaciones, ca-

sos que por estar comprendidos en la regla general precisan, en orden a la cancelación, que conste de modo fehaciente la voluntad de las personas a cuyo favor estuviese extendida la inscripción o providencia ejecutoria, en su defecto.

La hipoteca dotal es por su naturaleza una hipoteca de seguridad, que garantiza a la mujer o a sus herederos la restitución de la dote, y debe subsistir hasta que la devolución haya tenido efecto, o cese en el marido la obligación de restituir, hechos ambos ajenos al Registro, que no resultan del título inscrito, por lo cual no es aplicable el procedimiento cancelatorio excepcional consagrado por el artículo 150 del vigente Reglamento hipotecario, y sí, por el contrario, el que como regla general para toda clase de inscripciones se contiene en los artículos 82 y 83 de la Ley, corroborado, por lo que respecta a las hipotecas legales, por el 163 del expresado Reglamento, máxime en casos como el del recurso en que no se produce extinción del derecho por confusión, dado que la finca hipotecada a favor de la primera mujer ha sido adjudicada a las hijas del segundo matrimonio.

En tal supuesto, no puede reputarse eficaz la cancelación consentida por D. Francisco Javier Mutuberria, en nombre propio y en representación de sus hermanas doña Lorenza y doña María del Pilar, en razón de que en los poderes que éstas le confirieron no se otorgó expresamente tal facultad, lo que debe estimarse inexcusable conforme a lo prevenido en el artículo 1.713 del Código civil y la constante jurisprudencia de este Centro.

Si se sustituyese la interpretación rígida y restringida de los preceptos legales por otra justa, amplia y racional, en armonía con los muy diversos casos que pueden presentarse y en que sea necesario aplicarla, acaso podríamos llegar a conclusión distinta de la que sustenta el Centro directivo en la Resolución que precede.

La finalidad de la dote de la mujer casada no es otra que la de atender con los frutos de los bienes en que consista, a las cargas del matrimonio. Salvo los casos infrecuentes de que la mujer pierda el derecho a su devolución o que los bienes de la dote hayan de quedar en la propiedad del marido, disuelto el matrimonio por muerte de la esposa, la dote ha de ser devuelta a los herederos—caso más frecuente—o a la persona que la haya constituido.

La constituida en garantía de la restitución de la dote es, como todas, puesto que todas aseguran una hipoteca de seguridad, siempre con carácter accesorio, que no tiene vida por sí sola, que carece de independencia, que necesita para subsistir sostenerse al socaire de la obligación principal. Si ésta desaparece, como lógicamente y necesariamente tiene que ocurrir cuando ya carece de objeto, cuando ya es innecesaria, no tiene finalidad alguna, ni resultado práctico que aún subsista la obligación accesorio. Como hipoteca legal que es, no puede, por ministerio de la ley, perdurar más allá del momento en que se extingan los derechos para cuya seguridad se constituyó. Sería un anacronismo, por lo menos, y un daño inútil las más de las veces, por no decir la totalidad, que tal ocurriera.

El marido, que en palabras de la Exposición de motivos de la ley Hipotecaria es en la dote estimada deudor de género o de suma, y en la inestimada deudor de cosa determinada, es el que ha de verificar, en su caso, la devolución, quedando con ello libres de responsabilidad las fincas sobre que constituyó hipoteca para asegurar la obligación de devolver. El título en que todo ello ha de constar, el que ha de servir para practicar todas las operaciones registrales que origine la clase de sucesión de que se trata, no puede ser otro que la escritura de liquidación y adjudicación de los bienes de la sociedad conyugal, en la que el primer problema que hay que plantear y resolver es el de liquidación y restitución de la dote. Y ello es incumbencia exclusiva del viudo—deudor—y de los herederos—acreedores—, éstos por sí o debidamente representados con mandato expreso para realizar la compleja serie de operaciones que lleva consigo la disolución de una sociedad conyugal.

Habrà de tenerse en cuenta que en el caso que examinamos la devolución es definitiva e irrevocable, no provisional; que en ella los adquirentes de los bienes dotales los reciben en dominio, sin limitación alguna, lo que excluye toda posibilidad de que sea preciso que continúe la garantía, la obligación accesorio. Justificado plenamente el hecho de haber sido restituida la dote, y esto tiene necesariamente que resultar de la operación particional, debe ser lo bastante para extinguir y cancelar la hipoteca en estrictos principios de derecho.

En el apoderamiento que nos ocupa, si bien no se enumeran las facultades que se conceden al apoderado, habrá que dar algún valor jurídico a la voluntad del poderdante; deducir, por la estructura del mandato, por el hecho de ser conferido por unos herederos a un su hermano que se halla en las mismas condiciones, con los mismos derechos y deberes en el negocio, que la iniciativa de aquéllos, la comunicación que han pretendido darle, su deseo, se unifica, se funde con el del apoderado, que es, al fin y a la postre, quien ha de resolver sobre todo el asunto jurídico. Los representados tienen la indudable voluntad de que aquél se resuelva en todas sus partes, que quede cumplido el deber inexcusable que tienen de liberar las fincas hipotecadas, de dejarlas exentas de toda responsabilidad por consecuencia de la garantía que prestaron y de la que en el acto particional van a quedar libres. Y para ello, sin designarlo expresamente porque lo juzgaron innecesario, dieron el poder.

Incumbe al apoderado decidir cuándo el mandato no tiene contenido detallado y se trata de actos que se hallan en íntima conexión con el asunto principal—restitución de la dote—, cuya realización es necesaria por demandarlo así la Ley y la fuerza misma de los hechos, que llevan a la conclusión de no ser posible la subsistencia, sin vigor ni eficacia en la realidad, de una inscripción—la de hipoteca—cancelada de hecho.

Discurriendo con un número mayor en cantidad y calidad de argumentos sobre este extremo (1), acaso pudiéramos llegar a la afirmación de no creer indispensable en este caso que la voluntad de los herederos representados se exteriorice hasta el extremo de tener que señalar una a una todas las particularidades que el mandato haya de contener, siempre, claro está, que den instrucciones sobre el contenido del negocio, que designen cuál haya de ser éste y su clase. Es natural y lógico que si se faculta para recibir el pleno dominio de los bienes en que la dote consistió, esta facultad se extienda también, sin precisión de designarla, «nominatim», a la cancelación de la hipoteca que se constituyó en garantía de tal devolución.

(1) Alguno consideramos aplicable de los aducidos en el artículo «Capacidad dispositiva del Consejo de Administración de un Banco», inserto en el número de Julio de esta Revista.

PROCEDIMIENTO ESPECIAL SUMARIO DEL ARTÍCULO 131. ES INSCRIBIBLE EL MANDAMIENTO CANCELATORIO DE LA HIPOTECA Y DEMÁS ANOTACIONES E INSCRIPCIONES POSTERIORES SIN NECESIDAD DE QUE SE INSCRIBA PREVIAMENTE EL TESTIMONIO DEL AUTO DE ADJUDICACIÓN DEL INMUEBLE HIPOTECADO, TODA VEZ QUE LA INSCRIPCIÓN ES VOLUNTARIA.

Resolución de 30 de Abril de 1936. (Gaceta de 24 de Mayo.)

Inscrita una casa, sita en la calle de Villanueva, a nombre de D. Diego González Conde y García por título de herencia, e hipotecada en favor de D. Ricardo Hernández y Gallego Figueroa, éste entabló el procedimiento especial sumario del artículo 131 de la ley Hipotecaria. Fué vendida la finca en el año 1935 a D. Justo Villanueva Gómez, quien inscribió su título. Seguido el procedimiento, el Juzgado dictó auto, en el que : 1.º, se aprueba el remate que de dicha finca se hizo a favor del deudor mencionado en primer término de esta exposición ; 2.º, en consecuencia se acuerda la cancelación de dicha hipoteca y de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a aquélla y a la certificación de cargas expedida el año 1932, para lo que se expide el oportuno mandamiento ; 3.º, se facilita testimonio literal del auto que sirva de título de dominio para la inscripción en favor del rematante, dicho D. Diego González, quien adquirió el remate por haber mejorado la postura como deudor hipotecario.

El mandamiento de cancelación se presentó en el Registro de la Propiedad del Norte, de Madrid, sin que le acompañara ni le hubiera precedido el testimonio del auto de adjudicación a favor del rematante, y el Registrador puso la siguiente nota :

«Suspendida la cancelación de la hipoteca inscrita a favor y nombre de D. Ricardo Hernández y Gallego Figueroa, única operación que en virtud del presente mandamiento en este Registro de la Propiedad se ha solicitado : Porque siendo las cancelaciones que se ordenan en el especial procedimiento judicial sumario que regula el artículo 131 de la vigente ley Hipotecaria, no potestativas y voluntarias, sino forzosas, como consecuencia necesaria de la realización de la garantía hipotecaria instada por el actor en tal pro-

cedimiento; en el caso de que se trata, aprobado el remate de la finca hipotecada a favor del mismo deudor hipotecario D. Diego González Conde y García, a quien en la fecha de 29 de Enero de 1934 (que es la del auto de aprobación del remate) correspondía la finca hipotecada por título de herencia, no aparece inscrito a su nombre en este Registro de la Propiedad el nuevo título de dominio del mismo, constituido por el precitado auto de 29 de Enero de 1934, única causa de la extinción de la obligación y de la cancelación de la hipoteca que la garantizaba, cuya cancelación sin tal previa inscripción se interesa. Porque rematada la finca hipotecada a favor de D. Diego González Conde y García, en la cantidad de 101.000 pesetas, no consta en el mandamiento si dicho precio de remate es superior o inferior al crédito reclamado o garantizado; antes, por el contrario, el Juzgado expresa que será necesaria liquidación y tasación para venir en conocimiento de tal extremo, habida consideración a las cantidades que el acreedor tiene recibidas a cuenta, por lo que no es posible al Registrador cumplir con lo que terminantemente le ordena la regla 17 del artículo 131 de la vigente ley Hipotecaria, que expresa que todas las circunstancias que enumera la repetida regla 17, entre las que está la de que se trata, se harán constar en el asiento de cancelación. No habiéndose tomado anotación preventiva de dicha cancelación por no haberse solicitado.»

Interpuso recurso el rematante contra la anterior nota y formuló la petición de que se impusieran las costas al Registrador. El Presidente de la Audiencia revocó el primer extremo de la calificación, confirmó el segundo, que no fué objeto de apelación por conformidad de todos, ya que se había hecho tasación de costas, y en cuanto a la última petición del rematante, la declaró improcedente, dado «el detenidísimo estudio que el Registrador ha hecho de las cuestiones planteadas». La Dirección general confirma el auto apelado con las siguientes consideraciones:

En cuanto a dicho primer defecto, que uno de los principios fundamentales del régimen inmobiliario español es el de la voluntariedad o rogación según el cual es indispensable, salvo en rarísimos casos, una petición inicial para poner en marcha el procedimiento hipotecario, sin que baste el hecho de que lleguen a conocimiento del Registrador noticias o datos sobre modificación en

la situación jurídica de la finca mientras no conste la voluntad de los interesados o de sus representantes en el asiento de presentación; y, por lo tanto, no existiendo precepto legal alguno que excluya de esta norma general la inscripción de los testimonios de los autos de adjudicación de inmuebles hipotecados, es manifiesto que, cualesquiera que sean los motivos doctrinales y prácticos determinantes de la conveniencia de que tal inscripción haya de preceder a la cancelación de la inscripción de la hipoteca para cuya efectividad se celebró la subasta, no es suficiente esta sola circunstancia para negarse a inscribir el mandamiento cancelatorio librado por Juez competente y revestido de los demás requisitos legales.

Con independencia de la voluntad del interesado, igual conclusión se infiere de la circunstancia de que el citado artículo 131 de la ley Hipotecaria establece dualidad de títulos para extender las cancelaciones y para practicar la inscripción de la adjudicación—en el primer caso, mandamiento por duplicado suscrito por el Juez, y en el segundo, testimonio expedido por el Secretario—, por lo cual puede suceder que, no obstante solicitarse el registro de ambos documentos, sea procedente la negativa a inscribir uno de los mismos por defectos extrínsecos, por motivos de índole fiscal o por otra causa legítima; y que, por el contrario, no exista defecto que impida inscribir el otro.

En cuanto a la condena al pago por el Registrador de las costas y gastos del recurso, que el artículo 135 del Reglamento hipotecario dispone que tales gastos y costas deberán ser abonados por los recurrentes y, excepcionalmente, por el Notario o por el Registrador, cuando aquél hubiere interpuesto el recurso «con evidente falta de personalidad» o cuando éste extendió la nota o sostuvo su procedencia «con ignorancia inexcusable»; y, como consta en el informe del Juez y en el auto apelado, dadas las cuestiones planteadas y el estudio hecho de las mismas, no hay base que justifique tal sanción; además de que el propio recurrente reconoce, en parte, la pertinencia de la nota, toda vez que consintió el auto presidencial en cuanto declaró la existencia del segundo de los defectos incluidos en la misma.

El artículo 322 de la ley Hipotecaria, con arreglo al cual los Presidentes de las Audiencias pueden corregir a los Registradores, sin formación de juicio, por infracciones legales o reglamentarias,

con multas de 100 a 1.000 pesetas, a cuya imposición se refiere el recurrente en su escrito de alzada, basándose en no haber sido devuelto el mandamiento calificado con el correspondiente oficio, carece de aplicación actual: primero, porque tal facultad disciplinaria la confiere el mencionado artículo a los Presidentes de las Audiencias y no a este Centro directivo, y segundo, porque es indudable que el Presidente de la Audiencia de Madrid, que conoció en primera instancia del recurso, estimó desaparecida la indicada falta mediante la unión al expediente del oficio del Registrador que requiere el artículo 137 del citado Reglamento, presentado por el propio recurrente durante la tramitación del recurso a los efectos de subsanar la omisión.

La Dirección general de los Registros cumple admirablemente su misión al dictar sus Resoluciones con completo sometimiento a los principios fundamentales que informan el régimen inmobiliario español; pero creemos que merecería la pena sacrificar en algunos casos, sobre todo cuando las circunstancias lo permiten, ciertos preceptos que intervienen en el derecho. Tal, en este asunto, el de la voluntariedad o rogación, uno de los más fundamentales de nuestro sistema, ante las garantías de seguridad y estímulo que proporcionaría la publicidad obligatoria de los contratos, dando con ello preferencia al no menos importante de la utilidad social y preparando los jalones para llegar al ideal perfecto de que en el Registro no existan confusiones e inexactitudes, asientos sin valor ni eficacia, inscripciones que no tienen razón de ser, derechos que se han apartado de la realidad, que son atribuidos a quien no es dueño de ellos, pudiendo originarle un perjuicio que el Estado y sus órganos se hallan en el deber de evitar.

No vemos inconveniente alguno, y sí una gran utilidad, en que se armonice la rigurosidad en la aplicación del principio de voluntariedad en la inscripción con la finalidad que propugnamos, acudiendo para lograrlo a procedimientos indirectos. Así, en este caso, el obligar al rematante de la finca a inscribir su título de adjudicación antes que el mandamiento cancelatorio de la hipoteca, es algo necesario, por varias razones, entre ellas la de considerar que lo que motiva la cancelación, su razón de ser, es haberse decretado como consecuencia de variar el titular de la finca, de ser ésta adju-

dicada a una persona, la que sea, en la subasta verificada, persona que sin tener ningún derecho en el Registro para ello, no parece muy adecuado dejarle en libertad de que pueda solicitar y obtener autorización para, de lo ordenado por el Juzgado, o sea la cancelación de las inscripciones posteriores, tan sólo se extienda la de la hipoteca, y le sea permitido dejar subsistente una inscripción, a todas luces extinguida, y cuya invalidación debiera ser obligatoria para el Registrador cuando, como ahora ocurre, tiene conocimiento documental de la inexactitud de su peculiar contenido.

Como consecuencia de esta libertad en que se deja al adjudicatario de la finca, resultará un inmueble inscrito en el Registro, sin conocerse a ciencia cierta quién sea el dueño, porque el que lo era de antiguo, por herencia, lo vendió a otra persona, y ya su inscripción no puede volver a tener vida. Ahora, en virtud de orden judicial, que queda incumplida, se cancela la inscripción practicada en favor de dicho comprador, para dar paso, como es natural, al asiento nuevo de dominio a nombre del adquirente por remate en el procedimiento especial sumario; pero de dicha extinción no llega al Registro más que el documento en que se contiene y manda extender, del que queda, sin embargo, para que la confusión sea mayor, constancia suficiente en el asiento cancelatorio que se practique para venir en conocimiento de que la finca ha cambiado de dueño, que quedó sin valor el título de comprador y que el Juzgado entregó en nombre de aquél la propiedad a un nuevo titular. Este aparece ignorado eficazmente por la sociedad, contra la tendencia de la moderna corriente jurídica, opuesta, cada día más, a la clandestinidad de los asientos del Registro, y creadora de procedimientos cancelatorios, casi de oficio, cuando circunstancias claras «den suficiente ocasión y base a la creencia de que la inscripción carece de objeto», en palabras de D. Jerónimo González (1).

No podrá verificarse ninguna operación registral en la finca de que se trata en el interin no tenga titular al que referirse, persona que transfiera o grave, mientras no se inscriba el testimonio del auto de adjudicación al rematante, por lo que entendemos que dicha inscripción debe preceder a la de cancelación, y ésta compren-

(1) Véase el artículo «Ordenanza hipotecaria alemana», en el número de Junio de esta Revista.

der la de todos los asientos que el Juzgado ordene extinguir, sin opción, por parte del interesado, a dejar subsistente la que más motivos de confusión encierra y mayores perjuicios puede ocasionar.

De hacerse así se pondría en evidencia una declaración necesaria para el contratante y para el régimen económico conyugal: la de que el rematante no adquiere la finca como bien propio, cual antes la poseía, sino para la sociedad conyugal, por tratarse de persona casada al tiempo de la nueva adquisición.

DONACIÓN «PROPTER NUPCIAS». OBLIGACIÓN DE ADJUDICAR. LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN QUE SE REALICEN SOBRE BIENES ADQUIRIDOS CON DICHA CONDICIÓN SUSPENSIVA NO PODRÁN SER DEFINITIVOS EN EL ÍTERIN NO SE HAGA CONSTAR EN EL REGISTRO SU CUMPLIMIENTO, POR EL ÚNICO MEDIO DE ACREDITAR LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO CON EL ACTA CORRESPONDIENTE. EL PACTO DE ADJUDICAR EN LO FUTURO BIENES EN PAGO DE CANTIDAD QUE SE ADEUDA, SI ÉSTA NO PUEDE DEVOLVERSE, NO ES INSCRIBIBLE.

Resolución de 13 de Mayo de 1936. (Gaceta de 31 de Mayo.)

Autorizó el Notario de Lesaca, D. Norberto Yrigoyen Santisteban una escritura de reconocimiento de crédito y adjudicación condicional, en virtud de la que doña María Iriarte Michelena, con licencia de su marido, D. José María Martiarena Vergara, se confesó deudora de D. Francisco Arrechea Micheltorena, por la suma de 5.000 pesetas que de él tenía recibidas; se obligó a su devolución, dentro del plazo de un año, y a abonar, entretanto, un interés del 4 por 100 anual, pactándose también que si transcurriese el plazo de un año «sin que la deudora haga efectivas dichas 5.000 pesetas, se entenderá prorrogado el plazo indefinidamente hasta tanto que el acreedor requiera notarialmente a la deudora, en cuyo caso deberá concederle un plazo mínimo de tres meses, y transcurridos éstos, se entenderán adjudicadas en pago las fincas descritas, debiendo en este caso otorgar carta de pago de la total suma adeudada, no sólo de las 5.000 pesetas», objeto de la escritura.

El Registrador de la Propiedad de Pamplona no admitió la inscripción: Primero. Porque del examen del Registro resulta que las fincas de que se trata aparecen registradas a favor de doña Ma-

ría Iriarte Michelena, en virtud de donación *propter nupcias*, que le hicieron sus padres, D. Tiburcio Iriarte y doña Alejandra Michelena, estando subordinada la efectividad de la inscripción al hecho no justificado de que la donataria hubiese contraído matrimonio, o lo que es lo mismo, a una condición suspensiva. Segundo. Porque la adjudicación que de los inmuebles descritos en el documento haya de hacerse en su día y caso al acreedor, D. Francisco Arrechea Micheltorena, entraña una obligación futura de transmisión de dominio que declara no inscribible el art. 18 del Reglamento hipotecario. Y siendo el defecto insubsanable, no se toma anotación preventiva.»

En el recurso interpuesto por el Notario, el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador y la Dirección revoca el auto, declarando que la escritura no se halla bien extendida, con los siguientes fundamentos :

En cuanto al primer defecto de la nota calificadora, al hallarse inscritas en el Registro de Pamplona las fincas de que se trata, a favor de doña María Iriarte Michelena, en virtud de donación *propter nupcias* que le hicieron sus padres, la donataria, aun antes de la celebración del matrimonio, aparece como titular de una expectativa con efectos provisionales, que permite ejercitar acciones que miren a la conservación del derecho, susceptible, como tal, de protección jurídica, y sobre la que son posibles actos de disposición que no podrán alcanzar al derecho definitivo porque, a diferencia de lo que acontece en las obligaciones puras o sujetas a condición resolutoria, en las condiciones suspensivas es necesario el cumplimiento de la condición para alcanzar una adquisición perfecta.

Por disposición del artículo 16 de la ley Hipotecaria, el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones suspensivas se hará constar en el Registro por medio de una nota marginal, lo que debió practicarse para pretender la validez de la adjudicación pactada, tratándose de la celebración del matrimonio, por la presentación del documento adecuado, que, conforme a lo establecido en el artículo 327 del Código civil, será el acta correspondiente del Registro del estado civil, pues la escritura de 5 de Febrero de 1932, no obstante haber sido otorgada por la deudora con licencia de su marido, no sirve para el efecto indicado.

Respecto del segundo motivo de la nota, el pacto inserto en la escritura recurrida, según el cual el plazo de un año para hacer efectiva la cantidad prestada se entenderá prorrogado hasta que el acreedor requiriese notarialmente, en cuyo caso debería concederse otro plazo mínimo de tres meses, y, «transcurridos éstos, se entenderán adjudicadas en pago las fincas descritas», debiéndose otorgar carta de pago de la suma total adeudada, es una forma contractual, según expresa el mismo Notario autorizante, poco corriente en el país, cuyo carácter real es muy dudoso, que carece de las características privativas esenciales de los derechos reales, pues sin poder analizar sus diferencias con los personales, revelen o no en su oposición la diversidad de nociones económicas, riqueza y servicio, como pretenden algunos, los derechos reales conceden una relación inmediata con las cosas, con protección *erga omnes*, sin necesidad de intermediario, y están sometidos en algunas legislaciones al régimen de *numerus clausus*; criterio contradicho por el artículo 14 del Reglamento hipotecario, si bien tiene reiterado la jurisprudencia de este Centro directivo que ello no puede autorizar la constitución de cualquier relación jurídica inmobiliaria con el carácter y efectos de un derecho real, ni significa que la voluntad pueda configurar situaciones hipotecarias, contra los preceptos civiles que impiden la amortización en la propiedad inmueble.

Por último, tanto con una interpretación gramatical y sistemática como del examen de la intención de los contratantes no se advierte la trascendencia real de la relación jurídica discutida, y más bien se pone de relieve la existencia de un tipo de obligación facultativa—una *res in obligatione et altera in facultate solutionis*—, en la que el deudor puede extinguir la obligación devolviendo la cantidad adeudada o adjudicando en pago determinadas fincas, y que, además, ha de tenerse en cuenta que el artículo 18 del Reglamento hipotecario declara que no son inscribibles las obligaciones de constituir, transmitir, modificar o extinguir el dominio o un derecho real sobre cualquier inmueble.

Las fincas de cuya adjudicación condicionada se trata se hallaban inscritas en favor de la deudora en concepto de donación por razón de matrimonio, antes de celebrarlo, y sabido es que la ma-

yoría de los autores, no todos, con Sánchez Román a su frente, al estudiar la naturaleza jurídica de tal acto de liberalidad le incluyen entre los sujetos a la condición suspensiva de que el matrimonio concertado llegue a efectuarse, ya que atendiendo a ello se hace la donación.

Esta clase de donaciones son revocables, según el Código civil, si fuesen condicionales, como en este caso ocurre, y la condición no se cumpliese, lo cual, en opinión de Castán, no puede referirse más que a la condición suspensiva, pues tratándose de la resolutoria, la condición se consolida por el incumplimiento. De Buen hace observar que aunque puedan, en efecto, hacerse donaciones matrimoniales bajo condición suspensiva, lo más frecuente será que la no realización del matrimonio constituya una condición resolutoria.

Existe en tales actos de liberalidad un principio de posible revocación; el donante puede ejercitar su acción resolutoria, y el donatario conoce su situación en la donación, y sabe, por tanto, que tiene un dominio condicionado, precario, necesitado para su plena eficacia de que la condición se cumpla, y de que este cumplimiento se haga constar en el Registro por medio de la oportuna nota marginal, extendida a virtud de la presentación del certificado de la celebración del matrimonio.

Si como es natural que ocurra, y en esta hipótesis consta en el Registro la forma condicional en que la donación se ha hecho, el inscribir algún título posterior traslativo de dominio equivaldría a dar entrada a sabiendas al ejercicio, con absoluta seguridad de éxito, de acciones que deberían su origen y se fundamentarían en causas que constaban expresamente en el Registro.

* * *

El pacto según el cual el plazo de un año establecido para devolver la cantidad objeto de préstamo se entenderá prorrogado hasta que el acreedor requiriese al deudor, en cuyo caso aún se concederá otro plazo mínimo de tres meses, pasados los cuales se entenderán adjudicadas en pago las fincas de la deudora, no reúne, a nuestro juicio, los requisitos necesarios para que pueda ser considerado como derecho real y, por tanto, inscribible.

No concede al acreedor «poder» sobre las fincas de la deudora ; el derecho del acreedor no recae «sobre cosas» en expresión técnica empleada en nuestro Código civil, ni es, como en muchos de los gravámenes reales, «derecho valorativo», o sea de los que pueden hacerse efectivos con el valor de la finca ; ni derecho firme sobre cosa ajena, ya que el titular no sólo continúa en el pleno disfrute de la finca, lo que es natural y propio, sino que tiene absoluta libertad para disponer de las fincas sin considerarlas afectadas ante tercero al cumplimiento de ninguna obligación, ni sujetas a limitaciones establecidas por preceptos legales o por derechos de un acreedor preferente.

En este caso tan sólo existe un derecho de crédito, objeto único del cual es la persona del obligado a quien el acreedor puede compeler a que realice su préstamo debitorio, mediante el ejercicio de la correspondiente pretensión, acción en nuestro derecho positivo. Ciertamente que la prestación dicha debe consistir en la entrega de las fincas, que el acreedor tiene derecho a exigir del deudor las ponga a su disposición ; pero no existe una relación jurídica directa entre el acreedor y las fincas, que es lo que caracteriza y distingue a los derechos de cosas o derechos reales ; su derecho sobre las fincas de que se trata no se halla protegido contra los ataques que otras personas puedan dirigir contra ellas. Responden, como todo el patrimonio del deudor, de las obligaciones por éste contraídas, pero no existe una responsabilidad que afecte exclusivamente a las fincas que el deudor se comprometió a entregar y que pueda hacerse efectiva, hallense o no aquéllas en el patrimonio del deudor : no existe, en conclusión, derecho real.

COMPRVENTA. BIENES GANANCIALES. SE DECLARA INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA POR LA QUE UNA MUJER CASADA, ACOMPAÑADA, Y CON LICENCIA DE SU ESPOSO, VENDE UNA FINCA INSCRITA EN FAVOR DE LA MISMA POR TÍTULO DE COMPRA DURANTE MATRIMONIO.

Resolución de 9 de Junio de 1936. (Gaceta de 18 de Junio.)

El Registrador de la Propiedad de Villalón denegó la inscripción de escritura otorgada ante el Notario de Medina de Río seco

don Enrique García de los Ríos, por la que una señora, acompañada de su marido, y previa licencia de éste, vendió una finca, «por el defecto de carecer doña Nicolasa Cuadrado Ponce de capacidad para venderla, aun acompañada y con licencia de su marido, don Jerónimo Fernández Martínez, pues apareciendo dicha finca inscrita a nombre de la doña Nicolasa por título de compraventa y para la sociedad conyugal con su antedicho esposo, sólo éste tiene capacidad para venderla, conforme a los artículos 1.412 y siguiente del Código civil. Y siendo insubsanable el expresado defecto, tampoco se admite la anotación preventiva, caso de solicitarse».

En el recurso interpuesto por el Notario, el Presidente de la Audiencia revoca la nota del Registrador, y la Dirección general confirma el auto apelado con el siguiente considerando :

Las ambiguas situaciones patrimoniales creadas en los Registros de la Propiedad a consecuencia de la aplicación de la presunción *juris tantum*, establecida en el artículo 1.407 del Código civil, sobre el carácter ganancial de los bienes inscritos a nombre de la mujer y comprados por ella con intervención del marido, quien reconoció en el documento de adquisición que el precio pertenecía privativamente a la compradora, mientras esto no se demuestre, han servido de base, interpretando amplia y armónicamente los artículos 1.387 y 1.416 del mencionado cuerpo legal, para que este Centro directivo, en su Resolución de 7 de Septiembre de 1921, haya declarado inscribible la escritura de venta de bienes adquiridos por la mujer en las expresadas circunstancias y otorgada por ella con asistencia también de su cónyuge, que le concedió la licencia marital y aprobó todo el contenido del documento, si bien sería más adecuado a la técnica jurídica que el marido hubiese prestado su conformidad al contrato en el doble carácter de jefe de la sociedad conyugal e interesado directamente en la transferencia, así como que se hubiese consignado que concedió la licencia marital y el consentimiento ; por lo cual, dadas las especiales circunstancias que concurren en el caso que motiva el presente recurso, análogas a las de la citada Resolución, y teniendo en cuenta, además, la orientación dimanante de la igualdad de derechos para ambos sexos, proclamada en los preceptos constitucionales, procede mantener la misma norma doctrinal a la cual se ajusta la decisión recurrida.

Nos limitamos a señalar la novedad que encierra la doctrina de la precedente Resolución, dictada en contra de todo un pasado de jurisprudencia casi unánime en reconocer, acatando el mandato del artículo 1.413 del Código civil, que el marido es el representante de la sociedad conyugal y quien únicamente tiene capacidad para vender los bienes gananciales durante el matrimonio; que solamente puede la mujer verificar dicho contrato con poder especial de su marido, es decir, que vende el marido representado por la mujer, y que dicha falta, «insubsanable», no se suple con la licencia que la conceda para dar poder a un tercero con objeto de vender dicha clase de bienes.

Ahora se ordena la inscripción de una escritura de venta por mujer casada, sin más que ir acompañada y tener licencia de su marido, de finca que adquirió en el mismo estado, con la manifestación que en este último contrato hizo el marido de que su esposa la había adquirido con dinero propio.

Se fundamenta esta decisión en la norma doctrinal, que se estima necesario reproducir, contenida en la Resolución de 7 de Septiembre de 1921, cuyo contenido señalábamos en otra ocasión (1) como una de las contadas excepciones que la doctrina jurisprudencial había tenido en este problema y que es innecesario traer a este lugar porque ya se refleja en el considerando arriba copiado.

* * *

Otro de los argumentos que sirven de apoyo a la doctrina de la precedente Resolución es «la orientación dimanante de la igualdad de derechos para ambos sexos, proclamada en los preceptos constitucionales».

La frecuencia con que se repite este argumento acaso nos lleve en otra ocasión a volver con mayor acopio de datos y, ante todo, con los muy elocuentes que nos suministran la experiencia y la cri-

(1) De varias de las cuestiones relacionadas con el asunto que motiva esta Resolución nos hemos ocupado en los comentarios a las de 11 de Abril y 10 de Junio de 1935, insertos sobre nuestra firma en las páginas 452 y 842, respectivamente, de los números de Junio y Noviembre de esta Revista de dicho año. Ante la improcedencia de reproducirlos aquí, a dichas citas remitimos al lector que desee examinar nuestra modesta opinión.

tica de dicho cuerpo legal, a ampliar nuestro trabajo «La Constitución y el Código civil», publicado en el número III de esta Revista, en el que procurábamos dar una impresión sobre el influjo que, a nuestro juicio, podría tener la Constitución en las relaciones jurídicas civiles y los requisitos que estimábamos necesarios para que aquéllas pudieran considerarse derogadas.

Por lo pronto aventuramos nuestro modesto parecer de que refiriéndose dicha «superley» al futuro, careciendo sus disposiciones de efecto retroactivo, siendo las reglas que ha dictado fuera del ámbito que, según los más elementales principios de derecho político, le es propio—la formación del Estado—, en el caso más favorable un índice de modificaciones que habrán de hacerse si el legislador futuro lo estima oportuno en las leyes civiles, unas bases sobre las que se puedan asentar las futuras relaciones privadas, familiares y patrimoniales de los españoles, podemos estar conformes en la idea de que toda ley que se dicte con posterioridad a la Constitución tenga presente la intención enunciada de igualar los sexos; pero no es posible conceder que tales modificaciones o bases sean desde luego aplicables a situaciones jurídicas—tal la matrimonial—nacidas bajo un régimen anterior diametralmente opuesto e incompatible con las nuevas orientaciones, razón esta última para que sea de todo punto imposible que pueda admitirse la abrogación.

LUIS R. LUESO,

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL Y MERCANTIL

29. *Institución de herederos a favor de personas aún no concebidas.—Prohibiciones temporales de enajenar.—Hecha constar en el Registro de la Propiedad la prohibición, perjudica a todo posterior adquirente, aunque lo sea a título oneroso.* (Sentencia de 29 de Noviembre de 1935.)

El Supremo, en un caso de institución de herederos a favor de varios nietos de la testadora, incluso a los no nacidos, hace, al rechazar el recurso, las importantes declaraciones siguientes :

La Sala sentenciadora no ha incurrido en ninguno de los dos aspectos de la incongruencia que se denuncia, al amparo de los números segundo y tercero del artículo 1.692 de la ley Procesal, en el motivo primero de este recurso, pues ni es exacto, en cuanto al primero de ellos, que la sentencia haya rechazado la reconvencción por la simple consideración de que el demandado no tuviera acción para pedir la nulidad e ineficacia de la cláusula séptima del testamento otorgado por doña M. L., ya que si bien en el Considerando segundo establece, a efectos dialécticos, esa tesis, prescinde de ella en el Considerando tercero, al entrar en el fondo del problema planteado en la reconvencción y sostener la validez de la mencionada cláusula ; ni es cierto tampoco, en cuanto al otro aspecto de esta pretendida incongruencia, que los supuestos del fallo, al desestimar la reconvencción, se hayan separado de los términos en que el demandado la propuso, toda vez que es manifiesto que las alega-

ciones de la parte demandada en su escrito de contestación, en el que de un modo preciso desenvuelve su demanda reconvenzional, van dirigidas a negar que tenga eficacia y pueda producir efectos jurídicos la limitación, contenida en la referida cláusula testamentaria, por la que se prohíbe entregar a los nietos de la testadora los bienes del legado y mejora que se les hace hasta que sus padres hayan llegado a la edad de cincuenta años, y, por consiguiente, procedió con perfecta congruencia la sentencia recurrida al examinar y decidir la cuestión relativa a la validez y eficacia de esa discutida disposición.

Considerando que el motivo segundo, en su apartado B, no puede ser estimado, ya que, aparte la posición contradictoria que en el recurrente supone el tachar de incongruente el fallo por haber resuelto acerca de la nulidad de la cláusula testamentaria referida, y atribuirle, a la vez, una infracción legal por no haber declarado esa nulidad, no es lícito al recurrente hacer supuesto de la cuestión debatida, dando por sentado que dicha cláusula «es nula por disposición expresa de la ley», ni puede ser de gran utilidad para discutir en casación el problema de la legitimación activa de una acción de nulidad la mera invocación de un precepto tan genérico como el del párrafo primero del artículo cuarto del Código civil, en el cual pueden ser incluidos una multitud de casos que requieren régimen jurídico muy diverso.

Considerando que si bien es cierto que del sistema general de nuestro Código civil, y sobre todo de la armónica relación de los artículos 29, 745 y 758, despréndese el principio de que el ser que no se halla todavía concebido al tiempo de la muerte del causante carece de capacidad para suceder, por falta de existencia, no lo es menos que esa regla tiene un límite impuesto por el juego de determinadas instituciones jurídicas admitidas en el derecho patrio, principalmente las sustituciones fideicomisarias, merced a las cuales puede el testador instituir a personas futuras llamándolas como segundos herederos, y aun cuando se entienda que no está comprendido en estas excepciones el supuesto de que sin sustitución fideicomisaria expresa establezca el testamento una disposición en favor de los hijos inmediatos de una determinada persona que viva en el momento de la muerte de aquél, aun no estando todavía concebidos, que algún Código extranjero, como el italiano, en su ar-

título 764, se cuida de admitir, inspirado en el buen deseo de facilitar la realización de fines prácticos que con frecuencia persiguen los testadores (cuando, por circunstancias especiales de una persona quieren apartarla de la sucesión, pero llamando a sus hijos en prueba de que no ha desaparecido el efecto de familia, o cuando, para mantener la igualdad de trato entre los hijos de una misma persona, creen necesario conceder igual liberalidad a los ya existentes y a los que pueden sobrevenir), es forzoso tener en cuenta, por lo que al caso de éstos hace referencia, que la Sala sentenciadora no ha negado el principio general de que los *nondum concepti* carezcan de aptitud para suceder, ni, por consiguiente, ha podido infringir el artículo 745 del Código civil, que en su relación con el 29 y el 30 del propio Cuerpo legal señala el recurso como violado, pues lo que hace la Sala es reputar inaplicable al caso dicho artículo por diversas razones de hecho y de derecho que el recurrente no se preocupa de combatir, y principalmente la de que no se trata de una simple institución a favor de los nietos que no han sido concebidos al tiempo de la muerte de la testadora, sino de una institución conjunta con otros nietos ya nacidos y unida al señalamiento de un plazo para que sean entregados los bienes del legado y de la mejora que a favor de todos ellos se constituyó; y como, en efecto, la cláusula séptima del testamento aportado por doña M. L. abarca dos extremos, relativo el uno a la extensión subjetiva del legado y la mejora (que la testadora quería referir no sólo a los nietos que al tiempo del otorgamiento viviesen, sino también a los que existiesen a su fallecimiento o naciesen con posterioridad de los respectivos matrimonios contraídos por sus hijos), y referente el otro a la limitación que durante un determinado plazo se imponía a la entrega de los bienes de ese legado y de esa mejora, y consiguientemente a la facultad de disponer de ellos, ha podido el Tribunal sentenciador, interpretando la cláusula en su totalidad, y admitiendo su validez, mantener la efectividad de la prohibición de disponer, en ella establecida, sin que tengan virtud para modificar la interpretación y el criterio de la Sala las alegaciones, un tanto descentradas, que formula el apartado A del motivo segundo del recurso, en las que para nada se toca el problema propio y directo del pleito, de la existencia de una prohibición de disponer, que privaba a los nietos que viven de capacidad para enajenar los

bienes objeto del legado y mejora, y en cambio se impugna el criterio que a la Sala se atribuye en orden al otro problema, extraño en realidad a la sustancia del litigio de la capacidad sucesoria de los nietos eventuales, que no consta hayan llegado a existir, sin siquiera intentar demostrar el recurrente que aquella vinculación o prohibición temporal de disponer, cuya existencia no niega, pueda estar afectada por alguna autolimitación de la voluntad testamentaria o repercusión legal que le reste eficacia.

Considerando que la doctrina, legal y jurisprudencial, según la que no pueden afectar los vicios de nulidad de los contratos a quienes no han tenido intervención en los mismos, ni puede esa nulidad perjudicar a los terceros que bajo la fe del Registro adquieren a título oneroso, por muy cierta y fundamental que sea, no tiene aplicación al caso de este recurso, dada la apreciación de los hechos que formula la Sala de mérito al dar por cierto, en los Considerandos octavo y noveno de su sentencia, no sólo que el demandado y hoy recurrente, señor C., conoció la existencia de la cláusula, incorporada al Registro público, por la que se imponía a los menores, nietos de la testadora, la prohibición temporal de disponer de los bienes que se les adjudicaron, sino además que existió verdadera confabulación entre dicho demandado y el padre de los menores para realizar el conjunto de operaciones jurídicas que se llevaron a cabo al objeto de vender dichos bienes y dejar incumplida la voluntad de la testadora, por lo que, no impugnada en forma esa estimación, carece de base la infracción que el apartado C del mismo motivo segundo apunta al invocar diversos textos del Código civil que sancionan la fuerza obligatoria de los contratos, relacionándolos con los artículos 33 y 34 de la ley Hipotecaria.

Considerando que es forzoso rechazar también el motivo tercero y último, que aduce, al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la ley adjetiva, error de derecho en la apreciación de la prueba por no haber reconocido la Sala toda su eficacia a la escritura pública por la que don J. G. vendió a don J. G. G. los bienes que pertenecían a los hijos menores de aquél, ya que es lo cierto que el Tribunal *a quo* no ha desconocido el valor probatorio que a los documentos de esa clase otorgan los artículos 1.216 y 1.218 del Código civil, y sí sólo la veracidad y sinceridad de su contenido, las cuales, según constante jurisprudencia de este Supremo

Tribunal, pueden ser desvirtuadas por la debida y conjunta valoración de las demás pruebas que en cada caso concurran.

* * *

Los interesantes problemas que se suscitan con motivo de instituciones análogas a la hecha en el testamento del cual es la cláusula cuya validez se impugna en el pleito que la anterior sentencia resuelve, pueden verse tratados por don Jerónimo González, con su peculiar maestría, en su trabajo «El titular», publicado en esta Revista, tomo IV, pág. 272; el concepto de hijos nacederos («nascituri») y sus especies, «concepti» y «nondum concepti», véanse en la página 279.

Acerca de las cuestiones que se derivan de las prohibiciones de enajenar, véanse: González, «Prohibiciones de disponer», REVISTA CRÍTICA, tomo I, pág. 658; Ríos Mosquera, «Las prohibiciones de enajenar», en la misma Revista, tomo I, pág. 241; sentencias de 1 de Marzo de 1932 (REVISTA CRÍTICA, tomo IX, pág. 62); 5 de Abril de 1934 (tomo X, pág. 461); 29 de Mayo de 1935 (tomo XII, página 140); Resolución de 14 de Octubre de 1932 y Resolución de 13 de Julio de 1933, extractada por mí en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», tomo 163, pág. 837.

30. *Letra de cambio.*—La aceptación de la letra presupone una declaración abstracta de voluntad excluyente de la alegación de nulidad de la obligación cambiaria por simple ausencia de causa. (Sentencia de 30 de Noviembre de 1935.)

El aceptante de unas cambiales demandó al tenedor de éstas, alegando que aquéllas carecían de causa legítima, por lo que pedía la nulidad de los contratos de que nacían las acciones ejercitadas por el demandado.

El Juzgado dictó sentencia absolutoria, que fué confirmada por la Audiencia, e interpuesto recurso, lo rechaza el Supremo:

Considerando que fundado el presente recurso, al amparo del número primero del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, en la infracción, por falta de aplicación, de los artículos 443,

444 y 445 del Código de Comercio, en relación con la letra y el espíritu de todos los demás que componen el título diez, libro segundo del propio cuerpo legal y con los artículos 1.275 y 1.276 del Código civil, resulta palmario que le cierran el paso, en primer lugar, la reiterada doctrina de esta Sala, que viene proclamando que el mero concepto de índole negativa de la inaplicación de un precepto legal no está comprendido en el ámbito rigorista del número primero del citado artículo 1.692 de la ley Rituaria, y, en segundo término, la exigencia, mantenida también por jurisprudencia constante, de que se señale en los recursos, con claridad y precisión, el precepto o preceptos que se supongan infringidos, sin que baste que sean citados indeterminadamente y en sentido general, como en el actual caso se hace, todo un grupo de normas jurídicas.

Considerando que aunque no existiesen tales obstáculos procesales, derivados del carácter excepcional y formalista que el recurso de casación tiene, nunca podría prevalecer la argumentación del recurrente, limitada a propugnar la tesis de que son nulas, por carecer de causa, las letras mediante las que se formaliza el contrato de cambio cuando no conste que el librado y aceptante hayan recibido del librador, en efectivo o en mercaderías, las cantidades objeto de dicho contrato, sin tener en cuenta, al razonar así, que, sea cualquiera la construcción jurídica de la letra de cambio, la aceptación de este documento presupone una declaración abstracta de voluntad, excluyente de la alegación de nulidad de la obligación cambiaria por simple ausencia de causa, y si bien es cierto que bajo el negocio abstracto cambiario existe un negocio causal subyacente, cuya validez o nulidad puede ser discutida en un juicio declarativo al objeto de determinar la relación jurídica que en definitiva medie entre el aceptante y el librador, no lo es menos que en el caso actual el convenio causal está en realidad al margen del recurso, pues contra la apreciación de la Sala sentenciadora, según la cual no se ha practicado ninguna prueba conducente a demostrar la existencia de vicios de nulidad que hayan podido afectar a los contratos celebrados entre las partes litigantes, el recurrente no se ha cuidado de utilizar la vía del número séptimo del artículo 1.692 de la ley Rituaria (aparte de que tampoco concreta la causa de nulidad que pudiera y debiera haber sido aplicada), y, por consiguiente, ha de ser tenida por firme e inconvencible

aquella declaración del Tribunal *a quo*, de conformidad con la doctrina jurisprudencial, exteriorizada en numerosas sentencias, y entre ellas la muy reciente de 11 de Abril del corriente año, que establece que la existencia de la simulación y la de los vicios del consentimiento es un problema de hecho de la exclusiva competencia del juzgador de mérito.

* * *

Para evitar repeticiones, remitimos al lector a la nota que sigue a la Sentencia de 24 de Octubre de 1935 (sobre responsabilidad solidaria de los que en las letras estampan su firma), publicada en el número de Mayo de esta Revista, pág. 388.

31. *Legítima del hijo legítimo no mejorado, en concurrencia con un hijo natural.—Derechos sucesorios del hijo natural después de la Constitución vigente.—Las orientaciones del Código fundamental no pueden desconocerse ni desdeñarse, pero por el momento sólo tienen un simple valor programático.* (Sentencia de 27 de Diciembre de 1935.)

En unas operaciones particionales, a las que concurren un hijo legítimo y otro natural (ninguno mejorado), se adjudicaron a aquél los dos tercios, y a éste el tercio restante del caudal, declarando inoficiosos los legados. Interpuesta demanda por uno de los legatarios, que entendía que al hijo legítimo debía adjudicarse un tercio, y al natural un sexto de la herencia, el Juzgado desestimó la demanda, pero la Audiencia de Madrid aceptó la tesis del demandante. Interpuesto recurso, el Supremo casa y anula la sentencia de la Audiencia y sienta la importante doctrina que sigue:

Considerando que el tema a dilucidar, por exigencias de la litis, estriba, de modo concreto, en la interpretación que el artículo 840 del Código civil merezca, en orden a cuál sea cuantitativamente la legítima que corresponda a los hijos legítimos no mejorados, con objeto de fijar el tipo regulador de la cuota legitimaria de los naturales del testador legalmente reconocidos que con ellos concurren, en el sentido que dicho artículo precisa, o sea sin poder exceder, en modo alguno, de la mitad numérica de la de aquéllos,

siempre que quepa dentro del tercio libre, del que habrá de sacarse, con deducción de los gastos de entierro y funeral.

Considerando que a estos efectos se impone examinar el contenido del artículo 808 del mencionado Cuerpo legal, básico a los fines del debate, porque en él se expresa concluyentemente lo que por legítima de los hijos y descendientes legítimos debe entenderse, estableciendo al efecto de modo categórico, tanto si se contempla el valor gramatical de sus palabras como el espíritu que las informa, que tal legítima está constituida, no por una tercera parte del haber hereditario del padre y de la madre, sino por los dos tercios del mismo, que son los que, frente al otro tercio de libre disposición, provocan reservas testamentarias de carácter forzoso en favor de los mentados legitimarios del grupo, lo cual se armoniza enteramente con la tradición jurídica patria, que en obsequio a ellos dió carta de nauraleza a la fórmula restrictiva del *jus disponendi mortis causa*, a título de necesario auxilio, contra testadores olvidadizos de sus deberes familiares.

Considerando que originariamente así fraccionada la herencia, según el artículo 808 que se comenta, es decir, contraponiendo a la parte de ella de libre disposición la del *as* hereditario, que la ley de Partidas califica como debida *jure natura*, viene, en su párrafo segundo, a dividir en dos partes iguales la precitada legítima, facultando al testador para disponer de uno de los dos tercios que la integran, a fin de aplicarlo como mejora en favor tan sólo de sus hijos y descendientes legítimos, y en armonía con la definición que de ella da el artículo 823 del propio Cuerpo legal, lo cual significa que el nacimiento de este fenómeno jurídico depende exclusivamente de la potestad concedida al testador para crearlo, y que, por tanto, si no usa de ella por un acto expreso, ya que, aparte de las excepciones comprendidas en los artículos 828 y 782 del citado Código, éste no admite mejoras tácitas, no surge tal institución a la vida del derecho y, en consecuencia, queda con su prístino carácter de legítima, en la aceptación lata ya estudiada, toda aquella parte de la herencia constitutiva de los dos tercios del caudal, reservada por la ley a los herederos forzosos; contrariamente a lo que acaece cuando el *de cujus* dispone a favor de éstos o de algunos de ellos del todo o parte de ese tercio electivo, porque entonces, al ser detraído de la legítima de que

forma parte, para vivir vida propia y específica, su naturaleza jurídica se modifica y transforma, entrando de lleno en la regulación especial que para el caso establece el Código civil, y cuando ello ocurre no cabe dudar que los derechos pertenecientes a ese tercio de mejora son adquiridos por el heredero o herederos, en virtud de decisión del testador, y por ende su concepto de herederos voluntarios, a diferencia de lo que sucede si dicha mejora no tiene existencia real y concreta, es decir, independiente de la legítima, ya que en este supuesto no puede decirse que exista como tal jurídicamente, y en su virtud nada puede obtenerse por consideración a la misma sin hablarse de hijos y descendientes mejorados.

Considerando que a esta argumentación no puede oponerse con éxito el contenido de la base décimosexta de la ley de Bases de 11 de Mayo de 1888, porque en una pugna real o aparente entre ella y el artículo 808 citado, habría de prevalecer éste sobre aquélla, toda vez que no revistiendo la misma el carácter de derecho constituido, carece de eficacia a esos efectos ante los Tribunales, supuesto que no se promulgó para que ellos la aplicaran, por lo que no puede servir de fundamento a ninguna demanda o recurso, según declara la Sentencia de este Supremo Tribunal, de 24 de Junio de 1897; pero es que, además, lejos de existir antinomia entre una y otro, el artículo referido es sólo un fiel reflejo de lo que en la base se consigna, e idéntico su contenido, porque en ésta, cualquiera que sea su redacción, ni se niega a la mejora el carácter de legítima, nombrándola para distinguirla del tercio libre, ni se establece de modo forzoso y en todo caso, con o sin voluntad del testador, el reparto *ab initio* del haber hereditario en tres partes iguales, sino que se deja a la decisión de aquél hacerlo así, pues no otra cosa significa decir que *podrá* el padre asignar a su arbitrio una de ellas como mejora entre sus hijos; de donde se deduce que si no lo hace, esa parte destinada a mejora no puede tener otra finalidad que la de venir a acrecentar la legítima, que es en definitiva lo que el artículo 808 establece al otorgar al testador la facultad de distribución de su herencia en tres porciones iguales, entendiéndose que, en su defecto, dos de ellas sirven para nutrir dicha legítima.

Considerando que, en virtud de todo lo expuesto, debe concluirse sentando que la legítima de los hijos y descendientes legí-

timos la forman dos tercios del caudal hereditario, si no hay mejora, o un tercio, si se destinó a ésta todo el segundo, o bien el primero y lo que reste del segundo, en la parte del mismo sustraída a dicho fin, constituyendo, por tanto, una cuota distinta en cada sucesión la legítima que corresponda a cada hijo legítimo, con imperio de la teoría llamada del dividendo variable, por lo que la frase «hijos legítimos no mejorados», empleada en el referido artículo 840, responde exclusivamente al principio cardinal de impedir que el hijo natural reciba, con cualquier motivo o circunstancia, mayor participación en la herencia que la representada por la mitad de lo que en el respectivo caso corresponda al hijo legítimo no favorecido con mejora, partiendo de la realidad de hijos o descendientes mejorados y no mejorados, ya que cuando no hay mejora no se da la posibilidad de que alguien ostente tal beneficio o quede fuera de él, y en este sentido no cabe interpretar la frase expresada como referida a un tercio de mejora ideal y abstracta, presente siempre en toda sucesión, con voluntad expresa del causante o sin ella, porque su significado equivalga a la total, perenne e invariable exclusión del tercio de mejora para fijar la cuota del hijo natural.

Considerando que haciendo aplicación de esta doctrina al caso actual, el problema se presenta en términos de perfecta claridad, porque en la sucesión de que se trata sólo existe una hija legítima y un hijo natural reconocido conforme a Derecho, dándose, por tanto, un imposible legal o una gran dificultad *de facto* para que la mejora surja, ya que ella requiere pluralidad de sujetos en una o varias generaciones, sobre los que sea factible que recaiga, porque su propia naturaleza presupone el ejercicio de un derecho electivo, por lo mismo que lleva envuelta en su entraña una idea de desigualdad, preferencia o comparación entre dos términos, uno más favorecido que otro, por llamamientos simultáneos o sucesivos, de donde se infiere que al recibir don R. G. un tercio de la herencia de su padre natural, deducidos los gastos de entierro y funeral, percibió la mitad de lo que por legítima correspondía a doña A. G., que en este caso y por lo expuesto la constituían los dos tercios restantes de la herencia, y al no reconocerlo así la Sala sentenciadora, incidió en el error de interpretación que se le atribuye y aplica indebidamente el artículo 840, en relación con el

808 y 806, todos del Código civil, por lo que procede dar lugar al recurso interpuesto; por el primero de sus motivos, con las consecuencias legales que de ello se deriven para los legatarios, y también por el segundo, ya que la Sentencia de 2 de Diciembre de 1930, invocada, resuelve caso distinto del actual al reconocer la realidad de una cláusula testamentaria que manda por vía de mejora a los hijos legítimos un tercio de los bienes, apreciándose en dicha Sentencia la intención de mejorar, aparte de que en ella se discurre sobre la base especial del pleito y se corrigen los términos de generalidad de la sentencia de instancia, estimándolos innecesarios a los efectos de aquel debate.

Considerando que aún cabe actualmente, en apoyo de la tesis que se sustenta, esgrimir un argumento más en favor de los derechos sucesorios del hijo natural, que es el que proporciona el artículo 43 de la Constitución vigente, el cual lleva su generosidad con respecto a la prole ilegítima hasta el extremo de equipararla a la legítima, marcando con ello una orientación que no puede desconocerse ni desdeñarse por lo que tiene de directiva, siquiera no represente otro valor que el de un simple enunciado programático, necesitado, para ser viable en la esfera del Derecho privado, de minuciosa reglamentación que abarque las completas normas de un nuevo régimen familiar.

* * *

La doctrina de la anterior Sentencia parece inspirada en uno de los dictámenes de Díaz Cobeña (Madrid, 1919, pág. 278), que coincide exactamente con la doctrina que ha prevalecido y que puede resumirse diciendo que cuando no hay más que un hijo y no hay mejora especial, la legítima suya son los dos tercios, correspondiendo el tercio restante al hijo natural. Díaz Cobeña llegaba a más, al sostener que el padre, cuando tiene un solo hijo, no puede mejorar a éste. La Sentencia extractada parece admitir el mismo criterio desde el momento que sostiene que tratándose de una sucesión en que sólo concurren un hijo legítimo y uno natural, hay un imposible legal o una gran dificultad «de facto» para que la mejora surja, ya que ella requiere pluralidad de sujetos. Prácticamente, y a pesar de lo que el Supremo entiende, es perfec-

tamente lícito y posible que un testador con un solo hijo legítimo y otro natural establezca una cuota de mejora; porque si el hijo es soltero y carece de descendientes, no existe ningún obstáculo para que el testador destine ese tercio a los descendientes que pueda tener; en este caso surge la mejora, y como consecuencia, automáticamente, la cuota del hijo natural queda reducida al sexto de la herencia.

Para un estudio de la institución de la mejora, véase: Lacoste, «La mejora», Edit. Reus, Madrid, 1913. Romero Vieitez, «La mejora», 1936 (Madrid). Ferrara, «Conferencia sobre el sistema de la legítima y de la mejora en el Derecho español». REVISTA CRÍTICA, tomo V, pág. 53 (con observaciones de J. González, a continuación). Lezón, «Inteligencia y alcance del artículo 827 del Código civil». REVISTA CRÍTICA, tomo V, pág. 102. Morell, «Mejoras». Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo LXXXIII, página 259. González Rebollar, «Sobre mejoras a los nietos en vida de sus padres», en la misma Revista, tomo CIV, página 409. Villares Picó, «Cuestiones sobre la mejora». REVISTA CRÍTICA, tomo tercero, página 881. Reino Caamaño, «La reserva familiar como objeto de mejora». Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo CXXVIII, página 424. Uriarte, «Inteligencia y alcance del artículo 827 del Código civil». REVISTA CRÍTICA, tomo V, página 321.

El Supremo insiste una vez más en que las disposiciones de la Constitución no constituyen por sí solas normas de absoluta eficacia en el ordenamiento civil, en tanto éste no se modifique expresamente, pero no desconoce la importancia de las mismas y la influencia que pueden ejercer sobre aspectos concretos de la legislación; recuérdese lo que decíamos al final de la Sentencia de 29 de Enero de 1935 (REVISTA CRÍTICA, tomo XI, página 299), que resolvía un caso de investigación de paternidad, y la jurisprudencia que allí citábamos; por cierto que la Audiencia de Madrid ya ha fallado el caso de que incidentalmente hicimos mención, relativo a la emancipación hecha por una madre casada segunda vez, de un hijo del primer matrimonio. La Audiencia ha declarado bien hecha la emancipación. Esto es una derogación paladina del artículo 168 del Código civil y viene a confirmar el criterio de la Dirección general de los Registros, en su Orden de 4 de Octubre de

1933 (1). *No obstante los casos expuestos, insistimos, de acuerdo con el Supremo, en que la Constitución en modo alguno modifica el ordenamiento civil, mientras leyes especiales no digan otra cosa.*

32. *Compraventa.—Consentimiento y causa.—¿Constituye coacción el hecho de que el fiador amenace al afianzado con retirarle la fianza, si no le otorga escritura de venta de unas fincas? El negocio disimulado y el contrato aparente.* (Sentencia de 23 de Diciembre de 1935.)

Don L. R. interpuso demanda contra una entidad bancaria y don C. B. porque habiendo tenido el demandante necesidad de realizar unas operaciones bancarias con la demandada y otras operaciones con el demandado, puso a nombre de éste unas fincas, declarando recibido el precio el vendedor, comprometiéndose el comprador a hacerle venta tan pronto saldase la deuda; requerido el comprador para la devolución de las fincas, la entidad bancaria las embargó, y como la escritura de venta primitiva se había hecho con consentimiento viciado y causa falsa, pedía la nulidad de la misma y de los embargos subsiguientes; el Juzgado y la Audiencia no accedieron a la demanda, e interpuesto recurso, lo rechaza el Supremo:

Considerando que el problema jurídico planteado en este pleito y en el presente recurso trae su origen de la súplica de la demanda, en la cual se interesó la nulidad de la escritura de compraventa otorgada en 12 de Noviembre de 1929, por el actor, a favor de don C. A., fundándose en estar viciado el consentimiento por intimidación y ser simulada o ausente la causa de su otorgamiento, solicitando también la nulidad de la inscripción de dicho título en el Registro de la Propiedad, la del embargo practicado en los bienes objeto del título y la de la anotación de dicho embargo.

Considerando que para la resolución del recurso en su motivo único es necesario partir de los hechos que como fundamentales se establecen en la sentencia recurrida, cuales son que el demandante, hoy recurrente, don L. R. otorgó una escritura de venta

(1) La publicamos y comentamos en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo CLXIV, pág. 374.

de inmuebles a favor del señor A. para garantizar el cumplimiento de ciertas obligaciones que respecto de éste tenía; que después se celebró entre los mismos un contrato privado por el que A. se comprometía a revender a R. lo comprado, una vez que por éste se cancelase cierta letra de cambio «y todo lo que aquél le tenía garantizado»; que R., cuando lo estimó oportuno, requirió repetidamente a A. para que cumpliera su obligación, sin que éste se prestase a ello; que más tarde el Banco de Crédito siguió un procedimiento ejecutivo contra A., obteniendo el embargo de los expresados inmuebles e inscribiendo en el Registro de la Propiedad esta traba, y que el propio actor no recuerda—así dice en su confesión—si en ciertas renovaciones de las letras garantizadas por el señor A. y regarantizadas por la primera escritura de venta aportó el señor A. la cantidad al efecto necesaria en efectivo metálico, y por ese motivo no tiene en su poder las letras correspondientes a dichas renovaciones.

Considerando que invocada como causa de nulidad del contrato de compraventa combatida en este pleito el estar viciado el consentimiento, porque A. amenazó al otro contratante R. con retirar la fianza personal que le había prestado si no aceptaba la escritura; tal hecho, el Tribunal de instancia llamado a apreciarlo no lo estima coactivo, e indudablemente con acierto, porque el requerimiento del fiador al afianzado no era amenaza de un mal injusto, sino un derecho derivado de la fianza que por él había prestado.

Considerando que a la luz de los hechos, que la Sala sentenciadora admite como probados, es evidente que nos hallamos en presencia de un negocio *disimulado*, determinante de un acto jurídico válido y lícito, encubierto por un contrato aparente, y como conforme a los artículos 1.275, 1.276 y 1.277 del Código civil el mero hecho de alegar las partes una causa inexacta o falsa al celebrar un contrato no anula éste, siempre que se justifique, como ocurre en este caso, haberse fundado en otra verdadera y lícita y hábil para transmitir, es visto que al no declarar la Sala sentenciadora la nulidad del contrato impugnado no incidió en su fallo en violación, interpretación errónea o aplicación indebida de las leyes o doctrinas legales aplicables al caso del pleito como al amparo del número primero del artículo 1.692 de la ley Rituaria se sostiene en el recurso.

Considerando que ante la validez del contrato transmisivo de la propiedad, que reconoce y declara el fallo de instancia, se hace totalmente innecesario tratar el problema hipotecario, del que sólo cabría ocuparse si aquél fuere declarado ineficaz.

* * *

Para un estudio de la teoría de la causa véase la bibliografía que insertamos al final de la Sentencia de 14 de Enero de 1935 (REVISTA CRÍTICA, tomo XI, pág. 377), la Sentencia de 21 de Marzo de 1935 (REVISTA CRÍTICA, tomo XI, pág. 707) y la de 30 de Junio de 1931, sobre simulación (en la misma Revista, tomo VIII, página 219); no necesitamos encarecer la importancia que para el estudio de los negocios simulados tiene la obra de Ferrara, «La simulación de los negocios jurídicos». Madrid, 1926; véase del mismo Ferrara, «La posizione dei creditori chirografari rispetto ai contratti simulati del debitore», «Rivista di Dir. Comm.», 1905, pág. 438, Messina, «La simulazione assoluta», en la misma Revista, 1907, tomo I, pág. 393. Belaza, «A simulação em Direito civil», Coimbra, 1924.

ENRIQUE TAULET,

Notario de Valencia.

Jurisprudencia administrativa del impuesto de derechos reales

LVIII

Devolución de impuesto. La calificación de un documento y la liquidación consiguiente a tal calificación, estimando que un heredero adquiere, desde luego, la nuda propiedad, aunque no fuese cierta, no constituiría error de hecho, sino de derecho, y sólo es reclamable en el plazo de quince días, a contar de la notificación de la liquidación, o desde que el interesado la conozca.

El Reglamento del impuesto de 16 de Julio de 1932, y el de Procedimiento de 29 de Julio de 1924 establecen dos medios para pedir la devolución de las cantidades pagadas indebidamente : uno, la reclamación, en el plazo de quince días, ante el Tribunal Económicoadministrativo, según el artículo 200 de aquél y 62 de éste, y otro, excepcional, según los artículos 201 y 6 de los mismos Reglamentos, y Decreto de 2 de Agosto de 1934, referente a la devolución de cantidades por error de hecho o material, en cuyo caso puede solicitarse, ante el Delegado de Hacienda, en el plazo de cinco años, desde el ingreso de la liquidación.

Si el tutor de una menor no reclama en el plazo de quince días las liquidaciones giradas a nombre de ésta, dos de las cuales ingresó, y, respecto de las otras dos, solicitó el aplazamiento, sin conseguirlo, y posteriormente, la devolución de las cantidades satisfechas, esta petición no puede prosperar, porque aunque hubiera habido error en la calificación del liquidador, en cuanto a la inter-

pretación de las cláusulas testamentarias para saber si en el testamento existe una condición suspensiva, que es lo que dice el reclamante, esto no constituiría error de hecho o material, sino de derecho, y, por lo tanto, al exigir el liquidador el impuesto por la nuda propiedad, desde luego, sin aplazar la exacción, como pretende el recurrente, este error no puede ser calificado de material, sino de derecho o de concepto, y contra él no cabe más que la reclamación en el plazo de quince días. (Acuerdo del Tribunal Central de 23 de Junio de 1935.) 86 de 1935.

LIX

Sociedad. Vista en segunda instancia. Notificación. La manifestación del expediente para alegaciones en segunda instancia sólo procede, según el artículo 89 del Reglamento, cuando hay más partes que la apelante. Conocidas las liquidaciones por el recurrente, aun cuando no fuesen notificadas desde cierta fecha, si con mucha posterioridad formulan la reclamación económico-administrativa, no procede ésta si se halla fuera del plazo de quince días del Reglamento de 29 de Julio de 1924.

Según el artículo 5.º del mismo Reglamento, las rectificaciones de actos administrativos solicitadas antes de verificarse el ingreso de las cantidades liquidadas no tienen en ningún caso el carácter de nuevos actos administrativos, y no afectan, por lo tanto, a los plazos que se hallan en curso para reclamar contra los que hubiesen dado origen a ellas. La modificación de ese precepto por el Decreto de 2 de Agosto de 1934 no afecta a los actos anteriores a su fecha, ya que no se le dió efecto retroactivo. El artículo 200 del Reglamento del impuesto no modifica el precepto general del de 29 de Julio de 1924, antes transcrito. (Acuerdo del Tribunal Central de 8 de Octubre de 1935.) 87 de 1935.

LX

Información posesoria. La fecha de expedición de las certificaciones de un Ayuntamiento para inscribir unos solares en el Registro

es la que rige para el impuesto y no la de los acuerdos del Ayuntamiento en que la adquisición se funde ; por ello, si desde la fecha de la expedición de la certificación hasta la presentación no ha pasado el plazo de prescripción del Reglamento, ha de liquidarse, conforme a éste, al 6 por 100.

El objeto de la liquidación impugnada no fué la incorporación al patrimonio del Ayuntamiento de un solar, en virtud de acuerdos de 1872 y 1873, adquisición para la que podría haberse alegado la prescripción fiscal, sino la certificación presentada en la Oficina liquidadora, expedida en 28 de Septiembre de 1932 para inscribir dicho solar, en el Registro de la Propiedad, a nombre del Ayuntamiento, certificación que evidentemente, dada su fecha y la de la presentación en el Registro, no está prescrita.

Según el artículo 36 del Reglamento del impuesto, las informaciones de posesión y las de dominio, cualquiera que sea el título de adquisición que se alegue y la fecha del mismo, satisfarán el 6 por 100 del valor comprobado de los bienes y derechos a que se refieren ; las certificaciones expedidas por el Ayuntamiento para hacer constar la posesión o dominio de terrenos tienen el objeto y eficacia registral de informaciones posesorias y deben estimarse, a los efectos del impuesto, como tales. La resolución de la Dirección de Contribuciones de 26 de Abril de 1887 no se refiere a la información o certificación objeto de la liquidación impugnada, sino a los actos adquisitivos que dieron lugar a otras certificaciones, las cuales no se podían referir al solar de que se trata, pues si éste se hubiera inscrito entonces, no era necesaria la nueva certificación. (Acuerdo del Tribunal Central de 8 de Octubre de 1935.) 90 de 1935.

LXI

Devolución de documento. Si un interesado pide expresamente se liquiden sólo los derechos que a él le correspondan, aun cuando el documento contenga otros actos y que se le devuelva tal documento, debe hacerse así, tomando nota el liquidador para fijar las demás liquidaciones.

Un interesado solicitó que se examinase el documento que se

presentaba y se devolviera al presentador con nota de no ser él el obligado al pago del impuesto, a fin de que pudiese surtir efecto en los Tribunales de Justicia (el documento era de una venta de motor industrial). El liquidador giró la liquidación como muebles y consignó una nota, diciendo: «Se deniega la petición por no ser de aplicación lo dispuesto en el artículo 125 del Reglamento, ya que se ha presentado fuera de plazo», y, en consecuencia, retuvo en su poder el documento presentado. Recurrido este acuerdo, el Tribunal Central fija la siguiente doctrina:

El artículo 125 del Reglamento del impuesto previene que el liquidador a quien se presente un documento girará todas las liquidaciones referentes al mismo, salvo el caso de que se solicite de un modo expreso que se gire sólo la de los derechos que haya de satisfacer la persona a cuyo nombre estuviese librado el documento, pues entonces aquél tomará nota para girar las demás liquidaciones que procedan, cuando sean exigibles, es decir, una vez transcurrido el plazo legal; y claro es que estas prevenciones del mencionado artículo únicamente pueden cumplirse cuando el documento se ha presentado antes de vencer el plazo reglamentario, pues cuando se presentan después huelga la salvedad hecha, ya que en tal caso deberán girarse todas las liquidaciones, sin que quepa que el presentador solicite lo contrario, ni sea necesario que el liquidador tome notas para girar unas liquidaciones que ya son exigibles.

Pero ello no significa que cuando el documento se presente fuera del plazo, el liquidador deba retenerlo y negarse a su devolución a la persona a cuyo favor está expedido una vez que *ésta haya pagado* sus derechos, pues entonces es de aplicación el párrafo segundo del mismo citado artículo, según el cual, efectuado el pago por aquel a cuyo favor está expedida la copia, se le devolverá ésta aunque los demás interesados no hayan satisfecho sus liquidaciones. Este precepto lo corrobora el artículo 128 en los casos en que las personas dueñas del documento no están obligadas al pago de ninguna liquidación y sólo deban satisfacer los honorarios de la nota mediante la que se devuelve aquél; por lo cual procede que se devuelva el documento aludido con nota de que la persona a cuyo nombre está expedido no es la obligada a satisfacer el impuesto, previo el pago de los derechos correspon-

dientes, sin perjuicio de dirigir la acción administrativa contra la persona a cuyo nombre se giró la liquidación. (Acuerdo del Tribunal Central de 19 de Octubre de 1935.) 93 de 1935.

LXII

Valoración de acciones. En los valores industriales se fija la base para liquidar por el valor efectivo, salvo el caso de que éste no se acredite por los documentos oportunos, en cuyo caso se toma el nominal; por ello el valor de unas acciones no cotizadas en Bolsa es el que señala la certificación del Secretario de la Sociedad como valor efectivo y no el nominal de las acciones que figura en el balance de la Sociedad.

El artículo 64 del Reglamento del impuesto así lo dispone terminantemente, y si no se acredita ese valor con los documentos indicados, es cuando se atenderá al nominal, sin perjuicio de la comprobación administrativa. Uno de los documentos enumerados en dicho artículo para acreditar el valor de las acciones no cotizables en Bolsa es la certificación del Secretario de la entidad emisora; presentado ese documento, así como la certificación de la Junta Sindical de la Bolsa de que las acciones no se cotizaban, a aquél es preciso atenderse. El artículo 64 no establece métodos de comprobación, los cuales se enumeran únicamente en los artículos 80 y 81 del Reglamento, y lo que hace, como otros artículos del capítulo V, en que está comprendido, es dictar reglas para la fijación de la base liquidable; y por ello el artículo 61 del Reglamento ha de entenderse en el sentido de que el valor declarado que debe prevalecer sobre el comprobado, cuando es mayor que éste, es siempre, en los casos de acciones industriales, *el declarado como valor efectivo y no como nominal*; del mismo modo que el valor comprobado en estos casos *es el comprobado como valor efectivo*. El valor de las acciones declarado por los interesados, en este caso, es el que se consigna en el inventario de la herencia de cuya liquidación se trata y en la certificación del Secretario de la Sociedad, mientras que el valor consignado en el balance de ésta, tomado por la Oficina liquidadora de la Administración de Rentas, es el valor nominal, ya que en la contabilidad de las Sociedades el capital que se consigna en su importe originario o reducido posteriormente

por acuerdo expreso no es el efectivo, sino el nominal, es decir, el crédito que se reconoce a los socios por sus aportaciones, y por ello figura en el pasivo, crédito que debe satisfacerse, conforme al artículo 235 del Código de comercio, después de haber pagado todas las obligaciones de la Sociedad, y con lo que reste del activo, sea más o menos que lo figurado como capital nominal, es con lo que se abona ese crédito de los socios.

Por lo tanto, no puede girarse la liquidación sobre el resultado del expediente de comprobación, hecho por la Abogacía, dando a cada acción su valor nominal, según el último balance presentado por la Sociedad en la Administración de Rentas, sino por el efectivo declarado por los interesados y corroborado por certificación del Secretario de la Sociedad y de la Junta Sindical de la Bolsa, referentes a que no se cotizaban dichas acciones, y que el valor efectivo era el que señalaba. (Acuerdo del Tribunal Central de 15 de Octubre de 1935.) 95 de 1935.

LXIII

Herencia. Si una madre y una hija fallecen a consecuencia de accidente, y en el auto de declaración de herederos consta que la muerte fué simultánea, ha de entenderse, conforme al artículo 33 del Código civil, que no hubo sucesión de una a otra, y el heredero—hermano y tío, respectivamente—adquiere la herencia como derivada de la sobrina; es ineficaz, para demostrar la preminencia de la hija, un acta notarial con declaración de un testigo.

CASO. Se pidió pagar el impuesto de derechos reales alegando que A. falleció soltera, sin testamento; que B., madre de aquélla, murió el mismo día, pero horas después, sin disponer en forma alguna de sus bienes, y que C. (tío y hermano, respectivamente, de aquéllas) solicitó la declaración de heredero *abintestato*, pidiendo se declarase heredera de A. a su madre, B., y de ésta, a C., sin presentar el auto de declaración de herederos, por afirmar se estaba tramitando al pedir la liquidación. La Oficina liquidadora, habida cuenta que A. y B. fallecieron el mismo día, a la misma hora, a consecuencia de accidente, y que, con arreglo al artículo 33 del Código civil, cuando mueran dos personas llamadas a sucederse, y se ignora cuál es la primera fallecida, el que sostenga la muerte

anterior de una ha de probarlo, y si no lo hace, se presume que ambas han muerto al mismo tiempo, y no tiene lugar la transmisión de una a otra, estimó que se trataba de dos herencias distintas, y que C. las adquiriría, en cuanto a la de A., su sobrina carnal, por ser el pariente más próximo de ésta, y en cuanto a B., por igual razón, como hermano, y en consecuencia giró las oportunas liquidaciones, que fueron reclamadas, alegando que B., el marido de ésta y la hija de ambos, A., y una sirvienta sufrieron un accidente de automóvil, a consecuencia del cual murieron los tres primeros, salvándose la sirvienta, la cual, ante Notario, declaró que la hija falleció antes que la madre; y por ello se pedía que, probado que la hija premurió a su madre, ésta heredó a aquélla, y en tal forma ha de liquidarse el impuesto, heredando C. a su hermana B., y debían rectificarse, en consecuencia, las liquidaciones.

El interesado presentó el auto de declaración de herederos, en que consta que el recurrente, por medio de su Procurador, dijo al Juzgado que primero falleció el padre, después la hija y posteriormente la madre, aun cuando tal diferencia no alteraba nada la situación jurídica, en el momento de ocurrir el fallecimiento, por no transmitirse entre ellos derecho sucesorio alguno; que del padre fueron declarados herederos *abintestato* dos señores, que la hija falleció soltera, y si se consideraba simultáneo el fallecimiento de las tres personas, el pariente más próximo era su tío carnal C., que debía ser declarado heredero, y, habiendo muerto los respectivos ascendientes, resultaba éste también el más próximo heredero de su sobrina; que el fallecimiento de la madre y la hija debía considerarse simultáneo, y, por lo tanto, no había tenido lugar la transmisión de derechos de una a otra.

A consecuencia de estos hechos, el Tribunal Central fija la siguiente doctrina: No hay cuestión respecto de la herencia de B., y únicamente ha de examinarse la de A., para determinar si la transmitió a su madre, y C. la adquiere de ésta, o, si por no haber habido tal transmisión, C. la adquiere de su sobrina A. Existe patente contradicción entre lo que se dice en el escrito pidiendo la liquidación y en el en que solicitó la declaración de herederos, conde ese parentesco, y conforme a la tarifa correspondiente al mismo, nido en el auto referido; es preciso atenerse al contenido de este auto, en el que se reconoce, conforme al artículo 33 del Código ci-

vil, que, por no haber prueba en contrario, el fallecimiento de la madre y de la hija fué simultáneo, sin haber, por lo tanto, transmisión de derechos de una a otra, y, en consecuencia, se declaró heredero *abintestato* de ambas al hermano y tío, respectivamente, y por ello no cabe duda que la herencia la adquirió el heredero directamente de su sobrina; y, exigido el impuesto, habida cuenta de ese parentesco, y conforme a la tarifa correspondiente al mismo, las liquidaciones deben ser confirmadas.

Las manifestaciones de la sirviente en el acta notarial carecen de eficacia en el orden civil y fiscal, ya que sólo una declaración de los Tribunales de justicia en juicio declarativo podría dejar sin efecto las declaraciones contenidas en el auto de declaración de herederos. (Acuerdo del Tribunal Central de 10 de Marzo de 1936.) 91 de 1935.

LXIV

Herencia. La transmisión de una herencia a favor de la viuda hecha en territorio foral, con la condición de que tendría ésta la obligación de distribuirla entre los hijos, es una sustitución fideicomisaria que ha de liquidarse como usufructo; en cuanto a la nuda propiedad a favor de los hijos, ha de aplazarse la liquidación hasta que muera la madre y ésta disponga quiénes son los hijos que hayan de heredar.

Un causante dispuso de sus bienes, estableciendo que instituía por sus herederos universales (el causante falleció en Cataluña), en cuanto a una cuarta parte, a sus cuatro hijos y a todos los demás nacidos o póstumos que dejase a su fallecimiento de su actual matrimonio, por partes iguales entre ellos y a sus libres voluntades, y de las tres cuartas partes restantes instituyó heredera a su esposa, con obligación de disponer de los bienes que heredase del causante, entre sus comunes hijos, a partes iguales o desiguales, a su voluntad y discreción, según las circunstancias.

La recta interpretación de esta cláusula pone de manifiesto que en ella instituye heredera de tres cuartas partes de los bienes a la esposa para que los disfrute durante su vida, pero imponiéndole la obligación de dejarlos a los hijos del matrimonio, y el cumplimiento de esa condición, impuesta por el testador y aceptada por la heredera en la escritura de inventario, implica la prohibición

de enajenarlos y la obligación de conservarlos para los hijos, ya que, de lo contrario, no podría quedar cumplida la voluntad del testador, completamente clara, en cuanto a que los bienes pasasen a los hijos en partes iguales o desiguales, pudiendo únicamente la madre distribuirlos entre ellos conforme autorizó el testador, que lo sometió a la discreción de su esposa, circunstancia que no afecta a la esencia de la institución.

La institución de herederos así establecida constituye una sustitución fideicomisaria, y por ello la liquidación del impuesto exigible a la esposa debió practicarse considerando a la misma como heredera usufructuaria, con arreglo a los artículos 32 y 33 del Reglamento del impuesto, ya que el primero dispone—párrafo segundo—que en las sustituciones, si los herederos instituidos en primer término no tuviesen derecho a disponer de la herencia *inter vivos* o *mortis causa*, se reputarán como usufructuarios; y el segundo, en su párrafo cuarto, declara que si el fiduciario o persona encargada de transmitir la herencia pudiera disfrutarla en todo o en parte, temporal o vitaliciamente, o tiene la facultad de disponer de las rentas hasta su entrega al fideicomisario, pagará el impuesto en concepto de usufructuario, debiendo tenerse en cuenta para la liquidación, conforme al párrafo séptimo, el artículo 57 del Reglamento, o sea que se aplicarán los tipos y valor de los bienes en la fecha en que se practique la liquidación.

Girada, por lo tanto, la liquidación por la plena propiedad de los bienes adjudicados a la viuda, debe ser anulada, exigiéndole sólo lo correspondiente al usufructo.

Respecto a la de la nuda propiedad, quedando a voluntad de la viuda la determinación de la parte que corresponderá a cada uno de los hijos, y siendo esta circunstancia necesaria para determinar el tipo aplicable a cada heredero, y no sabiéndose ahora tampoco el valor de los bienes cuando tal sucesión ocurra, ni el tipo que entonces regirá, pues todo ello no se concretará hasta que tales bienes pasen a poder de cada uno, ha de aplazarse la liquidación, consignando nota en el documento hasta que tal transmisión se verifique, conforme al artículo 57 del Reglamento. (Acuerdo del Tribunal Central de 18 de Febrero de 1936.) 96 de 1935.

GABRIEL MAÑUECO,

Abogado del Estado.

BIBLIOGRAFIA

G. CHIOVENDA.—*Instituciones de Derecho procesal civil*.—Vol. I.
Editorial «Revista de Derecho Privado». Madrid, 1936.

El libro, derivación directa de los principios de Derecho procesal civil que el autor comenzó en 1906 con el único propósito de satisfacer exigencias de sus alumnos, presenta en su consecuencia unas características que son altamente recomendables al público español, porque lejos de entretenerse en la discusión de problemas particulares, de interés circunstancial, enfoca y aclara los principios que la mayoría de los procesalistas abandonan. Por análogas razones nada pierde la obra con la traducción, que ha sido hecha sobre la segunda edición italiana, por el Catedrático señor Gómez Orbaneja.

La parte primera se halla dedicada a los conceptos fundamentales (derecho y acción, proceso civil y relación jurídicoprocesal, condiciones de la acción y presupuestos procesales y un estudio final sobre la legislación), que el autor explica y construye con la seguridad de quien ha pasado y pensado en múltiples ocasiones sobre la materia.

En la segunda parte (la actuación de la ley en el proceso civil) se estudia la favorable al actor, dentro del conocimiento ordinario, o sea la sentencia estimatoria *en general*, como correlativa de la demanda judicial, y *en particular* (sentencias de condena, constitutivas y de pura declaración), del mismo modo que la actuación mediante *conocimiento sumario*, las medidas de conservación y la ejecución forzosa, pasando después a discutir la actuación de la ley en favor del demandado (sentencia desestimatoria y excepción).

Los cinco últimos párrafos enfocan cuestiones que por estar co-

locadas entre el Derecho civil y el Derecho procesal no aparecen suficientemente profundizadas por los civilistas ni por los procesalistas. Tales son la identificación de las acciones, la cosa juzgada, las cuestiones prejudiciales y los límites objetivos y subjetivos de la *res judicata*.

El segundo volumen, que esperamos con impaciencia, comprenderá «las relaciones procesales de conocimiento, de conservación y de ejecución».

JUAN MUÑOZ CASILLAS. — *Necesidad de una política nacional*. — Bosch, Barcelona.

En busca de una pacificación de los espíritus, «base esencial y clásica de toda obra de carácter constructivo, práctico y real», el autor, a quien debemos otros estudios sobre «Los Poderes del Estado» y «Los sistemas presidenciales», enfoca en este volumen : *a*), La necesidad de una política nacional (económica, internacional, militar); *b*), La forma de gobierno con que España, *de momento*, debe contentarse (democracia parlamentaria), y *c*), Las exigencias de la defensa del Estado (restricción de las amnistías, supresión de la parte dogmática del texto constitucional, la enseñanza religiosa en la escuela primaria y la resolución del problema de las autonomías regionales), para concluir con un examen de los preceptos revisables en la Constitución.

La obra, escrita con sencillez, claridad, erudición, acopio de datos y numerosos cuadros sinópticos, impone rápidamente al lector en los problemas constitucionales que apasionan a los españoles y en las soluciones que les han dado los Estados y los autores europeos y americanos.

ERNST MANHEIM.—*La opinión pública*.

¿Quién es el portador (*Träger*) de esa incontrastable potencia que mueve el mundo moderno? ¿Dónde se forjan las férreas energías con que ha de ser removido el campo político?

En una introducción que el autor titula «El tema publicista de la sociología» pone de relieve la profunda transformación que el

siglo xix ha introducido en las relaciones humanas que parecen perder la densidad de la tradición y de la costumbre para polarizar en los planos del tráfico y de la economía en los mercados de capital y trabajo y en el carácter real de la opinión pública. Dentro de estas grandes corrientes sociales de carácter general, juega el *publicismo* moderno sin el cual es imposible explicar la estructura de los partidos políticos del Estado.

La primera parte de la obra alumbra la estratificación de algunas capas de la publicidad a la luz sociológicoformal, con especial estudio de las leyes esotéricas, coligaciones íntimopolíticas, publicismo trascendental, publicidad pluralista y publicidad cualitativa.

A los grados del publicismo burgués del siglo xviii, prehistoria de la publicidad moderna, se dedica la segunda parte con magistrales diseños de los rasgos característicos de las Ordenes lingüísticas, de las sociedades patrióticomorales y de la masonería.

Expresándonos con toda franqueza, hemos de advertir que a las oscuridades técnicas, inevitables en la versión de toda obra alemana, el catedrático traductor Sr. Ayala, acaso en su noble afán de mantener la *tesis* del original, ha añadido el empleo de elegantes, pero atrevidos giros, que pondrán en un aprieto a los lectores de nuestro modesto nivel.

Lástima que no haya indicado por medio de notas que de él podíamos esperar, la marcha del *publicismo* en nuestra patria, porque las indicaciones sobre las modernas Ordenes de los Templarios, masones en general, Religiosos de la Cruz, etc., podrían completarse con el repaso imparcial y sereno de los materiales acumulados en los tomos 6.º y 7.º de la Historia de los heterodoxos españoles y en especial con el estudio del enciclopedismo peninsular, la flor de las sociedades secretas, theophilántropos, etc., las logias afrancesadas, los Caballeros Rosa-Cruz, la Confederación de los Caballeros comuneros, los Amigos del Orden, la Cruz de Malta, los Virtuosos descamisados, etc., etc., con el recuerdo de las discusiones en cafés, fondas, con los folletos o libelos en que se atacaban a la Inquisición y con las colecciones de «El Espectador», el Constitucional, el Redactor Español, el Grito de Riego, el Indica-dor, el Centinela y tantos otros antepasados de los actuales sopor-tes de la opinión pública.

LA REDACCIÓN.

MENGUAL Y MENGUAL (JOSÉ MARÍA). — *La opción como derecho y como contrato*. Biblioteca de la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia». Madrid, 1936. Un folleto de 96 páginas.

En un sugestivo folleto, publicado en el año 1915, se extrañaba don Angel Ossorio de que una operación tan importante y frecuente como el contrato de opción careciese, en el orden del derecho, no sólo de normas legales, sino hasta de un concepto científico. Después de veinte años nos encontramos hoy con la misma ausencia de preceptos positivos, salvo la reglamentación, más o menos acertada, que a la *compraventa con cláusula de opción* ha dedicado el Código de las Obligaciones y Contratos para la Zona del Protectorado de Marruecos; pero, en cambio, el tema ha penetrado en nuestra literatura científica y ha producido trabajos estimables de Ramón Gayoso, Jesús Saldaña, Jerónimo González, Francisco Alonso Moya, etcétera, a los que últimamente han podido servir de digno coronamiento la segunda edición de la monografía de Ossorio y el estudio que motiva estas líneas, del ilustre Notario e incansable publicista don José María Mengual.

Con acierto observa nuestro autor que el defecto principal en que ha incurrido la doctrina extranjera al estudiar la opción se halla en que una buena parte de los civilistas que de materia tan importante se han ocupado, por no decir la mayoría de ellos, han enfocado el problema desde el punto de vista del contrato de venta, cuando resulta evidente que la opción es aplicable y utilizable en todas las modalidades de la voluntad jurídica humana. Lo que hay es que, al traspasar esos límites angostos, el estudio del Sr. Mengual, en algunos puntos, parece caer en el extremo contrario, dando a la opción, en su aspecto de *derecho*, un sentido amplísimo, en el que quedan muy borrosos y casi esfumados sus caracteres técnicos.

En su consideración estricta de *contrato*, define la opción el culto Notario de Oliva como «un contrato bilateral y consensual, por virtud del cual una o varias personas conceden a otra u otras la facultad exclusiva de ejecutar uno o varios hechos o uno o varios derechos por su propia cuenta y con el mutuo y recíproco beneficio para ambas partes, dentro de un período de tiempo previamente convenido».

Se caracteriza, a su juicio, esta figura jurídica :

- 1.º Por tener todas las características de los contratos consensuales y bilaterales.
- 2.º Por el carácter específico de la *exclusividad*.
- 3.º Por constituir un *privilegio*.
- 4.º Por estar subordinado el cumplimiento o ejecución a un tiempo determinado, pasado el cual la inejecución rescinde el contrato y rompe el vínculo jurídico creado a su amparo. Es, pues, una obligación *a plazo* con determinación cierta del día que ha de venir, sin constituir una obligación condicional.
- 5.º Por ser *irrevocable*, excepto el caso de mutuo disenso.
- 6.º Por tener un carácter *eminente personal* (sin que a ello se oponga el otorgamiento de una representación), ya que el optante no puede subrogar sus derechos de elección en una tercera persona, ni aun mediar sobre este extremo, previa convención, en razón a que la opción tiene siempre lugar con miras a las condiciones genuinamente personales del oferente o peticionario.
- 7.º Que puede existir el contrato con o sin asociar al mismo otros contratos de garantía, real o personal.
- 8.º Que envuelve, cuando recae sobre bienes inmuebles, un derecho real *erga omnes* que debe entrar de una manera franca y decidida en el Registro de la Propiedad, para su inscripción como garantía de los terceros, y aun para la propia de ambas partes contratantes cuya ejecución o indemnización tenga en último término asegurada.

No es del caso abrir aquí discusión sobre algunas de estas notas que atribuye a la opción el autor, máxime no siendo profundas las discrepancias que nos separan de él. Ciertamente parécenos más fundada la opinión de quienes consideran el contrato de opción como unilateral, en razón a que no crea reciprocidad de obligaciones, o de aquellos que lo conceptúan como bilateral o unilateral, según que el beneficiario pague o no un precio por tener reservado el derecho de opción. Pero, en esencia, la bilateralidad a que se refiere el Sr. Mengual no es otra cosa que la consensualidad misma, puesto que en la página 74 nos dice que «la sola proposición de que se puede utilizar el derecho de elección y la aceptación por parte del ofrecido de utilizar aquel derecho encaja al convenio entre los contratos bilaterales».

En cuanto a la tesis de la naturaleza real de la opción, parece desarrollarla el autor en el terreno del derecho constituyente más bien que en el del constituido, puesto que no deja de advertir que para la legislación española, a excepción de la contenida en el Código de las Obligaciones y Contratos para la Zona de nuestro Protectorado en Marruecos, la opción es un derecho personal. Lo que románticamente rechaza es que la naturaleza jurídica de los derechos dependa de la voluntad del legislador.

Con ser tan interesante el análisis que el docto escritor hace de la opción como derecho y como contrato, no es el tema único que aborda en su folleto. El Sr. Mengual, atraído irresistiblemente por su vocación investigadora, no sabe resistirse a discurrir sobre todas aquellas materias que le pone incidentalmente a su paso el desarrollo del asunto principal. Y así, los conceptos fundamentales de obligación y de derecho real, al igual que los de todos aquellos negocios jurídicos que tienen alguna relación con el contrato de opción (tales como el mandato, la comisión, la promesa de venta, el arrendamiento, las obligaciones alternativas, etc.) le dan ocasión para dar muestras de su vasta cultura y de su inquieto espíritu de jurista.

Después de escrita esta nota, la ciencia jurídica y el Notariado han sufrido una de sus pérdidas más sensibles. El Sr. Mengual falleció el día 22 de Julio último, dejando interrumpida la labor doctrinal, a la que con tanto entusiasmo consagraba su vida.

Descanse en paz nuestro llorado amigo, que dispensó siempre a esta Revista colaboración tan preciada como cariñosa, y que supo adquirir en España y fuera de ella un nombre prestigioso por sus denodados esfuerzos para dar al derecho notarial una construcción sistemática y una personalidad científica autónoma.

J. C. T.



