

# REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

---

Año XII

Enero de 1936

Núm. 133

---

## De la naturaleza jurídica del patrimonio dotal

(ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO)

- I. El criterio técnico del patrimonio y la dote.
- II. De la inalienabilidad dotal.
  - a) Las teorías tradicionales.
    - 1.º Teoría de la indisponibilidad real.
    - 2.º Teoría de la incapacidad personal de la mujer.
  - b) La idea de la afectación de los bienes dotales.

El interés científico del estudio que nos proponemos es axiomático; de una parte pone en juego las discusiones sobre las nociones fundamentales del régimen dotal, discusiones ya seculares, sin duda, pero en las que todavía hoy no puede decirse que se haya hecho la luz definitiva; además, estudio de tal naturaleza no puede confinarse sólo en los cuadros del régimen dotal, sino que implica investigaciones más amplias que deben extenderse hasta las teorías más generales sobre el patrimonio y el derecho de obligaciones; y de otro lado, la misma naturaleza jurídica de la dote es la que determinará el porvenir, el destino del mismo régimen dotal.

Si la dote ha de continuar impregnada de un espíritu desorbitado de los modernos criterios técnicos y sociales, está condenada fatalmente a una muerte más o menos lenta, pero cierta; si, por el contrario, su naturaleza jurídica es tal que puede regenerarse y adaptarse a las concepciones y a las necesidades del presente y del porvenir, todavía la dote podrá guardar durante

largo tiempo su vitalidad y su interés, a pesar de los augures que en la doctrina española recentísima han proclamado el desahucio y la desaparición del régimen dotal en una precipitada deducción de un pretendido régimen de indistinción de derechos por razón del sexo.

Se trata de un estudio de técnica.

Desde los magistrales estudios de Bartin, hasta los más recientes de Raynaud, Rives-Langes, Hay, Guilhot, etc., la dote es considerada como un patrimonio de afectación, con lo que se pone en juego toda la teoría clásica del patrimonio sobre la que descansa nuestro Derecho privado; pero si la dote constituye un patrimonio en el seno del patrimonio general de la mujer, toda la teoría clásica del patrimonio se quiebra, el principio de la indivisibilidad del patrimonio se abandona y la referencia necesaria del patrimonio o la personalidad queda seriamente discutida. La concepción de Bartin plantea el problema mucho más vasto de la revisión de la teoría general del patrimonio e implica un nuevo examen de la noción del patrimonio e incluso la del sujeto del derecho.

Y son estas repercusiones profundas de la idea de afectación de la dote a las necesidades familiares quienes nos han decidido a este estudio de la naturaleza jurídica de la dote, que planteamos en el seno del problema más vasto, en que lo exige la repetida idea de afectación.

**I. El criterio técnico del patrimonio y la dote.**—No podemos comenzar el estudio de la dote con la intención de comprobar la explicación propuesta por M. Bartin, que ve en ella un patrimonio de afectación, sin precisar una noción provisional del patrimonio. Para juzgar si la dote presenta estos caracteres, es indispensable decir en qué signo se reconocerá el patrimonio; es absolutamente necesario elegir un criterio técnico que nos haga conocer los signos exteriores de este último y nos sirva de guía en estos prolegómenos.

Considerado desde el punto de vista subjetivo, el patrimonio es un conjunto de derechos; desde el punto de vista objetivo, está constituido por un conjunto de bienes. Estos derechos o estos bienes forman un patrimonio porque están sometidos a reglas o normas comunes que forman o hacen su unidad y cohesión y per-

miten verlos en su conjunto. «Lo que caracteriza, pues, la noción del patrimonio es la cohesión que establece en todos los elementos de que el patrimonio está formado», escriben MM. Marcel Planiol, Ripert y Picard (1).

Pero hay algo más; el patrimonio implica otra condición esencial: debe constituir lo que se ha convenido en llamar una universalidad de derecho; «se entiende por universalidad de derecho—dice M. Gombeaux—un conjunto patrimonial que comprenda, no sólo un cierto número de bienes muebles e inmuebles, sino también créditos y deudas propias que le estén unidas. Por universalidad de hecho, por el contrario, se entiende, en principio, un simple agrupamiento de valores económicos diversos, sin otra relación entre ellos que la comunidad de origen o destino que los reunió, un conjunto puramente material al cual no están ligados ni créditos ni deudas propias» (2).

A fórmulas sensibles parecidas concluye M. Robert Gary en su tesis sobre las nociones de universalidad de hecho y de derecho, cuando escribe: «Tomamos como criterio de distinción la existencia en la universalidad de derecho de un activo y de un pasivo, la ausencia de todo pasivo y la sola existencia de elementos activos en la universalidad de hecho» (3).

El autor precisa: «La universalidad de derecho es, ante todo, una universalidad de hecho, reúne en su seno los elementos activos, los bienes más diversos por la naturaleza y el origen, pero no responde a la idea de un bien en sentido estricto; evoca, por el contrario, la idea de la «masa» de bienes susceptibles de guardar respectivamente su fisonomía una vez dispersados de bienes que están estrechamente ligados entre sí por la necesidad inherente a la noción misma del pasivo correlativo (4).

Es de esta manera como lo comprendían Aubry y Rau cuando definían el patrimonio como «el conjunto de bienes de una perso-

(1) Planiol y Ripert: *Traité pratique de Droit civil français*. T. III, números 15 y sigs., págs. 19 y sigs.

(2) Gombeaux: *La notion juridique du fonds de commerce*. Tesis. Caen, 1901, pág. 36.

(3) Gary: *Essai sur les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit dans leur état actuel*. Tesis. Bordeaux, 1931, pág. 310.

na considerados como formando una universalidad de derecho» (1), y sacaban como consecuencia el derecho de prenda general perteneciente a los acreedores sobre los bienes que forman el patrimonio del deudor (2).

Sin duda, la distinción entre la universalidad de derecho y la de hecho ha sido combatida. Pero sus adversarios, y esto es lo que aquí interesa, están de acuerdo en reconocer que el patrimonio es un conjunto de bienes y deudas que forma un activo, al que está afecto un pasivo correlativo. Así, M. Plastara, que ha tomado el contrapié del sistema clásico y rehusa, por otra parte, distinguir las dos nociones de universalidad, hace suya la imagen propuesta por Mauricio Hauriou para describir el patrimonio cuando la compara a una vasta cuenta corriente donde todos los actos económicos de su titular vienen a inscribirse bajo la forma de Debe o Haber (3).

Las divergencias aparecen cuando se trata de explicar la razón de ser de esta cohesión y de esta correlación entre las deudas y el activo que le sirve de asiento. No es éste el momento de insistir sobre ella; nos es suficiente, por ahora, hacer constar la unanimidad de los autores sobre esta concepción puramente descriptiva del patrimonio, «conjunto de bienes considerados como garantía de las obligaciones pecuniarias u otras (en la medida en que ellas tienen una sanción pecuniaria), pesando sobre la persona» (4). Con reservas sobre las últimas palabras de esta fórmula, que implican un partido tomado sobre la cuestión del fundamento del patrimonio, la haremos nuestra por el momento; ella nos servirá de criterio técnico para nuestro estudio de la dote.

Creemos evitar así el reproche de comenzar nuestras pesquisas con una idea preconcebida, puesto que adoptamos, para comprobar la concepción de M. Bartin, un criterio tomado de los partidarios del sistema que constituye su opuesto. Si nos es posible descubrir en la dote un conjunto de bienes sirviendo de asiento a

(1) Aubry y Rau: *Cours de Droit civil français*, 5.<sup>a</sup> ed., t. IX, págs. 573 y 333.

(2) Aubry y Rau, ob. cit., 575, pág. 366.

(3) Hauriou: *Leçons sur le mouvement social*, segundo apéndice, pág. 149. Plastara: *La notion juridique du patrimoine*. Tesis. París, 1903.

un pasivo propio, tendremos el derecho de afirmar que la dote constituye un patrimonio, y esto en nombre de la definición misma de Aubry y Rau. Esto es por lo que nuestra atención se consagrará, en primer término, al examen de la estructura del activo dotal y del pasivo que lo grava.

La individualidad del patrimonio dotal aparecerá en tanto que nos sea posible descubrir una verdadera autonomía entre él y los patrimonios personales de los esposos: los propios del marido y los parafernales de la mujer.

Todo lo que antecede sería evidentemente insuficiente de no confrontar la doctrina de M. Bartin con las tradicionales explicaciones de la inalienabilidad dotal, que constituye el rasgo más original del régimen dotal que permite mejor discernir su espíritu y carácter, cosa que también efectuaremos.

Nos adentraremos asimismo en el análisis, intentando discernir la unidad e individualidad de la dote, y examinaremos en ella si el centro de atracción de los elementos que son coherentes, suponiendo que descubramos esta cohesión, se encuentra en una persona o en un fin de afectación.

Por último encuadraremos la dote en la teoría general del patrimonio confrontando las diversas teorías generales del patrimonio y el patrimonio dotal, terminando con el desarrollo de la teoría institucional del patrimonio dotal y su entronque en la institución familiar.

Tomada desde el punto de vista de su estructura interna, la dote aparece respondiendo a la definición clásica del patrimonio, y es un verdadero patrimonio, puesto que se quiere y se mantiene que sus facultades activas afectan a un pasivo especial al cual sirven de asiento y garantía.

El igualmente presenta la dote igual fisonomía, mirada desde el punto de vista de sus relaciones exteriores con los otros patrimonios del marido y de la mujer misma.

Su autonomía se afirma del lado del patrimonio del marido, el cual, respecto a la dote en las líneas generales no es más que un simple administrador.

De otro lado, a pesar de la unidad del propietario de los bienes que componen su masa, los patrimonios dotal y parafernial conservan su autonomía fundamental.

Podemos, pues, afirmar que la dote es un patrimonio: y esta individualidad, esta unidad de los bienes dotales, su cohesión, en una palabra, se explica porque tienen todos un destino único, una afectación especial a los intereses de la familia: la dote es un patrimonio de afectación.

Pero ¿cuál es exactamente el verdadero fin de la dote? ¿Intereses actuales de la casa o intereses de la familia considerada en la serie indefinida de sus generaciones?

No creemos deber extendernos sobre esta cuestión en seguida, sino que antes de proseguir el análisis, comprobaremos las afirmaciones anteriores en función del problema de la inalienabilidad dotal y de su fundamento.

Esta inalienabilidad de la dote es demasiado característica para que no la examinemos en sus principios y en su desarrollo; su estudio no puede faltar en uno de la naturaleza jurídica del patrimonio dotal.

**II. De la inalienabilidad dotal.**—El elemento esencial del régimen dotal es sin duda la norma de inalienabilidad. De cualquier manera que sea, si la norma de inalienabilidad propiamente dicha, no es esencial a un régimen dotal como el nuestro, en donde la inalienabilidad dotal es meramente genérica, no deja de constituir ciertamente su carácter más significativo. Es curioso constatar, por ejemplo, que cuando el régimen dotal está en retroceso en los países en que ha disfrutado de mayor favor, le vemos, por contra, en los países del Norte, donde apenas era conocido, desenvolverse e introducirse cada vez más, mediante cláusulas estipulantes, que los bienes propios de la mujer en el régimen de comunidad serán inalienables, o cuando menos enajenables, pero a condición de reemplazo (1).

#### a) LAS TEORÍAS TRADICIONALES.

1.º *Teoría de la indisponibilidad real.*—No es necesario detenerse largo tiempo en el sistema de la indisponibilidad real, que está en la actualidad poco menos que abandonado.

Se sabe que sus partidarios, como Troplong, Mongin (2), sos-

(1) Planiol y Ripert, ob. cit., t. IX, págs. 481 y sigs.

(2) Troplong: *Du contrat de mariage*. T. IV, núm. 3.268.

Mongin: *Du caractère de l'inaliénabilité dotale*, en *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, 1886, págs. 92 y sigs.

tienen que la inalienabilidad no puede explicarse más que por una cualidad especial de los bienes que grava. Los bienes constituídos en dote están afectados por la ley de indisponibilidad, porque deben ser conservados a la familia.

Esta fórmula, a los ojos de sus autores es únicamente quien puede explicar por qué los bienes dotales son inalienables. La explicación contraria, que es la teoría de la incapacidad de la mujer, es impotente para explicar por qué la mujer es incapaz sobre sus bienes dotales. Mongin invoca, en apoyo del sistema que sostiene, argumentos históricos como el de que el antiguo derecho tuvo sobre todo en cuenta la idea de la indisponibilidad real y se inspira en la «Lex Julia de fondo dotali» más que en el Senado Consulto Veleyano.

Pero es sobre todo en la insuficiencia de la explicación por la incapacidad de la mujer sobre lo que Mongin se funda. «En toda circunstancia, la capacidad de realizar un acto jurídico está determinada por la naturaleza de este acto—escribe—y por la importancia de los bienes a los que se aplica; aquí está determinada por un elemento nuevo, por el destino de los bienes.»

Los partidarios de la concepción así combatida por Mongin le han contestado señalando todas las soluciones prácticas que la indisponibilidad real es incapaz de explicar.

Las obligaciones contraídas por la mujer antes del matrimonio afectan a la dote en el caso del número 2.º del artículo 1.366 de nuestro Código civil, y la doctrina de la indisponibilidad real debe normalmente conducir a solución inversa.

Por el contrario, las deudas de la mujer contraídas durante el matrimonio (artículo 1.408 del Código civil, número 1.º) no pueden ser ejecutadas sobre la dote aun después de la disolución del matrimonio, cuando si la indisponibilidad real desaparece con el matrimonio, se implica la posibilidad de embargar la dote después de disuelto este último.

Es también difícil en el sistema de la indisponibilidad real explicar cómo los bienes dotales pueden estar afectos a las multas y condenas de la mujer (1).

Pero lo que revela definitivamente la inexactitud de la explicación de Mongin es el defecto de concordancia entre las soluciones

(1) Art. 1.410 C. c.

de su sistema y las conclusiones admitidas a propósito de la sanción de la inalienabilidad. La indisponibilidad real entraña la nulidad absoluta y, por consiguiente, la imposibilidad de toda ratificación o confirmación, y sin embargo se decide que la nulidad que afecta a la venta de un bien dotal inalienable es solamente relativa. La mujer puede ratificar la operación desde el momento en que la dotalidad ha cesado.

Explicar el fundamento de la inalienabilidad no consiste en dar fórmulas que tengan un grado de parentesco más o menos acentuado con las de los jurisconsultos romanos o de los antiguos autores. Se trata de dar una explicación sintética del conjunto de las soluciones admitidas, es decir, de las reglas del derecho vigente en la actualidad. El sistema de la indisponibilidad real es incapaz de hacer esto; su impotencia explica su actual descrédito.

2.º *Teoría de la incapacidad personal de la mujer.*—En nuestros días, todavía la noción de la incapacidad de la mujer se adopta generalmente para explicar la inalienabilidad dotal. No es novedad en la materia; la imbecilidad del sexo no ha sido descubierta por los juristas del siglo xx, quienes, por el contrario, cada vez más se niegan a reconocerle un valor dogmático absoluto. Paul Gide lanzó con gran éxito el sistema de incapacidad de la mujer para explicar la inalienabilidad dotal, caracterizando este régimen, después de sabias consideraciones históricas, en los siguientes términos (1): «En lugar de asociar la mujer al marido, el régimen dotal la condena a la inacción; en lugar de confundir los intereses de los dos esposos, los mantiene cuidadosamente separados. Trata la dote como un legislador desconfiado trata el patrimonio de un incapaz: para impedir que se pierda, lo afecta de inmovilidad.»

Labbé se une al mismo sistema cuando escribía también, como Gide: «Es por un motivo sacado de la situación de la mujer. Es porque la mujer está, en efecto, bajo la influencia del marido; es porque, en efecto, una mujer que no tiene confianza en su marido, o que no quiere turbar la paz del interior doméstico, vende, promete, se obliga bajo la sola inspiración de su marido. Es porque se ha querido que la mujer no fuese víctima de su confianza o de su debilidad. He aquí por qué los fondos dotales han sido declarados inalienables... La mujer casada bajo el régimen dotal está incapaz

(1) Gide: *Condition privée de la femme*, 1885, págs. 449 y sigs.

citada para enajenar directa o indirectamente los fundos que le han sido constituídos en dote.»

Mucho más reciente, M. Planiol decía: «El bien dotal no puede ser enajenado, es decir, que su propietario ha perdido el derecho de disponer y no puede significar otra cosa; y los que creen ver otra idea están engañados por una simple transposición de palabras en la frase: sólo las personas pueden o no obrar; los bienes son siempre el sujeto pasivo de sus actos; cuando un bien no puede ser enajenado, es que su propietario no puede disponer» (1).

A la idea de la incapacidad recurren la mayor parte de los autores que se han ocupado del tema de la inalienabilidad dotal, como Brechemier y Jonesco, y todavía Josserand la hace suya en 1933 (2).

¿Es aceptable este sistema?

Es incuestionable que la incapacidad personal de la mujer explica mucho mejor que la indisponibilidad real los casos en que, acabamos de ver, ésta no podía hacerlo.

El sistema decide precisamente que las obligaciones contraídas por la mujer con plena capacidad se pueden hacer efectivas sobre la dote en el caso del artículo 1.366, número 2.º, antes mencionado.

Al igual, la imposibilidad de afectar los bienes dotales después de disuelto el matrimonio, con las resultantes de las obligaciones contraídas por la mujer durante aquél, es deducción normal del sistema propuesto, toda vez que la deuda, en el momento en que se originó, la mujer era incapaz para contraerla.

Y en el mismo orden de consideraciones, el principio de la responsabilidad de la mujer por sus delitos y cuasi-delitos es también regla general para los incapaces, así como también el carácter relativo de la nulidad que afecta a la venta de un bien dotal inalienable.

Está clara, por tanto, la superioridad de categoría de la incapacidad sobre la de la indisponibilidad real, lo que explica su permanencia hasta nuestros días.

(1) Planiol y Ripert, ob. cit., t. III, núm. 1.524.

(2) Brechemier: *Du droit de poursuite des créanciers de la femme dotale et insaisissabilité des biens dotaux*. Tesis. Poitiers, 1902, págs. 41 y sigs.

Jonesco (B): *De la condition des revenus dotaux au point de vue de la règle de l'insaisissabilité*. Tesis. París, 1914, págs. 21 y sigs.

Josserand: *Cours de Droit civil français*, segunda edición, t. III, pág. 322.

Sin embargo, nosotros no la adoptamos.

La objeción fundamental de Mongin no está resuelta por la doctrina de la incapacidad. Es difícil comprender cómo la inalienabilidad, de la que se quiere ver el principio en la persona de la mujer, no se lleva sobre todos los bienes dependientes de esta persona, y como una incapacidad personal está circunscrita en sus efectos por la naturaleza, o, mejor dicho, por el destino de los bienes a los que afecta.

Ante esta dificultad, M. Lyon-Caen ha propuesto la ingeniosa fórmula de la «incapacidad real». La incapacidad de la mujer sería real, en el sentido de que a la mujer sólo le afecta en cuanto a sus bienes dotales. No lo comprendemos así; la dificultad no está resuelta porque todo el mundo está de acuerdo en decir que sólo los bienes dotales son inalienables; este es precisamente el problema, y M. Lyon-Caen no propone para resolverlo más que un juego de palabras; nosotros nos limitamos a hacer constar que nuestro Código no ha consagrado más que la inalienabilidad de los bienes dotales y no la incapacidad de la mujer. La mujer dotal es capaz, como toda mujer casada, para obligarse con la autorización del marido, y así, además, el sistema de la incapacidad no explica cómo, en determinados casos, nuestro Código civil admite, a pesar de los poderes del marido administrador, que esta administración puede ser confiada a la mujer.

Por otra parte, cuando la separación de bienes ha sido pronunciada, la separación tiene por resultado conferir a la mujer los poderes que hasta el momento eran ejercidos en lugar de ella por el marido. Lógicamente debería tenderse a hacer desaparecer la inalienabilidad cuando la incapacidad de la mujer ha cesado. Ahora bien, nadie explica la supervivencia de la inalienabilidad a la separación de bienes.

Todo el sistema de la separación de bienes protesta contra la teoría de la incapacidad. Si verdaderamente para proteger la dote se ha declarado incapaz a la mujer, no se ve la razón de que cuando el peligro de la dote es inminente, se otorga a la mujer los derechos que se le rehusan en tiempo normal.

Como dice M. Bartin, la verdad es que el papel activo a que la mujer está llamada en diferentes situaciones no está de acuerdo con la presunción de incapacidad de que se sostiene en el régimen

dotal. Pero, además, la autorización marital en algún sistema de Derecho positivo, como el francés, no puede relevar a la mujer de su impotencia para enajenar, y ello representa, más que una agravación de la incapacidad de la mujer, una disminución de la ineficacia de la autorización marital, y en su consecuencia la inalienabilidad dotal se explicaría por una incapacidad del marido. La fórmula es tan exacta como paradójica; no pretendemos proponerla como explicación de la inalienabilidad dotal, sino meramente señalar sobre estos puntos la impotencia del sistema de la incapacidad para justificar las modalidades de la inalienabilidad de los bienes dotales. Como dice Reynaud, poco importa que pueda encontrarse en el Derecho romano o en el antiguo Derecho una concepción más o menos clara de la incapacidad de la mujer; poco importa que sea posible encontrar en el Fenet o en el Locre la prueba de la creencia de los redactores del Código de la «imbecilitas sexus»; unirse a tales argumentos es caer en el error fundamental del método tradicional, vigorosamente denunciado por Geny. No se explica el régimen dotal por el viejo concepto de la debilidad del sexo (1) en una época en que se han depositado en los Parlamentos proyectos de supresión de la incapacidad de la mujer casada, incapacidad que cada vez es más criticada. Hace falta encontrar una explicación que dé cuenta del conjunto de las normas de derecho precisadas y a menudo construídas en todas sus partes por la Jurisprudencia, deseosa de adaptar a las necesidades de su tiempo un régimen extraído de las instituciones de civilizaciones diferentes.

Ni la indisponibilidad de la dote, ni la incapacidad de la mujer son susceptibles de hacer esto. Conviene, pues, recurrir a otras fórmulas.

b) LA IDEA DE LA AFECTACIÓN DE LOS BIENES DOTALES.—Nadie niega la afección familiar de los bienes dotales; pero como el sistema de M. Bartin, que ve en esta afectación el principio de un verdadero patrimonio, está lejos de ser admitido por todos; esta idea de afectación es en general insuficiente para explicar por sí sola las reglas del régimen dotal, y de aquí la tendencia de los autores a recurrir a las explicaciones que acabamos de examinar.

(1) Geny: *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif*, segunda edición, 1919.

Un ejemplo particular curioso de este estado de espíritu es el que da M. Bogdan Jonesco en su tesis anteriormente citada. El autor funda la inalienabilidad dotal sobre la incapacidad de la mujer, pero en seguida se pregunta el porqué de esta incapacidad, a lo que responde: «No es únicamente en interés individual de la esposa; es también y sobre todo en el interés superior de la familia, es decir, de la casa y de los hijos nacereros del matrimonio», por lo que existe esta incapacidad (1).

Y prosigue: «La teoría que presenta la dote como formando un patrimonio de afectación no es, en suma, más que una extensión de la doctrina de la incapacidad. M. Gide, que acabamos de citar, tenía razón al decir que la dote no tiene, bajo el régimen dotal, otro destino diferente que bajo los otros regímenes: está siempre destinada a las necesidades de toda la familia. Pero el régimen dotal tiene por fin asegurar el cumplimiento de este objeto. El medio empleado es la inalienabilidad, con su corolario la inembargabilidad. La Ley dice a los esposos casados bajo el régimen dotal: vosotros no tocaréis los bienes dotales. La esposa es incapaz de enajenarlos, y el esposo, con su voluntad, al menos en el Derecho francés, no servirá para relevarla de esta incapacidad.

Toda incapacidad responde a una necesidad de protección. La incapacidad de la mujer dotal tiende no sólo a la protección individual de ésta, sino sobre todo a la protección de la familia. Y es de esta forma como la Jurisprudencia considera el principio de la inalienabilidad dotal.

Si la idea de la afectación de la dote, como explicación de la incapacidad agravada de la mujer dotal, ha sido precisada por los jurisconsultos contemporáneos, no se deberá creer que haya sido inventada por ellos.» Y el autor cita una frase muy significativa de Cambacères, relativa a los trabajos preparatorios del Código civil: «La inalienabilidad—decía—no está establecida para devolver la dote a las manos del padre, sino para conservar los fondos consagrados a las cargas de la casa y al patrimonio de los hijos» (2).

Lo que nos interesa en el pasaje precitado de M. Jonesco es la

(1) Jonesco, ob. cit., pág. 27.

(2) Jonesco, ob. cit., pág. 28.

combinación curiosa hecha por este autor entre la idea de la incapacidad de la mujer y la idea de la afectación de la dote. Ver en ésta el prolongamiento de aquélla, nos parece muy difícil. Debemos, en efecto, preguntarnos si la idea de la afectación no se basta por sí sola a explicar la inalienabilidad dotal.

Hemos visto que la incapacidad era impotente sobre muchos puntos para justificar las soluciones adquiridas. Considerar la noción de la afectación solidaria de la de la incapacidad, es colocarla en la misma desgracia.

Habría el mismo peligro en dar la afectación de los bienes dotales a las necesidades de la familia, como una explicación de la indisponibilidad real que afecta a la dote. El acercamiento sería muy tentador entre la tesis de Troplong y Mongin y la de M. Bartin, pero también sería peligroso en razón de la ineptitud de la indisponibilidad real para justificar las soluciones del Derecho positivo.

Es preciso mantenerse a igual distancia de la noción de la inalienabilidad real y de la noción de la incapacidad personal de la mujer. Esto es lo que hace M. Bartin, fundando la inalienabilidad dotal sobre la sola idea de la afectación.

Para los que admiten el carácter patrimonial de la dote, es muy fácil de explicar la inalienabilidad haciendo de ella una pieza del sistema de conservación del activo, que debe ser mantenido intacto para poder responder al objeto para el cual ha sido organizado. La inalienabilidad se sitúa, pues, en el conjunto de medios empleados para mantener el destino de los bienes dotales. La inalienabilidad es una especie de garantía del mantenimiento de la masa dotal, que evita su empeño fuera del caso en que su destino lo exige.

Debemos comprobar, no obstante, la exactitud de esta explicación; lo haremos en seguida, colocándonos en el terreno en que hemos visto caer los sistemas tradicionales, preguntándonos si la idea de la afectación es más apta que ellas para justificar las reglas jurídicas generalmente adoptadas.

Teniendo como punto de partida dos principios contradictorios, los dos sistemas, cuya insuficiencia acabamos de sostener, se completarían el uno al otro y podrían ser combinados, puesto que el uno explica lo que el otro no, y viceversa, si no fueran precisamente inconciliables por razón de su diferencia fundamental de principios.

La idea de afectación que M. Bartin propone para sustituirla, no deberá ser tomada en consideración más que si llega a colmar al mismo tiempo las insuficiencias de la indisponibilidad real y de la incapacidad personal, es decir, si fuera capaz de evitar las dificultades del primer sistema sin caer en la imposibilidad del segundo. Es desde este punto de vista como debemos demostrar el valor de su fórmula.

Afirmemos que la idea de afectación es superior a la teoría de la indisponibilidad real. Para resumir, en una palabra, las críticas dirigidas a la teoría de la indisponibilidad real, diremos que este sistema ha tropezado en dos puntos fundamentales: la inembargabilidad dotal y la sanción de la inalienabilidad. Vamos a confrontar sobre estos dos puntos la doctrina de Troplong y Mongin con la de M. Bartin, lo que nos permitirá precisar esta última.

La indisponibilidad real entraña, según aprecia la moderna doctrina casi unánime, dos soluciones en la actualidad definitivamente rechazadas: la posibilidad de ejecutar sobre la dote, después del matrimonio, los créditos contra la mujer contemporáneos a este último; la inembargabilidad, en revancha, de la misma dote durante el matrimonio por los acreedores de la mujer anteriores a su celebración. Estas soluciones derivan del principio mismo del sistema: la inembargabilidad, corolario de la inalienabilidad, teniendo en cuenta el carácter dotal de sus bienes, comienza y acaba con la dote, cualquiera que sea la fecha del crédito invocado.

No habremos de mostrar extensamente cómo la teoría de la afectación evita el doble escollo sobre el cual el sistema de Mongin ha tropezado.

La supervivencia al matrimonio de la inembargabilidad por los acreedores contemporáneos a este último, tiende al deseo de no impedir la continuidad del patrimonio dotal, que está afecto no solamente a la casa, sino a la familia que se continúa después de aquél; el derecho de embargo concedido a los acreedores anteriores al matrimonio resulta de la idea de que el patrimonio dotal es inembargable, sin duda, pero en la medida de que exista verdaderamente. Los bienes constituídos en dote no lo son, propiamente hablando, más que si se les deduce el pasivo a que están afectos en el momento en que pasaron a ser dotales.

Siempre a propósito de la inembargabilidad dotal y de su al-

cance, la idea de afectación aclara de manera más sugestiva preceptos como el artículo 1.361 y otros del Código civil, que prevén la alienabilidad de los bienes dotales para que su precio sea utilizado en interés familiar.

Y así, por una interpretación extremadamente lata de los textos positivos franceses que prevén lo que de primera vista parece ser las excepciones al principio de la inalienabilidad, ha permitido a M. Bartin afirmar que para los bienes dotales la norma no es la inalienabilidad, sino, por el contrario, la enajenabilidad y embargabilidad en interés de la familia.

Además, la idea de afectación es superior a la de la indisponibilidad real, no solamente porque explica mejor ciertas soluciones admitidas, sino también porque establece la alienabilidad en principio y considera como una excepción la indisponibilidad, de la que la doctrina de Mongin hacía el elemento esencial.

El segundo error fundamental de la teoría sostenida por Mongin y Troplong es que hace de la nulidad absoluta la sanción de la inalienabilidad.

La Jurisprudencia francesa misma considera que la nulidad es solamente relativa y permite a la mujer y a sus herederos renunciar a invocar la irregularidad de la venta, pero prohibiendo, bien entendido, la renuncia a la ratificación durante el matrimonio, ya que reduciría a la nada el alcance de la anulación.

Aquí, incontestablemente, el sistema de la indisponibilidad real fracasa completamente, y el de la incapacidad de la mujer le es ciertamente superior. ¿Cuál es la consecuencia, a este respecto, de la teoría de la afectación?

La nulidad reposa sobre el interés de la familia; es, pues, la familia, cuando sea privada de una parte del patrimonio organizado para ella, la que podrá demandar o pedir la nulidad; esta nulidad es relativa, porque descansa sobre el interés privado familiar.

Durante el matrimonio, esta nulidad sólo puede invocarla el marido, administrador normal de la dote y representante de la familia; después de la disolución del matrimonio o de la separación de los bienes, lo efectuará la mujer y su derecho pasará a sus herederos, ¿*quid* de los acreedores de la mujer?

# Proyecto de una ley Internacional de compraventa <sup>(1)</sup>

## CAPÍTULO III. OBLIGACIONES DEL VENDEDOR.

**Artículo 16. El vendedor se obliga a poner la cosa a disposición del comprador. El vendedor debe remitir al comprador, al mismo tiempo que la cosa vendida, sus accesorios y todos los documentos relativos a ella que, según la práctica mercantil, deben unírsele.**

La frase «poner la cosa a disposición del comprador» se emplea aquí para fijar el ámbito de la expresión francesa *délivrance*, y sus equivalentes, la italiana *consegna*, la inglesa *delivery* y la alemana *lieferung*, así como para designar el acto material por el cual el vendedor se desprende de la mercancía en favor del comprador. Este es el momento decisivo para el proyecto, que deja a un lado las obligaciones de transmitir la propiedad, poner en posesión legal al comprador y garantizarle el goce pacífico de la cosa.

Con el nuevo concepto (*délivrance*) se espera llenar la laguna que en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos presenta la calificación de los actos que el deudor de cosa ha de adoptar aisladamente o de acuerdo con el acreedor para que tenga lugar la provisión

(1) En el número anterior advertimos las siguientes erratas de imprenta :

Página	Línea	Dice	Debe decir
906	30	lo	los
909	33	precedente	presente
910	2	y sin fijar	sin fijar

o el suministro. Frente a este concepto pierden su valor relevante la tradición y la designación de la mercancía vendida y aun el traspaso de los riesgos.

Aparte de los accesorios, el segundo párrafo se refiere a guías, permisos de circulación, certificados de origen, etc.

**Artículo 17.** Por «*délivrance*» (suministro o provisión) se entiende el cumplimiento de los actos que incumben al vendedor para hacer posible el envío de la cosa al comprador. La determinación de estos actos depende de la naturaleza del contrato.

En el caso de que el vendedor deba expedir la cosa desde el lugar de suministro, la «*délivrance*» consiste en la entrega de la cosa en mano del primer porteador o comisionista de transporte, o si el transporte comienza por mar, en la colocación de la cosa a bordo y en el envío al comprador de los documentos que permitan obtenerla; si, según las disposiciones del contrato o las prácticas mercantiles, el vendedor tiene el derecho de presentar al comprador un conocimiento con la cláusula «*recibido para embarque*», basta con que remita la cosa al armador.

El artículo define el *terminus technicus* (*délivrance*) sobre que gravita toda la ley internacional, lo separa de la tradición y de la remesa, lo hace depender de las cláusulas contractuales y casi lo identifica con «expedición hecha en interés del comprador» cuando el lugar de la provisión no es el de destino.

La obligación del vendedor en los casos de envío desde cierto punto, pierde su carácter positivo al principiar la expedición y queda reducida a un mantenimiento de la oferta con otros deberes secundarios, toda vez que el riesgo pasa al comprador (artículo 103).

Al final del artículo se distinguen los casos en que el transporte comienza por tierra, de aquellos en que principia por mar, y se establece una distinción poco conocida en España [frente a los conocimientos ordinarios de embarque, se admiten los recibos para embarque (*Received for shipment*)], importante sobre todo en los transportes con la cláusula *cif*.

En las ventas a *destino* (*Fernkauf, à destination*) sólo se entenderá realizado el libramiento (*délivrance*) cuando se ha hecho llegar la cosa al lugar de destino (puerto, muelle, almacén, etc.).

Por el contrario, en las hipótesis del artículo 18, en que el com-

prador debe recoger la mercancía en el establecimiento del vendedor, la *délivrance* queda perfeccionada en cuanto el vendedor tiene la mercancía a disposición del comprador y así se lo comunica. Para las cosas genéricas, el artículo 105 completa la regla con la prescripción de que sólo tendrá lugar el traspaso de riesgos cuando el vendedor aisle las cosas vendidas poniéndolas *aparte* por cuenta del comprador, las reserve manifiestamente para la ejecución del contrato e informe de todo al comprador.

En el mismo artículo 105 encontramos casos de colaboración del comprador en el suministro (*délivrance*): así, cuando él mismo ha de avisar o elegir, o si debe suministrar un buque, vagones, cisternas, cajas, sacos, etc.

A) *Lugar del libramiento (délivrance).*

**Artículo 18.** El vendedor debe suministrar la cosa en el lugar en que tiene, al cerrar el contrato, su establecimiento o, en defecto del mismo, su residencia habitual.

**Si la venta recae sobre un cuerpo cierto y los contratantes conocen el lugar en que se encuentra al concluir el contrato, el vendedor debe hacer la entrega («délivrance») en el mismo lugar. También se aplica esta regla si la venta recae sobre una cosa genérica que ha de tomarse de un acopio («stock») o masa determinada, o sobre una cosa que el vendedor se compromete a producir o cuya elaboración se compromete a terminar en un lugar determinado.**

Corrientemente determinan las cláusulas contractuales o las prácticas mercantiles el lugar en que el vendedor debe cumplir los diferentes actos que le corresponden. Raramente falta un acuerdo explícito o tácito sobre este particular, y para este supuesto el Instituto no ha querido adoptar el parecer de algunos autores, que consideran inútil, cuando no peligrosa, una disposición legal destinada a determinar el lugar en que debe cumplirse la obligación. Verdaderamente sería inútil querer localizar todas las obligaciones del vendedor en un solo lugar, y las generalizaciones exageradas servirían muchas veces para confundir al Juez; pero la de entregar (*délivrer*) la cosa, debe provocar una regla subsidiaria que fije el lugar en que la mercancía debe encontrarse en la fecha precisa.

De este modo se sabrá si el vendedor ha hecho todo lo que le incumbe o si, por el contrario, ha incurrido en mora. Una vez determinado el lugar de la entrega (*délivrance*) se puede reglamentar

con facilidad el traspaso del riesgo que, de otro modo, sería una tarea delicada.

La regla en cuestión que el Proyecto acepta es de las más extendidas en los Códigos modernos: el comprador debe venir a tomar la cosa del deudor (*prendre la chose chez le vendeur—die Sache beim Verkäufer abladen muss*), o de un modo más preciso, el vendedor debe librar en su establecimiento o residencia habitual (véase el artículo 6.º). Rabel hace notar que en la venta *para remitir* (*Versendungskauf*) se entiende casi siempre que desde ese lugar debe hacerse el envío; pero no faltan excepciones. Si la cosa se encuentra al celebrarse la venta en un lugar conocido para las dos partes contratantes, la *délivrance* ha de realizarse en el mismo.

**Artículo 19. Caso de duda sobre el extremo de si la entrega debe efectuarse en el lugar de expedición o en el de destino, se presume que las partes han querido efectuarla en el de expedición.**

Este precepto es una consecuencia práctica deducida de la mayor frecuencia de la *venta para envío* en las relaciones internacionales. No es raro el caso en que las partes contratantes que no han empleado ninguno de los formularios corrientes discuten si el contrato es una venta *para remitir* (con libramiento en el lugar de expedición) o una venta en destino (con entrega en el mismo), como los contratos en que se garantiza la llegada de la mercancía.

La presunción aquí establecida tendrá trascendencia procesal y el comprador, para impugnarla, deberá probar que ha estipulado de una manera inequívoca que el vendedor se halla obligado a *entregar* en el lugar de destino.

Sin embargo, estas reglas no son suficientes para determinar en el Derecho internacional privado la *lex loci solutionis* ni para decidir sobre la competencia del Juez, cuando sea llamado el del lugar del cumplimiento (*Gerichtsstand des Erfüllungsortes*).

B) *Fecha de la entrega (délivrance)*.

**Artículo 20. Cuando la fecha de la entrega ha sido fijada por los contratantes, o se desprende de las prácticas mercantiles, el vendedor está obligado a entregar la cosa en esta fecha, sin que sea necesaria otra formalidad, a condición de que la así fijada sea determinada o determinable según el calendario, o se halle ligada a un acontecimiento cierto y respecto del cual las partes puedan**

**conocer el día en que se ha realizado (por ejemplo, la apertura de la navegación).**

Esta parte del Proyecto prepara, como la anterior, la aplicación de las sanciones por incumplimiento, distinguiendo el caso en que se haya fijado fecha para la entrega, aquel en que se ha previsto un período de tiempo y el supuesto en que no se haya estipulado ni una ni otro. Comprende el primer caso la designación precisa (por ejemplo, el 14 de Octubre), la determinable (diez días después de la Pascua de 1936), y la enlazada con un acontecimiento del cual los contratantes conocen exactamente la llegada, como, en la práctica escandinava, la apertura de la navegación tras el deshielo, día que es anunciado en cada puerto por la prensa periódica.

No se necesita ninguna otra formalidad, requerimiento o apremio judicial, notarial ni privado.

**Artículo 21. Cuando las partes han convenido en que el libramiento («délivrance») deberá ser realizado durante el transcurso de un período determinado (tal mes, tal estación), corresponde al vendedor la facultad de fijar la fecha exacta del mismo, a menos que resulte de las circunstancias que la fijación quede reservada al comprador.**

Siguiendo las tendencias del Derecho escandinavo, se atribuye al vendedor la facultad de fijar el día exacto del libramiento cuando el contrato se refiere a un período determinado (Mayo de 1936, primavera de 1937), pero concediendo al comprador la prueba de que la fijación se le ha reservado. En el Derecho sueco se atribuye esta facultad a la parte en cuyo favor la fecha queda indeterminada, por estar encargada de la expedición y especialmente del embarque de la mercancía. En su consecuencia, si se incluye la cláusula *fob.* (franco a bordo), es el comprador, y si se vende *cif.* (costo, flete, seguro) es el vendedor quien debe *fijar* la fecha.

**Artículo 22. En el supuesto de que la fecha del libramiento no haya sido fijada conforme a los artículos 20 y 21, el vendedor debe entregar («livrer») la mercancía en un plazo razonable desde el contrato, habida consideración de la naturaleza de la cosa y circunstancias.**

La noción de plazo razonable (*reasonable time*) se ha traído del Derecho inglés, como denominador común de distintas tendencias, no para indicar las costumbres de las partes contratantes o las ins-

piraciones del tráfico, sino para adaptar el negocio a las necesidades efectivas del comercio, sin dejar abierto al Juez el campo demasiado espacioso de la equidad.

C) *Sanciones en caso de inejecución o de demora en el libramiento.*

**Artículo 23. Caso de inejecución total o parcial, o de retraso en la entrega («délivrance»), el comprador tiene derecho de exigir, a salvo los artículos 24 y 25, la ejecución «in natura», a menos que no sea imposible o no esté admitida por la ley nacional del tribunal requerido.**

**Puede resolver el contrato por una simple declaración, a reserva de lo dispuesto en los artículos 26 al 32.**

**El comprador puede también obtener daños y perjuicios conforme a los artículos 33 al 40.**

**El vendedor no podrá obtener del Juez, en ningún caso, un «plazo de gracia».**

El artículo da un resumen de las sanciones a que el título se refiere. La variedad, complicación y discusión de los problemas enfocados, multiplican las dificultades de la unificación jurídica.

Los ejes del sistema adoptado pueden ponerse al descubierto con las siguientes rúbricas:

- 1) Presupuestos de la responsabilidad.
- 2) Efectos de la terminación del plazo de entrega.
- 3) Sanciones.

#### RESPONSABILIDAD.

Por de pronto había que tener en cuenta las profundas diferencias que separan a las legislaciones románicas, fundadas en la culpa, de las que menos influidas por este concepto, no limitan la responsabilidad del deudor al supuesto de culpabilidad (Derecho inglés, que cada vez admite más excepciones al criterio de garantía incondicionada; Derecho sueco, que aprecia la culpa preferentemente en las ventas al por menor).

De aquí que el Proyecto no haga uso de este concepto, admita la responsabilidad por la mera inejecución y se esfuerce en definir las circunstancias que liberan al vendedor.

Para precisamente en este punto, según lo confiesan el mismo

Rabel, autor del Proyecto, y lo que pudiéramos llamar «Exposición de motivos» del Proyecto, se elevan dificultades de tal calibre que el Instituto no ha podido hacer una propuesta de unificación completa. Las legislaciones modernas están de acuerdo en liberar al vendedor de un cuerpo cierto, de su obligación por fuerza mayor o catástrofe inesperada (*fait du prince, catastrophe soudaine, Eingriffe von hohen Hand, plötzliche Naturkatastrophe, vis major: casus qui resisti non potest*). Pero más allá de este dominio empiezan las divergencias, que van desde la cláusula *rebus sic stantibus* y la teoría de las bases del negocio (*Geschäfts grundlage*) que descargan al deudor no sólo de las prestaciones imposibles, sino de las gravísimas o insoportables, hasta las más duras exigencias de los ordenamientos que rechazan el caso fortuito (*Zufall*). Tampoco hay conformidad en lo relativo a la venta de cosas genéricas, aunque aquí se agrave la posición del vendedor.

Sin renunciar a la unificación se contenta, por el momento, el Proyecto con exigir un *mínimum* de particularidades al hecho exculpatorio:

1.<sup>a</sup> Que la ejecución quede impedida por un obstáculo insuperable; y

2.<sup>a</sup> Que el deudor no haya debido prever este obstáculo al cerrarse el contrato. En verdad, no debemos preguntarnos si el vendedor podía prever la tempestad que echó el buque a pique, sino más bien si debía tener en cuenta que una tormenta podía impedir la llegada de las mercancías y provocar un riesgo de que él debiera responder. Mayores dudas suscitaría el naufragio por choque con una mina en tiempo de paz. Pero tempestad o mina, el sistema adoptado las enfoca como obstáculos no calculables según el contrato, que por su característica de insuperables impiden la prestación.

Admitiendo una sola causa exculpatoria, limitada de un modo tan vigoroso, el Instituto se colocaba en trance de tolerar que las legislaciones nacionales añadiesen otras causas de liberación, y así lo hace, declarando su deseo de que los trabajos en marcha conduzcan a una mayor unificación.

El tema aparece repetido en los artículos 34, 36, 59, 61, 74 y 83, para demostrar su alcance práctico y facilitar la revisión futura. En el artículo 23 se deniega al comprador la facultad de exigir la

cución *in natura* cuando resulte *imposible*, y por otra parte se concede la resolución sin distinguir el caso en que el vendedor es responsable, de aquel en que está exento de responsabilidad.

Al establecer como regla, con ciertas excepciones, la responsabilidad del deudor, el Proyecto no ha tenido necesidad de distinguir entre los diferentes grupos de obstáculos a la entrega o libramiento de que el vendedor responde, ni de profundizar la separación entre la imposibilidad *definitiva* de la prestación y el retraso de la que todavía pudiera ejecutarse.

Sin duda existen diferencias de trato apreciables en los artículos 30 al 32 y en los artículos 33 al 35, pero, en general, marchan sobre el mismo pie el retraso y la falta de libramiento (artículos 31, 36, 37: compárense con el 76), que pueden ser comprendidos en la frase *defecto de entrega* (*défaut de délivrance*; *ausbleiben der Lieferung*). Bien entendido: la palabra *retraso* o *retardo* se emplea en un sentido meramente objetivo, no como reflejo de la mora culpable (*mora debitoris*), sino como expresión de que la prestación no ha sido realizada oportunamente.

Con este sistema quedan suprimidos los apremios e interpelaciones y la necesidad de discutir si la inejecución cae bajo la rúbrica de imposibilidad, retraso u otra causa más o menos dependiente de la voluntad del deudor.

#### EFFECTOS DEL TRANCURSO DEL PLAZO DE ENTREGA

Con mucho mayor fruto se llegó en este segundo punto a una solución que, adoptando un término medio entre los derechos inglés y escandinavo, para los cuales el plazo fijado es un elemento esencial, y el Derecho francés, que autoriza al Juez para fijar un término gracioso, niega de un lado esta facultad (artículo 23 *in fine*) y de otro no transforma en condición esencial el plazo fijado más que cuando así aparece de las circunstancias del contrato (artículo 26) o cuando se trata de mercancías que tengan un curso fijado en los mercados a que el vendedor puede acudir para obtenerlos (artículo 29). Aunque, en su consecuencia, no se acepta el criterio del Código suizo de obligaciones, cuyo artículo 109 declara negocio de fecha fija (*Fixgeschäft*) la venta mercantii, se consideran tales la mayoría de las internacionales para que, sin necesidad de reque-

rimiento o notificación, produzcan sus efectos. Esta última se conserva en los supuestos de vencimiento dudoso del plazo, interpretación equitativa de las cláusulas contractuales e imposibilidad transitoria que aconseje la concesión de un *modicum tempus*.

La importancia de esta particularidad culmina en la cuestión de si el vendedor tiene la facultad de entregar la cosa una vez transcurrido el plazo; cuestión que el Proyecto resuelve en sentido afirmativo, de acuerdo con los precedentes alemanes, austríacos y suizos, concediendo al comprador la fijación de un plazo supletorio.

Cuando el plazo sea reputado esencial, el comprador puede desenvolver las sanciones de inejecución, participándolo sin tardanza (artículo 25) si quiere mantener la integridad de su derecho a la ejecución.

A) *Ejecución del contrato.*

**Artículo 24. El comprador no puede exigir el libramiento de la cosa, aun cuando la ley nacional del Juez requerido le reconozca el derecho de exigirla, si la venta recae sobre una cosa que pueda ser objeto de una compra de cobertura, según las prácticas mercantiles, o si el comprador puede formalizar esta compra sin inconvenientes ni gastos apreciables.**

**Artículo 25. Cuando el comprador, fuera del caso previsto en el artículo 27, exija la ejecución del contrato, debe ponerlo en conocimiento del vendedor dentro de un plazo breve, y de otro modo sólo le está permitido declarar, conforme a esta Ley, y abstracción hecha de los daños y perjuicios, que el contrato queda resuelto.**

#### SANCIONES

Trata en estos artículos y en los siguientes el Proyecto de la acción para exigir la ejecución, de la resolución y de los daños y perjuicios, y deja para el artículo 87 la excepción *non adimpleti contractus* y el derecho de retención.

#### EJECUCIÓN DEL CONTRATO

Como transacción entre el Derecho anglosajón, que no admite la acción específica de ejecución (*specific performance*) y los pueblos

que permiten condenar y ejecutar en tal sentido, principia el Proyecto por denegar este medio cuando se acuda a los Jueces ingleses o americanos (artículo 23) y concluye por dejar a un lado la acción, el juicio y la ejecución en los supuestos más importantes: ventas de mercancías que tienen un precio corriente en Mercados y Bolsas (artículos 24 y 51, número 3).

También en el comercio de Ultramar queda restringida esta acción por la reserva de arribada segura (*glücklicher Ankunft*), si el vendedor que se ha comprometido a entregar en el extranjero no quiere efectuar una nueva provisión.

Por otra parte, el vendedor continúa con el derecho de entregar, y si el comprador quiere poner un límite a esta facultad, deberá observar las prescripciones del caso.

#### B) *Resolución del contrato.*

**Artículo 26.** Si no se ha hecho el libramiento, sea a la fecha o época convenidas, o a la que resulte de los usos comerciales, sea a la expiración del plazo razonable previsto en el artículo 22, el comprador no puede prevalerse de tales particularidades para declarar la resolución más que: 1.º, si prueba que, en virtud de las circunstancias o del contrato, la fecha del libramiento era una condición esencial del contrato, o 2.º; si la fecha del libramiento ha sido fijada por el vendedor o por el comprador en el caso previsto por el artículo 21.

El Proyecto avanza sobre los derechos francés y español, que exigen una acción y un juicio para resolver el contrato, dando entrada a la simple declaración de voluntad, dirigida por una parte a la otra sin formas especiales. Por virtud de la resolución (véase el artículo 97), el vendedor ya no está obligado a entregar la mercancía ni el comprador el precio.

Pero téngase presente que la resolución se concede siempre que al llegar una fecha crítica falte el libramiento, aun cuando el vendedor, como consecuencia de una imposibilidad absoluta e imprevisible, no haya incurrido en responsabilidad.

La cuestión de los daños y perjuicios es independiente de la declaración unilateral de resolución.

**Artículo 27.** Si la fecha del libramiento no es una condición esencial del contrato y si no ha sido determinada conforme al artículo 21, el comprador puede fiar al vendedor un plazo supe-

mentario de duración razonable, haciéndole saber que, transcurrido este plazo, rechazará la cosa vendida. Cuando el plazo así fijado por el comprador no sea de una duración razonable, el vendedor puede, en un plazo breve, hacer saber al comprador que no realizará el libramiento más que al terminar un plazo razonable, y a falta de esta declaración, se presume que el vendedor acepta el plazo fijado por el comprador.

**Si el vendedor no entrega («livre») la cosa a la expiración del plazo suplementario, el contrato queda resuelto de pleno derecho.**

Así como el artículo anterior se refiere al plazo esencial y concede al comprador el derecho de resolver inmediatamente, enfoca éste los casos en que el plazo no es condición esencial e impone al comprador que quiere pedir la resolución el deber de fijar un nuevo plazo (*supplémentaire, Nachfrist*), con lo cual se acerca a la técnica alemana y se aleja del tratamiento severo de los derechos anglosajones y escandinavos.

**Artículo 28. Si el vendedor realiza el libramiento fuera del plazo concedido por el contrato, por los usos comerciales o por esta Ley, el comprador que, según sus preceptos, tenga derecho a declarar la resolución del contrato, debe hacer esta declaración en un plazo breve.**

Presupone este artículo que la cosa vendida se entrega demasiado tarde, y obliga al comprador a tomar partido inmediatamente: o la acepta, o la rechaza. Si nada dice, debe recibirla y no puede resolver el contrato ni hacer valer la resolución sobrevenida (artículo 27-2).

**Artículo 29. Para la aplicación de los tres artículos precedentes se presumen esenciales los términos fijados en los contratos de venta que recaigan sobre cosas que se coticen en los mercados a que el vendedor pueda dirigirse para obtenerlas.**

Nueva aproximación a los rigurosos ordenamientos anglosajones y escandinavos, basada en las facilidades y seguridad que para el vendedor tiene la adquisición de ciertos géneros que figuran en los listines de lonjas, Bolsas y mercados.

**Artículo 30. En los contratos de suministros («livraisons») sucesivos, el comprador puede declarar la resolución para lo futuro cuando, como consecuencia de inejecución de una de las entregas debidas, tenga justos motivos para temer que las entregas futuras**

no se lleven a cabo; pero únicamente puede declarar la resolución del contrato para las entregas ya recibidas, si prueba que, como consecuencia de la conexión que existe entre todos los libramientos previstos en el contrato, la inejecución de algunos quita todo interés a los ya recibidos.

**Artículo 31.** En el caso de entrega parcial, o de retraso en la entrega («*délivrance*») de parte de la cosa vendida, el comprador no puede declarar la resolución del contrato por el todo, más que si prueba que el defecto de entrega total o el retraso parcial implica un incumplimiento esencial de lo convenido.

**Artículo 32.** Si el comprador no está facultado para declarar la resolución total del contrato, puede declarar la resolución parcial y no pagar más que un precio proporcional al valor de la parte que le haya sido entregada, sin perjuicio de los daños correspondientes a la parte no entregada, que han de calcularse en las condiciones fijadas por los artículos 36 al 40.

Dentro de la división de las prestaciones en transitorias o durables (perpetuas), según que se agoten en un momento o se desenvuelvan en una serie de actos u omisiones periódicas, sucesivas o continuadas, podríamos discutir si las que regulan estos artículos forman parte del primero o del segundo grupo.

Cuando la prestación es única y transitoria, se concentra o sitúa en el tiempo y en el espacio, y la obligación correspondiente muere en el momento de llevarla a cabo: el cumplimiento equivale a la extinción. En cambio, los contratos de tracto continuo o de prestaciones periódicas o sucesivas, en que los cumplimientos independientes en cierto modo, o parciales, se distinguen netamente de su extinción total (si así podemos expresarnos), presentan peculiaridades que han sido estudiadas por maestros como Müller-Erbach y Gierke.

La distinción más importante entre unas y otras prestaciones se halla, indudablemente, en el problema de su extinción.

Los preceptos del artículo 30 enfilan dos hipótesis: la del caso en que el comprador, cuya confianza en la ejecución íntegra del contrato se ve conmovida por la violación inicial, trata de resolverlo, y aquella en que se encuentra el que ha recibido una o varias entregas de tan especial unión con las restantes que, si el

damente, no tienen interés para él, por lo que restituye lo recibido y resuelve el contrato.

Para evitar discusiones, el Instituto iguala el libramiento parcial de una cosa no defectuosa (artículos 31 y 32), y el relativo a una cosa defectuosa en parte (artículo 53); por lo tocante a la resolución y daños, véanse artículos 37 a 39 y el 58.

Se distingue la pérdida esencial de la no esencial concediendo, si se prueba que la falta de entrega total o el retraso parcial constituyen un incumplimiento fundamental, la rescisión total del mismo, y si no puede hacerse tal prueba, tan sólo la rescisión parcial y la disminución proporcional del precio con reserva de los daños y perjuicios por la porción de géneros no entregada (artículo 32).

JERÓNIMO GONZÁLEZ.

## 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.

# El capitalismo contemporáneo y su evolución <sup>(1)</sup>

Nuestra época es de la Economía; sus tragedias, preocupaciones, malestares e incertidumbres, económicos también; puede decirse que la esencia del siglo xx, muy especialmente a partir de la Guerra, gira alrededor del caos económico, en que además del ético, sumió al mundo aquel acontecimiento. Por eso la Economía preocupa al hombre en general, a cada uno en su esfera peculiar, y es lógico que el hombre de ciencia aporte la suya para desentrañar su contenido, hallar las partes débiles de la base económica sobre la que nuestra sociedad se sustenta y contribuir a la obra de reconstrucción, indispensable y urgente si es que esta generación no se conforma a que sus ojos presencien el desmoronamiento de unas instituciones que sus antepasados le legaron como algo tradicional e inmovible. Esta parece ser la loable intención del Sr. Calvo Sotelo, y nosotros, considerando el interés que tales temas ofrecen, vamos a dar a continuación una referencia, escueta en lo posible, de su discurso.

I. *De la plus valía y su necesidad en toda economía orgánica.* Es capital, vulgarmente, «dinero colocado en negocios de que se espera obtener un provecho». *Sombart* lo define: «suma de valores de cambio que sirven de base concreta a una empresa capitalista»; este concepto aparentemente arbitrario y defectuoso (lo definido dentro de la definición) excluye de la noción de capital lo que *Sismondi* y *Marx* llamaron «capital imaginario» y «ficticio», respectivamente y que *Sombart* preferiría llamar «capital negativo o pasivo». El *marxismo* distingue capital fijo de variable; fijo es el capital estático (máquinas, primeras materias); variable, el aplicado a satisfacer salarios; al marxismo apenas le interesa el primero, pero sí el segundo.

Cualquiera que sea su definición, es factor esencial del capital la obtención de un lucro o *plus valía*. Este, si se trata de capitalis-

(1) Fragmentos del discurso leído por D. José Calvo Sotelo, Presidente de la Academia Nacional de Jurisprudencia y Legislación, en la sesión de 30 de Noviembre de 1935, inaugural del curso 1935-36.

tas individuales, se llama *provecho*; si se trata de una economía colectiva, *plus valía*; ésta implica una diferencia entre el *costo* y el *precio* del producto; he aquí el marxismo puro, el de *Marx*, que siguiendo a *Ricardo* entiende que el valor nace exclusivamente del trabajo. Se han opuesto razonamientos irrefutables: *Caillaux* preguntaba: «¿Qué es lo que determina el aumento de valor del vino guardado en barricas mohosas, o el de esos sellos archivados por la celosa avaricia de un coleccionista, acaso el trabajo? No, el tiempo, que ni trabaja ni tiene figura humana.»

La plus valía plantea el problema de su atribución. La cuestión social contemporánea gira en su torno, erigida en fabuloso mito que conmueve muchedumbres. El marxismo ha abusado de las frases: «Todo el producto del trabajo para el trabajador.» El producto íntegro del trabajo no puede ir a manos del trabajador ni aun en el régimen marxista, porque en toda producción existe un empresario, sea o no privado. El capitalismo ruso es un capitalismo de Estado, que absorbe esa plus valía.

Cuando se reclama para el trabajador el producto íntegro de su trabajo, pueden perseguirse dos designios: primero, extinguir la usurpación atribuida al capital, y segundo, mejorar la suerte del trabajador. La retribución justa no es incompatible con la plus valía; para el marxista intransigente no hay solución: exige la desaparición de la plus valía; pero para el ecuaníme, que la considera como indispensable, la solución tiene dos momentos: a) Determinar las condiciones económicas del trabajo, y b) Atribuir la plus valía.

Interesa una doble afirmación: a) El trabajo no es el único ingrediente del valor, y por ende el trabajador no tiene derecho al rendimiento íntegro de su trabajo; b) La plus valía es piedra angular del sistema económico vigente. «Por tanto, no es fórmula económicamente progresiva suprimir la plus valía.»

II. *Clase capitalista. Oligarquía financiera.*—El proceso del capitalismo como régimen económico es independiente del proceso merecido por muchos capitalistas, a causa de sus desafueros. Se dice que el capitalismo moderno tiende a erigir en casta a sus usufructuarios, transmitiendo, por medio de la herencia, prebendas y prerrogativas. El alegato va demasiado lejos y ofusca el juicio sereno del espectador; el capitalismo no ha creado ninguna jerar-

quía absoluta, tal como lo fuese otrora la jerarquía de la aristocracia de sangre. El capitalista vive en inestabilidad ; cabe exhibir la larga serie de archimillonarios nacidos de la nada y formados en una vida intrépida, escrita de consuno por el sacrificio, la tenacidad y la inteligencia. El capitalismo es núcleo social abierto a los cuatro vientos. *No es, por tanto, una clase*; la posibilidad ascensional no tiene límites ; en la práctica los encuentra en motivos individuales o sociales, que se deben superar, y ésa es finalidad augusta del progreso. Pero obsérvese la diferencia con el régimen colectivista puro : en él se sumergen todos en una clase, a nadie se le abre un horizonte de mejora. La pesadumbre máxima del comunismo ruso radica en ese aplastamiento de rasero dictatorialmente impuesto a toda la sociedad : la libertad sólo existe donde alienta la esperanza. No hay clase capitalista, pero existen capitalistas que por abuso de su función dependen a la oligarquía.

III. *La separación del capital y la gestión, como supremo resorte del capitalismo financiero.*—El *beneficio* es insustituible en cualquier tipo de Empresa : así en la colectivista como en la burguesa ; pero aparece bastardeado en esta última por degeneraciones de carácter ético, financiero y jurídico, secuela de gravísimos descarríos. Las extorsiones que apartan al beneficio de su legítimo cauce pueden ser de dos tipos distintos : a) Extorsión por hipertrofia a costa de la mano de obra ; b) Por abuso financiero, a costa de otros factores, incluso el capital. La primera conoció impresionante realidad en la fase inicial del capitalismo ; pudo decirse entonces que el proletario no tenía más que sus cadenas, que el dividendo se amasaba con sangre proletaria. Pero todo esto queda muy lejos de la Historia, excepto los pueblos amarillos, que aún tratan al trabajo como mercancía, y con ellos Rusia. Las extorsiones del segundo grupo implican todo el problema del capitalismo financiero ; son auténticas expoliaciones por desplazamiento o disipación del capital consolidado. Existen tres tipos de empresarios : el *especialista* (el producto como punto de partida), el *comerciante* (las necesidades del mercado) y el *financiero* (que parte de la necesidad de capitales). Si este último tipo domina hoy, es *porque así como el capitalismo primitivo se fundaba en el ahorro, el contemporáneo se funda en el crédito*.

Al iniciarse el capitalismo se valió principalmente del ahorro

preexistente ; desde 1914 es pura y mera especulación ; se convierte, según J. Gignoux, de capitalismo de *ahorro* en capitalismo de *especulación*.

Al separarse la propiedad de la gestión, cae ésta en manos más o menos mercenarias, quizá honorables, pero distintas de las que poseen el verdadero interés. A éstas corresponde el interés económico ; a las primeras, el financiero. El segundo puede coincidir con el primero, pero a menudo pugnan entre sí.

IV. *Continuidad y discontinuidad en gestores y accionistas.*—*La Sociedad anónima*—dice Truchy—*no tiene de anónima más que el nombre. En realidad está dirigida por un hombre o un grupo de hombres que toman en sus manos un asunto, le consagran su actividad y lo llevan a la mayor prosperidad únicamente si se les asegura la duración de su mandato.*—En sustancia : a), las Sociedades—principalmente las anónimas—movilizan tal suma de dinero y realizan objetivos económicos tan ingentes, que no es posible desconectarlas de un concepto orgánico nacional de la Economía y el Derecho ; b), importa al accionista, y también al Estado, que en la administración de las Sociedades resplandezcan la honestidad y la eficacia ; c), el mejor título para dirigir una Sociedad es la confianza del accionista, pero ésta no debe excusar una gestión antieconómica o antisocial ; d), tanto como la selección a base de confianza interesa la continuidad eficaz en el personal gestor ; e), la movilidad frecuente del capital-acciones es un peligro evidente para la continuidad de la empresa, si va acompañada de paralela movilización en los gestores ; f), el remedio para los riesgos apuntados y el freno para los abusos han de buscarse en una tutela del Estado ejercida sobre los actos de gestión—en cuanto a los dirigentes—, y sobre los de delegación—en cuanto a las Sociedades— ; tutela en lo preventivo, económico-financiera, y en lo represivo, jurídicopenal.

V a VIII. *Las subversiones del capitalismo financiero.*—La multiplicación de las Sociedades coincide con el auge de la Banca. El banquero se encuentra situado estratégicamente de un lado para rebuscar capitales, y de otro, para facilitarlos ; para incitar esa movilización, el banquero se erige en promotor de negocios. Se entra así en la producción en gran masa, inflación de capitales, utillaje y mercancías. Dintel de la crisis, porque la capacidad de consumo no crece paralelamente. Esta fase aguda de capi-

talismo financiero se da en casi todos los pueblos. España apenas sufre sus salpicaduras por la simplicidad de su estructura económica, en gran parte de bases agrarias. Es subversión capitalista el desplazamiento del industrial por el banquero en tanto en cuanto sirve para sojuzgar la propiedad por la gestión en el seno de las empresas. La propiedad en las Sociedades es, en principio, el mejor título a su gobierno; pero admitimos la necesidad de un freno: a), cuando la propiedad se inhibe, y b), cuando la propiedad actúa con sentido antisocial. La inhibición es planta propicia en el clima de las grandes Sociedades cuyos títulos están sumamente repartidos o cambian constantemente de dueño. El sentido antisocial se da cuando la propiedad cae en manos especuladoras dispuestas a todo, aunque sea la ruina de una Empresa boyante, con tal de satisfacer sus planes financieros. De todo esto hay mil ejemplos, y para lograrlo se han ensayado fórmulas muy varias:

A) *Holding investment Trust*.—Las sociedades de Sociedades degeneran fácilmente en gonzúa para la dominación financiera de empresas industriales (1). No deben confundirse *Holding* e *Investment Trust*. Aquéllas adquieren acciones de otras Sociedades con ánimo de controlarlas; éstos se proponen distribuir un capital entre diversas Sociedades, sin inmiscuirse en su régimen interior.

B) *Captación de Empresas con fines antisociales o antieconómicos*.—Citaremos algunos casos:

1. *Sindicatos de revalorización especulativa*.—Un Sindicato adquiere el control de una Sociedad para forzar la cotización de sus acciones, desprendiéndose de ellas en su momento álgido; se obtiene esa plus valía bursátil por medio de combinaciones forzosamente dañinas: por ejemplo, la exageración pasajera de los dividendos a costa de reservas acumuladas, la *réclame* desaforada a base de *bluff* y engaños.

2. *Captación por proveedores*.—Una Empresa adquiere el control de otra que produce una primera materia indispensable para los trabajos de la primera. Inmediatamente se formaliza un contrato leonino para la Empresa controlada.

3. *Captación por concurrentes*.—Una Empresa logra el control

(1) Sirva de ejemplo el caso que expone Gaillard, en el que la superposición de seis *holdings* permite manejar 64 millones de dólares con un millón de capital.

de otras similares; le basta adquirir un determinado número de acciones, mayor o menor, según las circunstancias. Inmediatamente impone a los rivales controladas condiciones de compra o de venta que reducen su beneficio a cero, con provecho del negocio propio.

C) *Abusos en la gestión financiera de las Sociedades.*—Cuando la gestión está en manos de la propiedad son improbables los excesos de gestión, salvo el caso de delincuencia notoria, y se deben a yerro involuntario, nunca a dolo financiero. Cuando es detenida por personas extrañas al accionarado o poseedoras de ínfima porción del capital social, esos excesos son posibles. Ejemplos de esta modalidad de capitalismo financiero :

1. *Abuso de las reservas.*—En muchas Sociedades, los gestores que no son accionistas—o lo son en exigua proporción—tienden a incrementar las reservas a costa del dividendo. La reserva no es vituperable, siempre que se fije con tino y mesura. La política de las reservas tiende al daño cuando la dirigen personas ajenas a la propiedad social, porque para éstas resulta preferible la reserva.

2. *Abusos en los emolumentos.*—Esta anomalía guarda conexión con la anterior. La hipertrofia de reservas permite constituir una cadena de filiales, en cada una de las cuales se monta un Consejo integrado en gran parte por las mismas personas.

3. *Abusos de especulación.*—El agio y la maniobra bursátil toman caracteres más escandalosos cuando tienen como directores a los mismos consejeros de las Sociedades anónimas. No es fácil establecer un freno a esta actividad porque los consejeros pueden disimular su actuación valiéndose de personas interpuestas. El remedio está en la extirpación implacable del ambiente especulativo.

4. *Venta del voto.*—Un procedimiento a veces utilizado por los grupos no mayoritarios para conquistar la mayoría de la gestión de una Empresa es la compra de votos. El Código de Comercio alemán, artículo 317, prohíbe, en cierto modo, esa modalidad; y el 318, 2.º, multa al que ceda a un tercero, por precio, el derecho de voto anejo a sus acciones. La finalidad de este precepto es evitar la formación de mayorías artificiales por métodos desleales.

Las acciones de voto plural, de formidable repercusión en la vida financiera de la postguerra, atribuyen los derechos políticos de gobierno de la Sociedad, con desproporción notoria, a los derechos

económicos del accionista : *implican un reparto desigual de la soberanía*. Las legislaciones han seguido, frente a esta modalidad, tres criterios : unas, como Austria, Brasil, Bulgaria, etc., la prohíben ; otras, como Alemania, Inglaterra, Polonia, Noruega y Dinamarca, la autorizan expresamente, y otras, como España, Francia, Estados Unidos, Italia, etc., la autorizan tácitamente. El artículo 117 del Código de comercio español establece la libertad contractual y la legalidad de todos los pactos societarios que no sean inmorales ni ilícitos ; por consiguiente, las acciones de voto plural están autorizadas tácitamente en España. Las acciones de voto plural han reportado algunos beneficios y producido grandes males. Su auge emparejó con las grandes convulsiones monetarias de la postguerra ; en Alemania, como en Bélgica y Francia, al hundirse la respectiva divisa, surgía el espectro de la invasión capitalista extranjera.

El segundo resorte del capitalismo financiero en la postguerra fué la Banca privada. Las grandes manipulaciones especulativas han tenido en la Banca su asiento—o sea medios crediticios—y el agente. Los Bancos se crean para movilizar el ahorro que afluye a sus Cajas, bien en forma comercial, empresarial (directa, o sea con gestión) o indirecta (limitándola a cartera). Los peligros que deben rehuirse son : a) Las concesiones hipertrofiadas o insolventes de crédito ; b) Las inmovilizaciones desmedidas o inadecuadas.

A veces la oligarquía financiera toma como objetivo de sus empeños al consumidor. Aumentar la plus valía forzando los precios de venta, cuando no se elevan a la par los costos de la producción, es política sólo viable concurriendo dos circunstancias : primera, negativa (la inhibición del Estado) ; segunda, positiva (la concentración de productores). Para esto sirven los *trusts* y *cartels*. La lucha del capital financiero con el consumidor es imposible si tercia el Poder público, y facilísima si se cruza de brazos y deja hacer. No así la lucha del capitalismo con la mano de obra, pues ésta, al estructurar poderosos instrumentos de solidaridad, más que frenado ha enervado ciertos impulsos acometedores de la oligarquía dineraria. Pero el consumidor es prototipo de individualismo. La concurrencia ruinosa conduce a la destrucción de capitales y determina violentas fluctuaciones de precios, siempre origen de desorden y no siempre de baratura mayor. Como dice

4. Weber, la historia de los grandes cartels es la historia de los

épocas sin él, los consumidores no pagan precios más baratos, si se computan en promedio.

IX. *La protección del capital minoritario.*—¿Qué garantías pueden otorgarse al capital minoritario de las Sociedades anónimas frente al mayoritario?—Nada más lógico que prever la posible hipertrofia de los poderes mayoritarios de una Sociedad. Sin embargo, esa mayoría puede ser frenada: a) Por preceptos legislativos de carácter genérico. b) Por un criterio jurisprudencial de restricción un criterio jurisprudencial de restricción de las prerrogativas, en principio sin límite, para que nunca pueda encubrir su ejercicio abusos antisociales. La protección legal del accionista minoritario tiene consagración dogmática en Suiza, pero apenas es conocida en las demás leyes vigentes. El artículo 267 del Código suizo de las obligaciones declara que «la Junta general no puede, ni aun con el voto de la mayoría, privar a los accionistas de sus *derechos adquiridos*». Importa, en suma, impedir que una mayoría abuse de su fuerza en perjuicio de la minoría. No es fácil prever todas las hipótesis de decisión mayoritaria abusiva. La habrá siempre que exista dolo, fraude, porque *fraus omnia corrumpit*. Muchos de los fraudes que se imputan al capitalismo financiero pueden darse realmente en una gestión mayoritaria, y estarán imbuídos del mismo espíritu financiero; porque cuando las empresas son dirigidas con espíritu netamente industrial, el interés social manda sobre todo otro y no se registran las deformaciones que examinamos. Para que los accionistas mayoritarios no deriven la gestión social al servicio del interés propio, con detrimento del de la Empresa, se han urdido varios resortes defensivos del accionista minoritario. Estos pueden ejercer funciones negativas y positivas. Las primeras estriban en la abstención del voto, tanto más eficaz cuanto mayor sea el *quorum* exigido por la ley para la adopción de un acuerdo. Las segundas consisten en otorgar a un determinado número de accionistas el derecho a pedir la suspensión del acuerdo mayoritario, o a oponerse a que se adopte, o a sustituir el no adoptado, siendo inexcusable, por la mayoría, etc. El Derecho español conoce algunos casos de abuso del derecho sancionado por los Tribunales, pero se refieren al civil, no al mercantil. No existe, sin embargo, otro camino para evitar todos estos daños: que los Tribunales puedan anular las decisiones mayoritarias contrarias al interés social. En la práctica española se cometen fre-

cuentes abusos, porque los Reglamentos cercenan el derecho de los accionistas, ya prohibiéndoles el ejercicio de acciones contra los acuerdos mayoritarios, ya sustituyendo la competencia de los Tribunales por los arbitrajes, etc.

X. *La igualdad en el reparto del producto.*—La existencia de jerarquías económicas es tan útil a los pueblos como indispensable en los Estados la de sociales o políticas; la igualdad puede oficiar de mito sobre mentalidades incipientes, pero no forjará de hecho grandes empresas, ni espirituales ni materiales.

El lujo es inseparable del género humano; en Rusia hay lujo estatal (un Ejército rojo objeto de preeminencias onerosísimas a costa del resto de la nación) y lujo colectivista (utillaje gigante, costosísimo, casi siempre superior a la posibilidad normal de trabajo y siempre en manifiesta desproporción con la técnica creada). La mutilación de cierta capacidad de consumo selecta puede dañar tanto como la de la ordinaria.

XI. *El salario y su evolución en el sistema capitalista.*—El abuso económico de la mano de obra por el capital tuvo época propicia; hoy es estampa añeja. La evolución de la economía no ha demostrado que hay incompatibilidad entre el capitalismo *stricto sensu* y el mejoramiento del *standard* de vida obrero; todo lo contrario, y a veces algo más: que el mejoramiento de ese *standard* coincide con la extinción del beneficio capitalista. También aquí fracasó *Marx* como profeta, porque se situó en un escenario limitado de tiempo y de espacio; en cuanto al tiempo, considerando sólo el segundo tercio del siglo XIX, y al espacio, contemplando con preferencia excluyente la industria británica en la fase augural del esplendor maquinista. Desde que un patrono ocupa varios asalariados, los inspectores del trabajo y a veces los inspectores obreros, entran en su casa libremente; la ley le reconoce irónicamente el derecho de trabajar cuando le parezca, pero le prohíbe mover sus máquinas más de seis días por semana y de ocho horas por día, etc., y soporta cargas que en Inglaterra y Alemania representan ya un 15 por 100 del coste de producción.

Algunos economistas tratan de señalar en la curva ascendente del salario una explicación, a su juicio plena, de la crisis contemporánea.

XII. *Beneficio y comunismo.*—Pero ¿es viable, económica-

caría la muerte del régimen capitalista ; por consiguiente, la pregunta encierra en su seno ésta : ¿ Es viable, económicamente, la desaparición del sistema capitalista, fundado en la apropiación privada de los medios de producción y en la existencia de un beneficio ? Políticamente, todo es posible ; económicamente, el capitalismo ha creado riqueza, bienestar, civilización.

Rusia ha expropiado íntegramente el beneficio capitalista ; sólo el Estado es capitalista ; él posee el capital, los ciudadanos son todos solidarios y aportan a la colectividad su trabajo. La situación del obrero ruso es francamente inferior a la del obrero en los países capitalistas. El ensayo ruso es una tremenda contraposición de factores ; el mecanismo interno de la economía rusa está construido sobre la base de un gran objetivo : emancipar industrialmente la economía soviética, y para lograrlo los dirigentes del comunismo no han reparado en medios : los más crueles, los más implacables ; hambre, salarios de miseria, jornadas agotadoras, etc., les parecerían perfectos. Dicen sus penegiristas que en Rusia no existe el paro forzoso, y ¿ cuándo lo han conocido los países que practican la esclavitud ? Habla *Vandervelde*: *Los partidarios más entusiastas de la política practicada por Stalin no pueden desconocer que hoy esa política obliga a las masas de la U. R. S. S. a sufrir condiciones de vida que no querrian para sí un obrero parado de Londres, ni aun de Berlín, por haber impuesto a la población una rebaja innegable de su «standard of life».*

De lo que antecede se deduce : el beneficio es inexcusable, no ya en régimen capitalista, sino también en comunista ; no ha desaparecido, al menos en el único ensayo real de colectivismo hasta ahora realizado.

XIII. ¿ *Hacia un nuevo capitalismo?*—La crisis que aflige al mundo ha puesto febril tensión en la crítica del sistema capitalista. ¿ Habrá sonado su última hora ? ¿ Será que se impone reformar su estructura, sin detrimento de su nervatura esencial ? Los abusos examinados no pueden imputarse al capitalismo, ni siquiera al capitalismo financiero como sistema.

Coinciden en el capitalismo : una obra positiva, indiscutible, una esencia indestructible. La primera es el gran progreso de la Humanidad en el último siglo ; el capitalismo facilitó y propulsó el progreso contemporáneo, dando al espíritu medios instrumentales

nacido con ritmo más premioso. La crisis presente es para muchos la falla del capitalismo como sistema productor, capaz de armonizar una creciente fecundidad con una paralela y también creciente demanda del consumo. Antes de la Guerra, la Humanidad cabalga al galope sobre los lomos de la invención; en pocos años se transforma el estilo de la vida; el capitalismo sirve y alimenta los impulsos de la inteligencia puesta al servicio de la técnica. Cuando el mecanismo se detiene y una crispatura pone pánico en las masas, cesan también los grandes inventos. ¿Mera coincidencia? Es lo cierto que la crisis del capitalismo va acompañada de un agotamiento en la capacidad ideadora de los técnicos. No es fácil encontrar actualmente literatura pro capitalismo sin ambages ni telarañas; los más dan por caducada la fase de gran capitalismo financiero, en su sentir inviable, después de la crisis presente. Nosotros entendemos que las máculas del capitalismo financiero han herido de muerte ese estilo del sistema, pero que conserva la savia suficiente para resistir el embate de las masas y la adversidad.

A) *El capitalismo futuro necesitará mayor espiritualidad.*—Los excesos del capitalismo contemporáneo han tenido una motivación espiritual: la falta de espiritualidad precisamente. Hasta ahora, al parecer, el capitalismo no ha perseguido más finalidad que producir y enriquecer. En el *porvenir*, su finalidad será producir con justicia y distribuir con ética.

B) *Capitalismo y moderación.*—El capitalismo de mañana vivirá frenado no sólo por la ética, sino también por la aritmética. El lucro necesita un límite cuantitativo. Italia y Alemania señalaron el tope del 6 por 100 a los dividendos de las acciones, por motivos ocasionales de guerra y por razones de tipo doctrinal, respectivamente. La Bolsa del mañana será otra vez un recinto consagrado a la transacción limpia y lícita, no al cubileteo de futuros e imponderables, propicios a toda suerte de felonías financieras.

C) *Capitalismo y mano de obra.*—¿Qué fórmula podría reemplazar la garantía de mínima retribución que un salario supone para el trabajador? El toque está en la cuantía de esa retribución y en que no sea algo rígido, extraño a las bienandanzas de la Empresa. Importa poco que el obrero participe en la gestión del negocio, mucho que el obrero se compenetre con la Empresa hasta el punto de sentirse partícipe en ella, material y moralmente.

fraguó sus primeros triunfos el capitalismo moderno; ahora yace maltrecha. La han desterrado los Sindicatos en el campo proletario, y lo mismo los Estados en el sector monetario, antaño pasto magnífico para la rivalidad sin cuartel de Bancos, agiotistas y particulares. La destierran los productores organizándose en poderosos *cartels* o *trusts*, con el propósito firme de refrenar las rivalidades profesionales. La destierran las naciones en el cultivo intensivo de un hermetismo económico, que tiende a hacer de cada una coto exento, «capaz de bastarse a sí mismo». Pero, además, el capitalismo se nacionaliza, renegando así de su natural expansivo e impulsa a los Estados a una política de hermetismo arancelario igualmente asoladora de la libre concurrencia.

E) *Capitalismo y Sociedades anónimas*.—No es posible, ni conveniente, suprimir la Sociedad anónima. Sería posible, pero inconveniente, suprimir las acciones al portador, no obstante sus lacras.

De las Sociedades anónimas se han dicho cosas tremebundas, *Ihering* les dedicó palabras casi malsonantes; no cabe negar que estas Sociedades pueden pervertirse fácilmente en su manipulación. Por eso en la nueva fase del capitalismo son menester reactivos implacables que las mantengan en un cauce de ética y eficacia, estorbando toda suerte de malévolas deformaciones. Pero en su cimentación existe amplio fondo de verdad, y la Sociedad anónima merece la protección jurídica del Estado, ya que es un eslabón de la economía nacional. Hay que preservarlas contra su actuación anti-social o antieconómica, y esta misión no puede entregarse más que al Estado. El control preventivo—autorización para la adopción de ciertos acuerdos por los Consejos de las Compañías—va demasiado lejos; pero es recomendable si se circunscribe a ciertos acuerdos de gravedad suprema y lo reclama un determinado número de accionistas. El control mínimo, ya indiscutible, ha de operar sobre balances y cuentas, fiscalizando su autenticidad. Pero, aparte el control, son factibles otros determinados correctivos o preventivos contra los abusos de dirección de las Sociedades anónimas. Enumeraremos algunos: a) Exigir un cierto número de acciones para tener derecho de voto en las Asambleas generales. b) Poner un tope a la actuación de los Bancos en el seno de las Compañías, a título de mandatarios de los accionistas que tengan depositados sus títulos en las Cajas del establecimiento. c) Hacer revisable el porcentaje de los beneficios

Denegar el ejercicio de los derechos políticos (voto, voz, etc.) a los titulares de acciones que no acrediten su propiedad con una relativa antelación a la Asamblea, o que las posean con carácter precario; en operaciones bursátiles, a plazo doble, etc. e) Condicionar el ejercicio de esos mismos derechos por los acreedores de las acciones pignoradas, a fin de evitar simulaciones o inmixciones atentatorias al interés auténtico de la Empresa. f) Dar facilidades para la constitución de reservas que notoriamente persigan finalidades de garantía y dificultar aquellas otras que tiendan a disminuir beneficios, ensanchar abusivamente el objetivo de la Empresa o amparar manipulaciones bursátiles. g) Perseguir por las vías del Derecho penal cualesquiera maquinaciones bursátiles, dirigidas, a base de los títulos de una Sociedad determinada, por sus propios gestores o por los grupos bancarios o financieros que éstos representan. h) Otorgar a los accionistas el derecho de «dimisión», esto es, de retirarse del negocio social cuando aleguen—y lo entiendan así los Tribunales—que la Sociedad se aparta de su objetivo propio o incurre en abusos económicos o financieros. i) Limitar los poderes revocatorios de las Juntas generales, exigiendo la asistencia de una causa justa para la destitución de los Administradores.

F) *Capitalismo y economía mixta*.—Entendemos por economía mixta la asociación del capital privado y el capital o el poder de una colectividad pública para realizar un fin económico. Las Empresas de este tipo sólo se rigen, en parte, por las leyes generales propias de las Sociedades anónimas. Muestran notoria especialidad: a) En cuanto al capital, por pertenecer en alícuota mayor o menor—a veces íntegramente—al Estado o Corporaciones públicas. b) Por el fin, en que las Empresas capitalistas persiguen el de obtener un beneficio, mientras que éstas relegan este objetivo a lugar secundario, dando la preferencia a designios de orden social. c) Por la gestión, decisivamente controlada o por el Estado y Corporación asociada, sin paralelismo estricto con su cuota de capital. Las empresas mixtas se difunden con ritmo vigoroso en todo el mundo.

G) *Capitalismo y formas económicas no capitalistas*.—No todo es capitalismo en la Economía contemporánea. Un gran sector de lo que se llama proletariado vive al margen del capitalismo estricto y enrolado a sistemas de explotación no capitalistas. Estos son, con-

H) *Capitalismo y nacionalismo*.—Es Inglaterra la cuna del capitalismo industrial y a la vez solio del librecambismo; hoy vive en franco proteccionismo y el capital británico se repliega de fronteras adentro. Las emisiones de valores extranjeros son casi insignificantes en la City londinense.

I) *Capitalismo y supercapitalización*.—El capitalismo de nuestros días soporta un fardo pesadísimo desde la Guerra; un alto porcentaje de empresas arrastra el lastre de un capital superabundante, tanto en acciones como en obligaciones. La etapa de tránsito que vivimos exigirá el reajuste, que se está haciendo ya por medio de amputaciones quirúrgicas, tan dolorosas como ineludibles, y acaso milagrosamente curativas. Desde Norteamérica a Italia se ha procedido a desgazar los armamentos capitalistas exagerados. ¿Medios? La reducción del capital acciones, cuando no su extinción por pérdida total, y la conversión de la Deuda social (obligaciones) mediante rebajas de capital, de interés, o de ambas cosas a la vez, y no siempre con carácter voluntario, pues en algún país—Alemania—se han dictado normas para hacerla obligatoria en la vida industrial. El Estado debe asumir una misión tutelar, de vigilancia y prevención, sobre la creación y circulación de los capitales.

En resumen, el sistema capitalista, en cuanto consorcia la técnica, el capital y el trabajo para la realización de los fines humanos, ni está en quiebra ni parece próximo a sucumbir. Han fracasado sus realizaciones exageradas, su falta frecuente de ética, sus procedimientos antisociales. Necesita freno, ponderación, espiritualismo, prudencia. No es incompatible con otras formas extracapitalistas. Facilita la evolución incesante hacia fórmulas de más equitativa redistribución de la renta. Permite y aun asegura la continuidad del progreso técnico conquistado por el hombre en el último siglo.

En la nueva era del capitalismo dominarán la producción frondosa de máxima equidad. Siempre ha de haber rangos económicos desiguales, pero el progreso consiste en dos cosas: acortar la distancia entre los distintos rangos y facilitar el paso ascensional de los inferiores a los superiores. Todo ello exige un Estado diligente, imbuído de santa espiritualidad cristiana, y capaz de llevarla hasta la médula misma de la vida económica.

## DIRECCION GENERAL DE JUSTICIA

---

# Jurisprudencia de la Subdirección de los Registros y del Notariado

CALIFICACIÓN. EL REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD TIENE COMPETENCIA PARA CALIFICAR LA DECISIÓN JUDICIAL POR LA QUE UN JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA CONCEDE LA REHABILITACIÓN DE LA CAPACIDAD DE UNA PERSONA. CAPACIDAD. DECLARADA UNA PERSONA INCAPAZ EN EXPEDIENTE DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA, NO PARECE. ANTE EL SILENCIO DE LA LEY, QUE PUEDE DEJAR DE ADMITIRSE EL AUTO DE REHABILITACIÓN DICTADO EN EL MISMO PROCEDIMIENTO, ANTE LA NORMA GENERAL HIPOTECARIA DE IGUALDAD DE TÍTULO PARA INSCRIBIR Y CANCELAR.

*Resolución de 15 de Octubre de 1935. (Gaceta de 26 de Octubre.)*

Ante el Notario de Sevilla D. Eduardo Fedriani y Fernández se autorizó escritura por la que D. Carlos Fernández de la Lastra, como apoderado de su hermano D. Felipe, vendió a doña Concepción de la Concha una finca. El Registrador de la Propiedad de Sanlúcar la Mayor puso en ella nota suspendiéndola por defectos que no interesan y denegándola, además, «por el defecto insubsanable, que impide extender anotación preventiva, de que la declaración de la rehabilitación de la capacidad jurídica, por recuperación de las facultades mentales del vendedor, se ha hecho en acto de jurisdicción voluntaria, y no en juicio contradictorio, ordinario o de tipo incidental, como procede realizarlo especialmente en casos como

éste, en que la madre-tutora y tres de los hermanos, Vocales del Consejo de familia (acaso mayoría), declaran en el expediente, aunque no formulen oposición procesal, que no es normal el estado del antes incapacitado—según se desprende de la legislación vigente, cual el artículo 219 del Código civil, que de otro modo quedaría burlado, y confirman la jurisprudencia y la doctrina de los juristas—, circunstancia que origina la inexistencia legal del contrato de compraventa por falta de consentimiento del vendedor-mandante».

En el recurso interpuesto por la compradora el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador, y la Dirección general de Justicia confirma el auto apelado, razonándolo así: Reiteradamente ha reconocido la jurisprudencia de este Centro directivo que la facultad calificadora atribuida a los Registradores de la Propiedad por el artículo 18 de la ley Hipotecaria, comprende los documentos judiciales, y aunque respecto de ellos se limita a la competencia del Juez, obstáculos que nazcan del Registro y naturaleza del mandato en relación con el procedimiento en que se hubiese dictado, ha de admitirse la procedencia de la calificación en cuanto a la rehabilitación de la capacidad hecha por el Juzgado de primera instancia de Getafe a favor de la persona que figura como vendedor en la escritura de compraventa objeto del recurso.

Las enfermedades mentales, al privar a la persona de cuidar por sí de sus asuntos, constituyen una restricción de la personalidad jurídica expresamente consignada en el artículo 32 del Código civil, cuya duración no puede ser absolutamente ilimitada, sino que deberá extinguirse según criterio seguido por la generalidad de los Códigos modernos, por la decisión judicial dictada en un procedimiento igual al observado para declarar la incapacidad y que declare haber desaparecido la causa que dió lugar a la misma.

Nuestro Código civil solamente dispone en su artículo 218 que la declaración de incapacidad deba hacerse sumariamente y nada resuelve en orden al procedimiento adecuado para la rehabilitación de capacidad, pues no puede estimarse aplicable el artículo 219 del mismo Código, que se refiere a las reclamaciones contra los *autos* que se crean indebidamente dictados, en tanto que ahora no se impugnó la resolución judicial, sino tan sólo se pretendió poner término a la situación de incapacidad, porque con el transcurso del tiempo el señor Vázquez había recobrado la salud.

La exacta determinación del contenido de la jurisdicción voluntaria es cuestión sumamente delicada, que se agrava en estos supuestos de insuficiencia legal, si bien realizada en acto de dicha jurisdicción la rehabilitación con posterioridad a la salida del enfermo del Sanatorio, a petición de su madre, con información de especialistas en psiquiatría, audiencia y dictamen favorable del Ministerio fiscal, intervención de la tutora y Consejo de familia, sin que llegara a formalizarse oposición, y la finalidad especial de la decisión judicial en la que se declaró la desaparición de la causa motivo de la incapacidad, hacen posible en este caso admitir la eficacia del auto de rehabilitación obtenido en forma análoga a la que se siguió para declarar incapaz al interesado por no parecer legalmente justificada la exigencia de mayores requisitos y ser norma general en legislación hipotecaria la igualdad de títulos para inscribir y cancelar.

\* \* \*

*Uno de los extremos que con más frecuencia son objeto de discusión en los recursos gubernativos es el referente a la facultad calificadora que distintas disposiciones legales han ido introduciendo en nuestro Derecho hipotecario como un deber, en correlativo paralelismo con el Derecho, del Registrador de la Propiedad (1).*

*Y es en los asuntos emanados de la autoridad judicial donde más se pretende negar, o por lo menos cercenar, el campo de acción en que el Registrador puede y debe desenvolverse en el ejercicio de su doble misión, autónoma y libre de apremios y coacciones, de estudio y consiguiente juicio y censura de todos los documentos de que se solicite operación, en una especie de juicio hipotecario que evite la discrepancia entre la realidad jurídica que se crea y el contenido de los asientos ya extendidos, y de indicación y consejo, si cabe, sobre la forma y modo de subsanar los defectos que impidan la normal extensión de los asientos y actos de Registro. Todo ello con la atención y cuidado que exige la actuación de quien tiene en su mano, como uno de los órganos de la jurisdicción voluntaria, la*

(1) Cuando de esta materia se trata, conviene consultar en la obra de don Jerónimo González, *Principios hipotecarios*, el trabajo que dedica al de legalidad, página 626 y siguientes. Y también el libro del mismo autor, *Estudios de Derecho hipotecario*.

*misión de naturaleza judicial (1) de un verdadero Juez territorial, a los efectos de ejecutar o negar las operaciones registrales que provengan de títulos autorizados por los funcionarios de toda clase.*

\* \* \*

*En el caso que motiva este recurso el Registrador niega la inscripción fundándose en que el acto de jurisdicción voluntaria no es el adecuado para declarar la rehabilitación de la capacidad jurídica del vendedor, entendiendo que el precedente es el contradictorio ordinario o de tipo incidental, sin que obste a ello el que la incapacidad se haya tramitado por el primer procedimiento y que no haya uno taxativamente marcado por la ley Procesal.*

*Dice Escosura, y se sigue esta doctrina en la resolución presidencial, que el Registrador carece de facultad para calificar si un auto se ha dictado o no en el debido procedimiento cuando éste no está fijado de antemano. Y éste es el caso. Tanto el procedimiento para incapacitar como para destituir no aparecen señalados en la ley de manera clara, sino que se han deducido por métodos interpretativos de otros preceptos, los ha consagrado la práctica procesal y los amparan los comentaristas.*

*La Dirección se decide, como vemos, por la admisión de la procedencia de la calificación por el Registrador en cuanto a la rehabilitación de la capacidad hecha por un Juzgado a favor del vendedor, pero declara inscribible la venta hecha por el rehabilitado en dicho procedimiento.*

\* \* \*

*En un caso de negarse el Registrador a cancelar todas las condiciones y sustituciones que un testador impuso, y que fueron declaradas nulas en sentencia firme dictada en juicio declarativo, fundándose aquél en que no había recaído tal declaración en el juicio de testamentaria que él creía el adecuado, el Centro directivo negó la fa-*

(1) Seguimos en este extremo el parecer que Romaní Calderón sustenta en su interesante artículo *Carácter de la función calificadora. ¿Es de naturaleza judicial o administrativa?*, publicado en el número 26 de esta REVISTA, pág. 81, enfrente de la opinión de Aragonés y Campuzano, quienes asignan carácter administrativo a dicha función.

*cultad de calificar la sentencia y afirmó que el procedimiento seguido era el indicado, toda vez que no teniendo tramitación adecuada la declaración de validez o nulidad de un testamento o de alguna de sus cláusulas, es obvio que el juicio declarativo seguido era el procedente, ya que con arreglo al artículo 481 de la ley de Enjuiciamiento civil toda contienda judicial entre partes que no tenga señalada tramitación especial ha de ser ventilada y decidida en juicio ordinario declarativo. (Resolución 8 Junio 1905.)*

\* \* \*

*La declaración de incapacidad es en la mayoría de los casos, y sobre todo tratándose de los más frecuentes de enfermedad mental, que excluye por lo constante de la alteración el dominio de la voluntad, y de desequilibrio mental, más atenuada anormalidad, que trastorna aunque no por completo dicho dominio, pero que como el anterior priva al sujeto de la capacidad de obrar, atributo por virtud del cual pueden los actos del hombre tener un valor jurídico de carácter urgente. Por eso el artículo 218 del Código civil dice que el expediente de incapacidad—nada habla del de rehabilitación—deberá hacerse sumariamente, lo que quiere decir premura, rapidez. Y se explica que así sea porque en el intervalo entre la enfermedad y la declaración ninguna persona ni organismo puede suplir la capacidad de obrar del presunto tutelado, lo que puede originar grandes perjuicios a éste y a otras personas. Declarada la incapacidad, si el organismo tutelar funciona con normalidad ya no es tan urgente, al menos desde el punto de vista material, la reintegración a la capacidad, porque ningún daño sufren con la demora los bienes e intereses del incapacitado.*

*En todo caso podrian seguirse en acto de jurisdicción voluntaria ambos procedimientos cuando así lo solicitaran, y estuvieran conformes con la declaración pedida todos los interesados a quienes pudiera afectar la medida, pero no cuando, como ocurre en este caso, discrepan de la rehabilitación la tutora y tres Vocales del Consejo de familia, si bien no formularon oposición, con lo que el asunto parece que debiera adquirir carácter contencioso. Y si hay contención—dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Enero de 1894—debe acomodarse a los trámites de los incidentes. O sea que para*

*conciliar este carácter de contienda con la urgencia, parece el camino adecuado como restitutorio de la capacidad el de los incidentes, ya que según la Sentencia de 14 de Febrero de 1903 no se acomoda a este artículo—el 218 citado—la extensa tramitación del juicio ordinario y sí la breve y sucinta de los incidentes.*

*Parece que son dos momentos, dos situaciones distintas y que exigen distinto tratamiento y diferentes garantías los de privar a una persona de sus derechos y el de rehabilitarla para su ejecución. En el primero, la enfermedad misma pone en evidencia la necesidad y urgencia de la medida; en el segundo, son más engañosas las apariencias de capacidad, más necesarias y de mayor volumen las garantías que deben tomarse.*

#### PARTICIÓN DE HERENCIA PRACTICADA POR AMIGABLES COMPONEDORES.

NO ES NECESARIO EXPRESAR SI ES FIRME EL LAUDO, PORQUE TODA RESOLUCIÓN JUDICIAL SE ENTIENDE CONSENTIDA SI TRANSCURRIDOS LOS TÉRMINOS NO SE INTERPONE RECURSO. DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO QUE SIRVIERON DE ANTECEDENTES PARA PRACTICAR LA PARTICIÓN NO HAY NECESIDAD DE ACOMPAÑAR COPIAS AUTORIZADAS, PORQUE LO QUE SE INSCRIBE ES AQUEL DOCUMENTO PRINCIPAL, ADEMÁS DE LA EFICACIA QUE SUPONE LA PUBLICACIÓN EN LA «GACETA». LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA EN LA FORMA QUE PRESCRIBE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, ES SÓLO PARA EL CASO DE QUE LAS PARTES NO PUEDAN O NO QUIERAN HACERLA EFECTIVA A SU INSTANCIA.

*Resolución de 31 de Octubre de 1935. (Gaceta de 7 de Noviembre.)*

Hechas por Contador-partidor testamentario unas operaciones de partición, y no conformes con ellas algunos herederos dedujeron demanda en juicio de mayor cuantía, sobre el que, en definitiva, recayó sentencia del Tribunal Supremo, así como también en el seguido a consecuencia de la ejecución de aquélla. Para resolver las cuestiones que planteaba el cumplimiento de ambas sentencias se nombraron amigables componedores, los que dictaron su laudo el 20 de Agosto de 1934, ante el Notario de Sevilla D. Joaquín Muñoz

Casillas, formulando las operaciones particionales, que presentadas en el Registro de la Propiedad del Mediodía, de Sevilla, fueron objeto de nota que dice así :

«No admitida la inscripción del precedente documento, por observarse los siguientes defectos: 1.º No expresarse si es firme el laudo dictado por los amigables componedores. 2.º Que debiendo sujetarse, según la escritura de compromiso, a las normas establecidas por las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de Octubre de 1930 y 6 de Octubre de 1933, se acompañan copias simples en vez de copias autorizadas para poder determinar si se han atendido a ellas. 3.º Que las sentencias en esta clase de juicios se ejecutan y se llevan a efecto a instancia de parte legítima por el Juez de primera instancia a cuyo partido corresponda el pueblo donde se haya dictado, procediéndose de la manera prevenida para la ejecución de las sentencias como dispone el artículo 837 de la ley de Enjuiciamiento civil y nunca por los amigables componedores, como ocurre en el presente caso ; y no pareciendo subsanable el último defecto, tampoco es admisible la anotación preventiva.»

Interpuesto por los interesados el correspondiente recurso, el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador, y la Dirección general de Justicia confirma el auto apelado con los siguientes considerandos :

Si transcurridos los términos señalados para interponer cualquier recurso sin haberlos utilizado, queda de derecho y sin necesidad de declaración alguna consentida toda resolución judicial, debiendo admitirse la presunción de su firmeza, en el laudo dictado por amigables componedores, en que sólo se da el recurso de casación con limitación de causas, tiene que tener mayor eficacia aquella presunción, mucho más teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde la notificación, 24 de Agosto de 1934, y las circunstancias que concurren en el que fué objeto de la nota recurrida.

Aunque quizá sería interesante dilucidar si el compromiso es una variedad de la transacción o del juicio y sus repercusiones en la idea del mandato, especialmente en los pactos estipulados por los interesados para facilitar el cumplimiento de lo convenido, siempre a base de resolver estados de derecho en los que discorden, limitado el segundo defecto a la autenticidad de las sentencias, por haberse acompañado copias simples, la decisión que se adopte debe circuns-

cribirse a la consideración de tales copias como título referido a la inscripción.

El título inscribible es la partición practicada por los amigables componedores y, por tanto, las sentencias del Tribunal Supremo no tenían que presentarse testimoniadas como documento principal, porque ni lo fueron nunca ni podían serlo en relación con lo pactado en la escritura de compromiso, aunque en su fondo tengan capital importancia y sean su antecedente, pues en tal sentido deben estar recogidas en el documento inscribible, teniendo, en otro caso, suficiente eficacia por su publicación en la *Gaceta*.

En cuanto al tercer defecto, la ejecución de las sentencias dictadas por los amigables componedores, con intervención de la autoridad judicial, es en todos los casos a instancia de parte legítima, como cumplimiento subsidiario de la resolución, en el supuesto de que las partes no quieran o no puedan realizar de otro modo su efectividad, según dice acertadamente el auto presidencial, que por otra parte, en este punto concreto, ha tenido su realización normal con la solicitud de inscripción.

\* \* \*

*Las partes interesadas en el asunto que motiva la precedente Resolución, al no hallarse conformes con la partición hecha por el Contador testamentario, acudieron al laudo dictado por amigables componedores, sin duda teniendo en cuenta que, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, una vez practicada aquélla no cabe entre los coherederos la acción de petición de herencia (Sentencia 17 Junio 1897), y también que, hecha aquélla, es improcedente el juicio de testamentaria; como que éste persigue precisamente la división que ya está efectuada. (Sentencia 5 Octubre 1898.)*

*En cuanto hace referencia a su primer extremo, el artículo 408 de la ley de Enjuiciamiento civil está claro y terminante, ya que afirma que «transcurridos los términos señalados para preparar, interponer o mejorar cualquier recurso sin haberlo utilizado, quedará de derecho consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada la resolución judicial a que se refiera, sin necesidad de declaración expresa sobre ello».*

*El Tribunal Supremo considera este precepto como disposición de orden público, a la que han de atenerse necesariamente los Tribu-*

nales y los litigantes, de tal modo que, aunque se hubiese admitido, consentido y sustanciado de un modo indebido la apelación, deberá declararse ejecutoria la resolución apelada, absteniéndose, por tanto, de conocer del fondo de la apelación. (Sentencia 25 Noviembre 1885.)

En la controversia que dió lugar a la Resolución de 14 de Septiembre de 1934, el Registrador sostuvo la teoría de que la firmeza de las Resoluciones era cuestión que afectaba a la legalidad de las formas extrínsecas, hasta tal punto que no era ejecutable una resolución judicial no firme, constituyendo defecto la omisión de la expresión de esa firmeza, ya que el hecho de que un Secretario judicial testimoniase una resolución no implicaba tácita y necesariamente su firmeza, porque los testimonios podían pedirse con muy distintas finalidades. Y la Dirección resolvió que si bien podía discutirse en teoría la atribución a las formas extrínsecas o intrínsecas de la expresión de la firmeza de las resoluciones judiciales contenidas en el documento sujeto a calificación, sería siempre en el supuesto de ser exigible tal expresión, y no ocurriendo así, según el artículo 408 citado, al quedar firmes aquéllas por el mero transcurso del término y ministerio de la Ley, sin necesidad de declaración alguna sobre ello, debe admitirse la presunción de la firmeza...

Transcurridos, por tanto, los términos señalados para interponer recurso sin haberlo hecho, queda consentida toda resolución judicial, presumiéndola firme. Y mucho más en este caso en que, según el artículo 838 de dicha ley, sólo se admite el recurso de casación contra las sentencias dictadas por amigables componedores. Y éste, como dice la Dirección, con limitación de causas.

\* \* \*

Igualmente acertada está la Dirección en los otros dos extremos que resuelve. No es preciso que las sentencias del Tribunal Supremo cuyo contenido tuvieron que desarrollar los amigables componedores en su laudo, se presenten consignadas en forma de documento auténtico, por no ser dichas sentencias el título en que puedan fundar su derecho los adquirentes, sino sólo un antecedente cuya cita puede comprobar el Registrador en la Gaceta que las inserta. Lo que se inscribe es la partición, en la que, si está bien hecha, se consignarán seguramente los particulares esenciales de dichas resoluciones.

Tampoco es necesario que el laudo sea ejecutado en todo caso

*por la autoridad judicial. El artículo 837 de la ley de Enjuiciamiento civil que se cita en apoyo de esta teoría, no es absoluto en su mandato; es más bien de carácter subsidiario, permisivo, en defecto de la voluntad de los interesados, para cuando éstos no quieran o no puedan llevarlo a cabo, ya que dice «... y a instancia de parte legítima se llevarán a efecto...».*

*Del mismo modo el artículo 839 de dicha ley confirma, a nuestro entender, tal opinión. «También se decretará—dice—la ejecución de la sentencia de los amigables compondores... si el que lo pidiese...», lo que supone que puede ejecutarse voluntariamente por los interesados. No ha quedado sin cumplir el artículo 837; lo que ocurre es que no ha entrado en acción, que se ha juzgado innecesario acudir a él.*

PREVIA INSCRIPCIÓN. ARTÍCULO 20. NO ES NECESARIA LA QUE HABRÍA DE HACERSE A FAVOR DEL PADRE, DE LOS BIENES QUE ÉSTE HEREDA DE SU HIJA, COMO PREVIA A LA QUE SOLICITA EL ÚNICO HIJO Y HEREDERO DE AQUÉL DE TODOS LOS BIENES QUE A ÉSTE PERTENECIERON, POR TRATARSE DE INSCRIPCIÓN TRANSITORIA Y FORMULARIA A LA QUE ES APLICABLE EL PÁRRAFO ÚLTIMO DEL ARTÍCULO 20 DE LA LEY HIPOTECARIA. DESCRIPCIÓN DE FINCA. DEBE SEGUIRSE SEGREGANDO, CONFORME SE PRESENTAN LOS TÍTULOS, EN TANTO QUEDA CABIDA EN EL ASIENTO PRIMITIVO.

*Resolución de 26 de Octubre de 1935. (Gaceta de 8 de Noviembre.)*

Ante el Notario de Guadix, D. Luis Rodríguez y Ponce de León, compareció D. Manuel Cobo y Cobo a otorgar escritura de manifestación de herencia, solicitando la inscripción a su favor de todas las fincas que pertenecían a su padre, de quien era único heredero, tanto de las que había adquirido por otros títulos como de las que había heredado de su hija María del Mar—números 1 al 13—, debiendo hacerse constar en estas últimas la transmisión de ellas a favor del causante conforme al párrafo último del artículo 20. Se describían en el cuaderno bajo los números 21, 22 y 23 tres predios de tierra en término de Alquife, a los sitios detrás de Los Huertos, Vegueta y Corral de los Alesnas, respectivamente, con su extensión superficial

y linderos independientes, siendo la cabida del último de dos fanegas, o sean 46 áreas y 95 centiáreas ; resto de otro de 13 fanegas, en dos pedazos, después de la segregación practicada para el ferrocarril, siendo los descritos el resto.

Inscrita dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Guadix en cuanto a unas fincas, fué «suspendida la inscripción respecto a las inventariadas de los números 1 al 13 inclusive, por ser precisa la previa inscripción de ellas a favor del causante de esta herencia, don Juan Cobo y Cobo, y no ser aplicable el párrafo último del artículo 20 de la ley, que se interesaba en la escritura que motiva esta nota, sin pedirse anotación preventiva ni el despacho de las demás fincas comprendidas en el documento»; y habiéndose interesado después la inscripción de las fincas números 21, 22 y 23, fué igualmente suspendida, porque, dada la forma en que se expresan en la escritura, «no pueden ser inscritas ni como fincas independientes ni como finca sola, por no describirse la parcela de cinco celemines en la Bajada de la Cueva de Santa Elena, que con las otras tres constituyen el resto de la finca número 508, inscrita a favor del causante, D. Juan Cobo y Cobo, sin pedirse anotación preventiva».

Confirmó el Presidente de la Audiencia la nota del Registrador y la Dirección general revocó el auto apelado, con los siguientes considerandos :

Para la transmisión de inmuebles exige, en primer término, nuestro sistema hipotecario, una causa jurídica acreditada en documentos públicos que hagan fe por sí solos o con otros complementarios, o mediante formalidades cuyo cumplimiento se acredite, y en segundo lugar, la inscripción en el Registro de la Propiedad, sobre la base de anteriores asientos a favor del transmitente ; los cuales encierran el contenido de los títulos, reflejan el historial de las fincas, y apoyados en la sucesión del anterior titular, en inscripciones separadas e independientes, forman el tracto sucesivo en su aspecto formal, así como el civil hace sólo referencia a la necesidad de que el acto se derive del titular inscrito.

La regla general del tracto objetivo o formal, aparte de la norma contraria para la realización de las primeras inscripciones, tiene excepciones especiales, entre las que está incluida la transmisión hereditaria sucesiva, para simplificar los asientos que propiamente no interesan a tercero, como justificó la exposición de motivos del Real

decreto de 24 de Febrero de 1908, autorizando la presentación a las Cortes del proyecto de ley de Reforma de la Hipotecaria, al decir que, «destinado el Registro de la Propiedad a consignar las alteraciones que se produzcan en el dominio de los inmuebles y de los derechos reales que sobre ellos pueden imponerse, preciso es que en él conste el tracto sucesivo de los mismos, sin solución de continuidad, obedeciendo a este principio lo dispuesto en el artículo 20 de la vigente Ley; pero el estricto cumplimiento de éste produce verdaderas perturbaciones cuando se trata de inscripciones que, por ser solamente transitorias y formularias, no tienen finalidad práctica».

Esto es precisamente lo que acontece en el caso que se discute, pues estando justificada plenamente la transmisión hereditaria de los bienes de doña María del Mar a su padre, D. Juan, y de éste a su hijo D. Manuel, en ambos casos herederos necesarios y únicos, con formalización objetiva en la escritura de adjudicación, la previa inscripción que exige el Registrador no conduce a ninguna necesidad hipotecaria, y debe estimarse, por tanto, comprendida en el último párrafo del artículo 20 anteriormente citado.

Respecto a la falta de descripción de la parcela, constitutiva, con las otras tres, del resto de la finca matriz, que ésta se formó, no por una unidad, con total cabida y general descripción, sino por un conjunto de unidades debidamente delimitadas en su respectiva extensión, naturaleza y linderos, con lo cual las parcelas adjudicadas tienen las características suficientes de orden físico para establecer la relación con la antigua finca, debiendo seguirse segregando, conforme se presenten los títulos, en tanto quede cabida en el asiento primitivo, que es la solución práctica para coordinar el principio de voluntariedad de la inscripción, en los casos en que el adquirente de una porción no la solicite, con el derecho de los demás y con la unidad hipotecaria de las fincas.

\* \* \*

*El primer extremo de la Resolución que precede es, según la Dirección, una aplicación extensiva, que se hace por primera vez, que sepamos, del contenido del párrafo último del artículo 20 de la ley Hipotecaria: no ser necesaria la previa inscripción «cuando en una partición de herencia, verificada después del fallecimiento de algún heredero, se adjudiquen a los que lo fuesen de éste los bienes*

*que a aquél correspondían, deberá hacerse la inscripción a favor de los adjudicatarios, pero haciéndose constar en ella las transmisiones realizadas».*

*Se trata del fallecimiento en 1918 de una persona en estado de soltería, a la que hereda su padre, que fallece, a su vez, en 1928, o sea diez años después, quedando como único heredero su hijo, quien en 1934 otorga escritura de manifestación de herencia, en favor de su padre de lo por éste adquirido de su hija, y a nombre propio de todos los bienes de aquél, de los que solicita una sola inscripción en su favor, y que se haga en ella constar la transmisión efectuada a nombre de su causante, con omisión, por tanto, de la que debiera hacerse a favor de éste y abandono del tracto sucesivo.*

\* \* \*

*Creemos que entre uno y otro caso pueden establecerse algunas diferencias. El párrafo último del artículo 20 citado habla de partición de bienes, de una declaración de voluntad que cuando la hacen de común acuerdo los interesados engendra el contrato, supuesto éste en el que nos colocamos por no inclusión del acto jurídico de partición hecha por el padre, que no cabe en este caso, y por exclusión de la hecha por comisario, ya que el plazo que tiene este mandatario para actuar es generalmente muy limitado en orden al tiempo, y tampoco procede, por ello, ocuparse de él.*

*En virtud de dicho contrato se pone término a la proindivisión, cesa la comunidad en que los herederos han deseado continuar después de fallecido el causante. Durante este interregno cada heredero no ha tomado en la masa hereditaria más que una cuota indivisa, una porción abstracta, inconcreta, indeterminada. No han podido disponer ni gravar una finca, ni una parte de ella, porque no les pertenecían. No se conoce siquiera el haber de cada partícipe, ni si les corresponderá alguno.*

*En estas circunstancias fallecen uno o varios herederos y los restantes acuerdan cuando bien les parece—dijimos en otro lugar (1) que para esto debiera haber una fecha tope que evitara torpes abusos e hiciera compatible, añadimos ahora, la voluntariedad de la partición con los principios que tachan de antijurídico y perjudicial para*

la economía el estado de indivisión—verificar las operaciones de determinar, por la comparación entre el activo y el pasivo, el importe del caudal hereditario, fijar el haber de cada heredero y proceder a adjudicar a cada uno una parte concreta de la herencia para pago de su haber. Y es entonces cuando surge la cuestión de determinar lo que haya de hacerse con la porción de herencia que corresponde ahora a los fallecidos. Se puede adjudicar a éstos aunque no vivan, aunque no puedan disponer de ella, o se puede colocar en su lugar a los que fueren sus sucesores.

Si lo primero, adquieren todos los herederos, fallecidos o no, la propiedad exclusiva de los bienes que les han sido adjudicados, y la necesidad de la previa inscripción a su favor nadie la discute: es el tracto sucesivo sin solución de continuidad, es la constancia en el Registro del cambio de dominio más o menos transitorio en cuanto al tiempo.

Si en la partición no se hace adjudicación a los fallecidos, sino, que los bienes que a éstos correspondían se adjudican a sus herederos, como aquéllos nada concreto y determinado adquieren, como no hay adjudicación de cosa singular, como no fueren propietarios con exclusión de los demás herederos de los objetos incluidos en su lote, tiene explicación hasta cierto punto el que la ley permita omitir la previa inscripción en favor de los fallecidos y considere bastante la que se practique en favor de los adjudicatarios.

Sin embargo, ya advierte Morell en sus «Comentarios» que el sistema es peligroso. Ahora que se trata de un precepto legal, y por esto, sólo por esto, hay que acatarlo, aunque lo creemos impugnable en el terreno doctrinal, siquiera quede el intento para ocasión más apropiada.

\* \* \*

A nuestro juicio cabe esencial distinción entre excluir del Registro aquellas inscripciones transitorias y formularias, sin finalidad práctica, de que habla la exposición de motivos, tales como las de extinción de usufructo constituido en favor de legatarios fallecidos, como previa a la inscripción de dominio en favor de los herederos; las en favor del viudo de usufructo en pago de su cuota viudal, con anterioridad a la en favor de los herederos en plena propiedad, y las de los bienes de la sociedad conyugal antes de repartirlos entre los he-

rederos, de todas las que nos hemos ocupado en el comentario citado más arriba, y la de que ahora se trata. En el caso que comentamos no concurren las mismas circunstancias.

Empezamos porque al fallecer la hija no hay partición, o sea que no hay comunidad ni proindivisión que den motivo a la existencia de porciones indeterminadas, inconcretas que hayan de pasar en esta forma a otras personas. No es necesaria la partición, con lo que desaparece el primer supuesto de la ley. Tampoco es necesaria al fallecimiento del padre, único heredero de aquélla, porque queda un solo hijo. El padre adquiere todos y cada uno de los bienes de la hija, el dominio de éstos pasó íntegramente de ésta a aquél, hubo alteración de dominio. Pudo vender, gravar, etc., todos y cada uno de los bienes, todas y cada una de sus partes, sin limitación, sin trabas. Desde luego los poseyó y usufructuó durante diez años. La inscripción a su favor pudo y puede ser necesaria para poder inscribir los contratos convenidos o ejecutados por el padre con tercero. En cambio, tales contratos referentes a derechos específicos, ciertos y efectivos sobre determinados bienes de la herencia, no han podido ejecutarlos los herederos a que la ley se refiere y sí sólo los referentes a su derecho hereditario, a su porción indivisa, y éstos con reservas y limitaciones.

\* \* \*

Puede también suceder, es lo natural que suceda, que los bienes los adquiriera la primera causante con procedencia de un ascendiente o de un hermano, por lo que al pasar al padre adquieren la condición de reservables—artículo 811—. Y si no se hace la inscripción a favor de aquél, como sólo consta en la a nombre del último heredero, el hijo, la transmisión efectuada, si no se revisa la inscripción, caso de haberla, por la que la hija los adquirió, si no se conoce el tecnicismo del Registro, puede no aparecer clara dicha condición, con daño y perjuicio indudables, que el Registro está llamado a evitar en lo posible en beneficio del reservatario.

Creemos confirma esta opinión la doctrina del Tribunal Supremo de ser contradictorio de los principios que informan la ley Hipotecaria obligar a los terceros a hacer un estudio jurídico acerca de la condición de determinados bienes cuando esta condición se puede y debe hacer constar expresa y terminantemente por la persona a

*quien interese. Y también la que afirma que es manifiesto que si por omisión, negligencia o voluntariamente no se hace constar en el Registro la cualidad de reservables de tales bienes, al tercero que los adquiera no se le puede imponer la responsabilidad de esta reserva... (Sentencia de 20 Diciembre 1904.)*

*Es preciso tener en cuenta que no constando expresamente en el Registro que los bienes están sujetos a reserva, el tercero que los adquiere e inscribe no tiene obligación de restituirlos con arreglo a la doctrina de los artículos 34, 36 y 37 de la ley Hipotecaria.*

PARTICIÓN DE HERENCIA. LEGATARIOS DE PARTE ALÍCUOTA. DEBEN SER CITADOS PARA LA FORMACIÓN DEL INVENTARIO POR LA SEMEJANZA DE SU DERECHO CON EL DE LOS HEREDEROS. EXCESO DE CABIDA. SUEPUESTA LA IDENTIFICACIÓN DE LAS FINCAS Y LA ESCASA CUANTÍA DEL EXCESO, TIENE EL REGISTRADOR ARBITRIO PARA INSCRIBIRLA. EN OTRO CASO HABRÁ QUE ACUDIR A LOS MEDIOS LEGALES. DESCRIPCIÓN DE FINCA. NO ES DEFECTO EXPRESAR EN LA ADJUDICACIÓN LA CABIDA DE LA FINCA CON ARREGLO A MEDIDA QUE NO ES LA DEL SISTEMA MÉTRICO, SI EN EL INVENTARIO APARECE CUMPLIDO ESTE REQUISITO. COSTAS AL REGISTRADOR. SÓLO PROCEDE IMPONÉRSELAS EN EL CASO DE IGNORANCIA INEXCUSABLE Y NO CUANDO, COMO OCURRIR AHORA, LA DIRECCIÓN CONFIRMA EN CASI TODOS SUS EXTREMOS LA NOTA DEL REGISTRADOR.

*Resolución de 4 de Noviembre de 1935. (Gaceta de 14 de Noviembre.)*

En testamento otorgado por doña Faustina Muñoz Salvado aparece entre otras la cláusula siguiente: «Y de la tercera parte de la herencia que es de libre disposición se formará un lote de fincas, equivalente al doble de la cuota legítima estricta de un heredero que representará dos quinceavas partes de la herencia, y lega este lote en mera propiedad a sus tres nietos, Teresa, Luis y Carlos Avila Pérez, hijos de su hija Manuela, por partes iguales, y el usufructo con relevación de fianza de dicho lote lo lego a mi citada hija Manuela, con la restricción de que habrá de ser administrado sin fianza por mis hijos varones solidariamente, y si los tres llegaran a fallecer, o se imposibilitaran, por la persona que ellos o cualquiera de ellos desig-

ne. Este legado, en cuanto a la propiedad, queda afecto a la condición resolutoria, que se extinguirá, pasando la nuda propiedad al libre dominio de la usufructuaria, su hija Manuela, si ésta llegara al estado de viuda, caso en el cual cesaría también la administración establecida.»

Presentada en el Registro de la Propiedad de Valencia de Alcántara escritura de operaciones particionales practicada por el cónyuge viudo y cuatro albaceas testamentarios, protocoladas ante el Notario de dicho Valencia de Alcántara D. Manuel Ortega Gómez, suspendió el Registrador la inscripción porque siendo menores de edad los legatarios arriba dichos de parte alícuota del caudal de la herencia, no había sido citado para la formación del inventario su padre o representante legal. Con respecto a determinadas fincas independientes y formadas otras por agrupación, por resultar su adjudicación con mayor cabida de la inscrita, cabida que no la tiene previa en favor de persona alguna. De otra finca—la número 4—, además de no expresarse la equivalencia de su medida usual al sistema métrico decimal, por no hallarse inscrita en favor de la causante ni de otra persona. «Tomando en su lugar a favor de los titulares y por el plazo legal de sesenta días hábiles, las anotaciones preventivas que indican los cajetines al margen de la inscripción de cada una de las fincas en los respectivos haberes. Y, por último, se deniega la anotación preventiva solicitada en cuanto a una de las acciones del monte alto, bajo y derecho de apostar de la dehesa llamada «El Carrascal», adjudicada al heredero don Luis bajo el número 16 de las partidas de su haber, por resultar inscrita a nombre de persona distinta de la señora causante.»

En el recurso interpuesto, el Presidente de la Audiencia, con imposición de costas al Registrador, revocó la nota de éste, excepto en lo relativo a los defectos subsanables atribuidos a la finca número 4, y la Dirección general, con revocación del auto apelado, declara que el documento calificado adolece de los defectos señalados por el Registrador en su nota, salvo lo referente a la supuesta omisión de la equivalencia al sistema métrico decimal de la cabida de una de las fincas, con los siguientes considerandos:

Tanto en la mayoría de los Códigos modernos como en la doctrina nacional y extranjera predomina el criterio de considerar el legado de parte alícuota como una verdadera disposición de carácter

universal, hasta el punto de entenderse que no ostenta la cualidad de heredero el llamado con esta denominación a quien no se atribuya la adquisición del patrimonio *de cujus*, y sí al que lo adquiere en su totalidad o en una porción matemática, aunque no haya sido llamado como heredero, ya que la institución no debe ir unida a las palabras, sino que deriva de la sustancia misma de la disposición, de tal manera que, cualesquiera que sean las expresiones empleadas por el testador, será reconocido como heredero el sucesor en la universalidad de los bienes o una cuota parte de ellos, teniendo toda otra persona favorecida la cualidad de legatario.

Si bien en el marco de nuestro derecho positivo podría parecer aventurado establecer una absoluta identidad entre heredero y legatario de parte alícuota, no lo es, en cambio, estimar que, dada la naturaleza, alcance y efecto de esta especie de legado, la ausencia de su reglamentación en el Código civil y la facultad que de un lado se otorga y de otro se niega a este legatario por los artículos 1.038 de la ley de Enjuiciamiento civil y 42, número 7.º, de la ley Hipotecaria, deben serle aplicables determinados preceptos legales relativos al heredero, y muy especialmente aquellos cuyo fin inmediato es el conocimiento, por el sucesor, del patrimonio en que ha de participar, su cuantía y composición, punto en el que la semejanza entre el heredero y el legatario de parte alícuota aparece más destacada.

No es de estimar el argumento aducido por los recurrentes, que los legatarios menores de edad en el caso del recurso nada adquieren hasta llegar a su emancipación legal, siempre que se dé el supuesto de que en ese instante no haya enviudado su madre, para deducir que al igual que a los herederos condicionales no se les debe dar intervención alguna en la testamentaría, por no ser absolutamente cierta la afirmación, ya que del examen de la cláusula testamentaria resulta que dichos menores son instituídos actualmente en la nuda propiedad de un cuerpo de bienes, y además, porque el artículo 1.054 del Código civil sólo prohíbe a los herederos sujetos a condición instar la partición de bienes, pero no les veda su intervención en la práctica de las operaciones que se realicen a instancia de otros herederos, ni en ningún caso tal circunstancia habría de ser obstáculo para el cumplimiento de un requisito que, como el establecido en el párrafo segundo del artículo 1.057 del Código civil, es de rigurosa observancia y constituye una obligación del comisario.

Por lo que respecta a los excesos de cabida no inscritos, si bien en ocasiones la jurisprudencia de la Dirección general de los Registros ha autorizado su inscripción, conviene hacer notar que ha partido siempre del supuesto de la identificación de los predios y de la escasa entidad de la diferencia, circunstancia cuya apreciación por el Registrador se hará en cada caso con criterio relativamente discrecional, que debe ser respetado en tanto no existan pruebas fehacientes de error en el ejercicio de tal arbitrio y sin perjuicio de que puedan ser inscritos dichos excesos de cabida, mediante la utilización de alguno de los procedimientos previstos en la ley.

El defecto atribuido a la descripción de la finca número 4 en la adjudicación hecha al heredero D. Bernardo Pérez Muñoz, referente a no haberse expresado la extensión superficial con arreglo al sistema métrico decimal, no debe ser estimado, ya que tal requisito aparece cumplido en la descripción que de la misma finca se hace en el inventario que forma parte del título calificado.

Al haber sido adjudicadas a un heredero dos acciones representativas de participaciones de fincas como si lo fueran de una sola, siendo así que una de las acciones recae sobre el inmueble que se describe en el título, y la otra, según el Registro, sobre una parcela sobrante de la finca anterior, hipotecariamente distinta, da lugar, por lo menos, a la existencia del defecto de no describirse en el documento calificado el predio de que es participación la segunda de las acciones adjudicadas, circunstancia exigida por el artículo 9.º de la ley Hipotecaria, no susceptible de ser sustituida por la mera cita del tomo, libro, folio y número de la finca y de la inscripción en que aparece registrada a favor de la causante.

No debe recaer pronunciamiento sobre el defecto subsanable de no aparecer inscrita una de las fincas a nombre de la causante ni de ninguna otra persona, por no haber sido impugnado este extremo de la calificación.

Sólo es procedente la imposición de las costas del recurso al Registrador cuando hubiere procedido con ignorancia inexcusable; debe ser revocado el auto presidencial en este particular desde el momento en que resulta que el funcionario no procedió con ignorancia inexcusable, sino que se confirma su nota calificadora en casi todos sus extremos.

No tenemos noticia de que hasta ahora se haya planteado el primero de los problemas que resuelve la precedente Resolución y que puede formularse así: los legatarios de parte alícuota—legado que el Código civil silencia, del que la jurisprudencia sólo se ha ocupado en lo necesario para admitirlo (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 Febrero 1903), que en la sistematización de las especies de legados que hacen los autores se le coloca entre las variedades del de cantidad—¿deben ser citados para la formación del inventario, ya en su persona, ya en la de su representante legal si son menores de edad, etc.?

El Registrador de la Propiedad sostuvo un criterio afirmativo, basado principalmente en que es la única garantía de este legatario, por no serle aplicables las de índole hipotecaria que la ley establece en favor de otra clase de legatarios. La Dirección confirma plenamente este parecer con doctrina tan cuidadosamente traída que sólo cabe, si acaso, reforzar.

En efecto: si lo que caracteriza esta clase de legado, lo que le distingue y separa de los demás es el de consistir en una cifra que es porción perfectamente divisible de la herencia—mitad, tercera, sexta parte, etc.—, es obligado que puedan concurrir esta clase de legatarios a la formación del inventario, por lo menos que sean citados para ello, ya que del resultado que éste arroje dependerá la cuantía de lo en que aquéllos hayan de participar.

Por otra parte, si con arreglo al artículo 768 del Código civil «el heredero instituido en una cosa cierta y determinada será considerado como legatario», a contrario sensu el legatario de parte alícuota debe ser considerado como heredero y disfrutar de los privilegios que como a tal corresponden. Y esto porque no estriba la distinción entre uno y otro en la cantidad, sino en la calidad; no en la cuantía, sino en la manera de ser designado.

También creemos pueda servir de argumento a nuestra tesis el contenido del artículo 1.049 de la ley de Enjuiciamiento civil. Habla éste de las particiones que «deberán presentarse a la aprobación judicial siempre que tenga interés en ellas como heredero o legatario de parte alícuota algún menor, incapacitado o ausente, cuyo paradero se ignore. Y aunque este artículo está modificado por los 1.057 y 1.060 del Código civil y por la creación del Consejo de fami-

lia, no deja de ser un antecedente demostrativo de la categoría que da el legislador a esta clase de legatarios.

\* \* \*

La institución del defensor judicial tal como se halla establecida, tal como funciona, nos parece de una ineficacia práctica que guarda parecido con la de la aprobación judicial. De trámite puramente ritual y formulario califica a ésta la jurisprudencia. De aquélla puede decirse algo análogo. Porque bien está que si los herederos y legatarios son mayores de edad quede a su arbitrio acudir o no a la práctica del inventario; pero habiendo entre ellos menores, incapacitados o ausentes, no debiera bastar el que sus representantes fueran citados: debiera ser forzosa su concurrencia, hasta el extremo de ser declaradas nulas las particiones hechas sin cumplir dicho requisito. Otra cosa es dejar a los representantes sin la inspección cuidadosa que estuvo en la mente del legislador, pero que, por una inadecuada redacción del precepto, puede quedar sustituida por la apatía y abandono de los que ni sienten la responsabilidad de sus actos, ni tienen el freno de una sanción.

Por otra parte, consideramos innecesario el nombramiento de defensor judicial en la mayoría de los casos que señala la ley. No temos que la citación es tan sólo para la formación del inventario, o sea para relacionar y valorar los bienes, no para separar las cosas, dividir las y repartirlas. Y en la práctica de dicha operación todos—se exceptúa, desde luego, el cónyuge viudo—tienen el mismo interés; no lo hay opuesto, por regla general. Y no sólo no existe en el caso que nos ocupa entre unos menores a quienes se lega la nuda propiedad y su madre, legataria del usufructo, sino que, por el contrario, el interés de la madre será mayor que el que pudieran tener los hijos, por entrar ella en el inmediato disfrute y beneficio de los bienes.

LUIS R. LUESO,  
Registrador de la Propiedad.

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL Y MERCANTIL

1. *Adjudicación para pago de deudas. Es una figura jurídica de naturaleza compleja por la que se constituye un patrimonio especial.* (Sentencia de 23 de Mayo de 1935.)

Al admitir un recurso de casación por infracción de ley contra sentencia de la Audiencia de Madrid, el Supremo declara: que la figura jurídica creada por las adjudicaciones para pago de deudas es muy compleja, pero en síntesis cabe afirmar que por ella se constituye un patrimonio especial, dotado de órganos de disposición y caracterizada por su finalidad fiduciaria, o sea por la atribución de la propiedad o de un derecho a un sujeto activo en interés ajeno y por motivos de confianza.

Considerando que siendo un hecho básico y aceptado por las partes que en la testamentaría del difunto don A. D. aparecía el duodécimo supuesto que establecía que «para los gastos de testamentaría, que se deducirán de la herencia, se presuponen 200.000 pesetas, para lo cual se formará la correspondiente hijuela, que se adjudicará a don J., don P. y don A. D., los cuales pagarán todo lo referente a este concepto y darán cuenta, en su día, a los herederos para que cada uno de ellos abone lo que corresponda proporcionalmente, en el caso de que el pago no llegue a dicha cantidad»; que también es asimismo cierto que existía una adjudicación relativa a ese supuesto, o sea la que se hacía para pago de esos gastos, que comprendía las porciones de fincas que motivaron la

presente tercería de dominio, hecha a favor de los herederos don J. (demandante), don P. (demandado) y don A. D., así como es otro hecho, igualmente aceptado, que en méritos de un juicio ejecutivo instado por don A. G. contra don P., se embargó la parte que en las repetidas fincas fué adjudicada a éste, es por todo ello indudable que dichos bienes se transfirieron a los adjudicatarios con una limitación consistente en que habían de servir exclusivamente para el pago de las deudas de la testamentaria y no para otras personales de don P., ya que por virtud de la doctrina sintetizada en el primer considerando pasaban a poder de los adjudicatarios únicamente como órganos de disposición, que, por consecuencia, no podían atribuirse un dominio absoluto, o sea para toda clase de fines, y sí tan sólo, cumpliendo la voluntad del testador, para pagar las deudas de la testamentaria.

Considerando que siendo ello así es evidente que la Sala sentenciadora al desestimar la tercería infringió los preceptos legales que se invocan en el recurso, y procede, por tanto, la casación de la sentencia recurrida.

*En la sentencia anterior, el Supremo recoge, muy sucintamente desde luego, la doctrina que la Dirección general de los Registros había sentado en varias Resoluciones, aclarando un poco esta figura, un tanto oscura, de nuestro ordenamiento. Véanse para su estudio las Resoluciones de 17 de Octubre de 1919 y 14 de Junio de 1922; consúltese igualmente la de 20 de Septiembre de 1933, publicada por mí en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo 164, página 370, y la de 13 de Diciembre de 1934, publicada en la misma Revista, tomo 167, página 832; en la doctrina recomendamos la lectura del trabajo de Martínez Mora, «La adjudicación para pago de deudas», REVISTA CRÍTICA, tomo I, página 496; Sánchez Barbudo, «Las adjudicaciones para pago de deudas en operaciones particionales», La Reforma Legislativa, tomo 26, página 273; Otero Valentín, «La adjudicación como derecho real», en Revista de Derecho Privado, tomo VI, página 14; Lacal, «Aportación al estudio de la adjudicación de bienes inmuebles de una herencia para pago de deudas», en la misma Revista, tomo XVIII, página 294. Véase la Memoria de Registradores del año 1924 (Anuario de 1926, página 567).*

2. *Elevación de un contrato a escritura pública. Eficacia obligatoria de los actos y contratos administrativos. Requisitos esenciales del contrato.* (Sentencia de 17 de Mayo de 1935.)

Doña P. F. interpuso demanda contra el Ayuntamiento de M. exponiendo que era dueña de cuatro fincas, las que permutó, mediante contrato con el Ayuntamiento, por un casa, obligándose el Ayuntamiento a elevar a escritura pública el contrato; no cumplido por la Corporación lo pactado, la demandante pedía se condenase a la Corporación a elevar a escritura el contrato o, en otro caso, la rescisión del mismo. El Juzgado absolvió al Ayuntamiento de la demanda, pero la Audiencia condenó a la Corporación al otorgamiento de escritura. Interpuesto recurso, no lo admite el Supremo porque no se infringen por la Sala sentenciadora los preceptos del Código civil y artículos del Estatuto municipal citados por el recurrente, ni se incide por la misma en error en la apreciación de la prueba, como se sostiene en el único motivo de casación, que se desglosa en cuatro apartados, interpuesto por la representación del Ayuntamiento de M., pues aunque la eficacia obligatoria de los actos y contratos administrativos no queda amparada en lo que a la forma y solemnidades afecta por la norma amplia y espiritualista de la ley única, título 16 del Ordenamiento de Alcalá, que informa los artículos 1.258 y 1.278 del Código civil, sino que, antes bien, han de estar investidos de ciertos requisitos y reforzados por determinadas ritualidades para que produzcan aquellos efectos, al afirmar declarándolo expresamente el Tribunal *a quo* sin que por la parte recurrente se aduzcan documentos o actos auténticos que patenten su equivocación, que la Corporación municipal de M., después de la intervención inicial de su Alcalde y de la aprobación de la Comisión permanente se obligó a adquirir la casa llamada del S., consignando el oportuno crédito para satisfacer el precio, como así consta en el presupuesto del año 1928, ratificando por último aquella entidad municipal sus anteriores decisiones mediante actos y acuerdos del pleno del Ayuntamiento, se destacan y ponen de relieve los requisitos esenciales a todo contrato y los especiales y propios que exige la legislación administrativa en el convenio que se discute, sin que sea necesario, para que aquellos acuerdos cobren

fuerza y validez, que fueran votados por las cuatro quintas partes de los concejales que constituían el Cabildo municipal, desde el momento en que no se ha demostrado por el recurrente que la cantidad consignada para la adquisición del inmueble de mérito exceda del 15 por 100 del volumen presupuestario; procediendo, en su consecuencia, que se declare no haber lugar al recurso entablado por la representación del Ayuntamiento.

*Véase sobre contratos administrativos: Fernández de Velasco, «Los contratos administrativos», Madrid, 1927; Gómez González, «Contratos administrativos», en la Enciclopedia Jurídica Seix, tomo IX, página 13; Torres Muñoz, «Contratos administrativos o de obras y servicios públicos», por D. Eleuterio Delgado, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo 63, página 278; Caballero, «Contratos administrativos», Revista de los Tribunales tomo 34, página 321. Acerca de actos administrativos, consúltese la obra del mismo Fernández de Velasco, «El acto administrativo», prólogo de Hauriou, Madrid, 1929.*

3. *Cesión de una participación de lotería con número equivocado. Voluntad real y voluntad declarada. Requisitos esenciales del contrato. Efectos que puede producir el uso del sello de las entidades en los documentos expedidos por sus empleados. Comisión mercantil. (Sentencia de 23 de Mayo de 1935.)*

Con motivo de uno de los innumerables casos en que se expiden participaciones de lotería con número equivocado, el Tribunal Supremo, al rechazar el recurso interpuesto, sienta la siguiente doctrina:

Considerando que no obstante la diversidad de teorías que en el campo doctrinal se han formulado acerca de los efectos de la divergencia entre la voluntad y su declaración en los negocios jurídicos, en ausencia de textos legales concretos que enfoquen el problema en el Código civil patrio, puede admitirse, como regla general, la de que es preferente la voluntad real a la voluntad declarada, pues así se infiere, no sólo de las tradiciones constantes de nuestro Derecho, sino además de la norma contenida en los artícu-

los 1.265 y 673, relativos a la nulidad de los contratos y de los testamentos por vicios de consentimiento, y aun de la que establecen los artículos 1.281 y 675, a propósito de la interpretación de esos respectivos actos jurídicos, siquiera haya de ser atenuado el rigor de ese principio con una serie de necesarias restricciones, que implican parciales derivaciones hacia la teoría llamada «de la declaración» y entre las cuales, de conformidad con la opinión científica más generalizada, figuran como fundamentales las siguientes: Primera. Que la divergencia ha de ser probada por quien lo afirme, ya que, si no se prueba, el derecho considerará la voluntad declarada como coincidente con la voluntad real. Segunda. Que cuando la disconformidad sea imputable al declarante, por ser maliciosa o por haber podido ser evitada con el empleo de una mayor diligencia, existiendo a la vez buena fe en la otra parte, se ha de atribuir pleno efecto a la declaración, a virtud de los principios de responsabilidad y de protección a la *bona fides* y a la seguridad del comercio jurídico, que se oponen a que pueda ser tutelada la intención real cuando es viciosa, y a que pueda ser alegada la ineficacia del negocio por la parte misma que es culpable de haberlo producido.

Considerando que son, en el presente caso, hechos probados, según la apreciación que, en uso de sus facultades soberanas, ha hecho en su fallo el Tribunal de instancia: Primero. Que el demandado don L. G., como depositario de un número de la Lotería Nacional que había de sortearse en 22 de Diciembre de 1930, y no en concepto de apoderado del Banco X, también demandado, dió al actor don J. M. una participación de cinco pesetas, suscribiendo el oportuno resguardo que se entregó al interesado. Segundo. Que por error del amanuense don R. A., igualmente demandado en estos autos, que manuscibió la parte no impresa de dicho resguardo por orden del señor G., se consignó en el documento entregado al actor un número que dicho señor no tenía, en vez de otro que era el que efectivamente jugaba y quería ceder. Tercero. Que tal error fué completamente casual, involuntario y excusable por parte del demandado, sin que pudiera ser subsanado oportunamente, a causa de que, apareciendo en la matriz del susodicho recibo el segundo de los números expresados, no pudo aquél darse cuenta de la equivocación.

Considerando que frente a la doble conclusión que la Sala sen-

tenciadora saca de los indicados supuestos de hecho, al afirmar: *a)* que era indudable la falta de acción en el actor, al dirigir la demanda contra el amanuense y contra el Banco, y *b)* que es nulo, por error obstativo que excluye el consentimiento, el *contrato de cesión de derechos* que implica la participación de lotería que el demandado don L. G. dió al actor don J. M., son por completo infructuosos los motivos primero y segundo del presente recurso, que acusan la infracción de los artículos 1.088, 1.089, 1.091, 1.124, 1.254, 1.256, 1.258 y 1.261 del Código civil, relativos a la constitución y exigibilidad de las obligaciones y los contratos, limitándose a hacer supuestos de la cuestión que había de debatirse, al alegar que en el contrato de cesión de derechos de autos, concurrieron todas las circunstancias que se exigen por la ley para la existencia y validez de una obligación, cosa que la Sala sentenciadora niega y que el recurrente no se cuida de demostrar.

Considerando que el artículo 1.261 del Código civil, único interesante y fundamental para la solución del caso debatido, entre los que el recurso cita como violados por el Tribunal sentenciador, precisamente fué aplicado con justeza y acierto por la resolución recurrida, ya que la distracción (*lapsus calami*) padecida por el escribiente encargado de declarar y formalizar la voluntad de don L. G. hubo de tener la trascendencia inevitable de producir una divergencia entre la voluntad y su manifestación exterior respecto al número jugado, que implica una disconformidad o disenso en cuanto a la identidad del objeto mismo del contrato y hace a éste inexistente, según el artículo citado, toda vez que, mientras el cesionario, al aceptar y recibir el resguardo, muestra su conformidad en adquirir una participación en el número determinado que figura en dicho resguardo, el cedente le ha querido transmitir un número distinto y del desacuerdo excluye el consentimiento, que es elemento esencial del contrato, e impide, por ende, la formación y nacimiento del mismo.

Considerando que aunque pudiera admitirse que la errónea expresión de la voluntad no lleve siempre aparejada la nulidad del contrato y quepa admitir la existencia y la validez del negocio, cuando la equivocación no obste a la probada y coincidente intención de las partes, conforme a la máxima *falsa demonstratio non nocet*, no es del caso hacer aplicación de esta doctrina, que ni está aludida

en el recurso ni sería adaptable a los supuestos de hecho que el fallo recurrido establece, sin impugnación por parte del recurrente.

Considerando que el motivo tercero que aduce la infracción del artículo 247 del Código de Comercio, por haber la Sala declarado la falta de acción del recurrente frente al Banco, a pesar de figurar el sello de este establecimiento en el recibo origen de la reclamación, carece igualmente de virtualidad, en primer término porque, no tratándose en el caso de autos de ningún acto u operación de comercio, falta uno de los requisitos esenciales que el artículo 244 exige para que haya comisión mercantil y sea aplicable, por ende, el Código de Comercio; en segundo lugar, porque ni de ese artículo 247 ni de ningún otro texto legal se infiere que baste el hecho material de estar estampado en un documento el sello de una persona o entidad para acreditar el contrato que celebra a nombre de ella, y, en último extremo, porque la determinación de si quien otorga un negocio lo hace a nombre propio o como apoderado de un tercero es una cuestión de hecho reservada a la apreciación del Tribunal de instancia.

Considerando que la indicación que, al final de ese mismo motivo tercero, formula la parte recurrente, en el sentido de haber confundido el fallo los conceptos de inexistencia y de anulabilidad, al condenar al señor G. a devolver al demandante señor M. el importe de la participación tomada (que sería una consecuencia de la inexistencia del contrato) o a entregarle, a elección del segundo de dichos señores, el premio de 25 pesetas que correspondía a la misma en el número que se quiso dar y no se dió (que es un efecto, a su juicio, de simple anulabilidad), no tiene tampoco la fuerza suficiente para abrir paso a la casación del fallo, y esto por las siguientes razones: Primera. Porque no va dicha indicación acompañada de aquellas citas legales que pudieran hacerla procesalmente eficaz. Segunda. Porque ni la Sala ha confundido los conceptos de que se trata, ni puede ligarse a la anulabilidad el pago de ese premio correspondiente al número que el demandado quiso dar al demandante y que es, más bien, un efecto propio de la validez del contrato, cuando se le estima subsistente, mediante una simple reparación del error sufrido en su formación. Tercera. Porque si bien es cierto que los dos extremos del fallo combatido son difícilmente conciliables, y el segundo de ellos, además, sería de delicado encuadramiento legal,

lo justifica en cierto modo, en el caso actual, las peticiones de la demanda reconventional, a las cuales hubo de proveer el fallo (sin que, por cierto, se discuta en el recurso su congruencia) y en las que, con mayor o menor lógica, se solicitaba que «se declarase la inexistencia del contrato de cesión de derechos consignado en la participación de lotería que dió don L. G. a don J. M., por falta del objeto material del contrato, y se absuelve de la demanda a don L. G., obligándose éste, en su consecuencia, a devolver al demandante las cinco pesetas importe del precio de la participación y aun las veinticinco pesetas que han correspondido por premio del número 24.642 que se le quiso dar».

*En la sentencia de 21 de Noviembre de 1934 (REVISTA CRÍTICA, tomo XI, página 63) hacíamos referencia a las conocidas obras de Danz y Geny en materia de interpretación, citando el libro de Dualde «Una revolución en la lógica del Derecho» y el trabajo de Traviesas «Los negocios jurídicos y su interpretación» (Revista de Derecho Privado, XII, página 33); al final de la sentencia de 13 de Diciembre del mismo año ampliamos la anterior nota bibliográfica (REVISTA CRÍTICA, tomo XI, página 384).*

*Sobre comisión mercantil, véase Garrigues, «Mandato y comisión mercantil en el Código de Comercio y en el proyecto de reforma», REVISTA CRÍTICA, tomo IV, página 801. Véase del mismo profesor Garrigues, «Auxiliares del comerciante», Revista de Derecho Privado, tomo XVII, página 97.*

ENRIQUE TAULET,

Notario de Valencia.

# Jurisprudencia administrativa del impuesto de derechos reales

## I

*La consolidación del dominio con la nuda propiedad, al fallecer un usufructuario que poseía fincas como Grande de España, está sujeta al impuesto de derechos reales, aun cuando tales fincas estén incluidas en las afectadas por la ley de Reforma Agraria, si la incautación es posterior a la consolidación, acto determinante del impuesto de derechos reales.*

La cuestión fundamental planteada en este caso es la de determinar si por estar afectadas las fincas objeto de la reclamación por las disposiciones de la ley de Reforma Agraria de 15 de Septiembre de 1932, ha consolidado el dominio de tales fincas el reclamante, al fallecer su madre, usufructuaria de las mismas, y está o no obligado a pagar el impuesto correspondiente a tal consolidación. El impuesto se devenga al extinguirse el usufructo según el artículo 66 del Reglamento de 16 de Julio de 1932, y desde ese momento existe la obligación de pagarlo conforme al artículo 52 del propio Reglamento, que en armonía con el artículo 657 del Código civil, preceptúa que la adquisición de los bienes en las herencias se entiende hecha desde el mismo momento del fallecimiento del causante, aunque para solicitar su liquidación y pago se establecen los plazos de los artículos 109 y 131 del citado Reglamento; y demostrado que el fallecimiento del usufructuario ocurrió el 25 de Abril de 1933, en cuyo día quedó extinguido el usufructo, desde ese momento existió para el reclamante, como nudopropietario ad-

quirente del usufructo, la obligación de pagar el impuesto por la consolidación del usufructo y la nuda propiedad.

De tal obligación sólo podía eximirle la Ley de 11 de Marzo de 1932, referente al impuesto, si el caso estuviese comprendido en alguna de las excepciones que prevé o la propia ley de Reforma Agraria o alguna posterior, según lo dispuesto en el artículo 3.º de la ley del Impuesto o en el 5.º de la ley de Contabilidad de 1.º de Julio de 1911, según las cuales en ningún caso ni bajo ningún pretexto se concederán otras exenciones, ni aun a título de dudas, que las establecidas en las leyes.

En la ley del Impuesto, como anterior a la de Reforma Agraria, no se contiene exención alguna a favor de los bienes afectados por esta reforma, y ni en la ley de la misma Reforma ni en otra posterior se habla de tal exención para los actos o contratos de las fincas comprendidas en ella pertenecientes a la extinguida Grandeza, y, al contrario, en la Orden ministerial de 6 de Mayo de 1933 se declara que todas las fincas afectadas por la ley de Reforma Agraria pueden enajenarse y transmitirse sin inconveniente ni responsabilidad para el propietario, y por lo tanto no hay motivo ninguno para dejar de satisfacer el impuesto.

Si bien las fincas de que se trata estaban comprendidas en la Ley de 15 de Septiembre de 1932, bases 5.ª y 8.ª, como pertenecientes a la extinguida Grandeza, según la relación publicada en la *Gaceta*, y por lo tanto están sujetas a expropiación sin otra indemnización que la de las mejoras útiles no amortizadas, a diferencia de las de otros propietarios, para las cuales la indemnización alcanza el valor de las fincas, fijado como dice la Ley, tal diferencia no cambia los términos de la cuestión en cuanto a las obligaciones fiscales de los propietarios, aun cuando las fincas hubiesen sido objeto de incautación por efecto de la Reforma Agraria, debiendo entenderse que se encuentra en la misma situación en cuanto al pago del impuesto por consolidación del dominio que las demás fincas que aún siguen en poder del reclamante, puesto que la incautación fué posterior a la consolidación, acto determinante de la obligación de pagar el impuesto, aunque en la fecha de la incautación no se hubiere solicitado la misma ni pagado su importe.

Por otra parte, sería ilógico admitir que el reclamante, que hizo uso de su condición de dueño a los efectos de la ley de Reforma

Agraria, declarándolas como de su propiedad y arrendando esas fincas al propio Estado, sosteniendo reclamaciones contra la incautación y pleito contencioso sobre contratos de esas fincas, sostenga ahora que no ha tenido lugar la consolidación del dominio de tales fincas y pretenda no se le exija el impuesto por la consolidación. (Acuerdo del Tribunal Central de 29 de Enero de 1935.) 125 de 1934.

## II

*Adjudicación de inmuebles para pago de deudas. Está sujeta al impuesto la declaración que se haga de una finca, como único bien de una herencia, sobre la cual pesan y se reconocen deudas deducibles, por cuyo valor se liquida la adjudicación para pago de deudas a cargo de los herederos por la adjudicación tácita para esos efectos.*

Además de la adjudicación expresa para pago de deudas incluida, como acto sujeto al impuesto, en el artículo 9.º del Reglamento de éste, hay otros casos de adjudicación tácita sujeta al impuesto, regida por el mismo principio que los de adjudicación expresa, y entre ellos el del artículo 101 del Reglamento del impuesto, según el cual, cuando en una herencia existan deudas que deban deducirse y se carezca de metálico para satisfacerlas y no se haga adjudicación expresa de bienes para su pago, se exigirá el impuesto al heredero en concepto de adjudicación para pagar deudas, con todos los derechos y obligaciones atribuidos por el Reglamento a tales adjudicatarios, que según el párrafo 4.º del citado artículo 9.º del Reglamento, consisten en la devolución de lo satisfecho por dicho impuesto cuando se acredite que los mismos inmuebles han sido cedidos por el adjudicatario al acreedor en solvencia de su crédito, o enajenados para ello en el año, a contar desde la adjudicación, pagándose en estos casos el impuesto por las transmisiones que se realicen a favor del acreedor o comprador de los bienes, precepto aplicable al caso actual.

Si del valor de los bienes de una herencia se rebaja el importe de las deudas, es indudable que al efectuarse la liquidación del caudal hereditario o se satisfacen tales deudas a los acreedores, o

queda en suspenso su pago, y tanto en uno como en otro caso, es lógico, dentro del concepto jurídico del impuesto, que se gire la liquidación ya a nombre de los acreedores, porque se les adjudiquen bienes en pago de sus créditos, ya a cargo de los herederos, por cuanto reciben bienes en concepto diferente del que les corresponde por su haber hereditario; y el Reglamento presume que esta adquisición se efectúa para pagar las deudas.

En el caso actual, la herencia del causante consistía en un inmueble, según la solicitud de liquidación, valorado en 165.789 pesetas, de las que se dedujeron como deudas del causante, aceptadas por la oficina liquidadora, sin que en el documento liquidable se hiciera la expresa adjudicación de los bienes a los acreedores en pago de sus créditos, aunque sí se decía que la finca pasaba a ser propiedad de los herederos, por lo cual es procedente girar la liquidación para pago de deudas sobre el importe de las mismas a cargo de los herederos, con todos los derechos y deberes que el artículo 9.º citado impone, ya que los herederos recibían una parte del inmueble por un valor igual al de las deudas, que se deducían del caudal hereditario por concepto distinto del de herencia, y si bien es cierto que los herederos pueden renunciar a su derecho a la devolución del impuesto satisfecho como adjudicatario para pago de deudas, bastando para ello que no cumplan el párrafo 4.º del artículo 9.º, por ser libres para cancelar las deudas del causante con sus propios bienes, ello demuestra aún que en tal supuesto, a cambio del metálico que entregasen a los acreedores, recibirían un inmueble, verificándose así un contrato análogo a la compraventa, por lo que debe tributarse al tipo establecido para este último, que es lo que dispone el artículo 9.º en previsión de que se deje de pagar el impuesto de una adjudicación de inmuebles para pago de deudas, expresa o tácita, cuando el adjudicatario no cumpla lo que para tales casos establece el artículo 9.º del Reglamento. (Acuerdo del Tribunal Central de 12 de Febrero de 1935.) 131 de 1934.

### III

*Competencia. El Tribunal Central sólo tiene competencia para conocer de las reclamaciones superiores a 5.000 pesetas en cuanto a*

*las cuotas del impuesto sin recargos; y, por lo tanto, si las cuotas liquidadas no exceden de la cantidad indicada, no tiene posibilidad legal dicho Tribunal, conforme al artículo 42, número 2 en relación al 86 del Reglamento del Impuesto, de intervenir en el asunto.* (Acuerdo del Tribunal Central de 30 de Octubre de 1935.) 57 de 1935.

#### IV

*Otro caso idéntico*, agregándose que no obsta a esa doctrina el que se trate de una cuestión procesal como es la de caducidad de la instancia declarada en el fallo recurrido, y por ello no puede entenderse que la reclamación es de cuantía indeterminada, ya que el artículo 47 del Reglamento de procedimiento determina que en ningún caso se entenderán de cuantía indeterminada los actos administrativos en que exista concretada una cantidad, aunque en los mismos se discuta una cuestión de principios como es la exención tributaria o relacionada con la aplicación de preceptos reglamentarios o de carácter económico; se citan los artículos 41, 43 y 47 del Reglamento de Procedimiento de 29 de Junio de 1929. (Acuerdo de 7 de Mayo de 1935.) 58 de 1935.

#### V

*Bienes dotales. Para liquidar con los beneficios especiales o gozar de exención es preciso justificar fehacientemente, con escritura, que se adjudiquen los mismos bienes.*

El número 28 del artículo 3.º de la ley del Impuesto de 11 de Marzo de 1932, que corresponde al 6.º del Reglamento de 16 de Julio del mismo año, declara exento del pago del impuesto las adjudicaciones que en pago de las aportaciones hechas por la mujer al matrimonio en calidad de dote inestimada o de parafernales se realicen al disolverse la sociedad conyugal cuando se adjudiquen los mismos bienes aportados, y que según el artículo 22, párrafo 2.º del Reglamento, tributarán al 0,40 por 100 del importe las adjudicaciones que al disolverse el matrimonio se hagan en pago de aportaciones

de los cónyuges cuando no se devuelvan los mismos bienes aportados, agregando dicho párrafo 2.º que las aportaciones hechas al celebrarse el matrimonio o durante él, siempre que en este caso se trate de bienes privativos de los cónyuges, habrán de justificarse a los efectos del impuesto, y en cuanto al cónyuge supérstite por los medios conducentes en derecho, tanto para la concesión de la exención, a tenor de lo prevenido en el artículo 6.º, número 28 del Reglamento, cuando la adjudicación se realice con los mismos bienes aportados, como para la aplicación del tipo del 0,40 por 100 cuando tenga lugar con bienes distintos. Demostrado que la Oficina liquidadora aceptó como baja para fijar el caudal hereditario de X las aportaciones de la reclamante A, consistentes en los bienes que la misma adquirió por herencia de sus padres B y C, que ascendían a 550.156,43 pesetas, por estimarlas justificadas con documentos fehacientes y ser por lo tanto deducibles, y que respecto de las pesetas 128.358,75 que la reclamante pretende que también se rebajen, no estimó procedente su deducción por no haberse justificado la aportación de tales bienes al matrimonio, ya que esa aportación sólo consta hecha por manifestación de la escritura de protocolización de las aportaciones de testamentaría del causante X, en las que doña A manifiesta que aportó efectos públicos, valores y metálico por la cantidad aludida, que dicha señora A había adquirido con el ahorro de los intereses cobrados de los bienes heredados de sus padres, y no pudiendo ofrecer duda que tal manifestación no constituye prueba fehaciente para estimar justificada contra tercero (carácter que tiene la Administración con relación al impuesto de derechos reales) la aportación pretendida, la deducción de los bienes que pretendía y en que consiste era improcedente como entendió la Oficina liquidadora, y por ello hay que reconocer que ésta aplicó acertadamente los preceptos reglamentarios. No habiéndose demostrado que las 128.358,75 pesetas constituyan bienes privativos de doña A, tales bienes tenían que considerarse gananciales a tenor del artículo 1.407 del Código civil, como entendió la Oficina liquidadora, y más concretamente con arreglo al número 3.º del 1.401 del mismo, según el cual tienen el carácter de bienes gananciales los intereses percibidos o devengados durante el matrimonio por los bienes privativos de uno de los cónyuges.

En cuanto a la liquidación girada al 0,40 por 100, estando con-

forme la reclamante en cuanto a la procedencia de satisfacer el impuesto sobre los bienes que se la devuelvan por sus aportaciones en otros distintos de los aportados, que ella misma cifra en 110.036,50 pesetas, y habiéndose practicado la mencionada liquidación por ese concepto y tipo de tarifa, aunque sobre la base de 112.234 pesetas (diferencia que se explica por la distinta apreciación de algunas partidas), tal impugnación carece de fundamento. (Acuerdo del Tribunal Central de 23 de Julio de 1935.) 60 de 1935.

## VI

### *Denuncia sobre compraventa.*

1.º El denunciante no tiene personalidad para impugnar el acuerdo del Tribunal provincial que no admitió más que una parte de la denuncia y no toda, referente a la ocultación de cargas que gravaban las fincas vendidas.

2.º Por el contrario, debe admitirse la personalidad del denunciado para recurrir, pues el asunto le afecta de un modo directo, y debiendo tratarse en el fallo no sólo de los cargos probados con certificación del Registro de la Propiedad como subsistentes, sino de otros también denunciados que también gravaban las fincas vendidas y que no se añadieron a la base de la liquidación de venta, siendo preciso esclarecer si estaban vigentes al momento de vender la finca y si deben agregarse éstas y las anteriores, todas de carácter hipotecario y que el denunciado, con plena personalidad, discute y ha apelado en tiempo, siendo por lo tanto obligado examinar y resolver en el recurso lo referente a si han de agregarse al precio de la venta todas las cargas; no habiéndolo hecho así se revoca el fallo provincial para que se haga. (Acuerdo del Tribunal Central de 14 de Mayo de 1935.) 61 de 1935.

## VII

*Emisión de obligaciones. Existiendo una deuda de un Ayuntamiento a favor de una Compañía y convenido que se liquidase esa*

*deuda emitiendo obligaciones del Ayuntamiento, que serían entregadas a la Compañía para solventar ese crédito, esta emisión es el único acto liquidable, y no el de adjudicación de bienes muebles en pago de la deuda anterior entre ambas entidades, aunque esas obligaciones se emiten y entregan por esa deuda anterior.*

La emisión de obligaciones por Sociedades particulares o Ayuntamientos responde normalmente al reconocimiento de una deuda contraída por la entidad emisora, siendo indiferente a tal efecto que la deuda se haya producido como consecuencia inmediata de la operación de suscripción de los títulos o que se hubiese ya causado con bastante antelación a la emisión que se realice precisamente con el fin de reconocer créditos exigibles por cualquier título contra dicha entidad, que es a lo que hace referencia el presente caso ; por lo que es visto que en ambos casos debe estimarse causado un mismo acto jurídico, o sea el de la emisión de obligaciones simples o hipotecarias.

Examinada la naturaleza jurídica de las adjudicaciones en pago de deudas, se observa que producen dos efectos diferentes, aunque simultáneos, que consisten en la transmisión de la propiedad de los bienes al acreedor y en la extinción de la obligación de pago o el cumplimiento de la prestación correspondiente y del consiguiente derecho del acreedor.

La emisión de obligaciones no hipotecarias del Ayuntamiento de X a favor de la Compañía de Electricidad Z tuvo por finalidad servir como título de reconocimiento de una deuda, modificando la naturaleza y garantía del crédito reconocido, que en adelante había de ser escriturario y con afección expresa de bienes para su pago, pero sin que por la afección de bienes se extinguiera la obligación de pago y tampoco el derecho del acreedor a exigir el cumplimiento del mismo, ya que precisamente se conviene en la escritura pública otorgada que el importe del crédito se satisfará en diez años, según el cuadro de amortización aprobado, siendo indudable que hasta que vayan venciendo los plazos correspondientes no recibe el acreedor el dinero en que consiste el pago del servicio de suministro de fluido eléctrico, que es la prestación en que por parte del Ayuntamiento consiste la obligación contractual y que por no estar cum-

plida ni haberse producido ese efecto, como consecuencia de la emisión de esos títulos, es visto que tal obligación no se ha extinguido conforme al artículo 1.157 del Código civil. Tampoco hay una transmisión de propiedad de bienes muebles en pago de deudas, que es el concepto liquidable, que si bien tiene aplicación indudable cuando se entregan cualquiera clase de valores mobiliarios emitidos con anterioridad por entidades extrañas a la convención de que se trata para satisfacer créditos exigibles (Real orden de 14 de Diciembre de 1918, *Gaceta de Madrid* de 6 de Enero de 1919, que declara la inejecución de una sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Octubre anterior en un caso de entrega de títulos de Deuda del Estado para solventar un crédito; y sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Septiembre de 1921, según la que tiene carácter de bienes muebles la entrega de títulos de la Deuda municipal para solventar un crédito), es lo cierto que tal concepto liquidable carece de realidad jurídica en casos como el presente, en que la Corporación que emite los títulos es la misma deudora y que tal operación sólo representa el reconocimiento de una deuda que continuará subsistente y que se irá extinguiendo paulatinamente con entregas periódicas a medida que se vayan amortizando los títulos; y en consecuencia no debe prevalecer la liquidación por adjudicación de bienes muebles en pago de deudas, sino sólo la de emisión de obligaciones simples, acto liquidable por el concepto de préstamo conforme al párrafo 2.º del artículo 26 del Reglamento del impuesto. (Acuerdo del Tribunal Central de 5 de Noviembre de 1935.) 10 de 1935.

GABRIEL MAÑUECO,

Abogado del Estado.