

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XI

Marzo de 1935

Núm. 123

Justa causa traditionis

LA TRANSMISION DE LA PROPIEDAD Y EL PAGO DEL
PRECIO EN LA COMPRAVENTA

CONSIDERACIÓN DEL § 41, «INST.», «DE RERUM DIVISIONE», II, 1.

Dice así ese texto :

«Sed si quidem ex causa donationis aut dotis, aut qualibet alia ex causa tradatur, sine dubio transferuntur; venditae vero res et traditae non aliter emtori acquiruntur, quam si ist venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit veluti ex promissore aut pignore dato. Quod cavetur quidem lege duodecim tabularum, tamen recte dicitur et jure gentium, id est jure naturali id effici. Sed si is, qui vendidit fidem emtoris secutus fuerit, dicendum est statim rem emtoris fieri» (1).

Como se ve tiene íntima conexión con el problema que estudiamos; es decir, que si se tiene por causa de la compra el pago del

(1) 41, *Inst., De rerum divisione*, II, 1: «La tradición que se hace por donación, dote o por cualquier otra causa justa transfiere indudablemente la propiedad; pero las cosas vendidas y entregadas no son adquiridas por el comprador sino cuando haya pagado el precio al vendedor, o de otro modo le haya satisfecho, como si le da un expromisor o una prenda. Esto se ha establecido por la ley de las XII tablas. Sin embargo, con razón se dice que también dimana del derecho de gentes; esto es, del derecho natural. Mas si el vendedor confió en la buena fe del comprador, decidimos que éste adquiera inmediatamente la cosa.»

precio, al decir que si éste no se presta la propiedad no se transfiere, se ataca en sus principios toda la teoría expuesta de justa causa.

Pero este principio anómalo que injerta en el concepto de tradición un principio del derecho de obligaciones, cuando deben mantenerse separados, tiene su explicación en la evolución histórica de los modos de transferir la propiedad.

Vamos a exponer las teorías originales de Albertario y Pringsheim, que rechazaremos, y después expondremos la adoptada por nosotros procedente de Exner, y calificaremos jurídicamente lo que sea un negocio jurídico en quien concurren estas circunstancias.

Albertario (*Rivista del diritto commerciale e del diritto generale della obbligazioni*, XXVII, 1929, bajo el título: *Il momento del trasferimento della proprietà nella compravendita romana*) sostiene que en la época clásica había que aplicar reglas diversas según la naturaleza de las cosas vendidas. Las *res Mancipi* no llegarían a ser propiedad del adquirente sino después del pago del precio o constitución de una garantía seria de lo último (*expromissio* o *pignus*). El comprador de cosas *nec Mancipi*, por el contrario, se haría propietario desde la tradición aun sin haber pagado el precio, si el vendedor ha tenido confianza en su honradez.

El célebre pasaje de Gayo, II, 18, que marca la oposición entre *res Mancipi* y *nec Mancipi* y que expresa que el adquirente de una *res nec Mancipi* es propietario de ella en seguida (*statim*) de la tradición, no puede, según Albertario, significar otra cosa. Igualmente para él los textos que subordinan la transmisión de propiedad al pago del precio o a una garantía se refieren a ventas de cosas *Mancipi*. Cita textos en que, efectivamente, se trata de cosas *Mancipi*, como son D., 40, 12, 38, 2; D., 7, 1, 25, 1; D., 7, 1, 12, 5; D., 41, 1, 43, 2; D., 44, 4, 4, 32; D., 6, 1, 72; D., 21, 3, 2; Trópicos de Transilvania, Textes Girard, páginas 849, 50, a los que hay que añadir D., 18, 3, 8, y C., 4, 54, 1, que dan al vendedor la reivindicación cuando el comprador no paga el precio en el plazo fijado. Pero al lado de estos textos hay otros también citados por Albertario en apoyo de su tesis, en los que por ninguna parte aparece que se trate exclusivamente de cosas *Mancipi* y en los que, sin embargo, se repite el requisito del pago del precio (Paulo): Sent., 2, 17, 1; D., 18, 1, 53; D., 19, 1, 11, 2; D., 18, 1, 19; D., 14, 4, 5, 18; D., 49, 14, 5, 1; D., 21, 1, 43, 10, y C., 4, 54, 4.

Cuando en el Bajo Imperio, dice Albertario, la tradición se hace el modo general de adquirir, desaparecieron las reglas clásicas concernientes a la mancipación y la transmisión de propiedad de una cosa cualquiera fué en lo sucesivo independiente del pago del precio. La voluntad de los compiladores de poner en claro este nuevo principio aparece en dos textos importantes, uno de Pomponio, D., 18, 1, 19, y otro contenido en las Instituciones de Justiniano, 2, 1, 40, 41 (1). Estos dos pasajes asimilando el pago o la garantía del precio al hecho de que para el vendedor *fidem habere emtori* o *de fidem emtoris sequi*, hacen que la antigua regla, válida en otro tiempo para la mancipación únicamente, se encuentre refundida con la moderna relativa a la tradición y que rige generalmente. El primer fragmento está interpolado en este sentido; el segundo está formado de la yuxtaposición de dos textos, tomados sin duda de Gayo y relativos en realidad a la venta, uno de cosas *mancipi* y el otro de cosas *nec mancipi*.

(1) D., 18, 1, 19 (Pomponio): «Quod vendidi, non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit aut satis eo nomine factum, vel etiam fidem habuerimus emtori sine ulla satisfactione.»

Inst., 2, 1, 40 y 41: «Per traditionem quoque jure naturali res nobis acquiruntur; nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi: et ideo, cujuscumque generis sit corporalis res, tradi potest, at a domino tradita alienatur. Itaque stipendiaria quoque et tributaria praedia eodem modo alienatur: vocantur autem stipendiaria...» (*).

41. «Sed si quidem ex causa donationis aut dotis, aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferuntur: venditae vero res et traditae non aliter emtori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, veluti ex promissore aut pignore dato. Quod cavetur quidem lege duodecim tabularum, tamen recte dicitur, et jure gentium, id est jure naturali, id effici. Sed si is qui vendidit, fidem, emtoris secutus fuerit, dicendum est statim rem emtoris fieri.»

(*) D., 18, 1, 19: «Lo que vendí no se adquiere de otro modo por el que lo recibe, que si me entregase el precio o me diese caución de entregarlo o le vendiese al fiado sin caución alguna.»

Inst., 2, 1, 40: «Según el derecho natural, adquirimos también el dominio de las cosas por medio de la tradición; porque nada es tan conforme a la equidad natural como que sea valedera la voluntad del propietario que quiere transferir a otro una cosa suya. Por esto la cosa corporal, de cualquier género que sea, puede ser entregada, y, hecha la entrega por el dueño, queda enajenada. Así también se enajenan las heredades estipendiarias y tributarias. Llámense estipendiarias...»

No podemos asentir a la interesante tesis de Albertario, porque no nos convencen las razones aducidas y porque alguna de ellas tendría graves consecuencias.

Dice Albertario que el pasaje de Gayo, II, 18 (1) no significa otra cosa que la no aplicación de la regla del pago del precio a las cosas *nec Mancipi*. Si admitiéramos esto resultaría que las cosas *Mancipi*, en tiempo de Gayo podrían ser tradidas y la tradición si se hubiera pagado el precio produciría plenos efectos. Compágnese ahora esto si se puede con Gayo, II, 41.

«Nam si tibi rem Mancipi necque Mancipavero, necque in jure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis et res efficitur ex jure quiritium, vero mea penmanebit, donec tu eam possidendo usucapias» (2).

No creemos que Albertario quiera cargar con la responsabilidad de sostener lo contrario—siquiera parcialmente—del texto citado de Gayo.

Ya indicamos entre los textos citados por Albertario los que haciendo mención de la regla del pago del precio no se refieren a cosas *Mancipi*. Con ello se quiebra también la base de sustentación de la doctrina impugnada.

Por lo que se refiere a los argumentos tomados de supuestas interpolaciones en textos de Pomponio y Justiniano, me remito a lo que diré acerca de la evolución histórica de la norma.

Veamos la doctrina que mantiene Pringsheim (3).

Su tesis es la siguiente: el principio jurídico colocado en *Inst.*, 2, 1, 41 y de allí retrotraído a las XII tablas, en el que la propiedad

(1) «Magna autem differentia est inter Mancipi res et nec Mancipi» (*).

(2) «Pues si no te hubiere Mancipado ni cedido *in jure* una cosa *Mancipi*, sino solamente entregado, se hace tuya aquella cosa *in bonis*; pero por derecho quiritario permanecerá mía hasta que tú, poseyéndola, la adquieras por usucapión.»

(3) *Der Kauf mit fremder Geld*, 1916, recensión de Mitteis en *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, tomo XXXVII, 1916. La referencia a la abundante literatura que esta cuestión ha suscitado, nos llevaría muy lejos. Me limitaré a citar únicamente dos trabajos recientes. Schöubauer: *Zur Frage des Eigentumsüberganges beim Kauf* (*Z. G. St.*, 52, págs. 195 y sigs.), y la réplica de Pringsheim (*Randbemerkungen zu Schönbauer* (*Z. G. St.*, 53, págs. 491 y sigs.).

(*) «Hay una gran diferencia entre las cosas *Mancipi* y las *nec Mancipi*.»

de la cosa vendida permanece en el vendedor hasta el pago del precio o garantía del mismo, no pertenece ni al derecho clásico ni al de las XII tablas, sino que procede de una interpolación bizantina.

Hace una revisión del derecho griego y sostiene que en él la propiedad de la cosa pasa a aquel de quien es el dinero pagado como precio. Griego es el principio *res succedit in locum pretii*, y esta idea, siempre viva en las provincias griegas, lucha contra los jueces romanos hasta en los tiempos bizantinos contra los diferentes empleos de la *revindicatio utilis*.

El autor busca la prueba de lo dicho en los discursos de Demóstenes, en los que se trata de préstamo a la gruesa. Aquí el género comprado por el naviero en el extranjero es para el prestamista con cuyo dinero se compraron.

Añade, en su apoyo, el caso conocido de Theophrasto sobre la compra, así como numerosos papiros, en los que el pago del precio tenía una importancia decisiva en las compras griegas.

Desde el punto de vista negativo, aduce los fragmentos de Gayo, II, 19, 20, en los que no se habla para nada de la necesidad de pago del precio para transmitir la propiedad por tradición, exactamente igual, en caso de compra, que *ex donationis sive quavis alia ex causa*.

Pretende que Justiniano ha dado el primer paso en la introducción de la regla en el pasaje *Inst.*, II, 1, 40-43, ya insertos, demostrándolo una comparación con D., 41, 1, 9, 3 y 4 (1), siquiera

(1) D., 41, 1, 9, § 3: «Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, jure gentium nobis acquiruntur; nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi.»

D., 41, 1, 9, § 4: «Nihil autem interest utrum ipse dominus per se tradat alicui rem, an voluntate ejus aliquis. Qua ratione si cui libera negotiorum administratio habeo, qui peregre proficiscitur, permissa fuerit, et is ex negotiis rem vendiderit et tradiderit, facit eam accipientis» (*).

(*) D., 41, 1, 9, 3: «Las cosas cuyo dominio adquirimos por la entrega se hacen nuestras por derecho de gentes, porque ninguna cosa es tan conforme a la equidad natural como la voluntad del dueño que quiere transferir a otro lo que es suyo.»

D., 41, 1, 9, 4: «No es del caso que la cosa la entregue por sí mismo el señor u otro en su nombre. Por lo cual, si a alguno se permitió la libre admi-

llame la atención que en aquél la regla se retrotraiga a las XII tablas, pero quizá en este Cuerpo legal la norma se referiría sólo a la mancipación.

Sospecha la interpolación de D., 18, 1, 19 y 53.

La exc. *rei venditae et traditae* muestra, con su nombre, que no depende del pago del precio. Lo mismo ocurre con la Publiciana; no ha habido necesidad de introducir ningún cambio en D., 6, 2, 7, 16.

Alude el autor, con acierto, según Mitteis, a que el derecho de retención del vendedor en sus géneros y su comparación con el derecho de prenda (D., 19, 1, 13, 8, y D., 21, 1, 31, 8) (1), así como la *lex commissoria venditionis*, mal se dejarían conciliar con una suspensión legal de la transmisión de propiedad.

Pringsheim cita a Ennecerus diciendo que había probado que la equiparación del *fidem emtoris sequi* al pago del precio, era obra de Justiniano.

El propio Mitteis se manifiesta en favor de la doctrina que critica diciendo que la mancipación posterior a las XII tablas, al emplear la frase *eaque mihi emta, esto hoc aere aeneaque libra*, trajo consigo el pago, siempre ficticio, del precio, y, por tanto, al menos

(1) D., 19, 1, 13, 8 (Ulpiano): «Offerri pretium ab emtore debet, quum ex emto agitur, et ideo et si pretii partem offerat, nondum est ex emto actio: venditor enim quasi pignus, retinere potest eam rem, quam vendidit» (*).

D., 21, 1, 31, 8 (Ulpiano): «Idem Marcellus ait, non posse alterum ex dominis consequi actione ex emto, ut sibi pro parte venditor tradat, si proportionem pretium dabit; et hoc in emtoribus servari oportere ait, nam venditor pignoris loco, quod vendidit, retinet, quoad emtor satisfaciatur» (**).

nistración de sus negocios por el que se había de ausentar muy lejos y éste vendiese y entregase la cosa perteneciente a la administración de sus negocios, la hace del que la recibe.»

(*) D., 19, 1, 13, 8: «El comprador debe ofrecer el precio al vendedor cuando se pide por la acción de compra; y por esto, aunque ofrezca parte del precio, aún permanece esta acción y el vendedor puede retener como en prenda lo que vendió.»

(**) D., 21, 1, 13, 8 (Ulpiano): «El mismo Marcelo dice que uno de los condóminos no puede conseguir por la acción de compra que el vendedor le entregue su parte de propiedad, dando la parte de precio que le corresponde, y dice que esto se debe observar en los compradores, porque el vendedor retiene lo que vendió, a título de prenda, hasta que el vendedor le satisfaga.»

para su campo, excluyó la aplicación del principio de *Inst.*, II, 1, 41.

Aunque para nuestra tesis sería cómodo adoptar la postura de Pringsheim, sin embargo no nos han convencido sus razones.

Nada tenemos que decir contra la primera fase de su argumentación, que él llama positiva, de que el principio *res succedit in locum pretii* sea un principio genuinamente griego; tampoco nos pronunciamos acerca de la cuestión de si es o no bizantino el principio de que la cosa se hace de aquel cuyo es el dinero pagado. Pero la parte de argumentación positiva tenemos que refutarla.

Efectivamente, Gayo, II, 19-20, no habla para nada del requisito del pago del precio, pero no hay que olvidar que habla en ese sitio de la teoría general de la tradición, y que lo mismo que se pone de relieve esa ausencia de referencia a la regla transmitida por la *Instituta* de Justiniano, se podría uno referir a la falta de consideración de las llamadas *injustae causae*.

Pero, además, prueba lo contrario un fragmento de Gayo transmitido a nosotros por el Digesto, L. 53, *De contr. emt.*, 18, 1, donde encontramos esta frase: *Ut res emtoris fiat, nihil interest, utrum solutum sit pretium, an eo nomine fideiussor datus sit*. Por eso sostendrá Pringsheim que el párrafo está interpolado.

Pero se debe observar que, si bien en L. 53, D., 18, 1, hay en ella incorrecciones, éstas no prueban lo que quiere Pringsheim. En primer término, el vocablo *expromissor* ya habla en favor de la antigüedad del texto, y, además, la interpolación del giro *satisfacere de aliqua re*, no está probada, y más bien puede adoptarse la opinión contraria pensando que se usa de ese giro en la *Lex Rubria*, tab. II, cap. 22, líneas 38 y 39, y en la *Lex Acilia repetundarum*, línea 75 (82).

Aparte de que no vemos por qué ese párrafo pueda estar interpolado, resulta que habría que considerar la obra reformadora de los compiladores por medio de interpolaciones como perfecta, es decir, que no se les escapó ningún texto referente a la cuestión sin retocar, lo cual, dado el número de los que a esta cuestión se refieren, hace que sea imposible. Todos los cambios introducidos a sabiendas y de manera sistemática han dejado suelto algún cabo por el cual se ha venido a descubrir toda la maniobra.

Estos cabos sueltos son, para Pringsheim, los párrafos 3 y 4 de la L. 9, D., *De acq. rer. dom.*, 41, 1, ya insertos. El párrafo 3 es

el famoso texto de Gayo, que por cierto ha pasado a las compilaciones de Justiniano, y, por tanto, no puede oponérsele a éste como criterio para descubrir interpolaciones. El párrafo 4 se refiere a la tradición por tercera persona, y una lectura del mismo prueba que no puede dársele el alcance que se pretende.

«Nihil autem interest, utrum ipse dominus per se tradat alicui rem, an voluntate ejus aliquis. Qua ratione si cui libera negotiorum administratio ab eo qui peregre proficiscitur, permissa fuerit et is ex negotiis rem vendiderit et tradiderit facit eam accipientis.»

Con la misma razón podrían citarse los párrafos 5 y 6 de la misma Ley 9, en que se tratan asuntos de *traditio brevi manu*. Si no se citan éstos, tampoco deben alegarse los otros dos anteriores.

Si se comparan con Pringsheim los párrafos 40-42, *Inst.*, II, 1, con fr. 9, párrafo 3, D., 41, 1, en vez de deducir la consecuencia que él saca, debe concluirse más bien que por ellos sabemos el modelo de Justiniano al hacer las Instituciones. Se puede pensar lógicamente que el Digesto transmite parcialmente el pensamiento de Gayo.

De la comparación de D., 41, 1, 9, 3 y 4, con *Inst.*, II, 1, 40-43, le chocha la remisión a la Ley de las XII tablas, y para salir del paso de esta dificultad dice que quizá se refiriera sólo a la mancipación. Mitteis se pone en contradicción consigo mismo al admitir esto y más adelante sostener que la frase *eaqui mihi emta esto hoc aere aeneaque libra* excluía la aplicación de la norma en la mancipación.

El párrafo del Digesto, 21, 1, 13, 8, citado por Pringsheim en su favor, dice :

«Offerri pretium ab emptore debet quum ex empto agitur et ideo et si pretii partem offerat, nondum est ex empto actio; venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem, quam vendidit.»

No es obstáculo, porque supone que la tradición no se ha verificado, ya que el comprador pide la cosa por la *actio empti*, y no habiéndose verificado, es claro que no puede aludirse a la regla de las XII tablas. El vendedor, pues, con pleno derecho, retiene la cosa, pero no la propiedad, que, si se ha pagado parcialmente el

precio, perfecciona la venta y transmite la propiedad al comprador. El vendedor la conservará *quasi pignus*.

Las mismas consideraciones valen para el párrafo D., 21, 1, 31, 8, donde se dan las mismas circunstancias que en el anterior, si bien mezcladas con un caso de copropiedad.

Por lo que se refiere a la consideración, realmente de fuerza, de que mal se compagina la existencia de medios protectorios de carácter obligatorio, como son la *lex commissoria*, el *pactum reservati dominii* y el derecho de prenda reservado hasta el pago del precio, con el precepto de las XII tablas, diremos, en primer lugar, que hay eventualidades frente a las que los derechos personales no garantizan una seguridad suficiente, donde sólo un derecho real permite preservar de la pérdida a aquel que prestó el *corpus*. Además de que, y volviendo en cierto modo a la doctrina de Albertario, esos medios protectores del vendedor sólo serían posibles en la tradición, pero no en la mancipación. Para estos casos de mancipaciones se hizo preciso otro medio más seguro, y fué el de la reserva legal de propiedad. Quizá el precepto enunciado en forma general se hizo aplicable a todos los casos de venta, o quizá, y esto es menos seguro, posteriormente; pero de todos modos en tiempo de Gayo ya se había extendido el precepto primitivamente sólo referente a la mancipación, también a la tradición.

Para apartar la dificultad de D., 6, 2, 7, 16, nos remitimos, por el momento, al párrafo siguiente, también de Gayo, D., 6, 2, 8 (1),

(1) D., 6, 2, 7, 16 (Ulpiano): «Ut igitur Publiciana competat, haec debent concurrere, ut et bona fide quis emerit, et ei res emta eo nomine sit tradita. Ceterum ante traditionem, quamvis bonae fidei quis emtor sit, experiri Publiciana non poterit» (*).

D., 6, 2, 8 (Gayo): «De pretio vero soluto nihil exprimitur: unde potest conjectura capi, quasi nec sententia pretoris ea sit ut requiratur, an solum sit pretium» (**).

(*) D., 6, 2, 7, 16: «Por lo tanto, para que competa la Publiciana deben concurrir las circunstancias siguientes: que se haya comprado con buena fe y que la cosa comprada por él le haya sido entregada bajo este concepto; por lo demás, antes de la entrega no se podrá interponer la Publiciana, aunque se fuere comprador de buena fe.»

(**) D., 6, 2, 8: «Nada se expresa, sin embargo, acerca del pago del precio, por lo cual se puede conjeturar que no estuvo en la mente del Pretor la intención de que se examinara si se había efectuado el pago del precio.»

que permite conjeturar, por la manera como se plantea el problema, en favor de la existencia de la norma de *Inst.*, 2, 1, 41, ya en tiempo de aquel autor.

Igualmente puede aducirse Fr. 43, párrafo 2, D., 41, 1 (Gayo, libro VII *ad Edictum provinciale*), donde se trata de transmisión de propiedad por compra, y, sin embargo, se habla del pago del precio.

Partimos, pues, de que el precepto de la *Inst.* oriundo de las XII tablas, pasa a través del tiempo por sucesivas trasmutaciones. Pero ¿cómo ha de entenderse este caso en conexión con la doctrina de la justa causa?

Ya conocemos la postura de Strempele respecto al concepto de la justa causa; aplicado ahora aquí, dirá consecuentemente que este precepto es una consecuencia jurídica natural de la venta, en lo cual marcha de acuerdo con Glück (VIII, 114), quien considera inherente a la venta la condición *si emptor pretium solverit*. Pero, a partir de aquí, y yendo de acuerdo con Puchta (*Vorles.*, I, pág. 326), sostiene que el pago o concesión de crédito sólo es necesario en caso de venta como indicio de la voluntad de transmitir; donde falte la prestación del precio y hay dudas acerca de la tradición, debe resolverse en el sentido de que no se produce la voluntad concurrente de transmitir y adquirir, que para Strempele es la justa causa *traditionis*. El principio jurídico de *Inst.*, 2, 1, 41, contiene sencillamente una regla de interpretación de la voluntad de las partes.

Recordemos, en contestación de esta doctrina, lo que dice Exner. Si el vendedor ha creído erróneamente que el precio estaba pagado y en tal creencia ejecuta su prestación, o sea la transmisión de propiedad, su *animus domini transferendi* está expresamente declarado, no necesita de ninguna regla de interpretación, ni de ningún indicio, y, sin embargo, el *accipiens* no se hace propietario. La eficacia jurídica de la tradición se ve impedida por nuestro principio jurídico, no porque las partes no quieran la realización de la venta, sino a pesar de haberla querido.

Leist, en su obra *Manzipation und Eigentumstradition*, sostiene que este principio no tiene nada que ver con la voluntad de las partes, pero que no es, ni mucho menos, una construcción anómala; por el contrario, realiza un severo principio de la *naturalis ratio*, pues la adquisición de una cosa por compra es, por su natura-

leza, una adquisición *ex re* y encierra en sí, *a priori*, la idea de que la transmisión de propiedad respecto de los géneros sólo puede producirse en virtud de la prestación real del precio.

Añade Leist que la derogación de los efectos que produce la tradición como contrato real en la compra se justifica por tratarse de un caso especial y único. Lo especial descansa en que la adquisición se basa en fundamentos propios internos (causa material), es decir, que es una adquisición *ex re*, que es una propiedad merecida materialmente lo que se adquiere. Esto, a juicio de Leist, no ocurre en las demás causas de la tradición; por ello en éstas se trata de un *animus dominii transferendi et accipiendi*, se reconoce la voluntad formal por el derecho positivo allí donde nadie pueda resultar perjudicado.

Sin embargo, no satisface este primer pensamiento de Leist, de ser la norma de que nos ocupamos un desarrollo impuesto por la *ratio naturalis*, pues en seguida surge la cuestión de cuál fundamento puede haber para tratar así a la compraventa y de modo distinto a las otras causas onerosas de adquirir.

Se podría pensar en un derecho que no reconociera la fuerza del contrato real que legitima la transmisión de propiedad, en un derecho que partiera del concepto de que la tradición no proporciona la propiedad, sino la donación, la compra, la permuta, etc., y que dijera aún que la mera existencia de tal negocio obligatorio no basta a transmitir la propiedad, sino que requiere, además, el mutuo cumplimiento de las obligaciones, es decir, que en caso de títulos onerosos no sólo es necesaria la tradición, sino también la previa o simultánea prestación de la obligación (*des Entgelts*). Con esto se negaría la naturaleza contractual de la tradición, pero sería un criterio, a su modo, lógico.

El segundo pensamiento de Leist tampoco me parece aceptable, pues funda el valor de la regla en que se trata de una adquisición *ex re*, de una adquisición merecida materialmente. Resulta que tan adquisiciones *ex re* son las permutas o contratos innominados, y, sin embargo, no hay para ellos un precepto análogo.

Expondremos ahora la opinión aceptada por nosotros, que se compone de dos partes: explicación histórica (1) del precepto y calificación jurídica de la situación que deriva de ella.

(1) Egon Weiss (v.º *Ius gentium*: Pauly Wysow) interpreta el pasaje

Viendo Exner que en un caso de derechos reales se ha injertado una regla referente a cumplimiento de la obligación de pago del precio y traspaso de propiedad que con el dominio de los derechos reales no tiene absolutamente nada que ver, ha deducido fundadamente que este caso nos remite a un período en el que no se poseía el medio jurídicamente técnico que permitiera realizar aquel pensamiento en una forma jurídicamente más exacta, pero que poseía medios coercitivos para ello.

Siguiendo a Exner diremos que se puede sostener que en la época de nacimiento de nuestra regla jurídica, es decir, antes de las XII tablas, no tenía el vendedor ni una *actio* para reclamar el pago del precio, ni una *condictio* para retraer su género ya entregado al comprador. El que habiéndola vendido entrega su cosa, lo hace fiándose en la lealtad del otro contratante; si éste no hace honor a su palabra, el *jus civile romanorum* no ayudaba al vendedor. Juega aquí un concepto discutidísimo entre los autores respecto a la extensión que hay que dar en los tiempos primitivos al *furtum*.

Cuando aumentó el tráfico, esta situación descrita no podía sostenerse, y, en consecuencia, teniendo que buscar un remedio a ella, se aferraron al más enérgico de todos: suprimieron el traspaso de propiedad en la compraventa si no mediaba el pago del precio.

Con esto, de la situación desventajosa del vendedor se pasa a una situación extremada por parte del comprador. Para atenuar ésta se acude a dos sistemas: de un lado se introducen excepciones cada vez más amplias a la regla, y de otro, se dió una gran virtualidad por medios jurídicos pretorios a la posesión del comprador. (Respecto al primer aspecto, véanse L. 72, D., *De rei vind.*, 6, 1; L. 5, § 18, D., *De tribut. act.*, 14, 6; L. 19 y 53, D., *De contr. eml.*, 18, 1; L. 11, § 2, D., *De act. eml. vend.*, 19, 1; L. 38, § 2, D., *De liber. causa*, 40, 12; L. 14, § 1, comparada con § 17, D., *De furtis*, 47, 2; L. 5, § 1, D., *De jure fisci*, 49, 14.)

Los medios pretorios de que se hizo uso para proteger al comprador *pretio non soluto* fueron varios: otorgación de los interdictos, posibilidad de adquirir por prescripción, acción Publiciana y

(*Inst.*, II, 1, 41) en el sentido de que la prescripción de las XII tablas allí referida se aplicaba a las cosas vendidas por *mancipatio*, y que el *jus gentium* lo trasladó a las que lo eran por medio de la *traditio*, que, según Dig., 41, 1, 9, 3, es también una institución de derecho de gentes.

aun la *exc. rei venditae et traditae*. Apartamos los problemas que lo expuesto plantea para no salirnos del tema del trabajo.

El texto de la *Instituta* cita dos excepciones al principio, que a su vez él sienta excepcionalmente: no pagado el precio, la propiedad de la cosa vendida se transmite: primero, cuando *alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato*, o que, segundo, *is qui vendidit fidem emptoris secutus est*.

Esta segunda excepción, gramaticalmente, muestra que ha sido incluida en el texto, y con bastante generalidad se acepta que es el resultado de una interpretación extensiva que se impuso a todos (*plenius acceptum*).

Leist, en su obra tantas veces citada, cree que Varrón ya conoció esto, y en prueba de ello cita *Re rustica*, I, 15, pero, como bien dice Exner, si se la relaciona con otro texto del mismo autor y obra (*De re rustica*, II, 5), resulta que el objeto de la estipulación en el primer texto no es el dinero, sino el *habere licere* del objeto lo que dice Varrón (1) ahí por cierto con gran imprecisión, es que no adquirimos la propiedad sobre todas las cosas porque nos hayamos hecho asegurar el *habere licere per stipulationem*, ni porque quizá hayamos pagado el precio por eso. Varrón no sabía nada de concesión de créditos, como lo demuestra el segundo texto citado.

Exner señala como fecha probable de la aparición de la idea de crédito en la compraventa la época clásica. Lo demuestra la comparación de dos textos: de Gayo, D., I, 53, *Contr. emt.*, 18, 1, y otro

(1) Varrón, I, 15: «*Quod enim alterius fuit, id ut fiat meum, necesse est aliquid intercedere; neque in omnibus satis est stipulatio aut solutio nummorum ad mutationem dominii.*»

Varrón, II, 5: «*In emptionibus ovium jure utimur eo...; prisca formula stipulator emptor sic: Illasce, oves... habereque recte dicere; haec sic recte fieri spondisti? Cum id idem factum est, tamen grex dominum non mutavit, nisi aes sit adnumeratum*» (*).

(*) «Para que se haga mío lo que fué de otro es necesario que medie alguna cosa; pues no es bastante en todos los casos la estipulación o el pago de dinero para la mutación del dominio.»

«En las compras de ovejas usamos de este derecho...; en la antigua fórmula, el estipulador-comprador dice así: «Decir rectamente que tiene aquellas ovejas; ¿prometes que esto se hace así justamente?» Aunque se hubiere hecho esto, sin embargo, el rebaño no mudó el dominio, a no ser que se haya aportado el dinero.»

de Ulpiano, D., 14, 4, 5, 18. En el primero se habla de *solutio* y de distintas clases de *satisfactio*, pero no aparece la idea de concesión de crédito, que es la dominante en el texto de Ulpiano, donde dice : *et si quidem in creditum ei abiit, tributio locum habebit, enimvero si non abiit... vindicare me posse.*

En el espacio de tiempo que media entre Gayo y Ulpiano se introduciría aquella extensión del precepto de las Instituciones, pero seguramente se introdujo en la forma de concesión de crédito por medio de un acto formal de una estipulación. Se comprende fácilmente esto, pues si fuera concesión de crédito no formal (*Kauf auf Treu und Glauben*, de los alemanes), holgarían los otros extremos contenidos y que se refieren a los *expromissores* y los *pignora*.

Tampoco la excepción que hemos marcado con 1.º procede de las XII tablas, como lo demuestra la lectura del texto tan citado de Gayo, 1, 53, D., 18, 1, donde este autor, que indudablemente tuvo a la vista las XII tablas, conoció una época en que se admitía generalmente (*plenius acceptum*) que la equiparación de la constitución de fianza era análoga en sus efectos al pago del precio, en tanto que no dice lo mismo del *expromissore aut pignore datur*.

Ni las Instituciones, ni Teófilo, allí donde hablan de *satisfactio* y enumeran ejemplos, hacen mención, entre ellos, de la constitución de fianza, lo que hubieran hecho de haberse encontrado relacionadas estas dos ideas en las XII tablas.

En resumen : que las XII tablas hacían depender la transmisión de propiedad, en caso de compra, del pago del precio ; después, paso a paso por derecho consuetudinario, se limitó aquel principio de tal manera que, en derecho clásico, el libre albedrío de las partes sustituiría el pago del precio por un contrato formal de crédito y posteriormente por un contrato no formal.

Donde estas tres condiciones alternativas, *solutio*, *satisfactio*, *creditum*, no se dan, entra en juego la protección posesoria del comprador *pretio non soluto* en la forma que ya indicamos, y que es predominantemente pretoria.

Si ahora pretendemos calificar la situación jurídica así creada, diremos que se trata de una seguridad, de una garantía real otorgada al vendedor.

La reserva de un derecho de garantía en caso de transmisión de

propiedad no es otra cosa que un contrato de garantía real en el cual el constituyente de aquél es el adquirente de la propiedad.

La reserva de propiedad contractual hasta la amortización del precio de compra sólo es un procedimiento abreviado según el que, en vez de que el vendedor transmita su cosa al comprador y éste en seguida se la remancipase *fiduciae causa*, se reserva la propiedad el vendedor y transmite solamente la posesión de la cosa. ¿Qué más da que esto pase así aquí, en vez de ser el propietario actual el que transmitiera *fiduciae causa*, si los resultados, en definitiva, son los mismos?

Tenemos, pues, que la compra *pretio non soluto necque credito* es una de las llamadas *injustae causae*. Si recordamos la definición de justa causa dada por nosotros, encontramos al final una idea que flotaba antes en los autores (Exner decía que justa causa era algo negativo; Bonfante, que las causas injustas estaban precisamente fijadas, no así las justas), y es la de no estar incurso la causa en una prohibición legal de transmitir.

En la *venditio* pura y simple pueden reconocerse los caracteres que fijamos como pertinentes al concepto de justa causa, pero en cuanto la *venditio* se califica con la coletilla de *pretio non soluto*, entra de lleno en la prohibición de *Inst.*, 2, 1, 41, y con ello queda convertida en injusta causa *traditionis*.

IGNACIO SERRANO Y SERRANO,

Doctor en Derecho.

ANA E L E R S

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.

El Código Napoleón y el pensamiento jurídico francés ⁽¹⁾

I

La ilusión de un Cuerpo de leyes que con Muratori compartían la inmensa mayoría de los juristas, a principios del siglo XVIII, tomó cuerpo en la Revolución francesa que, después de haber promulgado solemnemente la Declaración de los derechos del hombre y abierto la vía constitucional, adoptó por unanimidad, ya en 1791; la resolución que en plena lucha con Napoleón había de reproducir la Constitución española de 1812: «Il sera fait un Code de lois civiles communes à tout le royaume».

El Código Napoleón vió la luz en una atmósfera de entusiasmo místico que había de irradiar e impresionar a los pueblos europeos (2). Los juristas y políticos encargados de presentar sus distintas partes al Cuerpo legislativo, se expresan con una elevación y elocuencia que es imposible confundir con la baja y rastrera adulación. Al mismo tiempo que las armas ponían de relieve la fuerza y la gloria adquiridas, la sabiduría del Gobierno—decía Portalis—, tranquila como si otras cosas no la distrajeran, sentaba los fundamentos de otro predominio más respetable: el predominio que se conquista por las buenas Instituciones y las buenas Leyes.

El hombre providencial, aparecido en una época esperada vana-

(1) Véase en el número anterior «La ley ante sus intérpretes».

(2) Sobre este particular y los demás a que se refiere nuestro trabajo, puede consultarse Bonnetcase: *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente*.—Delmas, Bordeaux (S. A.), Copyright, 1933.

mente durante siglos, había reunido los corazones, dirigido las voluntades y concertado los esfuerzos para redactar el Código civil de 1804, que constituye un verdadero cuerpo de derecho universal. Al justificar la nueva edición de 1807, Bigot-Preameneu afirmaba que la Ley particular de los franceses se había hecho común a varios pueblos de Europa y era una obra perfecta, una especie de arca santa objeto de un respeto religioso. Traducido a los idiomas de los pueblos cultos y al latín, fué ya puesto en verso en 1808, como más tarde en 1886. En la dedicatoria a la Emperatriz María Luisa decía el poeta :

«Au Code, tou époux, le grand Napoléon,
A la fois imprima son génie et son nom ;
Il y dicta ces lois de sagesse profonde,
Qui doivent gouverner tous les peuples du monde,
Surpassant les héros à titre de vainqueur,
Les surpassant encor comme législateur» (1).

El culto profesado desde el primer instante al grandioso monumento, los ditirambos con que se ensalzaba al autor y a la obra, las comparaciones con las demás humanas y la única excepción que se hacía con el Evangelio, «porque el Evangelio es la palabra misma de Dios», unidos a la organización de la enseñanza del Derecho, que tendía a formar profesionales o prácticos, no jurisconsultos ni sabios, y a la idea de que discutir el Código se aproximaba a la blasfemia, así como la repugnancia con que el mismo Napoleón tuvo noticia de los primeros comentarios, explican la timidez de los intérpretes y los estrechos límites en que la Jurisprudencia iba a desenvolverse.

Sin embargo, la influencia de los grandes maestros franceses sobre los juristas españoles ha sido tan notable en el pasado siglo, que nos creemos obligados a fijar, con el citado Bonnet, las líneas principales de la evolución.

(1) En el Código, tu esposo, el gran Napoleón, imprimió a la vez su genio y su nombre ; allí consignó estas leyes de sapiencia profunda, que han de regir a todos los pueblos del mundo, superando a los héroes como vencedor y más todavía como legislador.

II

Tres períodos se pueden distinguir en la vida de la Escuela exegetica: el de formación (1804-1830), el de apogeo (1830-1880) y el de decadencia, que principia en esta última fecha.

Son sus primeros representantes Delvincourt, que publica las *Instituciones de Derecho civil*, en 1808; Proudhon, *Curso de Derecho francés*, 1809; Toullier, *Derecho civil francés siguiendo el orden del Código*, 1811; Merlin, con diversas ediciones de su *Repertorio*; Malleville, *Análisis razonado de la discusión del Código civil en el Consejo de Estado* (1804-1805), y Chabot de l'Allier, *Cuestiones transitorias y Comentarios sobre la ley de Sucesiones*, 1805. Hombres del antiguo régimen interpretan el Código civil con cierta independencia, que no agradaba, ciertamente, al Gobierno imperial, con la ayuda de los recursos que encontraban en su formación jurídica, en su propio discurso y en sus tendencias filosóficas, sin el espíritu neto y riguroso de la Escuela.

Entra ésta en su apogeo el año 1830 y brilla en todo su esplendor hasta 1880, gracias, en primer lugar, a los grandes comentaristas; en segundo término, a profesores, magistrados y abogados de menos altura; después, al grupo de entusiastas que enseñaron e influyeron en el desarrollo jurídico con el espíritu de la Escuela, y, en fin, a los que aseguraron y vulgarizaron en Manuales, repeticiones y elementos su triunfo, como el maestro Baudry-Lacantinerie, tan conocido por los estudiantes españoles.

Entre los grandes comentaristas figuran Alejandro Duranton, que elevó antes que nadie, y con tanta modestia como laboriosidad, un monumento sólido y armónico a la legislación napoleónica, en su *Cours de Droit français suivant le Code civil*, publicado en 22 volúmenes, desde 1825 a 1837; Carlos Aubry, Decano de la Facultad de Estrasburgo, y Federico Carlos Rau, Profesor, Abogado y Juez, cuyos conocimientos, experiencias y teorías oscilantes de la Escuela exegetica a la ciencia del otro lado del Rhin, se fundieron en la obra maestra *Cours de Droit civil français*, en ocho volúmenes (4.^a edición, 1869-1878); Juan Carlos Demolombe, considerado como el mayor Jurisconsulto francés de su tiempo, el príncipe

de la exégesis, la encarnación del derecho civil, la ley que se comenta a sí misma en los 31 volúmenes del *Cours du Code Napoléon* (1845-1896); Fr. Taulier, menos conocido en España, espíritu progresivo, de amplia mirada sociológica, que, sin embargo, se ciñe a la doctrina y a los métodos exegeticos en su *Théorie raisonnée du Code civil* (siete volúmenes: el primero, en 1848); Víctor Napoleón Marcadé, el polemista, dominado constantemente por la preocupación religiosa, de tendencias liberales, pero subordinado en los estudios jurídicos al rigor y a la pureza del método exegetico que desarrolló en su *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, compuesta de 11 volúmenes (desde 1848) y continuada más tarde por Paul Pont; Raimundo Teodoro Troplong, que publicó una serie de Tratados (matrimonio, venta, permuta...) en 27 volúmenes, a partir de 1833, con unos prefacios de amplios vuelos filosóficos, en que coloca por encima de la exégesis «la investigación de las verdades naturales sobre las que descansan las relaciones privadas del hombre, sus compromisos y sus derechos de familia y de propiedad»; y, en fin, el belga Francisco Laurent, más conocido entre nosotros por sus *Estudios sobre la historia de la humanidad*, de los cuales se han hecho dos magníficas traducciones, que por los *Principes de Droit civil*, en 33 volúmenes (1869-1887).

III

Cualesquiera que sean la distancia existente entre la doctrina contenida en dichas obras y la que puede llamarse filosofía del Código Napoleón y las características de cada uno de sus autores, se encuentran en todos una subordinación al texto legal, un amor al progreso reflexivo y una experiencia en la renovación de la ciencia por la exégesis que vamos a poner de relieve.

El rasgo fundamental de la Escuela es el culto de la ley, que, en cierto modo, viene a colocarse en el lugar que corresponde al mismo derecho. Punto de partida, campo de acción y límites de la investigación quedan determinados por el texto promulgado. No hay Derecho civil, hay Código Napoleón. «Los Códigos, según Laurent, nada dejan a la arbitrariedad del intérprete. Este no tiene por misión crear el derecho, *le droit est fait.*» Con ello

la función de la Jurisprudencia no se degrada; pero los juriscultos deben desechar la pretensión de *faire le droit* al enseñarlo o aplicarlo: su única misión es interpretarlo. Derecho antiguo, Derecho romano...; ¿para qué? A todo más puede compararse el Código Napoleón con los que le han seguido o consigo mismo para penetrarnos de su espíritu.

De aquí el segundo rasgo distintivo de la Exégesis. Los textos pueden ser deficientes, contradecirse, ser susceptibles de diversos sentidos..., y hay que buscar la intención del legislador para conocer su alcance.

La intención es el motor supremo del precepto, la fuente primordial del derecho positivo. Sin pegarse a la letra, ni dejarse desvanecer por las exageraciones del espiritualismo, ni solicitar de la equidad una ayuda equívoca, el jurista ha de estudiar atentamente las fuentes, los trabajos preparatorios, los principios y las teorías en que la ley se ha inspirado, para descubrir su verdadero sentido y evitar que una tendencia extraña venga a sustituir la voluntad del legislador. De aquí la posibilidad de admitir soluciones no incluidas en el texto literal y de rechazar algunas que a él se ajustan si así lo impone el espíritu vivificante de la ley. De la intención real se pasa a la intención presunta y el intérprete llega a preguntarse cómo se hubiera pronunciado el legislador ante el supuesto nuevo, para ser consecuente con otros preceptos o para no chocar contra la *nature générale des choses*.

El carácter profundamente estatal es para Bon necase otro aspecto, a veces preterido, de la doctrina exegetica: como el derecho se halla en las manos del Estado, la Escuela concluye por admitir la omnipotencia del legislador. Blondeau no siente escrúpulos al excluir a la conciencia y a la razón del campo de la hermenéutica. Moulon sólo concede valor a las leyes naturales o morales cuando han sido sancionadas por la escrita. Nada hay por encima de la ley; eludir sus disposiciones bajo pretextos de equidad, es prevaricar, y la Jurisprudencia no encontrará *raison plus raisonnable* ni *équité plus équitable* que la razón o equidad de la ley. El legislador es infalible; no puede ponerse en duda la bondad de su obra. El Juez ha sido instituido para juzgar según la ley, no para juzgar a la ley. *Stulta sapientia quae vult lege sapientior esse*, se repite con D'Argentré. Pero hay más: el legislador ha previsto todas las hi-

pótesis, todas las dificultades. El derecho positivo, nueva Provi-
dencia social, llena los vacíos con un conjunto de reglas cuya ob-
servancia garantiza. En los casos de divergencia entre la voluntad
del soberano y la del súbdito, la primera se impone como un man-
dato, no se insinúa como un deseo o una súplica.

Al poner frente a frente, de un lado, la doctrina de los juristas,
que atribuyen únicamente a Dios la potestad de ordenar (comuni-
cada por El a los hombres deificados) y las opiniones de los que
admiten la idea del derecho o una noción trascendental que rige
sus desenvolvimientos, y de otro lado, las declaraciones de los exé-
getas, que sólo aplican la ley con una amplia expansión de sus prin-
cipios, es cierto, pero nada más que la ley, Bonnetas apunta como
cuarto carácter de la Escuela la falta de lógica (*caractère fait d'illo-
gisme et de paradoxe*). Efectivamente, Aubry et Rau reconocen la
existencia de ciertos principios superiores, absolutos e inmutables,
anteriores y superiores a toda legislación positiva: personalidad,
propiedad, familia, etc.; pero anticipan que es imposible deter-
minar *a priori* las reglas contingentes y variables que los organi-
zan y desarrollan. Maestros indiscutibles de la exégesis, admiten
con energía el derecho natural; otros, autorizan al Juez para in-
vocarlo cuando la ley calla; pero estas afirmaciones quedan des-
truídas o debilitadas por razonamientos que vuelven a colocar en
primer plano el derecho escrito: se presume que el legislador abre
paso con su silencio a los principios de derecho; el Juez suple a la
ley con sus propias luces y los principios de razón y equidad; las
leyes naturales recobran su vigencia cuando no son rechazadas por
la letra o el espíritu de las positivas; la pura regla jurídica no pue-
de invocarse si no ha sido sancionada indirecta o implícitamente,
por lo menos. En suma, el derecho universal, filosófico e inmuta-
ble, queda subordinado a la ley concreta.

En fin, tras el olvido o el desprecio de la tradición, el juego
lógico del razonamiento, la libertad de pensar o el libre examen,
la discusión franca y la crítica sin compromiso de que alardea la
Escuela, se encuentran de nuevo el argumento de autoridad, las
series de nombres propios y la decisiva cita de los pontífices.

IV

Si durante la primera mitad del siglo XIX los jurisconsultos españoles se dejaron dominar por los modelos franceses y el gusto galicano hasta el extremo de que los proyectos de Código civil siguen en muchísimos de sus artículos, *ad pedem literæ*, a la obra napoleónica, nada tiene de extraño que el método exegético y los comentarios del *Code* señalen el punto más elevado de la investigación patria, por otra parte mezquina y subordinada a las luchas políticas.

En realidad, el método estaba en boga como reacción contra el *jurare in verba magistri*, cuando el pensamiento español intentó elevar sus alas después de la muerte de Fernando VII, y así, encontramos en un maestro de cultura tan profunda como Gómez de la Serna (1), una defensa del exegético, que «tiene por objeto la explicación del mismo texto de las leyes, con arreglo a las severas reglas de la crítica y a los rectos principios de la interpretación». «Cuando se está trabajando en la formación de nuevos Códigos, añade; cuando se va a hacer una excisión entre el pasado y el porvenir; cuando de repente nos vamos a ver privados del auxilio que para la recta inteligencia y comprensión de las leyes nos daban los glosistas, comentadores y tratadistas del derecho patrio, útil es que esté preparada la juventud para la reforma; de modo que, aprendiendo a aplicar las reglas de la interpretación, adquiera el tacto delicado que es necesario para comprender bien los Códigos y desentrañarlos libro por libro, título por título, artículo por artículo, frase por frase y palabra por palabra.»

Obras como el *Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, son ordenadas por Tapia, siguiendo para la división de materias el modelo de las instituciones romanas y del Código francés. García Goyena; al comentar el Código de 1851, indica que «sabiendo el origen, las causas y fines de la ley, en una palabra, su *espíritu*, no ha de ser difícil aplicarla con acierto aun a los casos que a primera vista aparezcan dudosos».

«La formación de las leyes (dice en el comentario al art. 12) y

(1) Véase el prólogo de su *Curso historicoexegético del Derecho romano comparado con el español*.

su *interpretación auténtica* es atribución de los Cuerpos colegisladores con la Corona.» Sin embargo, como las leyes no pueden prever todos los casos, ni conviene hacerlas nuevas para todos y menos con precipitación, añade que «la religión y conciencia ilustrada del Juez deben suplir en los casos dudosos la imposibilidad del legislador». «Se pretende que los legisladores sean dioses y no se quiere conceder a los Jueces que sean simplemente hombres.» «La equidad, tan recomendada en derecho, no es otra cosa que la razón o justicia natural, y ésta debe ser el verdadero suplemento de las leyes expresas.»

Con un plan paralelo, pero con mucha mayor extensión, el Código civil, comentado y concordado por Q. Mucius Scaevola (1889-1933; 25 volúmenes), estudia «el espíritu del artículo, las dudas que el texto origina y la resolución», con numerosas referencias a los textos de los exégetas franceses, sobre todo a partir del tomo tercero. Pero en el prefacio del último, encargado por la Sociedad Editorial Reus a los Sres. Castán, Batlle y Bonet, se reconoce que «nuestra época no es ya propicia a obras de esta naturaleza, y que los civilistas han abandonado casi por completo los procedimientos de la llamada Escuela exegética».

En efecto, si hemos de conceder valor absoluto al citado Bonnesse, la generación de 1880, recogiendo los gérmenes sembrados por Jourdan y Klimrath, desarrolla la concepción científica del derecho, sienta la distinción de ciencia y técnica y enfoca con nueva luz los problemas de método. Teóricos del derecho privado como Thaller, Saleilles, Planiol, Geny y Charmont; maestros del derecho público como Esmein, Michoud, Hauriou, Duguit, Berthélemy y Jèze, cuyas doctrinas tan honroso puesto ocupan en nuestras Universidades, consuman la evolución y abren el paso a las nuevas corrientes intelectuales. ¿Cuáles son éstas? Trataremos de extractar el tomo II de la repetida obra con la mayor claridad y precisión.

V

Las corrientes intelectuales en que el pensamiento jurídico encuentra ahora su expresión más general y su esencia son para Bonnesse: el *clasicismo*, obediente a la regla descubierta en las mis-

mas fuentes del derecho, cultivador de la razón basada en la experiencia, imitador de los antiguos, centrado en la división del derecho en público y privado; el *romanticismo jurídico*, que sacude el yugo de las reglas autoritarias, coloca al sentimiento por encima del discurso, abandona la concepción histórica del derecho y lucha contra las nociones tradicionales (o más bien clásicas); el *misticismo*, que presta virtudes sobrenaturales a nociones o elementos y deifica la autoridad, el ejemplo, la costumbre y el interés, elevando a dogma la doctrina; el *humanismo*, comunión íntima con los grandes ciclos del pensamiento, admiración de los modelos perfectos de la antigüedad, culto del derecho romano; en fin, el *imperialismo jurídico*, tendencia al predominio, expansión de la potestad ordenadora, cuyos apoyos y resortes se encuentran en la *libido dominandi*, en el amor del Poder, en *der Wille Zur Macht* o en la ley del más fuerte.

En primer término figura el carácter místico del llamado Derecho social. Como de la economía individualista y libre se pasa a la organizada y social, del derecho napoleónico, igualitario e indiferente pasamos a un ordenamiento que atiende con preferencia a los débiles. De un lado, las nuevas corrientes, tan religiosas como políticas, que, poniendo de relieve el carácter necesario y natural de la sociedad, combinan la democracia o la demofilia con las denominaciones católica, cristiana y social para resucitar la doctrina tomista del bien común como finalidad jurídica, o los postulados del derecho natural arraigado en las tendencias esenciales de la humanidad. El Estado debe respetar los derechos, independencia y cultura de los individuos, de las familias y de las Asociaciones en cuanto sean compatibles con el orden público y las exigencias del bienestar de todos. La ciencia social católica, apoyada en la fe, la razón, la autoridad y la experiencia, busca en la filosofía social, en la teología moral, en el derecho universal, en la economía y en la sociología los remedios para la ignorancia y la miseria de las muchedumbres, las bases de la fraternidad y el cauce del progreso.

Por otro lado, los sistemas socialistas ven la causa esencial del desorden en la concentración de bienes y en la desigualdad de las fortunas; extienden con afán los poderes colectivos del Estado, Municipios y Asociaciones; critican acerbamente la organización económica; impugnan la propiedad privada y el salariado obrero,

y sacrifican el individuo a la sociedad. Tras el intento conciliatorio ensayado por el socialismo de Estado, que aprueba la trascendental reforma de la propiedad y organiza gran parte de la economía sobre el interés individual, el sindicalismo formula una doctrina colectiva de la producción mediante la formación de grupos de trabajadores, mientras el régimen corporativo agrupa a los patronos, obreros y técnicos, sindicándolos obligatoriamente o proclamando la libertad del sindicato en la profesión organizada. En fin, bajo el manto del derecho social aparece la doctrina de la solidaridad, que pone de relieve el paralelismo y la interdependencia de las necesidades individuales, y consagra como primera obligación la defensa de los miserables, ya porque nosotros somos los causantes de su desgracia, ya porque podemos vernos o ver a nuestros hijos en el mismo estado, ya porque sufrimos con sus miserias, ya porque los infortunados son una amenaza para nuestra tranquilidad.

Pero como todos estos sentimientos, de un altruismo nebuloso, cristalizan en direcciones jurídicas que varían según la escuela, enfilando el derecho público o el derecho privado, cuando no son presentadas a modo de integración objetiva de los miembros en la comunidad, y abren el paso al derecho inorgánico, el espíritu científico se niega a incluir el derecho social en la enciclopedia jurídica y lo relega a la categoría de mito. En efecto: a través de la fraseología puesta de moda en estos últimos cincuenta años, o para emplear términos más serios, en la *santa poesía*, a que Fausto trata de dar cuerpo cuando sus pasiones y su vida acaban, se convierte una aspiración política en un ensueño religioso, se evita la contradicción y la discusión, sacando las teorías fuera del plano de lo racional y se suplen con el entusiasmo los defectos lógicos de los sistemas.

El derecho social, concluye Bonnet, con frase temeraria, es una palabra, nada más que una palabra, por sí misma carente de significación. El derecho es uno y por la fuerza misma de las cosas siempre ha revestido carácter social.

Dejando a un lado las actuales direcciones del monismo jurídico, que intenta satisfacer nuestra sed espiritual con la modesta afirmación de que no hay otra justicia que la que se encuentra en

el derecho positivo y en la comunidad de los Estados, pasamos a las observaciones críticas sobre el romanticismo jurídico.

VI

A poco que se profundice con la crítica moderna en la formación de la ley, quedan de relieve sus innumerables defectos: no es la expresión de la voluntad nacional, sino un verdadero mito; responde a la mal formada opinión de una mayoría, o mejor dicho, a la presión de un grupo de gobernantes asediados por egoísmos e intereses; carece de estructura técnica y sufre, desde que está en proyecto hasta que se promulga, múltiples retoques y enmiendas aprobados por personas que no saben lo que votan; se encuentra a veces en oposición con las tradiciones del país, la opinión pública y la conciencia de los mismos llamados a redactarlas; es el producto de Parlamentos cuya mediocridad asusta, cuando no de Cuerpos entregados al despotismo de un dictador. Aun en los supuestos más dignos, la ley tiene un alcance limitado por su estrecha finalidad, por las variaciones que la vida impone a la sociedad misma, por la inflexibilidad del precepto escrito y la generalidad de su redacción, por la distancia que existe entre la fórmula abstracta y el caso concreto, por las exigencias de la evolución jurídica y el ritmo acelerado del progreso.

De aquí las formas del romanticismo jurídico: el Juez deja a un lado la ley general o la especial del contrato para buscar en la equidad, en la moral y en sus más refinados sentimientos la solución, que luego justifica con el auxilio de la técnica o encubre con la hoja de parra del texto legal, o pone en evidencia la injusticia, la torpeza y la miseria de la ley, para abrazarse con entusiasmo a los dictados de su conciencia rebelde y exasperada.

Como ejemplos, agrupa Bonnetcase la jurisprudencia de Magnaud, la doctrina del socialismo jurídico y la tesis del «gobierno de los jueces».

Siente uno colocar al lado de las sentencias del *buen Juez* la terrible crítica de sus compatriotas. «Carente de un sistema completo y firme (son frases de Geny) y bajo la influencia disolvente de su flotante humanismo, el presidente Magnaud concluye con una especie de impresionismo anárquico en la aplicación del derecho

positivo.» Refiriéndose a sus *considerandos*, dice Bonnacase: «no se sabe cómo calificar tales *attendus*; los unos son de una banalidad a toda prueba, mientras la mayor parte son fantásticos, demagógicos, antimorales, y aun, lo que es el colmo, antisociales».

Sin embargo, hay un vigor de apostolado y un encanto misterioso en las ingenuas afirmaciones que siguen: «Considerando que es deplorable que, en una sociedad bien organizada, uno de los miembros de esta sociedad, sobre todo una madre de familia, pueda morir de hambre como no sea por su falta...» «Considerando que la sociedad, cuyo primordial deber es la ayuda de sus miembros desgraciados, es particularmente *malhadada*, al exigir contra uno de ellos la aplicación de una ley decretada por ella misma y que si fuera cumplida por lo que le toca podría impedir el hecho que hoy reprocha al inculcado...» «Considerando que lo que no puede ser evitado no debe ser castigado...» «Considerando que para apreciar debidamente el delito del indigente el Juez debe, por un instante, olvidar el bienestar que goza, a fin de identificarse, en cuanto sea posible, con la situación lamentable de ser abandonado por todos...» «Considerando que a pesar de los cuidados y vigilancia de la *Administración penitenciaria*, las casas de corrección son casi siempre escuelas de desmoralización y de preparación de crímenes...»

Unase a esta inspiración romántica el socialismo jurídico que intenta transformar la sociedad con el sencillo mecanismo de una interpretación de las leyes en el sentido marxista, presentando la revolución económica como una desviación hermenéutica, más bien que como una irreflexiva violación del ordenamiento vigente, y se comprenderá que, al final de la carrera, desembocarán todas las corrientes en una autonomía judicial, que colocará a los magistrados por encima del poder legislativo. El *gobierno de los Jueces* no significa en el fondo otra cosa que el predominio del espíritu sobre la letra, del derecho sobre la ley, del ideal sobre la rutina codificada.

Por último, el romanticismo científico, ya revista la enigmática envoltura del realismo de Duguit, ya cristalice en la fórmula del derecho natural de contenido variable, ya prive al derecho de su autonomía y lo hunda en el abismo de la moral, ataca directamente los mismos principios jurídicos y concentra los fuegos de una crítica despiadada contra la existencia, el contenido y la función del Derecho.

VII

En la actualidad, el pensamiento jurídico francés reacciona contra el misticismo y el romanticismo, recoge el maltratado dogma del derecho subjetivo, palanca que sobre el punto de apoyo del interés mueve el mundo de la justicia, y vuelve por los fueros del derecho natural, concebido no como arquetipo inmutable, como razón trascendente o como inevitable consecuencia de la vida humana, sino como origen, complemento y apoyo del derecho positivo.

Se vuelve a la tradición y al clasicismo fundiendo el elemento experimental (naturaleza humana, datos sociales) y la noción del derecho en el crisol del *bien común* o del orden jurídico. El poder y las libertades incuban en el seno de la sociedad las instituciones, las costumbres y las reglas; la autoridad garantiza la aplicación de las sanciones indispensables.

No deja de adquirir relieve la orientación finalista: «por ser un imperativo que se impone a la voluntad humana, dice Le Fur, el derecho es una noción teleológica». Pero esta característica será puesta en evidencia por los juristas del otro lado del Rhin, como veremos a continuación.

JERÓNIMO GONZÁLEZ.

Los créditos privilegiados sobre el buque

F) Los créditos por contribuciones obligatorias debidas a la Caja de Inválidos de la Marina mercante y a otras instituciones de previsión y asistencia social para la gente de mar (35).

El hecho de que estos créditos sean reconocidos privilegiados en el Proyecto italiano se encuentra en íntima relación con un problema al que ya nos hemos referido cuando nos hemos ocupado de los créditos reunidos bajo la letra C). Allí dijimos (36) que en el Proyecto italiano no persiste el inconveniente que se presentaba en el Código francés cuando éste se refería a *frais de justice et autres*; y asimismo nos ocupamos de la diversidad de opiniones que las palabras *et autres*, con su imprecisión, habían hecho emitir a los tratadistas en relación a cuáles créditos debían ser incluidos en esta categoría.

Ya vimos (37) cuáles autores (Demangeat, sobre Bravard y Bedarride entre otros) creían se debían incluir en las palabras *et autres* no solamente los gastos de justicia, sino también las sumas debidas a la Caja de Inválidos y a otras instituciones de previsión

(35) *I crediti per contributi obbligatori dovuti alla Cassa Invalidi per la Marina mercantile godono privilegio generale sui mobili del debitore, e di privilegio speciale sulla nave anche per el periodo posteriore alla attuazione del R. Decreto-legge 5 Luglio 1928, n. 1816.* (Tribunal de Nápoles, 12 de Junio de 1933. *Foro italiano*; 1933, vol. LVIII, parte I, pág. 1.287.)

(36) Ved pág. 116 de este trabajo.

(37) Ved nota 14.

y asistencia social. Ahora bien : esta extensión de la letra de la Ley en materia de créditos privilegiados no debe admitirse. Pero, por otra parte, estos créditos debían ser garantizados. Y es precisamente el Proyecto italiano que, aceptando las normas de la Convención de Bruselas, pone fin a las incertidumbres y al mismo tiempo provee a garantizar créditos justos, y que lo son, tanto en su nacimiento como en su naturaleza intrínseca. En el segundo número de su artículo 443 menciona el proyecto de una manera expresa los créditos de que nos ocupamos. Pero es más : con esta mención expresa afirma la posición que nosotros sostuvimos anteriormente (38) de considerar ilícita la extensión defendida por Bedarride y Demangeat, ya que, evidentemente, cuando en otro número del mismo cuerpo legal se mencionan gastos que se pretendían incluidos en las palabras *et autres*, se prohíbe cualquier ulterior extensión. Efectivamente, si la ley quisiera proteger a otros créditos, continuaría mencionándolos en números o apartados especiales. Por consiguiente, aquellas incertidumbres, que ya difícilmente podían existir en el Proyecto italiano (por la dificultad—casi imposibilidad—de plantear en éste la cuestión de la extensión de los créditos mencionados en el número 1 del artículo 443), ahora es absolutamente imposible existan. El criterio de la Ley, netamente opuesto a la extensión en materia de privilegios, es evidente, de lo que se deduce que sería abusiva cualquier extensión, aun tratándose de privilegios de escasa importancia y cuantía, e incluso cuando los créditos que mediante la extensión quisieran protegerse merecieran por su índole la discutida preferencia de la Ley.

Se puede, por consiguiente, afirmar que solamente los créditos expresamente mencionados en el Proyecto como privilegiados gozarán de la cualidad de tales. Más allá de la letra de la Ley no puede existir ningún crédito privilegiado.

G) Las remuneraciones debidas por salvamento y asistencia y la contribución de la nave a las averías comunes.

También estos créditos encuentran la razón de ser considerados

(38) Ved pág. 116.

como privilegiados en el hecho de que han cooperado a la conservación de la nave en el patrimonio del naviero o del propietario de la misma y, por consiguiente, que en ellos se encuentra una importantísima razón de la conservación de la garantía común o, por lo menos, de haber evitado una disminución del valor de esta garantía mayor de la que ha sobrevenido. Como consecuencia, aquellos que en esta categoría han llegado a ser acreedores han realizado un no pequeño servicio a todos los que ya antes lo eran, conservando su garantía.

Es, por consiguiente, lógico y justo pasen delante de ellos; he aquí la razón por la cual las remuneraciones debidas por salvamento y asistencia y la contribución de la nave a las averías comunes deben ser clasificadas entre los créditos privilegiados.

H) Las indemnizaciones por robo o por otros accidentes de la navegación, como también aquellas por daños en puertos y vías navegables, las indemnizaciones por lesiones corporales a los pasajeros y a los tripulantes, y las indemnizaciones por pérdidas o averías de la carga y de los equipajes (39).

No se puede discutir si estos créditos son o no privilegiados; la Ley lo dispone claramente así y desde este momento toda discusión es inútil. Pero otra cosa, y muy distinta, es si *deben ser* privilegiados, si existen razones que les confieran las cualidades necesarias para encontrar en la Ley el tratamiento favorable que ella concede a los créditos privilegiados. Ciertamente, y sobre todo en lo que se refiere a las indemnizaciones por robo y otros accidentes de la navegación, no se puede decir existan las mismas razones, en virtud de las cuales son considerados privilegiados los créditos ya estudiados. No se puede de ninguna manera afirmar para ellos la existencia de todas aquellas especiales circunstancias que

(39) La aplicación de los créditos aquí reunidos fué suspendida por la Ley de 31 de Diciembre de 1928, núm. 3.055, hasta que sea ratificada por parte de Italia la convención sobre privilegios e hipotecas. (*Progetto di Codice marittimo*; edizione della Commissione Reale. Roma, 1931. Núm. 1.189, pág. 992, nota 1.)

justifican la concesión del privilegio a ciertos créditos frente a otros.

¿Cuáles son estas razones? Tres principalmente: primera, una razón de índole moral, de defensa de los acreedores más modestos, que al mismo tiempo tienen a su favor la importancia de su intervención. Segunda, una razón de utilidad, utilitaria: los créditos que se consideran privilegiados han contribuido a la conservación de la nave en el patrimonio del naviero, bien evitando que pereciera, bien conservando en las mejores condiciones de valor los elementos integrantes de la fortuna de mar. Tercera y última razón, es la que se aduce en apoyo de los gastos de justicia, absolutamente indispensables para hacer posible la ejecución sobre la nave de los créditos anteriormente existentes.

Ahora bien: ¿puede afirmarse que alguna de estas razones apoye la concesión del privilegio a los créditos resultantes, por ejemplo, de un abordaje? Evidentemente, no. Y entonces, ¿existe alguna otra razón sobre la cual se puede apoyar la construcción del Proyecto italiano? Ciertamente sería muy difícil encontrarla completamente satisfactoria; quizá imposible. El abordaje es un accidente de la navegación, y sus consecuencias no deben acarrear daño a los acreedores, que no tienen otro vínculo de relación con la fortuna de mar que el formado por su mismo crédito. Ni siquiera la idea de un abordaje culposo—y tratándose de abordaje doloso podría decirse otro tanto—ayuda a considerar como privilegiados a los créditos en el o con ocasión de él nacidos; establecerlo de distinta manera sería tanto como castigar a un inocente; sería hacer recaer las consecuencias de la culpa o del dolo sobre persona—sobre el patrimonio de persona—que no ha intervenido para nada en el incidente en el cual nacieron los créditos.

Más fácil es considerar como privilegiadas las indemnizaciones por lesiones a los pasajeros o a los tripulantes; y las indemnizaciones por pérdidas o averías en la carga y en los equipajes. Para estos créditos ya se puede encontrar una base contractual sobre la cual edificar el privilegio; el contrato realizado por el propietario de la nave (sea de pasaje, de enrolamiento o de fletamento) nos proporciona un primer elemento—mínimamente indispensable—, para la concesión a estos créditos de una situación privilegiada sobre los demás. No obstante, tampoco estos créditos tienen una base tan segura e indu-

dable como los otros ya examinados precedentemente; no se encuentran razones tan perfectamente justas para incluirlos entre los privilegiados. Y buena prueba de cuanto llevamos dicho es la posición un tanto desconfiada respecto a ellos del legislador italiano, que, lejos de admitirlos pura y simplemente, aun encontrándose establecidos en el Proyecto, suspende su plena aplicación hasta que sea ratificada por Italia la convención sobre privilegios e hipoteca naval.

I) Los créditos provenientes de contratos estipulados o de operaciones realizadas por el Capitán, sea o no propietario de la nave, fuera del puerto de matrícula, en virtud de sus poderes legales, para las necesidades efectivas de la conservación de la nave y de la continuación del viaje (40).

Hemos llegado al examen del último grupo de los créditos privilegiados establecido en el Proyecto italiano.

Ya en las más antiguas legislaciones marítimas se reconoció el privilegio por las sumas prestadas al Capitán para satisfacer las necesidades del buque. Así, entre otras, se establece este privilegio en la ley del Consulado del Mar (capítulo CV), en el Guidon de la Mer (capítulos XVIII y XIX) y así también en el artículo 19 de la *Ordonnance de la Marine* de 1681.

De la dicción misma empleada por el Proyecto se debe deducir que aquellos créditos derivantes de contratos o de operaciones realizados por el Capitán, para gozar de la cualidad de privilegiados, deben responder en su origen a determinadas condiciones; si éstas no se presentan, los créditos, bien que derivados de contrato o de operación del Capitán de la nave, no serán privilegiados. Las referidas condiciones, enumeradas en el mismo Proyecto, son: 1.^a Que el Capitán actúe fuera del puerto de inscripción de la nave. 2.^a Que lo haga empleando los poderes que la Ley le ha concedido. 3.^a Que tan-

(40) *E' privilegiato sulla nave a norma del R. Decreto-legge 5 Luglio 1928, anche il credito per fornitura di carbone per la continuazione del viaggio.* (Tribunal de Nápoles, 12 de Junio de 1933. *Foro italiano*; 1933, vol. LVIII, parte I, pág. 1.287.)

to los contratos como las operaciones sean necesarios, bien para la conservación de la nave, bien para la continuación del viaje.

No es ciertamente difícil comprender el porqué de la primera condición impuesta por el Proyecto italiano; si los contratos y operaciones llevados a cabo por el Capitán tienen algún valor, es porque él obra en representación del naviero; representación que es necesaria por la ausencia del representado del lugar donde el contrato se concluye o la operación se realiza; por consiguiente, siendo el puerto de inscripción el lugar donde se encuentra de hecho el naviero (al menos desde un punto de vista legal), la representación no existe si el contrato se concluye o la operación se realiza en ese puerto de matrícula. El Capitán, mientras se encuentre en el puerto de matrícula, no es el representante del naviero; y los contratos y las operaciones deben realizarse por el naviero y no por el Capitán. Por consiguiente, los terceros contratantes no tienen nada que ver con el Capitán del buque—que será entonces solamente el director técnico de la navegación—, y las operaciones y contratos por él realizados carecen de valor para obligar al naviero.

La segunda de las condiciones establecidas en el número cinco del artículo 443 del Proyecto no es otra cosa que el reconocimiento—también aquí—de la representación legal del naviero por parte del Capitán. El Capitán, cuando actúa como representante del naviero, lo puede hacer en una doble condición; o como representante convencional o como representante legal; en el primer caso obrará conforme a las facultades que le hayan sido otorgadas por el naviero; en el segundo, que es el que ahora nos interesa, en virtud de aquellas que le sean atribuidas por la Ley; por razones de su misión, el Capitán actúa con poderes determinados por la Ley, y éstos existen siempre, sin necesidad de ninguna autorización por parte del naviero; por el simple hecho de ser Capitán del buque, tiene ya esta representación legal del naviero. Ahora bien: para que los créditos provenientes de contratos estipulados o de operaciones realizadas por el Capitán sean privilegiados es preciso que éste, al estipular los primeros o al realizar las segundas haya obrado según aquella representación legal que le ha sido atribuida por la Ley, y no en virtud de una representación convencional que el naviero libre y voluntariamente le haya otorgado. Y todo esto para defender a los créditos no privilegiados de una actuación insidiosa del naviero, que

poniéndose de acuerdo con el Capitán y otorgándole un amplísimo poder de representación, podría estipular numerosos contratos, que, siendo privilegiados por haber sido estipulados por el Capitán, llegarían a hacer ilusorios los derechos de los acreedores quirografarios.

Finalmente, la tercera condición impuesta por el Proyecto para que sean privilegiados los créditos de que nos ocupamos no es sino una consecuencia de la prosecución en los principios informativos del Proyecto en relación con los créditos privilegiados; se habla, efectivamente, de conservación de la nave y de continuación del viaje. La conservación de la garantía común es la razón principal que hace a los créditos llegar a ser privilegiados. Y la continuación del viaje, desde el momento que hace posible se termine la empresa marítima iniciada, tiene también una importancia decisiva en la cuantía de aquella garantía, la cual se compone no solamente de la nave, sino también de los fletes; y éstos no serán plena y completamente exigibles hasta que la nave no concluya el viaje para el cual se ha contratado el fletamento.

Las sumas o facilidades que el Capitán haya obtenido para las necesidades efectivas de la conservación de la nave y la continuación del viaje han contribuido, como dice Boistel (41), a salvar la garantía común, y han permitido a la nave llegar al puerto donde podrá incluso realizarse la venta de la misma. Por esto han rendido un servicio importantísimo a todos los acreedores precedentes; he aquí la razón por la cual estos créditos vienen agrupados entre los privilegiados.

* * *

Hemos con esto terminado de ocuparnos de los créditos privilegiados admitidos en el Proyecto e intentado justificarlos individualmente. Y no creemos deber ocuparnos de aquellos otros créditos, en otras legislaciones y aun en el mismo Código de Comercio italiano reconocidos como privilegiados, desde el momento que en estas notas nos hemos propuesto ocuparnos únicamente de los créditos privilegiados y de su justificación, únicamente en relación con el Proyecto de Código marítimo italiano de 31 de Julio de 1931.

ANTONIO BOUTHELIER ESPASA,

Doc. r en Derecho.

(41) Véase ob. cit., núm. 1.131, pág. 834.

Mi grano de arena (*)

El anteproyecto de ley Hipotecaria, cuya redacción encargó a la Comisión Jurídica Asesora el entonces Ministro de Justicia, nuestro compañero D. Vicente Cantos, ha sido desde aquella fecha (Junio de 1934) objeto de preferente atención por parte de la Subcomisión de Derecho Civil. Después de los jalones marcados para el comienzo de los trabajos por su Presidente, D. Jerónimo González, se empezaron a examinar y discutir detenidamente las ponencias que se terminaron antes y que estaban redactadas en forma de bases, para fijar primero lo fundamental, las orientaciones, y desbrozado ya el camino, poder desarrollar en el articulado los puntos en que hubiera conformidad o criterio de mayoría.

La ponencia que primero se presentó fué la que sirve de motivo a este trabajo sobre el «Modo de llevar el Registro», en la que se incluye también lo referente a la organización de la carrera, por no caber esta materia en el contenido de ninguna de las otras ponencias. Se redactó un poco de prisa, a fin de poder suministrar trabajo para comenzar las sesiones; terminado su examen, después de tres meses de estudio y discusión, se entregó la notabilísima de D. Fernando Campuzano, que ya conocen los compañeros por haberse publicado íntegra en esta Revista, pasándose después a la lectura y discusión de la de D. José Luis Díez Pastor, que la presentó ya articulada, y que, como suya, revela una labor y cultura extraordinarias, al mismo tiempo que un perfecto conocimiento de la materia.

Estaba comenzando a discutirse cuando la Comisión Jurídica Asesora fué disuelta, organizada en forma nueva y licenciados la

(*) Ponencia presentada en la Comisión Jurídica Asesora sobre reforma de la ley Hipotecaria.

mayor parte de los que durante casi cuatro años hemos puesto en los trabajos que nos fueron encomendados, nuestro entusiasmo y nuestra actividad. Ignoro qué suerte cabrá a ese anteproyecto de ley Hipotecaria, pero cualquiera que sea, me creo obligado a decir al Cuerpo de Registradores que yo quise aportar a esa reforma mi grano de arena, en que se condensaban gran número de cosas de las que hace muchos años han constituido los más queridos ideales de todos nosotros.

No es realmente completa la ponencia, pues la prisa por terminarla, a causa de la razón antes apuntada, hizo omitir algunos puntos, la supresión de las fianzas, por ejemplo, que hubieran ido después al articulado, sin contar con que no quise referirme a las materias que entiendo no es preciso reformar, pero, como digo antes, contiene soluciones en las que creo estamos conformes todos los Registradores de la Propiedad.

Como más especialmente para éstos son esta explicación y estos renglones, no necesito fundamentar ninguna de las bases propuestas, porque, desde luego, todos las entienden perfectamente y todos las sienten como yo. En el modo de llevar los Registros sólo he de llamar la atención sobre dos materias: una, los índices; otra, la necesidad de limitar la extensión de las inscripciones.

Los índices constituyen el coco de los Registros; sus deficiencias, difícilmente evitables en el sistema actual, son un peligro constante para el Registrador; ya lo he dicho en otras ocasiones y lo repito ahora; si se quieren índices con garantías y de los que puedan ser eliminadas las fincas que no tengan ya existencia real, hay que ir al sistema de fichas, claro, cómodo y seguro, tomando cuantas garantías se crean precisas para establecerle y dando un plazo y unas reglas para pasar del antiguo al nuevo sistema con el menor gravamen posible para los titulares.

Hay que reducir también las inscripciones limpiándolas de cosas inútiles, de repeticiones y de formulismos innecesarios, y ello no sólo con vista a la facilidad para los efectos de publicidad (búsquedas, manifestaciones, certificaciones) y de la posible reducción de personal, sino ante el grave problema del aumento de los libros en los Registros, en muchos de los cuales ha de constituir, dentro de pocos años, una dificultad de solución difícil.

En lo que afecta a la organización de la carrera, me fijaré tam-

bién en otros dos puntos: la necesidad de que nuestro Cuerpo se desligue de toda dependencia del Poder judicial, y, como consecuencia, que en los recursos gubernativos, aparte del de reforma ante el propio Registrador, no haya más que una instancia ante la Dirección general.

De lo primero no necesito convencer a nadie, porque estamos convencidos todos. No significa ello ni desvío, ni menosprecio, ni siquiera desconsideración hacia el Poder judicial, ni en relación con los dignísimos compañeros que le integran; es que el Cuerpo de Registradores puede ya considerarse mayor de edad, con función propia y esfera de acción perfectamente determinada, con un Centro directivo modelo de organismos oficiales, de competencia y austeridad notorias, plantel de hombres ilustres antes y ahora, y con un organismo nuevo, el Colegio Oficial, que en sucesivos desenvolvimientos puede llenar funciones encomendadas antes a autoridades de otro orden.

Consecuencia de esto ha sido la idea de llevar a los recursos gubernativos la tramitación que, como el desligamiento de toda dependencia del Poder judicial, se ha ensayado ya con gran éxito en el Registro Mercantil.

Fuera de estas materias, y aunque quizá no encajan bien en el contenido de esta ponencia, por si no podían incluirse tampoco en ninguna otra, van otras dos: una, referente al modo de limpiar el Registro de cargas y gravámenes que no tienen realidad; otra, a evitar las reclamaciones de índole civil contra los Registradores cuando el interesado tiene un recurso gubernativo que poder entablar. La primera viene a llenar una necesidad sentida, a fin de que el Registro no esté en contradicción con la verdadera realidad jurídica y no constituya, por sí mismo, un obstáculo que impida el acceso a él por virtud de asientos que debían estar cancelados.

El procedimiento sencillo creemos que contiene bastantes garantías para el titular de los asientos que puedan cancelarse, ya que aunque se sigue fuera de la esfera judicial, entra en ella si aquél se opone a la cancelación.

La Base XXIII tiende a dar garantía de independencia al Registrador, asegurándole que no se intentará contra él reclamación de responsabilidad civil cuando contra su resolución quepa recurso gubernativo, si éste no se ha entablado y resuelto. Viene a fijar y

concretar la doctrina de la exposición de motivos del Real decreto de 8 de Agosto de 1901, de la Real orden de 5 de Marzo de 1929 y del último párrafo del artículo 67 del Reglamento del Registro Mercantil.

Y dada esta concisa explicación a que moralmente me creo obligado para con mis compañeros, va a continuación la ponencia, tal y como fué presentada.

B A S E S

LIBROS

I

Se conservarán los libros Diario y de Inscripciones en la forma actual. Su encasillado sencillo nos parece preferible a los modelos alemán y suizo y permite detallar mejor la índole y circunstancias de los documentos presentados y de los actos y contratos en ellos contenidos.

También se conservará el sistema de doble numeración de los libros: una general, de todos los de cada Registro, y otra especial, para cada término municipal o sección.

II

Seguirá llevándose el libro de Incapacitados, el de Honorarios y el de Estadística, pero acomodándose este último a nuevo modelo, en consonancia con el Arancel vigente.

El libro de anotaciones de suspensiones de mandamientos judiciales dictados en causa criminal y de embargos administrativos por débitos a la Hacienda pública (artículo 242 del Reglamento), no ha dado resultado alguno en la práctica, y es sólo una rémora para la buena marcha de las oficinas. Si las fincas embargadas están inscritas a favor del procesado o deudor, la anotación de suspensión debe tomarse en la propia hoja de las fincas; pero, si no lo están, ese asiento, con encasillado deficiente, de escasa duración (sesenta días, que nunca se prorrogan) y que no se lleva a índices, no tiene ninguna eficacia práctica más que la de crear, posiblemente, alguna grave responsabilidad al Registrador.

*Tiene la finalidad de evitar que el
Registro se llene de asuntos inútiles.*

III

Hay que ir a una rápida transformación de los índices; éstos, que son la verdadera llave del Registro, están muy descuidados en las oficinas por causa, principalmente, de las interinidades perturbadoras y desmoralizadoras del servicio, y, aun en las que se llevan bien, siempre resultan recargados por la enorme balumba de fincas muertas que dificultan enormemente las operaciones de busca.

Se imponen los índices de personas y de fincas rústicas y urbanas por ficheros, de los que naturalmente se irán eliminando todas las fincas que resulten inexistentes por virtud de agrupaciones, segregaciones u otras causas, comenzando inmediatamente el sistema, no sólo para las de nueva inmatriculación, sino para todas las en que haya de practicarse alguna operación en lo sucesivo. Para las restantes puede darse un plazo prudencial, a fin de que a su terminación estén todos los índices completos y modernizados.

LEGAJOS Y LIBROS CERRADOS

IV

El enorme volumen que forman los legajos archivados en las oficinas durante setenta años, crea a éstas un enojoso problema de locales y de ordenación difícil de solucionar. Esos legajos son, además, absolutamente inútiles.

Debe, desde luego, prescindirse de archivar documentos que tienen matriz; por tenerla resulta inútil conservar las copias simples de las escrituras de cancelación. Las certificaciones del Registro civil y del de actos de última voluntad, realmente también tienen matriz, y el conservarlas archivadas, cuando no vayan insertas en los documentos públicos presentados a inscripción, sólo puede representar una garantía para el Registrador por la posible equivocación, o mala fe, del funcionario que las expida.

El legajo de cartas de pago debe suprimirse, como se ha suprimido ya en el Registro Mercantil. Para garantía del fisco basta con que el Registrador se asegure del pago del impuesto y consigne,

en la inscripción, la autoridad que expide la carta de pago, su fecha y número, sin que deba ser preciso siquiera indicar la cantidad pagada.

Como consecuencia, no deben quedar más legajos que el de documentos privados y el de mandamientos, éste sólo porque, dado el habitual desorden de los archivos judiciales y de los de Hacienda, la conservación del duplicado es la única garantía del Registrador.

Convendría también autorizar la quema de todos los legajos archivados hoy en los Registros de la Propiedad.

V

Los libros de las antiguas Contadurías de Hipotecas constituyen una molesta impedimenta para los Registros, no tienen ya hoy utilidad alguna, y en muchos, por falta de local, se están estropeando y aun pudriendo.

Debería ordenarse su traslación a las oficinas provinciales de Hacienda o a las Audiencias, donde hay local fijo para archivo del Estado.

El libro talonario de recibos, inútil y perturbador, debe suprimirse; no hay ninguna razón para que el Registrador tenga que consignar sus honorarios al pie del título y luego en un recibo aparte, y menos, porque ello es tan engorroso como inútil, que tenga que consignar en todos los asientos que practique el número del talón y del talonario.

ASIENTOS

VI

De los asientos del Diario, que hoy se lleva bastante bien, hay que eliminar la firma obligatoria del presentante, aunque se deje a éste el derecho de estamparla, si lo desea, y aun de pedir recibo de la presentación, y el carácter de mandatario que casi siempre se atribuye al presentador.

VII

Además de conservar la división de las inscripciones en extensas y concisas, se impone la necesidad de abreviarlas todas. Ello no sólo facilitará las operaciones registrales, sino que hará mucho más sencilla la publicidad en su doble concepto de manifestación y certificación.

Aun apartándonos de la época anterior a 1888, en que casi todas las inscripciones son verdaderas transcripciones, modernamente los asientos son demasiado extensos; de una parte, porque suelen relacionarse en ellos actos, condiciones y aun contratos de carácter puramente personal o que, aun siendo de carácter real, no afecta directamente a la finca que se inscribe, y de otra, por la relación de documentos complementarios que en algunos casos de inscripciones de herencias, o en la que están interesadas sociedades, son interminables.

Para evitarlo habrá de prohibirse que en las inscripciones se consignen convenios, condiciones o contratos de carácter personal, y aun los de carácter real ajenos a la finca objeto de la inscripción, y en la relación de documentos por cuya virtud se verifica esa inscripción habrá que prescindir de los que van a su vez relacionados en el principal y da fe de su existencia un funcionario con facultades para darla.

La relación de cargas suele ser uno de los motivos de que las inscripciones alcancen mayor extensión, ya que esa breve relación a que se refiere la regla 5.^a del artículo 61 del Reglamento, por muy breve que sea, resulta larguísima si son numerosos los gravámenes. Ello podría remediarse con suprimir tal relación y decir sencillamente que la finca estaba afecta a las cargas que expresan las inscripciones tal y cual de este número.

VIII

El contenido de las inscripciones concisas está perfectamente determinado en el artículo 93 del Reglamento Hipotecario, pero es preciso que en la práctica se atengan a ese contenido y que, si estos

asientos han de ser concisos como su propio nombre lo indica, en la relación de documentos, que es lo que principalmente los alarga, sólo debe hacerse mención del documento principal que produce la inscripción, si es un contrato, la escritura en que conste, si es una herencia, el testamento o la declaración de herederos, en su caso.

IX

En las cancelaciones optamos porque las concisas se hagan por nota marginal, como se hacían antes de la vigencia del actual Reglamento Hipotecario.

Los inconvenientes que este sistema pueda tener están contrarrestados por dos ventajas: una, la claridad, puesto que la nota de cancelación acompaña a la inscripción misma, y aun puede reforzarse ese aspecto poniendo a la nota un epígrafe que diga «Cancelación parcial» o «Cancelación total», y cruzando en este último caso, con tinta roja, el asiento cancelado; la otra ventaja es la baratura, muy de tener en cuenta, ya que el gasto general de las cancelaciones por derechos reales, timbre y demás, es excesivo.

ORGANIZACIÓN

X

Ha de ser principio fundamental de la reforma la completa separación de Registros y Registradores de toda dependencia del Poder judicial, tanto en la jerarquía como en la inspección y en la jurisdicción disciplinaria, sistema ya ensayado, sin complicación alguna, en cuanto al Registro Mercantil.

Por virtud del anterior principio, la organización de los Registros y del Cuerpo de Registradores de la Propiedad tendrá por base la jurisdicción del Ministro, la de la Dirección General y la del Colegio Oficial.

XI

Se conservarán las facultades que a la Dirección General de los Registros y del Notariado confiere el artículo 267 de la vigente ley Hipotecaria.

XII

La inspección de los Registros estará a cargo de la Dirección y del Colegio, y se ejercerá, bien por los propios funcionarios de aquélla, por los Registradores a quienes la Dirección pudiera encomendar la práctica de ese servicio, o por los Delegados y Subdelegados de dicho Colegio.

XIII

La Dirección General podrá ordenar las visitas que estime convenientes a los Registros de la Propiedad, así como también el Colegio Oficial, pero quedan suprimidas las trimestrales actuales, debiendo procurarse sólo que cada Registro sea visitado, al menos, una vez cada tres años.

Cuando el visitador no sea un Oficial técnico del Centro Directivo, ni un Delegado o Subdelegado del Colegio, habrá de tener categoría igual o superior al visitado.

XIV

Las correcciones que podrán ser impuestas a los Registradores de la Propiedad son las siguientes:

Primera, apercibimiento; segunda, reprensión; tercera, multa hasta 1.000 pesetas; cuarta, suspensión en el cargo por plazo de uno a tres meses; quinta, privación de ascenso por un año; sexta, traslación forzosa.

El Ministro podrá imponer, por las causas que respectivamente se determinarán en el Reglamento, cualquiera de estas correcciones. La Dirección General las cuatro primeras, y el Colegio Oficial de Registradores las tres primeras solamente.

Los Registradores podrán, además, ser separados del Cuerpo por el Ministro de Justicia en expediente en que sea oído el inculcado, cuando incurran en alguna de las causas que señalan los números 1, 2, 5 y 8 del artículo 449 del Reglamento Hipotecario.

XV

Para ser nombrado y tomar posesión del cargo de Registrador de la Propiedad bastará tener la edad de veintitrés años cumplidos y reunir las demás circunstancias que la Ley actual exige.

Tendrán el propio concepto y tratamiento que dicha Ley determina.

XVI

A los Registradores de la Propiedad que vayan a ocupar el cargo por primera vez, dará posesión la Junta Directiva del Colegio Oficial, ante la cual harán la correspondiente promesa.

A los que sean designados para un nuevo Registro, les dará posesión el que interinamente desempeñe la vacante que vayan a ocupar.

XVII

La jubilación de los Registradores de la Propiedad será forzosa cuando hayan cumplido setenta años de edad. Podrán también jubilarse voluntariamente por imposibilidad física e intelectual o por haber cumplido sesenta y cinco años.

XVIII

Desaparecerá la categoría de los Registros de la Propiedad y quedará sólo la personal de los Registradores en la siguiente forma:

Registradores de la Propiedad (categoría especial), número 1 al 10 del Escalafón.

Registradores de primera clase, números 11 al 85 inclusive.

Registradores de segunda clase, números 86 al 188.

Registradores de tercera clase, números 189 al 325.

Registradores de cuarta clase, números 326 al final.

XIX

La provisión de Registros se hará siempre en el de mayor antigüedad de los solicitantes.

PURIFICACIÓN DEL REGISTRO EN RELACIÓN CON INSCRIPCIONES
MUERTAS Y GRAVÁMENES

XX

Para la inmatriculación de fincas nuevas y para la libre contratación sobre las ya inmatriculadas, constituye un obstáculo insuperable la existencia de una masa enorme de fincas y gravámenes muertos, ya porque no tienen existencia real, ya porque, aun teniéndola, la existencia de una inscripción vieja cuyo tracto sucesivo no se puede llenar ha obligado a que su vida se desenvuelva forzosamente fuera del Registro.

Cuando por virtud de las disposiciones hipotecarias vigentes con anterioridad a la reforma de 1909 se podía inscribir la posesión aun con asiento contradictorio, era posible orillar esas dificultades; hoy, que no es permitido hacerlo, ni pueden inscribirse tampoco los documentos públicos al amparo del artículo 20 de la Ley cuando hay inscripción contradictoria, y que ni aun el expediente de dominio, entre otras razones por su carestía y largo trámite, resuelve el problema, puede afirmarse que no tiene realmente solución.

Pero hay que buscársela si se quiere tener sometida toda la propiedad territorial al régimen hipotecario, y para ello es forzoso cambiar bastante el hermetismo del sistema y truncar un poco esa invulnerabilidad de la inscripción que impide sea cancelada sino por los medios y con las garantías del título IV de la Ley.

No creemos pueda hacerse esto mientras viva el titular según el Registro, pero sí en caso de que se acredite su muerte y haya transcurrido un plazo, que pudiera ser el de veinte años, sin que la transmisión a favor de los herederos o derechohabientes se haya hecho constar en dicho Registro. Para las hipotecas, estos veinte años sólo deberían contarse desde la muerte del titular si el plazo de vencimiento fuera anterior a esa muerte, pues, de ser posterior, los veinte años se contarían desde que la obligación fuera exigible.

Ahora bien, para que esta solución tuviera viabilidad, habría que alejar el procedimiento de toda intervención judicial. Tendría que ser un expediente muy sencillo ante el Registrador, sin otros trámites que la instancia del interesado con los documentos accredi-

tativos de la muerte del titular y del derecho del actor ; citación a los herederos de aquél si fueren conocidos ; colocación de edictos en el lugar en que radicarán los inmuebles, en el *Boletín Oficial* de la provincia y aun en la *Gaceta de Madrid*, según la cuantía, y señalamiento de un plazo para formalizar la oposición, que en ese caso, por hacerse contencioso el asunto, saldría de la esfera de acción del Registrador y pasaría a la de los Tribunales de Justicia.

Transcurrido el plazo sin oposición, el Registrador cancelaría las inscripciones o anotaciones y quedaría el dueño actual en libertad de inmatricular de nuevo su finca o de disponer de ella si el obstáculo era una hipoteca o una anotación.

MENCIONES

XXI

Las menciones de cargas no trasladadas, o que no se trasladen en el breve plazo que se fije, deben cancelarse totalmente a instancia del titular de la finca a que afecten, cumpliéndose así lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley de 21 de Abril de 1909, que no admitía los distingos y limitaciones que, por disposiciones puramente gubernativas, se han decretado después.

RECURSOS

XXII

El recurso gubernativo habrá de entablarse dentro del plazo de tres meses, a contar de la fecha de la nota de calificación contra la cual se recurra, preparándolo por medio de un escrito dirigido al Registrador, en el cual se expresarán sucintamente los hechos y fundamentos de derecho respectivo, se fijarán con claridad y precisión los extremos de la nota que sean objeto de impugnación y se terminará solicitando la reforma, en todo o en parte, de la calificación, y, subsidiariamente, para el caso de desestimarse la reforma, que se tenga por interpuesto el recurso.

Al escrito se acompañarán los documentos calificados por el Registrador, pero no otros nuevos que no hayan sido examinados pre-

viamente por este funcionario, y, en su caso, el documento que acredite la representación que ostente el promovedor del recurso.

De todo se expedirá el recibo correspondiente, haciendo constar el día de la entrega.

En el recurso sólo podrán ser discutidas las cuestiones que se relacionen, directa o indirectamente, con la calificación del Registrador, debiendo desestimarse las peticiones basadas en otros motivos, o en documentos no presentados en tiempo y forma.

El Registrador, dentro del plazo de quince días hábiles, a contar del de la presentación del escrito preparando el recurso, dictará acuerdo reformando en todo o en parte, o manteniendo la calificación.

En el caso de reforma, extenderá los asientos solicitados si no mediaren otros defectos.

En los demás casos tendrá por interpuesto el recurso y elevará el expediente a la Dirección General.

El acuerdo deberá ser claro, preciso y congruente con las pretensiones deducidas, y en él mantendrá o reformará la calificación, expresando, en su caso, qué defectos se estiman subsistentes, salvo que se declare la falta de personalidad en el recurrente, en cuyo caso se limitará a este punto el acuerdo.

Cuando éste sea denegatorio, el Registrador elevará el expediente a la Dirección General dentro del quinto día de la fecha de aquél.

La Dirección General deberá resolver el recurso dentro del plazo de los dos meses siguientes a la fecha en que oñren en aquel Centro todos los documentos necesarios para resolverlos.

RESPONSABILIDADES

XXIII

Cuando la responsabilidad civil en que haya podido incurrir un Registrador dimane de un acto de resolución contra el que quepa la interposición del recurso gubernativo, sin que éste se entable y resuelva no podrá exigirse esa responsabilidad.

JULIÁN ABEJÓN,
Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

HONORARIOS DE LOS REGISTRADORES. LOS DEVENGADOS POR LAS INSCRIPCIONES PRIMORDIALES DE CONCESIÓN DE SALTOS DE AGUA ESTÁN BIEN REGULADOS AL TOMAR, A FALTA DE VALOR Y DE OTROS MEDIOS DE OBTENERLO, COMO BASE LA FIJADA POR LA ADMINISTRACIÓN PARA LIQUIDAR EL IMPUESTO DE DERECHOS REALES CORRESPONDIENTE A LA CONCESIÓN, Y NO, COMO SE PRETENDE DE CONTRARIO, AL FIJADO POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN SENTENCIA RESOLVIENDO RECURSO CONTRA LIQUIDACIONES GIRADAS POR CONSECUENCIA DE ESCRITURA DE VENTA DE DICHAS CONCESIONES A UNA SOCIEDAD. NO ES ACUMULABLE A LA BASE DETERMINADA POR EL PROCEDIMIENTO ARRIBA DICHO CANTIDAD ALGUNA EN CONCEPTO DE PLUSVALÍA, POR EL SENTIDO RESTRICTIVO CON QUE HA DE INTERPRETARSE EL ARANCEL Y NO AUTORIZARLO LAS REGLAS 2.ª Y 3.ª DEL MISMO. LA MISMA BASE DEBE SERVIR PARA REGULAR LOS HONORARIOS CORRESPONDIENTES A LA TRANSMISIÓN DE LAS CONCESIONES, POR TRATARSE DE INSCRIPCIONES POSTERIORES QUE SE REALIZAN DENTRO DE LOS CINCO AÑOS QUE SEÑALA LA REGLA 12.ª DEL ARANCEL PARA QUE PUEDA TENERSE EN CUENTA EL VALOR QUE RESULTE DE LAS ANTERIORES. LAS INSCRIPCIONES DE REFERENCIA RESULTAN, CONTRA SU NEGATIVA, SOLICITADAS POR LA SOCIEDAD RECURRENTE, Y SIN ENTRAR A RESOLVER, POR NO SER MATERIA PROPIA DE UN EXPEDIENTE DE IMPUGNACIÓN, SI ES REGLAMENTARIA SU EXTENSIÓN, TIENEN HONORARIOS FIJOS, CUYO MAYOR O MENOR EXCESO, AUTORIZADO POR UNA LEY, NO CABE DISCUTIR. *Resolución de 20 de Diciembre de 1933.*

- LA BASE REGULADORA DE LOS HONORARIOS ES LA DETERMINADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO, POR SER LA QUE EN DEFINITIVA HA SIDO ADOPTADA PARA LA LIQUIDACIÓN DEL IMPUESTO DE DERECHOS REALES EN UN CONTRATO, Y CON ARREGLO A ELLA DEBEN SER RECTIFICADOS. LAS INSCRIPCIONES DE REFERENCIA, UNAS FUERON SOLICITADAS POR LA SOCIEDAD RECURRENTE Y OTRAS DEBE ESTIMARSE QUE TAMBIÉN FUÉ PROCEDENTE PRACTICARLAS, Y SUS HONORARIOS, SEAN O NO DESPROPORCIONADOS, SÓLO PUEDEN SER MODIFICADOS POR UNA LEY.

Orden del Ministerio de Justicia de 18 de Febrero de 1935. (Gaceta de 23 de Febrero.)

En los Registros de la Propiedad de Cervera del Río Pisuerga y Saldaña se practicaron inscripciones primordiales de aprovechamientos hidráulicos (cinco en el primero y uno en el segundo), de varias ventas e inscripciones de referencia, y para regular los honorarios, a falta de valor declarado y en la imposibilidad de obtenerlo por ninguno de los medios establecidos en la regla 12 del Arancel, acudieron a la base fijada para la liquidación del impuesto de derechos reales correspondiente a la concesión de los saltos de agua, primera de las inscripciones que se practicaron, que fué de pesetas 12.733.852,64, a cuya base añadieron como incremento de valor 6.000.000 de pesetas a consecuencia del Real decreto de 25 de Junio de 1926, a cuyo amparo la Sociedad había adquirido derechos de gran estimación, fijando los titulares de dichas oficinas sus honorarios en 14.646,21 pesetas y en 3.404,60 pesetas, respectivamente.

La Sociedad de que se trata, «Unión Española de Explosivos», impugnó dichos honorarios fundándose en que la base para devengarlos debía ser no la señalada por la Administración para liquidar el impuesto correspondiente a las concesiones, sino la fijada por el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de Noviembre de 1923, determinadora de la cantidad por la que debía liquidarse la venta que de las concesiones hizo D. Elpidio Bartolomé a dicha Sociedad, o sea la suma de 402.280 pesetas; en que no podía atribuirse por el momento a las concesiones el valor que como sobreprecio le añadían los Registradores, y en que las inscripciones de referencia, además

de tener unos honorarios elevados, ni se habían solicitado ni procedía su extensión.

Informaron los Registradores y el Presidente de la Audiencia, éste en el sentido de que procedía rebajar los honorarios en la proporción que resultara de evaluar las concesiones en la forma últimamente dicha, y la Dirección general resuelve en la forma expuesta en el encabezado, con los siguientes considerandos:

La impugnación formulada por la Sociedad Anónima «Unión Española de Explosivos» exige para su resolución el examen y determinación de las siguientes cuestiones: a) Si ha debido tenerse en cuenta para regular los honorarios de las inscripciones primordiales de concesión la base fijada por la Administración para liquidar el impuesto de derechos reales correspondiente a la concesión de los seis saltos de agua, tesis mantenida por los Registradores, o si, como sostiene la Sociedad reclamante, han debido regularse por el valor establecido como base para girar las liquidaciones de dicho impuesto, a que estaban sujetas las escrituras de cesión otorgadas por el primitivo concesionario, D. Elpidio Bartolomé, a favor de la misma Sociedad, computada dicha base por la cantidad fijada en la Sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 27 de Noviembre de 1923; b) Si es pertinente, como pretenden los Registradores, la adición a una u otra base de la cantidad en que éstos estiman la plusvalía experimentada por las concesiones, como consecuencia de lo que estatuye el Real decreto de 25 de Junio de 1923; c) Cuál ha de ser el valor que se compute para la regulación de los honorarios correspondientes a las inscripciones primordiales de la cesión de las concesiones, y a las de las escrituras de ratificación y novación; d) Si son procedentes y, por consiguiente, se hallan reglamentariamente extendidas las inscripciones de referencia, y bien regulados, en caso afirmativo, los honorarios a ellas aplicables.

Si bien fué rebajada por el Tribunal Supremo la base que la Administración fijó para la liquidación y exacción del impuesto de derechos reales, computándola aquél con arreglo a las normas establecidas en el Real decreto de 2 de Mayo de 1922, a las que dió preferencia, aun sobre el valor declarado por la «Unión Española de Explosivos», es absolutamente preciso tener presente que dicha sentencia recayó en virtud de demanda contenciosoadministrativa promovida por dicha Sociedad con el fin de obtener la reducción de la

base fijada por la Administración para la liquidación y exacción del impuesto correspondiente a la transmisión o cesión de las concesiones; sin que afectara ni pudiera afectar a la que se tuvo en cuenta, y la Administración fijó, para la liquidación del impuesto satisfecho por las concesiones mismas, por cuya razón los Registradores de la Propiedad de Cervera del Río Pisuegra y Saldaña, que hubieron de inscribir las concesiones administrativas como trámite ineludible y previo para la inscripción posterior de las escrituras de transmisión, no se hallaban constreñidos a regular sus honorarios con sujeción a un valor fijado para la liquidación del impuesto a que estaba sujeto un acto jurídico distinto del que era objeto de la inscripción, máxime cuando éste también lo había devengado, sin que se hubiera reclamado ni impugnado su cuantía, ni la base sobre que se giró, como así se comprueba con las certificaciones que el Registrador de Cervera une a su informe, sin que sea pertinente entrar en la cuestión de si es o no reglamentaria la aplicación de la base del impuesto de derechos reales, después de publicado el vigente Arancel, porque aun cuando la solución a que tal problema se diera hubiera de ser negativa, es forzoso reconocer que en el caso puesto a debate en este expediente, este Centro, al conocer de la impugnación, no tendría medio hábil para regular los honorarios por procedimientos distintos del empleado; a más de que en este punto concreto existe conformidad entre la Sociedad reclamante y los Registradores, que están de acuerdo en la procedencia de aplicar la base de derechos reales como medio de regulación de los honorarios, discrepando únicamente en que la primera considera que esa base debe ser la reducida por la sentencia, en tanto que los segundos entienden que debe aplicarse la fijada para la liquidación del acto jurídico de concesión administrativa.

Una vez obtenido el valor de las concesiones, era inexcusable la aplicación al mismo del número y escala correspondiente del Arancel, sin adicionar cantidad alguna en concepto de plusvalía, ya que cualquiera que fuera el fundamento que tuvieran los Registradores para estimar la existencia de un incremento de valor en las concesiones hidráulicas, como consecuencia de las disposiciones contenidas en el Real decreto de 25 de Junio de 1926, es inconcuso que la interpretación del Arancel y sus reglas debe hacerse en sentido restrictivo, según ya tiene declarado este Centro en su Resolución de

14 de Diciembre de 1923, e igualmente se deduce de las reglas 2.ª y 3.ª del Arancel, que sólo admiten la agregación al valor de la finca transmitida, del importe de las hipotecas que hayan de quedar subsistentes, prohibiendo la adición del valor de los censos, pensiones y demás gravámenes de naturaleza perpetua, temporal o redimible, a más de que en el caso controvertido, como hace notar el Presidente de la Audiencia en su informe, la estimación de la plusvalía habría de depender de factores de carácter aleatorio que estorban su exacta y justa valoración, reconociéndolo así, en cierto modo, los Registradores, puesto que consideran que, en realidad, el aumento de valor experimentado por las concesiones es muy superior al que han computado para la regulación de honorarios, de donde se deduce que carecían de datos para precisarlo con exactitud, con lo cual todo cálculo que con bases tan inseguras, deficientes y problemáticas realizarán, estaría, por lo menos, expuesto a error y a que pudiera ser calificado de inexacto.

Fijada la base para la regulación de honorarios correspondientes a las inscripciones primordiales de concesión administrativa, no existe dificultad alguna para la determinación de la correspondiente a las inscripciones primordiales de la transmisión efectuada a favor de la «Unión Española de Explosivos» y de las de ratificación y novación, estimándola en la misma cuantía que la fijada para regular los honorarios de las primeras—concesión—, ya que las inscripciones primeramente extendidas lo fueron pocos días antes de la cesión o transmisión, y, por consiguiente, dentro de los cinco años que son precisos, según la regla 12.ª del Arancel, para que pueda tenerse como válido para la regulación de honorarios el valor que resultare de las inscripciones precedentes.

La regla 10.ª del Arancel establece para las inscripciones de referencia los honorarios fijos de 100 pesetas. Carecen de base legal las alegaciones de la entidad reclamante, que considera excesivos tales honorarios y desproporcionados a los que se devengan por las inscripciones primordiales, y aun cuando podría eludirse la cuestión, que también plantea, de si era o no reglamentaria su extensión, ya que este problema no tiene su marco adecuado de resolución en los estrechos límites de un expediente de impugnación de honorarios, conviene recordar, con el objeto de hacer patente la incongruencia de la Sociedad reclamante al poner a debate tal cuestión, que en los

asientos de presentación de los documentos en los dos Registros de la Propiedad forzosamente se habrán hecho constar las operaciones solicitadas, con la conformidad y firma de la persona que en nombre de la entidad hiciera la presentación; que por el Registrador de Cervera del Río Pisuerga se extendió la certificación necesaria para practicar las inscripciones de referencia, certificación de la que hizo uso la «Unión Española de Explosivos», presentándola con ese exclusivo fin en el Registro de la Propiedad de Saldaña, a más de que no cabe desconocer lo dispuesto en los artículos 43 y 68 del Reglamento hipotecario, que distinguen las inscripciones primordiales y de referencia de las concesiones administrativas, de aquellas otras inscripciones que con posterioridad pueden extenderse, de las obras realizadas y en virtud de las escrituras que a tal efecto se otorguen.

* * *

La Sociedad Anónima «Unión Española de Explosivos» elevó escrito al Ministerio de Justicia recurriendo en alzada contra la resolución que precede, por estimar que tal acuerdo no es definitivo, y el Ministerio acuerda en el sentido expresado en el correspondiente epígrafe, quedando con ello reducidos los honorarios de 11.561,43 pesetas y 2.677,25 pesetas en que los había fijado la Dirección para los Registradores de la Propiedad de Cervera del Río Pisuerga y Saldaña a 2.920,63 y 1.971,20 pesetas, respectivamente, con los siguientes considerandos:

Por razón de inexcusable congruencia, únicamente se deben resolver en esta alzada los dos extremos a que la misma se contrae, sintetizados al final del número 2.º del escrito de interposición del recurso: primero, qué valor ha de servir para graduar los honorarios por las inscripciones primordiales y por las sucesivas relativas a las concesiones hidráulicas, y segundo, si fué o no procedente practicar las inscripciones de referencia y consiguientemente si se han devengado o no honorarios por las mismas.

En cuanto al primer extremo, por no haber obtenido los Registradores de la Propiedad—excepto el de Cervera del Río Pisuerga, respecto a cinco fincas compradas por la Sociedad Anónima «Unión Española de Explosivos» al mismo tiempo que las concesiones de los saltos de agua—, la nota firmada por el presentante, expresiva

del valor de las concesiones que autoriza la regla 12 del Arancel, se estimó aplicable por todos los interesados para la fijación de honorarios la norma consignada en el artículo 470 del Reglamento hipotecario, o sea *la base que haya servido para la liquidación del impuesto de Derechos reales*, utilizando al efecto dichos funcionarios la suma que se tuvo en cuenta en la Abogacía del Estado de Palencia para la liquidación del impuesto por las concesiones otorgadas a D. Elpidio Bartolomé Lombraña, la cual ascendió a pesetas 12.733.852,64, incrementadas en el Registro de Cervera con pesetas 4.113.992,58 y en el de Saldaña con 969.821,88 pesetas por razón de plusvalía que coligieron ambos funcionarios de las prescripciones contenidas en el Decreto de 25 de Junio de 1926; y en las siguientes inscripciones de transmisión de las concesiones y de ratificación y en parte novación, aplicaron la misma base total, al amparo de lo prevenido en la citada regla 12, la cual faculta a los Registradores para tomar como valor de los bienes o derechos el declarado o comprobado que resulte de las inscripciones precedentes practicadas en el último quinquenio.

La base a los efectos del impuesto de derechos reales no puede ser otra que la que en definitiva haya sido adoptada para la liquidación del acto o contrato, y con arreglo a la cual se hayan fijado las cantidades realmente ingresadas en el Tesoro por el impuesto; es decir, la que se establezca por los competentes organismos administrativos o judiciales que tengan atribuciones para ello, con arreglo a las disposiciones por las cuales se rige el impuesto, o en virtud de los recursos entablados, ya resulte aumentada o disminuída la primeramente tomada por la oficina liquidadora, toda vez que lo contrario no se acomodaría a la letra ni al espíritu de dicha norma, la cual requiere indudablemente que la base sea la que en realidad sirvió para girar las liquidaciones y no otra, que si bien ha sido previamente señalada, fué finalmente dejada sin efecto.

Al dictarse la resolución recurrida no aparecía acreditado que la base adoptada por los Registradores había sido alterada varios años antes de practicarse las inscripciones, oscuridad a la cual contribuyó la Sociedad recurrente, presentando con los títulos las cartas de pago números 585 al 590, correspondientes a las liquidaciones números 1.423 al 1.428 del año 1920-21, giradas por la Abogacía del Estado de Palencia a cargo de D. Elpidio Bartolomé, por razón de

las concesiones de que se trata, toda vez que las citadas liquidaciones fueron anuladas, y en el año 1926 se devolvieron 66.596,25 pesetas, ingresadas de más, conforme a la base liquidable fijada en 402.280 pesetas por el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de Noviembre de 1923, fundada en las reglas establecidas con ciertos efectos retroactivos por el Decreto de 2 de Mayo de 1922 ; lo cual se patentiza con las certificaciones expedidas por la Abogacía del Estado y por la Intervención de Hacienda en la provincia de Palencia, y con el oficio del Tribunal de Cuentas, aportados durante la tramitación de la alzada en diligencias para mejor proveer ; y en su virtud, se desvaneció la duda que pudo suscitar el hecho de que la demanda inicial del pleito, irrevocablemente fallado por la calendada sentencia, fué interpuesta solamente por la Compañía cesionaria.

Por lo tanto, es indeclinable, de acuerdo con el informe del Presidente de la Audiencia, estimar que la base reguladora de los honorarios, así por la inscripción de las concesiones como por las inscripciones sucesivas, es la determinada por el más Alto Tribunal de la Nación, lo mismo si redunde en beneficio de la «Unión Española de Explosivos», que si redundara en favor de los Registradores ; y sin que sea necesario insistir en los acertados razonamientos de la resolución recurrida, conformes también con el dictamen presidencial acerca de la improcedencia de agregar a tal base las cantidades que los Registradores computaron en concepto de plusvalía.

Respecto a si han debido o no efectuarse las inscripciones de referencia de las repetidas concesiones, que, en cuanto a las extendidas en el Registro de Saldaña, reconoce la Sociedad recurrente que fueron solicitadas, presentando al efecto las certificaciones expedidas con dicho fin por el Registrador de Cervera del Río Pisuegra, en observancia de lo dispuesto en el artículo 63 del Reglamento, y aunque en forma alternativa manifiesta su conformidad con la obligación de abonar los respectivos honorarios ; y que, en cuanto a las inscripciones de la misma clase, llevadas a cabo en el Registro de Cervera, debe estimarse que también fué procedente practicarlas, porque es racional entender que, presentado en un Registro el título en que conste el otorgamiento de una concesión, las consecuencias de este hecho comprenden lo mismo las inscripciones primordiales que las de referencia, mientras no se exprese lo contrario en el asiento de presentación, toda vez que cada concesión constituye hipoteca-

riamente una sola finca y ambas clases de inscripciones están exigidas en el mencionado precepto reglamentario y en el anterior ; siendo de advertir que, en el presente caso, la presunción de que la parte recurrente deseaba que se extendiesen las inscripciones de referencia en el Registro de Cervera está perfectamente fundada en el hecho de haber solicitado y obtenido en el mismo las certificaciones aludidas, para que surtieran efecto en el Registro de Saldaña, y en que resultaría notoriamente anómalo que la repetida Compañía hubiese pedido las inscripciones de referencia solamente en el Registro en que no obraba la inscripción primordial, cuando la exigencia de tales inscripciones está ordenada para todos los casos en que la concesión se refiera a más términos municipales que el del punto de arranque, pertenezcan o no al mismo distrito hipotecario.

Las alegaciones de la parte recurrente acerca de si son desproporcionados los honorarios de 100 pesetas asignados a cada una de las inscripciones de referencia por la citada regla 10 del Arancel, especialmente en los casos en que sean superiores a los honorarios que se devenguen por las inscripciones primordiales, si bien marcan una orientación en Derecho constituyente que quizá deba tenerse en cuenta cuando se reformen las reglas arancelarias en el sentido de, sin perjuicio de conservar el límite máximo de las 100 pesetas, armonizar la diferencia de remuneración entre unas y otras, conforme al criterio que se sigue para las inscripciones extensas y concisas, carecen tales alegaciones de trascendencia al caso que motiva esta resolución, porque la regla 10 tiene fuerza de ley según el artículo 346 de la ley Hipotecaria, y sólo podrá ser derogada por otra ley, con arreglo a lo que preceptúa el artículo 5.º del Código civil.

COMENTANDO LA ANTERIOR RESOLUCION

Pocos en número, y sin ninguna trascendencia jurídica para el caso, son los argumentos que la Sociedad recurrente, no muy segura, al parecer, de su derecho de interponer recurso de alzada ante el Ministerio de Justicia contra Resolución de la Dirección general de los Registros y del Notariado, emplea para afianzar su opinión de que el acuerdo de ésta no es definitivo. Son : el artículo 482 del Reglamento de la ley Hipotecaria y sentencia de la Sala de lo Con-

tencioso administrativo de 7 de Abril de 1899, en relación con los artículos 214 y 310 del Reglamento de la Subsecretaría de dicho Ministerio, de 9 de Julio de 1917.

De este último, el artículo 214 se ocupa de términos y plazos, y el 310 se refiere a la forma en que ha de redactarse el escrito, uno de cuyos requisitos es, por cierto, el de demostrar que la competencia para tramitar corresponde a la Subsecretaría, con arreglo a lo dispuesto en el número que se cite del artículo 304. No dice la Orden si este requisito se ha cumplido. Creemos que no, porque precisamente el número 4.º de dicho último artículo atribuye a la Subsecretaría la tramitación de los recursos de alzada que procedan contra los proveídos dictados por una Dirección general «cuando expresamente se determine la competencia a favor de la Subsecretaría para tramitar dichos recursos». Y el artículo 307 dice que el Ministro dispondrá que informe el Director general respectivo y acordará si procede o no admitir o tramitar el recurso, después de oír a los interesados.

El artículo 482 que se cita tampoco puede servir a la Sociedad recurrente para apoyo de su pretensión, ya que, a través de sus párrafos cuarto y quinto, se puede ver que no hay contra el acuerdo del Centro directivo recurso alguno. En el cuarto, señala el camino a seguir por el que, una vez consignado el importe de los honorarios, reclama por estimarlos excesivos. Y termina afirmando que la «Dirección pedirá informe al Registrador y resolverá lo que estime más justo». Y en el quinto, para el caso de procedimiento de apremio por el Registrador y falta de conformidad del interesado con la cuenta de aquél, manda suspender el procedimiento y ordena al Juez que eleve la instancia a la Dirección «para la resolución oportuna».

Cierto que la Sentencia de 7 de Abril de 1899 dice que el fallo de la Dirección no pone término a la vía gubernativa; pero sobre ser única, y no formar, por ello, si fuera aplicable, que no lo es, jurisprudencia, al estudiar el asunto en que se dictó—aplicación por la Dirección de una Real orden con carácter general a las inscripciones de créditos hipotecarios—y, sobre todo, el artículo en que se apoya—267 de la ley Hipotecaria—, se viene en conocimiento de que lo que quiere decir es que corresponde a la Dirección resolver los recursos gubernativos «en cuanto no exijan disposiciones de carác-

ter general que deban adoptarse por el Ministro de Gracia y Justicia». O sea, que si la Dirección dictase una Resolución aplicando disposiciones de carácter general—que es el caso de la sentencia dicha—, cabría contra ella, y sólo en este caso, recurso de alzada.

Morell, en sus Comentarios, cita, sin añadirle apostilla alguna, dicha sentencia. El resumen de ésta puede hacerse así: «El Tribunal contencioso es incompetente para conocer de una resolución de la Dirección general de los Registros que, al resolver sobre una reclamación de honorarios de un Registrador, aplica la Real orden de 26 de Febrero de 1867 con carácter general a la inscripción de créditos hipotecarios, pues, según el artículo 267 de la ley Hipotecaria, las disposiciones de carácter general que se refieran a la inteligencia y ejecución de la misma Ley deben adoptarse por el Ministro de Gracia y Justicia, de donde se sigue que el fallo de la Dirección no pone término a la vía gubernativa.» Y el número 3.º del citado artículo dice que corresponde a la Dirección: «Resolver los recursos gubernativos que se propongan contra las calificaciones... y las dudas que se ofrezcan... acerca de la inteligencia y ejecución de esta ley, o de los Reglamentos en cuanto no exijan disposiciones de carácter general, que deban adoptarse por el Ministro de Gracia y Justicia».

* * *

Además de lo que se deduce de lo ya expuesto podemos citar la regla 15 del Arancel, según la cual incumbe el conocimiento de los expedientes de impugnación de honorarios, en todo caso, a la Dirección.

Tienen las resoluciones del Centro Directivo el mismo rango que las del Tribunal Supremo, se citan al par de ellas cuando de aportar jurisprudencia se trata, y como ellas está ordenada su publicación en la *Gaceta de Madrid*. Pueden, si de recursos gubernativos se trata, interpretar toda clase de leyes y referirse a todas las ramas del Derecho. Sus resoluciones son firmes, como procedentes de autoridad suprema en lo gubernativo; no cabe contra ellas recurso contencioso-administrativo, mucho menos un recurso de alzada, mal tramitado además. Que así actúa, y muy acertadamente por cierto, nos lo demuestra que en sus resoluciones de impugnación de honorarios declara haber o no lugar a ellas «en esta vía gubernativa». Y no se

le ocurre marcar al perjudicado el recurso de alzada como camino a seguir, sino «las acciones civiles que el artículo 486 del Reglamento hipotecario le reserva, y de que pueda considerarse asistido, para que las ejercite, si lo estima conveniente, ante los Tribunales ordinarios en el juicio declarativo correspondiente».

LUIS R. LUESO,

Registrador de la Propiedad.

BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO

Alcalá, 14

MADRID

Sevilla, 3 y 5

Sucursales Urbanas: Glorieta de Bilbao, 6 y Glorieta de Atocha

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 INTERÉS

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 del Tribunal Supremo

7. *Precario.*—*El concepto de precario se extiende a cuantos sin pagar merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello.—No son aplicables en Cataluña en los juicios de desahucio contra prestatistas las disposiciones del Derecho romano.—No basta la alegación, por el demandado precarista, de un título cualquiera de posesión.* Sentencia de 5 de Diciembre de 1934.

En juicio verbal de desahucio, en el que recayó sentencia del Juzgado y Sala de lo civil de la Audiencia, la sentencia de ésta apelada ante el Supremo es confirmada de acuerdo con la siguiente doctrina :

Considerando que, conforme a repetida jurisprudencia de esta Sala, nuevamente reiterada en sentencias de 24, 26 y 28 de Junio de 1926 y 12 de Febrero de 1927, el concepto de precarista a que alude el número 3.º del artículo 1.565 de la ley de Enjuiciamiento civil, no se refiere a la graciosa concesión; a su ruego, del uso de una cosa mientras lo permita el dueño concedente, en el sentido que a la institución del precario atribuyó el Digesto, sino que se extiende a cuantos sin pagar merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello, a cuando sea ineficaz el invocado para enervar el dominical que ostente sobre el predio quien promueva el desahucio contra el tenedor precario del mismo; y como a la indicada doctrina no pueden oponer los recurrentes la que en sentido contrario suponen mantenida por este Tribunal en las tres sen-

tencias que citan en el motivo primero de su recurso, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la ley Procesal, por cuanto la de Julio de 1927 establece que no son aplicables en Cataluña, en los juicios de desahucio contra precaristas, las disposiciones del Derecho romano contenidas en el Digesto, sino las de la ley Procesal civil que rige en toda la nación; en el caso resuelto por la de 5 de Marzo de 1928 ostentaba el demandado título de dominio inscrito frente al del actor, lo que no ocurre en el actual; y la de 24 de Abril de 1929, por referirse a un juicio de desahucio en que por ambas partes se adujeron títulos de posesión que en el actual no presentaron los demandados, y puesto que evidentemente no existe la pretendida infracción de la doctrina legal en que intenta apoyar el primer motivo del recurso la parte recurrente, la desestimación del mismo es indeclinable.

Considerando que en el segundo señalase la indebida aplicación del artículo 1.564 de la ley de Enjuiciamiento civil, en relación con el 41 de la Hipotecaria, cuya errónea interpretación también se alega; mas como la sentencia recurrida, apoyándose precisamente en el contenido de los dos citados preceptos legales, afirma la posesión real de las fincas objeto del desahucio en el actor, que fundó su demanda en un título de adjudicación de las mismas debidamente inscrito en el Registro, sin que el Tribunal *a quo* declare que los términos de la inscripción no concuerdan con la realidad jurídica, sino, antes bien, al basarse en aquélla publica lo contrario, ni reconozca tampoco que los recurrentes sean poseedores de mejor condición que el demandante, a tenor del artículo 445 del Código civil, puesto que, conforme al artículo 1.564 de la ley de Enjuiciamiento civil y reiterada jurisprudencia de esta Sala, es parte legítima para promover el juicio de desahucio el que tiene la posesión real de la finca a título de dueño, y en el demandante don M. V. concurren ambas circunstancias por habérsele adjudicado las fincas de que se trata en juicio ejecutivo, de las que le dió posesión el Juzgado en 2 de Diciembre de 1931, según testimonio de la diligencia que consigna el apuntamiento, inscribiéndolas a su favor en el oportuno Registro de la Propiedad, impónese admitir que el demandante en el pleito posea título y derecho suficientes para ejercitar la acción promovida y los demandados son precaristas, a los efectos del número 3.º del artículo 1.565 de la ley Pro-

cesal, por atender atinadamente la Sala sentenciadora que el testamento no inscrito que tratan de esgrimir en su provecho no es título que les dé derecho a disfrutar los inmuebles en cuestión, y es obvio, por lo tanto, que procede desestimar el segundo motivo del recurso.

Considerando que en el tercero alegan los recurrentes la inadecuada aplicación en la sentencia del artículo 24 de la ley Hipotecaria; pero, además de que el número 1.º del artículo 1.692 que invocan aquéllos para autorizar el motivo, no contiene tal género de infracción, nunca pretendieron los demandados la aplicación del indicado precepto legal al caso de autos, ni pudieron hacerlo, puesto que en la demanda no pretendió el actor ejercitar más que una acción contradictoria del dominio de los demandados sobre las fincas en cuestión, sino la de desahucio por precario sosteniendo lo contrario, y la alegación extemporánea del citado artículo de la ley Hipotecaria en el recurso vendría a plantear ilícitamente en él una cuestión nueva, por lo que ha de rechazarse el motivo 3.º del recurso.

Considerando que, sin desconocer la existencia de la doctrina legal a que se refieren los recurrentes en el cuarto motivo de su recurso, no es menos cierto que este Tribunal ha establecido la de que no basta la alegación, por el demandante precarista, de un título cualquiera de posesión para enervar la acción entablada por el que con el de dueño tiene la posesión real del inmueble de que se trate, sino que, negada por el demandado su condición de precarista que le atribuye el actor, habrá de examinarse si, supuestas las condiciones externas del título por aquél alegado, reúne las indispensables para poder impedir el desahucio porque fuese preciso discutir en más amplio procedimiento cuál de los dos títulos que juegan en el juicio de desahucio promovería justificaría en verdad el estado posesorio de los en él litigantes; y puesto que en el caso de autos el testamento que esgrimen los recurrentes podrá acreditar, en todo caso, su derecho personal a la herencia del causante, mas no la posesión real de las fincas objeto del desahucio que a nombre del mismo no figuraron nunca inscritas en el Registro, y que en la actualidad figuran en él a favor del demandante, claro es que, como el indicado testamento no constituye título posesorio de los inmuebles en pro de los recurrentes, la sentencia recurrida no

infringe la doctrina legal invocada y procede desestimar el motivo cuarto del recurso.

Considerando que en el motivo quinto del recurso no se expresa el concepto en que se supone infringido el artículo 349 del Código civil, ni el precepto de la ley Rituaria que autorice la pretendida infracción del axioma procesal que en él se consigna; y como el indicado artículo del Código no fué invocado en el pleito por ninguna de las partes, ni debió, en su consecuencia, aplicarse en la sentencia recurrida, y su alegada infracción en el motivo quinto constituiría en el recurso el planteamiento de una cuestión nueva, lo cual no es lícito en casación, por todo lo expuesto no cabe estimar el motivo que nos ocupa.

Considerando, por último, que ni la certificación relativa al expediente posesorio de varias fincas incoado por doña M. V. y don B. B., ni la del Secretario del Ayuntamiento de S., referente al reparto de la contribución rústica hecho al difunto don A. B. tienen el carácter de documentos auténticos para acreditar, en ningún caso, el supuesto error de hecho que, al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la ley Procesal, pretenden atribuir los recurrentes al fallo combatido, ni el testamento de A. B. le justifica tampoco, por cuanto, según quedó expuesto, no prueba la posesión real de las fincas a favor de las recurrentes que la Sala sentenciadora atribuye acertadamente al actor; y, como al hacerlo así el fallo recurrido, sin desconocer la autenticidad del documento, ni infringir el artículo 1.218 del Código civil, como en el motivo se dice, apreció la Sala debidamente su contenido en contra del criterio de los demandados, por todo lo expuesto procede desestimar el motivo sexto del recurso.

Véanse las sentencias siguientes: de 11 de Julio de 1934 (REVISTA CRÍTICA, tomo X, pág. 777); sobre «Precario y desahucio» y la presunción establecida en el artículo 41 de la ley Hipotecaria; la de 11 de Diciembre de 1933, también referente al precario e inexistencia de vínculo jurídico entre el propietario y el ocupante de una vivienda (REVISTA CRÍTICA, tomo X, pág. 53), con una breve nota en la que hacemos referencia a la conferencia de Sánchez Román acerca de «El precario según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», y la de 5 de Octubre de 1933 (en la misma REVISTA; to-

mo IX, pág. 937), que da un concepto del precarista, y al final de la cual también se inserta una breve nota bibliográfica.

8. *Fianza en garantía de deudas futuras.*—No es posible proceder contra el fiador hasta que la deuda sea líquida. Sentencia de 13 de Diciembre de 1934.

Una Sociedad Anónima dió en arrendamiento a don J. P. una panadería con su maquinaria, pactándose en el contrato que de su cumplimiento respondían, como fiadores, don M. T. y don G. E. Más tarde, por documento privado, el arrendatario reconoció adeudar a la Sociedad arrendadora cierta suma, constituyéndose fiador su padre, don M. T. Firmado un tercer documento, en el que quedó subsistente la obligación de fianza, la Sociedad demandó a los fiadores al pago de los descubiertos del deudor, a lo que éstos se opusieron, sentencia que admitieron el Juzgado y la Audiencia. Interpuesto recurso, lo admite el Supremo.

Considerando que, examinados los cuatro motivos del recurso, únicamente procede estimar el comprendido en el número segundo y por violación e interpretación errónea del artículo 1.825 del Código civil, que, refiriéndose al caso especial de prestación de fianza en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido, establece que no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida y ello por la propia naturaleza de la fianza, pues siendo puramente subsidiaria la obligación contraída por el fiador, es indispensable que la deuda garantida con ella sea cierta, conocida y exigible del principal obligado, para que, a su vez, pueda ser reclamada del responsable subsidiario, o sea del fiador, sin que el desconocimiento de la cuantía o importe de la principal y preexistente obligación haga incompatible su garantía, toda vez que la fianza existe y comprende cuanto en los documentos se estipuló, ya que el único efecto de tal indeterminación está conforme a aquel artículo en la suspensión de toda reclamación contra el fiador para su efectividad hasta que sea líquida la deuda y pueda conocerse la extensión de la obligación de fianza; que en el presente caso, a la fianza estipulada en la cláusula doce del contrato privado de 7 de Febrero de 1931, es aplicable aquel precepto, puesto que,

según se consigna en dicha cláusula, «para responder del cumplimiento del contrato por parte de don J. T., y especialmente del pago de renta y descubiertos que el arrendatario tenga en la fábrica por suministro de harinas y piensos, se constituyen fiadores solidarios don M. T. y don G. E., cláusula doce, y fianza cuyo vigor se mantiene expresamente en el contrato que los mismos litigantes celebraron en 1 de Diciembre de igual año 1931 con las frases «hasta tanto no sean saldadas y liquidadas las rentas y suministros de harinas y piensos que don J. T. tiene en descubierto en la fábrica de la Sociedad», lo cual integra una fianza, en garantía de deudas futuras, de cuantía desconocida e incierta, y por ello ilíquida al tiempo de la demanda, y cuya indeterminación de la obligación principal no puede desaparecer en ausencia del principal deudor, aunque éste, una vez precisada y liquidada la deuda, responda de la cantidad que de tal liquidación resulte, y, al no estimarlo así la sentencia recurrida, y condenar a la fiadora al pago de cantidad fija sin estar previamente liquidada la deuda, violó e interpretó erróneamente el referido artículo 1.825 del Código civil, procediendo, por ello, la casación de la sentencia recurrida.

Véase sobre fianza la sentencia de 7 de Octubre de 1933 (REVISTA CRÍTICA, tomo IX, pág. 939) acerca de las circunstancias precisas para la liberación de los fiadores.

Consúltese, en «Il Digesto italiano», el artículo de Valerio Campogrande «Fideiussione», tomo XI (parte segunda); página 158.

Para el estudio de las obligaciones futuras, ved J. González, «La hipoteca de seguridad», Madrid, 1921, pág. 13 (volumen XXVII, publicaciones de la Academia de Jurisprudencia y Legislación).

9. *Derecho foral catalán.—Omisión, en el testamento, del nombre de un testigo que lo firma.—¿Es causa de invalidación de la disposición testamentaria?* Sentencia de 18 de Diciembre de 1934.

Una señora falleció en Barcelona, en estado de soltera, con testamento ológrafo ante Notario, en el que hacía diferentes disposiciones; una legataria dedujo demanda contra los herederos insti-

tuídos por adolecer el testamento de un defecto capital, cual era el de hacer constar el Notario la intervención de dos testigos llamados y rogados por la testadora, conteniendo sólo el nombre y apellidos de un testigo, pero no el del otro, apareciendo el claro en el testamento sin llenar, aunque sí era cierto que firmaba al final. Se opusieron los demandados, pues el Notario daba fe de que al otorgamiento concurren dos testigos, apareciendo la firma de todos; el Juzgado y la Audiencia rechazaron la demanda, e interpuesto recurso, el Supremo no lo admite.

Considerando que si bien la materia de la testamentifacción, y especialmente la referente a las condiciones y circunstancias de los testigos que han de intervenir en los testamentos otorgados en Cataluña, se encuentre regulada en la legislación vigente en dicha región, y a esta legislación, y no al derecho común, hay que atenerse para la resolución del presente caso, es indudable que la sentencia recurrida, al desestimar la demanda y con ello la nulidad del testamento en ella solicitada, no incurrió en las infracciones del Derecho foral catalán objeto del primer motivo, porque, limitado el problema, como el recurrente afirma, a determinar si el requisito esencial de la asistencia de los testigos a los testamentos en el número y condiciones fijados por la Ley, queda incumplido por el hecho de no aparecer en el cuerpo de la escritura matriz u original el nombre, apellido y circunstancias—excepto la vecindad—de uno de ellos, a pesar de existir al pie del testamento su firma y dar fe el Notario autorizante de su asistencia al acto, la legislación catalana, de menor exigencia y más tolerante que el derecho común en esta materia, requiere, para la validez del testamento abierto, que el testador declare, de un modo inteligible y claro, su entera voluntad en presencia del Notario y dos testigos, sean o no dependientes del Notario, llamados y rogados, y especialmente para ello, por el testador, con unidad de acto, y si el Notario da fe de haberse otorgado el testamento con todas las formalidades mencionadas y el actor se limita a fundar su demanda en la omisión del nombre de un testigo, para deducir de ella que tal testigo no interviene en el testamento y que la unidad de acto se interrumpió, aquella omisión, en primer lugar, no aparece en la legislación catalana ni directa ni indirectamente incluida entre las causas de invalidación de las últimas voluntades, y, en segundo término, no puede deducirse eficaz-

mente de aquella sola circunstancia, y sin más base, que el testigo no asistió al otorgamiento, y que con ello se quebrantó la unidad de acto, en contra de la fe notarial expresada en el mismo testamento y de lo acreditado por otros medios probatorios que el Juzgado y la Audiencia analizan en sus respectivas sentencias, para estimar la validez del documento, en virtud de elementos aportados al pleito por el propio recurrente, cuya eficacia no se ha combatido.

Considerando que es muy reiterada la jurisprudencia establecida en orden a que las causas alegadas para la casación no pueden apoyarse en pretendidas transgresiones de artículos del Código civil cuando no se ha invocado, ni pedido fueran aplicados durante el curso del pleito, solicitando, por el contrario, que la controversia planteada fuera resuelta con arreglo a la legislación foral, y como en el presente caso la demanda se funda únicamente en la legislación histórica de Cataluña—aparte del artículo 4.º del Código civil—, los motivos segundo y tercero del recurso que se basan en supuestas infracciones de preceptos del Código civil no alegados en el pleito no pueden ser estimados, así como tampoco el motivo cuarto, porque, si bien el artículo 699 de dicho Cuerpo legal se añadió en réplica, su infracción la funda el recurrente en una simple deducción y opinión personal, sin apoyo legal ni lógico alguno.

Considerando que las infracciones de los artículos 24 y 25 de la ley del Notariado objeto del quinto motivo, aun admitidas, no afectarían al fondo del litigio: primero, porque dichos artículos no se refieren a la nulidad de los instrumentos públicos, materia concretada en el artículo 27, que no se cita, acaso por su improcedencia, ya que entre las causas que concurren no está comprendida la única alegada en este pleito, y segundo, porque, tratándose de testamentos, su forma, requisitos y nulidad se rigen por la Legislación civil, como expresamente declara el artículo 29 de la misma ley del Notariado, procediendo, por ello, desestimar igualmente este motivo.

Estimamos sumamente acertada la doctrina que se desprende del fallo anterior en cuanto, apartándose de un criterio rigorista, declara la validez del testamento si aparece clara e inteligible la voluntad del testador, de acuerdo con el Derecho catalán. De desear es que esta orientación se abra camino para casos análogos en

las declaraciones del Supremo que decidan casos del llamado Derecho común.

(Véanse, acerca del particular, los dictámenes de Azpeitia en el famoso pleito Leyián (Madrid, 1928), y sobre unidad de acto en el testamento y capacidad civil del testador). (Madrid, 1928, editado por los Notarios de Madrid.)

(El criterio rigorista del Supremo puede verse en la sentencia de 18 de Noviembre de 1915; en cambio, en las de 3 y 5 de Diciembre de 1909, sienta una doctrina más suave, armonizando la voluntad conocida de un testador con los requisitos extremos de su expresión.)

(Consúltese Louzao: «Sobre nulidad de testamentos» («Revista de Derecho Privado», tomo V, pág. 261), y el dictamen de Roig y Bergadá, «Testamento ológrafo en Cataluña» («Revista Jurídica de Cataluña», tomo XXVI, pág. 446), en el que examina la cuestión de si son válidos los testamentos ológrafos en Cataluña.)

ENRIQUE TAULET,

Notario de Valencia

Jurisprudencia administrativa del impuesto de derechos reales

VIII

Personas jurídicas. El Tribunal Central es incompetente para conocer de un recurso sobre exención de personas jurídicas, resuelto por la Dirección de lo Contencioso, por delegación del Ministro de Hacienda.

Con arreglo al artículo 262 del Reglamento de 16 de Julio de 1932, al Ministerio corresponde declarar la exención del impuesto de personas jurídicas, incumbiendo a la Dirección de lo Contencioso, por delegación del Ministro, hacer tal declaración. El Tribunal Central, según el Real decreto de 21 de Junio de 1924, es una dependencia del expresado Ministerio, subordinado a la autoridad del Ministro, y carece de competencia para resolver las excepciones resueltas por éste o por la Dirección de lo Contencioso en su nombre y por su delegación, y sólo son impugnables tales actos ante la jurisdicción contenciosoadministrativa, según el artículo 1 y el 2 de la ley de 22 de Junio de 1894. (Acuerdo del Tribunal Central de 13 de Noviembre de 1934.) 146 de 1934.

IX

Instituidos herederos unos sobrinos de una testadora y legado por ésta, en metálico, ciertas cantidades a otros sobrinos en plena propiedad, en libre disposición y con derecho de representación, no procede el aplazamiento del pago del impuesto de estos últi-

mos legados, aun cuando se haya aplazado el pago de los herederos hasta la consolidación del usufructo foral, que correspondía al cónyuge viudo, a tenor del artículo 68 del apéndice foral de Aragón, y por ello aquéllos eran sólo nudopropietarios, y aun cuando se alegue que los legatarios en metálico no posean bienes y que el cónyuge foral tiene derecho al usufructo total de todos esos bienes, por no ser eso cierto.

La institución de los legados, conforme al último testamento del causante, aparece hecha en plena propiedad con libre disposición y derecho de representación en su caso, y no habiendo metálico en la herencia y no pudiendo, aun en el caso de que lo hubiere, hacerse extensivo el usufructo del cónyuge viudo a los bienes muebles de la herencia, por cuanto en el presente caso no aparece constituido a favor de los cónyuges la llamada viudedad universal que se extiende a los bienes muebles, sino únicamente la viudedad legal comprensiva exclusivamente de los inmuebles, según los artículos 63 y 64 del apéndice foral de Aragón de 7 de Diciembre de 1925, declarado subsistente por Decreto de 31 de Mayo de 1931, es forzoso concluir que no son de aplicación al caso actual los artículos 18 de la ley del Impuesto de 11 de Marzo de 1932 y 136 del Reglamento referentes al aplazamiento de pago de las liquidaciones por herencia o legado en nuda propiedad hasta la consolidación del dominio en que se funda la reclamación deducida. Además, por la misma forma en que se han hecho los legados en favor de persona determinada con facultad de disponer y derecho de representación en su caso, no puede apreciarse la existencia de condiciones a que esté sujeta la efectividad del derecho de los legatarios, y son de aplicación los artículos 858, 859 y 867 del Código civil, según los cuales el testador podrá gravar con mandas y legados a sus herederos, quedando éstos obligados a su cumplimiento, y será válido el legado hecho a un tercero de una cosa propia del heredero, el cual, al aceptar la sucesión, deberá entregar la cosa legada, y, en consecuencia, por no concurrir otra circunstancia que pudiera hacer viable la reclamación que pudiera formularse contra las liquidaciones giradas, no es procedente confirmar el acuerdo de la Dirección de lo Contencioso en cuanto a que deba contarse la fecha de entrada de la solicitud de aplazamiento de pago para la reclamación que legalmente proceda, aun

en el supuesto no admitido de que el derecho de los legatarios estuviera limitado al presente a la nuda propiedad de los bienes legados, tampoco podría accederse al aplazamiento solicitado, por ser necesario, conforme a los artículos citados 18 de la Ley y 136 del Reglamento, que se constituya una garantía especial para responder del pago del impuesto por la nuda propiedad, afectando los bienes a la hipoteca legal del artículo 168 de la ley Hipotecaria, párrafo 5.º, o haciendo constar, si se tratara de valores mobiliarios, la afección de los resguardos de depósitos a los mismos fines, o bien garantizando el impuesto mediante hipoteca especial, y nada de ello se ha hecho, ni por los nudopropietarios se ha consentido que los bienes queden afectos a esa responsabilidad. El expediente debe ser enviado a la Dirección de lo Contencioso para su revisión, por haber estimado la oficina liquidadora que no fueron hechos esos legados en pleno dominio, sino sólo en nuda propiedad. (Acuerdo del Tribunal Central de 16 de Octubre de 1934.) 133 de 1934.

X

Herencias. 1.º No afecta al fondo de la reclamación el que las liquidaciones reclamadas sean provisionales o definitivas, ni esto impide proseguir aquélla. 2.º La institución de herederos por dos causantes a favor de los hijos legítimos de cinco sobrinos comunes, por estirpes, pero dejando el usufructo vitalicio de la herencia a esos cinco sobrinos por partes iguales, aun cuando uno de los dos testadores diga que si algún sobrino muere sin descendencia legítima su parte pasa a los hijos legítimos de los sobrinos supervivientes, y el otro testador, en caso análogo, diga que pasa la cuota usufructuaria del sobrino muerto sin descendencia a los sobrinos supervivientes que tengan hijos, es pura y no condicionada. 3.º La nuda propiedad aplazada debe liquidarse por las tarifas vigentes cuando se aplazó, y la consolidación del usufructo por las actuales.

El hecho de que las liquidaciones sean provisionales, no afecta a la pertinencia de la reclamación, pues las liquidaciones de esa clase constituyen actos administrativos y como tales son reclama-

bles, según el artículo 200 del Reglamento de 16 de Julio de 1932 del impuesto y el de 29 de Julio de 1924. Tampoco pueden entenderse consentidas las liquidaciones por haberse solicitado el aplazamiento de su pago, porque ni aun el pago implica aceptación de las liquidaciones, por ser principio esencial del procedimiento que, ni la falta de pago impide la reclamación, ni ésta detiene el procedimiento para el cobro de la cantidad de la liquidación impugnada. En cuanto al fondo del asunto, la cuestión se reduce a determinar el momento en que tuvo lugar la transmisión de la propiedad dejada por los causantes a los hijos legítimos de sus sobrinos, con objeto de saber a qué momento debe referirse el valor de los bienes que sirva de base al supuesto y cuál era entonces la tarifa vigente que debe aplicarse; la transmisión no puede estimarse con arreglo a los artículos 791, 1.113 y 1.114 del Código civil, sujeta a condición, pues no se la supedita a ningún hecho futuro incierto e ignorado por los testadores, sino que, dados los términos de la institución, se trata de la transmisión pura y simple a favor de *los hijos legítimos de los sobrinos*, la cual se verificó a favor de los hijos legítimos de los sobrinos que existían al morir los testadores en el momento de la muerte de éstos, y, respecto de los que no existían, a medida que fuesen naciendo o que nazcan. La forma genérica de la institución engendra una indeterminación en cuanto al número total de herederos, y, por lo tanto, en cuanto a la cuantía de la porción de la cantidad correspondiente a cada uno, indeterminación que no desaparece sino cuando, por la muerte de cada uno de los sobrinos con hijos, no sea posible que nazcan nuevos hijos legítimos del fallecido y quepa fijar el número de los partícipes en la nuda propiedad de los bienes que el fallecido usufructuaba. Esta indeterminación respecto de la cuantía de lo heredado, hacía obligado el aplazamiento del impuesto decretado por la oficina liquidadora, aplazamiento que nada prejuzga respecto del momento de realizarse la transmisión y que, además, está autorizado por el Reglamento vigente entonces, sin que el tiempo transcurrido pueda computarse en modo alguno para alegar la prescripción de la acción fiscal, ya que se trata de un plazo previsto y fijado en la calificación fiscal del acto y esta calificación se verificó en el momento oportuno. Al morir el sobrino de los testadores y conocerse ya el número total de sus hijos legítimos llamados a heredar la nuda pro-

piedad de los bienes que le correspondieron en usufructo, lo procedente es girar la liquidación del impuesto referente a la nuda propiedad que se aplazó sobre el valor que los bienes tenían, aplicando las tarifas entonces vigentes y girar la liquidación pertinente por la adquisición del usufructo según los valores y tarifas vigentes en 1931, teniendo en cuenta la disposición transitoria de la Ley de 26 de Febrero de 1927 si se presentó a liquidar fuera de plazo. (Acuerdo del Tribunal Central de 27 de Noviembre de 1934.) 85 de 1934.

XI

Moratoria. La Orden de 9 de Mayo de 1932 no puede interpretarse en el sentido de que, ingresadas las liquidaciones de una herencia en que se había pedido prórroga ordinaria, no hay derecho a la moratoria, sino que ésta puede pedirse renunciando a la prórroga hasta el fin del plazo señalado en la ley de Moratoria.

El artículo 40 de la ley de Presupuestos de 31 de Marzo de 1932 concedió a los que tuviesen débitos de contribuciones y los declarasen antes de 1.º de Julio de este año, el perdón de los recargos, multas e interés de demora ; y la Orden de 9 de Mayo de 1932 (*Gaceta* del 11 del mismo), estableció que la disposición citada sería aplicable a las herencias que hubiesen tenido prórroga para liquidar si renunciaban expresamente a ella y solicitaban la condonación de las responsabilidades, siendo la finalidad de esta Orden evitar la desigualdad de no aplicar dicha moratoria a los que hubiesen solicitado prórroga ; en buena interpretación legal, no puede dejar de aplicarse la condonación a quien, habiendo obtenido prórroga ordinaria para presentar los documentos, los presenta antes de vencer esa prórroga y antes del 1.º de Julio de 1932, aun cuando sólo después de esa presentación, y de liquidar, renunciase a la prórroga y solicitase la condonación, pues, de no hacerlo así, se incidiría en la desigualdad injusta, que precisamente quiso evitar la Orden aludida ; el fundamento de ésta fué evitar que resultasen de peor condición quien cumplió los deberes fiscales pidiendo prórroga, que los morosos, que nada hicieron ; y es evidente que, si se interpreta la Orden en el sentido de que no

puede renunciarse a la prórroga y pedirse la condonación después de giradas las liquidaciones, resultaría bien manifiesta la desigualdad aludida; por otra parte, la Orden no expresa cuándo ha de hacerse la renuncia, y el artículo 40 de la ley de Presupuestos señala como límite para acogerse a la moratoria, el 1.º de Julio; luego hasta esa fecha podía hacerse la renuncia de la prórroga y petición de condonación, pues de lo contrario el contribuyente moroso disfrutaría de ese plazo total, y el diligente que pidió prórroga sólo tendría hasta que se practicasen las liquidaciones, lo cual ni es justo ni legal. (Acuerdo del Tribunal Central de 25 de Septiembre de 1934.) 88 de 1934.

XII

Revisión y comprobación. 1.º La Dirección de lo Contencioso tiene derecho a revisar las liquidaciones si no han pasado quince años desde que se hicieron e ingresaron. 2.º Verificada comprobación por dicho Centro revisando la liquidación, mediante la aplicación del valor fijado por los interesados en escritura de hipoteca por la celebración, en caso de ejecución, de subasta, no cabe contra ello recurso alguno.

1.º Según el artículo 140 del Reglamento del Impuesto, la Dirección de lo Contencioso tiene el derecho de revisar las liquidaciones giradas por los Abogados del Estado, y hecha una en 1932, y siendo el plazo de prescripción de la acción administrativa, según el artículo 142 del Reglamento, el de quince años, es visto que el acuerdo de revisión adoptado en 1932 está en plazo oportuno.

2.º Según el artículo 80 del mismo Reglamento, la Administración tiene derecho a comprobar, dentro del plazo de dos años, que marca el 82 (que en el caso actual se hallaba vivo por ser la liquidación de 1932 y la revisión de 1933), el valor de los bienes transmitidos sobre el cual se giraron las liquidaciones del impuesto; y como uno de los medios que a tal fin pueden utilizarse, según el párrafo 3.º del artículo 80 del Reglamento, es el valor asignado a las fincas hipotecadas para el caso de subasta, al efectuar la Dirección de lo Contencioso la liquidación de la base liquidable en

una liquidación que no había sido comprobada, y al utilizar como medio probatorio el valor fijado en la escritura de hipoteca otorgada entre el causante de los adjudicadores y los adjudicatarios en la transmisión de la finca de que se trata, se atuvo a los preceptos reglamentarios; según el artículo 85, párrafo 7.º del Reglamento, cuando el valor señalado por la Administración, en virtud de la comprobación, fuese el asignado por los mismos interesados para caso de subasta de fincas hipotecadas, no se admitirá al contribuyente recurso alguno contra el mismo. No es atendible la alegación de que, con arreglo a la sentencia del Tribunal Supremo que invocan los interesados (cuya fecha no se dice), que se refiere a transmisión hecha a quien no intervino en la hipoteca, y por ello no puede perjudicarle una fijación de valor hecha por tercero, porque es indudable que ellos mismos, y no sólo el tercero a que aluden, otorgaron y firmaron la escritura de hipoteca a que aquel valor se consigna. (Acuerdo del Tribunal Central de 19 de Junio de 1934.) 89 de 1934.

XIII

Procedimiento. El artículo 16 del Reglamento de Procedimiento dispone que, si el interesado se vale de apoderado, debe presentar el poder con el primer escrito que aduzca; no obstante, si el plazo es perentorio, puede concederse el plazo de quince días para que se presente ese poder; no hecha tal presentación, procede dejar sin curso la reclamación.

XIV

Devolución de ingresos.

Según el artículo 201 del Reglamento del Impuesto de 16 de Julio de 1932, los contribuyentes que se consideren con derecho a devolución de cantidades satisfechas por el impuesto de derechos reales, bien por error de hecho, bien por duplicación de pago, etcétera, pueden solicitarlo de la Delegación de Hacienda en el plazo de cinco años, constituyendo los acuerdos de los Delegados ac-

tos reclamables ante el Tribunal Provincial correspondiente; no existiendo acuerdo del Delegado, no hay acto reclamable que pueda plantearse ante el Tribunal Central, conforme se desprende del artículo 42 del Reglamento de 29 de Julio de 1924, y por ello este Tribunal carece de competencia. (Acuerdo del Tribunal Central de 8 de Mayo de 1934.) 94 de 1934.

XV

Sociedades. Revisión. 1.º Consentida una liquidación de una escritura de emisión de obligaciones, no se puede compensar el importe de lo liquidado con la liquidación del impuesto de otra escritura de liquidación con que se pretende anular la primera. 2.º El liquidador puede revisar de oficio un aplazamiento de liquidación sin acudir a la Abogacía del Estado, por no referirse a los únicos casos del artículo 140 del Reglamento. 3.º No procede multa por la liquidación sino en los casos de los artículos 213, 214, 216 y 218 del Reglamento, pero pueden imponerse, según el 215, por no presentar los documentos que pide el liquidador.

CASO.—Dos Sociedades Anónimas, A. y B., dueñas de sendas concesiones administrativas, acordaron, según lo autorizado por el Consejo de Administración de cada una de ellas, emitir 3.000.000 de obligaciones hipotecarias, de las que correspondían 1.800.000 a la primera Sociedad, y 1.200.000 a la segunda, garantizando la primera de estas cantidades la primera Sociedad, y la segunda, la última; presentada a liquidación del impuesto la escritura de emisión de 1.º de Mayo de 1931, fué pagado éste por no haber accedido el liquidador a la exención pedida, invocando la ley de Protección a la Industria Nacional; por otra escritura de 26 de Octubre de 1931, ambas Sociedades hicieron constar que los respectivos Consejos de Administración habían acordado reducir el importe de la emisión de obligaciones aludida a 1.500.000, de las que 900.000 eran de la primera Sociedad y 600.000 para la segunda, haciéndose constar en aquella escritura que las obligaciones de Mayo de 1931 no llegaron a ponerse en circulación, ni se emitieron los títulos, ni

se inscribió la escritura en el Registro de la Propiedad, y las Juntas acordaron las condiciones de la emisión de obligaciones, que se efectuó por la mencionada de 27 de Octubre de 1931, en que se fijaron las condiciones de la emisión y el cuadro de amortización, declarando sin ningún valor ni efecto la de 1.º de Mayo de 1931 en cuanto se opusiera a la de 27 de Octubre siguiente; por la Oficina liquidadora se puso en esta última nota de aplazamiento de pago del impuesto, pero al observar que la exención se refería, no a la escritura de 26 de Octubre de 1931, sino a la de Mayo de 1931, y que la Orden de 5 de Agosto del mismo año declaró en suspenso la admisión de expedientes de auxilio a las industrias, requirió a la Sociedad para que presentara la escritura de 26 de Octubre de 1931 de nuevo, y no haciéndolo ésta, la pidió de oficio al Notario y giró la liquidación correspondiente a esa escritura; la Sociedad promovió reclamación económicoadministrativa impugnando esa liquidación, y el Tribunal Central fija en definitiva la doctrina del epígrafe.

El Tribunal se funda en las razones siguientes:

Las liquidaciones giradas por la escritura de 1.º de Mayo de 1931 no fueron reclamadas en el plazo de quince días que fijan los artículos 200 del Reglamento del Impuesto de 26 de Marzo de 1927, 16 de Julio de 1932 y 62 del de 29 de Julio de 1924, por lo que el transcurso del plazo sin utilizar el derecho aludido hizo firmes y consentidas las liquidaciones. Por esto mismo no puede imputarse lo liquidado y pagado consentido por el contribuyente a otro acto posterior, como es la escritura de Octubre de 1931, perfectamente liquidada por tratarse de una emisión de obligaciones hipotecarias comprendida en la Ley tarifa y Reglamento del impuesto y cuya liquidación no ha sido impugnada de sí misma por sus peculiares fundamentos, sino por las circunstancias que la motivaron y por la compensación de pagos que se pretende. El liquidador tuvo competencia para girar esa liquidación, dejando sin efecto el aplazamiento anterior consignado en el documento, porque tal acto tuvo lugar en virtud de las facultades privativas para calificar el documento, de lo cual era consecuencia inmediata la rectificación del error de hecho padecido al aplazar la liquidación, y por ello no era necesario acuerdo de la Abogacía; y, además, no se trataba de modificar una comprobación de valores, una liquidación gi-

rada o una exención, únicos casos en los cuales, conforme al artículo 140 del Reglamento, se exige que la revisión se verifique por la Abogacía del Estado, sino de un aplazamiento de liquidación al que no alcanza el rigor del precepto reglamentario.

Las multas en que incurren los contribuyentes sólo pueden imponerse en los casos señalados en el Reglamento de 16 de Julio de 1932, artículos 213, 214, 216 a 218, y examinados éstos se ve se refieren a la sanción de la no presentación de los documentos a liquidar en el plazo reglamentario, a la disminución de valores, ocultación de bienes o demora en el pago del impuesto, y como en el caso aludido no se incidió en ninguna de esas causas, es improcedente la multa; pero puede imponerse, no la indicada, sino la de 25 a 100 pesetas por no haber presentado los documentos que el liquidador exigió para liquidar (artículo 215 del Reglamento). (Acuerdo del Tribunal Central de 17 de Mayo de 1934.) 93 de 1934.

XVI

Aplazamiento en caso de litigio. Este aplazamiento sólo vive mientras continúa el litigio y se interrumpe si pasan más de seis meses sin que se actúe en él; no son providencias adecuadas para demostrar la continuidad del litigio, ni la providencia emplazando a las partes a una apelación, ni la tasación de costas en incidente de pobreza.

Si bien el artículo 113 del Reglamento prescribe que se interrumpen los plazos de presentación de los documentos a liquidar, no es menos cierto que, según el párrafo séptimo del mismo artículo, se levanta tal interrupción si pasan seis meses sin que las partes interesadas insten la continuación del litigio; por lo que, habiéndose promovido juicio de testamentaría antes de vencer el plazo para presentar los documentos en la Oficina liquidadora, y dejados transcurrir más de seis meses desde una providencia del juicio hasta que la Oficina liquidadora abrió el expediente de investigación sin que las partes litigantes instaran la continuación del litigio, es visto que había cesado la interrupción del plazo de liquidar derivada del planteamiento del litigio para presentar a la liqui-

dación del impuesto la testamentaria, y, vencido dicho plazo, el liquidador estaba en el derecho y en el deber de iniciar el expediente de investigación, conforme a los artículos 162 y 164 del Reglamento y pedir a los interesados los documentos para liquidar. Ni la providencia emplazando a las partes para comparecer en apelación contra auto del Juzgado, ni la de tasación de costas del incidente de pobreza, pueden tomarse como prueba de que las partes instaron la continuación del litigio, pues el emplazamiento no sólo no es iniciativa de las partes, sino que ni aún constan que efectivamente comparecieran, y la tasación de costas fué acordada en pieza separada en reclamación de honorarios de esa pobreza, que nada tiene que ver con la continuación del litigio, aparte de que la suspensión del litigio está corroborada por la voluntad de las partes, manifestada expresamente cuando solicitaron dicha suspensión en los escritos que dieron lugar a la última providencia. (Acuerdo del Tribunal Central de 22 de Mayo de 1934.) 99 de 1934.

GABRIEL MAÑUECO,

Abogado del Estado