

REVISTA CRÍTICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año X

Octubre de 1934

Núm. 118

## Justa causa traditionis

### LOS CONCEPTOS DE TRADICION Y CAUSA

Si examinamos ahora el estado de la doctrina (aparte los tres autores citados), en la primera mitad del siglo XIX encontramos como notas características de la misma: 1.º, un concepto exacto de tradición como contrato de transmisión; 2.º, oscuridad respecto al concepto de causa, y 3.º, consideración defectuosa de las *injustae causae*.

Considerando la *traditio brevi manu*, dedujeron los autores que las palabras *si justa causa praecesserit, nullo justo titulo praecedente*, no tienen una importancia absoluta, pues la tradición podría ir antes del acuerdo de voluntades o justa causa.

De la comparación de la tradición con la usucapión y la Publiciana, se dedujo una modificación muy importante, en torno de la cual giró la doctrina de la primera mitad del siglo XIX; la justa causa podía ya ser hasta putativa. Así Seuffert, *Prakt. Pand. R.*, 3.ª edic., 1852, I, 132, «mutua intención de transmitir y de recibir la propiedad a consecuencia de un negocio jurídico a ello dirigido... Pero no perjudica a la transmisión de propiedad; a), que la obligación... sólo existiese en la errónea opinión del tradente...; b), que el negocio jurídico precedente fuera provocado por dolo o miedo...»

Y Sintenis (I, pág. 491, n. 9): «la causa llega en este respecto, desde el efectivo y regularmente precedente negocio jurídico..., hasta dentro del dominio de las putativas».

Y Dernburg y Windscheid, más tarde, hacen de la causa, como Stempel y Savigny, un indicio de la voluntad de transmitir.

Mientras que Puchta, en sus *Inst.*, II, pág. 571, dice: «por lo demás, justa causa es sólo aquella voluntad concorde de dar y tomar la propiedad; el contenido restante del negocio jurídico en el que está contenida aquella voluntad, no corresponde, en general, a la justa causa».

Con la segunda mitad del siglo XIX comienza una serie de investigaciones sobre el concepto de justa causa y que no termina sino en 1929, en el estudio que Raymond Monnier ha publicado en los *Studi in onore di Pietro Bonfante*.

Empecemos con Voigt, que, a decir verdad, no se propuso el tema directamente, sino que trata de él al desarrollar uno tan afín como el de las *Conditiones ob causam*. Así, en la página 122, suscita la cuestión de si, en especial, la tradición requiere para el derecho de propiedad un título jurídico, o si, lo que significa lo mismo, la tradición, para ser modo de adquirir, bastaría que fuera mero negocio jurídico real, o si, sin embargo, éste deba ser simultáneamente *solutio*. En la página 134 continúa diciendo que realmente debemos considerar como principio indiscutido del Derecho romano que la tradición exige necesariamente, para la transmisión de propiedad, una causa, que determina (pág. 145), cómo aquella relación jurídica, que obliga a una prestación y respecto de cuya relación la *traditio* le está subordinada como *solutio* de aquella prestación.

Leist, en su libro *Mancipation und Eigentumstradition* (Jena, 1865), contrapone, remitiéndose a §§ 40 y 41 (*Inst.*, II, 1), la *venditio* a todas las otras *causae*. La tradición (excepto el caso de venta) es un acto formal, no depende de las causas, es decir, de la existencia objetiva de las mismas; ésta sólo tiene importancia declarativa; sin embargo, no en el sentido de Savigny, sino en el de la vieja doctrina de causas hábiles e inhábiles. Si tenemos ante nosotros un depósito, por ejemplo, no puede transmitirse la propiedad, porque falta la justa causa. Causa, por tanto, es para él una inconcreto *faktisch möglicher Wille*. Más importancia tiene lo que dice Leist de la tradición por venta (de ello más adelante). Estando aquí plenamente unidas *tradition* y causa, la adquisición del comprador es una adquisición *ex re*, no *ex voluntate*. Y trata de justificarlo por medio de un estudio histórico.

Exner, en 1867, publicaba el mejor libro sobre la cuestión y

que puede decirse la trata de una manera agotadora. Se titulaba *Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach gemeinem und österreichischem Rechte*. Se compone de la obra fundamental y de dos apéndices sobre la justa causa y sobre la compra *pretio non soluto*.

Comienza su monografía distinguiendo las adquisiciones originarias de las derivativas. Estas, que son las más interesantes para la cuestión, tienen como nota esencial la dependencia de la relación jurídica del actor. Entre los actos jurídicos que actúan la transmisión o sucesión de derecho, está el contrato, pero éste puede regular relaciones obligacionales, reales o familiares. Estas se concretan de la siguiente manera: contrato obligatorio—tú tienes que recibir (cosa o prestación)—; contrato real—tú tienes que tener (cosas, servidumbres)—; contrato familiar—tú tienes que ser (marido, hijo).

En los contratos obligatorios sólo se crea el deber de proporcionar la adquisición de un derecho que luego se cumple por un contrato real. Este es tomado como el cumplimiento, *Erfüllung* de aquél. Pero si el contrato consistió en un tener, no en un deber recibir; en un dar, no en un prometer, es evidente que no puede haber un contrato real de cumplimiento. El contrato real es esencialmente unilateral: si hay contraprestación, habrá un nuevo contrato real (1).

(1) Se discute la naturaleza jurídica del *jactus missilium*, o tirar monedas a la rebata (§ 46). *Inst. De rer. div.* (l. 9, § 7, D., *De acq. dom.*). Heincio se declara por la dereliction; Scheurl, por derelictio modificada o un intermedio entre la mera dereliction y la tradición. La mayoría, Vinnio, Puffendorf, Puchta, Winscheid, opina por tradición.

¿Qué designio tiene el echador *derelinquendi* o *tradendi*? La voluntad de hacer tradición tiene dos aspectos: uno, positivo y primario, que el *accipiens* tenga la cosa, y otro, negativo y secundario, que el *tradens* deje de tenerla (Aquí se plantea la cuestión de si pierde el jactante la posesión si recoge lo echado algún incapaz, un *furiosus*, por ejemplo. De un lado, l. 34, pr. D., *Acq. poss.*, Ulpiano; l. 18, D., *De vi*, 43, 16, Papiniano; de otro lado, l. 18, § 1.º, D., *Acq. poss.*, Celso, y l. 1, § 4, 20, D., *Eodem*, Paulo.)

El *animus derelinquendi* es únicamente la contraposición del *animus rei sibi habendi*, un abandono a favor de la naturaleza; su contenido exclusivo es «yo no quiero tener la cosa más» (por esta voluntad negativa se distingue el *derelictum* del *deperditum* en l. 21, § 1, D., *Acq. poss.*) El *derelinquente* abandona la cosa porque no la quiere, no porque quiera que otro se ponga en

Vengamos ya a la interesantísima postura de Exner frente al concepto de justa causa.

Rechaza la doctrina tradicional con los argumentos ya conocidos de la teoría sabiniana (contradicción de los textos de Ulpiano con la teoría de las *condictiones*). Expone luego la teoría de Savigny y dice: «Unos autores creen que la justa causa *traditionis* no es sino esta voluntad y nada más (1); otros la comprenden como aquel medio de interpretación, es decir, aquel negocio jurídico del que se deriva la voluntad de dar y recibir» (2).

Los primeros traen en su apoyo principalmente a Gayo Rerum Cott, lib. II (D., I. 9, § 3, *Acq. dom.*), cuyo texto ya nos es conocido. En él se dice que la transmisión de *res nec mancipi* es, frente a la mancipación, un instituto *juris gentium*, y lo fundamenta diciendo que aún no dándose la forma de la tradición, la transmisión es válida, porque conviene al derecho de gentes, por convenir a la *aequitas naturalis*.

En tiempo de Justiniano, la mancipación había desaparecido por formalista, y los principios del *jus gentium* se habían impuesto; así que Justiniano no encontró mejor medio de sancionar este estado de cosas que insertar el texto de Gayo (comp. en sentido análogo Karlowa, *R. R. G.*, II, págs. 416 y sigs.).

No le satisfacen estas opiniones, porque pregunta: «De que

posesión de ella, pues en este caso entregaría. (Pomponio, L. 5, § 1, D., *Pro derelicto*, 41, 7, donde parece que se quiere negar la hipótesis de ocupación y admitir la tradición.)

El magistrado que en días de fiesta, *missilia jacta in vulgu*, lo hace para transmitirlo al pueblo, no para abandonar él su propiedad. Los accipientes son *incertae personae*, y aunque l. 3, § 4, D., *Cond. c. d. c. n. s.*, 12, 4; l. 43 §§ 8, 9, D., *De furtis*, 47, 2; l. 15, D., *De praescr. ver.*, 19, 5, niegan la existencia de contratos obligatorios cuando una parte es incierta; sin embargo, no son aplicables aquí, porque de lo que se trata es de un contrato real, para el que no rige ese requisito. Nos confirma en la opinión de que se trata de tradición la l. 9, § 7, D., *Acq. rer. dom.*, que viene detrás de varios casos, desde el tercero en adelante, en que se tratan casos de tradición, además de usar de la frase «*Voluntas domini transfert rei proprietatem*».

(1) Donello, *Com. IV*, cap. 16; Warnkönig, *Inst.*, § 341, y *Arch. f. civ.*, p. VI, págs. 126 a 131; Puchta, *Pand.*, § 148, y Böcking, *Inst.* II, § 153.

(2) A éstos corresponden también algunos de la primera opinión, si bien por vía de inciso, Warnkönig, *Arch.*, p. 115; Savigny, *Obl. Recht.*, II, p. 159. Keller, *Pand.*, § 126; Vangerow, *Pand.*, § 311; *Stempel*, § 22.

tales circunstancias se tomen en consideración en muchos casos, ¿se ha de deducir que sean requisito de la tradición? ¿Son los medios de prueba requisitos del negocio jurídico?» Acude a Leist, *Mancipation und Eigentumstradition* (págs. 206 y sigs.) y asiente a lo que dice de que no puede resumirse la cuestión de la justa causa en una cuestión de interpretación. Pero sólo hasta ahí está de acuerdo con Leist. Luego dice que el vocablo «causa» tiene distintos significados en las fuentes latinas. Pero en los casos en que las fuentes unen el vocablo causa a tradición debemos tomar aquél como *la suma de hechos objetivos y subjetivos que han provocado un negocio concreto de tradición*. Las *causae traditionis* pueden ser diversísimas: L. 1, § 2; l. 2, 3, 4, 5, 6, 7 pr., §§ 1, 3, 5; l. 9, § 1; l. 11, pc. D., *De publi.* 6, 2; l. 26, § 6; l. 28, D., *De noxal. act.*, 9, 4; y la vida puede crear nuevas *causae*. (Comp. l. 31, D., *Locat.*, 19, 2.)

¿Pero qué hace de la causa una justa causa *traditionis*?

Hay ciertos hechos que fundan un derecho a pedir la resolución del contrato en cuanto a su resultado económico: *Constat id posse condici alicui, quod non ex justa causa, ad eum pervenerit*. (Ulp., l. 1, § 3, D., *Cond.*, s. c. 12, 7.) provocando, como vemos, una *condictio*, resulta que la tradición es válida.

Pero algo ha debido querer decir Ulpiano (fr. XIX, 7) con las palabras *Si ex justa causa traditae sunt nobis*, y, efectivamente, piensa en casos en que, en virtud de la *causa no justa*, el *accipiens* no recibe la propiedad de la cosa.

Tales son los siguientes: *donatio inter virum et uxorem, donatio supra modum, compra pretio no soluto necque credito*, intercesión de la mujer contra S. C. (Veleyano, *Furtum*.)

Cuando en la configuración de las circunstancias que provocaron la tradición se da uno de estos hechos, la causa se hace *non justa*. Por el contrario, será justa si no se da ninguno de esos hechos; si por servirnos de un texto referente a usucapión, *si sufficit ad traditionem* (l. 4, D., *Pro legato*, 41, 8.).

Habla luego de la dependencia de la tradición, de la justa causa, y dice: «La naturaleza de esta dependencia es totalmente distinta que la que hay entre adquisición por usucapión y justa causa *usucapionis* o de las obligaciones contractuales no forma-

les y la causa *obligandi*...; la causa actúa en éstas constitutivamente; en aquélla, a lo sumo, impeditivamente.»

De esto se deduce que el *accipiens* frente al tercer poseedor sólo tiene, para vindicar la cosa, que probar el hecho de la tradición y la propiedad de su autor; el tercer poseedor, si quiere rechazar la reivindicación, deberá probar que la tradición se hizo a base de *non* justa causa.

Y termina afirmando que la justa causa *traditionis* es algo negativo. En sentido propio no es requisito de la tradición, sino condición negativa de la misma.

Hagamos caso omiso de las monografías de Stephan Kaiser, *De justa causa traditionis* (tesis doctoral de Berlín, 1870), y de la de Mayer, *Die justa causa bei der Tradition und Usucapion* (Erlangen, 1871), porque no aportan ningún nuevo punto de vista (1).

Fijémonos en el trabajo de Fitting, *Wesen des titulus bei der Ersitzung*, publicado en *Arch. f. Die civ., Praxis*, 1868 y 69, pues aunque fundamentalmente referido al estudio del *titulus usucapionis*, no deja de tener puntos de vista interesantes sobre el concepto de la justa causa.

Toma ésta Fitting en sentido objetivo y trata de aclarar las fuentes por una investigación histórica. Según el más antiguo derecho,

(1) Stephan Kaiser pretende que la opinión de Exner es falsa y en contradicción con los textos. No se encuentra, a su juicio, la esencia de la justa causa en la enumeración escasa de causas no justas. La opinión que ve en la tradición la forma del contrato de transmisión de propiedad sería falsa. La causa de traslación del dominio no sería la intención de transmitir y adquirir el dominio; esto es el pacto de propiedad, sino obligación debida. Por lo que para el deudor de buena fe se produce como cierta obligación de transferir el dominio. De todas maneras podría existir aquí aquella intención, pero no tener ninguna importancia ni función jurídica alguna. En los demás casos sería exacto concebirle como *animus domini transferendi et accipiendi*. La justa causa significa, pues, algo positivo, a saber: que por el derecho requiérese para la traslación del dominio, además de la nuda tradición, algo, bien sea obligación, bien pacto de propiedad. Luego sostiene que la tradición sirvió, en tiempo de Cicerón, para transmitir la propiedad de cosas *nec mancipi*; después sirvió a transmisión de propiedad en cosas *mancipi*. Cada uno de estos efectos requería una causa especial. Termina adhiriéndose a la teoría antigua del título y el modo, con algunos indicios de la de Savigny.

O. Mayer trata del asunto con criterios filosóficos. Su proceso mental es el siguiente: justa causa es un hecho que en sí contradice a la *aequitas*; pero

La tradición ha sido un acto material, y su eficacia transmisora de la propiedad, dependiente de la existencia de una justa causa *dominii acqui rendi*. Y en otro sitio dice que aun supuesta la indudable existencia del *animus domini tradendi et adquirendi*, la tradición, sin embargo, sólo verifica la transmisión de propiedad cuando para este específico negocio jurídico hubiera existido una justa causa, un motivo justificativo suficiente. Y, en consonancia con esto :

1.º Que el negocio..., por su carácter económico, entre los que se cuentan los motivos justificativos de adquisición de propiedad que fueron autorizados y reconocidos como apropiados por el derecho ; y

2.º Que tampoco por este su aspecto económico como por el específico jurídico puede entremezclarse algo en los requisitos correspondientes de la validez y existencia jurídica.

Consecuencias son :

1.ª El consentimiento defectuoso sobre la parte económica destituye a la tradición en su eficacia conforme al antiguo derecho ; y

2.ª No hay transmisión de propiedad en caso de suposición errónea de una deuda ; por eso la aceptación a sabiendas de un *indebitum* es un hurto.

Luego dice alegremente Fitting que si prueba alguna consecuencia, debe entenderse probado el principio de que derivan, siendo así que lógicamente ocurre lo contrario.

al cual otro presta el carácter de equitativo. Allí donde no se dé ese otro hecho contradictorio de la equidad, allí no será necesaria la justa causa. Pero esto sólo *in abstracto*. *In concreto*, la tradición aparece siempre en conexión con cierto fin. Si éste no se obtiene, la adquisición aparece como enriquecimiento ilegítimo. Pero la injusticia del caso concreto se borra por una (*condictio*) acción personal. Para que la tradición sea absolutamente eficaz, de modo que sus efectos no puedan anularse por una *condictio*, debe darse la prueba de que la tradición ha obtenido su fin. Y puede ocurrir : 1) Que los hechos en que se basa la prueba del fin alcanzado estén mezclados en un todo con la propia tradición (mutuo, donación) ; ó 2) Que los hechos en que aquella prueba se da pueden aparecer exteriormente como independientes y separados de la misma tradición. Justa causa *traditionis* es aquel hecho separado de la tradición que contiene la prueba de que aquélla ha obtenido su fin. Sólo se requiere una justa causa frente a la *condictio*, no para la realización de la transmisión de propiedad. Llega, pues, Mayer, después de un largo rodeo, a sostener que la justa causa *traditionis* no sólo tiene el fin de transmitir la propiedad, en lo que todos están de acuerdo, sino en suprimir la *condictio*, lo cual es más grave.

En otro lugar (pág. 410, del núm. 60) dice que nadie dudará que el requisito de una justa causa para la tradición y para la usucapición son cosas total y absolutamente paralelas y sí solamente derivaciones diferentes de uno y el mismo pensamiento fundamental.

Pero lo más interesante está donde dice que, en caso de que para una transmisión de propiedad, no ha tenido lugar una mancipación o una *in jure cessio*..., entonces aquélla siempre está condicionada por la existencia de una justa causa... Pues siendo la tradición absolutamente un acto no formal, en ella ninguna forma determinada obliga a reconocer la transmisión incondicionada de la propiedad sin consideración de la causa. No existe para el derecho ninguna razón para no adaptarse a la opinión de la vida comercial, la cual contesta a la pregunta de la clase de adquisición, no por la apelación a la tradición, sino por la indicación del carácter económico del negocio de adquisición. Además de esto, no se puede saber en una simple tradición si se había intentado la transmisión de propiedad.

El círculo de las *justae causae* reconocidas fué originariamente, sin duda, bastante estrecho y malamente sobrepasó los límites de compra, donación, dote, pago y *noxae datio*. Paulatinamente se admitieron otros motivos de justificación jurídica de la adquisición de propiedad, por ejemplo, *datio ob causam* y otros.

Termina Fitting, lo interesante para nosotros, manteniendo que en el desarrollo ulterior del Derecho romano la causa obtuvo la significación de un indicio de conocimiento.

Aún Ströhl (*Rechtsübertragung und Kausalgeschäft*, en el tomo XXVII del *Anuario de Yhering*) se atreve a romper una lanza en favor de la vieja doctrina del título y del modo de adquirir la propiedad y derechos reales, y lo hace dedicando buena parte de su trabajo a combatir el proyecto del Código civil del Imperio alemán en cuanto adopta el negocio abstracto. Pero una primera parte bastante extensa la dedica a Derecho romano. Los argumentos empleados son los clásicos en la materia, y aun hemos de encontrar sus opiniones alguna vez; por ejemplo, al tratar de la divergencia de los textos conocidos de Ulpiano y de Juliano.

Ocupémonos ahora del libro del sabio profesor austriaco doctor Hofmann, titulado *Die Lehre von titulus und modus acquirendi und von der justa causa traditionis*, Viena, 1873, donde se contiene



una sistematización de la materia y se exponen puntos de vista interesantes, que en rigor pueden entresarcarse ya del libro de su compatriota Exner.

Llega a la fijación del concepto *justa causa traditionis* por un proceso muy largo, que seguiremos únicamente a grandes rasgos.

Todo negocio jurídico puede considerarse desde estos aspectos : 1.º ¿Qué ocurre? (Efecto del negocio jurídico.) 2.º ¿Cómo ocurre? (Forma del negocio jurídico.) 3.º ¿Para qué ocurre? (Finalidad.) 4.º ¿Por qué ocurre? (Motivo.) Esta última queda fuera de la dogmática civil, y sólo quedan tres consideraciones, con arreglo a las cuales un acto puede ser a la vez : mancipación (forma), transmisión (efecto) y donación (fin).

Aun la forma puede ser eliminada de esta consideración general, porque varias de ellas sólo sirven para determinados negocios, si bien tiene importancia decisiva cuando da cuerpo a un negocio abstracto.

Distinto de esta diferencia de efecto y fin que se da aún en los actos más sencillos, es la distinción de varios negocios que parece se resumen en uno simple : recuérdese el ejemplo de compra del pan.

Luego hace dos observaciones importantes : 1.ª, la causa en el sentido expuesto (de fin) no debe figurar junto a condición y a término : si se quiere hablar de autolimitaciones de voluntad, resulta que la condición y éstas son accidentales ; la causa, por el contrario, es necesaria ; 2.ª, la infinita diversidad y abundancia de la vida no se deja dominar por imposición de tipos, sino sólo por análisis y sondeos de la naturaleza de los elementos. En las obligaciones no hay que trastocar las *causae obligationum* (motivos de constitución de la vinculación) y las *causae promittendi*, es decir, los fines por los que se hace una promesa. Sólo éstos nos interesan y son los mismos que las *causae traditionis*. Pero esta distinción no se puede aplicar a los contratos reales, en los cuales no puede distinguirse.

Si aplicamos aquellas cuatro preguntas a nuestro asunto, ocurrirá lo siguiente :

1.º ¿Qué ocurre? (efecto). La propiedad de la cosa *x* es transmitida por A. a B.

2.º ¿Cómo ocurre? (forma). Por aprehensión de posesión por parte de A., con consentimiento de B.

3.º ¿Para qué? (fin, causa). Para donar, vender, dar en préstamo, concluir un contrato real, amortizar una deuda, etc.

4.º ¿Por qué? (motivo). Estos ni se dejan enumerar, ni clasificar. Lo interesante, pues, será fijar la distinción entre causa y motivo. Sabido es que, en latín, el vocablo causa significa lo mismo causa (*donandi, solvendi*) que motivo (así 1,25 § 1 D., 19, 2 y Quintiliano, *Ins. orat.*, VII, II, 35, quien enumera como causas: *Ira, odium, metus, cupiditas, spes*). La relación entre ambos es la siguiente: La voluntad fluye de los motivos, los motivos producen la voluntad, la voluntad producida contiene la causa. Siendo la voluntad declarada el α y el Ω, en el Derecho privado la causa interesa sobremanera a los juristas, mientras éstos no se preocupan regularmente del motivo.

Expone luego su opinión sobre la causa diciendo que hay que entenderla sólo como uno de los llamados requisitos negativos de la tradición. Su existencia no es constitutiva; pero, sin embargo, es condición de su vida, actuando su falta impeditivamente (en lo cual coincide con Exner, pero luego rechaza el concepto que dió éste).

Hay que distinguir la causa *traditionis* de la causa *usucapionis*; en ésta, es causa objetiva; en la tradición, causa subjetiva. Cree Hofmann que la causa *traditionis* puede equipararse a la *bona fides* de la usucapión, que también es algo subjetivo.

La causa *traditionis* es, pues, una causa en sentido subjetivo, a saber: causa en sentido de fin (fin próximo), no en el de motivo (fin remoto). La justa causa *traditionis* es, en una palabra, el *justus animus*. La trasmisión de propiedad es nula si ocurre injusto ánimo.

Toda tradición ex-injusta causa es una tradición inválida, pero no viceversa. Los motivos de la invalidez pueden ser: 1.º, incapacidad de una parte: a), a causa de falta de capacidad de disponer o de tener ésta limitada, o b), a causa de defecto del derecho. 2.º, falta de idoneidad del objeto (*res extracomercium*); 3.º, falta de consentimiento (*error in objecto*); 4.º, prohibición de enajenar.

Esta última es la interesante para el concepto de injusta causa; pero aún hay que distinguir según que se prohíba la enajenación en absoluto, o que se prohíba bajo una determinada causa. Así será justa causa en frase de Richerus: *titulus qui a legibus non reprobat*.

## LOS AUTORES CONTEMPORANEOS

Bajo esta rúbrica nos proponemos considerar la opinión de los autores más modernos que han influido considerablemente en los estudios de Derecho romano, de entre los cuales entresacamos a Girard, Bonfante y a Dernburg. Consideración especial nos ha de merecer algún trabajo recentísimo destinado completamente al concepto de justa causa.

Girard (pág. 306 y sigs.), dice que la tradición o simple entrega es un hecho equívoco por lo que se refiere a la cuestión de transmisión de propiedad, pues puede resultar de arrendamiento, depósito, etcétera, y entonces el que recibe la cosa sólo tiene la detentación.

La tradición es una operación que tiene tres aspectos, pues puede transferir la detentación, la posesión jurídica y aun la propiedad. El que transfiera una u otra, es cosa que depende del hecho jurídico que la motiva y que, cuando justifica una transmisión de propiedad, se llama justa causa.

El derecho clásico puso la justa causa en la intención de enajenar y de adquirir que ordinariamente se presentará como compra-venta, donación, etc., pero que puede producir su efecto, aun sin su concurrencia. La tradición se ha convertido, pues, en un acto abstracto.

Lo justifica citando la *condictio indebiti*, el fr. de Juliano en la opinión más corriente y la *condictio ob turpem y ob injustam causam*.

Sólo al final, y sin darlo importancia, se dice que, a pesar de la recíproca intención de dar y recibir, puede no transmitirse la cosa, citando como ejemplo el caso de compra *pretio non solutio* y las donaciones entre cónyuges.

Bonfante (*Instituciones de Derecho romano*, trad. española, página 270 y sigs.) dice que la relación entre las partes que justifica la transmisión del dominio, es la causa justa *traditionis*. Ordinariamente ésta va simultánea a la tradición; pero, si es anterior a ella, la tradición es una *solutio*. Como la tradición no es siempre necesariamente un pago, resulta que, si la justa causa es supuesta o inválida, a pesar de todo se traspaşa la propiedad y queda excluida la *revindicatio*, sólo se otorga contra el *accipiens* una *condictio indebitis* o *sine causae*, etc.

Después vuelve a la idea que nosotros reputamos fundamental en la materia diciendo que positivamente no están determinadas las *justae causae*; sólo se hacen en algunos textos enumeraciones, a manera de ejemplo, y sin dejar de insertar el término general que da cabida a todas las posibles *justae causae*. En cambio, si se repasan los textos, se puede establecer con suma facilidad una enumeración exhaustiva de las *injustae causae*.

Dernburg trata de la cuestión en su tomo de Derechos reales del Tratado de Pandectas (§ 213). Para la transmisión en la propiedad mediante la tradición, se requiere la voluntad del *tradens* de transferir el dominio sobre la cosa, y en el *accipiens*, la voluntad de adquirirlo; es decir, que lo concibe como voluntad bilateral de la transmisión.

En su origen, para los romanos el negocio de tradición se consideraba como unilateral y lo importante era la voluntad del *tradens*. La jurisprudencia posterior reconoce ser necesaria la voluntad concorde de las partes y tratarse, por consiguiente, de un contrato real.

La voluntad del tradente de transmitir la propiedad debe apoyarse en un motivo, causa. El que disminuye su patrimonio por un acto jurídico, lo hace en virtud de un fin razonable. Hay causas que regularmente tienen por consecuencia una transmisión de propiedad: compraventa, permuta, etc. Tales causas son las contraseñas formales de la intención de transmitir la propiedad. De hecho esta intención no está declarada ya en la tradición. Debe, por el contrario, deducirse del contrato o negocio que está a su base.

La intención en la transmisión en la propiedad puede aun existir en el cumplimiento de negocios que típicamente no traen aparejada una transmisión de propiedad. Se transmite, por ejemplo, fiduciariamente por convención la propiedad, con el fin de la constitución de prenda, *pignoris causa*, o se hace propietario de la cosa al administrador o depositario, para darle externamente la plena legitimación de un propietario. En tales casos debe darse expresamente declarada la intención de la transmisión en la propiedad, porque el negocio en sí no la contiene.

Se discute si el paso de la propiedad mediante tradición depende del hecho de que su causa sea válida, o si basta la voluntad de transmisión, aun cuando su causa o fundamento sea mera-

mente supuesta o insuficiente. Dernburg, en esta cuestión, opina que la tradición puede tener ciertamente un carácter abstracto, pero que no es necesario que lo tenga siempre. En la duda de si existe o no en un caso concreto la causa necesaria, existen presunciones que atienden a los fines y necesidades del comercio. La tradición, regularmente, se considera como abstracta, cuando ocurre por cumplimiento de un negocio que existe en el pasado, o que se supone existente. Si en su virtud se ha satisfecho erróneamente una deuda presunta, no hay fundamento para una *vindicatio*, que se dirigiría aun contra los terceros adquirentes, sino para una *condictio*, que sólo puede darse contra el *accipiens*.

Cuando la tradición se da a base de la intención de celebrar un negocio jurídico aún no concluído, debe tenerse por existente la voluntad de transmitir y validez de la tradición si el negocio se realiza efectivamente. La transmisión de propiedad no se da en los casos de injustas causas. (En la nota 9.ª, pág. 164, admite la hipótesis de Lenel, según la que el fr. 36, D., 41, 1, se referiría a *mancipatio*.)

Raymond Monnier (profesor en Lille), publicó en los *Studi in onore di Pietro Bonfante* (tomo III, 1930), un trabajo titulado *Le Malentendu sur la causa traditionis*. Es un trabajo notable desde el punto de vista de la interpretación y valoración de los textos de Juliano y Ulpiano.

Insistiendo luego en la opinión de Francisci de que en la tradición propiamente no hay transferencia de propiedad y que los textos que hablan en este sentido están interpolados, dice que los compiladores interpretan de una manera más abstracta la noción de justa causa: desde el momento en que las dos partes están de acuerdo para admitir que el fin perseguido implica la transmisión de propiedad, poco importa que persigan un fin concreto diferente.

Y más adelante dice que las soluciones dadas por los juristas clásicos, en la hipótesis de un disenso y en aquella en que la operación presenta un carácter ilícito, nos muestran que en el Alto Imperio la justa causa no es la intención abstracta de enajenar y adquirir, sino que varía con el fin perseguido por las partes al proceder a la entrega de posesión: las *justae causae* son en número indeterminado; las *injustae* son en número limitati-

vamente determinado. Pero el hecho mismo de que haya casos en que la tradición no permita al *accipiens* adquirir la propiedad, basta para probar que se busca el fin perseguido por las partes en el momento mismo que se realiza la tradición, y que no se contenta con una intención abstracta de enajenar y de adquirir.

## LA CUESTION EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA

La teoría del título y del modo no podía menos de tener repercusión en la legislación española histórica y en la doctrina. Efectivamente, la tiene, y así, si examinamos la ley 46 del título XXVIII de la Partida tercera, veremos que dice: «Apoderan unos omes a otros en sus cosas, vendiendogelas o dandogelas en dote o en otra manera, o cambiándolas o por alguna otra derecha razón. E por ende decimos que por tal apoderamiento como éste que faga un ome a otro de su cosa o que lo faga otro alguno por su mandado que pasa el señorío de la cosa a aquel a quien apoderasse della...»

Por lo tanto, las Partidas, haciendo caso omiso de algunas desviaciones secundarias, requieren para transmisión de propiedad un apoderamiento—tradición calificada por venta, constitución de dote o cambiándolas, o por alguna razón derecha—justa causa.

Y el comentarista más autorizado de las Partidas, Gregorio López, empleando la terminología de la escuela tradicional, ya dice: *Adquiritur dominium traditione ex titulo habili*.

Cuya terminología también es usada por el Código de las costumbres de Tortosa, donde, en tit. VIII, *Rub. De reivindicacioni*, L. 3, Cost., 5, se dice: «Senyoria nuly home dalguna cosa no pot aver; ja sia co posseesca: si jus titol no ha».

Durante el siglo pasado reinaron despóticamente en los estudios de Derecho romano los tratadistas Ortolán y Heinecio, de cuyas opiniones ya nos hicimos cargo.

Las impugnaciones a la doctrina proceden más bien del campo hipotecario y civilístico, y aunque con gran valor teórico no tienen tanto desde el punto de vista en que nos colocamos puramente romano.

No obstante, adopta una posición interesante D. Julián Pastor

y Alvira (*Manual de Derecho Romano*, 1888). Para él tradición, en sentido estricto..., es el traspaso de la posesión de una cosa, verificado por el dueño a otro sujeto, con intención, por parte de ambos, de que el último se haga propietario de aquélla. Y más adelante: «necesítase, pues, desde luego, como primer requisito, el concurso de ambas voluntades y podemos decir que hay unidad de voluntades, siempre que los interesados estén de acuerdo, respectivamente, en traspasar y adquirir la propiedad de una cosa determinada. Según esto, no será obstáculo para su validez que el cedente se proponga transmitir por un título y el cesionario acepte por otro distinto, con tal que ambos títulos sean traslativos de dominio».

En casi todo coincide con la doctrina de Savigny-Strempel; sólo se aparta, como en un tributo rendido a la antigua teoría, al final, cuando dice que es necesario que sean esos títulos diversos traslativos de dominio.

Gómez de la Serna, en su *Curso histórico-exegético*, después de hacer alusión a la doctrina justiniana, por la que al acto material de la tradición debe preceder la intención de transferir, continúa: de aquí proviene la doctrina de que tanto la tradición transfiere el dominio en cuanto está acompañada de un título hábil; de aquí también la de que no basta en los contratos la mera voluntad sin tradición para transferir el dominio. Luego tira contra la teoría del título y modo diciendo que hay casos en que se adquiere sin tradición y cita los de adjudicaciones en los juicios dobles y las adquisiciones por última voluntad.

No es mucho, pero ya se levanta contra la doctrina del título y modo y se habla de mera voluntad, siquiera calificada por el miembro de frase, en los contratos.

Mucha más importancia tiene la opinión de Gutiérrez («*Estudios de Derecho civil*», III, pág. 37), quien se une a la opinión de Juliano manteniendo que la tradición no es inválida y el desacuerdo recae sobre causa hábil, pero no si hay acuerdo en la transferencia. Para éste, pues, la L. 31, D. de arq. rer. dom. 41, 1, y la de Gayo, II, § 20, en relación con L. 20 C. de pactos, 2, 3, tienen el mismo valor que para Strempel.

El profesor Sánchez Román, en su obra *Estudios de Derecho civil*, tomo III, páginas 191 y siguientes, trata de la cuestión que

venimos estudiando, si bien desde un punto de vista distinto del nuestro.

Después de indicar que las modernas tendencias científicas, o no toleran lo absoluto del dogma de aquella legislación (la romana), *traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur*, o lo explican de manera diferente.

Se plantea luego tres cuestiones, de las que sólo dos nos interesan : ¿ La distinción de título y modo es puramente formularia, de mero valor histórico en el Derecho romano? ¿Cuál es el sentido que debe darse a esos términos?

Enjuiciando luego la reacción contra la doctrina romana, en el Código de Napoleón dice que, declarar el contrato causa bastante para producir el dominio (de), parece una exageración hija de no haber distinguido la diversa naturaleza de los derechos reales y de obligaciones.

Si bien la voluntad humana es el primero y general factor de toda relación jurídica, ella, por sí sola, no es siempre bastante para crear ciertas relaciones. Enhorabuena que cuando se trate de los derechos de obligaciones, la voluntad reducida a las fórmulas jurídicas del contrato sea suficiente por sí para crear relaciones de esta índole...

Ahora bien : si la voluntad, cuando reviste las formas jurídicas del contrato, o del acto *mortis causa*, es bastante para producir derechos de obligación, pero por sí sola no lo es para originar derechos reales, ni, por tanto, el dominio..., es preciso, en fin, para que nazcan los reales, algún elemento, condición o causa que no demanda la adquisición de los de obligaciones. Y ese elemento, causa o condición que se necesita para que nazcan y se transmitan los derechos reales, es la presencia anterior de la relación, que da lugar al derecho real en el poder, goce y pertenencia de quien lo constituye o deriva a favor de otro ; o cierta capacidad jurídica, que da singular aptitud para la adquisición y nacimiento del derecho real unidas a determinadas y específicas condiciones en las cosas.

Podrá decirse que la voluntad es causa común a los derechos de ambas clases, personales y reales, como lo es a todos los actos jurídicos ; pero nunca desconocerse que en unos casos no es suficiente compraventa sin dominio de lo vendido en el vendedor...



Con extraordinaria claridad se explica sobre la cuestión el profesor Clemente de Diego: «No basta con la existencia separada independiente del *tradens* y del *accipiens*, ambos capaces; es menester que se pongan de acuerdo y formen intención: el primero, de transmitir, y el segundo, de adquirir la propiedad. A esta intención o consentimiento de la persona llaman los autores justa causa de la tradición. Generalmente, esa intención se incorpora o exterioriza en un acto jurídico, cuyo objeto es llevar a cabo una enajenación; pero también puede resultar de otras circunstancias, y no siendo de esencia a la tradición, sino esa mutua voluntad conforme de los interesados en transmitir y adquirir la propiedad. De ordinario, repetimos, esa intención se manifiesta en un acto jurídico traslativo de dominio (venta, donación, etc.); y por esto los autores suelen denominar a este acto justa causa de la tradición; mas a nosotros nos parece más concreto y exacto llamar justa causa de la tradición a la intención de las partes, ya que ella y no el acto en que se exterioriza es lo esencial a la tradición, como que, sin ella, ésta no causa efecto alguno.

Luego recoge el ejemplo de Juliano en la siguiente forma: «Importa poco para la validez de la tradición el que el *tradens* se proponga transmitir por un título (de venta, por ejemplo), y el *accipiens* crea adquirir por otro (por ejemplo, donación), con tal que ambos sean traslativos de dominio.» Aplíquese aquí lo que decimos del Sr. Pastor y Alvira.

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.

# La distinción del Derecho en público y privado

## ¿COMO SE HA FORMADO ESTA DISTINCION?

Prescindiendo de su elaboración histórica, que tal vez sea lo único que justifique su existencia, y cuyo desarrollo ha explicado magníficamente el ilustre romanista Pietro Bonfante en una monografía, publicada en la *Rivista Italiana di Sociologia*, titulada «La progressiva diversificazione del diritto pubblico e privato», vamos a examinar, desde el punto de vista científico de la técnica alemana, su elaboración doctrinal moderna.

Los diversos criterios que se han adoptado para fijar esta distinción del derecho en público y privado, y de los que Holliger enumera hasta diecisiete, pueden reducirse a dos dominantes, que Kelsen, en su obra más completa sobre el particular, *Allgemeine Staatslehre*, expone, y que denomina «teoría del interés», y la que se ha traducido en español por «teoría del plusvalor» o del *ius imperium* (*Die Mehrwerttheorie*).

## TEORIA DEL INTERES

Se inspira en el más antiguo texto que se conoce afirmativo de la distinción. Es el famoso de Ulpiano, que dice: «Huius studii duoe sunt positiones: publicum et privatum. Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulo-

rum utilitatem : sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.» (D. 1. 1. 1. 2.)

Según la teoría que en este texto se inspira, la distinción entre el derecho público y el privado reside en la cualidad del interés que las normas protegen : el derecho privado protege el interés del individuo ; el público, el de la colectividad.

Mas esta oposición no existe para el derecho. Si de hecho cabe considerar una oposición entre el interés público y el privado, la regularización jurídica del conflicto, la idea mismo del Derecho, elimina para el Derecho la existencia del conflicto. Una vez resuelta de una cierta manera la oposición, ésta deja de existir jurídicamente para aquel Derecho ; y si aun se persiste en afirmar la existencia de la pugna de intereses, la afirmación va referida al hecho o a la crítica del contenido singular de aquel Derecho ; mas no afecta a su concepto, que es lo que en rigor científico ha de considerarse.

Pero ni siquiera la interpretación del texto de Ulpiano es unánime y fácil. Perossi sostiene, siguiendo a Pernice, la tesis de estar interpoladas las frases : «Huius studi duae sunt positiones : publicum et privatum.» De ello se desprende que la oposición no está entre el interés público y el privado, sino entre «quod ad statum rei Romanoe spectat» y «quod ad singulorum utilitatem».

Esto, unido a las magistrales y abundantes demostraciones de Ehrlich y a las de Bonfante, demuestra que la genuina concepción romana del *ius imperium* y su caracterización estaban en la fuente : derecho público era el emanado del Estado, el derecho de la autoridad, el de las leyes y senadoconsultos, y el *ius privatum* era el derecho de los juristas, no emanado de la autoridad estatal ; era el *ex naturalibus praeceptis, aut gentium, aut civilibus*, en el texto de Ulpiano, en su primitiva forma.

Pero lo cierto es que durante mucho tiempo tuvo gran predicamento la teoría que basa la distinción en la oposición del interés público al privado.

Los argumentos capitales y más decisivos contra ella son los que propone Kelsen. Para este autor, el criterio del interés es un punto de vista «metajurídico». A qué fin sirven las normas, es, para su calificación jurídica, algo de tan poca importancia como para una división de los cuadros lo es su precio. Una división de

los principios jurídicos puede referirse solamente al contenido o a la estructura de los supuestos abarcados en los hechos condicionantes o condicionados de la norma, es decir, que la división sólo puede fundarse en un objeto jurídicamente inmanente, no en uno trascendente a lo jurídico. Además, es completamente imposible, con referencia a un precepto positivo cualquiera, determinar si sirve a un interés colectivo o individual. Todo principio jurídico sirve a ambos a la vez; así, por ejemplo: el Estado no tiene ni un pelo más de interés en que el deudor devuelva en el plazo legal un préstamo que en la omisión de un robo: «Allein, der Staat hat nicht um ein Haar mehr «Interesse» daran dass der schuldner das Darlehen rechtzeitig zurückerstattet, als er an der Unterlassung eines Diebstahles interessiert ist.» (Kelsen, *Hauptprobleme des Staatsrechtslehre*, pág. 631.)

En cuanto una norma jurídica tutela un interés individual, la tutela de este interés individual es un interés colectivo.

El interés tutelado, esto es, el derecho subjetivo, es siempre el interés individual; la tutela del interés, esto es, el derecho objetivo, es siempre un interés colectivo.

Antes de entrar en el examen de la teoría del *ius imperium* procede una alusión sobre algunas teorías que tienen entronque con las dos que hemos señalado como dominantes o fundamentales.

Se da como criterio de la distinción el de la autonomía del individuo, como punto de partida del derecho privado, y la sumisión, como molde del derecho público; pero aparte de que esto sería confundir el derecho público con el *ius cogens* y el derecho privado con el *ius voluntarium* o derecho dispositivo, tanto en el público como en el privado, no es cuestión de autonomía, sino de límites de la autonomía. Afirmar una cierta esfera de autonomía es aludir a la circunscripción de los límites del derecho de los demás sobre el individuo, y esta esfera la tendrá el individuo tanto frente a los demás como frente al Estado, aunque fuese sólo constituida por determinados derechos políticos. El más o el menos de la autonomía no es criterio diferencial de rigor científico: cabe sólo, como punto de partida en el aspecto histórico, si se considera la diversa fuente del derecho en la primitiva época romana, en que el derecho privado emanaba de la autoridad del paterfamilias.

Por esto tampoco puede ser criterio el que es mero corolario del anterior, y que busca la distinción en la forma de protección de los derechos: «El derecho privado—se dice—otorga al individuo la disposición de un medio de defensa, cuando en el derecho público la protección es de oficio. La afirmación no es exacta; pero además es presentar en distinta forma el argumento de la autonomía, pues es autónomo el ejercicio de una acción, y está fuera de la autonomía la protección de oficio de un derecho.»

### TEORIA DEL PLUSVALOR O DEL «IUS IMPERIUM»

Parte esta teoría de afirmar que el derecho público es el que regula las relaciones de imperio entre sujetos no iguales, es decir, entre un sujeto soberano y un sujeto sometido, especialmente entre el Estado y los súbditos, y que el derecho privado regula las relaciones entre sujetos iguales.

A estas últimas se las considera como relaciones jurídicas propiamente dichas; las de derecho público son opuestas a aquéllas mediante atribuirles el carácter de relaciones de poder a señorío. La distinción demora, pues, en una cierta cualidad de los sujetos. A ciertos de ellos, particularmente al Estado, les corresponde un mayor valor jurídico; su voluntad vale más, tiene una mayor eficacia jurídica, que la de otros sujetos. De ahí el nombre de *Mehrwerttheorie*, dado por Kelsen.

Expresado de otro modo, se dice que son relaciones de derecho público aquellas en que uno de los sujetos ejerce *ius imperium*.

Así, pues, la diferencia primaria de los sujetos de derecho y sus relaciones funda, a su vez, secundariamente la distinción de las normas jurídicas que determinan estas relaciones en públicas y privadas.

A pesar de ser, sin duda, el esfuerzo máximo de la dogmática para resolver nuestro problema, los argumentos que reiteradamente ha producido Kelsen contra ella aniquilan la distinción.

Empieza Kelsen por examinar el concepto de relación jurídica, y dice que, según la opinión que se pone por base de la teoría del

plusvalor, los sujetos, con sus cualidades independientes del Derecho, en sus recíprocas relaciones independientes asimismo del Derecho, se hallan frente al ordenamiento jurídico; éste encuentra ya existentes estos sujetos y sus relaciones, y, al regularlos, los eleva a sujetos de derecho. Esta concepción es insostenible.

Las relaciones independientes del ordenamiento jurídico son relaciones causales, relaciones de motivación. Los sujetos de derecho no se hallan frente al ordenamiento jurídico como entidades diferentes de él, sino como partes de un todo: el mismo ordenamiento. Y la relación jurídica no es, por tanto, una relación natural que acepte el ordenamiento jurídico al regularla. Si como primer paso para el tránsito de un punto de vista, aun prejurídico, a una posición de rigurosa teoría del Derecho, se parte del hecho natural, se puede hablar, a lo sumo, de una relación con el ordenamiento jurídico. Correctamente, la relación jurídica debe ser definida como una relación dentro del ordenamiento jurídico. Como una relación de supuesto de hecho instituida por la proposición o norma jurídica. La relación jurídica es, por tanto, una relación entre hechos, no entre personas. Es evidente que, como cualidades jurídicas, sólo vienen en consideración aquellas cualidades de los hechos que éstos tienen relativamente a otros hechos en virtud de su posición en la norma o proposición jurídica.

Pero es también evidente que sólo los hechos pueden tener tales cualidades diferenciales, no los sujetos de derecho, no las personas, ya que éstas son solamente representaciones auxiliares adoptadas con fines cognoscitivos, personificaciones, y como tales tienen una sola cualidad: ser expresión de la unidad de un complejo de normas jurídicas. Se distinguen, por tanto, entre sí, según se trata de la personificación del total ordenamiento jurídico o de personificación de ordenamientos jurídicos parciales. La tentativa de diferenciar los sujetos de derecho según otras cualidades está condenada de antemano a fracasar.

Esto aparece tan pronto como se plantea la cuestión de en qué consiste, propiamente, el plusvalor atribuido a ciertas personas y su superioridad o superordenación respecto a otras.

Se demuestra tal superioridad en que a los mandatos unilaterales de tales personas soberanas, en particular a la persona del

Estado, hay otras que están obligadas a obedecer, y, en caso de desobediencia, la persona soberana puede ejecutar actos coercitivos contra las personas desobedientes. En cambio, en las relaciones jurídicas privadas, esta obligación de una determinada conducta surge, no de la manifestación unilateral de voluntad de una persona, sino, por lo general, sólo con el consentimiento del obligado, esto es, por la coincidencia expresada de las voluntades de ambos; y aquí el acto coercitivo, en caso de conducta contraria a lo pactado, no parte de la persona que funda o concurre a fundar la obligación, sino de una tercera, y precisamente de la persona soberana: el Estado. En esto parece que, efectivamente, existe una diferencia de principio. Pero si se resuelve toda esta representación personificativa y se la conduce a los hechos jurídicos, en particular a la actitud de los hombres (como contenido del ordenamiento jurídico) y a sus relaciones, resulta una situación completamente diversa.

El deber jurídico de que se trata no es un producto, en último análisis, de la manifestación de voluntad dirigida al contenido de aquél, de igual manera que los deberes jurídicos privados no son producto de la manifestación de voluntad concorde de los contratantes que intentan obligarse. En tales hechos no hay fuerza alguna inmanente para producir efectos jurídicos. El fundamento de la validez del deber jurídico es, en ambos casos, la norma jurídica general, o bien la última base de ésta: la Constitución. En ambos casos la manifestación de voluntad representa una continuación de la formación de voluntad estatal, esto es, del contenido del ordenamiento jurídico, una concreción de la norma general, abstracta, en normas individuales.

El que en unos casos sea la misma persona la que dicta el mandato fundamento inmediato del deber jurídico y con él el acto coercitivo que reacciona contra la violación del deber, mientras en otros casos el acto coercitivo dimana de una persona diversa de aquella o aquellas cuyas manifestaciones de voluntad determinan el contenido de los deberes de las partes, es sólo una apariencia producida por la personificación. Tal apariencia se desvanece apenas busquemos, *no las personas, sino los hombres*, cuya conducta constituye los hechos determinantes. El hombre que, como órgano, dicta el mandato superior, no es, por lo general, el hombre

encargado de acto coactivo en caso de desobediencia. El que el acto de ambos sea atribuido al mismo «Estado», es sólo un modo de expresar la unidad del ordenamiento, que regula ambos hechos. En un sentido más lato, también el negocio jurídico es acto jurídico, acto que completa el contenido del ordenamiento jurídico; referido a la unidad, es acto estatal.

Cuando se reconozca que el fundamento del vínculo jurídico concreto no consiste inmediatamente en los hechos condicionantes del mandato superior o en el negocio jurídico, sino en el ordenamiento jurídico que atribuye a estos hechos efectos jurídicos, entonces carece de sentido atribuir a uno o a otro de estos hechos una validez jurídica más alta o más fuerte. Todo hecho tiene precisamente la validez, los efectos jurídicos que le son atribuidos por el ordenamiento jurídico, es decir, por las normas jurídicas de grado superior. Igual que de las manifestaciones de la voluntad humana, puede el ordenamiento jurídico derivar deberes de acontecimientos exteriores, sin que haya que atribuir a tales acontecimientos un plusvalor jurídico por la sola circunstancia de brotar de ellos deberes jurídicos de los hombres sin su consentimiento. La clasificación de los hechos en acontecimientos y manifestaciones de voluntad es, sin duda, de grandísima importancia; pero no coincide, ni aproximadamente, con la división del derecho en público y privado, pues en derecho privado se presentan negocios jurídicos obligatorios unilateralmente, y en derecho público otros que sólo tienen eficacia con el consentimiento del obligado.

Aun cabe señalar cuál es, según el propio Kelsen, la tendencia política—antijurídica—de la pretendida distinción: «Si la teoría del plusvalor, dice, atribuye a ciertos hechos, a los llamados actos de autoridad, un valor jurídico más alto, no es tanto para fines teóricos, para estructurar sistemáticamente el derecho positivo puramente como tal, sino—en gran parte quizá inconscientemente—para acercar al derecho positivo un principio *político*, con la ayuda del cual se alcanzan ciertos resultados, deseados desde ese punto de vista político, los cuales erróneamente son considerados positivamente jurídicos, siquiera no encuentren apoyo alguno en el derecho positivo. De esta suerte se abusa de una norma general, no fundada en el ordenamiento jurídico positivo—aunque cabe imaginar que un cierto derecho positivo contenga esa norma efectivamente—,



para modificarla, en ciertos casos, en interés de ciertos hombres encargados de las supremas funciones de órganos. Si bien estos hombres se pueden considerar como órganos estatales sólo en cuanto sean legítimos, esto es, en cuanto sus actos respondan a las normas jurídicas de grado superior, puesto que sólo por este camino la imputación conduce al Estado, se trata de hacer valer sus actos como actos jurídicos, sin ninguna consideración a la ley (en sentido formal). Esta teoría tiene la manifiesta intención de hacer valer la ejecución como una fuente de derecho totalmente independiente de la legislación.»

«Esto—añade—no es más que la doctrina de Maquiavelo, en que la «ragione di Stato» reemplaza a la norma jurídica.»

Ahora bien, cuando el Estado se desliga del dogma político de la Roma imperial *princeps legibus solutus est*, y el Estado-Policía se convierte en Estado de Derecho y se somete a las normas del Derecho, desaparece el motivo para conservar la distinción entre Derecho público y Derecho privado.

Otros muchos autores combaten igualmente la distinción, siguiendo, o no, el camino trazado por Kelsen. Aparte de sus discípulos Merkel, Verdross, Kaufmann, Schreier, tenemos a Franz Weyr, quien sostiene que todos los criterios de la distinción son metajurídicos; Laun, Jung, V. Schenk, Coviello afirman que la distinción tiene más valor histórico y tradicional que científico o racional, siquiera habiéndose conservado de hecho, crea que entre los grandes esfuerzos en pro del criterio diferencial, sea preferible el del *ius imperium*; Van Bemmelen hace una crítica vibrante de la distinción; De Buen entiende que precisamente uno de los mayores obstáculos para una exacta conceptualización de las distintas ramas del árbol de las ciencias jurídicas es este viejo prejuicio de querer agruparlas en dos sistemas: el de derecho público y el de derecho privado, distinción, según él, incompatible con el Derecho moderno social.

## INTENTO DE REVALORIZACION DE LA TEORIA

Un intento muy estimable de revalorar la distinción se debe a Giuseppe Maggiore, expuesto en un artículo titulado «L'aspetto pu-

blico e privato del diritto e la crisi dello Stato moderno», publicado en la *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, quien, después de adherirse a la impugnación que Kelsen hace de las teorías del interés y del plusvalor, traza otro camino.

Afirma que la tendencia actual de la filosofía y la jurisprudencia es la de contemplar el Derecho única y exclusivamente a través de la norma, pero que no se ha advertido que, de tal suerte, se cambiaba uno de los momentos del derecho por el derecho todo. La norma que vemos formulada como mandato es el término de un proceso, el proceso que ha conducido a la formación. Quien se detiene en ella, esto es, en el término del proceso, no ve el proceso de producción del derecho, que está completamente fuera de la norma. Por esto, cuando se quiera sorprender el derecho en su originación, esto es, explicar cómo surgen las Instituciones jurídicas concretas, frecuentemente antes de toda ley y en contra de ella, la categoría de la norma ya no basta.

La norma es sólo el concepto abstracto del Derecho, mientras el concepto concreto es el individuo vivo, es el sujeto.

El proceso del derecho es un proceso de subjetivación, de personificación. Ahora bien, en el sujeto tiene su sede la distinción del derecho en público y privado, según que el sujeto sea universal o particular.

Y ¿cómo entiende Maggiore el sujeto universal y el particular? Dice que en ellos se contienen todas las determinaciones empíricas posibles con las cuales esos conceptos se pueden distinguir. Los criterios de la generalidad de los fines, de la sociabilidad de los intereses, de la no patrimonialidad, de la irrenunciabilidad, del imperium, etc., no son sino expresiones aproximativas, como todas las expresiones empíricas, de la universalidad del concepto.

La conciencia jurídica crea el mundo del derecho distinguiendo, y oponiendo quizás, lo que tal vez tiene un valor infinito y universal—el derecho público—, a lo que tiene un valor finito y particular—el derecho privado—. En este juicio de valor, que la conciencia histórica reitera de continuo en sus determinaciones jurídicas, está, para Maggiore, la raíz de la distinción. El derecho que llamamos público no es público sino en relación a un derecho privado, respecto al cual se pone como un plusvalor, y viceversa. Si en algunos momentos históricos no surgiese la necesidad

de deprimir, e incluso de sacrificar completamente ciertos derechos frente a otros, no habría motivo de crear, contra la categoría de los derechos públicos, una categoría de derechos privados.

Tal es la síntesis de lo que sostiene Maggiore en orden a la resurrección de la dualidad.

Pero creemos que su grande y hábil esfuerzo dialéctico no alcanza el fin apetecido :

a) Porque al ir más allá de la norma, se coloca fuera de la dogmática del derecho positivo—éste no es más que norma vigente y efectiva—, lo cual equivale a adoptar un plano metajurídico, iusnaturalista, filósofo, genético, sociológico, ético-político, como se quiera, pero nunca dogmático-jurídico.

Ambos planos son completamente distintos. El origen, la historia y el fin tienen un gran valor para la interpretación de las instituciones jurídicas ; pero con referencia a los conceptos *no institucionales*, sino puramente abstractos, que no son, ni deben ser, sino corolarios del concepto lógico del Derecho, la historia suele no ser más que el catálogo de los errores de la Jurisprudencia.

b) Porque no es más que una síntesis nominal y confusa de todos los demás criterios de la distinción, precedentemente rechazados por él. En definitiva, la teoría del interés vuelve en su tesis de que, en ocasiones, hay que sacrificar los derechos privados al derecho público (si hablara de intereses sería más claro) ; la doctrina del plusvalor del sujeto resurge en cuanto contrapone sujeto universal a sujeto particular.

c) Porque precisamente la historia—y ya con esto nos colocamos en su mismo plano—, si algo demuestra, es la permanencia de las instituciones de lo que convencionalmente se llama derecho privado, frente a la incesante fluctuación de lo que convencionalmente apelamos derecho público. La segunda parte del trabajo de Maggiore se refiere a «la crisi dello Stato moderno», el sujeto de valor infinito y universal!

Si se preguntase qué conmoción es más trascendental para el interés público, para la sociedad, la supresión de la propiedad individual, o un cambio en la forma de gobierno, la respuesta no sería dudosa.

d) Porque existe una petición de principio en dar la distinción por la distinción, al decir que sólo hay un derecho público

porque hay un derecho privado, y viceversa. A no es B, porque B no es A, cuando lo que se trata de demostrar es que existan A y B, y no únicamente C.

e) Porque decir que el derecho público es más que el privado, que es menos, no nos conducirá nunca a saber lo que son el uno y el otro, y menos sus respectivos límites, que es de lo que se trata.

Precisamente esta afirmación de que hay un derecho que es más y otro que es menos, que es el fondo que late bajo la máscara de pretendidas apariencias técnicas, en todas las soluciones afirmativas de la distinción, no evidencia su sentido iusnaturalista: sólo el derecho natural puede plantear la hipótesis de un derecho individual, presocial, existente en un estado de libertad natural, frente a un estado de sociedad, única hipótesis posible en el Derecho positivo; sólo la idea de un derecho natural, anterior o superior al derecho positivo, puede presuponer un derecho subjetivo que sea algo más que un mero aspecto o consecuencia de la norma. Bien de relieve lo han puesto Laun y Jung en varios artículos.

Tenemos, pues, que hay que considerar fracasada la distinción en concepto de distinción lógica: su repetido flujo y reflujo en la historia nos la hace llevadera a lo sumo como división históricamente condicionada.

Dentro de esta relatividad histórica y en el momento actual, se suele calificar de derecho público al que regula las relaciones de los entes colectivos en cuanto tales, ya entre sí, ya hacia sus miembros; y de derecho privado al que ordena las relaciones jurídicas en que se hallan los individuos en cuanto tales, no como miembros de los entes colectivos.

Pero lo que la teoría escinde de esta suerte en la vida práctica (o sea en el conjunto de las relaciones de hecho, en las leyes y en las instituciones jurídicas) se entrelaza intensamente, sin que quepa atribuir un éxito total, a pesar del entusiasmo con que recientemente la ha emprendido Friedrichs, a la tarea de exponer las circunstancias comunes al derecho público y al privado. Este entrelazarse unas y otras normas se manifiesta, por ejemplo, en que de los derechos privados brotan deberes públicos (de la propiedad inmobiliaria surge el deber de pagar la contribución territorial), en que los derechos privados aparejan derechos públicos contra el Estado para que proteja y realice, coactivamente, la efec-

tividad de aquéllos, en que la violación de los derechos privados determina, a veces, penas públicas, etc. Por esto no es de extrañar que, con tanta frecuencia, plantee dificultades el problema de si una relación o norma jurídica concreta es de derecho público o de derecho privado.

ANTONIO DE ROBLES VIÑOLY,

Abogado.

## 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 . . . . . 65.208.261,45 —

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

## En defensa de nuestra legislación hipotecaria

La serie de artículos publicados por el Sr. Cerdeiriña en esta Revista, con el título de «Inscripción de posesión e inmatriculación registral», es un ataque tan violento a nuestra legislación hipotecaria que, aun sin desconocer los méritos del trabajo y el fino análisis con que procede, nos creemos en el deber de poner las cosas en su punto y desvanecer las nieblas de una argumentación que, en algunos momentos, nos parece olvidar la tradición española y el precedente germánico.

Para nuestro distinguido colaborador, *la posesión carece de fuerza legitimadora* y su inscripción es inoperante; porque *el Registro no debe acoger sino derechos perfectos, sanos, fuertes y bien conformados*.

Estas radicales conclusiones, después de haber expuesto con galanura y claridad la doctrina, que en cierto modo podemos llamar clásica, de la posesión y de la inscripción como medios legitimadores en las dos grandes esferas del derecho de cosas, solamente pueden explicarse por haber olvidado que nos hallamos en presencia de una rama del derecho que ha recibido las influencias del romano y del germánico, mezclado las finalidades de instituciones diferentes (*gewere* y *possessio*) y concluido por emplear el último término para poner de relieve ciertas energías del primero.

Uno de los juristas alemanes de mayor fama en la materia, Gierke, dedica un largo capítulo del segundo volumen de su obra *Deutsche Privatrecht*, tan notable por la elegancia de los conceptos como por la prodigiosa erudición de las notas, a estas relacio-

nes entre *investidura*, *posesión* y *derecho registral*, y en sus ochenta páginas encontramos justificación sobrada para la iniciativa de la Comisión de Códigos: el célebre expediente posesorio, como titulación supletoria.

Al tener lugar la aceptación o recepción del Derecho romano, penetró en Alemania el concepto de la *possessio* con los matices que la doctrina italiana, poderosamente influida por el Derecho canónico, le había impuesto; pero la intuición y las normas romanas se amalgamaron con intuiciones y normas germánicas propias de la *investidura* para formar un todo poco armónico. Tan completo fué el triunfo de la doctrina posesoria, que hasta desapareció el término *gewere*. Tan arraigada se hallaba esta institución, que desfiguró las normas de la *posesión* y halló un cauce amplio en el registro inmobiliario.

Por de pronto, la discusión relativa al carácter de la *posesión* (*hecho o derecho*) no puede decidirse con la frase «señorío de hecho» en un ordenamiento que va atribuyéndole particularidades de la *investidura*, hasta convertirla en una dominación jurídicamente cualificada que, independientemente de los derechos reales, recibe garantías formales y cristaliza en una especie de derecho subjetivo. Así se explican la transmisibilidad de la *posesión*, las repercusiones de la *investidura* justa o recta en la usucapión, el uso de la palabra *gewere* en el sentido de *prescriptio*, las variadas especies de la *posesión*, la transformación de la *quasi possessio* (sólo admitida en Derecho romano para las servidumbres) en *posesión* de cosas incorpóreas, la distinción de la *posesión* en originaria y derivativa...

Donde se pone más de relieve la mezcla de características es en el Derecho inmobiliario, que, nacido directamente de la *investidura* judicialmente otorgada, emplea términos latinos desconcertantes por referirse a una especie de *posesión* registrada. Sorprende, en verdad, al estudiante español que abre la Ordenanza hipotecaria Prusiana de 20 de Diciembre de 1783 el encontrarse ya en el primer título con los párrafos 35 y 36, que aluden a la rúbrica I del modelo oficial con las frases *bei dem titulo possessionis unter dem titulo possessionis*, y su asombro no tiene límites si repasa los modelos mismos y se fija en el encasillado: Nombre de poseedor (*Namen des Besitzers*).—*Titulus possessionis* (así, en la

rín).—Valor del inmueble, *Wertz des Immobilis* (en alemán y en latín).

Sin embargo, esta es la técnica corriente en las leyes y comentarios publicados en el segundo tercio del pasado siglo, que conceden al *título de posesión* el mismo valor que nosotros al *documento inscribible*.

La materia se vuelve más complicada y difícil con la admisión en el derecho austríaco y concordantes de la llamada *posesión tabular*, o sea la que resulta de la inscripción de una finca o derecho a favor de una persona, llamada por ello *poseedor tabular*. Los trabajos sobre esta posesión, discutidos apasionadamente cuando la Comisión de Códigos desenvolvía en España su famosa actuación, por Zlobitzki, Wittig, Winiwaster... y otros muchos, serían o no conocidos por nuestros juristas, pero acusan una innegable amalgama de instituciones y parten de valores indespreciables para quien pretenda trazar los precedentes y evolución del sistema hipotecario español. La inscripción legitima y eleva la situación jurídica a un plano intermedio entre la posesión y la propiedad (*Mittelding zwischen Besitz und Eigenthum*), y este *ens tertium* goza de los privilegios de la posesión justa y de buena fe.

En el derecho bohemio se reputaba que se poseía con justo título cuando el Juez autorizaba la tenencia. Solamente el titular inscrito, decían otros Ordenamientos, posee *justo título*, porque no se admite una prescripción *contra tabulas*. La ley favorecía esta posesión y de ahí que también se la denominara *legitima possessio*. ¿Acaso quien obtiene la aprobación judicial de su título y ostenta su derecho *erga omnes*, proclamándolo a los cuatro vientos y desafiando a quien presuma de contradictor, no goza de sus bienes con publicidad, lealtad y nobleza superiores a las del poseedor que oculta, no ya un documento auténtico, sino la base o causa de su posesión?

Consecuencia de estas normas era la rapidez de la *praescriptio tabularum*, cuyo plazo, en unos sitios, se reducía al año y día del antiguo derecho; en Austria, se fijaba en tres años; en la Moravia se cumplía a los tres años y dieciocho semanas; en Hesse, llegaba a los cinco, y en el Código civil suizo no pasa de los diez. Algunas de estas leyes exigen la posesión real y efectiva, pero otras vienen a transformar la prescripción extintiva del derecho



correspondiente al titular no inscrito, en una especie de *usucapión* a favor de quien ha inscrito a su propio nombre.

Se replicará a esta argumentación que, en los casos aludidos, existe una causa de la posesión acreditada por documento auténtico y que para inmatricular el dominio hay que exigir las pruebas posibles de su adquisición.

Aparte de que se puede discutir si el título de posesión es, sobre todo, un título adquisitivo de la propiedad y de que la *prueba diabólica* no es el camino más recomendable para desenvolver un sistema hipotecario, hay que reconocer, con los modernos estudios, que la existencia de la investidura (*gewere*) se halla más ligada con su manifestación solemne, con una leal publicidad, que con el encadenamiento de actos o contratos clandestinos.

Veamos ahora rápidamente si el expediente posesorio de la primitiva ley Hipotecaria (con las modificaciones de la Ley de 17 de Julio de 1877) respondía a estas exigencias del sistema. Se trata de un procedimiento judicial, con intervención del ministerio fiscal, audiencia de los copropietarios y copartícipes, descripción hipotecaria de la finca, nombre del transferente, tiempo de posesión, aseveración de dos o más testigos cualificados, certificación del Alcalde, referencia a los amillaramientos, etc..., notificaciones a la persona de quien procediese el inmueble o a sus herederos, recibo de contribución, oposición de parte legítima...

Es decir, que la Ley se apoya en los más elevados funcionarios de la vida municipal: Jueces, Fiscales, Secretarios judiciales, Alcaldes y Secretarios de Ayuntamiento; en los ciudadanos de notoria solvencia: vecinos propietarios del pueblo; en las declaraciones auténticas de los que pretenden inscribir..., todo bajo la severa calificación del Registrador.

¿Qué más se puede pedir? A un autor tan imparcial como conocedor de la materia (D. Bienvenido Oliver: *Derecho inmobiliario*, I, pág. 572) le parece que hay marcadas desigualdades entre la titulación auténtica y la supletoria, que no responden a su respectiva naturaleza «porque el fundamento de la primera es mucho menos firme que el de la segunda». «El de aquélla, la auténtica, consiste en la simple palabra de los que otorgan el acto o contrato, atestiguada o confirmada por el Notario autorizante. El de la segunda, la supletoria, estriba no sólo en la palabra del in-

interesado, de igual modo que la anterior, sino en otros hechos importantes, como las declaraciones de dos vecinos propietarios... y la publicidad consiguiente a todo procedimiento judicial en la localidad donde radican las fincas». «Verdaderamente—añade—no están en relación los efectos tan inseguros y limitados de la titulación supletoria, con los trámites complicados y costosos exigidos para obtenerla.»

Para desvirtuar estos razonamientos se habla de los innumerables abusos cometidos a la sombra del expediente posesorio y de la falta de probidad, por no emplear un término más fuerte, de las personas que en él intervienen: el Juez municipal, es un iletrado; el Secretario judicial, un sinvergüenza; el Alcalde, un amigo de sus amigos; el Secretario del Ayuntamiento, un *fresco*; los testigos, unos falsarios; el solicitante, un embustero... *e via dicendo*. ¿Cómo es posible discutir de este modo las ventajas o inconvenientes de un procedimiento inmatriculatorio? ¿No hay en nuestro país Código penal ni personas decentes?

Indudablemente, se ha buscado en la información posesoria la salida para todas las situaciones jurídicas que por su complejidad, autenticación difícil o defectuosa documentación no podían ser llevadas al Registro, o sólo podían ser inscritas mediante enormes gastos, que absorberían el valor de los inmuebles. Fenómeno es éste que se observa en los ordenamientos jurídicos más progresivos. Por algo la ficción ocupa el rango de medio técnico y cauce adecuado al desenvolvimiento del derecho.

Consecuencia lógica de lo expuesto: la afirmación de que el asiento practicado en virtud del expediente posesorio no sirve para legitimar la situación jurídica, porque solamente exterioriza un hecho, desconoce los antecedentes, supuestos y funcionamiento del sistema hipotecario español. Ciertamente es que de una precipitada lectura de la Exposición de motivos pudiera deducirse que la ley Hipotecaria transforma a los propietarios en poseedores; pero aparte de que la finalidad entonces perseguida era la de proveer de titulación a quien de ella careciera, nadie pone hoy en duda que la inscripción del expediente tiene un contenido mucho más denso que el de un simple hecho, una riqueza jurídica no contenida en la protección posesoria de tipo romano. De otra suerte, ¿cómo admi-

tir que se pueda vender un hecho, constituir sobre él un derecho incorporal o gravarlo con una hipoteca?

No. En la inscripción posesoria todos vemos el reflejo gráfico de una relación dominical, que por el ordenamiento hipotecario es reconocida como exteriorización formal y legitimadora de un cierto señorío jurídico sobre la finca.

Con frase más sencilla, decían Galindo y Escosura (en los comentarios a los artículos 397 y siguientes): «La información posesoria viene a ser la prueba interina y de presunción de que al poseedor le pertenece el dominio.» «Inscrita ya la posesión..., queda habilitado el poseedor para transferir el inmueble en cuanto a sus derechos posesorios...» «La posesión, considerada en abstracto como un simple hecho, no es inscribible, porque el Registro no es archivo de hechos, sino de derechos...»

Desde este punto de vista, aceptado por el párrafo segundo del artículo 41 de la ley de 1909, se explican las resoluciones de la Dirección general de los Registros, los preceptos del Real decreto-ley de 13 de Junio de 1927 y, en general, la doctrina española. Citar para desprestigiarla el artículo 927 del Código civil alemán equivale a confundir la prescripción *contra tabulas* con el régimen de inmatriculación.

A. DE L.

# Más sobre la institución de la reserva

La complejidad de la figura jurídica de la reserva, institución en crisis por la lucha, en su regulación de dos tendencias principales, que da lugar a que los artículos que de ella se ocupan respondan, unos, al criterio clásico de adquisición, ya que no de construcción, de los derechos del reservista y reservatario en su coexistencia, y reflejen, otros, la nueva doctrina y el evidente progreso que señala la legislación hipotecaria, es causa de que alrededor de la institución aludida se hayan producido vacilaciones y dudas y de que, entre otras cuestiones, se discutan, principalmente, la interpretación del artículo 973 del Código civil y, además, el alcance del derecho de los causahabientes a título singular, temas que van a ser objeto del presente trabajo, y que podemos concretar en las siguientes preguntas :

1.ª Las palabras «padre» o «madre», del último párrafo del artículo 973 del Código civil, ¿se refieren al padre o madre que contrajo segundas nupcias?

2.ª Los adjudicatarios y compradores del derecho de reserva ¿tienen acción para impugnar la desheredación hecha por el reservista, en perjuicio del reservatario?

\* \* \*

Si antes de contestarlas y de fundamentar las respuestas que creamos más acertadas, hacemos un examen de conjunto de ellas y de la causa remota, origen de las dudas, observamos a primera vista que resalta la distinción entre un problema meramente jurí-

dico, de interpretación y alcance del artículo 973 del Código civil, especialmente de su párrafo segundo, problema que ha podido plantearse en cualquier momento, dado que la reserva ordinaria es una institución que aún no ha terminado en nuestras leyes su último proceso evolutivo, y que por ello su regulación en el Código civil no es sistemática, puesto que ya dijimos hay artículos que responden a la tradición jurídica, mantenida aún como preponderante, en el proyecto de 1851, y los hay que encarnan el progreso doctrinal civil, aunque velado con la forma aparente de progreso hipotecario, respondiendo al enorme adelanto, que significó, en nuestra doctrina y práctica jurídica, la publicación de nuestra primera ley Hipotecaria.

Resultado de tal diversidad de origen y principio es el que el Código, en esta materia, no tiene un criterio firme y definido, sino que en él coexisten los restos de la figura tradicional (art. 970) con los efectos de la nueva construcción doctrinal (arts. 973 a 975) necesaria, tanto para la seguridad del crédito territorial, ávido de situaciones concretas, como para las exigencias del nuevo estado liberal, que niega derechos sucesorios adquiridos en vida del causante y huye de situaciones de derecho mal delimitadas en su coexistencia y efectos recíprocos.

Era inevitable la lucha entre la antigua y la nueva doctrina, como, a pesar de la sumisión, más que nada, formal, ha sido inevitable (doctrinalmente) entre el Tribunal Supremo, inclinado al criterio de su jurisprudencia, anterior al Código, y la Dirección general de los Registros, mantenedora de la nueva doctrina.

Por ello hemos dicho que el problema planteado sobre interpretación del artículo 973, párrafo segundo, del Código civil, es natural y normal en su planteamiento. ¿El reservatario es sucesor? ¿La reserva es una sucesión? ¿A quién sucede el reservatario? ¿Puede ser desheredado, como reservatario, por el reservista, o el alcance de la transmisión forzosa legal del patrimonio reservable afecta de tal modo a éste, que lo excluye de la herencia del reservista de tal manera que no le alcanzan los efectos de la desheredación que éste haga? Todas estas preguntas son consecuencia lógica de una normal discrepancia doctrinal.

Pero aquellos problemas del antiguo derecho por la coexistencia de dos titulares, que, a pesar de la clara distinción de sus de-

rechos respectivos, encuadrados en las figuras de usufructuario y nudo propietario, a tantas cuestiones daban lugar por el juego de las condiciones de que sus derechos y los de sus causahabientes pendían; aquellos problemas que parecían para siempre desaparecidos con la nueva doctrina, tan racional y tan beneficiosa al crédito territorial, al fijar concretamente el momento de adquisición del derecho real por el reservatario en el de la muerte del reservista y al dar carácter sucesorio a la reserva; aquellos problemas que dada en nuestro Derecho la prohibición general de contratación sobre herencia futura, y del tan racional y moral fundamento de que no se cotice en el mercado la esperanza de la muerte del padre o madre reservista y el deseo de evitar los peligros para el crédito de la coexistencia de terceros inscritos, causahabientes del reservista y del reservatario; aquellos problemas, que para siempre debían haber desaparecido, han surgido nuevamente, como consecuencia inmediata de la sentencia del Tribunal Supremo de 1.º de Abril de 1914, y aquellas cuestiones que tan rotundamente fueron cortadas en su origen por las Resoluciones de 28 de Agosto de 1911 y 6 de Abril de 1912, están de nuevo pendientes, como consecuencia de aquella sentencia, y para su evitación en lo futuro no hay otro remedio, aparte la esperada reforma del Código civil, que la rectificación por el Tribunal Supremo de su erróneo criterio, volviendo al exacto de su sentencia de 4 de Enero de 1911, como afortunadamente parece iniciar en la del 3 de Noviembre de 1931.

\* \* \*

Hecho este ligero juicio de conjunto, pasamos ya a contestar la primera y básica de las cuestiones propuestas.

#### PRIMERA CUESTIÓN

«Las palabras «padre» o «madre» del último párrafo del artículo 973 del Código civil, ¿se refieren al padre o madre que contrajo segundas nupcias?» Opinamos que sí.

*Primero.* Porque la reserva es una sucesión legítima y sucesión del reservista, como demuestra el mismo artículo 973, párrafo primero, que dice que «si el padre o la madre no hubiere usado,

en todo o en parte, de la facultad que le concede el artículo anterior (y la facultad de mejorar del artículo 972 se concede expresamente al *padre o madre segunda vez casado*), los hijos y descendientes legítimos del primer matrimonio *sucedarán* en los bienes sujetos a reserva, conforme a las reglas prescritas para la sucesión en línea descendente, aunque a virtud de testamento hubiesen heredado desigualmente al cónyuge premuerto o *hubiesen renunciado o repudiado su herencia*».

Este artículo es fundamental en la construcción doctrinal de la reserva y el que sirve de base (salvo restos por suprimir) a la regulación de nuestro derecho, y las conclusiones lógicas que de este su primer párrafo se derivan son: A) Que la reserva es una sucesión; y B) Que es una sucesión del reservista. Porque para dejar firmemente asentado este punto, como pudiera relacionarse la facultad dada al reservista por el artículo 972 con la general autorización de un especial comisariado, del artículo 831, por el que también puede darse el caso de un cónyuge supérstite mejorando, en evitación de que se confundan y que se crea que la autorización del artículo 972 es para mejorar, en nombre del cónyuge premuerto, a los herederos y en la sucesión del mismo, el legislador, en el artículo 973, no se conforma con declarar que la reserva es una sucesión, sino que quiere afirmar que es una sucesión legítima del reservista, no del premuerto, y por ello dice expresamente que los reservatarios *sucedarán* aunque hubiesen renunciado o repudiado la herencia del premuerto, es decir, aunque no sean herederos del premuerto, porque se es reservatario por ser hijo, no por ser heredero del premuerto, y se adquiere el derecho a la reserva por propio derecho del hijo huérfano de padre o madre, no por ser heredero del premuerto.

*Segundo.* Porque no obstante podérsenos alegar que siendo el derecho del reservatario renunciable, por la facultad que para ello concede el artículo 970 (artículo que ya juzgamos necesitado de urgente reforma en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, número 71, páginas 829 y siguientes), si decimos que la reserva es una sucesión mortis causa, los efectos de la renuncia de herencia se retrotraen al momento de la muerte de la persona a quien se tenía derecho a heredar (art. 989 del Código civil), y que por ello se debe entender que dicho artículo 970 es prueba de que

el Código cree la reserva herencia del cónyuge premuerto; hemos de oponer el texto claro del artículo 973, y que la mayor prueba de que la adquisición de la reserva pende de la muerte del reservista la tenemos en que si el reservista no muere para el reservatario, porque le sobrevive, el reservatario no sucede en los bienes reservables (art. 971), a pesar de la muerte de su supuesto causante, el cónyuge premuerto, y aunque fuese heredero del mismo, y que si la reserva es sucesión del premuerto, ¿cómo puede enajenar el reservista (sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Diciembre de 1904), y cómo no ocurre hoy, como en el Derecho romano, que el reservatario, aun premuriendo al reservista, transmita sus derechos a sus herederos?

*Tercero.* Porque refiriéndose expresamente los artículos 971 y 972 y, por referencia a este último, el párrafo primero del 973, al padre o madre segunda vez casado, de referirse el segundo párrafo al cónyuge premuerto (si tal referencia fuese posible, como veremos en el siguiente fundamento) lo habría indicado expresamente el legislador, y, en defecto de indicación expresa, la interpretación más racional es la de considerar como un todo, en su supuesto básico, al artículo 973, y no a su segundo párrafo, como una disposición referente a efecto de la desheredación hecha por el cónyuge premuerto, cuyo adecuado lugar sería, no esta sección segunda, capítulo V, libro III, en que se regulan los bienes sujetos a reserva, sino la novena, capítulo II, del mismo libro, que trata de la desheredación en general, y, aun en el supuesto de que por mala colocación, apareciere incluido en aquélla, una disposición más propia de ésta sería en artículo separado y no como segundo párrafo de un artículo que se refiere en el primero, lo mismo que los dos artículos anteriores, al reservista.

*Cuarto.* Porque la desheredación que hubiera podido hacer el cónyuge premuerto, desde luego, siendo fundada, priva al desheredado de su derecho, y, aparte de la cuestión concreta que nos ocupa, de si el reservista, al desheredar, priva al reservatario de su derecho a adquirir los bienes reservables, se nos presenta ahora la de si la desheredación hecha por el cónyuge premuerto alcanza en sus efectos a impedir que el reservatario adquiera en su día del reservista los bienes reservables.

La cuestión, a nuestro juicio, no era dudosa en nuestro anti-



guo Derecho, en el que, a más del precedente romano, aparece la reserva, inspirada en una supuesta condición «non nubserit» y una supuesta sustitución, tácitas y fundadas en una presunta voluntad del premuerto, pero sí en el Derecho moderno, que no busca supuestas voluntades presuntas, sino que objetiviza, interpretando el precepto legal, por el fin concreto de la institución, y éste por la lucha de intereses. El fundamento de la reserva no es la voluntad presunta del premuerto, sino el fin querido por el legislador, por ser, a su vez, conveniente a la organización familiar patria el que los bienes sigan la normal trayectoria familiar (véase sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Noviembre de 1931, que habla de la congruencia de la reserva ordinaria con la constitución de la familia española).

Por ello, siendo antes la reserva una institución fundada en la supuesta voluntad del premuerto, al chocar tal suposición con la voluntad real del mismo de excluir al hijo de su herencia, es evidente que tal desheredación imposibilitaba que éste llegase a ser reservatario, pero no fundada la reserva en una supuesta voluntad del padre, sino en el interés real del hijo, el desheredado por aquél, fuera de los casos en que la causa de la desheredación implique indignidad, que alcanzará a las sucesiones de los dos padres, no debe considerarse privado de su derecho a ser reservatario, si después de haber sido excluido de la herencia del premuerto, quizá por causa que sólo afectaba a éste, y haber agotado la desheredación sus efectos, con posterioridad ocurre un hecho, el nuevo matrimonio de su padre o madre, que origina un derecho a su favor. Porque aunque surja una colisión entre el derecho que hemos reconocido al hijo y la voluntad desheredante de su padre premuerto, para que por aquél pudiese ésta quedar eludida en el caso, por ejemplo, de que sólo hubiere un hijo, y que, desheredado éste e instituida heredera la madre, la heredase como reservatario, tales supuestos no pueden, en su previsión, impedir el juego del derecho; y aunque reconozcamos, en este caso del hijo único desheredado por el premuerto, más justificada la creencia de que aquella desheredación pueda privarle de su derecho a los bienes reservables, como si éste hereda, aunque no sea como reservatario, a su padre o madre binubo, queda igualmente sin efecto indirectamente, o, mejor dicho, económicamente, la deshe-

redacción hecha por aquél, al adquirir el hijo bienes que fueron del premuerto, a falta de un precepto legal que diga que el hijo desheredado no podrá adquirir por título hereditario de persona alguna bienes que procedan del padre o madre que le desheredó, hemos de considerar la desheredación con efectos limitados a la sucesión directa del que deshereda y como institución de penalidad civil de interpretación restrictiva.

*Quinto.* Porque considerando que la desheredación por el premuerto no debe privar del derecho a adquirir con posterioridad los bienes reservables del cónyuge superviviente, se refuerza la creencia de que el párrafo segundo del artículo 973 se refiere a la desheredación que haga el reservista, y si éste puede mejorar con bienes reservables, debe también poder desheredar, siendo así que, enumeradas taxativamente en el Código las causas de desheredación, no queda la reserva pendiente de la simple voluntad del cónyuge sobreviviente, en la que el legislador teme influencias extrañas, sino que, por el contrario, podríamos decir que, en realidad, el causante de la desheredación es el mismo reservatario, culpable de alguno de los hechos que son causa justa de la misma.

*Sexto.* Porque de haberse dudado a qué padre o madre se refiere el artículo 973, párrafo segundo, de igual modo que se modificó en éste la referencia inexacta al derecho de representación se hubiera así expresado, máxime cuando existían precedentes, como veremos, de disposiciones legales en que se habla de pérdida de la reserva, aun ya adquirida, y de desheredación, especificando claramente a qué persona o herencia se referían, y tales disposiciones eran conocidas por los redactores de nuestros proyectos de Código civil, y, sin embargo, en el de 1851, artículo 806, de igual redacción en su primer párrafo que el actual 973, se decía en el segundo párrafo que «El hijo desheredado justamente por el padre o por la madre, *pierde todo su derecho* a la reserva, pero si tiene hijos o descendientes legítimos, será representado por ellos», y vemos que, a pesar de separarse este párrafo, como artículo independiente, al pasar a ser el artículo 982 del proyecto de 1882, conserva la misma redacción, sin especificar, por no dudar de ello el legislador, que el padre o madre a que se refiere es el sobreviviente.

*Séptimo.* Porque al pasar al Código vigente, se revisó cuida-

dosamente el párrafo, como lo prueba su nueva redacción «el hijo desheredado justamente por el padre o la madre, *perderá todo derecho* a la reserva, pero si tuviese hijos o descendientes legítimos, se estará a lo dispuesto en el artículo 857», en la cual vemos:

A) Que se ha sustituido la referencia hoy inexacta al derecho de representación, por otra al artículo 857 (ocupar lugar sin representar), lo que, al par que evidencia su cuidadosa revisión, acredita que hubo que relacionarlo con la desheredación en general, y, sin embargo, no se incluyó en las disposiciones sobre la misma ningún precepto que ampliase sus efectos a impedir en general, al desheredado, la futura adquisición de los bienes reservables.

B) Que se ha puesto el verbo perder en futuro. En el artículo 806 del proyecto de 1851 *pierde todo su derecho a la reserva*; en el 973, párrafo 2.º del Código, *perderá todo derecho a la reserva*; esta modificación pone de manifiesto que se estudió especialmente este párrafo y se meditó su redacción, la que, a nuestro juicio, responde a la modificación en la doctrina. Antes, el desheredado *pierde*, y pierde de presente, porque la reserva era un derecho ya adquirido antes de la muerte del reservista, un derecho ya del reservatario, *su* derecho, decía el artículo 806 del proyecto de 1851; hoy, al no ser un derecho adquirido en vida del reservista, se puso *perderá*, y tal palabra, que, como hemos dicho, debió ser motivada por la consideración de que no se puede perder lo que aún no se tiene adquirido, es la que sugiere la duda de si se referirá este párrafo a la desheredación por el premuerto, pues, al decir que el desheredado *perderá*, puede referirse a que el que fué desheredado *perderá* en futuro, el derecho también futuro a los bienes reservables, pero, en tal caso, no se diría por el legislador *perderá*, sino no adquirirá, pues siendo la desheredación un hecho anterior y un hecho que, en el supuesto que consideramos, impide que el antes desheredado llegue a ser reservatario, no puede decirse que éste *perderá*, ya que no puede perderse lo que no se ha llegado a adquirir.

Claro está, y no se nos oculta, que al sustituir *pierde* por *perderá*, al llevar la pérdida al futuro, parece hacerse retroceder la desheredación al pasado, y esto, unido a que si en la doctrina moderna el derecho del reservatario no es adquirido en vida del reservista, al morir el reservista que deshereda, en cierto sentido, tampoco puede

decirse que el reservatario pierde ningún derecho adquirido, y en tal supuesto, al no poder perder en el futuro, la palabra perderá, futuro, habría de referirse a la desheredación pasada o hecha por el cónyuge premuerto; pero, a pesar de la aparente solidez de este argumento, opinamos que siendo así que es evidente por la misma palabra *pierde*, que el artículo 806 del proyecto de 1851 se refería a la desheredación por el reservista, tendríamos que admitir que el legislador ha querido trastocar por completo el objeto de dicha disposición al referirse ahora a la desheredación por el premuerto, y que una alteración de fondo de tal importancia ha sido hecha por el legislador.

Primero. Sin separar este párrafo del primero del mismo artículo y de los artículos anteriores que expresamente se refieren al reservista, antes, al contrario, separado como artículo independiente (982) en el proyecto de 1882, lo vuelve el legislador a unir, cuando de ser cierta la opinión que rechazamos, era indispensable el separarlo, el especificar claramente la alteración fundamental hecha y muy conveniente haberlo trasladado a la sección novena, capítulo II, del libro tercero, y

Segundo. Sólo por el cambio de tiempo del verbo perder y supresión de la palabra *su*. No puede parecer lógica la conducta de un legislador que así procede, y por ello creemos que, o bien bajo el influjo de la nueva doctrina (véase REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, números 68 a 73), al ser la adquisición del derecho en los bienes futura, se empleó la palabra referente a su pérdida también en futuro, o bien que, no siendo conocida la desheredación hasta la apertura del testamento del reservista y determinados los bienes y la cuantía de las garantías y adquirido el carácter de reservatario antes y con el derecho a los bienes, se dice que, desheredado por el reservista, *perderá*, en el futuro, cuando sea conocida la desheredación, *todo derecho a la reserva*, o sea el derecho que ya tenía, pues hemos de repetir que, de referirse a la desheredación hecha por el premuerto, no se podría decir ni pierde ni perderá derechos en los bienes ni a los bienes, pues es desheredado antes de ser reservatario, y, por haberlo sido, no puede llegar a serlo (Scaevola, *Comentarios*, tomo XVII, pág. 232, y REVISTA CRÍTICA citada, pág. 905).

Octavo. Porque aunque sea precedente remoto (aunque no de-

bemos olvidar que el derecho romano, hecha abstracción de particularidades de lugar, tiempo y organización social y familiar, ha inspirado en esta materia nuestra antigua legislación y ha regido, complementándola, en nuestra patria (véase el estudio citado, página 621) en Derecho romano, aunque la reserva fuese adquirida por el reservatario en nuda propiedad y por un acto penado civilmente del cónyuge viudo, y aunque, por lo tanto, toda la legislación imperial parece inclinada a favorecer al reservatario y en oposición al reservista, como prueba, entre otros, el capítulo XXXV de la Novela 22, de Justiniano; sin embargo, se dispuso en la misma (capítulo XXVI, párrafo primero), además de con respecto al premuerto, que si alguno de los hijos fuese ingrato con el reservista, se dé la reserva a los demás hijos, para obligar a no serlo y a honrar a sus padres («... sicut superius diximus, praemium eis damus hoc, sive heredes fiant, sive etiam non, et hoc ex aequo percipiant ipsi quidem superstites, cum eis autem et defuncti filii genitoris, accipientes partem ubique tamen ingratitudine «sicut praediximus», impedimenta ad tale lucrum faciente huiusmodi filio. Contra ingratos enim positas non transcendimus leges, taliter et parentes honorantes, et filios ad pietatem deducentes. Sicut enim electionem prohibimus et denuo omnibus similiter damus talia praemia, sic ea, quae de ingratitudine sunt, non interimimus. Palam vero est, quia ingratum intelligi eum oportet, qui circa ambos parentes, aut omnino circa *posterius morientem* factus aperte monstratur»).

Vemos, pues, reconocido que no precisaba ser heredero del premuerto para ser reservatario y dispuesto, a más de en caso de ingratitud para con el premuerto, que, en Derecho romano, en contra de la opinión que hemos defendido para el nuestro, afectaba a la reserva, que también se perdía ésta por actos condenables del reservatario para con el reservista.

*Noveno.* Porque cuando un legislador se refiere a la desheredación por el cónyuge premuerto lo especifica claramente. El Código sardo decía, en su artículo 147, «la propiedad de los bienes antes designados pasa, no obstante toda renuncia general, y sin distinción de sexo, a los hijos del primer matrimonio o a sus descendientes, con tal que sobrevivan al padre o a la madre binubos, aunque no sean sus herederos ni del padre o la madre premuertos; sin embargo, si uno de los hijos *había sido justamente desheredado*

*por el esposo difunto*, su porción acrece a los otros hijos del primer matrimonio. Pero si el desheredado fuese el único hijo o descendiente que hubiera sobrevivido, adquirirá «la propiedad de los mencionados bienes, a pesar de su desheredación».

Vemos en este artículo, que con toda claridad se especifica, que se trata de la desheredación por el esposo difunto, y que siendo un solo hijo, aunque hubiese sido desheredado por aquél, adquiriría los bienes reservables, y, siendo conocido por «los redactores de nuestro proyecto de Código de 1851, hubiese sido natural que, de referirse el artículo 806, y hoy el 973, a tal desheredación, lo hubiesen especificado expresamente.

*Décimo.* Porque el carácter de sucesión del reservista de la reserva ha sido declarado por nuestra jurisprudencia, como hemos visto en las Resoluciones de 28 de Agosto de 1911 y 6 de Abril de 1912 y en la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Enero de 1911, que dice en su primer considerando «que sólo a la muerte del reservista adquieren los hijos o descendientes, o los parientes en su caso, el derecho a suceder en los bienes que constituyen la reserva, ya la reserva del artículo 811, ya la tradicional o histórica...»; y, aunque menos explícitamente, en sentencia del 3 de Noviembre de 1931, que habla del rancio abolengo de la reserva del cónyuge viudo en la legislación patria, de su congruencia con la constitución de la familia española y de su compatibilidad y estrecho enlace con las legítimas; y

*Undécimo.* Porque igualmente nuestra jurisprudencia reconoce que el párrafo segundo del artículo 973 del Código civil se refiere a la futura desheredación por el reservista, al considerarla como condición resolutoria del derecho del reservatario: A) En la misma sentencia del Tribunal Supremo de 1.º de Abril de 1914, en cuyo tercer considerando se dice que puede ser considerada la reserva como «existencia de derechos condicionados, inseguros, enlazada a hechos inciertos, como se desprende del texto de los artículos 972 y párrafo segundo del 973, del antes citado Código»; y en el caso de dicha sentencia no había duda de que el premuerto no había desheredado, y, por tanto, la referencia al artículo 973 ha de ser en relación a la desheredación por el reservista. B) En la resolución de 27 de Octubre de 1917, que dice que en el caso particular de la misma, y hemos de entender era particular por la sen-

tencia anterior del Tribunal Supremo, no particular, porque no fuese la reserva ordinaria normal, la transferencia de los derechos del reservatario había de «quedar subordinada a las múltiples contingencias de mejora, *desheredación*, sobrevivencia de la madre, capacidad de heredar», etc. Y C) En la resolución de 6 de Diciembre de 1926, que dice que «la reserva del cónyuge binubo... debe calificarse, no de un título particular de adquirir bienes determinados, sino de un modo universal de adquirir un patrimonio singular con especiales incidencias *sucesorias*, como las relativas al llamamiento de los reservatarios, *desheredación*, mejora, repudiación, inventario, colación, pago de deudas y otras muchas».

### SEGUNDA CUESTIÓN

«Los adjudicatarios y compradores del derecho de reserva, ¿tienen acción para impugnar la *desheredación* hecha por el reservista, en perjuicio del reservatario?»

Contestada la primera cuestión, que estimamos normal en su planteamiento, hemos de repetir antes de contestar la segunda que ésta no debía ser planteada en nuestro Derecho, porque en él no parece debiera haber causahabientes del reservatario con derechos adquiridos en vida del reservista.

Para resolverla habremos, pues, de separarnos del derecho normal en el patrimonio del reservatario, para considerar la anormal situación creada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo; y en este terreno la cuestión, puede plantearse: A) Respecto a acreedores y adjudicatarios. B) Respecto a causahabientes por título oneroso (compra); y C) Respecto a causahabientes a título lucrativo (donación, pues no hay razón para negar la facultad de donar, concedida la de enajenar a título oneroso), y, ante todo, por ser común, separando: A') El caso de que el reservatario impugne la *desheredación* de aquel (B') en que el reservatario *desheredado* no actúe.

En el primer supuesto, en que el reservatario *desheredado* impugna la *desheredación*, impugnación que goza del beneficio a su favor, de que su simple negativa a admitirla supone la carga de la prueba para el heredero o herederos instituidos por el reservis-

ta (art. 850 del Código civil: «La prueba, de ser cierta la causa de la desheredación, corresponderá a los herederos del testador, si el desheredado la negare»); en este caso, obligado el heredero del reservista a justificar, y con ello a hacer firme la desheredación, ningún acreedor ni causahabiente del reservatario tiene interés alguno, y no debe tener acción para impugnar la desheredación. La impugnación hecha por el reservatario agota la acción, y para este caso se nota la falta, para el heredero del reservista, de una especie de la antigua «exceptio in iudicium deductae» que pudiera oponer a los demás demandantes, dado que, no probada la causa por el heredero, todos son beneficiados mediatamente, y, probada para el desheredado, probada queda para todos.

Pero si el reservatario acepta pasivamente la desheredación, aunque supone para él, a más del perjuicio económico, un tan grave daño moral y desheredación, que le es tan fácil impugnar, con la presunción a su favor de que no es cierta la causa de la misma, y, no obstante, permanece inactivo, con daño evidente para sí, sus acreedores y causahabientes, ¿tendrán éstos acción para impugnar la desheredación?

Respecto a los acreedores, es evidente que la pasividad del reservatario, prescindiendo del caso, aunque posible, raro, de complicidad con el desheredante, causa a éstos un daño, al ver esfumarse su futuro patrimonio de garantía, si el reservatario no impugna la desheredación; y como también se causa daño por omisión, y éste es evidente para los acreedores, y debe ser exigida más diligencia a aquel que sin ella daña a un tercero, y siendo mínima la diligencia que se precisa para protegido por la presunción, impugnar la desheredación; en tal caso, por analogía con el artículo 1.001 del Código civil, porque si bien es cierto que el reservatario no repudia la herencia, no lo es menos el que con su pasividad asiente a la repudiación que de él se hace, creemos que los acreedores podrán pedir al juez autorización para exigir al heredero instituido prueba de que la causa o causas alegadas en el testamento de su causante son ciertas.

Respecto a los causahabientes a título oneroso, la cuestión se complica, porque si bien, por una parte, todo vendedor tiene un deber general de saneamiento, el caso del reservatario vendedor de su derecho ni encaja adecuadamente en nuestras disposiciones le-



gales (arts. 1.474 y siguientes), ni el adquirente ignora que el derecho que adquiere no es aun adquirido definitivamente por el tradens, y que pende de múltiples circunstancias. El comprador de un derecho condicional nada puede alegar si la condición resolutoria acaece; tal evento fué tenido en cuenta al contratar, y seguramente hubo de tener repercusión en el precio, siendo el elemento aleatorio que rompería la normal equivalencia de las prestaciones. Por ello parece, a primera vista, que, habiendo sido tenidas en cuenta, al contratar, todas las circunstancias que podían afectar no ya a la extensión, sino a la existencia del derecho enajenado (incapacidad, indignidad, premoriencia, desheredación), el adquirente no debía tener acción alguna, por no ser admisible alegar ignorancia legal y ser público el Registro en que constaba la cualidad y procedencia de los bienes. Pero a pesar de ello, creemos debe distinguirse entre los casos de extinción para señalar la especialidad del que nos ocupa.

El reservatario ha enajenado su derecho; el adquirente del mismo, si muere su causante en vida del reservista, o sea antes de haber adquirido un derecho en los bienes, pierde el suyo, que de aquél pendía, porque un hecho, la premoriencia del reservatario, ha obrado como condición resolutoria del derecho vendido, y, por tanto, de la venta. Pero no es el mismo el caso de la desheredación; en el primer caso, el hecho de la muerte tiene la fuerza trágica de lo irremediable e inconvencible; en el caso de la desheredación, no, pues no es, como aquél, un caso en que la realidad natural se impone al derecho, sino que es ciertamente un hecho, pero un hecho jurídico, un acto de voluntad del reservista, y este acto no es desheredación, no produce efectos de tal por su sola existencia, sino que está condicionado en la ley, la cual, antes de dar efectos jurídicos a un acto libre contrario a su mandato (la reserva), exige ciertas condiciones de motivación suficiente y de motivación justa, es decir, juzgada, no con el criterio subjetivo del padre o madre, sino con el criterio imparcial y objetivo de la ley, y si ésta, en general, exige causas determinadas para su admisión (art. 853), con más razón en el caso del padre o madre reservista, que puede ser influenciado por extraños, es imperiosa la necesidad de la certeza de la causa de la desheredación; porque si bien una vez probada la desheredación, reforzada la voluntad del padre o madre

desheredante con el previo juicio legal de ser causas bastantes las indicadas en la ley, es indiferente sea o no binubo el que deshereda; pero mientras no se pruebe, y sea binubo el padre o madre que deshereda, la normal presunción a favor de todo hijo (artículo 850) se refuerza a favor del hijo del primer matrimonio, y, en tal caso, ante una causa alegada por una persona en cuyo ánimo teme la ley la influencia de la nueva familia, debería dudarse más, si cabe; y aunque el hijo no la impugnase, debería ser siempre exigida su prueba al heredero instituido en perjuicio de aquél.

Y creyéndose así en general, el causahabiente del reservatario, al sentirse perjudicado, dudará aún más de ella, y por ello, por una rara especie de saneamiento, creemos pueda apremiar al reservatario para que impugne la desheredación, sin que, ni en este caso ni en el de los acreedores se dé una indirecta acción para impugnar a un no heredero, sino que en un caso especialísimo se valdría la ley de ellos para un esclarecimiento que tan concretamente responde a su deseo de protección de los hijos del primer matrimonio.

Respecto a causahabientes a título lucrativo, como ningún derecho, reforzado por una contraprestación, fuerza a que terceras personas intervengan en las relaciones familiares, aun post mortem, no creemos que tengan acción alguna ni para impugnar ni para pedir que lo haga su causante.

ANTONIO MARÍN MONROY,

Notario.

# Jurisprudencia de la Dirección de los Registros y del Notariado

REGISTRO MERCANTIL. NO ES INSCRIBIBLE EN EL MISMO UN TESTIMONIO AUTORIZADO POR NOTARIO DE CERTIFICACIONES EXPEDIDAS POR EL GERENTE DE UNA SOCIEDAD Y UN CORREDOR DE COMERCIO, EN LAS QUE, CON VISTA DEL LIBRO REGISTRO DE ACCIONES DE UNA SOCIEDAD, SE DETERMINAN LOS NOMBRES Y NÚMERO DE ACCIONES QUE PERTENECEN A LOS TENEDORES, PORQUE DE LOS TEXTOS LEGALES PERTINENTES NO SE DESPRENDE QUE PUEDAN HACERSE CONSTAR EN EL REGISTRO, Y MENOS CON TAL CARENCIA DE SOLEMNIDADES, APARTE DE QUE LA FÁCIL TRANSMISIBILIDAD DE LAS ACCIONES NO HARÍA POSIBLE CUMPLIR BIEN CON EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD MERCANTIL, QUE ES, AL PARECER, LA FINALIDAD QUE CON DICHA INSCRIPCIÓN SE PERSIGUE.

*Resolución de 17 de Julio de 1934. (Gaceta de 24 de Agosto.)*

El Registrador mercantil de Pontevedra denegó la inscripción de un testimonio autorizado por el Notario de dicha ciudad don Manuel Rivademar Lojo, de dos certificaciones, expedidas una, por el Director Gerente de una Sociedad, y la otra, por un Corredor Colegiado de Vigo, de las que resultaba que del examen del Libro Registro de acciones de dicha Sociedad resultaban registradas las acciones que se citan a favor de las personas que también se mencionan, «porque, si bien para el infrascrito funcionario la inscripción de los titulares de acciones nominativas no carece de trascendencia mercantil, no obstante, por no enumerarse entre los inscribibles en el Código de Comercio y en el Reglamento del Registro Mercantil, formalmente parece no ser procedente tal inscripción».

Interpuesto recurso por D. Emilio Fábregas Sotelo, exhibente de las certificaciones, el Registrador dictó acuerdo manteniendo su calificación y teniendo por promovido el recurso, confirmando la Dirección general la decisión del Registrador, con los siguientes fundamentos:

Para la más adecuada decisión del problema objeto de este re-

curso ha de tenerse en cuenta que del texto de los artículos 21 del Código de Comercio y 112 del Reglamento del Registro Mercantil no se deduce la posibilidad de hacer constar en esta oficina el nombre de los accionistas de una Sociedad anónima y número de acciones que a cada uno le corresponda, hechos comprendidos en las dos certificaciones expedidas por la representación de la «Sociedad de Vapores de Pasaje y Turismo», y que por testimonio notarial se presentaron en el Registro mercantil de Pontevedra.

Si legalmente es requisito esencial de la escritura de constitución de una Sociedad anónima, y ha de constar en el Registro, la determinación del capital social, la forma de su distribución y los títulos que lo representen, cualquier modificación que se adopte habría de realizarse con observancia de las solemnidades para tal caso previstas en las cláusulas normativas y disposiciones legales aplicables.

Como la finalidad primordial de la publicidad mercantil es conceder certidumbre a las relaciones de responsabilidad, y el Registro debe ser garantía para las terceras personas, aparece con claridad que el documento cuya inscripción fué denegada no responde a tal significación, cual se desprende de la prescripción establecida en el artículo 162 del Código de Comercio, que exclusivamente exige que las acciones nominativas deberán estar inscritas en un libro llevado al efecto por las Compañías, en el que harán constar las sucesivas transferencias, y porque la inscripción en el Registro de los documentos de referencia, en cierto modo se opone al carácter de fácil transmisibilidad propio de las acciones, aparte de que, en el supuesto de que se hubiera practicado el asiento pretendido, no se derivarían del mismo los efectos positivos de la publicidad, conforme ha declarado el Tribunal Supremo.

**ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. LA CALIFICACIÓN POR EL REGISTRADOR DE LOS MANDAMIENTOS QUE LAS ORDENAN SÓLO SE EXTIENDE, EN GENERAL, A LA COMPETENCIA DEL JUEZ, A LA NATURALEZA DEL MANDATO, EN RELACIÓN CON LA DEL PROCEDIMIENTO, Y A LOS OBSTÁCULOS QUE PUEDAN NACER DEL REGISTRO. PRESUNCIÓN DE FIRMEZA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES CONTENIDAS EN EL DOCUMENTO SUJETO A CALIFICACIÓN.**

*Resolución de 14 de Septiembre de 1934. (Gaceta de 30 de Octubre.)*

Como resultado de diligencias sobre habilitación de fondos, promovidas por el Procurador D. Gabriel Maestre Lozano contra D. Emilio Galiano Correa, como albacea y contador-partidor de D.<sup>a</sup> Aniceta García Castillo, ya fallecida, fueron embargadas varias fincas procedentes de su testamentaria, y presentado en el Registro del Norte, de Sevilla, mandamiento para la anotación preventiva de las mismas, el Registrador de la Propiedad puso nota, que dice así: «Suspendida la anotación que se ordena en el precedente mandamiento, que ha sido presentado en unión del testamento, certificación de defunción y certificación del Registro general de Actos de Ultima voluntad de D.<sup>a</sup> Aniceta García Castillo, por observarse los defectos siguientes: 1.º Haber transcurrido el plazo de albaceazgo y partición de D. Emilio Galiano Correa y no acreditarse su prórroga; y 2.º Aun cuando la prórroga existiera, no acreditarse que el acto del albacea y contador-partidor que motiva la provisión de fondos esté dentro de las facultades concedidas por los artículos 902 y 903 del Código civil. No se ha solicitado anotación de suspensión.»

Hechas con posterioridad las anotaciones por suspensión que se pidieron, se presentó nuevamente el mandamiento y un testimonio del Juzgado, del que aparecía haberse prorrogado por auto judicial a D. Emilio Galiano, por término de un año, el cargo de albacea contador-partidor y se solicitó se convirtiesen en anotaciones definitivas las de suspensión. El Registrador no admitió tampoco dichas conversiones y puso por nota que se observaban los siguientes defectos:

«1.º No expresarse que sean firmes los autos que se insertan en el testimonio de 30 de Septiembre de 1933, antes citado.

2.º Aun supuesta esa firmeza en cuanto al auto de 19 de Julio de 1933, no resultar acreditada la prórroga del albaceazgo más que desde la omitida fecha de la firmeza del expresado auto con relación a la supuesta anterior prórroga, sin que se acredite dicha prórroga anterior a que se alude en el único resultando del auto, que es la que comprende el período dentro del cual parece haber actuado como albacea el Sr. Galiano; y

3.º Subsistir el defecto indicado en el número segundo de la

nota de 27 de Julio de este año, o sea no acreditarse que el acto del albacea y contador-partidor que interesa la provisión de fondos, esté dentro de las facultades concedidas por los artículos 902 y 903 del Código civil.»

El Presidente de la Audiencia revocó la segunda nota del Registrador y la Dirección general confirma el auto apelado con las consideraciones que siguen :

Que asegurando las anotaciones de embargo, la efectividad de un derecho de obligación, obran con independencia del Derecho civil, quedando los mandamientos que las ordenan, como documentos judiciales, sujetos a las limitaciones impuestas a los Registradores para su calificación, sólo extensiva, en general, a la competencia del Juez, a la naturaleza del mandato, en relación con la del juicio o procedimiento en que hubiese recaído, y a los obstáculos que puedan nacer del Registro en consonancia con las normas fundamentales del sistema.

Si bien podría discutirse en teoría la atribución a las formas extrínsecas o intrínsecas de la expresión de la firmeza de las resoluciones judiciales contenidas en el documento sujeto a calificación, sería siempre en el supuesto de ser exigible tal expresión, y no ocurriendo así, según el artículo 408 citado, al quedar firmes aquellas por el mero transcurso del término y ministerio de la Ley, sin necesidad de declaración alguna sobre ello, debe admitirse la presunción de la firmeza, mucho más teniendo en cuenta los efectos que se trataban de causar con la presentación del testimonio y la fecha de la expedición del mismo en relación con la del auto testimoniado.

Aun reconociendo el concienzudo estudio del Registrador en orden a la prórroga del albaceazgo, facultades de los albaceas y representación que ostenten, no puede perderse de vista que, a diferencia del caso que motivó la Resolución de 2 de Mayo de 1916, no habiéndose practicado el embargo por iniciativa o voluntad del albacea, sino en virtud de un procedimiento de apremio especial y privilegiado, seguido judicialmente como acto de carácter superior y obligatorio para el mismo y para la propia herencia, no debe entrar la calificación registral en el examen de las razones que para ello se hayan tenido :

Y que no haciéndose referencia alguna a inscripciones produ-

cidas después del fallecimiento de doña Aniceta García Castillo de estar las fincas inscritas a nombre de ella o de la testamentaria, es indudable que, decretado el embargo contra los bienes de la herencia, no puede estimarse la existencia de obstáculo alguno derivado de la aplicación del artículo 20 de la ley Hipotecaria, constituyendo, como constituye la herencia, un conjunto de elementos patrimoniales a modo de entidad independiente.

INSCRIPCIÓN DE PARTICIPACIONES INDIVISAS DE UNA FINCA. LA AUTENTICIDAD, TRACTO SUCESIVO Y CONSENTIMIENTO DE LOS TITULARES HAN DE SER LOS PRINCIPIOS CARDINALES SOBRE LOS QUE DEBE DESENVOLVERSE EL PROCEDIMIENTO PARA LA RECTIFICACIÓN, CUANDO ÉSTA ES NECESARIA PARA PONER DE ACUERDO EL REGISTRO CON LA REALIDAD JURÍDICA. LAS COPIAS PARCIALES SON INSUFICIENTES PARA LA CALIFICACIÓN.

*Resolución de 15 de Octubre de 1934. (Gaceta de 1.º de Noviembre de 1934.)*

Presentados en el Registro de la Propiedad de Cádiz determinados documentos para que se inscribieran participaciones indivisas de una finca que al fallecimiento de su propietario había quedado en proindivisión entre sus cuatro hijos hasta la terminación de un litigio seguido para determinar si era o no responsable al capital y réditos de un censo, el Registrador no admitió la inscripción por los siguientes defectos:

Primero. No aparecer inscritas las participaciones a nombre de los transferentes o causantes—con excepción de la referente a D. Pedro Solís y Arias de Saavedra—, estándolo a nombre de éste y de sus hermanos, doña María de Consolación, D. Fernando y D. Manuel, según la inscripción primera de la finca.

Segundo. Falta de determinación en dicha inscripción de las participaciones indivisas que a cada uno correspondían y que por los diferentes títulos se transmitían, en alguno de los cuales tampoco se concretaba la participación, ni se describía la finca; y

Tercero. Con respecto al testimonio parcial por fallecimiento de D. Pedro de Solís y Arias de Saavedra, no acompañarse ni tes-

timoniarse el auto de declaración de herederos, ni tener dicho testimonio el carácter de primera copia.

Presentada después en el mismo Registro una instancia de subsanación de defectos, razonando la determinación de las participaciones y en solicitud de que se practicasen las inscripciones después de haber descrito la finca, el Registrador mantuvo su anterior calificación. Interpuesto recurso, el Presidente de la Audiencia revoca parcialmente las notas del Registrador, y la Dirección general acuerda, revocando en parte el auto apelado, confirmar las notas del Registrador, excepto en cuanto al defecto de no tener carácter de primera copia la parcial expedida de las operaciones particionales de D. Pedro de Solís, que se revoca, aduciendo los siguientes fundamentos, entre otros:

Extendida aquella inscripción del modo que el Registrador estimó ajustado a derecho, no es procedimiento adecuado para impugnarla—como dice la Resolución de 13 de Enero de 1893—el de un recurso gubernativo, el cual supone una calificación que aún no ha causado estado en el Registro, sino el de la rectificación promovida por los interesados o por el Registrador, si estimasen que en el asiento se ha padecido un error; procedimiento que debe desenvolverse sobre los principios cardinales de la autenticidad, tracto sucesivo y consentimiento de los titulares o de sus causahabientes, y del que no es posible prescindir para poner de acuerdo el Registro con la realidad jurídica, aunque se entendiese ésta comprobada por los documentos presentados, ya que se modifican los derechos sobre el inmueble.

Si bien los defectos de tracto no tienen virtualidad actual, en tanto no estén fijados los derechos en forma que puedan ser ejercitados hipotecariamente, en orden a las copias parciales presentadas, no puede por menos de estimarse que son insuficientes para la calificación, aunque la referente a las operaciones testamentarias por fallecimiento de D. Pedro de Solís tenga, desde luego, el carácter de primera copia, por haberlo así expresado el Notario al expedirla.

LUIS R. LUESO,

Registrador de la Propiedad.



# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

## CIVIL Y MERCANTIL

43. *Precario y desahucio. La inscripción en el Registro de la Propiedad determina la presunción establecida en el artículo 41 de la ley Hipotecaria.* Sentencia de 11 de Julio de 1934.

Interpuesta demanda por D. D. y D.<sup>a</sup> V. contra D. R. y otros, alegando que el padre de los actores era dueño de dos fincas inscritas en el Registro, el usufructo de las cuales había sido vendido por el padre de los actores a D. G., que, habiendo fallecido había hecho reunir de nuevo el usufructo con la nuda propiedad, se hicieron gestiones por el vendedor para recuperar las fincas, sin conseguirlo, intentándose en esta demanda, por parte de los hijos del vendedor, ya fallecido, el desahucio de los precaristas; el Juzgado dió lugar al desahucio, sentencia confirmada por la Audiencia, e interpuesto recurso por los demandados, el Supremo lo rechaza con la doctrina siguiente:

Es evidente en los actores su carácter de herederos de D. R., ya que los demandados, hoy recurrentes, no se le negaron en el juicio, y la Sala, apreciando las pruebas, en uso de sus facultades soberanas, se le reconoce; y como tiene inscritas en el Registro de la Propiedad las fincas de referencia, existe a su favor la presunción de posesión que establece el artículo 41 de la ley Hipotecaria, que no ha sido desvirtuada, hay que reputarles poseedores, a los efectos de interponer el desahucio; por lo cual no puede admitirse que en la sentencia se haya infringido el artícu-

lo 1.564 de la ley de Enjuiciamiento civil, como se pretende en el primer motivo del recurso, que procede desestimar.

Tampoco infringe la Sala los artículos 1.565 de la ley Procesal ni los 462, 502, 522 y demás que se citan en el motivo segundo, porque estimado que al terminar el usufructo los herederos demandados debieron devolver al propietario las fincas, por virtud de lo dispuesto en el último artículo citado, ya que los herederos suceden al difunto, por el hecho solo de la muerte, en todos sus derechos y obligaciones, y que, al no hacerlo así, quedaron como precaristas, todas esas apreciaciones de la Sala han quedado inconvencidas, al no ser combatidas del modo que ordena el número séptimo del artículo 692 de la repetida ley Procesal y obligan a la desestimación del motivo; y por las mismas razones se impone la desestimación del tercero y del cuarto.

*Véase la sentencia de 5 de Octubre de 1933 (REVISTA CRÍTICA, tomo IX, pág. 937) sobre precario y desahucio, con una nota bibliográfica, y la de 11 de Diciembre, del mismo año, con una breve ampliación de la nota anterior.*

44. *Seguro de accidentes. Alcance de las obligaciones pactadas en la póliza y eficacia de los plazos de prescripción fijados en la misma.* Sentencia de 11 de Junio de 1934.

Entre una Compañía de seguros y D. E. se concertó una póliza de accidente por la suma de 30.000 pesetas, estableciéndose en ella que, en caso de muerte, había de darse aviso a la Compañía telegráficamente dentro de las veinticuatro horas, y dentro de catorce días, remitir determinados documentos, prescribiendo las reclamaciones a los seis meses. El padre del asegurado, que murió por intoxicación de gas, demandó a la Compañía para el pago de la indemnización, indicando que no había podido poner el hecho en conocimiento de la misma dentro del plazo marcado por ignorar la existencia de la póliza, a lo que se opuso la entidad aseguradora, alegando además la prescripción de seis meses. El Juez accedió a la demanda y condenó a la Compañía, e interpuesto re-

curso, previa confirmación de la sentencia por la Audiencia, declara el Supremo no haber lugar a él, considerando que el primer motivo, fundado en el número primero del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, en el que se citan como infringidos los 1.091 y 1.256 del Código civil, sin expresar el concepto de la infracción, contra lo terminantemente dispuesto en el artículo 1.720 de la citada ley adjetiva, debe ser desestimado, porque se limita a sostener que los beneficiarios de la póliza, en caso de fallecimiento del asegurado, no cumplieron las obligaciones impuestas por el contrato de seguro de cursar aviso por medio de telegrama al Director general de la Sociedad dentro de las veinticuatro horas de ocurrir el mismo, y de remitir dentro del término de catorce días determinados documentos, y esa tesis se halla en abierta contradicción con los hechos probados en la sentencia recurrida, que no han sido atacados en casación en la única forma viable, cual es el número séptimo del ya citado artículo 1.692, y que, por lo tanto, quedan firmes, no siéndole lícito a la parte recurrente pretender sustituir con su propio y particular criterio el imparcial de la Sala sentenciadora.

Tampoco puede prosperar el segundo motivo del recurso, comprendido también en el número primero del artículo tan repetido 1.692, en que se invoca como infringido, por interpretación errónea, el artículo 1.255 del Código civil, porque el Tribunal *a quo*, lejos de incurrir en la infracción alegada, reconoce la licitud de que la cláusula de la póliza de seguro referente a la acción para reclamar el importe del seguro terminaría a los seis meses de ocurrir el fallecimiento del asegurado, pero supeditando el plazo, con notorio sentido jurídico, a aquel en que la acción pudiera ejercitarse, y evidente es que, pendiente causa criminal en averiguación del hecho de la muerte del asegurado, aquel plazo no puede en forma alguna empezar a contarse hasta que aquel procedimiento termine, y, por tanto, al deducirse la demanda se hizo en término, sin que en contra quepa alegar que se pudo presentar a los seis meses del fallecimiento, sin perjuicio de quedar en suspenso su tramitación hasta la resolución de la causa, porque eso no se estipuló en el contrato y además porque nadie está obligado a más de lo exigido por la Ley, máxime en plazos de prescripción arbitraria.

Puede estudiarse, en general, la materia de seguros en las obras de Hermannsdorfer: «Seguros privados». Edit. Labor, 1933. Estasen: «Los seguros». Barcelona, 1906. Manes: «Tratado de seguros». Edit. Logos. Madrid, 1930. Delás y Benítez de Lugo: «Estudio técnico y jurídico de seguros». Barcelona, 1915. Véanse los trabajos publicados en la «Revista General de Legislación», de «Saint Joseph», «Estudios comparados sobre la legislación mercantil en Europa» (tomo VIII, pág. 529), y Carvajal: «Del azar y su influencia en las relaciones de derecho» (tomo LXIX, pág. 531). Concretamente sobre la materia de accidentes debemos indicar la obra de Badoü Pascal: «Repertoire des assurances contre l'incendie, sur la vie, les accidents, la grêle», etc., etc. Paris, 1884, y la bibliografía inserta en la pág. 431 de la obra de Manes, antes citada. Acerca de otros aspectos del seguro deben ser citadas, en cuanto al seguro de vida, la monografía de Ossorio: «El seguro de vida y las normas ordinarias del derecho civil». Madrid, 1930 (con una extensa nota bibliográfica en la página 130), y el libro de Madariaga: «El seguro sobre la vida en España». Madrid, 1932. Con relación al seguro terrestre, véase Traviesas: «Revista de Derecho Privado», tomo XX, pág. 297 (Sobre contrato de seguro terrestre). Ved el artículo de La Cort, en la misma Revista, titulado «Las relaciones entre asegurador y reaseguradores. El artículo 400 del Código de comercio». Para la interesante rama de los accidentes de automóvil, nos remitimos a la bibliografía publicada al final de la sentencia de 6 de Julio de 1934. (REVISTA CRÍTICA, tomo X, pág. 717.)

45. *Laudo.* La sentencia absolutoria de la demanda resuelve todas las cuestiones planteadas en el pleito. No cabe recurso de casación contra los considerandos de las sentencias. Sentencia de 7 de Julio de 1934.

En una Compañía minera constituida por acciones, con derechos de preferencia a favor de determinadas familias, el Consejo de Administración tomó el acuerdo de sustituir a sus componentes, modificar varios artículos de los Estatutos y convertir las acciones nominativas en al portador, con el voto contrario de D. A.

Este señor, al amparo de lo dispuesto en los Estatutos, de resolver las diferencias entre Compañía y accionistas por amigables componedores, acudió al Juzgado para el nombramiento de amigables componedores, los que dictaron laudo declarando nulos los artículos de los Estatutos que indicaban; suscitadas diversas diferencias en la ejecución del laudo, el Juzgado, en sentencia que, en parte, fué revocada por la Audiencia, declaró que, conteniendo el laudo una obligación de hacer, por parte de la Compañía, debía ésta transformar las acciones al portador en nominativas, con otros pronunciamientos de menos interés; y, al no acceder la Compañía a determinadas pretensiones del actor, entabló éste recurso de casación por infracción de ley, que el Supremo rechaza con la doctrina siguiente:

Que por estar fundado el primer motivo del recurso en los números 1.º y 5.º del artículo 1.692, ambos de la ley de Enjuiciamiento civil, se hace preciso examinar como cuestión primordial, determinante de la procedencia de dilucidar las demás propuestas, la de si el fallo recurrido se halla afectado de alguno de los defectos que señala el último de los conceptos citados, ya que sólo en estos casos cabe el extraordinario recurso de casación, cuando de la ejecución de las sentencias se trata, a cuyo respecto ha de sentarse la doctrina de que en la parte dispositiva ha de tenerse como la única verdad legal y a su tenor ha de dársele cumplimiento, sin reducir ni ampliar sus términos, que por igual obligan a las partes y al mismo juzgador que ha de cumplirla.

Limitados por el citado artículo 1.695 de la ley Rituaria los casos de procedencia del recurso de casación a los dos que en el mismo se determinan, o sea cuando se resuelvan puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia, o, si se provee en contradicción con lo ejecutoriado, forzoso será reconocer que el fallo recurrido, por su específico pronunciamiento, que no modifica ni contiene una declaración nueva de derechos no comprendida en la ejecutoria, no admite la posibilidad de hallarse incurso en el primero de los expresados casos, y, por consiguiente, bajo este aspecto, se impone la desestimación del primero de los motivos en que el recurso se sustenta.

Del propio modo ha de desestimarse el nombrado primer motivo, en lo que respecta al segundo de los casos señalados en el

repetido artículo 1.695 de la ley Rituaria, por cuanto ajustándose el fallo recurrido a los términos del laudo y sentencia de cuya ejecución se trata, y toda vez que esta última resolución marca con exactitud la verdadera significación y alcance de lo resuelto en el laudo, y a ella se ha atemperado fielmente la Sala sentenciadora, palmaria es la improcedencia del repetido primer motivo, bajo este segundo y último aspecto, ya que no se han infringido los preceptos legales ni la jurisprudencia que, como violados, se citan en el recurso.

Declarado por la sentencia de 17 de Enero de 1931, dictada por la Audiencia Territorial de Burgos, el verdadero alcance, extensión y significación del laudo que se trata de ejecutar, y apareciendo que aquélla ordena a la Compañía demandada poner en vigor los artículos 8.º, 9.º, 10 y 11 de los Estatutos de 12 de Octubre de 1916, derogados por la reforma de 29 de Enero de 1927, y reconocer al actor D. A. los derechos que le corresponden como accionista, en cuanto a las transmisiones de las acciones, según los citados artículos reglamentarios que se restablecen, es visto que a dicha Compañía se impuso la obligación de transformar en nominativas las acciones al portador, y la del reconocimiento de derechos antes relacionados, en cuanto al actor; pero en modo alguno determinó ni impuso obligaciones de inmediata ejecución respecto a los actuales poseedores de las acciones, por no haber intervenido éstos en la escritura de compromiso ni ser parte en los autos, que, de prosperar la pretensión del recurrente, vendrían a ser condenados sin ser oídos y vencidos en juicio, lo que de ningún modo prejuzga el derecho del D. A., que en otro procedimiento y amparado en la declaración de derechos hecha a su favor, podrá reclamar la efectividad de los mismos de las personas ajenas a este litigio, poseedoras de las acciones discutidas, y, como la sentencia impugnada, en lo que a este particular se refiere, no ha resuelto en contra de lo ejecutoriado, sino en perfecta armonía con el fallo de cuya ejecución se trata, es consiguiente que no adolece de las infracciones que señala el segundo motivo del recurso, que, en su virtud, debe ser desestimado.

En cuanto al tercer motivo, que se halla fundado en los números 2.º y 7.º del artículo 1.692 de la ley Rituaria, no puede prosperar la alegada incongruencia, tanto porque las palabras y

*desestimamos en su virtud*, agregadas por la Sala sentenciadora en el confirmado fallo absolutorio de la resolución del Juez, en nada alteran ni modifican su alcance ni el sentido que natural y legalmente merece, como por el reconocido principio procesal, consagrado por la jurisprudencia, de que la sentencia absolutoria de la demanda resuelve todas las cuestiones planteadas en el pleito, así como también el de que no cabe interponer recurso de casación contra los fundamentos de las sentencias y sí tan sólo contra los fallos que las mismas contengan, no debiendo prosperar tampoco este tercer motivo por los alegados errores de hecho y de derecho que el recurrente supone padecidos por la Sala sentenciadora, ya que el primero lo apoya en la carta de 28 de Febrero de 1931, dirigida por la Compañía recurrida al recurrente, y mediante la cual pretende demostrar la equivocación del juzgador, sin tener en cuenta que dicho documento no tiene el alcance que dicho señor supone, ni expresa ofrecimientos a que la sentencia ejecutoria no le condena, ni podía condenarle, por afectar en su perjuicio a personas extrañas al pleito; y en cuanto al error de derecho, es inevitable su desestimación, por cuanto no se cita el precepto sustantivo referente a la apreciación de la prueba que se suponga infringido, por todo lo cual ha de ser desestimado íntegramente este último motivo, y, en su virtud, el recurso.

*Véanse las sentencias de 14 de Marzo de 1933 (REVISTA CRÍTICA, tomo IX, pág. 472), 15 de Marzo del mismo año (designación de una Cámara de Comercio como Jurado libre) y 8 de Junio del mismo año (REVISTA CRÍTICA, tomo IX, págs. 473 y 773). Consúltase el trabajo de Gabriel Rodríguez, «Amigables componedores», «Revista de Derecho Privado», tomo III, pág. 38. («¿Constituye algún contrato su nombramiento? Las obligaciones que crea dicho nombramiento, ¿nacén sólo de la ley de Enjuiciamiento civil?») Véase Silva Melero: «El compromiso», «Revista General de Legislación», tomo CLXI, pág. 426.*

## DIVORCIO Y SEPARACIÓN

46. *No procede el recurso de casación por infracción de ley en los incidentes de litis expensas.* Sentencia de 28 de Septiembre de 1934.

Al oponerse a la admisión del recurso de casación por infracción de ley contra sentencia de la Audiencia de T., interpuesto por D. F. G., el Supremo hace las siguientes declaraciones:

En los incidentes de litis expensas, nacidos de pleitos de divorcio, que es lo que constituye la materia de los presentes autos y del recurso interpuesto, no procede el de casación por infracción de ley de doctrina legal, como recientemente ha declarado esta Sala (auto de 26 del actual), derivando este criterio del conjunto de textos de la Ley de Divorcio con esta materia relacionados, que ya, de un modo general y en principio, señalan el hecho sintomático y bien significativo de no otorgar el aludido recurso contra las resoluciones dictadas en lo principal, y el no menos expresivo de aplicar a la sustanciación del juicio el procedimiento—también extraño al recurso de casación por infracción de ley—del juicio de menor cuantía.

Ratificando la anterior doctrina al artículo 57 de la ley de Divorcio, establece que el recurso que puede entablarse contra las sentencias resolutorias de los pleitos de divorcio o de separación es el de revisión—no el de casación, de distinta naturaleza—; y esto, unido a que los incidentes que se promuevan entre los cónyuges, por razón de lo preceptuado sobre distintos extremos—entre ellos, el de litis expensas—por el artículo 44 de la misma Ley, han de sustanciarse, según el propio artículo, en pieza separada, y a que las apelaciones que se produzcan, a tenor del artículo 61, han de serlo, en un solo efecto, con la indudable finalidad—que no podría obtenerse concediendo el recurso de casación—de evitar dilaciones procesales, se llega a la conclusión de que si en la Ley especial no aparece una declaración específica de improcedencia del recurso de que se trata, inspira sus preceptos en un criterio sistemático que implícitamente la contiene, y que aun se manifiesta con más relieve si se atiende a la naturaleza precaria, y por lo mismo no definitiva,



de esas resoluciones incidentales, tanto porque su eficacia sólo subsiste mientras no se ha dictado sentencia firme, como porque el Juzgado, según el artículo 58, se halla autorizado para adoptar medidas urgentes sobre las personas y bienes de los hijos y de los cónyuges en cualquier estado del pleito.

47. *Ejecución en España de sentencia de divorcio dictada en Francia antes de la nueva legislación española de divorcio. Requisitos que ha de reunir la ejecutoria.* Sentencia de 5 de Junio de 1934.

Don J. compareció ante la Sala de lo civil del Supremo, en España, en solicitud de que ejecutase una sentencia dictada por los Tribunales franceses en Diciembre de 1919, recaída en pleito de divorcio promovido por el compareciente contra su esposa; tuvo el Tribunal por presentado dicho escrito y mandó librar, por la vía diplomática, el correspondiente suplicatorio al presidente del Tribunal de primera instancia del Departamento del S., de París, para que fuese citada la mujer para su comparecencia. Pasados los autos al Fiscal, los devolvió, manifestando que no existía tratado con Francia en orden a la ejecución de las sentencias de los respectivos Tribunales, por cuya razón, y la de no existir reciprocidad, había sido constante la jurisprudencia al no aceptar la ejecución de las sentencias francesas, y la Sala declaró que la sentencia tenía fuerza ejecutiva en España, otorgándose en esta nación su cumplimiento, considerando que la regla transitoria cuarta de la ley de Divorcio, modificada por la Ley de 11 de Septiembre de 1932 y alegada en el anterior escrito como fundamento principal de su petición, al establecer que las sentencias firmes del divorcio perpetuo o indefinido dictadas por los Tribunales civiles antes de la promulgación de aquella Ley producirán los efectos determinados en su capítulo tercero, en relación con el artículo 1.º de la misma, se refiere, indudablemente, a las sentencias firmes dictadas por los Tribunales civiles españoles, no a las pronunciadas por Tribunales civiles extranjeros, y así se deduce claramente de todo el contenido de aquella disposición transitoria.

Que conforme se consignó en auto de esta Sala de 28 de Mayo

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

Que la ejecutoria en cuestión es indudable que reúne los requisitos que el mencionado artículo señala en sus números primero, segundo y cuarto, ya que fué dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal, sin rebeldía de los interesados, y contiene en su forma las solemnidades necesarias, en Francia, para ser auténtica, y en España, para hacer fe; y en cuanto al requisito o circunstancia tercera del mismo artículo único, negado por el Fiscal en su dictamen, procede también admitir su existencia, ya que, si bien en la fecha en que la sentencia se dictó y fué firme, no estaba implantado el divorcio en España y era ilícita su discusión y planteamiento ante los Tribunales españoles, en la actualidad, al solicitarse en España la ejecución de aquella resolución una vez incorporado al derecho español el divorcio vincular, no se contrarían las leyes vigentes relativas a los derechos y deberes de familia, ni las prohibitivas concernientes a la persona o sus actos, ni las que tienen por objeto el orden público y buenas costumbres a que se refieren los artículos 9.º y 11 del Código civil; máxime cuando, como en el presente caso, la sentencia firme fué dictada hace catorce años y el divorcio lo obtuvo el español en Francia por causa, si no idéntica, sí muy análoga a la quinta del artículo tercero de la Ley española, ya que fué el abandono del domicilio conyugal por la mujer, aunque sin el plazo de un año que nuestra Ley exige.

Véase la obra clásica, en materia de ejecución, de Fiore y García Moreno, «Ejecución de las sentencias extranjeras», Madrid, 1898; y el trabajo publicado en «Revista de los Tribunales», «Consideraciones sobre la ejecución de sentencias extranjeras en algunas naciones», tomo VII, pág. 324. Covián: «El executur de las ejecutorias procedentes de los Tribunales italianos», «Revista General de Legislación», tomo CIV, pág. 190. Para la ejecución en España de sentencias italianas, véase también Manresa: «Revista General de Legislación», tomo XCIV, pág. 145. Acerca de la ejecución en Francia de sentencias extranjeras, escribe García Moreno, en «Revista de los Tribunales», tomo X, página 257. Consúltese el dictamen emitido por el Fiscal Seijas sobre «Ejecutoria de Tribunales extranjeros», en «Revista General de Legislación», tomo XVI, pág. 293.

Véanse las sentencias de 10 de Julio de 1934 (REVISTA CRÍTICA, tomo X, página 718, «Divorcio de extranjeros y aplicación de la Ley española», al final de la cual se inserta una nota bibliográfica), 1 de Febrero de 1934, pág. 303 y 9 de Febrero del mismo año, página 305.

ENRIQUE TAULET,  
Notario de Valencia.

# Jurisprudencia administrativa del Impuesto de Derechos reales

## XLIII

*Ensanche de Madrid y Barcelona. La bonificación a las enajenaciones de los edificios construidos en esa zona, efectuadas durante los seis primeros años, desde que tributen por territorial, es sólo para los ya construidos y no para los que están sin terminar o en construcción.*

La ley de 26 de Julio de 1892 previene, en su artículo 26, que las transmisiones de propiedad de los edificios de los ensanches de Madrid y Barcelona sólo devengarán en favor de la Hacienda, durante los seis primeros años, la mitad de los derechos que correspondan por disposición general, a contar para cada inmueble desde la fecha en que comience a tributar por contribución territorial; y la ley del impuesto de 1927 y su Reglamento, recogiendo y modificando en parte lo establecido en la ley del Ensanche citada, preceptúa, en sus artículos 4.º y 7.º (y lo reproduce en los artículos 4.º y 8.º de la actual Ley y Reglamento del impuesto), que gozarán de una bonificación del 50 por 100 de los tipos de tarifa aplicables al acto o contrato las transmisiones a título oneroso de edificios construidos en la zona del ensanche a los que sea aplicable la ley de 1892, siempre que se realicen durante los seis primeros años, a contar desde la fecha en que el edificio transmitido comience a tributar por territorial; habiéndose aclarado los preceptos aludidos por la Orden del Ministro de Hacienda de 27 de Abril de 1931, en el sentido de que dicho período de seis años ha de compu-

tarse considerando comprendido dentro del mismo el año inmediato siguiente al término de su construcción durante el cual los edificios de nueva planta hayan disfrutado o podido disfrutar de la exención de contribución sobre edificios y solares.

El beneficio aludido se concede, por lo tanto, sólo a edificios de la zona de ensanche ya terminados que se vendan a título oneroso durante los seis primeros años desde que paguen la contribución territorial o disfruten el año de exención; y por ello, si se trata de una finca que se enajena estando todavía en construcción, como resulta de la descripción en el documento liquidado, sin que se haya aportado prueba en contra cuando aún no había empezado la finca a satisfacer la contribución territorial ni a gozar de la exención del año, no puede hacerse la bonificación aludida a ese caso, según ha resuelto ya el Tribunal Central en los casos números 44 y 188 de 1931, y 46 y 96 de 1932, de 21 de Junio de 1931 y 1.º, 7 de Junio y 20 de Diciembre de 1932 y el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de Mayo de 1925. (Acuerdo del Tribunal Central de 13 de Febrero de 1934.) 1-1934.

#### XLIV

*Sociedades.* 1.º Las Sociedades existentes y domiciliadas en territorio exento, y que destinan parte de su capital a operaciones en territorio sujeto, están obligadas a declarar la parte que dedican a esas operaciones, y si no lo hacen, tributan por todo el capital social. 2.º En consecuencia, una Sociedad domiciliada en territorio exento que adquiere un salto de agua en territorio sujeto y opera con él, *aun cuando la adquisición* háyase hecho no capital-acciones, sino mediante la emisión obligaciones hipotecarias, está sujeta a dicha obligación. 3.º La omisión de la presentación de la declaración correspondiente está sancionada sólo con la liquidación por todo el capital social y no con multa (pues ello serían dos sanciones); pero sí son exigibles los intereses de demora de los cinco últimos años. 4.º No es exigible el impuesto después de la Ley y del Reglamento de 1927 por la transformación de Sociedad que sólo consista en el cambio de nombre social, sin que implique aumento de capital operante en territorio sujeto. 5.º La liquida-

ción se ha de girar por todo el capital social y no sólo por el importe de las obligaciones hipotecarias destinadas a la compra del salto de agua del territorio sujeto.

*Caso.* Una Sociedad domiciliada en territorio exento adquirió un salto de agua, no mediante acciones o en dinero, sino que emitió 4.000 obligaciones hipotecarias para pagar el salto de agua en territorio sujeto; la escritura de emisión se presentó a liquidación y se pagó por ella; pero no se declaró el capital destinado a operar en territorio sujeto; el liquidador, doce años después, la requirió para que hiciese la oportuna declaración; aquélla alegó que pagó con obligaciones, que no suponen aumento de capital social, pues al mismo tiempo aumentó su deuda; la Sociedad cambió el nombre sin aumentar el capital operante:

A) Si bien se trata de recursos contra fallos diferentes del Tribunal Provincial, pronunciados en fechas diversas, deben resolverse juntamente por el Central, por estar formulados por el mismo interesado, referirse a la misma cuestión y a los mismos bienes y estar, por tanto, íntimamente relacionados.

B) Según el artículo 21 del Reglamento de 1932, aplicable según la disposición transitoria primera de la ley de 11 de Marzo de 1932, análogo al de 20 de Abril de 1911, las Sociedades domiciliadas en territorio exento están obligadas a contribuir por la tarifa y epígrafe de Sociedades por la parte de capital que destinan a operar en territorio sujeto, a cuyo efecto fijarán dicha parte de capital presentando antes de su inscripción en el Registro mercantil certificación del acuerdo en que se consigne la cantidad que a las mismas se destine, y anualmente copia autorizada del balance, que servirá de base para girar las liquidaciones que procedan por los aumentos, si los hubiere; y, según el párrafo tercero del artículo 21 del mismo Reglamento, que el incumplimiento, por parte de las Sociedades a que se refiere, producirá el efecto de que se gire la liquidación por todo el capital social.

La Sociedad A., domiciliada en Vitoria, territorio donde no es exigible el impuesto de derechos reales del Estado, adquirió por escritura pública (según consta en la de emisión de obligaciones, y por manifestación del interesado), una concesión administrativa para construcción de un salto de agua en territorio sujeto, y cuyas obras se estaban realizando para fines sociales; y, como

esos bienes se aplicaron desde su adquisición a dichos fines, a los cuales han continuado aplicándose desde entonces, hay que reconocer que desde ese momento en que la Sociedad realizó actos en territorio común tenía obligación de contribuir al Estado, declarando el capital que destinaba a operar en territorio sujeto al impuesto; y como tal obligación no la cumplió la Sociedad primitiva, y hasta 1933, en que la Oficina liquidadora del partido requirió a la Sociedad en que aquélla se convirtió a que se presentase la declaración y último balance, no cumplió esa obligación, hay que convenir que la liquidación procedente había de girarse por todo el capital social, doctrina ya aplicada por el Tribunal Central en caso análogo, número 73 de 1925-1926, en 13 de Mayo de 1926. Ese capital era de 5.000.000 de pesetas, fijado en la escritura de 27 de Abril de 1918, en virtud del aumento acordado en la misma, y tal debió ser la base liquidable y no 2.000.000, que tomó el liquidador.

En cuanto a la multa del 50 por 100 de la cuota, no es procedente, porque, como declara la sentencia del Supremo de 7 de Mayo de 1899, tal multa duplicaría indebidamente la sanción establecida en el artículo 21 del vigente Reglamento, puesto que esa sanción consiste en practicar la liquidación por todo el capital social cuando se incurre en infracción del mismo artículo, no cumpliendo las obligaciones que supone; y tal cuestión es completamente diferente de la demora en presentar a liquidación los documentos sujetos al impuesto, castigada en los artículos 214 y 107 del vigente Reglamento, pena que no debe aplicarse, aun cuando la certificación del acuerdo en que se consigna la cantidad destinada a operaciones en territorio sujeto al impuesto se presenta fuera del plazo reglamentario desde que el acuerdo se produjo; y por ello, como la certificación del Consejo de Administración, declarando el capital invertido en territorio sujeto, que sirvió de base a la liquidación, fué presentada dentro del plazo señalado en dichos artículos desde la fecha del acuerdo, no procede exigir la multa, conforme a dicha sentencia y artículos.

Los intereses de demora son exigibles, en cuanto a los últimos cinco años, toda vez que, según la sentencia citada de 7 de Mayo de 1929, conforme al artículo 171 del Reglamento de 1911, que es el 205 del actual, los contribuyentes que dejaren de pagar

el impuesto en los plazos marcados, aunque fuesen relevados de las multas, satisfarán necesariamente el interés de demora, que empezará a devengarse desde el día siguiente al en que hubiesen terminado los plazos, interés que igualmente satisfarán, aun cuando no hubieren incurrido en multa, en los casos de prórroga o aplazamiento, porque la Sociedad reclamante desde que dejó de presentar la declaración debida debe pagar el interés. Este criterio está mantenido por sentencias de 12 de Diciembre de 1914 y 2 de Abril de 1924.

No es admisible la tesis de que, satisfecho el impuesto de derechos reales en 1920 por la emisión de obligaciones hipotecarias, no es exigible por ningún otro concepto (criterio que se funda en el artículo 19 del Reglamento de 1911 y 66 de la tarifa, que, según el reclamante, disponen que la emisión de obligaciones tributa sólo al 0,50 del capital garantizado), puesto que tal precepto se refiere sólo a los actos que comprende, respecto de los que es cierto que no se puede exigir otro impuesto por otros conceptos: por ejemplo, por el préstamo en las obligaciones simples, o por la hipoteca en las hipotecarias; pero no es obstáculo a que se pague por actos tan distintos como el del caso actual, que se contrae a la aportación de bienes a la Sociedad, destinados a operar en territorio sujeto, ya que no puede negarse que, al adquirir la Sociedad, en 1920, la concesión administrativa de los aprovechamientos, y dedicarlos a fines sociales, incrementó su capital con esos bienes, sin que el hecho de tomar a préstamo el capital necesario para pagarlos modifique el concepto de capital social que tienen los mismos; y como por estar en territorio donde el impuesto es exigible la Sociedad estaba obligada a declarar la parte de capital destinada a operar en territorio sujeto, es indudable la obligación de tributar por constitución de Sociedad.

Tampoco es admisible la alegación de que la única obligación social era presentar la escritura de emisión de obligaciones, y el haberlo hecho en plazo está exenta de responsabilidad, por estar demostrado que las obligaciones que imponen dichos artículos quedaron incumplidas, y tal omisión no puede entenderse subsanada por la presentación del documento.

No es procedente la liquidación girada por cambio de nom-



bre, primero, porque tal cambio no produce liquidación exigible para ninguna Sociedad, según la Ley y el Reglamento de 1927 (que modificó el de 1911 en ese aspecto); y porque tal cambio no implica un aumento del capital de las Sociedades domiciliadas en territorio exento destinado a operar en territorio sujeto; y esas Sociedades únicamente están obligadas a tributar por ese aumento de capital operante en territorio sujeto (o por todo el capital social, si no lo declaran); pero no por las transformaciones o modificaciones que no impliquen aumento de ese capital operante; y por todo ello no puede exigirse el impuesto de nuevo por todo el capital social, basándolo en esa modificación de nombre, ya que tributa por todo el capital social, según el acuerdo actual, ni por los 2.000.000, base que tomó la Oficina liquidadora, por no haberse demostrado que la transformación de nombre haya implicado aumento de capital destinado a operar en territorio sujeto.

(Acuerdo del Tribunal Central de 27 de Mayo de 1934.) 2 y 41 de 1934

#### XLV

*Procedimiento. Desistida de la apelación el apelante (la Dirección de lo Contencioso, a virtud de las facultades que le reconoce el artículo 141 del Reglamento del impuesto), y no pudiendo apreciarse que tenga interés el Estado en la continuación del asunto, procede tener por terminado el asunto, según el artículo 16 del Reglamento de 29 de Julio de 1924. (Acuerdo del Tribunal Central de 10 de Abril de 1934.) 46-1934.*

#### XLVI

*Contratación referente al ramo de Guerra. Desde el momento que existe oferta de una casa y aceptación de la misma por el ramo de Guerra y un pliego de condiciones, firmado por ambas partes, en una de cuyas condiciones se especifica que todas las primeras materias empleadas en la reparación de los motores de que se trata serán de producción nacional, «existe contrato de obras, con suministro de materiales, sujeto al impuesto de dere-*

*chos reales, aun cuando por Orden del Ministerio de la Guerra de 29 de Septiembre de 1933 se haya modificado el Reglamento de contratación administrativa en dicho ramo en el sentido «de no formalizarse, mediante contrato escrito, los pliegos de bases concertadas, suscritas por ambas partes, en los servicios ejecutados por administración».*

Cualesquiera que sean las disposiciones administrativas que ordenen el cumplimiento de determinados trámites o prohiban la ejecución de otros, es lo cierto que en las transacciones para los cuales se expidió el libramiento objeto de la liquidación discutida, no sólo constan por escrito la oferta y la aceptación de cosas, obras y precios, sino que existe un pliego de bases, firmado por ambas partes contratantes, en el cual la casa suministradora se compromete a reparar cinco motores del ramo de Guerra, siendo de su cuenta los materiales necesarios, lo cual constituye el contrato de obras, con suministro de materiales, definido en el artículo 2.º, número 8.º, de la ley del impuesto de Derechos reales y gravado en el número 22 de la tarifa con el 1,85 por 100.

(Acuerdo del Tribunal Central de 22 de Mayo de 1934.) 17-1934.

## XLVII

*Procedimiento. Compete al Tribunal Provincial Económico-Administrativo que hubiese dictado resolución en primera instancia la ejecución de la pronunciada por el Central en grado de apelación; y únicamente incumbe a los Vocales, Jefes de Sección de éste, remover los obstáculos si se opusieran a la ejecución de dichos fallos, según el artículo 82 del Reglamento de 29 de Julio de 1924, por lo que, tratándose de devolución de un depósito constituido para responder de los gastos de una denuncia referente al impuesto, que se solicita sea devuelto, a consecuencia de acuerdo del Tribunal Central, éste es incompetente, en cuanto a la devolución del depósito aludido, siéndolo, por el contrario, el Tribunal Provincial, al que debe remitirse la instancia presentada. (Acuerdo del Central de 29 de Mayo de 1934.) Núm. 19-1934.*

## XLVIII

*Procedimiento. La devolución de ingresos indebidos en las Oficinas centrales deben tramitarse y resolverse por las Direcciones generales que tengan a su cargo los impuestos a que el ingreso indebido se refiera.*

Así se resuelve, basándose el Tribunal en las Reales órdenes de Hacienda de 17 de Diciembre de 1909, 23 de Julio de 1923 y el artículo 6.º del Reglamento de Procedimiento, de 29 de Julio de 1924: por lo que estando encomendada a la Dirección general de lo Contencioso del Estado la gestión del impuesto de derechos reales, según el artículo 9.º del Reglamento de 13 de Octubre de 1903, no modificado por Real decreto de 21 de Junio de 1924, y, según el artículo 143 del Reglamento del impuesto, de 16 de Julio de 1932, dicho alto Centro debe ser el que conozca de la reclamación acerca de la devolución del impuesto de derechos reales, por cancelación de fianza, satisfecho en la Caja de Depósito, en cuanto al depósito constituido en ella, y pagado asimismo en la Oficina liquidadora, en cuanto a la devolución de la totalidad de la fianza.

(Acuerdo de 3 de Abril de 1934.) 21-1934.

## XLIX

*Compraventa. 1.º En segunda instancia no procede trámite de vista más que cuando hay más de un contribuyente.—2.º Girada una liquidación con la reserva de que el liquidador revisará la base, aquélla tiene el carácter definitivo y no provisional, por lo que el recurso entablado a los dos años es extemporáneo.—3.º La liquidación complementaria no puede ser revisada por los datos que ya se tuvieron en cuenta en la primera, sino sólo por lo que atañe a la base; por lo que si ésta no se impugna, la liquidación es válida y eficaz, y no se pueden discutir las condiciones del contrato primitivo.*

**Caso.** Mediante escritura pública fueron vendidas una dehesa y una ganadería brava, con las condiciones de que el precio se pagaría en plazos distribuidos en diez años, aunque el comprador podría anticiparlos; estableciéndose como suspensiva la de que la eficacia de la transmisión del dominio y posesión legal de la finca y ganadería objeto del contrato quedaba subordinada al hecho de que el comprador pagase al vendedor todos y cada uno de los plazos del precio convenido, y que la falta de pago de cada uno de ellos en el término fijado daría derecho al vendedor a dar por rescindido el contrato o a exigir el cumplimiento del mismo; pero en el primer caso, el comprador perderá, como indemnización debida al vendedor, todas las cantidades satisfechas por aquél a éste por cuenta del precio o por las rentas de que se habla en la condición siguiente; también se convino en que la finca se transmite con la carga a que se halla afecta, consistente en una hipoteca a favor del Banco Hipotecario, y que el comprador entra desde luego en posesión de la finca y ganado, para disfrutarlos como arrendatario hasta que pague el precio total de la venta; y por razón de ese arriendo pagará en el primer año 21.500 pesetas y disminuyendo hasta 4.300 pesetas el décimo, entendiéndose que la falta de pago de la renta convenida o de las cantidades adeudadas al Banco Hipotecario rescindiré el arriendo y la compraventa, perdiendo el comprador-arrendatario, como indemnización al vendedor-arrendador, todas las cantidades que hubiese pagado.

Presentado a liquidación, se giraron e ingresaron en 1930 dos liquidaciones, una, por venta de inmuebles, y otra, de muebles, al 4,80 y 2,40; practicada la comprobación de valores, se giró una liquidación complementaria, por exceso de valor de la finca, sobre la base adoptada en la liquidación anterior, que se ingresó en 1933. El comprador reclamó en 1933 contra las tres liquidaciones, por entender debieron aplazarse hasta que se cumpliese la condición suspensiva; el Tribunal Provincial desestimó la reclamación, en cuanto a las dos primeras, por ser firmes, y en cuanto a la última, porque esa condición no es suspensiva, sino resolutoria, y dado lo dispuesto en el artículo 1.124 del Código civil.

El Tribunal Central desestimó igualmente el recurso.

Según el artículo 89 del Reglamento de procedimiento, en se-

gunda instancia sólo se da vista para alegaciones cuando haya más partes que el reclamante.

Las tres liquidaciones giradas no tienen carácter de provisionales, sino definitivas, pues dada su fecha, así como la de presentación del documento y la naturaleza del contrato liquidado, no existe precepto reglamentario que autorice a considerar aquéllas como provisionales, aunque el liquidador se reserve el derecho de comprobar posteriormente los valores declarados y girase después otra liquidación en 1933 con el carácter de complementaria y no como definitiva. En consecuencia, no es aplicable el artículo 118 del Reglamento del impuesto, a cuyo tenor la liquidación provisional, tanto en los casos de herencia como en los actos inter vivos, cuando expresamente se halle autorizada en este Reglamento, es revisable, en cuanto a todos los elementos integrantes, al practicar la liquidación definitiva; así como tampoco lo es la doctrina deducida del precepto transcrito y aceptada por el Tribunal Central en acuerdo de 24 de Octubre de 1933, según la cual la revisibilidad de oficio permite revisar las liquidaciones provisionales, aunque haya expirado el plazo al impugnar las definitivas. Y, por lo tanto, como la reclamación contra las dos liquidaciones practicadas en 1930 tiene de plazo quince días, según el artículo 62 del Reglamento de procedimiento, y, dado su carácter definitivo, no es posible volver sobre ellas, no está la reclamación en plazo, y aquellas liquidaciones son firmes. En cuanto a la complementaria, en nada altera los conceptos consentidos por el contribuyente en la primera liquidación, y solamente adiciona la base, que es precisamente el único elemento que el contribuyente no impugna.

En la escritura de venta se contienen pactos, como el de arriendo y el de hacerse cargo el comprador de la hipoteca que grava la finca vendida, que no han sido objeto de pronunciamiento alguno por la Oficina liquidadora, y disponiendo el artículo 140 del Reglamento del impuesto que a la Dirección de lo Contencioso corresponde revisar las liquidaciones giradas, mientras no prescriba el derecho del Estado a exigir el impuesto, debe pasarse a dicho Centro el asunto a tal fin.

(Acuerdo del Tribunal Central de 14 de Febrero de 1934.)

## L

*Fraccionamiento del pago del impuesto. Sólo procede si se trata de pensiones alimenticias, carácter que no tiene el usufructo de títulos de la deuda; y no cabe aplicar el artículo 135 del Reglamento, por no tener bienes para hipotecarlos en garantía, como exige el mismo artículo. Procede, en cambio, el aplazamiento, por no ser enajenables los bienes hasta morir el usufructuario.*

El artículo 134 del Reglamento del impuesto se refiere exclusivamente al funcionamiento del pago del tributo cuando se trata de pensiones alimenticias constituídas en favor de personas que, bajo palabra de honor o promesa de decir verdad, declaran que carecen de toda clase de bienes; y, por lo tanto, si lo heredado es un usufructo que no tiene carácter de pensión alimenticia, no es aplicable tal precepto, tanto menos si el interesado percibe una pensión de viudedad que subviene a sus necesidades elementales. Por otra parte, aun cuando, por no existir en la herencia-metálico valores mobiliarios ni bienes muebles fáciles de realizar (ya que la herencia sólo consiste en un usufructo, y el heredero usufructuario no dispone de los bienes), sería aplicable en principio el artículo 135 del Reglamento, que concede en tales circunstancias el fraccionamiento del pago; tal concesión no puede hacerse porque el solicitante no ha ofrecido, ni puede ofrecer, dada su declaración de que carece de toda clase de bienes, la garantía hipotecaria que dicho artículo exige como requisito indispensable para otorgar el fraccionamiento.

(Acuerdo del Tribunal Central de 27 de Febrero de 1934.) 25 de 1934.

## LI

*Fraccionamiento de pago. No es aplicable el precepto que lo establece, si el documento se ha presentado fuera de los plazos reglamentarios, aun cuando el contribuyente se haya acogido a una ley de presupuesto estableciendo moratoria.*

El artículo 105, párrafo 3.º, del Reglamento del impuesto establece, sin excepción, que el fraccionamiento de pago, tratándose de herencias en que no existan metálico, valores mobiliarios u otros bienes muebles de fácil realización, se denegará cuando la presentación de los documentos se verifique después de vencidos los plazos reglamentarios y sus prórrogas; y, pasados aquéllos y éstas, no es factible autorizar el fraccionamiento aun cuando se invoquen las disposiciones sobre moratorias contenidas en las leyes de presupuestos, las cuales no tienen otro alcance que relevar a los contribuyentes del pago de recargos y multas en que hubieran incurrido, o en algunos casos de los intereses de demora, respetando los derechos que en cada caso se determine, si los documentos se presentan en el plazo señalado, pero sin que por ello hayan de entenderse abiertos a todos los efectos reglamentarios del impuesto los plazos ya fenecidos, ni pueda hacerse extensivo tal beneficio a casos no comprendidos en el texto de la disposición, con mayor razón cuanto que, según tiene declarado el Tribunal Supremo, en sentencia de 9 de Mayo de 1927, las leyes y disposiciones referentes a privilegios y exenciones no son de interpretación extensiva, sino restrictiva; por lo que, refiriéndose la ley de presupuesto sólo a quedar relevados de recargos y multas los contribuyentes que declaren sus bienes en los plazos marcados, sólo a esa exención se puede aplicar el texto legal comentado; esto es, a plazos reglamentarios ordinarios y extraordinarios para presentar a liquidar los documentos y sus prórrogas, y a nada más.

(Acuerdo del Central de 21 de Febrero de 1934.) Núm. 26 de 1934.

## LII

*Fraccionamiento de pago. Error de hecho. Demostrado documentalmente éste, procede revocar el acuerdo y que vuelva el asunto a la Abogacía del Estado para dictar el acuerdo pertinente.*

La interesada solicitó el fraccionamiento porque la herencia se componía exclusivamente de inmuebles, salvo una pequeña e insignificante partida en muebles; la Abogacía del Estado lo negó porque no había demostrado que hubiese en la herencia inmuebles

inscritos *a nombre del causante*, cuyo valor, libre de gravámenes, cubriese dos veces el importe de la liquidación fraccionable. La interesada adujo que en la certificación del Registro presentada, *solicitada a nombre del causante*, se había expedido, por error, *a nombre* de la heredera; que con ella se probaba que sólo había inmuebles, y que si bien éstos tenían hipotecas, estaban extinguidas por confusión, dada su adjudicación, y cubrían el valor de la liquidación. Negado en primera instancia, presentó otra certificación del Registro, aclarando que los bienes estaban inscritos *a nombre del causante* y que no había otros.

El Central declara procedente el recurso.

De los antecedentes de la herencia del causante, así como de los términos de las solicitudes dirigidas al Registro acerca de las cargas de los mismos y de la proporción de las cuotas liquidadas por impuesto, en relación con las bases imponibles (dados los tipos de tributación), existían medios suficientes para conocer que las certificaciones del Registro acompañadas primeramente por la interesada contenían errores de hecho manifiestos, y, en consecuencia, debió pedirse aclaración; la certificación presentada con el recurso demuestra plenamente la existencia de uno de aquellos errores; a saber: que la mitad de una de las casas, incluida entre los bienes relictos del causante, no se hallaba inscrita a nombre de éste; y tal documento, plenamente probatorio, es de aceptación en la segunda instancia, con arreglo al artículo 88, caso 3.º, del Reglamento procesal de 29 de Julio de 1924, ya que, por no ser imputable el error de la certificación a la parte interesada, y por no habersele hecho el requerimiento de subsanación a que antes nos referimos, no pudo aquélla subsanar el error antes del fallo apelado, presentando el actual documento; y, por tanto, como el fallo apelado se apoya sólo en un error de hecho, vuelva el asunto a la Abogacía del Estado, para que dictamine acerca del fraccionamiento del pago pedido.

(Acuerdo del Central de 6 de Marzo de 1934.) 32 de 1934.

GABRIEL MAÑUECO,

Abogado del Estado.