

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO
DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ESPECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

Año XI

Mayo de 1935

Núm. 125

Justa causa traditionis

(Conclusión.)

INJUSTAE CAUSAE TRADITIONIS

Se trata de uno de los capítulos más interesantes de nuestro trabajo, ya que, si recordamos nuestra definición de justa causa, resultaba ser un concepto negativo, al que se llegaba por exclusión de las causas no justas.

Si se nos pidiera un concepto de *injustae causae traditionis*, nos veríamos precisados a recurrir a un criterio *a posteriori* y tendríamos que hacerlo remedando a L. 4, D., *Pro legato*, 41, 8, diciendo que *injustae causae traditionis* son las que *non sufficiunt ad traditionem*. Nos confirma en nuestra opinión, y nos dice que estamos en lo cierto, el apelativo que dan de *justissima causa traditionis* algunas fuentes (L. 1, D., *Pro dote*, 41, 9, y L. 3, § 1, D., *Public.*, 6, 2) a la dote, lo cual tanto quiere decir como que es la causa mimada por el legislador.

Sólo de esta manera encontramos la característica que domina toda la cuestión. Si se examinan las distintas injustas causas, se verá que tienen un contenido abigarrado y que en ellas se puede establecer la siguiente sistemática:

1) Causa injusta que ha quedado en vigor por una reminiscencia histórica (la contenida en § 41, *Inst.*, II, 1, relativa a la compra *pretio non soluto neque credito*).

2) Injusta causa que envuelve un *furtum*; es el caso del *falsus*

creditor, que recibe lo indebido a sabiendas que lo es (L. 18, D., 13, 4 y L., 43, pr. D., 47, 2).

3) Las llamadas propiamente *injustae causae*, que, a su vez, se diversifican en: A), las que son *injustae*, atendiendo a la misma causa (*donatio inter virum et uxorem*, *lex commissoria*, transacción sobre cosas en que está prohibido), y B), las que lo son por ser hecha la tradición por persona inidónea (casos de los SS. CC. Macedoniano y Veleyano y de la *Oratio Severi*).

4) Casos especiales y dudosos (repetición de lo pagado en juego y apuesta prohibidos, *donatio inmodica*, *usurae supra modum* y *honorarium advocati supra modum legitimum*).

Ya hemos hablado con cierta extensión del caso de compraventa *pretio non solutio neque credito*. A lo dicho allí nos remitimos. Sólo por exigencias del plan trazado se trae de nuevo aquí este asunto.

Un caso por completo distinto del anterior es el del *falsus creditor*, que, a sabiendas de que lo es, o quizá habiéndolo provocado, recibe un pago del deudor.

Desde el punto de vista de Ulpiano (de quien proceden textos citados después) se comprende por sí misma la nulidad de la tradición, porque uno, el deudor, paga *animo solvendi*, mientras el *accipiens*, *falsus creditor*, no recibe lo pagado con el ánimo correspondiente. La *solutio*, en realidad, es un contrato de cambio en que ambas partes dan y reciben algo (de presente o ya en el pasado). En cambio, en este caso que tenemos ante nuestra consideración no ocurre esto, porque el *accipiens* sólo tiene intención de que todas las ventajas sean para él. Pero aunque se hiciera abstracción del punto de vista de Ulpiano, resultaría indudable la imposibilidad, en este caso, de una transmisión de propiedad.

Aquí es donde se ve con mayor claridad la flaqueza de la doctrina mantenida por Strempele y otros, que pretenden que hay transmisión de propiedad allí donde se da el *animus dominii transferendi et accipiendi*.

Resulta un verdadero sarcasmo, en frase de Hofmann, que se hable aquí de la existencia de acuerdo de voluntades, cuando entregando lealmente la cosa el *tradens*, existe, de otro lado, un *accipiens* que recibe de mala fe. Uno, quiere enajenar; el otro, robar. El *accipiens* sabe lo que quiere; el *tradens* finge querer lo mis-

mo, pero en realidad lo que quiere es distinto. No se da acuerdo de voluntades, ni hay contrato, ni transmisión de propiedad, sino solamente una apariencia de lo mismo.

Para Hofmann la explicación de la doctrina de Strempel está en que se mixtifican los errores *in causa* e *in motivo*. El motivo que quizá provoca la voluntad, una vez dada ésta, queda fuera y al margen de la misma la causa; en cambio, es una parte integrante del contenido del acuerdo de voluntades. El error en el motivo que provoca la voluntad no invalida ésta; no ocurre otro tanto con el error *in causa*, el cual es esencial e invalida la tradición.

Toda esta materia está presidida por dos textos de carácter general, pero suficientemente expresivos para que quepa lugar a dudas sobre su interpretación.

L. 18, D., *De cond. furt.*, 13, 1 (Scaevola, libro IV *Questionum*): «Quoniam furtum fit quum quis indebitos nummos sciens acceperit» (1).

L. 43, pr. D., *de furtis*, 47, 2 (Ulpianus, libro XLI ad Sabinum): «Falsus creditor hoc est, is qui se simulat creditorem, si quid acceperit furtum facit, nec nummi ejus fient» (2).

Dentro del marco que dan las fuentes citadas, se pueden distinguir dos casos:

O bien existe en la realidad una deuda, pero un tercero, haciéndose pasar por acreedor, recibe el pago en vez de éste,

O bien el deudor paga a quien cree su acreedor, cuando en realidad debe a otro, o no debe a nadie; el supuesto acreedor conoce el error, quizá le ha provocado y recibe la suma.

En el primer caso no hay dificultad; hay un error esencial en la persona del acreedor y la tradición resulta nula en todo caso.

En el segundo, el tradente no se equivoca en la persona del acreedor, sino que piensa cumplir una *obligatio* que no existió para con el *accipiens*.

Con arreglo a la doctrina de la *condictio indebiti*, este error resulta sin importancia respecto de la validez de la tradición; debe-

(1) L. 18, D., 13, 1: «Porque se comete hurto recibiendo alguno a sabiendas cantidad indebida.»

(2) L. 43, pr. D., 47, 2: «Falso acreedor es aquel que se hace pasar por tal; si recibiere algo, hace hurto y las monedas no se hacen suyas.»

ría, sin embargo, ser eficaz conforme a esos principios generales. Es lo que sostienen algunos, entre ellos Strempel (pág. 32).

Aunque estos autores relacionan el texto L. 18, *in fine*, D., 46, 3, con el primer caso, podría quizá más bien aducirse en favor de lo que sostienen en relación con el segundo.

«Nam et si debitori meo mandavero, ut Titio pecuniam solveret deinde Titium vetuero accipere, idque ignorans debitor Titio simulanti se procuratorem solverit, et debitor liberabitur et Titius furti actione tenebitur» (1).

Se ve que es un caso en que hay un *falsus creditor*, al que el deudor paga creyendo liberarse en sus manos. No hay, como en el primer caso propuesto, una simulación de personas; el falso acreedor no se hace pasar por el verdadero. No hay error *in persona*.

Por eso resulta grave, para el punto de vista que sostenemos, el que se diga por ese texto de Ulpiano: *ad Sabinum, debitor liberabitur*, porque eso tanto vale como reputar válida la tradición. Pero la cuestión vuelve al punto de origen en un texto de Africano, que expone este mismo caso y lo explica:

L. 38, § 1, D., *hoc.*, título XLVI, 3, Africanus, libro VII, *Quaestionum*: «Si debitorem meum iusserim Titio solveret, deinde Titium vetuerim accipere, et debitor ignorans solverit, ita eum liberari existimavit, si non ea mente Titius nummos acceperit ut eos lucretur; alioquin quoniam furtur eorum sit facturus, mansuros eos debitoris; et ideo liberationem quidem ipso jure non posse contingere debitori, exceptione tamen ei succurrit acquum esse si paratus sit conditionem furtivam, quam adversus Titium habet mihi praestare... (2).

(1) L. 18 *in fine*, D., 46, 3: «Porque también si yo le hubiere mandado a mi deudor que le pague el dinero a Ticio, y después yo le hubiere prohibido a Ticio que lo reciba, e ignorándolo el deudor lo hubiere pagado a Ticio, que simulaba que era procurador, quedará libre el deudor y Ticio estará sujeto a la acción de hurto.»

(2) L. 38, § 1, D., 46, 3: «Si yo le hubiere mandado a mi deudor que le pagase a Ticio, y después le hubiese prohibido a Ticio que cobre y el deudor le hubiere pagado ignorándolo, estimó que él quedaba libre, si Ticio no hubiere recibido el dinero con la intención de lucrarse con él; de otra suerte, comoquiera que se habría de cometer hurto de él, permanecerá siendo del deudor: y por esto ciertamente no puede tener de derecho lugar la liberación respecto al deudor, pero es equitativo que se le auxilie con excepción si estuviera dispuesto a concederme la condición por el hurto que tiene contra Ticio...

Lo cual quiere decir que, en el caso propuesto, que es el mismo que el de 1, 18, D., 46, 3, no se libera el deudor como quiera, sino si se da la circunstancia de recibir el pago *Titius* acreedor sin ánimo de lucro, es decir, cuando no se dé el *animus furandi*. *Alioquin*, de otra suerte, existiendo un hurto en la aceptación del pago por el acreedor Titio, quedarán en propiedad del deudor las cosas pagadas, aunque hubieren sido entregadas. Y como para remachar bien el clavo, se añade que por consideraciones de equidad se dará excepción al deudor que no se libera si está dispuesto a ceder al acreedor delegante la *condictio* furtiva que posee contra Titio.

Condictio furtiva; luego no hay transmisión de propiedad, en virtud del aforismo *neminem nisi a fure rem sua condicere posse*.

Queda bien claramente sentado que existe un *furtum* en cada una de las dos hipótesis planteadas. En virtud de esta existencia de hurto se concluye que no hay transmisión de propiedad porque ésta no se adquiere cuando el *accipiens* tiene un *animus furandi*.

En este sentido es muy expresiva la nota 16 a la página 335 del libro de Exner, cuando dice que «sin razón busca Donello en la ausencia de voluntad de adquirir el fundamento de la invalidez de la tradición: el *fur* no adquiere la propiedad, *quia in accipientem quoque concurrere oportet dominii nanciscendi voluntatem. Quae voluntas ne in accipiente quidem ulla est sine justa causa*. Sólo que ciertamente no le falta al ladrón la voluntad; precisamente el que tenga esta voluntad (aquí ilícita) le hace ladrón».

Resulta, en definitiva, que no sólo hay hurto donde alguien se haga pasar por acreedor o por el acreedor o su representante, sino siempre que alguien acepta a sabiendas un indebido. Que no sólo no tiene lugar ninguna transmisión de propiedad, en los casos en que hay error *in persona*, sino también en los casos en que no hay tal error.

Donde hay *animus furandi* no puede haber transmisión de propiedad. Con esta fórmula hasta podemos aceptar la opinión de algunos, que aun aquí descubren un consentimiento o acuerdo de voluntades. Estos deben negar la transmisión de propiedad, porque esa voluntad o acuerdo de voluntades son injustos.

Tratemos ahora de las *injustae causae* propiamente dichas y

haciendo la distinción arriba indicada empezamos por las que lo son por la causa misma.

Donatio inter virum et uxorem.—Es el caso más importante y conocido que ha quedado como modelo de injusta causa. La tradición de las cosas por el marido a la mujer o viceversa, puede reunir todas las circunstancias necesarias a su validez y, no obstante, ser inválida precisamente por la causa misma, por ser una donación.

L. 3, § 10, D., *De donat. inter v. et ux.*, 24, 1 (Ulpiano): *Sciendum autem est, ita interdictam inter virum et uxorem donationem ut ipso jure nihil valeat, quod actum est. Proinde si corpus sit quod donatur, nec traditio quidquam valet* (1).

L. 3, § 11, eodem: *«Si quis igitur nummos uxori dederit non fieri ejus apparet, quia nihil corporis ejus fieri palam est»* (2).

L. 36, pr. eodem (Paulo): *«Si donatae res exstant etiam vindicari poterunt* (3).

En el mismo sentido, concediendo reivindicación de las cosas donadas, pueden comp.: L. 5, § 18; L. 33, § 1; L. 39 y L. 55, D., *De donat. inter v. et ux.* 24, 1.

Pero aun en el supuesto de ser donación *inter virum et uxorem*, hay casos marcados por textos en los que la tradición es plenamente válida.

L. 14, D., 24, 1 (Paulo): *«Quodsi vir uxori cujus aedes incendio consumptae sunt, ad refectionem earum pecuniam donaverit, valet donatio in tantum, in quantum aedificii exstructio postulat»* (4).

En el mismo sentido pueden verse: L. 13, § 1; L. 40 a 43; D., 24, 1; Ulp. frag. VII, 1, y L. 26, C. *De don. inter v. et ux.* 5, 16.

(1) L. 3, § 10, D., 24, 1: *«Pero se ha de saber que de tal manera está prohibida la donación entre marido y mujer, que de derecho no valdrá nada lo que se hizo. Por consiguiente, si fuera cosa corporal lo que se dona, ni la entrega tendrá valor alguno.»*

(2) L. 3, § 11, eodem: *«Así, pues, si alguno hubiere dado dineros a su mujer, es evidente que no se hacen suyos, porque es manifiesto que ninguna cosa corporal se hace de ella.»*

(3) L. 36, pr. eodem: *«Si existieran las cosas donadas, también podrán ser reivindicadas.»*

(4) L. 14, D., 24, 1: *«Pero si el marido hubiere donado dinero a la mujer cuyas casas fueron destruidas por un incendio, para la reedificación de las mismas, es válida la donación en cuanto requiere la reconstrucción del edificio.»*

Pacto de ley comisoría en función de garantía prendaria.—Tiene la tradición un doble carácter: actúa sin limitación en orden a la constitución de la garantía, condicionadamente por lo que hace a la transmisión de propiedad. El pacto de ley comisoría funcionaba de la siguiente manera: el acreedor, al momento de la tradición, adquiría un derecho de prenda; posteriormente, si se cumplía la condición (falta de pago), adquiría la propiedad.

El pacto de ley comisoría es de los típicamente usurarios, por lo que Constantino dió una constitución aboliéndole.

L. 3, C. 8, 35: «Quoniam imper alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet, infirmari eam et in posterum omnem ejus memoriam abolere. Si quis igitur tali contractu laborat, hanc sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. Creditores enim re amissa, jubemus recuperare quod dederunt» (1).

Lo cual, en resumen, significa que el segundo efecto de la ley comisoría, el que había de producirse al cumplimiento de la condición, o sea la adquisición de la propiedad por el acreedor, queda impedido por la constitución citada, más concretamente por el ablativo oracional *re amissa*. El deudor tendrá, pues, una *reivindicatio* que, respecto del acreedor, le será poco útil por tener la *actio pignoratitia in personam directa*, pero que ganará importancia en cuanto haya terceros en posesión de la cosa dada en prenda.

Al igual que en el caso anterior, puede la tradición reunir todos los requisitos y, sin embargo, no ser válida por tratarse de *lex commissoria*.

Transacciones sobre alimentos.—Resultan prohibidas por la autoridad de un Senado-consulto dado en virtud de la *oratio* pronunciada por el emperador Marco, como se deduce de las palabras de L. 8, pr. D., 2, 15: *Quum hi quibus alimenta relicta erant, facile transigerent contenti, modico praesente, divus Marcus oratione in*

(1) L. 3, C. 8, 35: «Por cuanto entre otros engaños crece principalmente la aspereza de la ley comisoría de las prendas, ha parecido bien invalidarla, y que para lo sucesivo quede abolido todo su recuerdo. Así, pues, si alguno padeciera por tal contrato, respire por virtud de esta disposición que rechaza, juntamente con los pasados, los casos presentes y prohíbe los futuros. Porque mandamos que los acreedores, habiendo perdido la cosa, recuperen lo que dieron.»

Senatu recitata effecit, ne aliter alimentorum transactio rata esse quam si auctore Pretore facta.

La transacción en materia alimenticia sin autorización del Pretor está prohibida; pero ¿qué sanción tiene esta prohibición para el caso de que, a pesar de todo, se hiciera una transacción?

L., 8, § 22, D., 2, 15: «Si quis de alimentis transigerit sine Pretoris auctoritate, id, quod datum est, in praeterita alimenta cedet; nec interest, tantum in quantitate sit debita, quantum datum est, an minus an plus; nam et si minus sit adhuc tamen id, quod in solutum datum est, in praeterita alimenta imputabitur. Sane si is qui de alimentis transegit, locupletior factus sit ea solutione, in id quod factus sit locupletior, aequissimum erit in eum dari repetitionem; nec enim debet ex alieno damno esse locuples» (1).

L. 23, § 2, D., *De cond. indebiti*, 12, 6: «Item si hoc transactionem alimentorum testamento relictorum datum ut apparet posse repeti, quod datum est, quia transactio Senatus consulto infirmatur» (2).

Ya en estos dos textos se ve una sanción de la transacción prohibida. Pero si fuera esta sola imputar lo dado en la cuota alimenticia debida y poder repetir por *condictio lo dado* excesivamente, o bien poder repetir por la *condictio indebiti* lo dado contra el SC., resultaría ser válida la transmisión de propiedad; válida, pero atacable o rescindible.

No obstante, aun hay otro texto que viene a echar por tierra los efectos de una tradición hecha en estas condiciones y a dar a los textos indicados más arriba solamente valor por lo que se refiere al pago de monedas que se consumen con sólo mezclarlas con las propias.

Si en vez de monedas se entrega otra cosa, entonces se aducirá en contra de su eficacia real la L. 8, § 17, D., 2, 15.

(1) L. 8, § 22, D., 2, 15: «Si aliquis habere transigido sobre alimentos sin la utoridad del Pretor, lo que se dió se aplicará a los alimentos devengados; y no importa que tanto monte la cantidad debida como lo que se dió o menos, o más; pues aunque sea menos, no obstante se computará para los alimentos vencidos lo que se dió en pago. Empero, si el que transigió sobre los alimentos se hubiere hecho más rico con tal pago, será muy justo que contra él se dé reclamación por aquello en que se hubiere hecho más rico; porque no debe enriquecerse con perjuicio de otro.»

(2) L. 23, § 2, D., 12, 6: «Asimismo, si se hubiera dado en virtud de transacción sobre alimentos dejados en testamento, es claro que puede repetirse lo que se dió, porque la tradición es invalidada por el Senado consulto.»

«Si Pretor aditus extra causae cognitionem transegit permisserit transactio nullius erit momenti» (1).

(Lo mismo valdrá para el caso de transacción sin intervención del Pretor)...

Ese *nullius erit momenti* vale tanto como decir que nada se ha hecho, y que el *tradens* de la cosa permanece propietario de la misma y que el derechohabiente a la cuota alimenticia conserva su derecho a reclamarla en todo caso.

La tradición es nula por prescripción de la ley, por haber sido hecha por personas que siendo capaces para hacer tradición no lo son en ciertos asuntos por virtud de determinadas circunstancias personales. Son los casos del hijo de familia que paga un préstamo que tomó contra las prescripciones del SC. Macedoniano, el de la mujer que hace tradición en vista de hacer una intercesión y el de enajenación de bienes del pupilo, a los que se aplican las prescripciones de la *oratio Severi*.

En el primero, el hijo de familia es apto a realizar negocios jurídicos, a realizar pago y tradición de cosas; solamente no lo es para pagar un préstamo hecho contra el SC. Macedoniano. La calidad de hijo de familia influye aquí de modo decisivo en la nulidad del negocio.

L. 14, D., *De rebus creditis*, 12, 1: «Si filius familias contra Senatus consultum mutuat pecuniam solverit, patri nummos vindicanti nulla exceptio objicietur» (2).

Si de aquí pasamos a la tradición hecha por una mujer, en contra de las prescripciones del SC. Veleyano, tendremos que domina el asunto la condición especial del tradente, aquí una mujer.

L. 32, § 2, D., *Ad SC. Veleyanum*, 16, 1 (Pomponius): «Item si mulier creditori viri fundum vendidit et tradidit ea conditione, ut emtor accemtam pe-

(1) L. 8, § 17, D., 2, 15: «Si habiéndose acudido al Pretor hubiere permitido sin conocimiento de causa que se transija, la transacción será de ningún valor.»

(2) L. 14, D., 12, 1: «Si un hijo de familia a quien contra el Senado consulto se dió dinero en mutuo, lo hubiere pagado, ninguna excepción se opondrá al padre que reivindique el dinero.»

cuniam viro referret et hunc fundum vindicat exceptio quidem opponitur ei de re emta et tradita, sed replicavetur a muliere; aut si ea venditio contra Senatus consultum facta sit» (1).

Lo mismo ocurre cuando un acreedor ha recibido una prenda de una mujer a manera de intercesión por alguien.

IL. 39, § 1, D., *De rei vind.*, 6, 1 (Ulpiano): «Julianus recte scribit, libro duodecimo Digestorum, mulierem, quae, intercedens fundum pignori dedit, quamvis a creditore distractum, posse in rem actione petere» (2).

Se confirma indirectamente este texto en L. 11 C. distract. pign. 8, 28 *Oratio-Severi*. El derecho imperial ha prohibido directamente otros actos, que serán nulos si han sido hechos contra sus prohibiciones, sea cualquiera el modo empleado para llevarles a la práctica.

La primera medida se tomó por un SC. dado a propuesta de Septimio Severo en el año 195 (*Oratio Severi*), y más tarde completado por una disposición de Constantino. El SC. (D., 27, 9, *De rebus eorum* 1, 2) prohibía la enajenación total o parcial de algunos bienes pertenecientes a las personas sometidas a tutela; de sus predios rústicos y suburbanos, salvo en tres casos excepcionales: el de enajenación autorizada en el testamento de la persona que dejó los bienes, enajenación forzosa (partición intentada por un copropietario, utilización por el acreedor hipotecario de su derecho de vender) y el de enajenación reputada indispensable por el Pretor urbano, para pago de deudas anteriores a la tutela. Cuando la enajenación se hizo contra el SC. se la imponía una nulidad civil, que a diferencia de la rescisión del Edicto, no dependía del favor del Magistrado ni estaba subordinada a la prueba de la lesión, y que podía invocarse siempre en la época anterior a Justiniano; después (C. 5, 74, 3, 1) en un plazo de cinco años, a partir de la

(1) L. 32, § 2, D., 16, 1: «Asimismo, si la mujer vendió un fundo a un acreedor de su marido y lo entregó con esta condición, que el comprador diese al marido el dinero recibido, y reivindicar este fundo, ciertamente que se le opone la excepción de cosa comprada y entregada, pero se replicará por la mujer, «o si esta venta hubiera sido hecha contra el Senado consulto.»

(2) L. 39, § 1, D., 6, 1: «Con razón escribe Juliano en el libro duodécimo del Digesto que la mujer que, como fiadora, dió en prenda un fundo, aunque haya sido vendido por el acreedor, puede reclamarlo por acción real.»

mayor edad de veinticinco años. La prohibición que respondía a la idea de conservación en especie de los bienes rentables del pupilo, no se aplicaba sino a los inmuebles rurales. Constantino lo extendió a los *praedia* urbana y a los muebles de valor.

Casos especiales y dudosos.—*Emptio venditio ad demoliendum negotiandi causa*. Es la especie prevista en el Senado Consulto Hosidiano, del cual el Volusiano, que siempre se cita a su lado, hace algunas excepciones.

La venta hecha con el objeto de demoler un edificio para lucrarse con la venta de los materiales, era declarada nula por el Hosidiano, que al mismo tiempo imponía una sanción penal al comprador y quizá también al vendedor atendido el *malum exemplum*. Esto último no nos interesa, pero sí el indicar que la *emptio venditio ad demoliendum negotiandi causa* es una *injusta causa traditionis* (1).

Juego y apuesta de prohibidos.—Lo perdido en juego prohibido puede repetirse, dicen los textos.

L. 4, § 1, D., *De aleatoribus*, 11, 5: «Si servus vel filius familias victus fuerit patri vel domino competit repetitio» (2).

Y en la misma ley § 2, *Adversus parentes et patronos repetitio ejus quod in alea lusum est, utilis ex hoc edicto danda est* (3).

Y Justiniano, en la antigua versión de la Constitución griega dirigida a Demóstenes, insertada sub. A. en C. 3, 43, emplea la frase *competentibus actionibus repetatur*.

Según la forma en que se pague lo perdido en el juego o según la naturaleza de lo pagado, así competirá una u otra acción.

Existirá una acción reivindicatoria cuando se pierda un objeto

(1) Véanse SC. Hosidiano, en Girard, *Textes*, pág. 132; SC. Volusiano, en Girard, *Textes*, pág. 133; Paulo, D., 18, 1, 52; Marciano, D., 39, 2, 48; C. 8, 10, 2.

Igualmente puede verse Gaston May, «Les Sénatus consultes Hosidien et Volusien», *Revue Historique de Droit français et étranger*, año 1935, páginas 1 y siguientes.

(2) L. 4, § 1, D., 11, 5: «Si un esclavo o un hijo de familia hubiere perdido (al juego), al padre o al dueño le compete la reclamación.»

(3) L. 4, § 2, D., 11, 5: «En virtud de este Edicto, se ha de dar contra los padres y los patronos la reclamación útil de lo que se jugó a juego de azar.»

de valor que se puso como puesta al juego. Aquí hay una tradición condicionada, *aleae ludendae causa*, y como resulta que la causa *ludendi* es injusta, la tradición es nula y compete *reivindicatio*. Los textos legales no lo dicen, pero la *reivindicatio* puede muy bien ser aquí *actio competens ad repetendum* de que habla Justiniano.

Lo mismo opina Hofmann que ocurre con lo dado para pagar apuestas no permitidas. Y opina de esta manera a pesar de que L. 17 § 5, D., 19, 5. que se refiere a la apuesta de anillos, no concede reivindicación sino solamente una *actio praescriptis verbis*.

Donatio inmodica.—Después de una evolución de muchos siglos, el último estadio o fase de la cuestión está representado por la L. 34, C. 8, 54. Es un caso especial; la donación será válida con ciertas limitaciones y la *vindicatio* válida también, pero sometida a algunas restricciones. Es una *causae injustae* en la que igual que en las que siguen tiene mucha importancia la medida o cantidad de las cosas *tradidas*, sólo que aquí también la causa, la *donatio*, juega su papel en la prohibición.

En las *usurae supra modum legitimum*, lo pagado de más podrá repetirse, porque es nulo legalmente. Pero este caso tiene poca o ninguna importancia desde el punto de vista que enfocamos aquí la cuestión, pues pagándose siempre los intereses en dinero, sólo en el caso de que se pagasen las monedas en bolsa cerrada e individualizada podrían reivindicarse.

Aun cita Hofmann el caso de los *honorarium advocati supra modum legitimum*, para el que valdrán las mismas consideraciones que para el anterior.

RESUMEN DE TODA LA INVESTIGACIÓN ANTERIOR

El requisito de justa causa, en la transmisión de propiedad, por tradición, es un hecho incontestable de que nos hablan los textos y de los que es imposible hacer caso omiso (L. 20, C. *De pactis* 2, 3; L. 24, C. *De reivindicazione* 3, 33; L. 31, D., *De acquirendo rerum dominio*, 41, 1; Gayo, II, § 20).

Pero la *justa causa traditionis*, aunque en la inmensa mayoría de los casos sea una obligación, no obstante hay casos de extraordinaria notoriedad que hacen necesario decir que aquélla no es de

contenido obligatorio (Comp. lo dicho de la *condictio ob turpem causam*).

Puestos dentro de estos dos límites extremos, necesidad de justa causa, y no ser ésta o no tener necesariamente un contenido obligatorio, había que construir un nuevo concepto de justa causa. Es lo que hicieron los autores y lo que hemos hecho nosotros.

Justa causa es el acuerdo de voluntades (L. 36, D., 41, 1) de dar y recibir una cosa o un derecho real, de las que la más importante es la voluntad de dar (*Inst.* II, 1, 40) y que ordinariamente se incorpora en un contrato u *obligatio* (Gayo II, 20), sin valor constitutivo de la tradición, y cuya falta es meramente impeditiva (con lo que se la distingue de la causa *usucapionis*, en quien concurren los caracteres opuestos) y que no esté incurso en una prohibición legal.

Hemos dado una reconstrucción más de los famosos textos de Ulpiano y de Juliano, admitiendo la nueva concepción que parece exacta de Francisci acerca del modo como el *accipiens* se hace propietario de la cosa tradida. Con ella hemos desvanecido la contradicción que parecía existir entre los dos textos y hemos puesto de relieve lo que se debe a la labor de los compiladores bizantinos o justinianos.

Consecuencia de nuestra definición de justa causa se imponía la consideración cuidadosa de las llamadas *injustae causae traditionis*.

Con más extensión que ninguna otra he tratado de la regla de las XII Tablas, que prohíbe la transmisión de propiedad a falta de pago del precio en la compraventa (§ 41, *Inst.*, *De rerum divisione*) por juzgarla la más importante. Creo haber puesto de relieve que su permanencia en las compilaciones justinianas es un tributo pagado a la idea de una vigencia sempiterna de las XII Tablas, que por nadie fueron derogadas expresamente.

Las demás *injustae causae traditionis*, que he agrupado en un capítulo especial, las he distribuido en tres grupos: *furtum*, tradiciones inválidas por consideración de la causa jurídica propiamente dicha y casos especiales (todos aquellos en que entra la consideración de la medida; *donatio inmodica*, etc.) y dudosos (la tradición hecha *aleae ludendae* causa-juego y apuesta prohibidos).

Podría, pues, ahora decirse que las tradiciones serán inválidas

en cuanto haya en ellas una causa injusta, y válidas todas las demás en que aquella circunstancia no se dé.

Finalmente, nos ha confirmado en nuestra tesis la propia teoría de las *condictiones*, principalmente de las *ob turpem* y *ob injustam causam*, que ni son dos facetas de una misma y única acción personal, ni es una clasificación introducida por Justiniano, sino que ya era conocida por los propios juristas clásicos.

La idea tan extendida, y admitida casi como dogma, de la contradicción absoluta de *condictio* y *vindicatio*, ha caído por tierra con un examen más sereno de la cuestión, y concretamente, por lo que a nosotros interesa, resulta que las *condictiones ob injustam causam* (o sea las que se dan en los casos de *traditiones ob injustam causam*) no excluyen nunca una *vindicatio*, cuando ésta es aún posible.

A D D E N D A

A la página 803, línea 23, del tomo 1934 (1), Ehrhardt (pág. 176), pretende que este texto, así como otros del mismo tenor (D., 41, 1, 3, 4, 5 y 7; D., 41, 1, 21, 1; D., 1, 19, 1, 1, y D., 41, 1, 25), son innovaciones bizantinas influidas por la recepción de la práctica de determinadas solemnidades procedentes de Egipto. Se refiere a los catágrafos, que para él son, atendido su contenido, declaraciones de cesión del enajenante. El adquirente permanece mudo en el acto. Simplemente se supone que acepta la declaración del enajenante.

En la misma página, línea 28, detrás de la palabra *gentes* (2), Comp., Gajo, II, 65.

En la página 804, línea 15, detrás de II, 1, 40 (1), Ehrhardt, *Justa causa traditionis*, cita también con otra intención los textos siguientes, en los que se ve el predominio de la voluntad del *tradens*: D., 41, 1, 9, 4; D., 41, 1, 21, 1; D., 1, 19, 1, 1; D., 41, 1, 25; D., 39, 5, 1; Bas., 47, 1, 1, pr., escolio 2 (Dorotheo); Teófilo, *Paraphrasis*, II, 1, 40.

IGNACIO SERRANO Y SERRANO,

Doctor en Derecho.

El fideicomiso condicional según el Derecho positivo español y la jurisprudencia

«Instituyo herederos a A, B y C por iguales partes: A y B en pleno dominio, y C en usufructo vitalicio, y a su muerte pasará su parte, en pleno dominio y de libre disposición, a sus hijos D y E y demás que tenga.»

Haciendo nuestras las palabras del Centro Directivo (1), sentamos por vía de antecedente que «uno de los casos más frecuentes en las legislaciones comunes o forales, que admiten sustituciones fideicomisarias a favor de personas no nacidas al fallecimiento del testador, es el llamamiento de los hijos nacederos del instituido, tanto de los engendrados al abrirse la sucesión (*póstumi*), como de los no concebidos en tal momento (*nondum concepti*), con la particularidad de que, si bien la situación del póstumo encuentra en algunos supuestos un tratamiento legal específico, faltan las normas de tutela y representación para proteger la más o menos probable personalidad de los hijos que pudiera tener, en lo futuro, un matrimonio o una persona que todavía no lo ha contraído o los sobrinos del testador.»

Si nuestra voz no pecara de osada, prestaríamos nuestra contribución modesta al estudio del problema, sistematizando la materia en la forma siguiente :

(1) Resolución de 8 de Julio de 1924.

- 1.º Naturaleza de la institución.
- 2.º Su validez.
- 3.º Determinación de los bienes objeto del fideicomiso condicional.
- 4.º Titulares del usufructo, nuda propiedad y pleno dominio.
- 5.º Modalidades que pueden admitirse.
- 6.º Inscripción en el Registro.
- 7.º Enajenación y gravamen.

1.º—NATURALEZA DE LA INSTITUCIÓN.

El ejemplo vivo, al principio se transcribe: Un testador instituye por sus herederos a A, B y C por iguales partes; pero mientras A y B heredan en pleno dominio, C sólo recibe el usufructo de su porción, y a su muerte su parte pasará ya en pleno dominio y de libre disposición a sus hijos D y C y demás que tenga. ¿Qué clase de institución es ésta? Desde luego, no entra en nuestro objeto verificar un análisis de la naturaleza de tales instituciones, de por sí discutible, pero sí puede afirmarse que, en el caso propuesto y otros semejantes, existe, de modo más o menos indirecto, un verdadero fideicomiso condicional, y así lo admiten las resoluciones de 8 de Mayo de 1924 y 17 de Octubre de 1928, entre otras, al que le son aplicables los artículos 787, 781 y 785 del Código civil. Prescindiendo, por tanto, de la discusión científica que podría plantearse acerca de si, en realidad, hay o no una verdadera sustitución fideicomisaria, pueden consultarse, al efecto, las resoluciones de 25 de Junio de 1895, 10 Febrero 1899, 19 Julio 1909, 29 Marzo 1916 y la sentencia de 18 de Noviembre de 1909.

No debe olvidarse que, por precepto del artículo 789 del Código civil, lo expuesto respecto de los herederos se aplicará a los legatarios.

2.º—SU VALIDEZ.

Se ha sostenido que la institución hecha a favor de personas no nacidas, ni aun concebidas, al fallecimiento del testador, ni que

aún se sabe si nacerán, no es válida, y al efecto se cita el precepto del artículo 745 del Código civil, que declara incapaces de suceder a las criaturas que no reúnan las circunstancias del artículo 30 del mismo cuerpo legal. Tampoco vamos aquí a reproducir ideas ya expuestas por tratadistas acerca de la materia (1). A nuestro entender, la institución a favor de personas no nacidas, al morir el testador, no puede afirmarse que sea nula. El Código, en su espíritu, tiende únicamente a no dilatar innecesariamente el cumplimiento de las disposiciones testamentarias (como si se instituyera heredero al primer niño que naciera en un pueblo el año 3000, fecha lejana), y, en realidad, lo que quiere evitar es una amortización de la propiedad. El precepto hay que relacionarlo con los artículos 781 y 785, puesto que una institución del tenor de la antes expuesta, que hubiera de dilatar su cumplimiento hasta el año 3000, envolvería una prohibición temporal de enajenar fuera del límite marcado por el artículo 781, por ser a favor de personas no nacidas al tiempo del fallecimiento del testador y no ser posible computar los dos grados establecidos por aquel precepto. Por el contrario, en las instituciones a favor de los hijos de uno de los herederos, aunque éste lo sea como primer heredero instituido sólo en usufructo, que puedan nacer, serán válidas, porque no pasan del segundo grado, pues la conjunción disyuntiva o que emplea el Código indica bien a las claras que no es preciso el requisito conjunto de la existencia al tiempo de fallecer el testador. Esta es la verdadera doctrina que con técnica depurada recoge la Dirección al afirmar «que, si bien la opinión dominante entre los jurisconsultos del pasado siglo afirmaba con relación al Derecho romano que la existencia del heredero en el momento de morir el causante era condición general de la sucesión hereditaria, sin más excepción que la del póstumo, esta regla jurídica, ni tiene claros precedentes en los textos fundamentales, ni corresponde a la moderna concepción hereditaria, ni, sobre todo, puede aplicarse indistintamente para llenar las lagunas de Códigos civiles que, como el nuestro, conceden a la voluntad del testador en las sustituciones de tipo fideicomisario admitidas y en los legados asimilables un valor preponderante». «Que la dispo-

(1) Véase Manresa: *Comentarios al Código civil*, tomo VI, pág. 15, sexta edición.

sición en que el testador deja a una persona el todo o parte de la herencia y a otro el usufructo se halla regulada por el artículo 787 del Código civil, dentro de la sección destinada a las sustituciones y a continuación de las fideicomisarias, para las cuales no rige la mencionada regla, conforme lo demuestra la redacción del artículo 781, que contrapone las sustituciones fideicomisarias que se hagan en favor de personas que *vivan al tiempo de fallecer el testador*, a las que, por no presentar esta característica, surten efectos tan sólo cuando no pasen del segundo grado» (1).

3.º—DETERMINACIÓN DE LOS BIENES OBJETO DEL FIDEICOMISO CONDICIONAL.

La primera cuestión que surge al examinar el tema propuesto es la determinación de los bienes que están afectos al fideicomiso condicional. Cuando se trata de un legado de cosa o de bienes determinados, el problema no se presenta, pues el mismo testamento es el título que fija los bienes que han de usufructuarse por el primer heredero, pero en casos como al principio propuesto, el problema es una realidad viva.

Y la cuestión básica a determinar es la de si en la partición que hay que practicar para dividir los bienes hereditarios basta la intervención de los herederos instituidos en primer lugar, o es preciso la de todos, aunque lo sean en segundo lugar. La Dirección se resuelve por la intervención de todos, en varias resoluciones, entre otras la de 29 de Marzo de 1916, en la que estableció que «el derecho de los llamados en un testamento, bien en concepto de fideicomisarios, bien como herederos de la nuda propiedad, por haber dispuesto el testador del usufructo a favor de otra persona, surge desde el momento de la muerte del causante, concediendo a cada uno de los instituidos acciones especiales, conforme lo preceptúa el artículo 784 del citado Cuerpo legal y lo han declarado el Tribunal Supremo, en repetidas sentencias, y la Dirección en la resolución de 29 de Noviembre de 1911, entre otras»; en su conse-

(1) Resolución de 23 de Julio de 1924.

cuencia, exige para la validez de las operaciones particionales la aprobación por todos los interesados en la herencia. No llega a más en esta materia la expresada resolución, y, por tanto, queda en el aire la forma de representarse los derechos que, en su caso, puedan corresponder a personas no nacidas en el momento de otorgarse la escritura particional (en el caso al principio transcrito, los hijos que pueda tener C).

La resolución de 10 de Junio de 1916 limita la intervención en la partición de bienes a los representantes únicos de la testamentaria en la fecha de la escritura, esto es, que sólo exige la intervención de los que vivan al practicarse la partición, con lo que tampoco se aborda el problema de la representación de los no nacidos, o, mejor dicho, de la representación de los derechos que a los no nacidos pueda corresponder, si bien para salvaguardar, como es lógico, los derechos de esos no nacidos, exige en el último considerando que es preciso que conste en el Registro la limitación que se establece a favor de personas no nacidas, por si tal condición llegara a cumplirse. En la resolución de 17 de Octubre de 1928, y sólo porque al heredero instituido en primer lugar le concedía el testamento excepcionales facultades, entre ellas la de vender, se proclamó que bastaba la intervención de tal heredero; pues, de no haber mediado tales excepcionales facultades, claramente se manifiesta precisa la intervención en las particiones de los demás herederos, «ya que están interesados en averiguar si entre los bienes dejados hay algunos que pueden corresponderles», esbozándose que los derechos de tales sucesores no son meras expectativas que no puedan ser objeto de mención en los libros hipotecarios.

Descartado el caso de existir contador partidario testamentario en el cual, por imperativo del artículo 1.057 del Código civil, no precisa intervención alguna de los herederos (1), el problema continúa sin resolver. Desde luego, de la doctrina expuesta se deduce claramente que sólo dos soluciones puede tener: o exigir la intervención de todos los herederos (en el caso propuesto al principio, de A, B, C, D y E, que son los que viven al fallecer el testador), y además dar una adecuada representación a los derechos que en su día puedan corresponder a los demás herederos que puedan nacer

(1) Véase la resolución de 12 de Julio de 1917.

(los demás hijos que pueda tener C), o practicar la partición sólo con la intervención de los que vivan al fallecimiento del testador (A, B, C, D y E), dejando sin representación a los derechos que puedan tener los no nacidos, pero haciendo constar, en los libros del Registro, la reserva de derechos y acciones a favor de los que han de nacer, si llegare el caso.

El problema, de sí complejo, se agrava aún más si consideramos que los bienes de la herencia no han de consistir necesariamente en inmuebles en los que la inscripción en el Registro puede establecer una reserva de derechos y acciones que ponga a cubierto a los no nacidos de cualquier perjuicio que se les pueda causar en la partición, sino que, si los bienes hereditarios consisten en muebles, alhajas, dinero o valores públicos de fácil realización, la reserva es imposible y, por tanto, el perjuicio, de causarse, es irreparable. A este efecto, hemos de traer a colación los escrúpulos que en cierta ocasión me manifestaba sentir el Letrado de una importante entidad bancaria cuando se solicitaba la devolución de depósitos constituidos a favor de personas en cuyo testamento aparecían fideicomisos condicionales, como el que nos ocupa, pues la intervención única de los herederos que vivían al fallecimiento del testador hacía que éstos se adjudicasen los valores públicos en importante cantidad, dejando afectos, o destinando al fideicomiso a favor de herederos no nacidos, inmuebles sin importancia o con valor de notoria y desproporcionada inferioridad en su valor con los valores adjudicados. De donde resultaba que, una vez retirados los valores y llegado el caso de nacer alguno de los herederos llamados en segundo lugar, su derecho había quedado ilusorio, pues la reserva consignada en el Registro no era bastante para resarcirle del magno perjuicio causado.

Nos encontramos, pues, ante un caso de oscuridad u omisión de la Ley, en el que será de exacta aplicación el artículo 6.º, párrafo segundo del Código civil, debiendo, por tanto, acudir a los principios generales del Derecho. ¿Y qué dicen los principios generales del Derecho?

Jus semper quærendum est æquabile, neque enim aliter jus esset. En el Derecho se ha de buscar siempre la igualdad, si no, no sería Derecho. *Æquitas paribus in causis paria jura desiderat.* Por equidad a iguales casos, igual derecho.

Partiendo de estos dos principios eternos de justicia, examinaremos quiénes deben representar, y con qué normas, la más o menos probable personalidad de esos hijos no nacidos, y ello es objeto del apartado siguiente.

ANTONIO VENTURA GONZÁLEZ,

Registrador de la Propiedad

BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO

Alcalá, 14

MADRID

Sevilla, 3 y 5

Sucursales Urbanas:

Glorieta de Bilbao, 6, Glorieta de Atocha y Conde Romanones, 6

Capital autorizado 100.000.000 de pesetas

Capital desembolsado 51.355.500 —

Reservas 67.621.926,17 —

400 Sucursales en España y Marruecos

Corresponsales en las principales ciudades del mundo

Este Banco realiza toda clase de operaciones bancarias.—Compra y venta de valores.—Descuento y cobro de cupones y títulos amortizados.—Custodia de valores.—Giros, transferencias, cartas de crédito, órdenes telegráficas sobre todos los países del mundo.—Aceptaciones, domiciliaciones, créditos comerciales simples y documentarios, etc., etc....

TIPOS DE INTERES

I. — Cuentas corrientes.

A la vista 2 por 100 anual.

II. — Operaciones de ahorro

A) *Libretas ordinarias de ahorro* de cualquier clase, tengan o no condiciones limitativas 3 1/2 por 100 anual

B) *Imposiciones.*

Imposiciones a plazo de tres meses 3 por 100 anual.

Idem a seis meses 3,60 — —

Idem a doce meses o más 4 — —

Regirán para las cuentas corrientes a plazo los tipos máximos señalados en esta norma para las imposiciones a plazo.

Dirección telegráfica: BANESTO.—Apartado de correos, núm. 297

Jurisprudencia constructiva

I

Fácil es distinguir *grosso modo* la intuición jurídica de la emoción estética y de la verdad lógica, pero se necesita meditar profundamente para poner de relieve las deformaciones que un exagerado logicismo, o el entusiasmo artístico, introducen en la creación, aplicación o desenvolvimiento del derecho.

Lo justo y lo lógico son categorías distintas que, si en algunos momentos, y por virtud de la positividad o promulgación del precepto jurídico, parecen marchar por el mismo cauce, viven siempre en planos diferentes y llegan, en ocasiones, a consecuencias contradictorias.

Los llamados principios lógicos, la doctrina del concepto, del juicio y del raciocinio, los procedimientos deductivo e inductivo, son de inmediata aplicación a las ciencias jurídicas. No se refieren directamente a ellos los autores que desde hace medio siglo hablan con desdén de la *lógica jurídica*, sino a las características que el razonamiento práctico de los juristas presenta en los pueblos europeos que han aceptado como base de su ordenamiento el derecho romano (1).

Del sistema de acciones hemos heredado la preocupación de que todo ataque y defensa jurídicos han de apoyarse en una norma que el Juez debe descubrir o deducir de otro precepto superior. El desenvolvimiento del Estado, como organismo del derecho y para el derecho, nos hará volver la vista, en todo caso, hacia sus mandatos y estimar como decisivos los decretos promulga-

(1) V. sobre este particular y los que siguen Ehrlich: «Die juristische Logik.» *Archiv f. die Civ. Praxis*, 115, band ; págs. 125-439.

dos en la forma que él mismo reputa necesaria y coactiva. La extensión de sus poderes y la personificación de su imperio sugieren la existencia de un legislador cuya voluntad constituirá el contenido total de la jurisprudencia o reflejará las necesidades sociales. Y, en fin, el postulado de la unidad del derecho impondrá la fusión de las normas, la formación de los conceptos abstractos, la estructura piramidal del ordenamiento y la inevitable consecuencia de fundar en la interpretación de la Ley las decisiones judiciales.

Estas corrientes subálveas, o, por lo menos no descubiertas hasta principios del siglo xx, fueron reforzadas por las conquistas del llamado derecho natural y desembocaron en la canalización formalmente construída por la teoría de la separación de los poderes: «Si los Tribunales—dice Montesquieu—no deben ser fijos, los juicios deben serlo hasta tal punto, que resulten una versión precisa de la ley... Los Jueces de la nación no son más que la boca que pronuncia las palabras, seres inanimados que no pueden moderar su fuerza ni su rigor. De las tres potestades de que hemos hablado la de juzgar es, en cierto modo, nula.» Las ideas de Montesquieu fueron desenvueltas por Beccaria, con referencia al Derecho penal: «Solamente las leyes pueden decretar las penas y los delitos, y esta autoridad reside únicamente en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por el contrato social.» Como consecuencia, surge la afirmación, que los juristas repiten un poco inconscientemente: El Juez debe formar un silogismo perfecto: la mayor está constituída por la ley general; la menor, por el acto, conforme o no con la ley; la consecuencia será la libertad o la pena. De aquí que la potestad de interpretar corresponda únicamente al Soberano: no hay cosa más peligrosa que el axioma según el cual es preciso consultar el espíritu de la ley. «Bajo el imperio de un código escrito—dice Stuart Mill (1)—, el Juez no tiene que resolver cuál será intrínsecamente el mejor partido en el caso particular que debe decidir, sino tan sólo el artículo de la ley que le es aplicable, lo que el legislador ha dispuesto en caso análogo... El método que debe seguir es entera y exclusivamente un método de razonamiento, de silogismos, y el camino es el que constituye todo razonamiento; la interpretación de una fórmula.»

(1) Citado por Geny: *Método de interpretación*, 47.

Por este camino se llega a una identificación del método jurídico con el geométrico: los artículos del Código—afirma Liard—son teoremas cuyo enlace entre sí hay que demostrar y deducir sus consecuencias. El verdadero jurista es un geómetra: la educación puramente jurídica es puramente dialéctica. Empujada por filósofos y juristas, se precipita la ciencia del derecho por esta pendiente, olvida su naturaleza social y las exigencias de la vida, borra las diferencias entre el discurso lógico y el pensamiento psicológico y salta desde la solución cierta de un problema a la decisión justa de un caso, sin reparar en la profundidad del abismo. A medida que la abstracción y la generalización perfeccionan los conceptos jurídicos y los hacen más adecuados para la construcción dialéctica, la jurisprudencia se aleja de la vida y de los conflictos de intereses.

«La conciencia del hombre—indica Sternberg—asimila la justicia ética a la exactitud lógica...» Esto constituye, sin embargo, una falta metódica de las más graves consecuencias. En realidad, la necesidad con que se encadenan unas proposiciones jurídicas con otras, en calidad de causa y efecto, es siempre una necesidad solamente ética, no lógica (1).

El concepto, como último elemento del juicio, que puede constituir el contenido de una palabra y referirse a objetos reales o ideales, es un factor indispensable para el desenvolvimiento de la ciencia jurídica; pero cuando los partidarios de la investigación libre del derecho o los defensores de la valoración y compensación de intereses hablan de la *Begriffsjurisprudenz* (jurisprudencia de conceptos), tienen presente el procedimiento que despoja a los fenómenos jurídicos de sus cualidades concretas, sin conceder la importancia debida a los intereses contrapuestos ni a su adecuada protección, para formar preceptos abstractos y reglas generales, de las que luego obtendrá por rigurosa vía deductiva la solución de las cuestiones litigiosas.

Supongamos con Ehrlich, para ilustrar el asunto, que se cuestiona sobre la obligatoriedad del contrato cerrado por teléfono. De las reglas que los romanos habían formado, examinando caso por caso, ampliadas con el desarrollo del correo a los contratos por

(1) *Introducción a la ciencia del derecho*, páginas 134 y siguientes.

correspondencia, y en nuestros tiempos a los celebrados por telégrafo, surgió la división general de contratos entre presentes y entre ausentes, dentro de la cual se procura encajar desde el primer momento el contrato telefónico. En la realidad han ido apareciendo los contratos verbales, por carta, telegráficos..., como también los celebrados, con intervención de un mensajero, por documentos privados o por escritura notarial; términos todos que juegan como contrarios lógicos, pero no como contradictorios. Ahora bien: en cuanto prescindimos de la serie abierta, que sólo nos autoriza para colocar los contratos telefónicos al lado de los citados, y centramos el problema sobre la contradicción fundamental: «todo contrato es entre presentes o no presentes (ausentes)», incurrimos en una verdadera confusión de lo contrario con lo contradictorio, y nos desviamos de la regulación correcta tanto si afirmamos un extremo como si lo negamos.

Más curiosa es la ilustración que el mismo autor desenvuelve sobre la adquisición de una bala o proyectil muerto. Parece que la propiedad corresponde al herido, porque el tirador ha abandonado la propiedad al hacer fuego, y el herido se apropia la bala mediante una decisión que se hace efectiva cuando el médico la extrae. Hay quien piensa que el Estado enemigo no autoriza a sus carabineros para que abandonen la propiedad del proyectil, y como el herido no puede apropiarse el botín de guerra, el otro Estado resulta dueño de aquél, con arreglo a los preceptos del Derecho internacional público. También podría sostenerse que el tirador está autorizado para hacer fuego, el proyectil recorre su trayectoria sin dueño (*res nullius*), el herido no puede apropiarse ni poseer (en el sentido técnico) una parte de su cuerpo, y solamente el cirujano se halla en condiciones jurídicas para aprehenderlo y ocuparlo durante la operación. La lógica jurídica acumula abstracciones (propiedad, abandono, posesión, ocupación, botín, mandato, etc...) para suplir la falta de un precepto especial, y, cada vez más alejada del mundo real, multiplica los conceptos sistemáticos: persona jurídica, capacidad, derecho real, negocio, condición, contrato, pago (1)..., cuyo carácter jurídico se desvanece a medida que se

(1) Prescindimos de los conceptos penales: imputabilidad, responsabilidad, justificación, tentativa, etc., porque estos estudios van dedicados a los lectores de una Revista de Derecho inmobiliario.

prescinde de la valoración y contraposición de intereses. Las instituciones y relaciones sociales son encajadas en los cuadros sistemáticos, como un animal recientemente descubierto en una clasificación zoológica; pero el sistema jurídico más completo y afinado no puede tener la pretensión de abarcar la sociedad futura.

En verdad, la menor anormalidad en el funcionamiento del teléfono (por ejemplo, si se corta la comunicación cuando el aceptante formula su voluntad) pone de relieve lo defectuoso de la asimilación absoluta del contrato telefónico al contrato *interpresents* y requiere preceptos específicos. Por otra parte, los intereses del héroe que desea conservar la bala, los del médico que ha realizado la extracción, atribuyendo excepcional importancia al caso clínico, y los del Estado, que acaso tenga en el proyectil una prueba de la deslealtad de su adversario, al emplear calibres prohibidos, tienen muchísimo mayor valor para resolver el caso práctico que los conceptos aplicados al propietario o súbdito que dispara, sin pensar en el abandono, a la cosa *nullius* incorporada a los órganos del herido y al supuesto, tan inhumano como ridículo, de una apropiación prohibida de botín.

II

Aunque la jurisprudencia conceptual, como se ve, hunda sus raíces en los profundos estratos del conocimiento histórico del derecho, hay cierta conformidad en señalar como punto de partida de su importancia o exageración el método adoptado hace un centenar de años por los romanistas y la configuración de las fuentes jurídicas que manejaban. Binder recuerda a un jurista casi olvidado, Kierulff, que en su *Teoría del Derecho civil común* (1839) contraponía el trabajo concreto de los jurisconsultos romanos sobre el *casus* a la tarea de nuestros Letrados, que aprendían en la escuela del *corpus juris* a formar los conceptos que habían de reunir las particularidades mediante una destilación de la enorme masa de materiales conservados. No se trataba de conceptos puramente formales, sino de principios tan generales como prácticos, de verdaderas disposiciones de tipo legal, adecuadas a la vida jurídica (1).

Heck insiste en colocar al gran romanista Rodolfo V. Ihering

(1) «*Bemerkungen zum Methodenstreit...*», en *Zeitschrift für das Ges. Hand.* 100 Band, pág. 14.

en la primera fila de los juristas de conceptos, si bien poniendo de relieve que el Saulo de la jurisprudencia constructiva se convirtió en el Pablo de la teleológica, al reconocer que el creador del derecho no es el concepto, sino el interés, y al desenvolver los fundamentos de su protección en la conocida obra sobre el fin en el derecho (*Zweck im Recht*) (1).

Sin ánimo de discutir las diferencias que existen entre la última doctrina de Ihering (que nunca pudo desligarse de las influencias, o, mejor, de los entusiasmos conceptuales) y los postulados de la escuela de Tubinga, trataré de dar una idea del método, que denomina de «Historia natural», en el libro II (1.ª parte, título III, sección 2.ª, B, número 3) del *Espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desenvolvimiento*.

Distingue Ihering la jurisprudencia inferior, cuyo campo de actividad es la interpretación (que explica la materia, resuelve las contradicciones, disipa las oscuridades, revela la voluntad del legislador, investiga los principios y saca las consecuencias) de la jurisprudencia superior, cuya base es una concepción particular del derecho, como la historia natural de las instituciones y nociones jurídicas. Las instituciones no son simples reuniones de preceptos; son existencias, individualidades lógicas, que reputamos animadas por una verdadera vida: nacen, mueren, actúan, se combaten, tienen sus misiones y sus finalidades; sus fuerzas y sus cualidades...; son *cuerpos jurídicos*. Para determinar su noción y el modo de distinguirlos, la definición teleológica o de finalidad (por ejemplo, según Einert, la letra de cambio es el papel moneda comercial) vale muy poco al lado de la ontológica o de existencia (la letra es una promesa pecuniaria desprendida de su causa). No definimos los cuerpos por lo que han de producir, sino por su estructura, por sus elementos anatómicos: sujeto, objeto, contenido, efecto, acción. Ante todo ha de fijarse quién es el *titular* del derecho, con resolución de los problemas planteados por la existencia de un elemento intermediario entre el sujeto y el objeto (por ejemplo, el predio dominante en las servidumbres prediales, el papel en las obligaciones al portador), o por la concurrencia de varias personas (coposesión, copropiedad, créditos comunes), discutiendo si hay distribu-

(1) Heck: *Interessenjurisprudenz*, pág. 12. Mohr, 1933. Tubingen: *Das problem der Rechtsge Lwinnung*, 11, 2.ª ed., 1932. En la misma editorial.

ción de la cosa, del derecho o de su contenido, o por la formación de una persona jurídica (instrumento técnico que corrige la falta de determinación), o por los vínculos de solidaridad (varias obligaciones con el mismo contenido, o una obligación con varios sujetos). El *objeto* del derecho es igualmente un elemento necesario de toda definición: en el derecho hereditario, la masa relicta o la personalidad del *de cuius*; en la obligación, el deudor, su voluntad o la prestación. Igualmente, por lo que toca al *contenido*, se preguntará si el derecho del acreedor recae sobre el acto o sobre su valor pecuniario, y si las servidumbres contienen ventajas derivadas de la propiedad, o más bien restricciones de la misma. Con la cuestión de la *estructura* marcha unida la de la accesoriedad de la prenda respecto a la obligación, de los intereses moratorios respecto al crédito, de la servidumbre respecto al fundo dominante, y, en fin, las relaciones entre derecho y acción: posibilidad de reparación, cesión independiente, etc....

El estudio de las cualidades y fuerzas de los cuerpos jurídicos nos llevará a la divisibilidad, fuerza expansiva, responsabilidad de la persona y posibilidad de configuración solidaria de los derechos. Como fenómenos en la vida de los cuerpos se estudiarán su nacimiento y término, su condicionalidad y fecha, su exigibilidad, sus metamorfosis, etc....

Al relacionar unos cuerpos con otros surgirán los problemas de incompatibilidad (patria potestad con tutela, sucesión testamentaria y abintestato), concurrencia (propiedad y derecho de garantía), desaparición con efectos trascendentales (extinción de la hipoteca precedente)...

En fin, la clasificación sistemática de los cuerpos jurídicos, última consecuencia del método histórico-naturalista, nos presentará una síntesis perfecta, en forma de cuadro, de cada uno de ellos y de los lazos que le unen al conjunto científico. La colocación equivocada equivaldrá a clasificar un pájaro entre los mamíferos, o una ballena entre los peces.

Por grandes que fueran los servicios que *el concepto* habría de prestar al derecho común, o, mejor, a los tratados de Pandectas, con la simplificación, elaboración y sistematización de los inmensos materiales reunidos en el *Corpus juris* y con los principios generales, tan prácticos como fecundos, en que la deducción se apo-

yaba; el desvío que desde los primeros instantes se manifiesta hacia la utilidad y los intereses en juego, y el carácter, cada vez más formal, de la lógica, manejada por el positivismo jurídico, habían de culminar en una doctrina que se orientaba alternativamente hacia los procedimientos matemáticos o hacia los métodos científicos, para cristalizar en un *cálculo de conceptos* (*Rechnen mit Begriffen*), cuando no se inclinaba hacia una especie de historia natural.

El prototipo de las obras dogmáticas, de indiscutible conceptualismo, es el tratado de *Pandectas*, de Windscheid, que con toda lealtad, excluye de la definición del derecho la idea de finalidad (1) y desenvuelve el tratamiento científico del derecho sobre las siguientes bases, completamente alejadas de los intereses vitales y de las necesidades sociales.

Si bien la interpretación es ya un tratamiento científico del derecho, en cuanto fija el sentido de las palabras usadas por el legislador, ocupa un plano superior el procedimiento que determina el verdadero *concepto* de una norma o de un conjunto jurídico. El pensamiento de todo precepto se presenta en *conceptos*, agregados o complejos racionales que deben ser resueltos en sus elementos simples. De la *compraventa*, contrato de cesión de cosa por precio, pasamos a la noción del *contrato*, negocio jurídico que acredita una concordancia de voluntades, y de aquí ascendemos al *negocio jurídico*, declaración de voluntad, para entrar en la investigación de *voluntad, acuerdo, cosa, cesión*...

La jurisprudencia actual se adentra todo lo posible en el análisis de los conceptos, de cuyo conocimiento depende la inteligencia del derecho y la seguridad de su aplicación. Los casos litigiosos corresponden, por regla general, a normas variadas, cuyos efectos se cruzan e influyen. Y la sentencia será el resultado de un cálculo realizado con los conceptos, como factores. «El cálculo, naturalmente, dará un resultado tanto más seguro cuanto más exacto sea el valor de los factores. Está claro, al mismo tiempo, que el verdadero sistema de los derechos, la íntima homogeneidad de sus normas, sólo puede brotar de una plena comprensión de los conceptos jurídicos» (2).

(1) I, párrafo 37, nota 3.^a

(2) Pand., párrafo 24.

A continuación el ilustre escritor divide los conceptos según tengan por objeto los presupuestos de hecho (negocio jurídico, contrato, testamento, especificación, condición...) o los derechos mismos, y aquí alude al concepto del derecho en general y a lo característico de los derechos particulares (propiedad, usufructo, obligación, prelación, revocación), a su contenido, al sujeto, cualidades, acciones, etc..., en términos parecidos a los empleados por Ihering.

Ultimamente, con frase precisa, indica que se *construye* una relación jurídica cuando se reconduce a los conceptos sobre los que se funda.

III

Desconocida a principios del pasado siglo la frase *construcción jurídica*, había llegado a ser, cuando Ihering escribía *El espíritu del Derecho romano*, una de las más usuales formas técnicas de la jurisprudencia alemana. Los licenciados españoles no la conocíamos, o, por lo menos, no la aplicábamos a fines de la misma centuria, si bien hoy ya es corriente en las Facultades de Derecho. En los citados lugar y obra aparece definida como «la aplicación a la materia jurídica del método de historia natural». Arte plástica de la jurisprudencia, cuyo objeto es el cuerpo jurídico, comprende los trabajos de organización, los frutos de la intuición y del talento más que del cuidado y la erudición, las obras maestras de la actividad del jurisconsulto. Tres reglas fundamentales de su ejercicio, arraigadas en los elementos *positivo, lógico y estético*, enuncia el maestro: 1.^a La construcción doctrinal debe aplicarse exactamente al derecho positivo, respetando su contenido, pero con entera libertad de forma, toda vez que el legislador no puede imponérsela al jurisperito. Este puede discutir la posesión tabular, el título y el modo, las definiciones legales, la tradición simbólica, etc., y se halla autorizado para buscar nuevas soluciones: por ejemplo, si una ley prohíbe destruir el edificio ajeno para que el propietario de una viga la retire, puede traducirse la situación jurídica diciendo que la propiedad se ha extinguido y resucita cuando el edificio viene abajo, o que la reivindicatoria se halla paralizada por la accesión.

2.^a La unidad sistemática impone a las construcciones una concordancia perfecta. Para ello hay que ensayar todas las posiciones imaginables y las combinaciones posibles antes de aceptar una construcción o desechar la aceptada. En el supuesto de que la obligación se extingue con el pago, para justificar su sobrevivencia en los casos de subrogación, podemos idear una cesión privilegiada, una ficción jurídica, una operación doble, una extinción relativa, un traspaso legal de garantías, un retorno protegido por la ley, una expropiación del crédito... Ciertamente es que la ciencia no puede establecer imposibilidades jurídicas; pero aquí no hay verdades absolutas: lo que parecía imposible a un romano pasa hoy por construcción correcta; por ejemplo, la distribución a voleo de monedas en una fiesta familiar—*jactus missilium*—era para la antigua jurisprudencia un abandono—*derelictio*—seguido de una apropiación—*ocupatio*—; hoy se admite como más exacta la tradición a persona incierta—*traditio in incertam personam*—. Además, el progreso científico ensancha el círculo de la posibilidad, y debe intentarse la conciliación de teorías, aun a riesgo de bordear el ridículo. Caso de necesidad, hay que romper con la antigua solución y configurar otra: así, la prenda originaria era contractual; después se admitió un contrato tácito—*pignus tacitum*—; por último, la regulación de múltiples hipotecas legales rompió el molde voluntario; y

3.^a Las exigencias de lo bello jurídico. Hay que evitar la *inelegantia juris*, atender a la simetría, transparencia, simplicidad, naturalidad y claridad de las combinaciones.

En cuanto a los *medios* (aparato constructivo), enumera Ihering las imágenes corrientes en el lenguaje, los actos aparentes, las ficciones y la extensión artificial de las nociones naturales (por ejemplo, del fruto al uso, de la persona física a la moral).

Con esta sistemática se dan formas plásticas y visibles a lo inmaterial y se conserva la unidad, totalidad y simultaneidad de la imagen intuitiva, garantizando la rapidez, facilidad y seguridad del juicio. En ocasiones, cuanto más se aleja de la vida y de las cuestiones jurídicas, mayores son los desenvolvimientos. El sistema resulta de este modo una fuente inagotable de fecundas creaciones.

El contraste entre superior e inferior jurisprudencia queda,

ques, determinado por el que existe entre concepto jurídico (*Rechtsbegriff*) y norma (*Rechtsregel*), y el paso del derecho de uno a otro estado se verifica por medio de la construcción jurídica (*juristische construction*), que transforma en conceptos la materia bruta. Esta pierde su forma práctica e imperativa y asume las configuraciones de un cuerpo, de especie, naturaleza y propiedades determinadas. La jurisprudencia superior no es una mera escultora de la materia, sino que produce y crea en plena seguridad y consciencia.

Estas ideas inspiran el programa del *Anuario para la dogmática del actual Derecho privado, romano y germánico*, que Ihering fundó con Gerber, en 1857, y que continúa todavía en nuestros días llevando por divisa «a través y más allá del Derecho romano» (*durch das römische Recht über das römische Recht hinaus*) (1).

A cuantos hayan saludado el Derecho alemán del último tercio del siglo xix les habrá llamado la atención (cuando no les ha trastornado el entusiasmo) la extraordinaria influencia que Ihering y Windscheid han ejercido sobre los investigadores del derecho y el ardor con que éstos se han lanzado sobre los preceptos, para fundirlos en nociones o conceptos que a veces parecen reflejar la naturaleza de las cosas, a modo de indiscutibles intuiciones, y en otros casos son verdaderas obras de ingenio que armonizan lo inconciliable. Una vez que el jurista se halla en posesión de estos principios superiores, entra en juego el papel de la deducción lógica, y el caso particular, que ha sido subsumido bajo el amplio manto de la construcción, encuentra regulación cómoda, por ajeno que fuera a la mente del legislador.

De la jurisprudencia francesa y española puede decirse que no han manejado de un modo consciente los conceptos y la construcción hasta hace poco tiempo; pero la alemana ha tenido los ojos abiertos desde los citados trabajos de Kierulff y Ihering, a los cuales hay que unir la *Introducción al Derecho privado*, de Thöl; el artículo de Eisele en el archivo para la práctica civil (1886); el estudio de Fischer sobre *Investigación jurídica y estudio del derecho en general*; la obra de Rümeliu, *Construcción de conceptos*

(1) *Unsere Aufgabe*, pág. 1-52 del primer volumen del Anuario que ahora se denomina *para la dogmática del Derecho civil*.

jurídicos; la de Bergbomm, *Jurisprudencia y filosofía del derecho*; la de Wurzel, *El pensamiento jurídico*, y desde un punto de vista más amplio, las de Mach sobre *Conocimiento y error*; *Der Begriff* (el concepto), y Rickert, *Los límites de la construcción de conceptos en las ciencias naturales*.

Sin perjuicio de volver sobre la materia cuando enfoquemos las publicaciones de la escuela de Tubinga, vamos a terminar este apartado con las reflexiones de tres maestros tan conocidos como apreciados por los jurisconsultos alemanes y por muchos españoles.

Schlosmann, que en su estudio crítico *El contrato (Der Vertrag, 1876)* conmueve los pilares de la teoría, que lo reputa «acuerdo de voluntades», para transformarla en una especie de «responsabilidad consiguiente a la lesión de un patrimonio por la no satisfacción de una esperanza engendrada en otro por una promesa o conducta equivalente», dice que la ciencia debe aplicar sus principios generales a los distintos hechos para obtener las soluciones especiales. Como la geometría, con pocos axiomas, por medio de una casuística aplicación a las distintas figuras y con íntegra consideración de sus propiedades, se eleva a una espléndida construcción, así la ciencia del derecho patrimonial ha de alcanzar con sus propios axiomas y características plena configuración sistemática. Las figuras del tráfico económico: compra, arriendo, donación, etc., son para ella como los distintos cuerpos para la matemática del espacio (1). Tales pensamientos se destacan con mayor claridad en el párrafo cuarto de la doctrina de la representación (*Die Lehre von der Stellvertretung*), que escribió en dos tomos cinco lustros más tarde. Según el significado de la palabra y el uso que de ella se hace, hay que entender, por *Rechtsbegriff* cualquier noción que se utiliza en el derecho, y como éste une a ciertos hechos determinadas consecuencias, podemos distinguir: 1) Los acontecimientos de la vida diaria (muerte, daños, destrucción de una cosa, dar, tomar, usar...). 2) Los conceptos referentes a preparaciones o combinaciones jurídicas (testamento, cambial, libros hipotecarios, proceso...), que en ocasiones aparecen con relieves ordinarios (*naturalis appellatio*) y a veces con elaboración jurídica

(1) Op. cit., 339.

(*civilis appellatio*); por ejemplo, bienes, mora, posesión, miedo, *traditio*, cosa, accesorio, etc. 3) Los conceptos que se refieren directamente a efectos jurídicos (reclamación, crédito, propiedad, prenda...); y 4) Una categoría de conceptos que unen a los momentos de hecho, efectos jurídicos de más alto grado (sentencia, delito, heredero...). En esta última categoría coloca a la representación como cierre de negocios por un tercero, o en su lugar y nombre, con el efecto de que las consecuencias jurídicas del negocio se produzcan en la persona del representado. Nada se puede objetar—continúa—contra la formación y aplicación de estos conceptos, que contienen la quinta esencia de cuanto jurídicamente nos interesa en una relación vital y que facilitan las operaciones científicas, sustituyendo a las descripciones complicadas términos sencillos. Puesto que ha de contener potencialmente todas las consecuencias, hay que construir la definición, como coronamiento del edificio, sobre las notas esenciales, olvidando las que sólo presentan aspectos superficiales del objeto.

En un trabajo sobre *contenido no obligatorio de la ley formal* dedica Eisele interesantes observaciones a los textos que responden más bien a la inteligencia que a la voluntad del legislador y suscitan cuestiones que pertenecen, ante todo, a la ciencia jurídica. Dejando a un lado la valoración de las expresiones que el legislador emplea *animo declarandi*, por ejemplo, cuando interpreta el contenido de una ley anterior (interpretación auténtica), nos referiremos a los problemas de clasificación y sistemática del derecho (1). La clasificación de preceptos, derechos subjetivos y hechos típicos no corresponde al legislador. Acaso acierte en la tarea y tengan alguna utilidad sus expresiones; pero su verdadera misión será redactar los preceptos que regulan, por ejemplo, las servidumbres continuas y discontinuas, aparentes o no aparentes, y dejar a la ciencia la fijación de las mismas clases. Mucho menos valor tendrá la clasificación innecesaria, *ex gr.*: las servidumbres establecidas por la ley tienen por objeto la utilidad pública o común o la utilidad de los particulares. Tampoco las definiciones son de su reino: buenas o malas, resultan de operaciones lógicas y no merecen

(1) «Unverbundlicher Gesetzesinhalt». *Archiv. f. die Civ. Praxis*, t. LXIX, páginas 303 y siguientes.

ser tenidas en cuenta si no se hallan en armonía con los preceptos concretos.

Entre los asuntos que no corresponden al legislador, y respecto de los cuales se halla incapacitado para vincular voluntades, están las construcciones jurídicas; así puede discutirse cuando un vendedor establece una servidumbre a favor de otros predios suyos si hay *reserva* de servidumbre o *imposición* de una nueva, cualesquiera que sean los términos legales. Se trata aquí de un procedimiento analítico cuya finalidad es llevar lo nuevo, aunque parezca singular, a elementos ya conocidos lógicamente o jurídicamente. Las construcciones falsas llevan a subsunciones injustas o a definiciones equivocadas. Del mismo modo, cuando el legislador identifica conceptos diversos o entiende que el concepto subordinado es correlativo (porque confunde apoderamiento con mandato o incluye dentro de éste la letra de cambio), puede asegurarse que tales disposiciones no tienen fuerza coactiva o vinculante. Después entra Eisele a examinar los principios jurídicos, para indicar los casos en que aquéllos o sus consecuencias tienen valor lógico, más o menos discutible, según aparezcan o no explícitamente consagrados, y, por último, las máximas y *regula juris*, verdaderas proposiciones teóricas que no obligan a nadie, sino que dan base a los juicios. Carentes de imperio y meramente enunciativas (*regula est quae rem quae est breviter enarrat*), hay que decir de ellas con Thöl: «La regla jurídica no se aplica, o da o no da en el blanco.» La proposición en ella contenida es falsa si por haber sido obtenida mediante una abstracción ilógica, traspasa los preceptos concretos de que se ha inferido, o si olvida la posibilidad de elementos facticios (*de facto*) cuya existencia resulta clara.

Réstanos, para hacer ver la extraordinaria influencia que el método había ejercido en los civilistas, consignar las afirmaciones que, a guisa de prólogo, avanza Andreas v. Tuhr en la parte general del Derecho civil germánico (*Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerliche Rechts*, 1910): Nuestro ordenamiento jurídico contiene innumerables preceptos que regulan los hechos más variados de la vida. Tales hechos son pensados y formulados de un modo abstracto, y las consecuencias jurídicas se producen cuando se realizan determinados sucesos. La naturaleza abstracta de las normas jurídicas descansa sobre la intuición de la humanidad ci-

vilizada, que no se presta a un amplio análisis, y es una defensa contra la arbitrariedad. Esta forma abstracta de la norma condiciona su formulación conceptual, y de aquí que ciertos supuestos de vida sean, con un criterio jurídicamente orientado, reunidos en conceptos. La construcción de conceptos es un medio imprescindible de todo conocimiento; también la investigación de la Naturaleza y de los fundamentos de la vida humana (psicología, historia, doctrina económica) se desarrollan en conceptos: se trata de sondear esas leyes de la Naturaleza, esto es, de establecer que de hechos de cierta especie se derivan determinados efectos. Mientras que dentro de estos límites los conceptos tienen valor cognoscitivo, cabe atribuir a los hallados por el derecho significación real, *vis ac potestas*. Cuando el derecho configura sobre las matizadas apariencias de la vida, tipos generales, lo hace con la finalidad de dotar con determinados efectos a los presupuestos vitales que caen bajo el tipo, y así, por ejemplo, cuando se perfecciona el concepto de *posesión*, quedan protegidos, mejor o peor, los intereses de ciertos hombres. Con ayuda de sus propios conceptos regula el derecho los conflictos de intereses y asegura la convivencia de los hombres en estado y sociedad. Como la naturaleza, por el conocimiento científico, se armoniza en un cosmos, así también la vida humana por el derecho. En las dos direcciones se desenvuelve una tendencia esencial del hombre: encontrar las leyes de la Naturaleza, fijar las leyes de la ordenada convivencia, tal es el supremo anhelo de la Humanidad. El contenido de los preceptos jurídicos se funda en el conocimiento y valoración de los coexistentes y contradictorios fines e intereses de la vida. La tarea de la ciencia consiste en comprender y presentar la construcción del derecho en sus fundamentos y desarrollos; la del Juez, en aplicar el derecho a los casos singulares. En ambas circunscripciones prevalece la actividad lógica: exacta fijación de los conceptos, que la ley a veces sólo designa con una palabra y subsunción de las múltiples manifestaciones de la vida bajo estos conceptos. En su virtud, la jurisprudencia se convierte constantemente en un operar con los conceptos (*Operieren mit Begriffen*).

JERÓNIMO GONZÁLEZ.

El seguro sobre accidentes

No está en nuestro ánimo pretender dictaminar sobre si es o no obligatorio para los Registradores la contratación del llamado «Seguro Colectivo», ley que, según se desprende de su denominación, es forzoso en sus aspectos de seguro de muerte y de incapacidad permanente, y voluntario en lo que se llama incapacidad temporal. Unicamente nos proponemos llamar la atención de los compañeros sobre esta materia que nos parece complicada y en la que más pronto o más tarde, y mejor provocada por nosotros, habrá de recaer una disposición legal que la deje suficientemente aclarada.

En una reciente Circular del Ilustre Colegio de Registradores se da como obligatorio este seguro para todos los Registros y otras oficinas públicas análogas, «en virtud de la Orden ministerial de 13 de Junio último». Predomina en su texto la labor interesante del técnico en cuestiones de seguros, que tiende a demostrar, cumpliendo el encargo recibido, las excelencias de ésta o la otra combinación. Hubiéramos querido ver a su lado, y antepuesta, la tarca de demostrar con un estudio detenido y serio la fuerza de obligar que puedan tener las disposiciones legales dictadas hasta la fecha para los funcionarios y oficinas que cita, porque pudiera no ser suficiente el contenido de la Orden ministerial citada, en la que se dispone que los beneficios que concede la vigente legislación sobre la materia de accidentes de trabajo a los que se accidentan en el ejercicio de su profesión sean igualmente aplicables a todos los empleados de oficinas en general, sin distinción de establecimientos, en los que presten sus servicios, siempre que su remuneración diaria no exceda de quince pesetas, dada la diversidad que puede señalarse de oficinas públicas en atención al servicio que en ellas se presta, la clase de trabajo, reglamentación de ho-

ras, dependencia y forma de pago de los empleados, modos de designación de éstos, etc.

Por lo pronto, uno de nuestros más competentes compañeros, el señor Estévez Carrera, nos hace entrega de una nota en la que sostiene su creencia de que los Registradores no tienen obligación de asegurar contra accidentes el personal de sus oficinas. Suyos son los párrafos que siguen :

«Y creemos que no, porque tanto el artículo 38 de la ley de Accidentes del Trabajo, de 8 de Octubre de 1932, como el 87 de su Reglamento, de 31 de Enero de 1933, impone exclusivamente esa obligación del seguro a todo patrono allí comprendido. Y considera patrono—artículo 2.º—«al particular o Compañía propietaria de la obra, explotación o industria en donde el trabajo se presta», que es lo mismo que dice el artículo 5.º de la Ley de 21 de Noviembre de 1931 sobre el contrato del trabajo ; y para nosotros ni el Registrador es patrono, ni el personal de sus oficinas verdaderos obreros.»

«El que se haya dictado una Orden de 13 de Junio de 1934 reputándolos comprendidos entre los que tienen obligación de hacer el seguro, no resuelve completamente la cuestión, pues pudo haber un error. En cambio, habiéndose dictado pocos días después, el 29 del mismo mes y año, una Sentencia del Tribunal Supremo declarando que los Secretarios judiciales no son patronos, y extendida esa declaración a los Registradores de la Propiedad, es indudable que éstos, por no ser patronos, no tienen obligación de hacer ese seguro.»

«Por ello, el Registrador que sea requerido debe oponerse a reconocer esta obligatoriedad (artículo 94 del Reglamento de 1933).»

* * *

Por nuestra cuenta podemos afirmar, sin que por ello se entienda que prestamos a la opinión de nuestro comunicante una adhesión incondicional, que la solicitud formulada por dicho Colegio de Registradores en la Presidencia del Consejo de Ministros, que dió lugar a la publicación de la Orden de 3 de Enero último (*Gaceta* del 21), comunicada por Circular de la Dirección general (véase el Suplemento núm. 333 de esta REVISTA), por la que se sustrae

también a la competencia de los Jurados Mixtos las cuestiones que puedan suscitarse entre los Registradores de la Propiedad y sus dependientes y auxiliares, se apoyaba en la doctrina de la Sentencia de 29 de Junio de 1934, arriba citada, recaída en recurso contencioso-administrativo interpuesto por los Secretarios de Sala contra Orden del Ministerio de Trabajo, siendo Letrado de los recurrentes el ilustre civilista Sr. Sánchez Román, y cuya Sentencia, de la que se acompañó copia a la petición de los Registradores, dice así en su parte esencial :

«Vistos los artículos 1.º y 2.º de la ley de lo Contencioso-Administrativo y sus concordantes la ley de Jurados Mixtos de 27 de Noviembre de 1931 ; la ley sobre Contrato de Trabajo de 21 de Noviembre de 1931 ; la Ley orgánica del Poder judicial y la Sentencia de esta Sala de 16 de Enero de 1934.

Considerando que, propuesta por la parte coadyuvante la excepción de incompetencia de jurisdicción, precisa, ante todo, dada su especial naturaleza, entrar en el examen de la misma, ya que, de ser apreciada, surgiría un obstáculo insuperable para poder penetrar en el fondo del asunto, imponiéndose el estudio acerca de la procedencia o improcedencia de tal excepción, no obstante dejar de constituir su contenido un pedimento formulado expresamente en la súplica del escrito de contestación a la demanda del aludido litigante, porque incluso *ex officio* está facultada la Sala para acogerla.

Considerando que la tesis sustentada para mantener su existencia se basa en el supuesto de que la vigente ley de Jurados Mixtos no encaja dentro del marco propio del derecho administrativo, sino del llamado derecho social, toda vez que sus preceptos, lejos de originar relaciones jurídicas de aquella índole, son ordenadores de otras de naturaleza jurídicosocial, en las que el Ministro actúa solamente como órgano supremo de una jerarquía jurisdiccional especial, por lo que el crear o denegar la formación de un Jurado Mixto no puede nunca lesionar un derecho cuya reparación sea dable obtener en vía contenciosa, sino tan sólo engendrar un problema de trabajo que afecta de modo exclusivo a patronos y obreros en una relación de derecho social.

Considerando que, así centrado el problema, salta a la vista, desde el primer instante, lo inconsistente del razonamiento, que

conduce por senderos extraviados a una conclusión que en buena técnica jurídica no puede prevalecer, porque supone al factor «trabajo», en cuanto representa uno de los elementos de la producción, acaparado y monopolizado por determinada rama del derecho, cual es la social, cuando es lo cierto que el mismo no puede ser, por sí solo, estimado como simple manifestación de actividad, es decir, como un mero hecho engendrador de un sistema jurídico exclusivista, sino que es factible de ser objeto a la vez, pero por consideraciones doctrinales distintas, bien del derecho privado social en su aspecto laboral, bien del administrativo, según se presente como materia de relaciones jurídicas de una u otra clase.

Considerando que establecida esta primordial distinción queda desvanecido por completo todo el artificio jurídico sobre el que descansa la excepción que se estudia, porque, atendiendo a esos distintos modos, es indudable que la ley de Jurados Mixtos de 27 de Noviembre de 1931 puede regular, como en efecto regula, al amparo del aludido factor «trabajo», situaciones de derecho diferentes, y si alguna de éstas son objeto de un ordenamiento especial que requiera la existencia de organismos jerarquizados, representativos de una jurisdicción, que en su esencia, caracteres y finalidad, difiera fundamentalmente de la de los Tribunales contenciosos, no por eso habrá de dejar de reconocerse la posibilidad de que, dentro de dicha Ley, surjan matices jurídicos en los que el elemento «trabajo» entre en una relación de derecho administrativo, por lo que se impone examinar si el caso debatido puede estar comprendido en este último aspecto.

Considerando que es indudable que el Ministro de Trabajo, al dictar el acuerdo originario de este pleito creador del Jurado Mixto cuestionado, no obró como órgano supremo de una jurisdicción especial y privativa, en función propia de juzgador que decide un litigio, desentendiéndose del peculiar interés de cada una de las partes para satisfacer exclusivamente el más puro y elevado del derecho, con potestad para hacer que se ejecute lo juzgado, que ese, y no otro, es el concepto doctrinal de la jurisdicción, que en su acepción clásica significa «declarar el derecho» mediante el juicio correspondiente, sino que, contrariamente a este supuesto, al conceder el Ministro la autorización necesaria para constituir un Jurado Mixto, resolviendo así, sin contienda entre partes, una pe-

tición al efecto formulada, se produjo como tal Ministro, es decir, como Autoridad administrativa, sin que dicha intervención envuelva ni pueda suponer, en modo alguno, un acto jurisdiccional de los definidos anteriormente, por lo cual, si el administrativo que se combate reúne los requisitos del artículo 1.º de la ley de lo Contencioso-Administrativo, es susceptible de ser censurado en esta vía, ya que ello no implica, según lo expuesto, una yuxtaposición o superfectación de jurisdicciones inadmisibles en buenos principios de derecho procesal.

Considerando que si la resolución ministerial impugnada agotó, como ya se ha dicho, la vía gubernativa, y si ella fué dictada en virtud de facultades regladas, lo que no se niega por el coadyuvante y así se estableció por esta Sala, resolviendo una excepción análoga, en su Sentencia de 16 de Enero del corriente año, sólo falta dilucidar si existe un derecho administrativo vulnerado, o sea el que pueda asistir a los Secretarios de Sala recurrentes para no ser incluidos en el régimen común de los Jurados Mixtos, porque, según ellos, la propia Ley que los regula establece una excepción que estiman comprenderles, y como ésta es precisamente la cuestión de fondo a examinar, se impone rechazar la excepción de incompetencia propuesta, a causa de aparecer tan íntimamente ligada con la sustancia del pleito, que resulta imposible decidirla con absoluta separación de lo que constituye la entraña y esencia del mismo.

Considerando a estos efectos que la ley de Jurados Mixtos mencionada, después de establecer aquellos casos en los que procede, bien por propia iniciativa ministerial, o bien a instancia de parte, la creación de tales Jurados en la forma y con las atribuciones que la propia Ley señala, contiene en su artículo 104 determinadas excepciones al principio general que informa su espíritu, siendo una de ellas, y en la que se ampara el derecho de los recurrentes, constituyendo, por tanto, el nervio y eje del pleito, la que se refiere «a servicios públicos cuando se hagan por cuenta del Estado, la Provincia, el Municipio o cualquier organismo administrativo u oficial».

Considerando que es incontrovertible, por axiomático, que la realización de la Justicia constituye un servicio público de carácter nacional, que por cuenta del Estado se presta como función pri-

mordial y esencialísima del mismo y en cuyo nombre se administra, siendo también indudable que las Secretarías judiciales forman parte del organismo encargado de cumplir tal cometido, por todo lo cual parece lógica consecuencia estimar que a los actores de este pleito les alcanza de lleno la pretendida excepción, porque en los despachos oficiales que regentan se presta, por cuenta del Estado, ese servicio público, sin que quepa válidamente establecer distingos acerca de si en ellos existen dependientes particulares del Secretario, que por tener la consideración legal de obreros extravasan la excepción, ya que es lo cierto que los mismos cooperan en una o en otra forma, con prestaciones indispensables, al normal desenvolvimiento de ese servicio público nacional, que representa una unidad administrativa y que por ello requiere un régimen administrativo especial, que no es dable desarticular ni descomponer por razón de las diversas personas que en él intervengan, debiendo cubrir a todas las que se encuentren en este caso la norma legal que se comenta.

Considerando que a mayor abundamiento, al definir al patrono el artículo 5.º de la Ley de 21 de Noviembre de 1931, dice de él que es el propietario o contratista de la obra, explotación, industria o servicio donde el trabajo se presta, definición que en modo alguno puede cobijar, dentro de sus términos, a un Secretario judicial, que, lejos de ser el propietario, concesionario o contratista de la obra o industria, es el titular de un servicio público y como tal excluyente de toda idea patrimonial, estando aquél afecto a los deberes que le impone el Estatuto por el que sus funciones públicas se rigen, formado por la Ley orgánica del Poder Judicial, leyes de Enjuiciamiento y demás complementarias, cuyos preceptos no puede rebasar en un régimen de contrato libre, porque en todo caso ha de atender aquellas órdenes que a sus superiores apunte su celo por la buena marcha de su función, careciendo, por tanto, de la necesaria libertad de movimientos para pactar con la dependencia acerca de las condiciones dentro de las que debán desenvolverse las actividades profesionales de los contratantes.

Considerando que, aparte de lo dicho, existen otras circunstancias que por exigencias de la realidad abonan el criterio que al presente se viene sustentando, y son las que sugieren la idea de que el funcionamiento del Jurado Mixto de que se trata envuelve la po-

sibilidad de traer aparejada, en cualquier momento, con grave detrimento del servicio mismo, la concurrencia de un elemento perturbador por el derecho a la huelga, del que no puede hablarse cuando de funciones de justicia se trata, la reglamentación de las horas de trabajo hábiles para las actuaciones judiciales, desde la salida a la puesta del sol, por deber aquéllas practicarse dentro de términos fatales, la materia de despidos especialísima que puede acarrear el hecho de imponer en una Secretaría los servicios de determinado auxiliar contra el criterio abiertamente manifestado de la propia Sala de Justicia que los rechaza, y porque mientras, entre otros extremos, no queda a salvo, de modo inequívoco, el principio de autoridad de los funcionarios judiciales, revestidos de facultades inspectoras, no es posible que las compartan, sin quedar bien deslindados los campos, con los miembros del Jurado Mixto, que, con el fin de velar por el cumplimiento de leyes sociales y especialmente por el de sus acuerdos, pueden inmiscuirse o rozar, aun sin intención, en materia excluída de sus atribuciones, con la viva protesta de los encargados de la función de justicia originaria de una pugna entre unos y otros, que a todo trance debe evitarse.

Considerando que estos razonamientos hacen pensar que el trabajo prestado en las Secretarías judiciales por los Auxiliares no tiene, a los efectos del Jurado Mixto, una natural adecuación dentro de un ordenamiento jurídico de tipo normal, si bien puede ser objeto del régimen especial a que alude el artículo 105 de la Ley, para que el servicio público rinda la debida eficiencia, y para que, por otra parte, no quede desamparada la labor de esos modestos obreros, dignos de toda protección en sus relaciones de trabajo con los titulares de las Secretarías, cohonestando así el interés supremo de la Justicia con el privado de esos Auxiliares puesto a debate, y que no debe escapar a la función tuitiva del Estado.

Considerando que, por todo lo expuesto, procede revocar las Ordenes ministeriales recurridas, toda vez que se ha demostrado que ellas vulneran el derecho que el artículo 104 de la Ley citada concede a todos los que se encuentren en el mismo caso que los recurrentes, a no ser incluídos en un régimen común de organización de Jurados Mixtos, sin que pueda caber duda alguna respecto a que este derecho vulnerado es de carácter administrativo y no social, según quedó sentado anteriormente,

Fallamos que, desestimando la excepción de incompetencia alegada, debemos revocar, y revocamos, dejándolas sin ningún valor ni efecto, las Ordenes recurridas del Ministerio de Trabajo de 18 de Marzo y 30 de Mayo de 1932, sobre constitución de un Jurado Mixto de Empleados de la Administración de Justicia en Madrid y fijación de plazo para elección de los Vocales que habían de integrarlo.»

* * *

De todo lo expuesto se deduce que, si bien ha sido resuelta de un modo decisivo la cuestión relativa a la incompetencia de los Jurados Mixtos, no cabe decir lo mismo de este problema del seguro, cualesquiera que sean los razonamientos aducidos para fundamentar la inaplicación de los artículos 87 y siguientes del Reglamento de 31 de Enero último, cuyo tenor, muy digno de tener en cuenta, es el siguiente :

Art. 87. Todo patrono tiene obligación de estar asegurado contra el riesgo de indemnización por incapacidades permanentes o muerte de sus operarios producidas por accidentes del trabajo.

Art. 88. El hecho de no estar asegurado el patrono, además de motivar la sanción correspondiente, le constituye directamente responsable de todas las obligaciones impuestas por la Ley.

Art. 223. El patrono que no haga el seguro contra el riesgo de incapacidad permanente o muerte de sus operarios, será castigado con multa de 25 a 250 pesetas ; en caso de primera reincidencia, con multa de 250 a 500 pesetas, y en segunda reincidencia, con multas de 500 a 1.000 pesetas.

Art. 228. Las reincidencias repetidas en la obstrucción, así como las infracciones, podrán motivar el cierre del centro de trabajo donde se produzcan.

* * *

Una cosa es que no seamos considerados como patronos, si ello es así, y que haya recaído la declaración oficial de que el personal de nuestras oficinas no esté sujeto, a los efectos del trabajo, a la jurisdicción de los Jurados Mixtos, y otra muy distinta la consideración de que, dado el ambiente social que de tiempo atrás y con toda justicia se extiende sobre España ; dada la función tute-

lar que el Estado, recogiendo una aspiración sentida por muchos y por muchos predicada, se ha impuesto, acuciado por la necesidad de salir al paso de las reclamaciones de los que prestan su trabajo a cambio de una remuneración que constituye, en la mayoría de los casos, su único medio de vida, haya un fuero especial, un privilegio exclusivo que nos exima de amparar forzosamente, si la voluntariedad se resiste, a los, por regla general, modestos empleados de nuestras oficinas.

Algo de esto creemos viene a decir el penúltimo considerando de la Sentencia inserta: la necesidad de cohesionar lo especial del régimen de trabajo con el interés privado de los auxiliares, «que no puede escapar a la función tuitiva del Estado». Y por algo se han dictado las Ordenes del 27 de Noviembre último (*Gaceta* del 28), en las que se declara, con carácter general, que en los beneficios concedidos a los empleados de oficinas por la Orden de 13 de Junio último están comprendidas *todas las formas de remuneración de haberes* que no excedan del límite de 5.000 pesetas anuales.

Y para terminar. Hemos creído conveniente presentar la cuestión con todas sus facetas, examinarla desde todos los puntos de vista y pronunciarnos en ella con toda claridad. Que con ésta gana mucho todo problema que sea preciso examinar y sobre el que haya precisión de resolver. Y por ella nos precavemos, a nuestro juicio suficientemente, contra imprecisiones que desdibujen el asunto y contra generalidades que lo descentren del marco en que deba hallarse colocado.

LUIS R. LUESO,

Registrador de la Propiedad

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

HIPOTECA. ESPECIALIDAD. NO SE HALLA BIEN EXTENDIDA UNA ESCRITURA DE HIPOTECA EN LA QUE NO SE DETERMINA, ADEMÁS DE LA CANTIDAD DE QUE POR PRINCIPAL RESPONDA LA FINCA, LA SUMA QUE DENTRO DE LA SEÑALADA COMO HIPOTECA ACCESORIA CORRESPONDA AL CONCEPTO INTERESES Y AL DE COSTAS CON SEPARACIÓN, PORQUE LA SEGURIDAD DEL TERCERO, EL CONOCIMIENTO EXACTO DE LA CARGA REAL Y LA PRECISIÓN DE LOS ASIENTOS HIPOTECARIOS ASÍ LO EXIGEN.

Resolución de 15 de Marzo de 1935. (Gaceta de 28 de Marzo.)

En el recurso interpuesto por el Notario de Alcira D. Claudio Miralles Gaona, contra nota del Registrador de la Propiedad de la misma ciudad, que inscribió una escritura en cuanto a la hipoteca que garantizaba el capital y la suspendió con respecto a la que garantizaba «los intereses y las costas y los gastos, por no determinarse concretamente la cuantía de dichas costas y gastos, confundiendo con la de los intereses que van garantizados o asegurados con la hipoteca, según el artículo 141 de la ley Hipotecaria»; aunque en este recurso no se determina qué clase de intereses son los que garantiza el crédito supletorio, siendo los antecedentes fundamentales del mismo, la calificación del Registrador, la discusión y razonamientos con que ha sido planteado y el auto dictado por el Presidente de la Audiencia, iguales, en esencia, a los que han

dado lugar a la Resolución de 14 de Febrero último, procede ratificar la doctrina contenida en la misma (que va en el número anterior de esta Revista), declarando no bien extendida la escritura de referencia.

IMPUESTO DE DERECHOS REALES. NO ES INSCRIBIBLE, NI PROCEDE TAMPOCO TOMAR ANOTACIÓN PREVENTIVA, UNA ESCRITURA DE VENTA OTORGADA POR UN ALBACEA AUTORIZADO POR EL TESTADOR, AUNQUE HAYA SATISFECHO DICHO IMPUESTO, SI NO SE ACREDITA EL PAGO, O LA DECLARACIÓN QUE PROCEDA, DEL MISMO POR CONSECUENCIA DEL FALLECIMIENTO DEL CAUSANTE, BIEN PRESENTANDO LA RELACIÓN DE BIENES, O LA COPIA DEL TESTAMENTO CON NOTA DE LA OFICINA LIQUIDADORA, POR IMPEDIRLO, ENTRE OTROS, LOS ARTÍCULOS 245 DE LA LEY HIPOTECARIA Y 20 Y 28 DE LA REGULADORA DEL MENCIONADO IMPUESTO.

Resolución de 27 de Marzo de 1935. (Gaceta de 14 de Abril.)

En el Registro de la Propiedad de Caldas de Reyes se presentó escritura otorgada ante el Notario de Villagarcía de Arosa, don José Barreiro Meiro, por la que D. Ramón Salgado Pérez, como albacea de D. Laureano Salgado Rodríguez, vende, con pacto de retro a favor de cualquier albacea de los varios nombrados por el causante, una casa, y el Registrador no admitió la inscripción de dicha escritura, que había satisfecho el impuesto de derechos reales y «que se presenta en unión de copia auténtica del testamento de D. Laureano Salgado Rodríguez y certificaciones del acta de defunción y del Registro general de actos de última voluntad, referentes al mismo, por no acreditarse el pago del impuesto sobre derechos reales, al fallecimiento de D. Laureano Salgado, en cuanto a la finca ahora transmitida, ni contener la copia del testamento, presentada nota de prescripción, exención o no sujeción al pago de dicho impuesto; y dada la índole del expresado defecto, no es admisible tampoco la anotación preventiva, expresa y verbalmente solicitada por el presentador».

El Presidente de la Audiencia revocó la nota recurrida por el comprador, ordenando se extendiese la correspondiente anotación

preventiva que el interesado había solicitado expresamente, y la Dirección general revoca el auto presidencial con los siguientes fundamentos :

Por la conformidad del recurrente con la resolución del Presidente de la Audiencia—coincidente, aunque consignándola diverso alcance, con el defecto alegado por el Registrador de no figurar en la copia del testamento la nota correspondiente de la Oficina liquidadora del impuesto de derechos reales—, la alzada está limitada a decidir si el indicado defecto impide o no extender anotación preventiva, como respectivamente entienden el Registrador y el Presidente de la Audiencia, toda vez que lo relativo a si es o no deducible del caudal hereditario la deuda contra el causante, a si procedería o no liquidar por el tipo de adjudicación en pago o para pago, a si el derecho de retraer que reservó el vendedor a favor de cualquier albacea o heredero debe o no reputarse parte integrante de la herencia después de haber transcurrido el plazo estipulado para ejercitarlo, a si el valor de este derecho sería suficiente para solventar las cantidades que correspondan al Tesoro por razón del impuesto sucesorio, y los demás problemas referentes a la liquidación de éste son ajenos al presente recurso ; sin que, por otra parte, quepa examinar en las apelaciones, con arreglo a lo declarado en reiterada jurisprudencia, los defectos no incluidos en las respectivas notas calificadoras, los cuales no han podido ser oportunamente objeto de controversia, ni deben serlo de resolución.

Los artículos 245 y 246 de la ley Hipotecaria establecen una garantía en favor del Estado, en armonía con lo dispuesto en los artículos 20 y 28 de la ley reguladora del impuesto de derechos reales y 56 y 172 de su Reglamento, encaminada a evitar que los inmuebles se inscriban y puedan pasar a tercero sin haber satisfecho el impuesto, y, en su consecuencia, resulten defraudados los derechos del Tesoro ; y analizados los dos artículos primeramente citados en relación con la posibilidad legal de extender anotación preventiva cuando no conste la nota de pago, exención, prescripción o no sujeción al impuesto, es indispensable tener presente que lo prevenido en ambos preceptos, por su carácter especial, no está comprendido en la norma general consignada en el artículo 65 de la ley Hipotecaria, definidora de las faltas de los títulos y de sus efectos, y constituyen una excepción, disponiendo, al efecto, el se-

gundo de aquéllos, que se devuelva el documento al presentante para que satisfaga el impuesto y para que, efectuado el pago, lo entregue de nuevo en el Registro con el fin de extender la inscripción, práctica seguida y con la cual queda asegurado el principio de prioridad, fundamental en nuestro régimen inmobiliario; de todo lo cual se infiere que no debe denominarse subsanable, ni insubsanable, en la acepción técnica en que emplea estas palabras el artículo 65, la falta de la nota de la Oficina liquidadora del impuesto, porque no se discute la validez del acto o contrato ni la del título.

Por lo tanto, la calificación del Registrador está ajustada a las mencionadas disposiciones legales y reglamentarias, a la práctica observada y a la doctrina de este Centro directivo, el cual, en sus resoluciones de 25 de Diciembre de 1862 y 23 de Mayo de 1890, declaró que, en los casos a que se refiere el artículo 246 de la ley Hipotecaria, sólo se permite practicar el asiento de presentación y es improcedente extender anotación preventiva.

Habíamos creído innecesaria, y ya vemos que no es así, toda nueva discusión en torno a las facultades y deberes del Registrador en orden al pago, exención, aplazamiento o prescripción del impuesto de derechos reales como trámite previo a la inscripción de todo acto o contrato. El artículo 245 de la ley Hipotecaria es terminante al prescribir que no se practique inscripción «sin que se acredite previamente el pago de los impuestos establecidos, o que se establecieren por las leyes, si los devengare el acto o contrato que se pretenda inscribir». Y por si esto no fuera bastante, el artículo 28 de la ley de dicho impuesto ordena que se impida la admisión, se nieguen efectos y se prohíba la inscripción de los documentos que, conteniendo acto sujeto al impuesto, no lleven nota de la Oficina liquidadora con la declaración que proceda.

De dichos textos legales, y de la numerosa jurisprudencia de la Dirección, se deduce, además de la conclusión dicha, que el objeto de la expresada prohibición es garantizar el cobro del impuesto, privando al interesado, en otro caso, del beneficio de la inscripción; que comprende toda clase de documentos, sea cualquiera su naturaleza y procedencia; que tal defecto, aunque puede subsanarse en el sentido no hipotecario de la palabra, no es de los que permiten tomar

anotación preventiva, porque no le señalan ese camino los artículos 245 y 246 de la ley Hipotecaria; que la calificación de cada acto o contrato, a los efectos fiscales, corresponde exclusivamente a las Oficinas liquidadoras, careciendo el Registrador de competencia para apreciar si la calificación estuvo o no acertada, no incurriendo en responsabilidad al inscribir documento mal liquidado (Resolución 14 Agosto 1895), sin perjuicio de utilizar el derecho que como a cualquier funcionario le asiste de denunciar, si lo estima procedente, las deficiencias observadas, pero sin facultad de negar la inscripción, a no ser que, conteniendo el documento varios actos sujetos al impuesto, observase que alguno de éstos no hubiere sido calificado (Resolución 1.º Marzo 1887 y 13 Agosto 1908), o que, refiriéndose la nota de la liquidación a la constitución de un derecho real, se pretenda su extinción (Resolución 13 Agosto 1908). Morell, apoyándose en la Resolución de 15 de Febrero de 1882, dictada para Ultramar, opina que, para el caso de haberse practicado la liquidación por funcionario incompetente, el Registrador podrá desechar el documento si la incompetencia fuere absoluta por razón de la materia, pero no si fuese sólo relativa por razón de lugar.

* * *

Por acatamiento a la letra del citado artículo 245, o por no haberse presentado el caso, es lo cierto que la Dirección se había limitado hasta ahora, según la jurisprudencia que hemos examinado, a exigir la justificación del cumplimiento del deber fiscal tan sólo para los documentos cuya inscripción se solicitaba, no en los que se presenten como complementarios o accesorios, como poderes, certificaciones, etc., ni tampoco en los que se presentan para tomar de ellos ciertas circunstancias necesarias, ni respecto a derechos que sólo deben ser mencionados en las inscripciones (Resolución de 17 de Octubre, 17 de Noviembre de 1885 y 18 de Febrero de 1896).

En la Resolución que nos ocupa el Centro directivo amplía la prohibición de inscribir sin que conste la nota de liquidación en los títulos que sea necesario tener en cuenta para practicar la inscripción del documento del que se pretenda operación. En el caso que resuelve se trata de una compra con pacto de retro, otorgada por un

albacea debidamente autorizado por el testador, contrato que satisfizo el correspondiente impuesto, no obstante lo cual se niega su inscripción por no justificarse que en la herencia de que la finca vendida proviene se ha satisfecho el impuesto sucesorio o se ha puesto la nota que proceda.

Entendemos que esta doctrina es aplicable, entre otros casos que no se enumeran en honor a la brevedad, y, sobre todo, por no considerarlo necesario, al de cancelación de hipotecas por los herederos o causahabientes del acreedor, ya que, aunque no es preciso inscribir previamente el testamento del causante para que pueda practicarse aquélla, eso no obsta, según la doctrina de la Dirección, a que en realidad quede inscrito en el asiento cancelatorio el derecho hereditario de los sucesores.

El no observarse con rigurosidad esta prohibición daría lugar a que, vendidas todas las fincas de la herencia en la forma expresada, o cancelados todos los créditos hipotecarios de un causante, quedara la Hacienda Pública privada de todo medio de hacer efectivos sus créditos contra la herencia, ya que ni podría siquiera tomar anotación de embargo, en caso de no pago, por hallarse los bienes inscritos en favor de un tercero.

* * *

La necesidad de reformar el artículo 246 de la ley Hipotecaria, ampliando su contenido, se ha dejado sentir de siempre. Y ahora, que por la doctrina de esta Resolución se amplía la prohibición de inscribir a casos no comprendidos de una manera expresa en el artículo 245, que no atañen sólo al título de cuya inscripción se trata, o, como dice aquél, al «acto o contrato que se pretende inscribir», que no depende del adquirente la subsanación del defecto, se impone con mayor fuerza y toma relieve, ascendiendo a punto de mira que habrán de tener muy en cuenta los reformadores de la Ley para dar paso a un precepto más justo, más acorde con las finalidades del Registro de la Propiedad, más conforme con los principios que informan nuestro sistema hipotecario.

Nos referimos a la precaria duración del asiento de presentación—única garantía que se ofrece al inscribiente—de los títulos que no puedan inscribirse—ni anotarse—por falta de pago del impuesto,

que es sólo de treinta días, pasados los cuales, sin subsanarse el defecto dicho, habrá de cancelarse tal asiento, lo que puede suponer, la mayoría de las veces, la pérdida del interesante derecho de prelación, que debe siempre concederse, sin regateo alguno, al que con buena fe adquiere y del mejor modo cumple sus deberes, y no quedar supeditado a las consecuencias dañosas de la mala fe de unos, o al retraso—plazos, prórrogas, aplazamientos, comprobación—de oficinas y funcionarios.

La única excepción que admite el artículo 246—que la oficina o funcionario encargado de la liquidación consulte a los superiores alguna duda—debe ampliarse a todos aquellos casos en que se justifique a satisfacción del Registrador, o en que a éste le constase que, por causas ajenas a la voluntad del que pretende la inscripción como adquirente, no ha podido obtener de la Oficina liquidadora la nota relativa al impuesto. Porque pretender, como afirma Morell siguiendo a Escosura, que dicha excepción sea aplicable «por analogía a todos los casos en que, presentados los títulos en la oficina, no sea posible hacer la liquidación mientras subsiste el asiento del Diario, por causas independientes de la voluntad de los interesados», no pasa de ser un buen deseo del que todos participamos, pero que no creemos viable por hallarse completamente huérfano de todo apoyo legal.

* * *

Los artículos 245 de la ley Hipotecaria y 28 de la del impuesto de derechos reales constituyen, como hemos visto, un obstáculo insuperable para que pueda llevarse a efecto la inscripción de las fincas que al heredero se le adjudican en la partición de herencia, precisamente por el impago de dichos derechos. Se creyó resolver en parte la cuestión al dictarse la Real orden del Ministerio de Gracia y Justicia de 9 de Junio de 1922, consistente en aplicar el párrafo segundo del número 2.º del artículo 141 del Reglamento hipotecario— anotación preventiva sobre el derecho hereditario en la partición correspondiente al deudor—, lo que supone que la partición de herencia no está aún practicada. Pero esto no tenía aplicación cuando se trataba del embargo del dominio de las fincas adjudicadas a los contribuyentes morosos en virtud de partición de he-

rencia del causante, a cuyo favor continúan inscritas las fincas, por lo que había de ser denegada cualquiera anotación de embargo que se pretendiese tomar en procedimiento de apremio por falta de pago de cantidades liquidadas.

Las Direcciones generales de lo Contencioso y de los Registros estuvieron conformes en apreciar que la Real orden citada sobre suspensión del pago del impuesto de derechos reales en los documentos no inscribibles por la única falta de no haberse satisfecho dicho impuesto, no se limita al caso de anotación de embargo a favor de la Hacienda por débitos relativos a liquidaciones del derecho hereditario cuando no existe adjudicación de bienes, sino que es igualmente aplicable al caso en que se hayan formalizado las operaciones particionales y conferido a cada heredero la propiedad de bienes, participaciones o derechos, así como a todos los supuestos de adquisición de bienes o derechos a título oneroso en los que, por no haberse satisfecho el indicado tributo, proceda a adoptar, en el orden fiscal, las medidas convenientes.

Todo ello dió lugar a que por el Ministerio de Hacienda se dictase una orden, en 8 de Agosto de 1934 (Gaceta del 29 de Agosto), en la que se señala el procedimiento para poder practicar la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho sobre las fincas del deudor por impuesto, seguida (creemos que debe solicitarse al mismo tiempo para no dar lugar a la interposición de algún documento que estuviere ya presentado o se presentare) de la anotación preventiva de embargo a favor de la Hacienda, resolución que no insertamos por haberse publicado en el Suplemento núm. 314 de esta Revista, correspondiente al 4 de Septiembre del año anterior.

MANDATO. PARA CANCELAR HIPOTECAS ES NECESARIO MANDATO EXPRESO, NO SIENDO SUFICIENTE EL PODER EN QUE SE AUTORIZA PARA VENDER Y EXIGIR Y ACEPTAR GARANTÍAS POR EL PRECIO QUE EN LA VENTA PUEDA QUEDAR APLAZADO.

Resolución de 29 de Marzo de 1935. (Gaceta de 16 de Abril.)

El Notario de Córdoba, D. Domingo Barber Lloret, autorizó escritura de cancelación de hipoteca, en la que concurría un apode-

rado con mandato, en el que se le facultaba para vender, por el precio y condiciones que estimare, la participación que a cada una le correspondía en la finca denominada «Huerta de Pantoja», reciba el precio al contado, a plazos o confiese su recibo, pudiendo exigir y aceptar, en su caso, las garantías que le parezcan; declare las cargas del inmueble si las tuviere y su procedencia, les obligue a la evicción y saneamiento con arreglo a derecho, y a tal fin firme los documentos públicos o privados que fueren necesarios.

El Registrador de la Propiedad de la misma ciudad no admitió la inscripción de la cancelación por no consentir en ella «las señoras titulares del crédito, pues, aunque en su nombre lo hace D. Enrique Aparicio y Aparicio, en virtud de poder autorizado en Madrid a 31 de Julio de 1929, por el Notario D. Luis Gallinal y Pedregal, número 907 de su protocolo, dicho poder es ineficaz, por no contener mandato expreso para consentir en cancelación de hipoteca. Y estimándose insubsanable el defecto, no procede anotación preventiva».

Confirmó el Presidente de la Audiencia la nota recurrida y la Dirección general confirma el auto apelado con los siguientes razonamientos:

Por la escritura de 31 de Julio de 1929, doña Elisa y doña Matilde Aparicio confirieron a su hermano D. Enrique facultades para vender, por el precio y condiciones que estimase, la participación de una finca y recibir el precio al contado, a plazos o confesar su recibo, «pudiendo exigir y aceptar, en su caso, las garantías que le parezcan», sin referir el apoderamiento a la cancelación de hipotecas.

Ha de tenerse en cuenta que, de una parte, el artículo 1.713 del Código civil establece la necesidad de un mandato expreso para enajenar, hipotecar o ejecutar actos de riguroso dominio, y de otra que el artículo 82 de la ley Hipotecaria exige, para la cancelación de inscripciones o anotaciones, escritura o documento auténtico en el que exprese su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiese hecho la inscripción o anotación, o sus causahabientes o representantes legítimos.

Sancionado por el legislador el llamado principio del consentimiento, sea la representación una ficción, una modalidad del acto jurídico, la sustitución real y perfecta de la voluntad del represen-

tado por la del representante, un resultado de la autonomía de la voluntad, un acto jurídico que pone en movimiento la ley para lograr fuerza obligatoria sobre el objeto en que hubo acuerdo de voluntades, y crear obligaciones y derechos entre el representado y terceras personas, siempre será necesario la concesión de facultades suficientes al representante.

Si la jurisprudencia de este Centro ha reconocido que la extensión del poder es un problema de interpretación de voluntad, no parece admisible referir el poder a actos jurídicos no comprendidos en el texto literal del mismo, porque la circunstancia de que este documento haya servido para la constitución de la hipoteca—argumento principal esgrimido por el recurrente—es ineficaz, toda vez que hubo autorización para «exigir y aceptar garantías» y el haber sido satisfecho el crédito en relación con el carácter accesorio del derecho de hipoteca no basta para justificar la cancelación pretendida, acto que por su trascendencia requiere, conforme a la ley, la declaración judicial o el consentimiento expreso de las personas a cuyo favor conste inscrito el derecho.

* * *

Estimamos irreprochable el contenido de la Resolución que precede, la que es confirmación de otras varias, todas ellas basadas en la doctrina legal, que es en este extremo terminante. El mandato debe interpretarse en sentido literal, y en caso de duda en el restrictivo, dice el Tribunal Supremo. Para cancelar exige el artículo 1.713 del Código civil mandato expreso, y el 82 de la ley Hipotecaria el consentimiento expreso del interesado o su representante. Los únicos actos que ha de mencionar nominatim el mandato son los referentes a la facultad de disponer (Sentencia 25 Junio 1902).

Sin embargo, consideramos perfectamente defendible, y desde luego exenta de toda responsabilidad, la posición del Registrador que hubiera inscrito la escritura de cancelación de que se trata o lo hiciera de otras análogas, no sólo atendiendo al principio jurídico, que cuando se confieren facultades para lo más se entienda también conferidas para lo menos (Res. 10 Mayo 1915), sino también porque teniendo facultad el apoderado para vender, para recibir el precio al contado o a plazos y pedir, en este último caso, garantías

de pago, exigió y aceptó la de constitución de hipoteca por el aplazado. Y al cancelarla no hace más que continuar cumpliendo su misión de mandatario al recibir el precio cuya entrega se aplazó y confesar su recibo, acto que lleva consigo, como secuela necesaria, la obligación—exigible por el deudor—de cancelar una hipoteca que tuvo capacidad, puesto que se inscribió, para exigir y aceptarla en solvencia de parte de un precio que tenía el mandato de recaudar, con la obligación, dimanante del traspaso de deberes que le hizo el poderdante, de hacer entrega de lo vendido en el estado en que se hallase al perfeccionarse el contrato, y libre, por tanto, de un gravamen cuya constitución exigió el apoderado.

Facultado el mandatario para aceptar hipotecas, se puede con un criterio no extremadamente rigorista sustentar que no se extralimita al cancelarla, ya que no se entienden traspasados los límites de un mandato cuando el mandatario los cumple de modo más ventajoso para el mandante que la señalada por éste, según el artículo 1.715 del Código civil.

LUIS R. LUESO,

Registrador de la Propiedad.

ANA ELMERS

Cajera en las oficinas de la Asociación de Registradores de la Propiedad.

Gestor administrativo. Habilitación de Clases pasivas. Presentación de toda clase de instancias en la Dirección general de los Registros y en los demás Centros oficiales. Gestiones en los mismos. Certificaciones de penales, últimas voluntades y demás. Fianzas, jubilaciones, viudedades y orfandades.—San Bernardo, 42, segundo derecha.—Teléfono 13906.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

13. *Causa de las obligaciones. Hipoteca en garantía de deuda confesada. Función de la causa en el negocio hipotecario. Requisitos necesarios para el ejercicio de la acción revocatoria. Sentencia de 14 de Enero de 1935.*

Don R., dueño de varias fincas, solicitó en diferentes ocasiones préstamos de don A. y don X, y en 3 de Octubre de 1930 reconoció adeudar a sus hermanos determinada suma, la que quedó garantizada con hipoteca sobre 29 fincas, que se inscribió al día siguiente de su otorgamiento. Enablados varios ejecutivos contra el deudor don R. fué éste declarado en concurso, y los deudores, y después la sindicatura del concurso, entablaron demanda contra los hermanos para que se declarase la rescisión y nulidad de la repetida escritura, cancelando cuantas inscripciones se hubiesen practicado. El Juzgado y la Audiencia absolvieron a los demandados, pero el Supremo *admite el recurso, y en su consecuencia casa y anula la sentencia recurrida:*

Considerando que, atacada la sentencia en el primer motivo de casación, por nulidad de causa inscrita en la escritura de 3 de Octubre de 1930, conviene indagar la contextura material de ésta para calificar justamente; y de sus términos literales se infiere que el tema fundamental de la misma es la constitución de hipoteca convencional sobre una universalidad de fincas, sujetas al cumplimiento de las obligaciones especificadas y, por lo tanto, la confesión de la deuda que en dicho documento se hace equivale al soporte o infra-

estructura sobre que descansa la construcción jurídica del negocio principal y dominante, que es el hipotecario, de naturaleza real y tipo abstracto, en contemplación al cual ha de examinarse estrictamente la función de la causa, distinta, en verdad, de la correspondiente a los préstamos reconocidos, cuyo nacimiento y vigencia anteriores tienen una vida autónoma y son especies contractuales regidas por causas diferentes de la que ahora es objeto de discusión.

Considerando que la causa de las obligaciones, entendida *in genere* como elemento intrínseco del hecho contractual originario, al que la ley atribuye efectos positivos, no es la fuerza psicológica de los imponderables determinantes de un querer individual orientado a la consecución de cierto fin, sino el esquema de la relación establecida entre las partes, revestido por la ley con sanciones jurídicas características de la tipicidad consagrada, o sea la causa jurídica *proprio sensu*, independiente de las subjetivas motivaciones de la voluntad, es decir, que la causa contractual reside, para algún autorizado sector de la técnica moderna, en el contenido económico-jurídico del negocio realizado, que en los de naturaleza abstracta, cual el de hipoteca, actúa como una simplificación práctica de todos los elementos complejos creadores, para facilitar su inclusión bajo la forma concreta con que la norma legal los define, tomando así el puesto preeminente de una causa única, que por el mero hecho de ser conforme a la previsión legal, encierra la sustancia de *causa justa formal*, sin que quepan contra ella—a salvo el carácter subsidiario de ciertos remedios—otras impugnativas directas que las dirigidas a combatir los vicios de consentimiento; en síntesis, que la estructura formal del negocio parece ser la causa de los abstractos.

Considerando que solemnizada la escritura de hipoteca bajo la forma legalmente preestablecida preséntase la relación causal subyacente separada de la declaración de voluntad constitutiva del negocio jurídico abstracto, el cual queda, en ocasiones como la presente, fuera del dominio de la causa imputable a los préstamos confesados, anteriores al otorgamiento de aquélla, y en consecuencia es inoperante la impugnación por la vía que utiliza el recurrente al atacar el negocio hipotecario, no por su causa abstracta de índole formal, sino por la material de los préstamos garantizados *a posteriori*, valiéndose de razonamientos que exceden de este ámbito, para caer plenamente en el de la acción revocatoria, de naturaleza procesal

subsidiaria en casos como el presente, tema idóneo del segundo motivo de casación, pero inadecuado respecto al primero, que en méritos de lo expuesto ha de ser desestimado.

Considerando que la acción revocatoria *in factum* se dirige a obtener el restablecimiento de los bienes del deudor al estado que tenían antes de la alteración producida en ellos mediante un acto fraudulento, por consecuencia del cual se pretendía sustraerlos a las responsabilidades patrimoniales derivadas de legítimos créditos.

Considerando que, para el eficaz ejercicio de este remedio procesal, son exigibles los siguientes requisitos: *a*), existencia de un crédito en favor de los demandantes; *b*), que el acto perjudicial se realice por el deudor con hechos ejecutados en daño de los acreedores, o, como dice el célebre fragmento de Ulpiano (D. h. t. L. I., párrafo 2), *Generalia sunt et continent in se... quod cumque fraudis causa factum est... Qual cumque fuerit nam late ista verba patent*; *c*), que ocasionen de modo directo la *insolvencia* del deudor, determinada, no sólo por la imposibilidad de pago completo, sino también por la disminución de posibilidades económicas efectivas, para dar satisfacción a la exigibilidad integral del crédito; *d*), que dicha insolvencia inflija al acreedor un daño cierto, sea debida al acto fraudulento y perdure en el momento de la interpelación judicial, y *e*), que intervenga el fraude, ora solamente por parte del deudor cuando va presunto en los negocios a título gratuito, ora en concurrencia con el de los terceros—cómplices, si se trata de contratos onerosos—, entendido el *consilium fraudis* como la simple previsión del daño, es decir, la *conciencia* del perjuicio que el empobrecimiento real o fingido causa al acreedor.

Considerando que, por adaptación del explicado presupuesto doctrinal al caso concreto, y reconocida la autenticidad de la escritura hipotecaria impugnada, es evidente que dicho negocio jurídico, estudiado en su génesis y consumación, no constituye una garantía inmediata y verdadera de las supuestas obligaciones que pretende asegurar, cuya confesión se hizo, sin duda, para cohonestar así el establecimiento de la carga real inmobiliaria sobre el patrimonio del deudor, amenazado por un inminente juicio concursal que sobrevino poco tiempo después y por ejecuciones despachadas a los pocos días del otorgamiento, sustrayendo los bienes, mediante este artificio, a las responsabilidades de créditos le-

gítimos, sino el fraude pauliano imputable a dicho deudor, demostrando palpablemente que trasciende a los terceros intervinientes; porque si aquél operó a sabiendas de que la hipoteca convencional imposibilitaba la efectividad del pago debido a sus otros acreedores comunes, los terceros, favorecidos con la garantía hipotecaria, concedida graciosamente, actuaron de *lucro captando*, ya que sus pretendidos créditos ganaron jerarquía al transformarse de ordinarios en privilegiados, sin contraprestación que beneficiase al deudor, salvo la ventaja, a todas luces tendenciosa, de permitirle la continuación en el tranquilo disfrute posesorio de los bienes afectados por el gravamen, a virtud de la cual maniobra permanecerían indemnes frente a las resultancias naturales de los juicios ejecutivos y del concurso de acreedores; y en tal sentido procede que, declarando el referido contrato de hipoteca como originado y extendido *ex lucrativa causa*, sea rescindido por haberse otorgado en fraude; todo ello a tenor de la presunción *iuris tantum* del artículo 1.297, párrafo 1.º, del Código civil, y en gracia a este precepto acoger el segundo motivo de casación.

Para el estudio de la doctrina de la causa, véase: Dabin, «La teoría de la causa» (traducción y notas de Pelsmaker, Madrid, 1929); al final se inserta un apéndice de legislación y jurisprudencia españolas. Capitant, «De la causa de las obligaciones» (traducción de Tarragato). Traviesas, «La causa en los negocios jurídicos», «Revista General de Legislación», tomo CXXXIV, pág. 28. Sánchez Guisande, «La causa falsa», «Revista de los Tribunales», tomo LXVII, pág. 27. Traján R. Ionasco, «Les récentes destinées de la théorie de la cause dans les obligations», en «Revue Trimestrielle de Droit Civil», tomo XXX, pág. 29. Walton, «Cause et «consideration» dans le droit anglais des obligations», en la misma Revista, tomo XVIII, pág. 469 (traducción de Capitant). Rouast, «A propos d'un livre sur la cause des obligations», en la misma Revista, tomo XXII, pág. 395.

El enriquecimiento sin causa puede estudiarse en la obra del mismo título, publicada por Núñez Lagos en 1934.

Como ampliación del concepto de la llamada acción pauliana, podemos citar: Kipp, «Impugnación de los actos «in fraudem creditorum», «Revista de Derecho Privado», tomo XI, pág. 1 (traduc-

ción de Rocés). Ferrara, «Lecciones extractadas por mi compañero Dalmases», en la misma Revista, tomo XV, pág. 136. Véase J. González, «Las conferencias del Profesor Ferrara», REVISTA CRÍTICA, tomo IV, pág. 600. Sobre el origen bizantino del nombre de la pauliana, ver Collinet («Revista de Derecho Privado», tomo VII, página 92, traducción Castán). Traviesas, «La acción pauliana», «Revista General de Legislación», tomo CXXXVII, pág. 97. Acher, «Essai sur la nature de l'action paulienne», «Revue Trimestrielle de Droit civil», tomo V, pág. 85.

Castro, «La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial», «Revista de Derecho Privado», tomo XIX, pág. 93.

14. *Seguro Marítimo.—Estipulación en provecho de tercero.—Prescripción extintiva de las acciones nacidas de los seguros marítimos.—Interrupción de la prescripción.* Sentencia de 31 de Enero de 1935.

La Junta de Obras del Puerto de V. cedió a una entidad contratista, «S. W.», de determinadas obras, una cabría flotante, la que se valoró en cierta suma, obligándose el concesionario a la devolución de la cabría, en el mismo estado de conservación, y a contratar un seguro marítimo que garantizase esta obligación. El contratista suscribió, con la Compañía A., una póliza por 60.000 pesetas, de las 300.000 en que se valoró la cabría, siendo coaseguradoras la Compañía U. y la Compañía C., por 160.000 y 20.000 pesetas, quedando sin cubrir las 60.000 pesetas restantes. Habiendo naufragado la cabría, a consecuencia de un temporal, la Junta de Obras del Puerto dió cuenta del siniestro a las Compañías y acordó el abandono de la nave, decidiéndose, por Orden ministerial, que el valor a abonar sería de 200.000 pesetas, con lo que se conformó la Compañía U., que abonó su parte, reservándose las otras el derecho de proceder con independencia.

El Abogado del Estado dedujo demanda contra las dos Compañías A. y C. para el abono de su parte, oponiendo la Compañía A. que la Junta de Obras nada tenía que ver con la Compañía que había contratado con distinta persona, alegando, además, la

prescripción de tres años, oponiéndose también la Compañía C. El Juzgado condenó a las Compañías a pagar el importe del valor que tuviera la cabria en el momento del siniestro, y apelada esta sentencia fué confirmada por la Audiencia. El Supremo no admite los recursos entablados.

Considerando que la excepción de falta de acción que se desarrolla en los motivos primero, segundo y tercero del recurso de la Compañía «A. U.», y en los primero y segundo del de la Sociedad «C.», ha sido debidamente desestimada por el fallo recurrido en razón a que la Junta de Obras del Puerto de V. asegura en las pólizas por cuenta y riesgo de «S. y W.», no carece de interés asegurable, dado el hecho de ser la propietaria de la cabria «España» y no haber asegurado «S. y W.» su propia responsabilidad, sino el interés directo de aquella entidad oficial; a que no es tan absoluto, en cuanto al seguro de cosas, el principio jurídico de que los contratos no producen efectos para tercero, porque la excepción la establece el párrafo segundo del artículo 1.257 del Código civil, y como el contrato cuestionado no es de prestación a tercera persona, en la que ésta sea mero destinatario de aquélla, sino un contrato a favor único del tercero, en el que éste es el titular del crédito, está asistido de la necesaria acción para hacer efectiva la promesa hecha por el obligado al contratante a cuyo cargo era el pago del equivalente económico de lo prometido; acción que no es subrogada, sino directa, cual corresponde a esa modalidad contractual en la que el contratante a favor del tercero no lo hizo por éste, ni en su representación, sino para asegurar su interés al tercero, al que no se impone ninguna clase de deberes, que es lo que garantiza el artículo 1.259 del Código civil; y como, además, estas situaciones jurídicas fueron aceptadas por las Compañías aseguradoras al haber admitido las negociaciones directas con la referida Junta de Obras del Puerto de V. la aplicación, al caso, de la doctrina de los actos propios, sería suficiente para desestimar, como es procedente, los citados motivos de casación.

Considerando que la prescripción extintiva de las acciones nacidas de los seguros marítimos, cuyo plazo se fija por el artículo 954 del Código de Comercio en tres años, sobre la que se razona en el motivo quinto de los dos recursos a base de que la demanda

tuvo la eficacia legal de interpelación judicial desde el día 4 de Julio de 1930, y en tal fecha había transcurrido con exceso aquel plazo desde que en los primeros días de Marzo de 1927 las Sociedades demandadas habían aceptado el abandono de la cabria «España» hecho por la Junta de Obras del Puerto de V., no puede ser acogida, por cuanto el plazo legal fué interrumpido conforme al artículo 944 del citado Código, por las negociaciones habidas, y muy especialmente por el reconocimiento que «La U.» hizo en 2 de Marzo de 1928 por sí, y en nombre de las Compañías hoy demandadas, como interventora en el siniestro en representación, según pacto expreso, de todas las aseguradoras, de la obligación de pago del siniestro a base de un determinado interés indemnizable, con aceptación por la Dirección general de Obras Públicas, que le fué comunicada por Real orden de 20 de Junio de 1928 a la Junta demandante, que la hizo conocer seguidamente a las Compañías demandadas y a «La U.», como Compañía interventora.

Considerando que la excepción de incompetencia a que alude el motivo cuarto de ambos recursos, y fué desestimada en el fallo recurrido, no puede prosperar; porque dadas las negociaciones habidas entre las Compañías aseguradoras y la Junta de Obras del Puerto de V., que se rompieron con las dos demandadas al discrepar éstas del valor dado al interés indemnizable, pero reconociendo la obligación de satisfacer el que correspondiera; al cumplimiento de esta obligación actuó la demanda y decidió el fallo de instancia, por no jugar ya la póliza, a este efecto, sino el reconocimiento que por los aseguradores hizo «La U.» como Compañía interventora por todas en el siniestro; razón por la cual los artículos de las pólizas referentes a sumisión para las cuestiones que surgieran de las mismas a la decisión de «amigables componeedores» carecen de eficacia limitativa jurisdiccional, pues no se trata ya del cumplimiento de las obligaciones nacidas directamente de las pólizas, sino de las que, teniendo a éstas como elemento inicial, toman su origen en las negociaciones habidas entre las partes.

Considerando que cualquiera que sea el error de interpretación que en los considerandos de la sentencia haya podido cometerse por el juzgador de instancia, como el imputado en el motivo tercero del recurso de la Compañía «C.», no siendo tal interpretación la razón fundamental del fallo, que es contra lo que se

recurrir, y no contra los considerandos, ello no puede servir de base a una casación; máxime cuando, en precedentes razonamientos, se deja establecido que en estos autos la póliza no juega sino como elemento inicial de las negociaciones habidas, que alterando la posición de las partes en los términos concretos de la póliza, son el fundamento de las acciones ejercitadas y del fallo recaído; sin que, por otra parte, pueda prescindirse de la particularidad de actuar un tercero titular del derecho, al que, por las circunstancias del caso, no podría exigírsele con rigor material, como al contratante directo, la presentación de la póliza original y habría de tenerse por cumplida la obligación legal con la aportación de su copia, a reserva de la prueba de su certeza.

Considerando que no puede ser tampoco recibido el motivo sexto del recurso de la Sociedad «C.», por cuanto el fallo de instancia de que se recurre, al condenar a aquélla a pagar la cantidad importe del valor que tuviere la cabria «España» el día del siniestro, a puntualizar en ejecución de sentencia, dispone que se tengan en cuenta, para ello, las demás cláusulas del contrato, con lo cual claramente se excluye toda posible infracción en el fallo de los artículos que en el motivo se citan.

Véase, sobre seguro marítimo, la obra de Hermida recientemente publicada: «Tratado de Seguros marítimos», Madrid, 1934.

Para la estipulación en provecho de tercero, consúltese De Buen, «Revista General de Legislación», tomo CXLII, pág. 193, con abundante bibliografía. Savatier, «Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats», en «Revue Trimestrielle de Droit civil», tomo XXXIII, pág. 525.

15. *Seguro de Incendios.—Interpretación de las condiciones generales de la póliza.—Nombramiento de perito tercero después de surgida la desavenencia entre los peritos designados por las partes.—El seguro como contrato de adhesión.* Sentencia de 13 de Diciembre de 1934.

Al rechazar el recurso interpuesto por una Compañía de Seguros y un asegurado, el Supremo sienta la siguiente doctrina:

Considerando que el tema fundamental del recurso interpuesto a nombre de la Compañía de Seguros La E. no es otro que el relativo a si, establecido en una de las condiciones generales de la póliza de seguro de incendios que los daños se evaluarían por dos peritos elegidos uno por la Compañía y otro por el asegurado, los cuales peritos nombrarían un tercero «para el caso en que surgiera desavenencia entre los mismos», recalándose que, llegado ese caso de desavenencia, dichos peritos nombrados por las partes llamarían «al tercero nombrado anteriormente», ha de conceptuarse que la circunstancia de que el perito tercero sea nombrado cuando surja la desavenencia y no antes, es puramente accidental y no afecta a la obligatoriedad del juicio pericial convenido, máxime cuando las partes mismas se han conformado con el nombramiento *a posteriori* del perito tercero, de tal suerte que, estando sometidas las partes al procedimiento especial establecido por la póliza, es incompetente la jurisdicción ordinaria para entender en la liquidación de los daños (tesis de la Sociedad recurrente), o, por el contrario, debe entenderse que por no haber sido hecha la designación del perito tercero por los nombrados por asegurador y asegurado antes de que surgiere entre ellos la desavenencia, existe una infracción de la póliza y no se dan términos hábiles para estimar pendiente entre las partes ningún juicio pericial cuyas decisiones vengan obligadas a acatar ejecutivamente (tesis del fallo recurrido).

Considerando que aunque el recurso conste de un solo motivo en realidad agrupa tres órdenes distintos de alegaciones, que exigen atención separada, pues unas, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, giran en torno a la interpretación y aplicación del artículo 18 de la póliza; otras, a la sombra del número 6.º de dicho artículo, hacen referencia a una supuesta incompetencia de jurisdicción, y otras, finalmente, escudadas en el número 7.º, pretenden poner de relieve el error de hecho y de derecho cometido por la Sala sentenciadora al no haber tenido en cuenta determinadas cartas, acreditativas, a juicio del recurrente, de la conformidad de ambas partes en que el perito tercero fuera nombrado con posterioridad a la divergencia surgida entre los de cada una de ellas.

Considerando que, en orden a la interpretación de la cláusula aludida, no cabe aceptar la proposición del recurrente, afirmativa

de que el texto literal de la cláusula no es lo bastante claro para deducir que imponga el nombramiento del tercer perito antes de que surja la desavenencia, ni sería lógico preparar el remedio antes de existir la enfermedad, pues, muy lejos de ello, resulta indudable: Primero. Que si a la interpretación *literal* acudimos, el sentido y alcance de la cláusula debatida, tal como lo ha captado y declarado la Sala sentenciadora, es perfectamente claro, ya que las expresiones contenidas en el contrato (según las cuales la elección del tercer perito se hará *para el caso* de que surja desavenencia, ocurrido el cual se llamará *al tercero nombrado anteriormente*) son lo suficientemente explícitas e inequívocas para revelar la intención de los contratantes y hacer ociosa, de acuerdo con los imperativos del artículo 1.281 del Código civil, toda otra indagación. Segundo. Que si, de conformidad con lo que el recurrente propugna, nos situamos en el plano de una interpretación *lógica*, o, más propiamente, *realista*, llegaremos a igual conclusión, pues la exigencia de que el nombramiento del árbitro sea anterior a la actuación de los peritos de las partes para la fijación del daño, sobre ser usual y corriente en la técnica mundial de los seguros, responde a una finalidad práctica tan respetable como la de garantizar una elección de perito tercero más desapasionada e imparcial que la que podría hacerse después de surgida y concretada la divergencia de criterios. Tercero. Que, en último término, si pudiera estimarse que la condición 18 de la póliza de autos envolvía alguna obscuridad habría de tenerse en cuenta que el seguro es, prácticamente, un contrato de los llamados de *adhesión*, y, por consiguiente, en caso de duda sobre la significación de las cláusulas generales de una póliza (redactadas por las Compañías, sin intervención alguna de sus clientes) se ha de adoptar, de acuerdo con la regla del artículo 1.288 de nuestro Código civil, la interpretación más favorable al asegurado, ya que la oscuridad es imputable a la empresa aseguradora, que debía haberse expresado más claramente.

Considerando que la invocación, más o menos precisa, que el recurrente hace de la incompetencia de jurisdicción no puede tener beligerancia alguna, en primer lugar, porque no tiene reflejo en el suplico de su escrito; además, porque el hecho mismo de que la Compañía de Seguros, al contestar la demanda, formulase reconvencción encaminada a que el Tribunal hiciera determinadas

declaraciones, es bien significativo y expresivo de que aceptaba su competencia para entender de la materia a que el pleito se refería, y en último término, porque, incumplida, a virtud de lo ya expuesto, la cláusula 18 de la póliza, no hay pendiente ningún juicio pericial que pueda desplazar, ni siquiera en el punto concreto de la liquidación del daño, la jurisdicción de los Tribunales ordinarios.

Considerando que la supuesta conformidad de las partes con el nombramiento del perito tercero después de surgida la desavenencia, y, consiguientemente, la contradicción de actos propios que al demandante se atribuye, fúndala la entidad demandada y hoy recurrente en ciertas cartas suscritas por el Letrado del asegurado, que aluden a un posible nombramiento de ese tercer perito, y que se traen a este trámite de casación como demostrativas del error de hecho y de derecho en que ha incurrido el Tribunal *a quo*; mas la sinrazón del recurso resulta manifiesta, si se tiene en cuenta: Primero. Que unos documentos relativos a meras gestiones de arreglo y suscrito, no por las partes, sino por sus Letrados, no pueden servir, en modo alguno, de base y apoyo para esgrimir el conocido principio de que nadie puede ir contra sus propios actos ni para demostrar la equivocación evidente padecida por el Juzgador al fijar el alcance y efectos de una relación contractual; y Segundo. Que en dichas cartas no hay, por lo demás, resquicio alguno de que se obligase formalmente el asegurado, señor F., a aceptar, en cualquier forma y momento, el procedimiento pericial, renunciando a su derecho de acudir a la vía judicial, pues, lejos de ello, en la de 11 de Diciembre de 1930 el Letrado del actor, al requerir al de la Compañía para que se procediera a levantar el acta de desavenencia y nombramiento de perito tercero, hacía la salvedad y la conminación de que, si no se recibía aquélla dentro de un término de ocho días, se entendería que se había optado porque los Tribunales resolvieran el caso, y en la de 21 de Febrero de 1931, el mismo Abogado anunciaba que su parte daba por terminadas toda gestión amistosa, remitiendo a los Tribunales la resolución del asunto.

Entre otros extremos menos interesantes de la sentencia anterior, pueden ser objeto de especial atención el relativo a la interpretación de la cláusula de la póliza determinante de la necesidad

de nombrar un tercer perito antes de empezar a actuar los designados por las partes, que el Tribunal resuelve con arreglo a los principios clásicos en materia de interpretación; la declaración explícita de que el seguro es prácticamente un contrato de los llamados de adhesión y la expresión terminante de que las cartas del Letrado de una de las partes no pueden servir, en modo alguno, para invocar el principio de que «nadie puede ir contra sus propios actos».

Sobre interpretación, nos remitimos una vez más a la obra de Danz y al trabajo de Traviesas «Los negocios jurídicos y su interpretación» (Revista de Derecho Privado, XII 33). Véase Sacchi, artículo «Contratto» (Interpretatione) en «Il Digesto Italiano», tomo VIII, parte tercera, pág. 393. Sobre interpretación de los contratos de adhesión, véase Demogue, en «Revue Trimestrielle de Droit Civil», tomo X, pág. 447 (sección de jurisprudencia civil).

Para el estudio de los contratos de adhesión, véase al mismo Demogue, «Traité des obligations», pág. 307, con una interesante nota bibliográfica en la página siguiente. Carbone, «Contratos de adhesión», Buenos Aires, 1922. Cunha, «Tratado de Direito Civil» (Coimbra, 1932), tomo IV, pág. 276 (1).

(1) Para este autor, los contratos de *adesao* son, en realidad, imposiciones, y por eso, como el público ha de aceptar o desistir, Saleilles ha designado estos casos con la feliz expresión de contratos de adhesión; obedecen a la imposibilidad de discutir con cada contratante—por la gran afluencia de éstos—los términos del contrato, y de ahí resulta que los contratos de adhesión tienen como características la existencia de un contrato tipo o de indefinida duración (a veces aprobado por la autoridad), ser susceptibles de pequeñas modificaciones, la necesaria existencia de una administración ejerciendo un cierto autoritarismo para con el público, un tiempo mínimo de duración, precios fijos para todos, reserva para contratar con determinadas personas, límite y prorrateo en caso de suscripciones o gran afluencia de pedidos. Concluye el autor citado que la adhesión puede ser dada tácitamente (transporte de viajeros) y el contrato puede incluso ser gratuito (billetes de favor de un espectáculo público).

DIVORCIO Y SEPARACIÓN

16. *Ejecución de sentencia dictada por los Tribunales franceses.*
(Sentencia de 29 de Enero de 1935.)

Pedida la ejecución en España de una sentencia del Tribunal civil del Sena, de París, por la que se decretó la separación de un matrimonio y la asignación de una pensión a la mujer, el Supremo declara que la sentencia tiene fuerza ejecutoria en España, en mérito de la siguiente doctrina:

Considerando que, aunque como tiene declarado esta Sala, en autos de 28 de Mayo de 1932 y 5 de Junio de 1934, no existe tratado alguno, ni principio de reciprocidad respecto a la fuerza y eficacia que han de tener en España las sentencias firmes pronunciadas en Francia, y a pesar de que la jurisprudencia francesa no reconoce a las sentencias extranjeras autoridad de cosa juzgada ni fuerza obligatoria en aquel territorio, hasta que son declaradas ejecutorias por un Tribunal francés a petición de la parte interesada, con citación y audiencia de la contraria, sin embargo, el espíritu de justicia y equidad que informa e inspira a la República española, en materia de divorcio, aconseja y permite a esta Sala facilitar el cumplimiento de las sentencias pronunciadas por los Tribunales franceses en la indicada materia, siempre que reúnan los requisitos que señala el artículo 954 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Considerando que es indudable que la ejecutoria en cuestión reúne los requisitos que el mencionado artículo determina en sus números 1.º, 2.º y 4.º, ya que fué dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal, sin rebeldía de los interesados, y contiene, en su forma, las solemnidades exigidas en Francia para ser auténticas y en España para hacer fe, y en cuanto al requisito 3.º del mismo artículo y negado por el Fiscal en su dictamen, procede también admitir su existencia, ya que si bien en la fecha en que la sentencia se dictó y fué firme no estaba implantado el divorcio en España y era ilícito su planteamiento y discusión ante los Tribunales españoles, en la actualidad, al solicitarse en España la ejecución del repetido fallo, se hallaba incorporado al derecho español el divorcio vincular, y, por tanto, con tal ejecución, no se contrarían

las leyes vigentes relativas a los derechos y deberes de familia, ni las prohibitivas concernientes a la persona o sus actos, ni las que tienen por objeto el orden público y buenas costumbres a que se refieren los artículos 9.º y 11 del Código civil.

Véase la sentencia de 5 de Junio de 1934, inserta en el número de Octubre de REVISTA CRÍTICA (tomo X, pág. 785) sobre ejecución en España de sentencia de divorcio dictada en Francia antes de la nueva legislación española, en la que al final damos una breve nota bibliográfica.

ENRIQUE TAULET,

Notario de Valencia.

Jurisprudencia administrativa del impuesto de derechos reales

XXIII

Procedimiento. Los acuerdos de los Tribunales Provinciales no son apelables si la cuantía litigiosa no excede de 5.000 pesetas, según el artículo 86 del Reglamento de 29 de Julio de 1924.

(Acuerdo del Tribunal Central de 17 de Abril de 1934.) 61 de 1934.

XXIV

Procedimiento. Pasados quince días desde el pago, día en que necesariamente se muestra conocedor el interesado de la liquidación, sin impugnarla ni apelarla, es firme ésta y no cabe recurso alguno.

Los artículos 202 y 203 del Reglamento del impuesto disponen que las liquidaciones del mismo constituyen actos administrativos contra los que los interesados pueden entablar reclamaciones económicoadministrativas en plazo improrrogable desde la notificación o desde el ingreso en que el interesado se muestra conocedor de ella, y equivale a la misma según acuerdos del Central de 13 de Septiembre de 1927, 28 de Mayo de 1929 y 15 de Diciembre de 1931, y admitida como inconcusa por el Tribunal Supremo en sentencia de 4 de Julio de 1923; y pasados quince días desde el ingreso hasta que se formula la reclamación, la liquidación es firme y es improce-

dente entrar a examinar su fondo. (Acuerdo del Central de 10 de Abril de 1934.) 67 de 1934. Otro igual. (Acuerdo 10 de Abril de 1934.) 70 de 1934.

XXV

Personas jurídicas. Dictado fallo por el Tribunal Provincial en asunto cuya cuantía no exceda de 5.000 pesetas, no tiene competencia el Central para intervenir, según el artículo 86 del Reglamento de Procedimiento de 29 de Julio de 1924.

XXVI

Personas jurídicas. Reclamación contra la liquidación.

No apareciendo que el acuerdo recurrido esté dictado por la Administración central y deduciéndose del contexto del escrito, aunque no sea de la súplica, que lo que se quiere es reclamar contra una liquidación del impuesto de personas jurídicas hecha por el Liquidador, debe declararse incompetente el Central y remitirse al Provincial, que puede ser competente conforme al artículo 40 del Reglamento de 24 de Julio de 1924, para conocer en única o primera instancia, de la reclamación contra los actos de la Administración Provincial. (Acuerdo de 24 de Abril de 1934.) 78 de 1934.

XXVII

Compraventa. Celebrado un contrato privado por el que una persona vende a otra dos parcelas de terreno con las condiciones de que entre ambas se ha convenido la venta de esas parcelas por el precio que se fija, parte del cual se entrega, así como las parcelas, para que se edifique en ellas, agregándose que el vendedor se obliga a tener aquéllas libres de precaristas y arrendatarios, y si no lo hacen para determinada fecha (en la cual se había de otorgar la escritura pública) se rescindiría la venta, ésta es pura y simple y debe liquidarse el impuesto sin condición alguna.

Según los artículos 103, 104 y 107 del Reglamento del impuesto de derechos reales el documento privado debe ser presentado en la oficina liquidadora de Madrid dentro de los treinta días hábiles siguientes al de su otorgamiento, y con relación a esa fecha desde la cual era exigible el impuesto, ha de examinarse y calificarse el contrato a los efectos del impuesto de derechos reales.

La cuestión planteada consiste en determinar si el contrato es de compraventa pura y simple o media alguna condición de cuyo cumplimiento penda el nacimiento del mismo: la interpretación literal demuestra que las partes celebraron un contrato de compraventa válido, puesto que en él concurren los requisitos de los artículos 1.261 y 1.445 del Código civil; y este contrato queda perfeccionado y fué obligatorio para ambas partes desde su celebración, toda vez que los contratantes convinieron en las cosas vendidas (que fueron las parcelas de terreno perfectamente determinadas en el documento) y en el precio, cumpliéndose así los requisitos del artículo 1.450 del Código, el cual establece que la venta se perfeccionará entre comprador y vendedor y será obligatoria para ambas partes si se hubiere convenido en la cosa y precio, aunque ni una ni otra hubiesen sido entregados; en ese contrato las partes efectuaron actos que afectaban a la consumación del contrato, como son la entrega de parte del precio estipulado, el pacto de pagar intereses por el precio recibido hasta que se firmase la escritura pública de venta, el poner los vendedores a disposición del comprador las parcelas vendidas, ya que a éste se le autorizó para realizar los trabajos necesarios para la edificación y se estipuló para el caso de rescisión que no se exigiría indemnización de daños incluso por las obras realizadas por el comprador en las parcelas, lo cual implica la entrega de éstas. No existe cláusula que tenga condición suspensiva alguna de la cual dependa la existencia del contrato, toda vez que las estipulaciones referentes a la obligación de liberar la finca de precaristas y arrendatarios y de otorgar escritura pública de venta sólo afectaban a la ejecución o cumplimiento del contrato, pero no su nacimiento, ni las partes lo convinieron así, ya que la obligación contractual quedó perfeccionada como queda expuesto al convenir la cosa y precio, y no podían inmediatamente privar al contrato de eficacia jurídica; y en cuanto a la rescisión (suponiendo empleada esta palabra en vez de resolución), aunque se hubiere pactado, podía utilizarla cualquiera de las partes

conforme al artículo 1.124 del Código civil, que autoriza que por el incumplimiento de una parte pida la otra que se resuelva la obligación, y tal pacto es una prueba más de la existencia del contrato desde la fecha de su celebración. Y por todo ello es procedente exigir el pago del impuesto desde la celebración, pues se trata de un contrato puro y simple, doctrina acorde con sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Diciembre de 1933.

La enajenación posterior de parte de las parcelas o el ejercicio de acciones por incumplimiento de estipulaciones puede dar motivo al de acciones de otro orden e incluso dar lugar a la declaración judicial de resolución (artículo 58 del Reglamento); pero esa posibilidad no puede afectar a la liquidación hecha reglamentariamente. (Acuerdo del Tribunal Central de 10 de Diciembre de 1934.) 121 de 1934.

XXVIII

Comprobación. 1.º El Liquidador puede emplear la tasación pericial para hallar el verdadero valor de los bienes si los medios ordinarios no cree dan el resultado adecuado. 2.º Las tasaciones de los peritos deben apreciarse globalmente y no se puede separar elementos parciales de ellas. 3.º De la tasación de montes de propios debe deducirse el 20 por 100 y el 10 por 100 de su valor.

El derecho reconocido a la Administración por el artículo 80 del Reglamento del impuesto para comprobar el valor de los bienes, puede ejercitarse utilizando bien los medios ordinarios que el mismo enumera, bien el extraordinario de tasación pericial, debiendo acudirse en primer término a los datos del amillaramiento y Registro fiscal, y después, indistintamente, a los demás, sin que sea preciso valerse de todos cuando el resultado obtenido por el de uno se considere justificativo del verdadero valor, ni el haber utilizado uno excluya el empleo de los demás si se estima que el resultado obtenido por aquél no revela el verdadero valor de los bienes. De ese artículo mencionado, según el que deberá acudirse a la tasación pericial cuando los medios ordinarios no den el verdadero valor, a juicio de la Administración, se deduce la amplitud con que ésta puede desenvolverse en la comprobación de los bienes transmitidos; y la

indicación de que el empleo de un medio no excluye los demás, demuestra la libre facultad de aquélla para desechar los que por cualquier causa estime deficientes o inadecuados; y por ello es preciso reconocer que el Liquidador, al declarar que los medios ordinarios enumerados en el artículo 80 eran impropios para hallar el verdadero valor de los montes sobre el que había de girar la liquidación del impuesto de personas jurídicas, pudo acordar la tasación pericial para fijar el valor en los años 1916 a 1929; no habiéndose designado por el Ayuntamiento perito para tasar con el de la Administración, ha de entenderse conforme aquél con este perito, según el artículo 92 del Reglamento del impuesto. A la Administración no le compete examinar y analizar los métodos seguidos por los peritos y los cálculos realizados por los mismos dentro de sus atribuciones para la tasación de las fincas, sin que, por consiguiente, pueda modificarlas aceptando unos datos y rechazando otros, sino que deberá estarse al resultado de la misma como un todo orgánico; conforme a los artículos 9 y 10 de la Ley de 11 de Julio de 1856 pertenece al Estado el 20 por 100 de la venta de los bienes de propios y el 80 por 100 a las Corporaciones civiles, percibiendo en igual proporción de las rentas que se obtengan de dichos bienes; y también percibe el Estado el 10 por 100 de aprovechamientos forestales, por lo que es procedente deducir del valor de los montes el 20 y el 10 por 100, ya que se trata de gastos o prestaciones a que está obligado el Ayuntamiento (este criterio ha prevalecido en el acuerdo del Tribunal Central de 10 de Julio de 1934, 16 de 1934). (Acuerdo del Tribunal Central de 22 de Noviembre de 1934.) 117 de 1934.

XXIX

Denunciantes. Hipoteca. Venta. 1.º La venta de una finca gravada con hipoteca ha de liquidarse por el precio aumentado con las hipotecas y no con el de las anotaciones preventivas de embargo. 2.º La acción para fijar esa base no es una acción de comprobación de valores, sino inherente de la liquidación, y no prescribe a los dos años. 3.º No son deducibles del precio ni los daños de las fincas ni una servidumbre que pueda gravar el predio. 4.º No

tiene personalidad el denunciante para recurrir, salvo si recurre contra la participación que se le reconoce en las multas. 5.º Existiendo otra escritura anterior no denunciada debe remitirse a la Dirección de lo Contencioso para su revisión.

No tiene personalidad el denunciante, pues no recurre contra una participación mayor o menor de las multas que se imponen al denunciado, sino que reclama contra los acuerdos del Liquidador y del Tribunal Provincial en el extremo de la cuantía de la multa que éstos creyeron debida, y por ello no se le ha lesionado derecho alguno que le estuviera reconocido de un modo particular; y además no entabló reclamación económicoadministrativa contra el fallo de la Abogacía, que en parte le fué contraria, sino que formuló escrito de alegaciones en el expediente por habérsele dado de vista del mismo, entablado después apelación fuera de plazo contra el fallo de primera instancia.

En cuanto a la prescripción de la acción comprobadora por el transcurso de dos años, si bien al caso era aplicable el Reglamento de 1927, que en su art. 82 no contiene el precepto del actual, según el que tal plazo no impide practicar la comprobación en los casos de denuncia mientras no prescriba la acción para exigir el impuesto, es lo cierto que la cuestión en este caso no versa sobre la comprobación de valores declarados por el contribuyente, sino acerca de la determinación de la base liquidable por la adición al precio estipulado para venta de una finca en la escritura de las cargas que pesaban sobre aquélla, lo cual constituye un acto de liquidación y no de comprobación, al que sólo alcanza la prescripción de quince años establecida en el artículo 142 del Reglamento, y no el de dos años de la acción comprobadora.

Según el Reglamento del impuesto, se entiende por carga, para éste, los censos, pensiones u otros gravámenes de naturaleza perpetua, temporal o redimible, que afecten a los bienes, disminuyan realmente el capital o valor de los bienes transmitidos y aparezcan directamente impuestos sobre los mismos; no se considerarán las hipotecas como cargas a esos efectos; y en las transmisiones a título oneroso todas las cargas que afecten a los bienes, merezcan o no el concepto de deducibles para el impuesto, se entenderá que han sido deducidas por los interesados al fijar el precio, y por ello se aumentará a este el importe de las cargas que no tengan el

carácter de deducibles, según el concepto antes expuesto para determinar la base liquidable.

Por lo tanto, vendida una finca por precio fijado en 100.000 pesetas y apareciendo que tenía como hipotecas 395.000 pesetas (que no se declaró en la venta y que es el objeto de la denuncia) debe adicionarse esta cifra al precio para fijar la base liquidable; y no deben adicionarse las anotaciones de embargo subsistentes por reunir el concepto de las cargas deducibles, al tenor de los preceptos referidos, y no ser procedente conforme a ellos aumentarlas al precio para hallar la base liquidable, sino presumir que han sido rebajadas por los interesados al fijar el precio.

Tanto la servidumbre de riego sobre la finca vendida como la cantidad de 70.000 en que se fija el demérito de la finca por su mal estado de conservación en el momento de la transmisión, no pueden ser descontadas de la base, toda vez que no pueden producir el efecto de aminorar el precio líquido de 100.000 pesetas que responde a una cantidad real y efectiva entregada por el comprador al vendedor ni disminuir el importe de una hipoteca, que es exigible por el acreedor sobre la finca gravada, sin atender a tales circunstancias.

No es admisible, para fijar la base liquidable, el valor señalado a la finca para la subasta, conforme al artículo 130 de la ley Hipotecaria, en documentos anteriores a la escritura de venta de que se trata, por ser preciso que dicho valor se hubiera fijado por los mismos interesados en dicha escritura, a tenor de lo preceptuado en el artículo 80, párrafo 3.º, del Reglamento del impuesto; y tampoco deben tenerse en cuenta, para la base, las mejoras que se realicen ni el precio que se fijó con posterioridad al otorgamiento de la escritura en cuestión, porque el valor es el del día en que se celebró el contrato, según el artículo 60 del Reglamento del impuesto; y por todo ello la base es el precio fijado (100.000 pesetas), más las hipotecas (395.000).

En cuanto a la multa, por no tratarse de un acto de comprobación, sino de fijación de base liquidable, no es aplicable el párrafo último del artículo 216 del Reglamento, según el que no es ocultación punible si el interesado facilita uno de los datos para comprobar, sino que lo procedente es aplicar el párrafo 2.º del artículo 216 imponiendo el 100 por 100 por disminución de valores en los bienes declarados cuando excede del 10 por 100 y se descubre después

de liquidar, sin que quepa rebajarla discrecionalmente al 50 por 100, como hizo el Abogado del Estado y el Tribunal Provincial, por no haber precepto que autorice tal rebaja.

Existiendo otra escritura anterior en que se cometió igual oculación, y tratándose de un documento ya calificado por la Oficina liquidadora competente, debe remitirse a la Dirección de lo Contencioso copia de este acuerdo, por si, en virtud de sus facultades privativas, estima debe acordar la revisión de la otra escritura anterior a la de que aquí se trata, conforme al artículo 140 del Reglamento del impuesto. (Acuerdo del Central de 16 de Octubre de 1934.) 130 de 1934.

XXX

Ni la tasación en un expediente de pobreza, ni la providencia del Juez emplazando a las partes para comparecer ante la Audiencia, pueden estimarse como actuaciones suficientes para interrumpir la acción investigadora de la Administración y suponer continuado o interrumpido el plazo para liquidar: si no se ha notificado la aprobación de la comprobación, debe hacerse tal notificación, siendo nulo lo anterior.

Según el artículo 113 del Reglamento del impuesto, cuando acerca de la transmisión de bienes se promueva litigio, se suspenderán los plazos del Reglamento para la presentación de documentos y empezarán a contarse desde el día siguiente al que sea firme la sentencia resolutoria, y si las partes dejaren de instar la continuación del pleito durante seis meses, la Administración podrá exigir la presentación del documento y practicar la liquidación oportuna respecto al acto o contrato litigioso, a reserva de la devolución que proceda si al término del pleito se declarase que no surtió efecto.

Consta que las partes promovieron juicio de testamentaria y dejaron transcurrir más de seis meses desde que recajó la última providencia en él hasta que el Liquidador abrió el expediente de investigación. Por lo tanto, había cesado el plazo de interrupción para liquidar y el Liquidador cumplió con su deber al iniciar la investigación y requerir a los interesados para que presentasen los documentos a liquidar. Ni la providencia emplazando a las partes

para que comparezcan en apelación interpuesta, ni la tasación de costas en un incidente de pobreza, pueden estimarse como prueba de que instaron la continuación del pleito, pues aquél no es iniciativa de las partes, y no consta si efectivamente comparecieron, y ésta es un incidente de tasación que nada tiene que ver con la continuación del litigio. No notificado a las partes el expediente de comprobación, no debe continuar sin hacerse tal notificación, anulándose todo lo tramitado desde que debió hacerse y no se efectuó, según el artículo 85, número 6 del Reglamento. (Acuerdo del Central de 14 de Julio de 1934.) 100 de 1934.

XXXI

Fraccionamiento de pago.

Concedido un fraccionamiento de pago por la Abogacía del Estado, no cabe que el interesado pida otro diferente alegando que el concedido era inútil por su falta de proporcionalidad.

La razón es que, notificado en forma, no se demuestra ni equivocación de fecha, ni que se entablase recurso alguno, y el nuevo escrito, ni por su forma ni por su intención, puede estimarse más que como una nueva solicitud de fraccionamiento, la cual, por referirse a un asunto que había sido objeto ya de acuerdo firme, no se podrá otorgar. (Acuerdo de 30 de Enero de 1934.) 153 de 1933.

XXXII

Contra la comprobación de valores basada en el liquido imponible, no cabe impugnación, a menos de probarse que se tiene presentada la reclamación contra ese liquido imponible o contra los amillaramientos o Registro fiscal, en sus casos.

Así lo declara el Tribunal Central, fundado en el artículo 85 del Reglamento, párrafo 7.º, que así lo dispone, no pudiendo, por ello, pedirse la aplicación de otros medios de comprobación. (Acuerdo del Tribunal Central de 27 de Enero de 1933.) 62 de 1933.

XXXIII

El Patronato Nacional de Ciegos es un organismo oficial y no procede liquidar impuesto de Derechos a su nombre, ni por sus subvenciones, estando exento totalmente.

Liquidada una subvención del Patronato de Ciegos, consignada en los Presupuestos del Estado al tipo de 2,50 por 100, se produjo una reclamación por el Presidente del Patronato.

Se revoca la liquidación y se declara exento.

Se creó el Patronato de 20 de Enero de 1931 como institución de carácter general e interés público, regido por un organismo nombrado por el Ministro de la Gobernación y presidido por éste, y para sus fines se consigna en los Presupuestos del Estado una cantidad que se paga trimestralmente; está clasificado, a los efectos de personas jurídicas, por la Dirección de lo Contencioso, en 9 de Septiembre de 1932, como institución de carácter público dependiente inmediatamente del Ministro de la Gobernación; creó las Residencias de Ciegos el Real decreto de 13 de Marzo de 1928, el cual fué derogado por el mencionado de 20 de Enero de 1931, y, por lo tanto, no puede menos de considerarse el Patronato de Ciegos como un organismo de carácter oficial dependiente del Ministerio de la Gobernación, que tiene por objeto cumplir un fin benéfico de carácter público, creado por disposición ministerial y presidido por el Ministro de la Gobernación, al que incumbe nombrar Vocales y atender a los fines de aquél; y, por lo tanto, al cobrar ese Patronato la cantidad consignada en los Presupuestos del Estado, es indudable que el acto está exento, pues la obligación de pagar recae en éste y es aplicable la exención del número 2 del artículo 3.º del Reglamento del impuesto de 1932, referente a la exención de aquéllos, en que la obligación de pagar recae en el Estado. (Acuerdo del Central de 14 de Junio de 1934.) 9 de 1934.

GABRIEL MAÑUECO,

Abogado del Estado.

FE DE ERRATAS.—En el número 124 de esta REVISTA, en esta misma Sección: Al final del núm. XVII hay que añadir: (Acuerdo del Tribunal Central de 10 Abril, 1934.) 51 de 1934.