

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año X

Enero de 1934

Núm. 109

El precontrato

Notas para su estudio (*)

Introducción: Elección del tema y plano de su desarrollo.—Generalidades sobre el concepto del contrato.—Numerus clausus y Derecho de obligaciones.—El contrato. Sus diferencias con la convención. Los Códigos civiles modernos.—Principio del contrato en el Derecho alemán.—Posición de los Proyectos checo, polonés y francortaliano.

Primera parte: Determinación del precontrato.—Oferta y aceptación.—Las negociaciones preliminares. Obligación de contratar.—Teoría de los Derechos eventuales de Demogue.

En el amplio panorama de la vida jurídica actual existen numerosos problemas susceptibles de investigación y desenvolvimiento en una Tesis, y la mayor parte de ellos fueron ya tratados en monografías y trabajos publicados en italiano y francés, y, por tanto, fácilmente asequibles. El tema desenvuelto aquí no ha sido todavía analizado por los escritores españoles, y construido en su mayor parte por la técnica germánica, nos ha obligado al manejo de bibliografía alemana, casi con exclusividad, no obstante la resistencia que ofrece el idioma.

La justificación de un concepto nuevo en Derecho se halla en su finalidad, y el fin del precontrato ha determinado su reconocimiento en algunas leyes civiles modernas, por responder a necesidades de los hombres que el legislador ha de proteger. Queremos llamar la atención sobre una institución bastante estudiada en otras naciones y sobre la que se han publicado algunas monografías, que más bien que completas podríamos considerar exhaustivas.

(*) Tesis doctoral leída en la Facultad de Derecho de Madrid por don Sebastián Moro Ledesma, que ha obtenido la calificación de Sobresaliente.

El plan seguido comienza por unas consideraciones de carácter general acerca del contrato, para fijar después el concepto del precontrato, su posición en el sistema del Derecho civil y posibilidad lógica y jurídica del mismo. A continuación hemos trazado una síntesis histórica de los precontratos en Derecho romano, germánico y en los Códigos civiles modernos, exceptuando el Código civil español. Después se establecen las diferencias y analogías entre el precontrato y otros tipos jurídicos, y cuáles pueden estimarse como precontratos en algún sentido; luego hemos expuesto el precontrato en los contratos consensuales y reales. Y, por último, dedicamos un capítulo especial a los requisitos y efectos del precontrato, terminando con una breve reseña de la institución en nuestro Derecho.

En defecto de más singulares excelencias, creemos que habrá de reconocerse, por lo que a España se refiere, la novedad que representa el tema de este modestísimo trabajo, que sometemos al elevado criterio de nuestros maestros.

GENERALIDADES ACERCA DEL CONCEPTO DE CONTRATO

Certeramente observa Philipp Heck, en su claro y sintético tratado sobre el Derecho de obligaciones (1), que los tipos contractuales regulados en los Códigos constituyen la reglamentación legal de las situaciones de intereses que la vida y la práctica de los negocios nos ofrecen con una mayor frecuencia, habiéndose creado, por tanto, deductivamente.

Los tipos establecidos por nuestra legislación constituyen no un «sistema», sino una enumeración tan sólo, como puede, además, comprobarse por la reiteración con que la vida nos presenta los llamados contratos mixtos y atípicos. En efecto, a los casos que ordenan las leyes civiles han de añadirse aquellos contratos que no pueden encajarse en ninguna de las ordenaciones predeterminadas por la Ley: tales son los contratos atípicos (1). Basta pensar en la

(1) Philipp Heck: «Grundriss des Schuldrechts». Tübingen, 1929, página 244 y siguientes.

(2) Los contratos atípicos corresponden a los contratos innominados; junto con los tipos contractuales, sancionados por la ley, se encuentran frecuentemente los contratos expresados. La vida crea nuevas figuras, los nuevos inventos o conquistas de la civilización conceden interés y actualidad a nuevas

imposibilidad en que se encontró y se encontrará siempre el legislador de prever la variedad ilimitada de supuestos que la vida puede presentarnos para comprender su necesidad. La protección jurídica, ¿puede dispensarse tan sólo a los supuestos contractuales previstos y regulados? Habrá en este punto en el Derecho de obligaciones un número limitado de negocios jurídicos, parejamente a lo que sucede respecto de los Derechos reales (*Numerus clausus*) (1) y en gran parte del Derecho de familia (2) y del Derecho hereditario.

En el área del Derecho de obligaciones se ha impuesto el principio de la autonomía privada; es inadmisibile que si un contrato no está previamente regulado en la Ley se pueda concluir de ello que el Derecho no lo admita. Lo que nos enseña la vida es más bien lo contrario, que contratos atípicos para la ley son, como decimos, muy frecuentes en la práctica. Las partes contratantes no se hallan obligadas a escoger un determinado ejemplar del catálogo legal en el cual han de configurar sus respectivos compromisos, sino que dentro de los límites generales establecidos por la legislación tienen libertad para modelar sus derechos y obligaciones en la forma que más les convenga. Pueden escoger algunos de los tipos legales y modificar sus prescripciones, pueden combinar distintos tipos y formas en uno solo, y pueden, en suma, convenir

relaciones jurídicas; así, la industria cinematográfica, la radio, presentan problemas de indiscutible interés e importancia. Los Códigos civiles hablan de los contratos de permuta; la escasez de la vivienda en algunos países ha dado lugar a la permuta de los pisos, nueva modalidad del contrato.

(1) El mismo Código civil alemán, como el Derecho romano, sanciona un número exhaustivo de Derechos reales al que han de someterse las partes que encuentran limitada su voluntad, de modo que sólo se pueden aceptar los tipos preestablecidos y uniformes de Derechos reales. Esto es criticado por la novísima doctrina civil, notándose la preferencia hacia un criterio de *numerus apertus*. Sin embargo, el Derecho inmobiliario no se armoniza con un criterio de libertad absoluta en orden a los Derechos reales. En este sentido, J. González: Explicaciones en la Cátedra de Doctorado de Madrid. Estudios Superiores de Derecho privado. Año 1930-31.

(2) Creemos ver una manifestación en el sentido expuesto en la posición adoptada por Cicu de colocar el Derecho de familia en el Derecho público. Ved: «Diritto di famiglia» y «Filiacione». Asimismo la legislación soviética, apartándose de los criterios legislativos precedentes, separa del Código civil el Derecho de familia, que forma un cuerpo legal especial.

contratos que no puedan encasillarse en ninguno de los modelos legales y hayan de subsistir como nuevas figuras.

La parte esencial, la médula del acto jurídico, es la manifestación de voluntad de las partes; para el acto unilateral se requiere una sola manifestación de voluntad; dos para el contrato. Claro que el poder del acto jurídico, crear derecho, no se atribuye, dice Tuhr, a la voluntad del hombre; sino a la manifestación de esta voluntad.

La materia relativa a obligaciones y contratos tiende a presentarse en las legislaciones modernas como expresión ideal de la lógica jurídica. Este sector jurídico sufre las influencias de una regla moral que aligera la rigidez de las categorías. Hasta el siglo XVIII dominaba en Europa cierta uniformidad en el Derecho privado y en Derecho de obligaciones (1), pero esta situación fué radicalmente alterada por las Codificaciones. En nuestros tiempos surge una tendencia unificadora; el profesor Rabel defiende ese criterio; así también Mossa, en las lecciones profesadas en el pasado curso académico 1932-33. Y en el orden legislativo no debe omitirse en este punto el proyecto franco-italiano de Código de contratos y obligaciones aprobado en Octubre de 1927, obra debida en gran parte al inteligente empeño de Larnaude, Scialoja y otros reputados maestros (2).

La palabra *contrato* procede de *contractus*, y ésta de *contraho* («cum y tratto»), ligarse. Representa el punto en que coinciden varias personas o entidades, dice D. Felipe Clemente de Diego (3). Y Escribhe (4), en su Diccionario, nos refiere el contrato como una convención por la cual una o más personas se obligan para con otra u otras a dar, hacer, o dejar de hacer alguna cosa.

Contractus, elipsis de *negotium contractum* o *contractus negotii*, denotaba para los romanos la relación que se constituye a base de un acuerdo, no el acuerdo mismo, no todo acuerdo sobre rela-

(1) Rudolf Sohm: «Bürgerliches Recht», pág. 67 y siguientes, en «Systematische Rechtswissenschaft». Leipzig. Berlín, 1913.

(2) Integraban la Comisión elaboradora del Proyecto H. Capitant, A. Colin, S. Ripert, en Francia; y por Italia, A. Ascoli, R. Ruggiero, y en calidad de Secretarios, Bouteron y A. Azara.

(3) Don Felipe Clemente de Diego: «Curso elemental de Derecho civil», tomo IV, pág. 154.

(4) Escribhe: «Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia».

ciones jurídicas, sino sólo el que produce obligaciones entre las partes.

El acuerdo entre dos o más personas que tenga por objeto una relación jurídica puede denominarse hoy indistintamente contrato, convención o pacto, sostiene Ruggiero (1), mientras que los romanos, de una manera categórica, contraponían estos conceptos. Y en este mismo sentido Girard (2) señala cómo contrato y convención se confunden para el Derecho moderno, mientras que en el Derecho romano, como en las legislaciones un poco arcaicas, la convención en principio no es generadora de obligaciones, porque si bien con el progreso de los tiempos se fijaron excepciones, fué regla permanente y absoluta, al principio, la que declara la simple convención como impotente para producir acciones o crear un vínculo jurídico. En la técnica romana el contrato tiene un sentido estricto; no es cualquier acuerdo de voluntades, sino exclusivamente aquel que da base a obligaciones sancionadas por acción civil (3).

Dos rasgos fundamentales separan el sistema contractual romano y el moderno, según explica Giovanni Pacchioni (4).

1.º En el Derecho romano el contrato era esencialmente obligatorio; en el Derecho moderno (Códigos civiles francés, italiano, entre otros), es real y obligatorio a un tiempo.

2.º Otra característica distintiva es que los requisitos del contrato, consentimiento, objeto y causa (artículo 1.261 de nuestro Código civil) se aumentaban en el Derecho romano por una causa *civilis*, elemento formal (*verbis* o *litteris*), o real (*re*) que integraba el acuerdo de las partes y lo hacía más seguro (5).

Para el Derecho actual, la convención supone acuerdo de vo-

(1) «Istituzioni di Dir. Civ.», vol. II, pág. 225.

(2) «Manuel élémentaire du Droit Romain», VIII edición (París, 1929), página 461.

(3) Rodolfo Sohm: «Instituciones de Derecho privado romano», 17 edición, traducido por W. Rocas, pág. 354.

(4) «Lezioni di Diritto civile. Le obbligazioni. Parte generale». Anno accademico 1925-26, pág. 230.

(5) Girard: Ob. cit., pág. 465. Los contratos consensuales y reales surgen al lado de los contratos formales, del «nexum», del contrato verbal y contrato literal, con un desenvolvimiento paralelo al del matrimonio «sine manus», junto al matrimonio «cum manus», y a los modos de adquirir del Derecho

luntades, es sinónimo de contrato y el contrato se identifica con consentimiento.

Al señalar el contrato como acuerdo de dos o más voluntades para crear una relación jurídica, se confunde con el negocio jurídico bilateral (1). La idea del contrato se eleva a una categoría abstracta capaz de acoger cuantas obligaciones puedan crearse por voluntad de las partes.

La doctrina española, como la italiana y la francesa, influenciada por Domat y Pothier, niega la equivalencia de convención y contrato. Aquella es el término más extenso; la convención es el género, el contrato, la especie. Baudry-Lacantinerie define la convención como el acuerdo entre varias personas de naturaleza jurídica. Los acuerdos de amistad y cortesía, los compromisos de la vida social son convenciones, aunque no son jurídicas. Cuando dos personas se ponen de acuerdo para realizar una excursión, celebran una convención, no un contrato. Las mismas convenciones jurídicas no todas son contratos; así los acuerdos de voluntad para modificar o extinguir derechos, novación y pago. El contenido de la convención puede ser constituir un vínculo obligatorio, un derecho real, un derecho de familia, así como su modificación o extinción; el contrato comprende los acuerdos dirigidos a constituir obligaciones. Técnicamente puede definirse como convención jurídicamente eficaz para crear una obligación civil (Giorgi).

En análoga dirección, Planiol (2), después de definir con Aubry-Rau la convención como acuerdo de dos o más personas sobre un objeto de interés jurídico, afirma que el contrato es una especie de convención cuyo carácter propio es producir obligaciones.

Hemos de hacer constar que los autores modernos, salvo muy singulares excepciones, establecen diferencia entre convención y

de gentes junto a los del Derecho civil. Y expone después que los contratos formales y no formales constituyen el sistema clásico de contratos a que se refieren Gayo y Ulpiano al afirmar que los contratos nacen «re, verbis, litteris y consensu».

(1) Ob., loc. cit. pág. 223. También Lomonaco, en su Tratado sobre el Contrato, pág. 86, refiriéndose a Demolombe, dice que el objeto de la convención, su importancia, circunstancias, cualidad de las partes son elementos decisivos para saber si ha tenido lugar ánimo «contrahendi negotii».

(2) «Traité élémentaire de Droit civil», cuarta edición, vol. II, pág. 315-

contrato, al que en un sentido amplio llama la ley convención (1).

Para terminar estas notas de carácter general acerca del concepto del contrato, estimamos oportuno exponer de qué manera los Códigos civiles han entendido y regulado esta fuente de obligaciones, la más interesante de las que nacen de la voluntad privada, por lo cual es tratada en primer término (2), indicando también cuál es la posición que respecto del particular han adoptado los modernos proyectos civiles.

El Código napoleónico define el contrato como la convención por la que una o varias personas se obliga respecto de otra u otras a dar, a hacer o no hacer alguna cosa (artículo 1.101). Como se ve, recoge el Código francés la distinción hecha entre convención y contrato, aunque en el articulado emplee indistintamente uno u otro término. Pothier, inspirador del mismo Código, definía el contrato en términos semejantes y con terminología que fué adoptada por la doctrina del siglo XIX. Se ha criticado la confusión padecida en el concepto señalado entre obligación contractual y contrato.

Con ligeras modificaciones, el Derecho civil moderno acepta la definición del Código civil italiano, según la cual es el contrato el acuerdo de una o más personas para constituir, regular o disolver entre ellas un vínculo jurídico (artículo 1.098). Este Código usa indistintamente los términos convención y contrato, por lo que ha sido censurado. Se ha indicado también que colocado el contrato al empezar a tratar de las fuentes de las obligaciones, debió referirse al contrato obligacional como hizo el Código francés. Ruggiero, no obstante esos reparos, cree que la definición legal transcrita es capaz de reflejar el concepto moderno del contrato.

El Código civil portugués, que con el Código de Napoleón y el italiano forman el trípode en que descansa nuestro Código civil, declara a su vez que el contrato es la convención por la que dos o más personas se transfieren un derecho unas a otras o se someten a una obligación.

Coincidiendo con el Derecho francés, el Código civil chileno, en su artículo 1.347, establece que las obligaciones nacen por el

(1) Zachariae-Crome: «Manuale del Dir. civ. francese», vol. II, página 398.

(2) Véase Lomonaco: Ob. y loc. cit., pág. 56 y siguientes.

concurso real de voluntades de dos o más personas. Con él coinciden los Códigos del Ecuador (1861) y de Colombia (1887).

El Código del Paraguay (1889) sigue al Derecho argentino, que establece que el contrato existe cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada a reglamentar sus derechos. La doctrina argentina estudia el hecho y el acto jurídico para ocuparse de los principios generales del contrato al reglamentar las instituciones cuya eficacia no puede extenderse a todas las relaciones jurídicas.

Revela una inspiración germánica el Código civil del Brasil, que desenvuelve en la parte general principios aplicables a los hechos y actos jurídicos. Constituye esta legislación una excepción respecto al criterio consensualista inspirador de las leyes latinas.

Entre las legislaciones germánicas, el Código alemán³²³ promulgado en 18 de Agosto de 1896, una de las obras más progresivas y técnicas de orden legislativo, no da un concepto del contrato sin que pueda estimarse ello como motivo de censura, porque no ha de considerarse misión propia de los Códigos dar definiciones. Entre los autores, Bendix (1) indica que el negocio jurídico bilateral comprende el consentimiento recíproco para crear, modificar o extinguir derechos. Hay quienes aceptan que el «Einigung», a que se refiere el parágrafo 873 del B. G. B. es un contrato, pero, sin embargo, la naturaleza jurídica de este acuerdo es muy discutida. Es suficiente un acuerdo querido y consciente de dos voluntades para formar una que constituye la voluntad contractual propiamente dicha. Dicho Código parece designar con el término *contrato* todas las convenciones que se enderezan a producir un efecto jurídico, no sólo los generadores de obligaciones. Tuhr (2) escribe que entre los negocios jurídicos bilaterales se halla en primer término el contrato que comprende la declaración de voluntad de dos o más personas, coincidentes en su contenido «Konsens». Otro negocio jurídico bilateral son las decisiones que se toman a veces por varias personas (miembros de una entidad o asociación), que se diferencian del contrato en que, por lo general, no requieren el

(1) Véase «Das Deutsche Burgerliche Recht», vol I, pág. 151. Breslau, 1904.

(2) Véase «Burgerliches Rechts Allgemeinen. Teil», pág. 37. Berlin, 1928.

consentimiento unánime, siendo bastante una mayoría a favor.

Admite el Derecho alemán el que pudiera denominarse principio del contrato. Para crear, modificar o extinguir una obligación se requiere generalmente un contrato; así puede apreciarse en los párrafos 305 y 397 del mismo Código germánico. Una declaración de voluntad unilateral sólo es suficiente en determinados casos previstos por la ley.

Heck (1) indica que la necesidad del contrato existía también en el antiguo Derecho germano, pues es desacertada la creencia de que para él la promesa unilateral haya tenido plena validez. Las formas típicas del antiguo Derecho germano son formas contractuales. Claro es que el principio del contrato rige sólo en los negocios jurídicos independientes y no es aplicable para las relaciones que surgen en una relación ya establecida. Ejemplo: la rescisión.

Los casos excepcionales que se citan en la doctrina germánica son: la fundación, la promesa de recompensa, creación de títulos al portador y a la orden y la aceptación de una asignación («Anweisung»). Pero hay escritores que consideran como única excepción la promesa de recompensa; sólo en ella, en efecto, la declaración de voluntad unilateral es por sí sola suficiente; en todos los demás casos se necesita alguna otra formalidad, como aprobación autorizada o adquisición de buena fe.

Los contratos obligacionales se hallan sometidos, en cuanto a los requisitos y límites de la autonomía privada, a las prescripciones contenidas en la parte general, válidas para todos los negocios y contratos. Al lado del contrato obligacional, por el que se asumen obligaciones, tenemos el contrato constitutivo de Derechos reales (2).

El Código austriaco preceptúa en su artículo 875 que quien declara querer transmitir a otro un derecho, es decir, permitirle, dar o hacer algo por él, realiza una promesa. Cuando la otra parte acepta el consentimiento de ambas, genera el contrato. Su espíritu es el del Derecho alemán, al que responde también en este punto el Código de las obligaciones suizo, que en su artículo primero dispone que el contrato es perfecto cuando las partes reci-

(1) Ob. cit., pág. 122.

(2) Véase Zacchariae-Crome: Ob. cit., vol. II, pág. 399.

procamente y de manera concordante han manifestado su voluntad (1).

Antes de terminar estas ligeras consideraciones de legislación comparada, hemos de indicar cuál es el concepto que se atribuye al contrato en los modernos proyectos.

El Proyecto de Código civil checoslovaco de 1924, en su artículo 788, traduce casi a la letra el precepto correspondiente del Código civil austriaco, y el proyecto de Código de Polonia sigue fielmente al Código civil alemán.

El interesante Proyecto de Código de las obligaciones y contratos franco-italiano, en su título I, capítulo I, sección 1.^a, define el contrato como acuerdo de dos o más personas para crear, modificar o extinguir una relación jurídica. Responde esa definición al carácter consensual del Derecho latino, centrando la fuerza obligatoria del contrato en el acuerdo. Las voluntades individuales al encontrarse pierden su autonomía y nace una voluntad común, la voluntad contractual (2).

Dedica el proyecto una reglamentación especial a los actos unilaterales (artículo 70), sin recoger en la definición la disoutidísima figura del autocontrato («Sellsbtkontrahiren»), el art. 37 establece que, salvo lo que dispongan las leyes y usos del comercio, nadie puede en nombre de aquel que representa contratar consigo mismo, por su propia cuenta o ajena, sin autorización del representado, quien podrá ratificar el contrato.

Nuestro Código, sin aspirar a definir el contrato, le caracteriza al afirmar que existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras a dar alguna cosa o prestar algún servicio (artículo 1.254). También reconoce que la esencia del contrato es la voluntad concorde de dos o más personas que produce entre ellas una obligación.

El estudio de elementos y efectos del contrato nos desviaría ya del tema objeto de este trabajo. Interesa tan sólo consignar que se entiende por contrato el acuerdo de voluntades de dos o más

(1) Sobre el Derecho inglés puede consultarse el interesante artículo de don Nicolás Pérez Serrano en «Revista de Derecho Privado», año 1924, página 321, y la obra de Curti «Manual de Derecho civil y comercial inglés».

(2) Viforeau: «Contribution a l'étude du contrat dans le projet franco-italien», pág. 15 y siguientes.

personas para crear, modificar o extinguir una relación jurídica obligatoria.

PRIMERA PARTE

DETERMINACION DEL PRECONTRATO

Se admite por la técnica del Derecho privado que el contrato se concluye mediante las manifestaciones concordantes de voluntad de dos o más personas. La celebración del contrato es el resultado de una sucesión de hechos. Las personas que lo celebran contribuyen a su formación con su inteligencia y su voluntad. Quien hace la oferta hace una declaración que constituye una «pollicitatio»; la declaración de conformidad del que la recibe constituye la aceptación. Una y otra necesitan ser dirigidas a alguien (1), dice el Código civil alemán (*einem anderen gegenüber abgegeben werden*). Y se precisa además que sean recibidas «*empfangsbedürftig*» como indica también la técnica alemana y suiza.

Externamente declaradas proposición y aceptación, surge el contrato, que se presenta como adhesión dada a la propuesta hecha. Analíticamente examinado un contrato, se revela integrado por las manifestaciones de voluntad de los contrayentes, que son actos voluntarios de las partes libres, deliberados y externos.

Se perfecciona el contrato al operarse el «*in idem placitum consensus*», momento en que nace el acuerdo jurídico: hasta entonces las partes son libres de llegar a la conclusión del contrato o de abandonar sus anteriores proyectos.

Hay en la fase de las negociaciones preliminares, de los tratos dos períodos, según observa Fagella (2): aquel en que las partes cambian impresiones, meditan y elaboran sus estipulaciones y pactos, los analizan y concretan, y el momento decisivo de la propuesta y aceptación. Y es exacto afirmar que los civilistas miran ese último estadio con extraordinaria preferencia, olvidando la imposibilidad de que la proposición surja con independencia de un trabajo preparatorio a través del cual ha ido perfilando su figura

(1) Véase A. von Tuhr: «*Allgemeiner Teil des Schweiz Ob. Rechts*», tomo I, pág. 144. Tübingen, 1924.

(2) En «*Studi giuridici in onore, de C. Fadda*», vol. III, pág. 271, su trabajo «*Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*».

definitiva. La compleja vida económica de la época actual ha impuesto el que la mayor parte de la contratación civil y mercantil de importancia vaya precedida de esos trabajos preparatorios y de discusión. Quizás la huella del interés que presenta esta fase previa al contrato pueda advertirse en los nuevos Códigos civiles. Principian por ella el estudio de los contratos, tanto el Código civil alemán como el de las obligaciones suizo (1).

Nuestro Código civil, a semejanza del Código francés, apenas si ha previsto la teoría de la formación de los contratos; en uno de sus aspectos más interesantes ha de encajarse este estudio, ya que las partes, sin haber llegado a la conclusión del período preparatorio, pueden haber realizado determinadas declaraciones de voluntad sobre el cierre de un contrato. Esos acuerdos contractuales preparatorios de un contrato posterior son los precontratos, que vamos a examinar (2).

Para la obtención de un fin, la voluntad tiene que recorrer varios estadios, cada uno de los cuales, no obstante su carácter de medios, tiene un valor psicológico propio. Al aparecer en el mundo exterior las manifestaciones de la voluntad previas al contrato, tienen importancia especial—insinúa Coviello—(3) aquéllas, por virtud de las que no sólo las partes se muestran dispuestas a aplazar la ejecución del contrato, sino su conclusión. No contratar, sino obligarse a contratar, es el fenómeno jurídico que pretendemos caracterizar.

Cierto es que la ley no contiene norma alguna relativa a la obligación de contratar, pero en último término cabría para su reconocimiento recurrir a los principios generales del Derecho. Toda manifestación de voluntad lícita y útil ha de respetarse en el Derecho privado. Vemos en el precontrato un acuerdo entre dos o más per-

(1) Así el «B. G. B.» trata, en sus párrafos 116 a 144, de la declaración de voluntad y a continuación hace un estudio del contrato, al que dedica el título III, sección 3.ª, libro I, reglamentando la oferta y la perfección de aquél. A su vez el Código de las obligaciones, desenvuelve en las disposiciones generales de su primera parte la oferta y aceptación (art. 3.º), ofertas sin plazo, para aceptar entre presentes y ausentes (arts. 4.º y 5.º), ofertas sin compromisos y ofertas públicas (art. 7.º).

(2) Ved Etienne Leduc: «Des avant-contrats». París, 1909.

(3) «Contratto preliminar en *Encyclopedia Giuridica Italiana*», vol. III, parte 3.ª, pág. 68 y siguientes.

sonas, aceptación de una promesa hecha y creación de obligaciones y derechos. Por la manifestación de voluntad en que dos personas sin celebrar un contrato de manera expresa convienen celebrarlo en el porvenir, se crea una obligación en el promitente y un derecho en el aceptante, que nosotros estimamos dignos de protección jurídica.

Parece oportuno recordar en este punto la construcción interesante desenvuelta hace algunos años por el profesor de la Universidad de París, René Demogue, sobre el Derecho eventual (1). Aparte de la clasificación generalmente admitida de derechos puros y derechos condicionales o a plazos, Demogue cree posible el admitir una zona intermedia que habría que situar entre los derechos con condición y las simples expectativas. Se trata de ciertas relaciones que quizás no han logrado la densidad necesaria para ser admitidas como derechos plenos, pero tampoco poseen una consistencia tan mezquina que pueda prescindirse de ellas en absoluto.

La característica principal de la condición es la incertidumbre objetiva, circunstancia en la que radica precisamente la diferencia esencial entre la condición y el plazo, respecto del que existe, por el contrario, certeza en cuanto a su llegada. El hecho sobre el que juega la condición, incierto, futuro y posible no ha de depender del exclusivo arbitrio del deudor. Por el contrario, la obligación pura desenvuelve los efectos que le son propios desde el momento mismo de su nacimiento.

Como objeto del contrato pueden presentarse cosas todavía no existentes; por ejemplo, la cosecha futura; puede prometerse también la venta de cosa que todavía no nos pertenece si al cumplirse determinada fecha nos decidimos a disponer de ella, o realizarse un acto subordinando los efectos del mismo por la capacidad de uno de los contratantes; así un Alcalde puede concertar un contrato cuyos efectos penderán de la aprobación de la corporación municipal.

Sin pensar en contratos en los que «in actu» falten todos los elementos, puede reconocerse la existencia de algunos con falta de

(1) Véase «Revue Trimestrielle de Droit Civil», año 1905, pág. 723 y siguientes, y 1906, pág. 282 y siguientes.

un elemento esencial, si bien la jurisprudencia se muestra poco propicia al reconocimiento de esos nuevos tipos.

Queremos precisar el concepto del precontrato, porque habiéndose reputado durante algún tiempo como una figura mediana entre los tratos y el contrato definitivo, que debía ser tenido en cuenta al estudiar la formación del contrato, se ha considerado más tarde que podía ser examinado en sí mismo y no sólo en relación con el contrato que prepara.

SEBASTIÁN MORO LEDESMA,

Doctor en Derecho.

BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO

Capital autorizado	100.000.000	de pesetas
Capital desembolsado . . .	51.355.500	--
Reservas	65.208.261,45	--

Domicilio social: Alcalá, 14, Madrid

Sucursal Urbana: Glorieta de Bilbao, 6
400 Sucursales en España y Marruecos

Corresponsales en las principales ciudades del mundo
Ejecución de toda clase de operaciones de Banca y Bolsa

TIPOS DE INTERES

Desde 1.º de Julio de 1933, y a virtud de la norma del Consejo Superior Bancario, de observancia general y obligatoria para toda la Banca operante en España, este Banco no podrá abonar intereses superiores a los siguientes:

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.

El "jus ad rem" en el Derecho civil moderno ^(*)

C).—LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL DERECHO DE EJERCER LIBREMENTE EL COMERCIO JURÍDICO AL CASO DE TRANSFERENCIA DE LA PROPIEDAD EN EL DERECHO SUIZO

Aunque el Derecho civil suizo conoce, como el alemán, el principio de la tradición en la transmisión de cosas muebles y el de la inscripción o Registro en materia inmobiliaria, el modo de adquisición de la propiedad no está regulado de manera idéntica en los dos sistemas.

El derecho alemán prevé, para que siga a la convención, un contrato real abstracto, que tiene por efecto transferir el derecho real; un signo exterior, tradición o inscripción, acompaña a este contrato o forma parte de él.

El principio base de las transferencias inmobiliarias en el Derecho suizo difiere de aquél que rige en la transmisión de las cosas muebles.

Estudiemos ahora la aplicación de la teoría en materia inmobiliaria.

El Derecho civil suizo ha encontrado una solución original para regular la transferencia de los inmuebles. El sistema adoptado no coincide con el del Derecho francés ni con el alemán.

Se admite, generalmente, que el artículo 665 del Código civil

(*) Véanse los números 100 a 108 de esta Revista.

suizo tiene por efectos reforzar los de la convención en materia inmobiliaria.

Tres interpretaciones han sido presentadas para explicar la relación existente entre el contrato generador de obligaciones y el acto de transferencia del derecho real.

Wieland se esfuerza en asimilar el sistema suizo al del derecho alemán (1); según este autor, el consentimiento para la inscripción debe ser considerado como un elemento del contrato real, el cual, en su opinión, existe, tanto en Derecho suizo como en Derecho alemán. Si el Código civil suizo considera la declaración unilateral del propietario como suficiente, es que presume el consentimiento del adquirente.

Debe reconocerse que es el ejemplo del Derecho alemán el que ha sugerido a Wieland esta idea de la existencia de un contrato real, ya que el Código civil suizo no atribuye en ninguna parte este carácter a los actos necesarios para efectuar la transferencia de inmuebles.

La idea del contrato real, siguiendo a la convención, obliga, de otro lado, a este autor a recurrir a la ficción del consentimiento del adquirente, acto jurídico del que jamás se ha hecho cuestión.

De otra parte, v. Thur (2) relaciona la solución suiza con la del Derecho francés. Declara que el Derecho suizo combina el sistema de la inscripción con el del efecto traslativo de la convención. El Código civil suizo no exige el consentimiento para la inscripción para que la transferencia de la propiedad se opere. Este consentimiento está ya adquirido por la convención y la requisición de la inscripción no es más que un medio *formal* de llegar a la inscripción, a fin de poner las enunciaciones del Registro de acuerdo con el contenido de la convención. Esta, como en el Derecho francés, tiene efectos traslativos, pero con una diferencia, y es que en Derecho suizo la convención no despliega sus efectos, incluso entre los contratantes, más que desde que la inscripción se ha cumplido. El enajenante conserva su derecho libre de disposición hasta ese momento.

(1) «Droits réels»; sobre artículo 963.

(2) Z. S. R. «Zeitschrift für schweiz Recht», 1921, pág. 40 y siguientes. O. R. «Allgemeiner Teil derschweiz», O. R. Tübingen, 1928, página 172, nota 15.

El autor insiste sobre la idea de que la convención contiene siempre la voluntad definitivamente decretada del enajenante de transferir el inmueble.

Sin embargo, Guhl (1) ha hecho notar que esta voluntad puede ser modificada hasta el momento de la inscripción y que puede estar sometida a una condición, por ejemplo, a la ejecución de la contraprestación por el adquirente. Por último, el párrafo primero del artículo 665 del Código civil suizo muestra con toda la claridad deseable que el vendedor no ha dispuesto de la cosa; si no, el texto alemán no podría hablar expresamente de un «*persönliche Anspruch*» hasta que la inscripción sea practicada.

Podrían refutarse estas objeciones de otra manera.

Siempre resulta que este sistema se concuerda muy mal con los principios que rigen el contrato de venta y según el cual la propiedad no se transfiere al momento de la conclusión del contrato.

La regla podría aplicarse con rigor, exceptuando el contrato de venta; pero entonces se comprendería mal la utilidad de tal distinción.

Guhl ha propuesto un sistema original en Derecho suizo. La declaración del propietario, tal como está prevista por el párrafo primero de los artículos 665 y 963 del Código civil suizo (2), es de orden material.

Por este acto el propietario dispone de su derecho y ejecuta la obligación contraída en la convención.

Este acto jurídico es *unilateral*, en tanto que el acto jurídico correspondiente, en Derecho alemán, constituye un contrato real. La declaración del consentimiento para la inscripción puede ser acordada de manera completamente independiente, pues apenas si está unida a la convención, por consideraciones de orden cronológico o formal.

Puede ser hecha en el momento de la conclusión de la con-

(1) «*Personliche Rechte mit verstärkter Wirkung. Festgabe für das Bundesgericht*», 1924.

(2) Artículo 665, párrafo 1.º C. C. S.—«Celui qui est au bénéfice d'un titre d'acquisition peut exiger que le propriétaire fasse operer l'inscription; en cas de refus, il peut demander au juge l'attribution du droit de propriété...» Artículo 963, párrafo 1.º C. C. S.—«Les inscriptions s'operent sur la declaration écrite du propriétaire de l'immeuble auquel se rapporte leur objet.»

vencción o en el momento de la petición de la inscripción en el Registro, o de una manera independiente en cualquier otro momento. Este sistema se adapta, por consiguiente, a toda organización cantonal concerniente a los actos auténticos; pero el enajenante goza, sin embargo, de las mismas ventajas que en Derecho alemán.

Mas no se debe incurrir en el error de creer que los efectos traslativos del consentimiento para la inscripción sean absolutos, puesto que están sometidos a la condición de que la inscripción se opere. Hasta entonces el enajenante continúa titular del derecho real, en virtud del Registro, y puede disponer de su derecho.

En lo que concierne a la cuestión que estudiamos de si el derecho al respecto del lazo contractual por el tercero puede ser atacado en materia de transferencia inmobiliaria, la teoría de v. Thur y la de Guhl llevan, en definitiva, al mismo resultado. Se podría creer, a primera vista, que la teoría de los efectos traslativos de la convención, sostenida por v. Thur, se opone a esta solución: pero refiriéndonos al artículo publicado por este autor, se constata que admite sin restricción la posibilidad de una segunda enajenación del mismo inmueble.

Esta solución está corroborada por la interpretación del artículo 973 del Código civil suizo. *A priori* se podría sostener que este artículo no se armoniza con el resultado que acabamos de obtener. El artículo dice: «Aquel que adquiere la propiedad u otros derechos reales, fundándose de buena fe sobre una inscripción del Registro, será mantenido en su adquisición».

Se podría deducir, por tanto, que el tercero que con conocimiento del contrato de enajenación induce al vendedor a romper su compromiso y adquiere el inmueble no se funda con buena fe sobre una inscripción del Registro; luego por argumentación *a contrario* no debía ser mantenido en su adquisición.

Pero esta manera de ver no puede ser admitida, según el artículo 974 del Código civil suizo, que define exactamente el derecho inscrito indebidamente. Si se trata de un tal derecho, el segundo adquirente que hubiere conocido los vicios no podrá invocarlos frente al primer adquirente. Pero la cuestión que nos ocupa es precisamente la de saber si el derecho del segundo adquirente ha sido indebidamente inscrito.

«La inscripción está hecha indebidamente cuando ha sido realizada sin derecho o en virtud de un acto jurídico anulable», dice el artículo 974, párrafo segundo.

Y es lo cierto que no se dan ninguna de estas dos hipótesis, si el tercero adquiere en virtud de un contrato válido. La transferencia de un derecho real a un segundo adquirente es posible, incluso cuando el vendedor esté obligado, respecto a otro adquirente, a consentir la inscripción de este mismo derecho real, porque, como acabamos de ver, el antiguo propietario queda titular de su derecho durante todo el tiempo que su nombre figura en el Registro. Por consiguiente, el segundo adquirente deviene, en virtud del segundo contrato y de su inscripción, propietario del inmueble.

La cuestión que se plantea ahora para nosotros es saber si este segundo adquirente realiza un atentado al derecho de la personalidad, de efectuar libremente su comercio jurídico.

Basándonos en las conclusiones a las que hemos llegado, tratando la existencia de este derecho y la manera en que puede ser lesionado, respondemos afirmativamente, a condición, sin embargo, de que el segundo adquirente del inmueble haya conocido la existencia del primer contrato y de que hubiera determinado al deudor a consentir en una inscripción a su favor o que hubiere tratado deliberadamente y de concierto con el deudor para conducir o llegar a este mismo resultado. Ahora bien: incluso en esta hipótesis deviene propietario del inmueble, porque su mala fe no está prevista en el artículo 974, aunque esta circunstancia no impide, sin embargo, que las disposiciones de carácter general, como las contenidas en los artículos 41 del Código ordinario y 28 del Código civil suizo (1), se apliquen en tal caso, y en virtud del artículo 28 será considerado como un atentado a un interés personal aquel de no poder contar con la no intervención de los terceros en la esfera de las relaciones contractuales.

Por consiguiente, será aplicable el artículo 41, párrafo primero

(1) Artículo 28 C. C. S.—«Celui qui subit une atteinte illicite dans ses intérêts personnels peut demander au juge de la faire cesser.

Une action en dommages-interêts ou en paiement d'une somme d'argent a titre de réparation morale ne peut être intentée que dans les cas prévus par la loi».

del Código ordinario, y el segundo adquirente será condenado a reparar el daño causado por su intervención. Veremos más tarde cómo deberá hacerse esta reparación.

Ahora examinemos la aplicación de la teoría en la hipótesis de doble enajenación de muebles.

En lo que concierne a la transferencia de cosas muebles, el derecho suizo adopta las reglas del derecho común. En virtud del contrato el adquirente tiene un derecho personal contra el acreedor, que debe entregarle la cosa. La tradición hace nacer su derecho de propiedad sobre la cosa.

Se podría creer que en la venta la transferencia de los provechos y riesgos del vendedor al comprador confiere un carácter real al derecho de este último.

Así, Huber considera, en efecto, este principio como una concesión hecha al Derecho francés y constituyendo un efecto anticipado de un derecho real futuro (1).

Pero sería ir demasiado lejos si dedujéramos que el comprador adquiere, en virtud del contrato, un derecho más fuerte que un derecho de obligación. Por razones de orden práctico, uno de los efectos del derecho real ha sido enlazado a la convención, aproximándose así el contrato al acto traslativo de un derecho real. Por tanto, si la transferencia de la propiedad no ha tenido lugar, el adquirente no se halla todavía beneficiado más que con un derecho personal.

La cuestión de saber si el acto de disposición, que tiene por objeto el derecho real, es abstracto o causal, es decir, si existe independientemente de la validez del contrato, no nos interesa aquí. Las dos opiniones han sido sostenidas por los comentadores: la tradición es acto causal, según Wieland y Ostertag, y abstracto, según Huber, Leemann y v. Thur.

El problema que nos ocupa consiste en determinar hasta qué momento el propietario de la cosa puede disponer válidamente. Este momento se halla fijado por la tradición. Incluso si el segundo adquirente tenía conocimiento del derecho de obligación del primer adquirente, deviene propietario de la cosa.

Pero el adquirente puede siempre hacerse culpable de un atentado al interés personal del primer acreedor. Es, en nuestro pa-

(1) Huber, «Zum Sachenrecht», pág. 40.

recer, el caso de que, habiendo tenido conocimiento de la primera enajenación, haya tomado una parte activa en las maniobras que han llevado a la inejecución del contrato. Entonces está obligado a reparar el daño causado al primer adquirente.

LOS PRINCIPIOS DE LA REPARACIÓN EN NATURA

El artículo 43 del Código ordinario pone a cargo del Juez el cuidado de determinar el modo y extensión de la reparación. Para tomar su decisión debe basarse sobre las circunstancias y gravedad de la falta.

A menos que no se tratase de circunstancias especiales, su tarea será cumplida si establece el estado de hecho que habría existido, en el supuesto de que el acto dañoso no hubiere existido.

En nuestro caso, parece oportuno que, siguiendo el ejemplo del Derecho alemán, el Juez ordene, en principio, cuando menos, la reparación en natura. Sin el acto del tercero, el primer contrato se hubiera ejecutado y el primer adquirente habría devenido propietario de la cosa. El Juez, por tanto, condenará al segundo adquirente a devolver la cosa al primero, y establecerá así el estado de hecho que se hubiera dado en el curso normal de las cosas y sin la conclusión del segundo contrato.

Pero si esta solución no levanta, probablemente, ninguna objeción en materia mobiliaria, no será lo mismo en lo que concierne a la transferencia de inmuebles, puesto que si aquel que se funda en una inscripción del Registro no fuese mantenido en su adquisición se subvertiría con ello uno de los principios fundamentales que rigen el comercio de inmuebles. El resultado práctico de la solución propuesta parece dar razón a esta opinión. Por tanto, no se trata aquí de una interpretación extensiva y errónea del artículo 974, párrafo tercero, cuando dice: «Aquel cuyos derechos reales han sido lesionados puede invocar directamente contra el tercero de mala fe la irregularidad de la inscripción». El principio de que el titular inscrito en el Registro es el propietario, sin el cual toda la utilidad del Registro desaparecería, ha sido plenamente salvaguardado; pero el hecho de que el segundo adquirente haya devenido propietario del inmueble *no impide en nada*

al Juez ordenar la transferencia de la titularidad a otro si aquél se ha hecho culpable de un delito civil y con este modo de reparación corrige más eficazmente los efectos dañosos causados.

El Tribunal federal se ha pronunciado en favor de la reparación en natura, por la atribución del inmueble al demandante, cuando éste se halla beneficiado por una causa de adquisición; por ejemplo, un contrato de venta, e incluso si en el momento de realizarse el acto dañoso no era todavía propietario (1).

Una cuestión se plantea todavía. ¿Cuál será la posición del deudor? En virtud del artículo 51 del Código ordinario está obligado solidariamente con los terceros a reparar el daño. Si el Juez ha declarado que se debe restablecer el estado de los hechos tal como habrían existido sin la intervención de los terceros, el deudor está igualmente obligado a acatar esta decisión.

Caso de que la sentencia no deduzca la responsabilidad delictual del tercero, tendrá éste el derecho de demandar al deudor la restitución del precio de la segunda venta, y ello por sentimientos de equidad, que el Juez deberá tener muy en cuenta (2) al resolver la demanda del segundo adquirente, despojado de su derecho adquirido.

Si, además, otros factores han aumentado el daño causado al primer acreedor, como, por ejemplo, las costas judiciales, la regla establecida por el artículo 51, párrafo segundo, se aplicará nuevamente, y este daño será soportado, en primer lugar, por los terceros. Sin embargo, si hay connivencia entre el deudor y los terceros, el Juez los condenará, probablemente, al pago de sumas iguales.

Se podrá añadir todavía que, en caso de quiebra del deudor, parece, a primera vista, que nuestros principios llevan a atribuir al primer acreedor un derecho de persecución sobre la cosa, pero no se le reconoce un derecho de preferencia. El primer acreedor devendrá, en efecto, propietario de la cosa; pero no podrá colocar su crédito en rango privilegiado. Este punto de vista no es del todo exacto. No se puede hablar de un derecho de persecución, propiamente dicho, del primer acreedor. El tercero, que ha cometido un acto delictual, está obligado a transferir la cosa al primer

(1) R. O. 1924, II, pág. 381.

(2) Artículo 50, párrafo 2, C. O.

acreedor a título de indemnización. El resultado sería igual si éste tuviese un derecho de reivindicación; pero el carácter jurídico del derecho del acreedor es diferente. No es de orden real, de manera que no tiene nada de sorprendente si no deriva de él ningún derecho de preferencia.

Resumiendo: nos parece que la aplicación de la teoría del derecho a ejercer libremente el comercio jurídico debe hacerse de la manera siguiente, cuando se trata de la transferencia de la propiedad.

Aquel que conociendo la primera enajenación de una cosa se la procura por maniobras activas y de acuerdo con el deudor determina a este último a transferirle la propiedad de aquélla, estará obligado, en beneficio del primer adquirente, a deshacer lo actuado. En caso de doble venta por el deudor, el primer adquirente podrá intentar contra el segundo adquirente una acción tendente a devolverle la propiedad de la cosa.

Esta solución no ha sido jamás rechazada directamente en Derecho suizo.

Si Wieland no la admite cuando dice que «la obligación asumida por el vendedor de no transferir a un tercero el inmueble vendido no vale más que respecto a las partes en causa y no para un adquirente subsidiario, incluso si éste ha comprado teniendo conocimiento de la venta anterior» (1), el resultado práctico al cual llega es idéntico al de nuestra teoría.

Nosotros no admitimos tampoco que aquel que tuvo un simple conocimiento de la existencia del contrato anterior sea condenado a la restitución del inmueble adquirido.

De otra parte, en razón de las ideas desenvueltas antes sobre la existencia del deber de no intrusión, es imposible aceptar que el contrato de venta no valga respecto al tercero si ha faltado a este deber.

La admisión del principio que nosotros rechazamos habría tenido todavía otro inconveniente en lo que concierne a la aplicación del Derecho civil suizo en el cantón de Vaud.

Habría consagrado la supresión de la regla tradicional del derecho de este cantón, que quiere que aquel que adquiere de mala fe un inmueble no pueda oponer su derecho al del adquirente no

(1) «Droits réels», pág. 561.

inscrito todavía. Este principio había sido establecido por la Ley de 20 de Enero de 1882 sobre la inscripción de los derechos reales inmobiliarios, artículo 14, cuyo texto ha sido reproducido en el artículo 17 de la Ley de 11 de Mayo de 1897, sobre la inscripción de los derechos reales inmobiliarios; «Toda constitución de un derecho real sobre un inmueble consentida por el propietario inscrito después que lo ha enajenado, es válida y puede ser inscrita en tanto que el adquirente no ha presentado su título a la inscripción. No obstante, si el tercero en provecho del cual el derecho real ha sido constituido lo ha adquirido a título puramente gratuito, o si es de mala fe, su derecho no puede ser opuesto al adquirente no inscrito todavía». Sin volver a esta idea, nuestra teoría, que admite la responsabilidad del tercero, cómplice en el incumplimiento de una obligación, disminuye el espacio que hay entre la concepción del derecho de este cantón y el principio que considera irresponsable al tercero, que se basa sobre la inscripción del Registro.

Creeemos que el Derecho suizo ha realizado por su cuenta el deseo expresado por Vareilles-Sommieres en un interesante estudio titulado «Del conflicto de créditos y del derecho de preferencia entre acreedores» (1), cuando decía así al tratar de nuestra hipótesis:

«El hombre que se hace prometer y transferir la propiedad de una cosa que sabe es debida a otro por el mismo deudor, es un hombre desvergonzado.

»Contribuye conscientemente y sin excusa válida a inducir al deudor al incumplimiento de su deber hacia el primer acreedor. Impide injustamente el ejercicio de un derecho. La conciencia aplaudiría a una legislación en la cual el primer acreedor pueda tomar posesión de la cosa, obteniendo así justa y completa satisfacción en lugar de quedar reducido a obtener una indemnización que corre el riesgo de ser inferior al valor material de la cosa y, sobre todo, al valor de afección que ésta tenía para él».

JOSÉ MARÍA FONCILLAS,

Notario.

(Concluirá.)

(1) «Rev. Crit.», 1905, núm. 27.

Por folletos y revistas

Naturaleza jurídica del negocio de adveración (1). «Revista de Derecho Procesal Civil» de Padua, trimestre Abril-Junio 1933. Autor, José Stolfi, Profesor de la Universidad de Cagliari. Páginas 132 a 177.

El Estado, indiferente en principio a la elección de medios para evitar controversias jurídicas entre particulares, deja a éstos que puedan recurrir, para hacerlas desaparecer, al Juez o al mutuo acuerdo, con lo cual se elevan a la categoría de Jueces; pero este negocio jurídico sólo será posible en caso de transacción, *aliquo dato, seu retento, seu promisso*, o en el de reconocimiento, advirtiéndose en este último caso que, aunque no hay transacción, procede el negocio jurídico por la protección que el Derecho moderno concede a la autonomía de la voluntad, como sucederá cuando, sin darse los elementos jurídicos de la transacción, las partes hablan equivocadamente de ellas y se trata sólo de un reconocimiento.

Acordes los autores en el punto de partida, disienten sobre la eficacia de tal negocio jurídico. Nacen las diferencias del hecho fundamental de establecer un paralelo entre dos figuras jurídicas que frecuentemente dan origen a consecuencias opuestas, en cuanto que la sentencia es declarativa en general y sólo en algún caso constitutiva del derecho, mientras que en el negocio ocurre lo contrario, quedando, por lo tanto, sólo dos caminos para resolver el problema, esto es: la solución consensual con preferencia a la judicial (sentencia), o al contrario.

(1) Refiriéndose este trabajo a un régimen hipotecario menos riguroso que el español, deberán nuestros lectores tener en cuenta las diferencias, para no ser inducidos a error por alguna de las afirmaciones o consecuencias a que llega el autor.

La primera hipótesis prevalece entre los italianos, mientras que los alemanes, aunque usen frases análogas, advierten que el paralelo con la sentencia no implica identidad de efectos entre los dos modos de arreglo del conflicto, pues si admiten la retroactividad de la sentencia, sostienen que la adveración en su doble forma de reconocimiento o transacción tiene eficacia constitutiva, no retroactiva; que si hablan de adveración y de que existe declaración, no admiten identidad de efecto entre la sentencia y el contrato; que el derecho preexista entre los contendientes, mientras el negocio sirve para determinar el derecho que quieren establecer por el contrato, sin consideración al tiempo anterior, de donde vale como derecho el que ha sido reconocido, no el que existía con anterioridad a la adveración.

Entre las dos soluciones parece preferible la declarativa en las dos formas descritas, por estar de acuerdo con la doctrina que prevaleció acerca del carácter de la transacción en el derecho intermedio y con los principios que informan las normas del derecho objetivo. La otra se debe rechazar: 1.º Porque es extraño concebir un negocio que vale *ex nunc* y *ex tunc*, según las personas que lo invocan. 2.º Porque sólo se habla de retroactividad en cuanto se trata de un acto que no implique transferencia o adquisición de derechos, pero se les declara como eran en su origen cuando se trata del titular a quien se han reconocido tales derechos. De lo que se sigue que permanecían firmes todos los derechos que había con anterioridad al acto, constituídos o transferidos sobre la cosa a los terceros, y caerán los concedidos por la contraparte por la apreciación del principio general de que *nemo plus iuris transfere potest quam ipse habet*. Si así no fuese, sería inútil recurrir al principio declarativo para hacer derivar por las partes los efectos de un acto a partir de un momento anterior.

Que esa precedente distinción carece del más leve fundamento racional, se comprueba también examinando sus aplicaciones prácticas con referencia a la transcripción y al retracto litigioso.

En cuanto a la primera, debe notarse que, aunque la doctrina francesa no requiere que el negocio de la transacción se haya hecho públicamente para que sea oponible a tercero, se exige corrientemente tal requisito, llegando a decir Desserteaux «que es deseable que todos los actos relativos a la propiedad inmobiliaria que ten-

gan los terceros interés en conocer, sean publicados». Pero se observa lo contrario: 1.º Porque la transcripción es una forma de publicidad sólo de aquellos actos que tengan la aptitud de producir en la realidad ciertos efectos jurídicos; de donde la Ley los enumera, sustrayéndolos a la voluntad de las partes, porque en caso contrario quedaría gravemente comprometida la certeza del derecho de los terceros, en beneficio de los cuales se ha instituido la publicidad. 2.º Porque nadie negará que al ajustarse el ejercicio de los derechos a determinada formalidad, se restringe la autonomía de las partes, no pudiendo éstas extenderse a casos diversos o semejantes no previstos por el legislador, teniendo el propietario que haya sufrido la transcripción de un acto no previsto en la Ley acción para el resarcimiento de daños. 3.º Porque reconocida por Desserteaux la eficacia declarativa de la transacción entre las partes, no se comprende con qué objeto ha de hacerse público el contrato, pues la transcripción dirime el conflicto entre dos adquirentes del mismo propietario, pero no influye para nada sobre la decisión del conflicto entre el que la ha adquirido a *domino* y el que la ha adquirido a *non domino*, porque el derecho del primero elimina la posibilidad de un derecho a favor del segundo, aunque éste ostente un título público.

En cuanto al retracto litigioso, basta observar que al excluirlo el mencionado autor del ejercicio contra la transacción de un golpe de muerte a su teoría, porque aquél ha sido concedido por la Ley al deudor o un tercero contra la cesión del derecho hecho a título oneroso por el acreedor a otra persona durante el desenvolvimiento de la lid, pero no se comprende por qué no se puede ejercitar contra una transacción, cuando se afirma que es para los terceros un acto de enajenación. Ni basta para legitimar la teoría decir que ésa es la opinión de Pothier y que el retracto se funda en normas excepcionales, porque Pothier sólo excluía el retracto por sostener la tesis de lo declarativo de la transacción, sin distinguir entre partes y terceros.

Considerando, por tanto, como declarativo el negocio de adverbación en su doble forma de transacción y de reconocimiento, es conveniente hacer constar, a fin de hacer más convincentes las razones de los intérpretes, al justificar la retroactividad de la transacción, que el principio de que es declarativa la transacción es una

ficción forjada primero en Italia y después en Francia durante el derecho intermedio, y presupuesta por el legislador francés o el italiano, el cual la ha acogido implícitamente en la redacción del Código italiano. Esto explica la antinomia entre los artículos 1.314 y 1.932, ya que el primero somete a la forma escrita *solemnitatis causa* los actos constitutivos o traslativos de la propiedad, de los derechos reales inmobiliarios y de las transacciones, mientras que el segundo requiere que los primeros sean transcritos y no menciona las transacciones, a las que debe negarse, por tanto, eficacia constitutiva, debiendo tenerse en cuenta que el legislador siempre ha distinguido la transacción de los negocios traslativos, o presupuesto su naturaleza declarativa.

Reconstruída así, sobre la base del derecho vigente, la naturaleza jurídica de la transacción, debemos recurrir en su confirmación a la tradición histórica, principalmente en Francia e Italia.

Si es diversa la opinión entre los juristas franceses e italianos, se debe especialmente a que no se trata de estudiar cómo el Derecho romano ha sido interpretado por los antiguos, sino explicar cómo en el Derecho común los escritores han hecho una exégesis arbitraria para sostener una serie de soluciones del todo opuestas a las que derivarían de la compilación justiniana.

Que el motivo aducido comunmente por los escritores modernos para esclarecer el origen histórico del principio en cuestión es equivocado, se demuestra: 1.º Porque los intérpretes nunca, con sus indagaciones, han suministrado armas a las partes para rehusar el pago de las tasas impuestas por las leyes, cuando éstas han ordenado el registro de las convenciones. 2.º Por la doble consideración de que en el Derecho común el problema de la tasabilidad de la transacción no se presentaba según la naturaleza declarativa o constitutiva del negocio, sino en un aspecto muy diverso, y que aun después de ser admitido el principio de que la transacción es declarativa, se tasa ésta *expressis verbis* por el legislador francés como cualquier negocio de enajenación, por lo que fué preciso dictar la ley del año VII para que el derecho tributario se adaptase en lo posible al Derecho civil. En confirmación de tales observaciones, recordemos las normas fiscales que regulaban la transacción.

Los estatutos italianos imponían la gabela sobre todos los contratos, y como la transacción era considerada como un contrato, es-

taba sometida a la tasa. Para sustraerla a la gabela, afirmaban unos que ésta se aplica sólo al verdadero y propio contrato, no al impropio, como la transacción; otros, que era un contrato innominado, y otros, finalmente, distinguían el caso en que la finca fuese entregada en virtud de la transacción, de aquel en que continuase perteneciendo al poseedor anterior; pero que tales tentativas no prevalecieron lo demuestra: 1.º Que es un contrato verdadero y propio, por tener todos sus requisitos y engendrar derechos y obligaciones entre ambas partes. 2.º Que aunque, según la fórmula justiniana, se le denominara contrato innominado, era siempre un verdadero contrato. 3.º Que no podía negarse que pertenecía a los conmutativos.

Que ninguna influencia ejerció el derecho fiscal italiano sobre la adopción del principio declarativo, resulta de que los autores que tratan del asunto, como Jason del Mayno, De Luca, Urceoli y Sabelli, afirmaron que la transacción estaba sometida a la tasa, porque ésta comprendía todos los contratos y aquélla pertenecía a los conmutativos, sin hacer mención de la retroactividad.

Se llega a las mismas conclusiones examinando el Derecho francés, bastando para convencernos considerar que Molineo, el sostenedor más eficaz del principio declarativo, lo acoge para afirmar que no es debido el laudemio por la división, y propone la cuestión de si podría invocarlo quien quiere sustraer la transacción al pago de los derechos feudales, pero advierte que, en tal hipótesis, se debe dejar aparte toda la cuestión de pago de la gabela, por tratarse de un problema completamente distinto.

Además, la declaración de 19 de Julio de 1714, dictada por Luis XIV, ordenó que se registrasen o insinuasen los contratos que, o transfirieran la propiedad, o constituyesen un derecho real, sin distinguir entre bienes muebles o inmuebles, extendiendo la obligación a todos los contratos; y al aplicar estas normas, el artículo 29 de la tarifa de 29 de Septiembre de 1722 dispuso que la transacción pagase la cantidad correspondiente al valor declarado del objeto del contrato; ahora bien, como estaban sometidos a la misma tarifa que la enajenación, se explica que los comentadores de la tarifa situasen entre los contratos sometidos a ella no sólo los llamados traslativos, sino a los que se les atribuía eficacia declarativa, como la transacción y la división.

Las indagaciones precedentes confirman, pues, la opinión de que no influyó en nada el motivo tributario; y como la transacción continuó sujeta al impuesto, aun después de admitirse el principio declarativo, hubiera sido inútil cualquier esfuerzo por parte de los juristas para evitar la aplicación de las normas legislativas referentes a algunas tasas. Como se ha demostrado ampliamente, el origen del principio declarativo se debe a una interpretación arbitraria de un conocido pasaje, acogida por los juristas italianos del Cuatrocientos para sustraer la transacción del pago del laudemio. Esta primera tentativa empujó a los juristas posteriores a buscar en los textos romanos las más raras ilaciones para resolver algunos problemas de manera diversa a la que hubiera triunfado si se hubiesen aplicado los textos justinianeos como habían sido redactados, sirviéndose de tales medios especialmente los juristas franceses del Quinientos para sustraer la transacción principalmente al ejercicio del retracto de linajes, hasta que cualquier escritor llegó al principio declarativo y afirmó que ni extingue antiguos derechos, ni crea nuevos, sino que declara los que anteriormente correspondían a los contratantes.

Es, pues, completamente distinta la evolución del derecho italiano y francés de lo que se venía asegurando, y procede hacer una aguda exposición en la que se distinga la contribución de los juristas italianos y la aplicación que hicieron los franceses.

En efecto, el Derecho romano consentía al enfiteuta enajenar el dominio útil entre vivos o por legados, abonando al concedente la quincuagésima parte del precio en compensación del acto de reconocimiento del nuevo enfiteuta.

Tal carga, llamada también laudemio, gravó la transacción por constituir un acto de enajenación intervivos, y no hubo duda, al menos, hasta que se hizo familiar el concepto de *alienatio* necesaria, correspondiente a lo que ahora se llama principio declarativo, sirviendo la necesidad para hacer lícito lo que no hubiera sido de otra manera. Este concepto es atribuido por Bártolo a Guillermo de Cumo.

Bártolo no extendió la solución a la transacción, pero en seguida, partiendo del mismo principio, Jason del Mayno procuró sustraerla al laudemio, formulando el principio general de que sólo se gravasen las enajenaciones voluntarias, y los escritores su-

cesivos sostuvieron que la transacción es una enajenación necesaria para evitar lides; de donde si el que transige obtiene algo, no es *iure novo sed primo*, llegando a quitarle el carácter de enajenación y afirmando explícitamente su eficacia declarativa.

Para legitimar su tesis recurrieron al Derecho romano, *questio* 20, Código *De transaccione*, 2, 4, entre otros, formulando el siguiente silogismo: La transacción se asimila a la sentencia; la sentencia es declarativa, luego aquélla también lo es; y como la premisa mayor es falsa, porque la transacción no se identifica con la cosa juzgada, la conclusión también es falsa.

Partiendo, pues, del principio de la declaración, a través de una exégesis forzada de los textos, llegaron lógicamente a las siguientes consecuencias: 1.^a El enfiteuta no debe el laudemio en caso de transacción. 2.^a Contra ésta no puede ejercitarse el retracto de consanguíneos, ni de vecinos, ni aun del condómino. 3.^a El titular de un fideicomiso, de un mayorazgo o primogenitura puede válidamente transigir sobre tales derechos, siempre que sea de buena fe, porque la prohibición de enajenar no comprende la de transigir, y la transacción obliga también a los sucesores. 4.^a Contra la transacción no se admite acción de rescisión por lesión enorme. 5.^a Impugnada una transacción, se puede reclamar sólo lo que competía según el derecho preexistente.

Los juristas franceses se aprovecharon de los esfuerzos de los italianos para sustraer la transacción al canon feudal y para impedir el ejercicio del retracto de linajes.

Por lo que se refiere al primer punto, téngase en cuenta que considerado enajenable el feudo, después de una conocidísima evolución, los franceses fijaron las relaciones entre el señor y el vasallo conforme al modelo de la enfiteusis romana y establecieron que el siervo, antes de enajenarlo intervivos, debían ofrecerlo al señor, y sólo después de haberlo rehusado éste podrían transferirlo, debiendo, para evitar el ejercicio de rescate, el nuevo titular, abonar el importe de las rentas de un año; mas como este canon no hacía traslativo el negocio sino en cuanto que significaba el cambio de vasallo, se comprende por qué establecieron los juristas que también correría la misma suerte la transacción, siempre que se pasara de un feudatario a otro, y por qué Molineo repudió la distinción

entre enajenación voluntaria y necesaria, sometiendo las dos al pago mencionado.

Se observará que distinguía dos hipótesis: 1.^a Se abonaría, si el feudo pasaba de una persona a otra, en virtud de la transacción o, sin pasar, se insertaba en el contrato la cláusula *cedens et transferens omne ius et actionem in quantum opus est*. 2.^a No se debía si no había transmisión de la posesión. Tal distinción no tenía fundamento racional en los textos romanos, por lo cual la rechazó D'Argentré, y afirmó que sólo se transige cuando el derecho es incierto, y a veces esta incertidumbre es insoluble; pero cuando el derecho es claro, se trata de una verdadera enajenación. De lo cual se infiere que no se podía probar el efecto traslativo de la transacción; lo favorecía mucho la formulación del principio declarativo, al cual se unieron los juristas posteriores.

Estos observaban que no podía deducirse la transmisión de la propiedad de las normas que regulaban la transmisión de la posesión, y en el caso de la transacción ponían el siguiente dilema: o el fundo es abandonado, *aliquo dato*, al que tenía su posesión, y entonces nada se debe al señor, porque no ha cambiado el enfiteuta, o el poseedor restituye el fundo a la contraparte, y entonces el señor tampoco puede exigir nada, pues el contrato no sirve para transferir un derecho que no se tiene anteriormente, sino para reconocer que siempre le ha pertenecido. En ambas hipótesis lo que se da no constituye el precio de la cosa, sino el abandono de la pretensión de otro sobre la misma; al decir de Pothier, la transacción hace adquirir más bien el abandono de la lid surgida sobre el fundo que el mismo fundo.

Más importantes fueron las discusiones acerca del retracto gentilicio, institución germánica que se difundió rápidamente a cargo de otras dos poco diferentes, la *laudatio parentum* y la calumnia.

Partieron del principio de que lo que entraba en el patrimonio familiar por vía de sucesión debía permanecer en él a fin de pasar a los parientes más próximos, no pudiendo, por tanto, disponerse de él durante la vida a título oneroso ni gratuito, y si alguna excepción se autorizaba, era preciso que prestaran su consentimiento todos los parientes, si no se quería que cualquiera de los herederos presuntos reivindicara la cosa, aunque la transmisión se hubiera hecho por vía de transacción; pero en seguida cayeron en des-

uso la *laudatio* y la calumnia, porque se oponían a la libre circulación de los bienes, y porque los escritores oponían al principio germano el romano, que concedía al propietario el derecho incondicional de disponer de sus bienes.

Ahora bien, como el retracto era admitido contra todo negocio traslativo, era evidente que lo mismo ocurría con la transacción. Así lo comprueba una decisión de la Curia regia de 1269 y la opinión de los escritores; pero D'Argentré opinó, por el contrario, que nadie transige, si no ostenta algún derecho que suministre materia al contrato; de donde la transacción ni es título, ni mediante ella se transfiere el dominio, a menos que se transija sobre un derecho cierto, en cuyo caso, al concederse la evicción, se deja entender que se trata de un verdadero título de adquisición. Negaba, por lo tanto, el ejercicio de retracto.

Como se observa, el autor no daba razones importantes, pero como formó parte de la Comisión encargada en 1575 de la revisión de la coutume de Bretaña, no es de extrañar que su tesis fuese reconocida en el artículo 317 de la nueva coutume redactada en el 1580.

He aquí cómo a través de una exégesis poco correcta de los textos romanos, de las opiniones de los antiguos escritores sin someterlas a una crítica sagaz y de la enunciación de los inconvenientes verdaderos o presuntos, el principio declarativo fué admitido lo mismo por italianos que por franceses.

De la naturaleza jurídica atribuída a la transacción deriván las consecuencias siguientes: 1.^a Tiene carácter civil o comercial, según se refiera a negocios civiles o comerciales; 2.^a No es justo título para fundar la adquisición de frutos o la usucapion decenal de la cosa; 3.^a No está sometida al ejercicio del retracto litigioso; 4.^a No debe transcribirse a los efectos del artículo 1.492 del Código civil.

Ahora bien: si la transacción se verifica dando, prometiendo o reteniendo cada cual alguna cosa, sin que el artículo 1.764 limite el objeto de las prestaciones a la *res dubia*, se deriva que cualquiera que sea la compensación pactada, puede haber negocio transaccional siempre que concurren los demás requisitos legales; pero en este caso la transacción será declarativa en cuanto al derecho controvertido, y no lo será respecto a la compensación dada

o prometida como contraprestación de la adveración del derecho litigioso.

Demostrado que la transacción es declarativa del derecho contravertido, es fácil deducir que el reconocimiento es también un negocio retroactivo, teniendo común con aquélla el fin (adveración del derecho) y el resultado que las partes se proponen al concluir la eliminación de la lid presente o futura sobre la *res dubia*. Pero como no es lógica en Derecho italiano la diversidad de efectos entre la sentencia y la transacción, como no sería lógico tampoco distinguir entre la eficacia de la transacción y del reconocimiento, y algunos escritores lo han hecho, someteremos sus argumentaciones a un rápido examen.

Han indagado por caminos distintos, utilizando Ascanio los resultados obtenidos por algunos autores alemanes referentes a los efectos de la reproducción documental de la estimación mezclada con la determinación del valor de una cosa y de la pretendida literalidad de algunos documentos de crédito, y mostrando Lieberman, por el contrario, un prudente excepticismo sobre las doctrinas alemanas, pero coincidiendo ambos en reconocer el carácter declarativo de la transacción y la eficacia constitutiva del reconocimiento.

Para justificar esta teoría comienzan por afirmar que el negocio jurídico regula las relaciones entre los particulares desde el día de su conclusión, y sin referirse al tiempo anterior; pero como la transacción ha llegado a ser declarativa a través de una evolución histórica peculiar, cuyos resultados no se pueden extender por analogía al reconocimiento, se debe hablar de la eficacia constitutiva de éste.

Antes de refutar tal argumentación, se expondrán las razones que se oponen a las teorías germánicas, de que se hace eco Ascarelli y que por cierto no son acogidas sin discusión ni aun en su país. En efecto, haremos notar: 1.º Que los franceses e italianos, con el fin de sustraerse a la formalidad de la *cautio* indiscreta, coincidieron en que no correspondía al actor probar la existencia de la causa lícita, correspondiendo al demandado probar que no existía causa o era ilícita. Los alemanes llegaron al mismo resultado mediante el reconocimiento unilateral, el cual no sólo es extraño al Derecho francés e italiano, sino que les sería de escasa utilidad;

2.º Que los alemanes han introducido en su sistema el contrato de reconocimiento causal relativo a los hechos y relaciones jurídicas, para obligar de algún modo al deudor, puesto que su confesión extrajudicial, aun admitida por el acreedor, se considera sólo como un indicio de prueba. En cambio, como entre nosotros la confesión extrajudicial constituye prueba plena contra el que confiesa, igual que la judicial, no ha sido preciso recurrir al contrato de adveración de los hechos; 3.º Que los italianos hablan de transacción (bilateral) y de reconocimiento (unilateral) como negocios de adveración, mientras que los alemanes, que contraponen uno a la otra, afirman referirse a un reconocimiento abstracto ignorado para el Derecho italiano, o sea como medio de prueba. No parecen atendibles las razones por las que se cree en la naturaleza dispositiva de este negocio.

Comenzando por el artículo 1.098, es exacto que cualquier hecho jurídico pronuncia sus efectos sólo para el futuro; pero esta regla puede tener excepciones, pudiendo la ley atribuir a un negocio jurídico eficacia para el pasado: y si la transacción es declarativa, es que el legislador ha derogado el principio general: es así que los adversarios admiten que la transacción es declarativa; luego el reconocimiento, que es sucedáneo de aquélla, también tiene efecto declarativo.

Y no se diga que se recurre a la analogía, procedimiento interpretativo no consentido en las normas excepcionales, porque aunque faltaran requisitos de analogía, subsistirían los de interpretación extensiva, que se admite por todos los escritores. La primera supone una laguna en la ley; en la segunda existe la norma, pero formulada sólo para prever algunos de los casos, y sin tener en cuenta otros que se han podido comprender en ella, pero respetando la voluntad del legislador, y, por lo tanto, no se puede atribuir al reconocimiento eficacia distinta a la de la transacción, teniendo común la causa y el fin. No es sin causa que los alemanes, que atribuyen un carácter distinto al reconocimiento judicial y al consensual, asignen a los dos efectos constitutivos: pero no se comprende que hagan lo mismo los italianos, para quienes se identifica toda clase de adveración.

Por otra parte, no parece que la demostración contraria adelante nada recurriendo al artículo 1.327 del Código civil, como in-

tenta Liebman ; pues aun admitiendo que tal norma ha sido formulada para salvaguardar a los terceros adquirentes del perjuicio que se derivaría de la fecha anterior de la escritura, no se puede deducir de esta premisa que fácilmente podrían las partes eludir esta disposición, si les fuese posible dar vida a un acto que tuviere eficacia retroactiva, porque la retroactividad y la antidata son claramente distintas entre sí, pues existe aquélla cuando el negocio jurídico debe desplegar su eficacia a partir del día de su conclusión, mientras que la antidata implica sólo que las partes hacen correr entre ellos los efectos del negocio desde un momento anterior a su formación, pero sin mudar su naturaleza.

A fin de demostrar la exactitud de estas observaciones, las aplicaremos a la división, que es un contrato que se reconoce textualmente por el legislador con eficacia retroactiva. En efecto, suponemos que un condómino, sin intervención de los demás copropietarios, venda en todo o en parte la cosa común o constituya un derecho real sobre ella. No podrá decirse que el negocio es nulo para los efectos traslativos, porque el enajenante es potencialmente propietario del todo, salvo el derecho de los demás, mientras que la enajenación de cosa ajena es nula, porque es hecha por el que no tiene ningún derecho actual ni potencial sobre ella ; la transferencia o el derecho real, pues, se hacen bajo la condición de que el objeto entre en la cuota del copropietario, dependiendo de la división la eficacia de la enajenación ; si la cosa se atribuye al enajenante, el acto es válido, pero se resuelve si se atribuye a un tercero ; de aquí que la división opera retroactivamente entre las partes y respecto a terceros, lo cual prueba que los efectos de los negocios declarativos toman la fecha del día de su conclusión, y ésta es su única característica, no sin oponibilidad a terceros desde la fecha regulada de distinta manera.

Si suponemos ahora que los condueños, habiendo administrado cada una de las partes, en vez de proceder a la valoración de gastos e ingresos, coinciden en fechar el acto con anterioridad, de modo que cada uno sea considerado propietario de la parte que administra, ¿será válida la antidata? Evidentemente, porque se permiten todas las cláusulas que no choquen con una prohibición expresa, o carezcan de causa o sea ésta ilícita o falsa, y porque si los contratantes pueden dar fecha anterior a un contrato destinado

a tener eficacia desde su conclusión, con mayor razón podrán hacerlo respecto al negocio que influye sobre sus relaciones aun antes de que éstas existan, no comprendiéndose, por tanto, el auxilio que pueda prestar el artículo 1.327 para sostener la naturaleza dispositiva del reconocimiento.

Eliminados los argumentos a que se había recurrido para demostrar la inadmisibilidad de mi tesis, demostraré ahora cómo no es persuasiva la afirmación de Liebman de que «razones de oportunidad y de equidad prohíben reconocer a las partes el poder dar vida a negocios con eficacia retroactiva oponibles a terceros y capaces de perjudicar derechos adquiridos con anterioridad».

Prescindiendo de que la posibilidad de los inconvenientes no autoriza admitir una solución con preferencia a la otra, parece claro que el reconocimiento o corresponde a la realidad de la relación de adveración o sirve para atribuir a uno de los sujetos una cosa que no le pertenece; en el primer caso no hay perjuicio para terceros, porque continúan los derechos concedidos por el que es reconocido como titular de la *res dubia* y caen los concedidos por el *non domino*; en el segundo, tanto los sujetos como sus causahabientes pueden sufrir la acción de simulación, por haberse transferido o constituido un derecho mediante la adveración, desvaneciéndose, por lo tanto, la posibilidad de los inconvenientes que señala Liebman.

Pero, a pesar de las razones de oportunidad, a que alude este escritor, hay también inconvenientes que se oponen a la admisión de su tesis, pues si la adveración es un acto de disposición, la parte, a quien se reconoce el derecho, debe considerarse como causahabiente de la otra, debiendo sufrir todas las cargas impuestas por ella y por los terceros, y publicar el negocio para asegurar su derecho contra ulteriores enajenaciones efectuadas antes de la transcripción, no teniendo el negocio el interés práctico que se le atribuye, puesto que las partes preferirían ir a un juicio para obtener una sentencia de retroactividad que les libra de las consecuencias apuntadas.

Si no bastaran estas razones, agregaremos que Ascarelli admite implícitamente una antítesis entre disposición y adveración, contraponiendo la adveración y la disposición, llegando a sostener que no hay reconocimiento cuando las partes no entienden advenir, sino

disponer, aun recurriendo a una especie de reconocimiento, que sería, en esta hipótesis, simulado.

Podríamos estar de acuerdo con Ascarelli, si se pudiera admitir una gradación entre los actos traslativos, considerando distinto el negocio que dispone, cuando se da la eventualidad prevista por las partes, y el que dispone desde su nacimiento; pero si se parte del principio más correcto de que un negocio es traslativo o constitutivo si tiende a modificar actual o potencialmente el estado de derecho entre las partes, parece evidente que se hable de eficacia declarativa respecto al negocio formado para advenir las relaciones jurídicas preexistentes y de eficacia constitutiva, respecto a aquel que, bajo la forma de reconocimiento, se dirija a originarlo, modificarlo o extinguirlo.

Con el fin de reforzar estas observaciones, notaremos que Ascarelli no sólo extiende al reconocimiento las normas dictadas para la transacción, sino que admite que una transacción inválida pueda convertirse en un reconocimiento eficaz, con lo que estoy de acuerdo; pero eso supone que los dos negocios deban tener idéntico carácter, porque en tanto puede hablarse de conversión en cuanto que las partes habiendo querido lo más (transacción), pueden haber querido también lo menos (reconocimiento), no en la hipótesis contraria o diversa, que siendo eficaz el negocio para advenir las relaciones jurídicas entre las partes se quiera conservarlo para darles origen, o querer establecer una gradación entre ellas, si se pretendiera deducir que siendo inválido el negocio *al minus* podría actuar eficazmente el *maius*.

Por consiguiente, si las consideraciones anteriores son exactas, los resultados de la investigación pueden formularse así: 1.º El negocio de adveración tiene siempre eficacia declarativa, ya en la forma de transacción, ya en la de reconocimiento. 2.º Respecto a la cosa o derecho que eventualmente se haya constituido o transmitido para ser sometido a la adveración, la transacción tiene eficacia dispositiva.

FEDERICO BRAVO LÓPEZ.

De la Dirección general de los Registros y del Notariado.

Jurisprudencia de la Dirección de los Registros y del Notariado

REGISTRO MERCANTIL. EN ÉSTE SE INSCRIBEN A VECES DECLARACIONES DE HABERSE REALIZADO HECHOS, PERO EN EL CASO DE INSCRIBIRSE DOCUMENTOS, LA CALIFICACIÓN RARA VEZ COMPRENDE LOS EXTREMOS QUE PARA EL DE LA PROPIEDAD EXIGE EL ARTÍCULO 18 DE LA LEY HIPOTECARIA.

Resolución de 8 de Julio de 1933. (Gaceta de 18 de Septiembre.)

El Notario de Macotera, D. Julio Romero Ferrazón, autorizó en 28 de Julio de 1931 y 25 de Junio de 1932, dos escrituras. En la primera comparecieron D. Francisco Blázquez Bueno y D. Jesús Blázquez Giménez, en representación voluntaria el primero de doña Petra Lajas Carrasco, D. Evaristo Lajas Berrio y D. Baldomero Lajas Lajas, y el segundo en la de D. Pedro Gundín Simón, D. Mateo González Obregón y D. Anselmo Cordero Vázquez, después de exponer que en el término municipal de Valverde del Fresno existen unos terrenos conocidos con el nombre de «Valles», de que parece ser dueña legalmente doña Petra Lajas Carrasco, y otros conocidos por el nombre de «Egidos», de los que aparecen ser igualmente dueños los Sres. Lajas Berrio y Lajas Lajas, por lo que aquélla y éstos manifiestan: que tanto unos terrenos como otros han estado poseídos sin oposición por parte de nadie desde hace mucho tiempo, y aun hoy lo están, por una buena parte de los vecinos de la expresada villa de Valverde del Fresno, habiendo así creado de hecho una copropiedad consuetudinaria, más que legal, que ha encontrado en el desenvolvimiento de su vida

una infinidad de dificultades de todos los órdenes, ya naturales, debidas al antieconómico estado de indivisión, ya debidas al enorme número de poseedores, presuntos dueños en aumento constante por las transmisiones sucesivas y por la defectuosísima titulación o carencia en absoluto de ella; que a este estado de confusión quiéresele dar fin con la escritura que se otorga y lleva a cabo por iniciativa de la mayoría de los comuneros, de acuerdo con los señores Lajas, quienes, al reconocer las acciones nominativas y completamente liberadas a favor de los comuneros que se relacionan en la escritura, dan por bueno el derecho de ellos a cuantos se avengan a aceptar las acciones que se les asignan; que consecuencia de cuanto antecede, y en la representación que ostentan, crean una sociedad civil particular en forma anónima. Por la segunda escritura se aclaran los términos de la primera.

El Registrador mercantil de Cáceres, puso en ambas notas de no admisión «por observarse el defecto de falta de capacidad en los otorgantes para transformar la Comunidad de propietarios de los inmuebles rústicos, cuya explotación constituye el fin social, en Sociedad anónima, ni transferir el dominio de los mismos de una a otra entidad, pues no consta acreditado que se hallen legalmente autorizados para ello por los demás socios o comuneros. Y pareciendo insubsanable el indicado defecto, no procede tomar anotación preventiva».

En el recurso interpuesto por el Notario, la Dirección general declara hallarse bien extendidas las escrituras en cuanto se refiere al defecto que lo motiva, con las consiguientes consideraciones:

Para resolver este recurso sería conveniente determinar si existía o no una copropiedad sobre las fincas aportadas para constituir la Sociedad civil en forma anónima «Valles y Egidos», finalidad a que se aspira al otorgar la escritura de 28 de Julio de 1931 y su adicional de 25 de Junio de 1932 en Macotera, ante el Notario D. Julio Romero Ferrazón.

La técnica civil moderna ha puntualizado la existencia de dos tipos definidos para los casos en que la titularidad de derechos sobre las cosas viene atribuida simultáneamente a dos o más sujetos: comunidad de tipo romano—*condominium iuris romani*—, en que parece inspirarse nuestro Código civil, y según el cual la cosa corresponde por cuotas ideales a cada uno de los condóminos, quie-

nes, además, pueden ejercitar en todo momento la acción de división ; y la copropiedad de tipo germánico—*condominium iuris germanici*—, según la que los condueños forman una colectividad a la que pertenece la cosa o derecho, sin que corresponda a ninguno de los que integran aquélla la propiedad de cuota real o ideal, ni la facultad de ejercitar la *actio comuni dividundo*.

No obstante la ambigüedad terminológica que se advierte en la escritura de 28 de Julio de 1931, reconocida por el propio fedatario—al hablar de una copropiedad consuetudinaria más que legal, de que las fincas aportadas han estado poseídas y lo están en la actualidad por buena parte de los vecinos de Valverde del Fresno, y al declarar en la escritura adicional que sólo se reconoce el hecho de haber poseído y el de poseer, pero nada más—, se pone de relieve la dificultad de encajar la situación real en que se encuentran los derechos sobre las fincas «Valles» y «Egidos» en los dos tipos de comunidad antes señalados, ya que ni la circunstancia de que la copropiedad de tipo germánico sea reconocida en nuestro Derecho en los casos de propiedad comunal, entre otros, ni tampoco el carácter de subsidiarias que reconoce el Código civil a las normas del título 3.º del libro 2.º puede estimarse bastante para establecer la figura de la comunidad, básica en la discusión, mientras los Tribunales no hayan fijado con claridad el alcance de las expectativas o derechos que existan a favor de los vecinos interesados.

De lo expuesto se deduce que el derecho de prohibición contenido a cualquier condueño, bastante para paralizar la voluntad de aquellos que representen los intereses predominantes de la comunidad, para innovar la cosa, y mucho más para los actos de disposición sobre la misma, idea sobre la que centra el Registrador su calificación en las escrituras objeto de este recurso, no puede ser admitida con carácter decisivo para la resolución del mismo, porque exigiría declarar la existencia de una comunidad, todo ello sin que se afirme el derecho que pueda corresponder a los Sres. Lajas sobre las fincas aportadas, y cuya justificación a los efectos civiles se ha realizado tan sólo por la afirmación de ser causahabientes de los titulares, según el Registro, insuficiente a los efectos del tracto.

La manifestación de que en el Registro mercantil sólo se inscriben hechos, ha de estimarse poco precisa, como certeramente observa el Registrador, e inarmónica con la declaración contenida

en la exposición de motivos del Código de Comercio, según la cual el Registro mercantil se eleva a la categoría de institución esencialmente jurídica.

Por último, no obstante la coincidencia del artículo 59 del Reglamento del Registro mercantil con el 18 de la vigente ley Hipotecaria, es necesario tener en cuenta la distinta finalidad de los Registros de la Propiedad y mercantil, dado que en éste a veces se inscriben declaraciones de haberse realizado un hecho, y aun en el supuesto de inscribirse documentos, rara vez la calificación comprenderá todos los extremos del expresado artículo 18, y no podrá nunca llegar a calificarse la veracidad de las declaraciones de los interesados contenidas en documentos notariales, como el contrato de sociedad en este caso.

REGISTRO MERCANTIL. CAPACIDAD DEL SOCIO PARA VENDER LA PORCIÓN DE DERECHOS QUE LE PUEDEN CORRESPONDER EN UNA SOCIEDAD MERCANTIL LIMITADA. AUNQUE FALTA UNA REGLAMENTACIÓN ESPECÍFICA QUE SIRVIERA PARA RESOLVER LOS MUCHOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE SUSCITA EL NÚMERO, CADA DÍA MAYOR, DE SOCIEDADES DE ESTA ÍNDOLE, EN EL CASO DE QUE SE TRATA PARECE QUE HA DEBIDO LLEVARSE A EFECTO LA VENTA CON EL CONSENTIMIENTO DE TODOS O DE LA MAYORÍA DE LOS SOCIOS, TODA VEZ QUE EN LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN, SI BIEN SE ESTABLECE QUE LAS RESPONSABILIDADES DE CADA SOCIO QUEDEN LIMITADAS AL CAPITAL APORTADO, SE DETERMINA TAMBIÉN QUE PARA VENDER, COMO PARA TODO LO QUE SIGNIFIQUE AUMENTO O DISMINUCIÓN DE CAPITAL, SE NECESITA QUE EL ACUERDO SE TOME POR UNANIMIDAD O MAYORÍA.

Resolución de 14 de Julio de 1933. (Gaceta de 28 de Septiembre.)

El Notario de Barcelona, D. Rafael López de Haro, autorizó escritura por la que una persona vendió a otra la universalidad de los derechos, acciones y obligaciones que le correspondían o pudieran corresponderle como socio de una Compañía, Sociedad Limitada.

El Registrador mercantil de Barcelona no admitió la inscrip-

ción por no constar el consentimiento de todos los socios que forman la Compañía.

En el recurso interpuesto por el Notario, la Dirección general confirma la nota del Registrador, fundamentándolo así:

Las dificultades que se presentan en el moderno Derecho mercantil para precisar la naturaleza jurídica de las Sociedades de responsabilidad limitada—que coinciden en sus principios con las Sociedades por acciones, en cuanto en ellas se limita la responsabilidad de los asociados a una cantidad previamente determinada, y de otra parte con las Sociedades de tipo personal, en cuanto fueron creadas para satisfacer necesidades de la pequeña industria, sin subordinarse a la rigurosa fiscalización de la Sociedad anónima—se agudizan en nuestro Derecho por la falta de una reglamentación específica de las mismas entidades, que sirviera de criterio para resolver los problemas que plantea el gran desenvolvimiento logrado por esa nueva categoría social.

La única cuestión que ha de decidirse en este recurso es la de si la transferencia de los derechos, acciones y obligaciones que correspondían al señor Bogdany en la Compañía «Autesco», Sociedad Limitada, debió haber requerido el consentimiento de todos los socios que formaban la Compañía, y si, como consecuencia, la escritura otorgada en 7 de Julio de 1932 ante el Notario de Barcelona D. Rafael López de Haro, sin aquel requisito, se halla o no extendida con arreglo a las formalidades y prescripciones legales.

En la escritura de constitución de la Compañía «Autesco», formalizada en 1 de Febrero de 1932, ante el Notario de Barcelona don Antonio Sasot, figuran como pactos sociales, entre otros, según aparece de la certificación del Registro mercantil que se acompaña a este recurso, el de «que la responsabilidad de los socios quede limitada al capital aportado» y que para «conceder exclusivas de patente o compraventa de inmuebles, transformar o fusionar la Sociedad, y en general asuntos que afecten al aumento o disminución del capital, se necesitará que los socios se reúnan para deliberar lo conveniente, tomándose los acuerdos por unanimidad o por mayoría», estipulaciones de las que puede deducirse que si bien por la primera no parece existir dificultad a la operación concertada, quizás pudiera de la siguiente, por medio de una interpretación analógica y por la trascendencia de la operación, concluirse

que debía haberse llevado a cabo con el consentimiento de todos o de la mayor parte de los socios.

Por último, el derecho de los socios en las Compañías de responsabilidad limitada, para ceder su participación social, ha de reglamentarse, no como un derecho absoluto y cuya circulación en el mercado deba favorecerse, sino como una facultad limitada por la Ley o por el pacto social, pues se trata de una característica privativa de estas Sociedades frente a las anónimas, en razón de la mutua confianza y de la relación familiar que muchas veces une a los elementos que las forman; por lo que, mientras subsista la actual ausencia de normas en nuestra legislación sobre este respecto, y en defecto de pacto expreso entre las partes, parece justo estimar precisa la aprobación de todos o de la mayor parte de los socios para estas enajenaciones de cuota social, por ser criterio vigente en nuestro derecho común estar admitido por la generalidad de los escritores de Derecho mercantil y sancionado, además, de manera unánime por la legislación extranjera.

PARTICIÓN DE HERENCIA. ADJUDICACIÓN DE BIENES. ES PRECISO DIFERENCIAR LAS QUE SE HACEN EN PAGO Y PARA PAGO DE DEUDAS, DISTINGUIR EN CUANTO A ÉSTAS QUIÉN LAS CONTRAJO Y SI ESTÁN O NO ACREDITADAS, Y DETERMINAR, ADEMÁS, LA PERSONA A QUIEN LA ADJUDICACIÓN SE HACE, SEGÚN QUE SEAN HEREDEROS, ACREEDORES O EXTRAÑOS. ASÍ LA ADJUDICACIÓN HECHA POR SÓLO EL ALBACEA CONTADOR A PERSONAS EXTRAÑAS EN PAGO Y PARA PAGO DE DEUDAS ES ACTO QUE ENTRAÑA UNA ENAJENACIÓN A TÍTULO ONEROSO QUE REQUIERE EL CONSENTIMIENTO, QUE EN ESTE CASO NO SE DA, DE TODOS LOS INTERESADOS EN LA HERENCIA.

Resolución de 20 de Septiembre de 1933. (Gaceta de 28 de Septiembre.)

En el Registro de la Propiedad de Don Benito se presentó escritura otorgada por el Notario de Guareña, D. Antonio Briones, de protocolización de operaciones testamentarias, en las que comparece, además del Albacea contador, un acreedor de la testamentaria y otro que se compromete a pagar los gastos de ésta y deudas, adjudicándose a ambos fincas.

El Registrador de la Propiedad denegó la inscripción, porque estando la partición hecha por contador-partidor, se hacen adjudicaciones a personas extrañas en pago y para pago de deudas que precisa la concurrencia de todos los interesados en la herencia, sin que baste la del contador y adjudicatarios; y considerándose insubsanable dicho defecto, no es admisible la anotación preventiva.

En el recurso interpuesto por el Notario, el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador, y la Dirección general confirma el auto apelado, con los siguientes considerandos:

En las adjudicaciones de bienes hechas en las operaciones particionales de una herencia, no sólo se pueden diferenciar las que se hacen en pago y para pago de deudas, sino que cabe distinguir, mirando a los elementos personales de la relación, si las deudas han sido contraídas por el causante o por los herederos, así como si la adjudicación se hace a éstos, a los acreedores o a terceras personas con requisitos civiles y efectos hipotecarios diversos.

Tampoco es igual que las deudas estén acreditadas y vencidas, o no estén ni siquiera determinadas, como sucede en el caso actual, en el que se adjudicaron fincas para pagar los gastos de la testamentaría y las deudas *que contra la misma puedan resultar*, ya que no se puede olvidar que las adjudicaciones envuelven una modalidad de pago por transferencia de propiedad.

Es principio fundamental para que las adjudicaciones se estimen como actos particionales que las fincas adjudicadas no salgan del poder de los inmediatamente llamados al patrimonio relicto, porque al hacerse a extraños se realiza una enajenación a título oneroso, por precio debido y compensado, que requiere el consentimiento de todos los interesados en la herencia como requisito esencial para la validez del contrato.

ADJUDICACIÓN DE FINCAS EN PROINDIVISO. CAPACIDAD PARA ENAJENAR EL GERENTE DE UNA SOCIEDAD. ADJUDICADA UNA FINCA EN PORCIONES QUE LA AGOTAN COMPLETAMENTE, AUNQUE CON Poca CLARIDAD EN LA EXPRESIÓN, DE LA QUE RESULTA TENER LA FINCA MÁS PARTES QUE LAS ADJUDICADAS, DEBE INSCRIBIRSE EL CONTRATO SIN NECESIDAD DE INSTANCIA ACLARATORIA. PACTADO EN UNA ESCRITURA DE SOCIEDAD QUE UNA PERSONA TUVIERA LA REPRESENTACIÓN.

SENTACIÓN DE AQUÉLLA, PUDIENDO EN NOMBRE DE LA MISMA CELEBRAR TODA CLASE DE ACTOS Y CONTRATOS, NO PARECE ADECUADO RECHAZAR UNA VENTA HECHA POR EL APODERADO, MÁXIME TENIENDO EN CUENTA LA MAYOR AMPLITUD QUE EL DERECHO MERCANTIL CONCEDE AL MANDATARIO.

Resolución de 27 de Septiembre de 1933. (Gaceta de 14 de Octubre.)

En escritura otorgada en 4 de Julio de 1924 ante el Notario de Málaga don Gonzalo Moris, se adjudicó una finca: la mitad a la viuda, en pago de gananciales; una cuarta parte a la misma, como heredera de su hijo Francisco, y otra cuarta parte a cada uno de los otros tres hijos. Todos estos, como dueños de la totalidad de la finca, la venden a don Antonio Fernández Hita, y éste, por escritura de 22 de Junio de 1925, la vende a la Sociedad «Carciente y Chacrón», en unión de cuatro fincas más. A su vez un apoderado de esta Sociedad vendió, por escritura otorgada en la misma última fecha, ante el Notario de Melilla don Antonio Gual Ubach, las cinco fincas a don José Amigó Barberá.

En las escrituras presentadas, el Registrador de la Propiedad de Melilla consignó como faltas subsanables las siguientes: en la escritura de 4 de Julio de 1924: Primera. Haberse adjudicado mayor número de porciones indivisas de las que integran la totalidad del inmueble. Segunda. No ser admisible la subsanación del defecto por documento privado, según se pretende; en la de 22 de Junio de 1925: «falta de previa inscripción a favor del transferente»; y en la de 14 de Noviembre de 1929: «Carecer el Gerente de la Sociedad «Carciente y Chacrón» de facultades para enajenar inmuebles», además de dichas faltas de previa inscripción.

En el recurso interpuesto por el último comprador, el Presidente de la Audiencia confirmó las notas del Registrador, y la Dirección general revoca el auto apelado, con los siguientes fundamentos:

Dependiendo la falta de previa inscripción de la escritura de 22 de Junio de 1925 del defecto atribuido a la de 4 de Julio de 1924, y siendo el segundo de los señalados por el Registrador en esta última escritura sólo relativo al modo formal de la subsanación del defecto de haberse adjudicado mayor número de porciones indivi-

sas de las que integran la totalidad del inmueble, al fondo del problema que ello plantea y al examen de las facultades del representante de la Sociedad, que por la escritura de 14 de Noviembre de 1929 últimamente vende, deben limitarse las cuestiones a examinar en este recurso.

Habiéndose formalizado la adjudicación de las participaciones indivisas de la finca, de acuerdo con antecedentes tan claros y precisos como los consignados en el título calificado, lo que se plantea es una cuestión de interpretación en la que, teniendo en cuenta que las cláusulas tienen el mismo ámbito y que se agota el condominio en que se encuentran los herederos respecto a las participaciones adjudicadas, no empleándose palabra alguna de donde se desprenda una adjudicación distinta a la lógicamente establecida, deben tomarse las hechas en el sentido más conforme a la intención, naturaleza y objeto que se proponían los otorgantes; sin necesidad de estimar precisa a tal respecto la instancia aclaratoria que pretendía subsanar el defecto.

Los Administradores o Gerentes de las Compañías mercantiles, como órganos activos de ellas, al exteriorizar la capacidad de las mismas como personas jurídicas, deben atenerse a las facultades que determinaron las leyes interiores de su vida, establecidas en las reglas de su constitución, alteradas o no en el decurso de su funcionamiento, ya que todo acto que rebase la esfera de los poderes concedidos necesita el previo consentimiento de los asociados, árbitros en definitiva de los fines sociales.

Pactado que don Mimón Carciente llevaría exclusivamente la gerencia y administración de la Compañía, así como el uso de la firma social y la absoluta representación de aquélla, pudiendo en nombre de la misma celebrar toda clase de actos y contratos, por muy sévera que sea la regla de capacidad que para actos de disposición es establezca, no parece pueda quedar excluida la venta realizada, teniendo en cuenta que en Derecho mercantil tiene amplitud mayor la teoría del mandatario general, que muchas veces tiene facultad de hacer, sin poder especial, lo que excedería de la capacidad de un mandatario ordinario.

SUCESIÓN HEREDITARIA. LAS DIFICULTADES QUE PUEDAN SURGIR EN LA PARTICIÓN DEL ACERVO COMÚN QUE SE FORMA, POR LAS DIFERENCIAS CONSIGUIENTES ENTRE LOS TÍTULOS DE ADQUISICIÓN, ASÍ COMO LAS OSCURIDADES QUE ELLO PUEDA PROVOCAR, SE SALVAN CONSIGNANDO EN LAS INSCRIPCIONES TODAS LAS PARTICULARIDADES QUE GARANTICEN LOS INTERESES DE TODOS. EL PADRE QUE REPRESENTA A HIJOS MENORES DE EDAD NO TIENE FACULTAD PARA CONSENTIR LA DISMINUCIÓN DEL HABER DEL REPRESENTADO.

Resolución de 16 de Octubre de 1933. (Gaceta de 3 de Noviembre.)

Don Manuel Guerrero Gómez falleció bajo testamento por el que mejoró a su nieta, menor de edad, Emilia Nieto Guerrero, en la cantidad de 1.000 pesetas, instituyéndola heredera—en unión de sus hijos, y sin perjuicio de los derechos de su viuda—, con la condición de que en todo lo que excediera de la legítima estricta no adquiriría su dicha nieta el pleno dominio mientras no se casase o llegase a la mayor edad; formalizándose las operaciones particionales por escritura autorizada por el Notario de Guareña, don Antonio Briones, en la que renunciando la viuda a su cuota legal usufructuaria, y compareciendo, en representación de la menor, su padre, don Ignacio Nieto, se hizo constar: que el caudal inventariado ascendía a 17.760 pesetas, del que deducidas 1.250 pesetas, importe de una finca propiedad del causante, quedaban como gananciales 16.510 pesetas, siendo la mitad 8.255 pesetas, que sumadas a las 1.250 pesetas daban un total de 9.505 pesetas; que deducidas de esta cantidad las 1.000 pesetas, importe de la mejora, y 560 pesetas para gastos de testamentaría, quedaba un caudal partible de 7.945 pesetas, que dividido en cuatro partes, correspondía a cada heredero 1.986,25 pesetas; que convenían en adjudicar a la viuda el usufructo vitalicio de todas las fincas inventariadas—excepto las correspondientes a la mejora y a los gastos de testamentaría—en pago de sus gananciales, adjudicándose la nuda propiedad de todas ellas a los herederos, distribuidas en cuatro partes iguales, y a la menor, en pago de su legítima estricta, 500 pesetas en la nuda propiedad de una finca.

El Registrador de la Propiedad de Don Benito denegó la ins-

cripción por adolecer la escritura: primero, de falta de claridad y no poderse conocer la extensión del derecho que se pretende inscribir, porque en ella no se precisa el capital herencia del causante, pues si bien se da como caudal partible de éste 9.505 pesetas, después de hecha una baja para gastos de testamentaria de 560 pesetas, queda reducido a 8.945, y se adjudica por valor de 12.960, sin que se exprese cuál es el título o concepto de adquisición, si herencia o donación; segundo, bajo el supuesto de que sea cierta la cuantía del caudal-herencia de 8.945 pesetas, corresponde a la menor de legítima estricta, 745 pesetas 41 céntimos, y se la paga con la nuda propiedad de una finca, valorado dicho derecho en 500 pesetas, con olvido de las prescripciones del Código civil en cuanto a la legítima y manera de determinarla, sin que tenga el padre representante facultades para disminuirla, y tercero, existir error en la designación de los herederos en el testamento, pues los comparecientes en la escritura particional lo hacen con un segundo apellido diferente; y siendo insubsanables los dos primeros defectos, no es admisible la anotación que no se ha solicitado.

Confirmó el Presidente de la Audiencia la nota recurrida, y la Dirección general, confirmando en parte la decisión apelada, declara adolecer la escritura del segundo de los defectos consignados, razonándolo así:

Dada la súplica del Registrador en su informe, sosteniendo sólo los dos primeros defectos de la nota, quedan condensados los problemas que en este recurso se plantean a la determinación, tanto del título de adquisición, conforme a la procedencia de los bienes, como de la legítima estricta que corresponde a la menor Emilia Nieto Guerrero, aunque las distinciones legales que aquéllos implican y la necesidad de concretarse a la norma que trazan, obliguen a la separación debida en su examen.

En cuanto al primer defecto, que, como tiene declarado este Centro, entre las distintas personas llamadas a la sucesión de otra fallecida, se establece por el hecho de la muerte del causante y aceptación pura, una comunidad forzosa de caracteres específicos que liga a los interesados en forma mucho más enérgica que la proindivisión ordinaria, tanto por las consecuencias derivadas de la representación del *de cujus* y de la solidaridad con que responden de

sus obligaciones, como por la indeterminación de los derechos que a cada heredero pertenecen en las cosas hereditarias.

Por tal razón es posible la formación de un acervo común perteneciente a todos los llamados a la sucesión, no sólo con los bienes que se hallaban en el patrimonio del difunto, sino también con los que figurando en el inventario, debieran, según el juicio y declaración de los interesados a quienes correspondería disponer de ellos, ser incluidos en la masa hereditaria; salvándose las dificultades que pueden surgir por las diferencias consiguientes entre los títulos de adquisición, así como la oscuridad que ello puede provocar mediante la consignación en las inscripciones de todas las circunstancias que garantizan los derechos de los adquirentes y de los terceros.

Respecto al segundo defecto, que, aunque no pueda decirse que la adjudicación a la viuda del usufructo de todos los bienes —con las excepciones dichas— implique un acto de enajenación realizado por el padre representante de la menor, tampoco puede dudarse que habiendo impuesto el testador a su nieta una condición limitativa en cuanto a la libre disposición de los bienes, salvando la legítima estricta, al hacerse el pago de ésta con la adjudicación de la cantidad de 500 pesetas, inferior a la que le correspondía percibir por tal concepto, se sujetó el exceso a la referida condición, con privación del derecho que sobre la legítima corresponde a la menor, lo cual no pudo hacer su padre aun considerando como extraño a la comunidad hereditaria.

LUIS R. LUESO,

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL Y MERCANTIL

1. *Reserva troncal y precario. Obras realizadas por el reservista de buena fe en los bienes objeto de reserva. Naturaleza del derecho del reservista. Derecho de retención, ¿lo tiene el usufructuario por todas las reparaciones extraordinarias indispensables para la conservación de la cosa?* Sentencia de 4 de Diciembre de 1933.

El Supremo ADMITE EL RECURSO interpuesto por doña R. I. en nombre propio y de sus hijos menores y CASA Y ANULA la sentencia de la Audiencia de Pamplona, considerando que, planteada en este recurso la cuestión primordial de si los recurrentes tienen el concepto de precaristas a los efectos de los artículos 1.600 y 1.604 de la ley Procesal, es necesario resolverla sobre los siguientes hechos: Don J. Irazusta heredó de su hijo Jesús, fallecido en Marzo de 1911, nueve doceavas partes de un Caserío, habiendo pertenecido las tres restantes a los actores, que en 1892 las habían cedido a su tío, don M.; mediante escritura de Diciembre de 1918, los demandantes habían renovado la cesión, transfiriendo plenamente las tres doceavas partes a don J. Irazusta, que, por su lado, constituyó en el mismo acto sobre la totalidad de las fincas el derecho de reserva a favor de aquéllos, como parientes en tercer grado del hijo premuerto, y, por último, durante el tiempo en que don J. Irazusta estuvo en posesión de los bienes, realizó en ellos muchos gastos y mejoras que confieren a los que hoy son sus herederos, según afir-

man, un derecho de retener, por analogía con lo dispuesto en los artículos 453, 502 y 522 y otros del Código civil.

El concepto de precario, limitado en el Derecho romano a la concesión graciosa (*quod precibus patenti conceditur*), ha sido paulatinamente ampliado por la jurisprudencia, hasta comprender, no solamente los supuestos en que se detenta una cosa con la tolerancia o por cuenta de su dueño, sino también a todos aquellos en que la tenencia del demandado no se apoya en ningún título y presenta caracteres de abusiva; pero no puede extenderse a las situaciones jurídicas, tuteladas por un precepto legal, como sería la del antiguo poseedor que se negara, *jure detentionis*, a desalojar la finca reclamada. Además de la buena fe, no contradicha por el Tribunal sentenciador, con que fueron ejecutadas las obras enumeradas en el escrito de contestación a la demanda, conviene tener en cuenta que el derecho del reservista, de mayor densidad jurídica que el usufructo, toda vez que puede equipararse a una propiedad sujeta a condición resolutoria, debe gozar de la protección que al último conceden las leyes y sin necesidad de ventilar en este procedimiento si el usufructuario tiene el derecho de retención por todas las reparaciones extraordinarias indispensables para la conservación de la cosa, por las contribuciones impuestas sobre el capital usufructuado o por el pago de las deudas hereditarias de su causante, ha de reconocerse que sobre todos estos extremos pueden apoyarse las reclamaciones más o menos justificadas de un reservista; en primer lugar, porque, aun en el caso de ser conocidos los reservatarios, no será fácil obtener de los mismos, dado lo condicional de su derecho, los capitales necesarios para la subsistencia de la cosa; en segundo término, porque ha de evitarse el desamparo de los bienes por el titular aparente, con daño de la economía nacional, y, en fin, porque dada la íntima unión existente entre la reserva troncal y el derecho hereditario podría, con la solución contraria, favorecerse el enriquecimiento ilícito de los reservatarios.

Por las razones expuestas, el desahucio a que este recurso se refiere, sobre plantear con la invocación de la buena fe los problemas jurídicos, no *de facto*, como la existencia de un nuevo título, que deben ser discutidas en un procedimiento de mayor am-

plitud, no puede ser incluido bajo la rúbrica de la tenencia en precario y en su virtud procede dar lugar a la casación solicitada.

Para un estudio del derecho de retención, véase Viñas Mey (José), «El derecho de retención», en «Revista de Derecho Privado», 1922, pág. 102, y el mismo autor en la misma Revista, año 1923, pág. 1. Ved también López de Haro, «El derecho de retención» (1). Sobre esta figura jurídica en el usufructo puede consultarse el interesante trabajo de Ruipérez en «Revista de los Tribunales», tomo 56, pág. 161.

2. *Precario. Inexistencia de vínculo jurídico entre el propietario y el ocupante de una vivienda. Sentencia de 11 de Diciembre de 1933.*

El Cabildo de X. demandó a varias señoras para que desalojaran cierta finca que ocupaban y por las demandadas se interpuso recurso, que el Supremo rechaza, considerando que la Sala sentenciadora estima, en uso de sus facultades, que no se había alegado ni probado que entre las demandadas y el Cabildo demandante exista vínculo jurídico alguno por el que ellas tengan derecho a ocupar la cosa objeto de estos autos en concepto de arrendatarias, por lo cual ha de reconocerse que la ocupan en precario; y que el contrato que existía entre el Cabildo y don F., regulado, más que por la legislación general, por el Estatuto capitular vigente, terminó por fallecimiento de este señor, y sus familiares, que con él vivían, estaban obligados a desalojar la vivienda y a dejarla en el plazo de dos meses, a contar desde el óbito de su hermano, a disposición del Cabildo, para que la ocupara el Capitular que le correspondiera, conforme al artículo 129 del referido Estatuto, y esas apreciaciones, de hecho, sólo han podido combatirse demostrando la no existencia de tal precario por medio de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación del juzgador. Estimado por el Tribunal *a quo*, al apreciar en conjunto las pruebas practicadas, que el Cabildo demandante es dueño de varias viviendas, de las que destina algunas habitaciones a sus capitulares, y que por ello las denomina de *opción*, adjudicándolas

(1) Volumen XXXV de los Manuales Reus de Derecho.

al capitular más antiguo de los que solicitan, al quedar vacante, es claro que estos hechos no constituyen un arrendamiento ordinario, definido por el precio, según el artículo 1.543 del Código civil, puesto que en este caso lo de menos importancia es el canon que se satisface (para reparaciones en la vivienda, según se dice); lo principal es la gracia o favor que el Cabildo dispensa a los individuos que lo componen, y, por tanto, no pueden ser aplicados al caso actual los Decretos-leyes de 26 de Diciembre de 1931, en relación con el artículo 74 de la ley Procesal.

Además de la bibliografía inserta al final de la Sentencia de 5 de Octubre de 1933 (núm. 108 de esta Revista), debemos citar la conferencia de don Felipe Sánchez-Román, «El precario según la jurisprudencia del Tribunal Supremo», pronunciada en la Academia de Jurisprudencia el 27 de Marzo de 1920 (véase un extracto en «Revista de Legislación», tomo 136, pág. 360). Consúltense la Sentencia de 4 de Diciembre de 1933, inserta en este mismo número.

3. *Desahucio de finca rústica y revisión de rentas. Eficacia de la consignación realizada en juicio de revisión.* Sentencia de 1.º de Diciembre de 1933.

Un arrendatario, que pagaba al año 25.000 pesetas, pidió la revisión de esta renta; para hacerlo tenía que consignar la renta catastrada o la mitad de la pactada, si aquélla no existía, consignando la mitad de la pactada, o sean 12.500 pesetas. El arrendador le desahució por falta de pago, a lo que el arrendatario se opuso, al amparo de lo dispuesto en el Decreto de 31 de Octubre de 1931 (artículo 9.º). La Audiencia de Sevilla no dió lugar al desahucio; pero el Supremo admite el recurso y CASA Y ANULA la sentencia de la Audiencia «considerando que, autorizado con los números 1 y 7 del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, señala don M. B. C., en el único motivo de su recurso contra la sentencia de fecha 10 de Marzo de 1933 de la Audiencia de Sevilla, la errónea interpretación y aplicación indebida en ella del artículo 9.º del Decreto de 31 de Octubre de 1931, en relación al 5.º del mismo, que ha sido violado; la indebida aplicación de los ar-

tículos 1.º y 3.º del Decreto de 13 de Mayo de 1932, y, en consecuencia de ello, la flagrante infracción del número 2 del artículo 1.569 del Código civil, puesto que la sentencia impugnada, pretendiendo aplicar las indicadas disposiciones en sus fundamentos, declaró no haber lugar al desahucio por falta de pago pretendido por el señor B., por haber entendido la Sala sentenciadora que las consignaciones efectuadas por los demandados ante el Jurado mixto de la Propiedad rústica de la comarca de Cazalla de la Sierra para intentar la revisión de la renta de 25.000 pesetas, correspondiente al año agrícola de 1932 a 1933, conforme al contrato de 24 de Mayo de 1928, que habían venido cumpliendo, y de otras anteriores rentas que totalmente habían satisfecho, no obstante no juzgarse la Sala con competencia para resolver si se habían ajustado o no a las normas que las regulan en el referido procedimiento para la revisión, debían equipararse al pago de la contractual, siendo de advertir, desde luego, la inexactitud con que el Tribunal, *a quo*, pluraliza en su sentencia el vocablo «consignación», por cuanto del primer «resultando» de ella y del apuntamiento aparece de un modo palmario que los demandados, don M. C. S. y don F. P. B. tan sólo hicieron el 9 de Julio de 1932, ante el Jurado mixto antes indicado, una consignación de 12.500 pesetas, por ser ésta la renta que, a juicio suyo, correspondía al año agrícola de 1932 a 1933, en vez de la establecida en el contrato, cuya revisión tan sólo podrá ser pertinente, puesto que, afirmado por los demandados que habían satisfecho todas las anteriores, conforme a lo pactado, notorio es que no podían venir tardíamente a impugnarlas, aunque así lo hubieran pretendido máñosamente del Jurado mixto de Cazalla de la Sierra.

El Decreto de 31 de Octubre de 1931, en el que se refundieron las disposiciones contenidas en los de 11 de Julio y 6 de Agosto y Orden circular de 10 de Septiembre de igual año, sobre revisión de contratos de arrendamientos de fincas rústicas, fué dictado «al único efecto de la reducción de la renta o participación del año agrícola presente», según dispuso en su artículo 2.º, que de igual modo estableció que dicha revisión sólo podría solicitarse hasta el día en que debiera hacerse el pago de la renta, o en los quince días siguientes al de su publicación, cuando se tratase de rentas ya vencidas, y, aunque estos plazos fueron objeto de sucesivas

prórrogas, la última alcanzó hasta el día 29 de Febrero de 1932; de donde se infiere que, aunque el Decreto del 31 de Octubre de 1931 hubiera realmente regido cuando el día 9 de Julio de 1932 consignaron los demandados ante el Jurado mixto de la propiedad rústica de Cazalla de la Sierra la cantidad de 12.500 pesetas para solicitar la revisión de la renta de 1932 a 1933, convenida en su contrato con el señor B., y cuando éste el 21 de igual mes formuló contra los señores C. y P. su demanda de desahucio por falta de pago de esa misma renta, y no obstante que el artículo 9.º del referido Decreto ordenaba que quedaría en suspenso la tramitación de los desahucios de fincas rústicas, en cuanto el arrendatario acreditase en autos, por certificación del presidente del Jurado mixto, haber solicitado en los términos previstos en el propio Decreto la revisión del contrato, lo cierto es que la Audiencia de Sevilla no dió lugar a la suspensión del procedimiento de desahucio que ante ella pendía contra don M. B. y don F. P., cuando estos señores se la pidieron, provistos de una certificación expedida por el secretario del Jurado mixto, referente a la revisión por ellos promovida, según aparece del penúltimo «resultando» de la sentencia combatida; pero indudable es que desde el momento en que bajo su responsabilidad denegó la Audiencia de Sevilla a los demandados el efecto suspensivo que al procedimiento de desahucio hubiera podido comunicar el de revisión de la renta para 1932 a 1933, que en el Jurado mixto indicado intentaban, reafirmó dicho Tribunal su propia jurisdicción para resolver de un modo exclusivo, con arreglo a las normas del Derecho civil, el caso concreto que a su conocimiento sometía la apelación interpuesta por don M. B. y don F. P. contra la sentencia de primera instancia que les fué desfavorable, y en su virtud proscribió la posibilidad de poder transplantar al terreno netamente civil, por la Audiencia acotado, el segundo y más importante efecto impediante del desahucio, que el último párrafo del artículo 9.º del Decreto de 31 de Diciembre de 1933 atribuía al procedimiento de revisión de renta, porque la recta aplicación de este precepto presupone y exige la previa suspensión del procedimiento de desahucio, ya que sólo así hubieran podido impedir éste los arrendatarios, consignando ante el Tribunal civil, precisamente, la renta fijada en revisión, y no otra cualquier cantidad por ellos consignada en el Jurado

mixto, aunque éste la aprobase para iniciar el juicio arbitral de revisión, pues notorio es que ni el citado artículo 9.º, ni otro alguno del tan repetido Decreto de 31 de Octubre de 1931, autorizaban a la Audiencia de Sevilla para hacer esa equiparación, que *motu proprio* establece entre la consignación que el arrendatario presta con el fin exclusivo de abrir la puerta a la revisión que intenta, y la renta contractual, ni mucho menos, y a base de esta supuesta equivalencia entre una y otra, para reputar hecho el pago de la renta concertada en el contrato de arriendo, y procedente esta excepción, cual dice la sentencia recurrida, ni para declarar en su consecuencia que no había lugar al desahucio por falta de pago, y como cuanto antecede demuestra la concurrencia en el fallo recurrido de las infracciones antes anotadas que adujo el recurrente, puesto que las disposiciones del Decreto de 13 de Mayo de 1932, que también invoca la sentencia impugnada, se refieren a la revisión de rentas prevenidas en el artículo 2.º del Decreto de 31 de Octubre de 1931, es decir, a las del mismo año agrícola, y no a las de 1932 a 1933 en cuestión, es obvio que el fallo recurrido aplicó indebidamente los preceptos indicados en el caso de autos, y que procede la casación de la sentencia impugnada...

Véase la Sentencia de 13 de Octubre de 1933 en el número 108 de esta Revista.

4. *Comunidad de bienes. Cualquiera de los comuneros, mientras la cosa permanece indivisa, tiene acción y puede comparecer en juicio en asuntos que interesen a la comunidad. Sentencia de 18 de Diciembre de 1933.*

El Supremo ADMITE EL RECURSO INTERPUESTO POR DOÑA M. y casa y anula la sentencia dictada por la Audiencia de Burgos, por ser doctrina constante y muy repetidamente proclamada por este Tribunal, la de que cualquiera de los herederos, condóminos o comuneros, mientras la cosa permanezca indivisa, tiene acción y puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a los derechos de la comunidad, ya para ejercitarlos, ya para defenderlos, y tratándose concretamente de la sucesión puede cualquiera de los herederos ejercitar las acciones que correspondieran al causante, que...

dando sometido, al ejercitarlas, a las reglas establecidas para la comunidad de bienes y, en su caso, a las que rigen respecto de las obligaciones mancomunadas y solidarias, siendo también doctrina inconcusa que la resolución favorable que recaiga en los pleitos promovidos por uno cualquiera de los partícipes aprovecha a todos los demás, sin que la Ley ni la Jurisprudencia hayan dispuesto ni establecido la necesidad de la simultánea concurrencia de todos los coherederos para ejercitar, en beneficio común, las acciones que puedan asistirles.

No puede oponerse válidamente a la licitud del ejercicio de las acciones por uno solo de los partícipes la posibilidad de adverso resultado procesal, dañoso a los condóminos, va que ni el Tribunal de instancia se halla revestido de facultades para calificar *a priori* y rechazar en consecuencia una reclamación judicial en debida forma planteada, ni cabe establecer que la resolución contraria perjudique los derechos que pudieran asistir a los no litigantes, por ser asimismo doctrina establecida por este Tribunal, principalmente en la sentencia de 4 de Abril de 1921.

García Fernández estudia en «Revista de Legislación», tomo 127, pág. 450, la posibilidad del ejercicio de la acción reivindicatoria por uno solo de los condueños, citando las sentencias de 18 de Octubre de 1894 y 6 de Abril de 1896, que coinciden con la que se acaba de extractar.

5. *Novación por cambio de deudor. Ineficacia de la novación por insolvencia del nuevo deudor conocida por el primitivo. Valor de las manifestaciones consignadas en un acta notarial. Sentencia de 9 de Noviembre de 1933.*

El Supremo admite el recurso interpuesto por don V. A. y casa y anula la sentencia dictada por la Audiencia de Burgos en méritos de los considerandos siguientes:

La sentencia recurrida sienta dos afirmaciones fundamentales: una, que la obligación contraída por don V. A. V. con don T. P., representada por la letra de cambio de 500 pesetas, que sirvió de título a éste para pedir y obtener la declaración de quiebra de aquél, fué novada, por haberse librado otras letras, que aceptó el

padre de don V. A., quedando sustituida, por tanto, en esa novación la persona del primitivo deudor por la de su padre, y, en su consecuencia, libre de toda responsabilidad el primero, por pasar íntegramente al segundo la obligación de pago contraída con la aceptación de esas cambiales; y la otra afirmación que la sentencia consigna es que, por ser insolvente don V. A. (padre), y esta situación no puede dudarse que era conocida del quebrado, su hijo, se está en el caso a que hace referencia el artículo 1.206 del Código civil, que preceptúa que la insolvencia del nuevo deudor, conocida por el primitivo, hace ineficaz la novación, quedando subsistente la obligación primera. Contra este segundo supuesto fundamenta el recurrente dos motivos de casación: primero, el que el Tribunal *a quo* ha incurrido en error de hecho en la apreciación de la prueba en cuanto ha estimado que don V. A., deudor, en virtud de la novación que queda reconocida, se encontraba en situación de insolvencia, demostrado ese error por medio de un acta notarial; y segundo, infracción, por indebida aplicación del artículo 1.206 del Código civil; y, en efecto, el acta mencionada que sobre toda la autoridad y veracidad que hay que reconocer a las manifestaciones que en ella se consignan de actos realizados por el propio Notario autorizante ha de merecer necesariamente que sea elevada al rango de documento auténtico, por haber sido expresamente reconocida la certeza de cuanto en ella se consigna por don T. P., al absolver posiciones, acredita que el deudor, señor A. (padre), le ofreció y quiso hacerle la entrega de 500 pesetas, importe del vencimiento de la primera letra, por mediación del Notario, cuya cantidad se negó a recibir el señor P., por estimar que nada le debía el señor A. (padre), estando saldado el débito de su hijo; y siendo así, lejos de poder estimarse acreditada la insolvencia del señor A., lo que aparece acreditado es que este deudor puso los medios conducentes para satisfacer la deuda, lo cual implica la procedencia de que se estime el primer motivo del recurso, ya que si no está acreditada la insolvencia que en la sentencia recurrida se apreció para poder aplicar el artículo 1.206 del Código civil es éste de notoria inaplicación al caso de autos.

El segundo motivo del recurso, una vez aceptado el anterior, es de obligada estimación, porque si por lo que queda expuesto

se reconoce que la obligación primitiva de don V. A. V., que sirvió de base para la declaración de quiebra, había sido novada con anterioridad, dejando él, por tanto, de ser deudor de don T. P., para pasar a serlo su padre, se infringió el artículo 875 del Código de Comercio, que dispone que se haga la declaración de quiebra o cuando la pida el mismo quebrado o a solicitud fundada de acreedor legítimo, y si de la que se trata fué declarada, por suponer que don T. P. era acreedor legítimo de don V. A. cuando ya no lo era, evidentemente resulta infringido el precepto legal antes mencionado.

Es muy interesante el reconocimiento explícito de la importancia del acta notarial, aunque no acertamos a comprender por qué queda elevada a documento auténtico, en el caso que indica; ¿es que antes no lo era?

6. *Nulidad de testamento. La incapacidad mental para otorgar testamento ha de referirse al momento del otorgamiento. Sentencia de 24 de Noviembre de 1933.*

Al rechazar el recurso interpuesto por doña E. y doña M. dice el Supremo que la incapacidad mental para otorgar testamento ha de referirse al momento mismo del otorgamiento, según tiene declarado este Tribunal, así como también que la cuestión sobre la capacidad del testador es de hecho y su apreciación incumbe a la Sala sentenciadora, por lo cual, afirmada dicha capacidad, sin que se combata eficazmente en casación, es visto que no existe la infracción que se alega.

Véase la Sentencia de 8 de Abril de 1932, inserta en el número 99 de esta Revista. Puede consultarse «El testamento de un loco», de José Luis Fernández, en «Revista de los Tribunales», tomo 37, pág. 204, donde se examina la interesante cuestión de si es posible anular un testamento en vida del testador.

Sobre capacidad intelectual de los testadores, examínese el artículo de A. Balbín en «Gaceta del Notariado», tomo 48, pág. 321.

Es también interesante la consulta evacuada por don Antonio Maura sobre acción de nulidad del testamento del incapaz. Ved

«Dictámenes», tomo 1, pág. 437, y no debe dejar de leerse el folleto editado por los Notarios de Madrid («Sobre unidad de acto en el testamento y capacidad civil del testador». Sentencia de 29 de Diciembre de 1927), como homenaje a don Mateo Azpeitia, página 24 y siguientes.

7. *Tutela. Personalidad del Presidente del Consejo de familia para deducir demandas en nombre de los menores.* Sentencia de 16 de Diciembre de 1933.

Interpuesto recurso de casación por el Presidente de un Consejo de familia lo rechaza el Supremo, porque la representación en juicio de los menores sometidos a tutela compete, por regla general, al tutor y no al Consejo de familia, ni a su Presidente; y esto sentado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 262 y el número 13 del 269 del Código civil, es evidente que el Presidente del Consejo de familia de los menores X. y Z. carecía de personalidad para deducir la demanda origen de este recurso, en cuanto por ella se accionaba *expresamente en interés* y con los derechos de los menores y con la *declarada calidad* de Presidente del Consejo de familia, siendo así que tan importante cargo del organismo tutelar está desprovisto, sin embargo, de todo valor de representación en situaciones de tutela formal y completamente constituidas, como lo era la de este caso litigioso en que no se invoca urgencia, apremio ni anomalía que pudiera justificar el criterio opuesto, y, por lo tanto, es indudable que el fallo recurrido no infringe el número 2 del artículo 533 de la ley Procesal, y aunque es cierto que el número 3 del artículo 304 del Código civil faculta al Presidente del Consejo de familia para ejecutar los acuerdos que este organismo adopte, no es menos exacto que la eficacia de aquéllos, en cuanto se refiere a los efectos formales de personalidad, únicos a debatir en este recurso, es punto condicionado por la esfera competencial del referido cuerpo tutelar, al que, por otra parte, no es posible atribuir ninguna investidura de persona en el sentido de derecho.

Para un estudio del Consejo de familia y, en general, del organismo tutelar, véanse: Ribera Cañizares, «Prontuario del Con-

sejo de familia». Valencia, 1905 (dos tomos); Penichel: «*Comentarios a la tutela*». Madrid, 1899; Gay: «*Vulgarización del Consejo de familia*». Barcelona, 1908; Coderch: «*Tratado de la menor edad*». Barcelona, 1917.

8. *Letra de cambio. El pago hecho por el aceptante, en virtud de orden judicial, al acreedor del librador, sin la presentación del ejemplar de la letra donde consta la aceptación, ¿está bien hecho y le libra en consecuencia de su obligación?* Sentencia de 8 de Noviembre de 1933 (Ponente, don Felipe Fernández y Fernández de Quirós).

Don J. S. vendió por escritura pública a don Eugenio G. (demandado) un establecimiento de tejidos en el precio de 68.000 pesetas; a cuenta de dicho precio el señor G. entregó al vendedor 34.000 pesetas en billetes, y en pago del resto, letras de cambio de 500 pesetas cada una, por él aceptadas y libradas por el vendedor, pagaderas en diversos plazos y dándose con ello pagado el vendedor del precio. El vendedor endosó 18 de aquellas cambiables a don Blas D. (demandante), con vencimiento la mitad en Octubre y la otra mitad en Noviembre de 1928; antes del vencimiento de las letras de Octubre, por consecuencia de procedimientos judiciales seguidos en diferentes Juzgados por varios acreedores, que no son parte en este pleito, del vendedor del establecimiento, que tampoco litiga en estos autos, se embargaron al demandado, por manifestar el vendedor que carecía de bienes, los créditos pendientes de cobro que el último tenía contra dicho demandado por consecuencia de la venta, representados por los vencimientos de Octubre y Noviembre, requiriéndole para que retirara dichas responsabilidades a las resultas de los autos; negociadas las letras por los Bancos, y no pagadas por el aceptante a su vencimiento, fué reintegrado su importe por el endosatario, que formuló demanda ejecutiva contra el aceptante, no dando lugar a la ejecución el Tribunal *a quo*, por estimar la excepción de pago en virtud de los embargos y requerimientos dichos, motivando esta resolución los presentes autos de juicio declarativo.

Interpuesto recurso de casación por infracción de Ley por el demandante-endosatario, lo ADMITE EL SUPREMO Y CASA Y ANULA

LA SENTENCIA RECURRIDA, porque la letra de cambio, representativa del contrato cambiario, instrumento de crédito, y que en algún caso llega a confundirse con la moneda fiduciaria, se reputa, con arreglo al artículo 443 del Código de Comercio, acto mercantil, no siendo aplicables, conforme al propio precepto y doctrina de este Tribunal, más disposiciones que las de aquel cuerpo legal en todos los actos que sean consecuencia necesaria de la misma. Siendo, por tanto, la legislación mercantil la única aplicable a este litigio, en que se reclama por un endosatario, tenedor legítimo de unas letras de cambio, al aceptante, el pago de su importe, que no fué satisfecho a su vencimiento, la cuestión a resolver consiste esencialmente en determinar el alcance del artículo 491 del Código de Comercio, en lo referente a la frase «embargo de su valor por auto judicial», ya que por el Tribunal *a quo* se entendió que los embargos practicados por acreedores del librador de los créditos pendientes de cobro por la venta de su establecimiento de tejidos implicaban el embargo del importe de las letras de cambio aceptadas por el demandado, mientras que por el recurrente se sostiene que lo que se ha de embargar no es un crédito, sino el valor de la letra, determinándolo, sabiendo cuál es, y que el requerimiento, por tanto, ha de ser para que se entienda embargado el importe de la letra como cosa individual conocida.

El embargo de la letra o de su valor, a que se contrae el artículo 491 antes citado, no puede hacerse con independencia del documento o documentos que individualizan su importe y de las personas que la poseen legítimamente, y de ahí que en la exposición de motivos del Código mercantil se diga «que con el objeto de favorecer la circulación de las letras de cambio y de que éstas se paguen a quien tenga perfecto derecho para exigir su importe, se suprimían las trabas y restricciones a que la sometía el Código anterior, atribuyendo exclusivamente a la autoridad judicial la facultad de acordar el embargo de las letras en todos los casos en que proceda, según las leyes, así como la facultad que tenía el pagador de demorar o dilatar el pago, a solicitud de persona conocida, con lo cual se cerraba la puerta, con ventaja para el comercio, a las maquinaciones e intereses bastardos»; esto es lo que el Código quiere, y así, con toda claridad, se deduce de todo su articulado, referente a la materia de que se viene tratando, es que

por estimar condición esencial al carácter y naturaleza de la letra, la de ser circulante, a esa condición no se pongan trabas, y que el pago se verifique al legítimo tenedor el día de su vencimiento, a no ser que por una causa más o menos ligada con la provisión de fondos se haya procedido al embargo de su valor por auto judicial, con arreglo a las normas que señala la ley de Enjuiciamiento civil en sus artículos 2.128 y siguientes, que, aunque se contrae a los 496 y 507 del Código de 1829, es aplicable al actual, por concordar aquellos preceptos con los vigentes 491 y 498, que sustancialmente disponen lo mismo, cuya Ley tiene por finalidad el tratar de constituir un fondo sobre el cual se pueda hacer efectiva la garantía.

Por lo anteriormente expuesto, es evidente que la Sala sentenciadora, al absolver de la demanda, por entender que el demandado, aceptante de las letras, no pudo pagar al demandante, endosatario y tenedor legítimo, el día de su vencimiento, en atención a ciertos requerimientos de retención, primero, y entrega, después, acordados por autoridades judiciales, de acreedores, no del demandante, sino del librador, por relaciones en absoluto ajenas a las que se derivaban de las letras, deduciendo que aquellas retenciones, en las que ni siquiera fué oído el portador, implicaban embargo del valor de las cambiales, infringió el artículo 491 mencionado y el 495 que se invocan en el primer motivo del recurso, procediendo, en su virtud, la casación de la sentencia, por ser una consecuencia lógica que el portador de una letra de cambio que no ha sido oído en ninguno de los procedimientos de los que provienen los embargos tiene derecho a hacerla efectiva.

Hemos reproducido íntegramente los considerandos del fallo anterior, atendida la importancia de la cuestión debatida, puesta de manifiesto con la intervención, en la vista, de los señores Garrigues y Gotor. Véase la Sentencia de 15 de Junio de 1897.

ENRIQUE TAULET,
Notario de Valencia.

Jurisprudencia administrativa del impuesto de Derechos reales

1

1.º No es suficiente justificación de la venta de una finca por el causante, al efecto de segregarla del caudal relicto, una información «ad perpetuam memoriam». 2.º Dispuesto por el testador que los herederos a quienes asignaba fincas determinadas hubiesen de pagar legados ciertos y precisos por cada uno, debe formarse el caudal relicto con lo de todos más la finca aludida antes y entender adquirido por cada uno la diferencia entre lo que el testador asignó a cargo de cada heredero por legado y el valor comprobado de las fincas que a cada heredero se asignan en el testamento, más la parte proporcional del remanente de la herencia. 3.º Pagados los legados en metálico, ha de liquidarse compra-venta por ello. 4.º No son deducibles deudas que no constan en título ejecutivo.

Las cuestiones discutidas son dos: 1.ª Si es procedente la adición al caudal hereditario del valor de la finca cuya enajenación por el causante se alega por los herederos. 2.ª La forma en que haya de liquidarse el impuesto a los herederos y legatarios, como consecuencia del modo en que unos y otros aparecen instituidos en el testamento en relación con los bienes relictos y con su adjudicación.

Según los artículos 102 y 31, párrafo 15, del Reglamento del impuesto, la declaración del testador o herederos de que ciertos bienes no son del causante, no surtirá efecto sino en cuanto se

corrobore con documento fehaciente y adecuado a la naturaleza de dichos bienes y anterior a la fecha de apertura de la sucesión que la propiedad es de tercero, y como, según el artículo 1.280 del Código civil, han de constar en documento público las transmisiones de inmuebles, no puede aceptarse como suficiente a tales fines una información *ad perpetuam*, cuya fuerza probatoria se funda en declaraciones judiciales al afecto de acreditar la transmisión por el causante de la finca de que se trata, por no ser documento adecuado y ser de fecha posterior a la de la apertura de la sucesión, y debe por ello adicionarse a tal fin esa finca al caudal hereditario, excluyéndose del mismo el precio de la venta para que no haya duplicación de base liquidable. En cuanto a la segunda cuestión, dada la forma de institución de herederos, en que se les impone la obligación de abonar determinados legados en metálico, es evidente que se trata de una aplicación del artículo 858 y del 886 del Código civil, según los que puede imponerse a los herederos la obligación de abonar legados, debiendo ser abonados los legados de dinero en metálico, aunque no lo haya en la herencia; y en su consecuencia, al no alterarse la partición, la forma de la institución hereditaria, ha de entenderse que los herederos adquieren por herencia la diferencia entre los legados señalados por el testador a cargo de cada uno y el valor comprobado de los bienes que a cada uno de ellos se adjudica, más la parte proporcional del remanente de la herencia; no obstante, ha de pensarse que las porciones de fincas que, con forme al testamento y a la partición, se adjudican a los herederos, en lo que no excedan del importe del metálico que deben abonar para el pago de los legados de esa especie, no se transmiten a aquéllos por título de herencia, sino que los adquieren entregando su valor en metálico, realizándose así en su favor una compra de bienes inmuebles, ya que pudo haberse realizado por los herederos la enajenación de las fincas y con el precio satisfacer los legados, procedimiento normal del pago de los legados en metálico cuando no haya éste en la herencia. No son de aplicación al caso expresado los preceptos referentes a la exención del impuesto por las diferencias que unos herederos se paguen a otros cuando haya exceso de adjudicación sobre el haber hereditario, según los artículos 6.º, número 14, del Reglamento, y 1.056, en relación al

1.062, párrafo primero, del Código civil, puesto que el primero de esos artículos se refiere únicamente al padre que en interés de sus hijos quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril, y en el caso expuesto no se dan tales circunstancias; y en cuanto al 1.062, hace relación a las fincas que sean indivisibles o desmerezcan mucho en su división, y no se ha acreditado que en el caso en cuestión se dé tal circunstancia por certificación pericial, ya que la presentada sólo dice que no es económica la subdivisión de finca.

Por último, la deducción de la deuda a favor del Banco de X, no admitida por la oficina liquidadora, es cuestión no promovida en el expediente y es improcedente tal deducción por no constar esa deuda en documento que lleve aparejada ejecución, conforme al artículo 101 del Reglamento, y además porque las letras de cambio a que se alude en la certificación presentada no han sido protestadas por falta de pago a su vencimiento, requisito indispensable para que fuesen ejecutivas, según el artículo 501 del Código de Comercio, y según dicho artículo 101, para que sean rebajables las deudas contra un causante es preciso que se justifiquen a satisfacción de la Administración con documentos fehacientes y admisibles en derecho y se ratifique por los herederos, con anuencia del acreedor y su asistencia, y nada de ello se ha hecho. (Acuerdo del Tribunal Central de 19 de Julio de 1933.) 35 de 1933.

II

En la herencia causada en 12 de Abril de 1931 y presentada a liquidación el 12 de abril de 1932, en el plazo reglamentario, están sujetos al impuesto del caudal relicto los bienes que un cónyuge hereda del otro.

La ley de 11 de Marzo de 1932 declara de un modo implícito la referida exención, y la de 15 de Abril del mismo año, de un modo explícito, según la Orden del Ministerio de Hacienda de 9 de Mayo de 1932. La ley de 11 de Marzo de 1932 exceptúa, en su artículo 38, del impuesto sobre el caudal relicto los bienes en que hereden al causante sus padres, descendientes, cónyuge, beneficen-

cia e instrucción pública o privada y asociaciones obreras y cooperativas y corporaciones locales; y la disposición primera transitoria de la misma establece que sus preceptos, en cuanto modifican los anteriores, se aplicarán a los actos y contratos causados desde la fecha de su publicación, y que las disposiciones de la misma en cuya virtud se hubieran de practicar liquidaciones de cuantía inferior a la procedente conforme a la legislación anterior se aplicarán a los actos y contratos pendientes de liquidación en las oficinas liquidadoras en la fecha de su publicación, y a los que, habiéndose causado antes, se presenten a liquidación en los plazos señalados en el artículo 12 de la ley de 28 de Febrero de 1927, pero computándola desde el día siguiente al de la publicación de la ley de 11 de Marzo de 1932; para resolver dudas originadas por dicha ley, el Ministerio de Hacienda, en 9 de Mayo de 1932, dispuso que para ello había que atenerse al principio de la irretroactividad de las leyes, si en ellas no se dispone lo contrario, precepto no contenido en la citada, y, al contrario, expresamente reconoce en el párrafo primero, al declarar que los preceptos de la ley, en cuanto modifican los anteriores, se aplican a los actos y contratos causados o celebrados a partir desde el día siguiente al de su publicación, lo cual demuestra que las sucesiones hereditarias causadas antes del 14 de Marzo de 1932, día siguiente a la publicación de la ley, no son alcanzadas por la exención del impuesto sobre el caudal relicto establecida en la misma ley a favor del cónyuge viudo; y, por lo tanto, el párrafo tercero de la disposición transitoria aludida no se refiere a esa exención, sino a los conceptos nuevos en la tarifa del impuesto referentes a asociaciones obreras, cooperativas y corporaciones locales que establecen un régimen más favorable que el anterior; y en su virtud, la mencionada Orden de 9 de Mayo de 1932, dictada previo informe de la Dirección de lo Contencioso, se dispuso con carácter general que la exención sobre el caudal relicto declarada en las leyes de 11 de Marzo y 15 de Abril de 1932, en cuanto a los bienes que un cónyuge hereda de otro, no es aplicable a las herencias antes del 14 de Marzo de 1932, aunque estén pendientes de liquidación en esa fecha o se hayan presentado o se presenten después en las oficinas liquidadoras; esa Orden no es contraria a las leyes citadas, sino aclaratoria de las mismas, a virtud de las facultades

que al Ministro da el artículo 144 del Reglamento del impuesto ; y, por lo tanto, la herencia causada en 12 de Abril de 1931, o sea antes de 14 de Marzo de 1932 y presentada a liquidar después de esa fecha, no puede gozar de la exención en cuanto a los bienes del cónyuge por el caudal relicto, doctrina idéntica al número 97 de 1933 (página 959 de la REVISTA CRÍTICA).

III

Fundación de un museo y capital para su conservación y sostenimiento del personal encargado de él. Se hallan exentos del impuesto todos los conceptos expresados, aunque esté clasificado aquél como de instrucción particular.

El testamento del causante demuestra que su fin fué que sus colecciones artísticas no se disgregasen y se conservasen tal como las tenía instaladas en su casa y en la que adquirió a tal objeto para que sirviesen de estudio y fomento a la ciencia y al arte, y como medio más eficaz de lograrlo hizo donación de sus colecciones a la Nación española y destinó los medios económicos necesarios para la vigilancia, conservación y cuidado de aquéllas, instituyendo una fundación denominada «Museo C», instalada en su casa y a la que dotó con un capital mobiliario suficiente para con sus rentas atender a los gastos de personal y conservación del edificio y colecciones ; tal fundación tiene por objeto administrar y conservar las colecciones, que son ya del Estado, y tal forma jurídica es la adecuada para el objeto perseguido, pues los bienes están perpetuamente adscritos a las necesidades y sostenimiento de las colecciones legadas al Estado, y por ello las colecciones, el local y los valores destinados a su conservación forman un conjunto total que no se puede disgregar, y que del mismo modo que no se ha exigido el impuesto por las colecciones, conforme a la exención del número segundo del artículo 3.º de la ley de 28 de Febrero de 1927 e idéntico del actual, tampoco puede exigirse por la fundación, sin que a ello obste el que ésta haya sido clasificada por el Ministerio de Instrucción Pública como de beneficencia particular, toda vez que en este caso debe atenderse a

la finalidad de la institución, que es la de conceder al Estado medios de atender, sostener y conservar el Museo C. (Acuerdo de 27 de Junio de 1933.) 89 de 1933.

IV

Reconocida una Asociación como Sindicato agrícola, se halla exenta de tributar por las subvenciones que el Estado le da por tal concepto para sus fines.

El artículo 6.º de la ley de 28 de Enero de 1906 otorga la exención del impuesto de derechos reales para los actos y contratos en que intervenga la personalidad jurídica de un Sindicato agrícola constituido y registrado en forma, siempre que tenga que cumplir fines sociales de los enumerados en el artículo primero de la ley, entre los cuales se hallan la adquisición (para el Sindicato o sus individuos) de animales, plantas o demás elementos de fomento agrícola y pecuario, la mejora de productos de cultivo o de ganadería, enseñanzas, experiencias, certámenes y cuantos medios conduzcan a difundir los conocimientos útiles de la ganadería y de la agricultura y estimular sus adelantos; idéntica exención establece la ley del impuesto en el número 9 del artículo tercero para los actos en que intervenga como parte obligada un Sindicato agrícola; y organizado un Concurso de Puesta por la Asociación de X y concedida una subvención por la Dirección de Agricultura para los gastos de dicho Concurso, ha de estimarse comprendida tal subvención entre los actos que se hallan exentos, a tenor de los preceptos indicados, por ser una consecuencia directa del Concurso y por ello que concurren los requisitos necesarios para que la Asociación de X goce de la subvención y esté exenta de tributar por el impuesto de derechos reales. Esta doctrina es también la de los acuerdos del Central números 92 de 1930 y 17 de 1932, de fechas 20 de Enero de 1931 y 17 de Mayo de 1932. (Acuerdo del Central de 9 de Octubre de 1933.) 17 de 1933.

V

Comprobación de valores. Consignado en una certificación del Catastro que el valor de una casa es uno determinado, aunque señale un líquido imponible que arroje otro valor, aquél y no éste ha de ser la base liquidable comprobada.

En un oficio del Catastro figuraba, como resultado de la comprobación técnica hecha por aquél, que el valor de la casa era 96.000 pesetas, y este dato concordaba con el líquido imponible consignado en el recibo de la contribución del primer trimestre; pero en el mismo oficio del Catastro se fijaba como líquido 6.735, que capitalizado al 5 por 100 da un valor de 134.700 pesetas; esta base tomó el Abogado del Estado para liquidar. El Tribunal Central la revoca y anula la comprobación y liquidación girada.

Si bien en el oficio presentado el Catastro declara que el líquido imponible asignado era el de 6.735, este líquido no era efectivo, según aclaró la Administración de Rentas, pues el vigente, al realizarse la transmisión, era el de 4.850, que figuran en el recibo de la contribución que se ha acompañado, y éste, capitalizado, debe ser la base.

No alegadas oportunamente las cargas y deudas que se pretenden rebajar ante el liquidador, el Tribunal Central, al fallar, no puede tenerlas en cuenta; el fraccionamiento del pago es cuestión de competencia de la oficina liquidadora, que resolverá al liquidar de nuevo. (Acuerdo del Central de 27 de Junio de 1933.) 13 de 1933.

VI

Sociedades cooperativas de ahorro y previsión. Acordada la cesación de las operaciones de ahorro de una Sociedad cooperativa de crédito y su conversión en una Sociedad anónima, y siendo condición de la primera que en los contratos de ahorro y participación de los suscriptores el adherido o partícipe se reserva la facultad de aportar a su cuenta las cantidades que quiera y la de retirar el saldo a su favor desde el momento de haberse satis-

hecho los gastos estatutarios, pudiendo retirarse de la Sociedad después de haberse pagado la primera mensualidad, sin que aquélla tenga derecho a obligarle a indemnización alguna y la Sociedad le abonará el haber en su cuenta, y siendo condición del contrato que su objeto es constituir un fondo disponible en doce o veinte años mediante el pago de 7 pesetas mensuales, teniendo derecho el suscriptor a participar de ciertos beneficios acumulados, y a la terminación del tiempo de acumulación ha de expresar si quiere invertir su saldo en cédulas o retirar el líquido de su haber, se ha de entender que esas aportaciones de los suscriptores no entran a formar parte del capital social hasta que reciben la cédula al terminar el periodo de acumulación, y por ello, al liquidar la nueva Sociedad deben deducirse las partidas del pasivo que representan la aportación global de las entregas de los socios en participación a cuenta de sus contratos y cupones al cobro de los mismos en poder de las delegaciones pendientes de abono por los suscriptores.

Al cambiar de naturaleza y objeto la Cooperativa de crédito del Banco de X y convertirse en Sociedad mercantil, de carácter anónimo, con la denominación de Banco de Z, S. A., modificándose los estatutos sociales, se produjo una transformación de Sociedad que debe tributar por el impuesto de derechos reales en tal concepto, al 0,50 por 100 del haber líquido de la Sociedad, el día en que el acuerdo de transformación se adoptó, según preceptúa el artículo 19, párrafo 14, del Reglamento, siendo la cuestión esencial detallar las partidas del pasivo que figuran en el balance que sean deducibles para la determinación del haber líquido y liquidable; según se expresa en el boletín de adhesión que firmaban los socios de la Cooperativa para la adquisición de las cédulas de ahorro y participación, el adherido puede retirar el saldo a su favor desde el momento de haber satisfecho los gastos estatutarios, quedando convenido que después de haber pagado la primera mensualidad y el coste del título pueda retirarse de la Sociedad sin que ésta tenga derecho a obligarle a indemnización alguna; en las condiciones del contrato se concede también al suscriptor el derecho de retirar su capital una vez que haya transcurrido el plazo de su contrato y haya efectuado dentro del mismo

el pago de los dividendos pasivos en las fechas de los vencimientos; y que al vencimiento del contrato, que tendrá efecto al terminar la acumulación de las anualidades convenidas, el asociado podrá optar entre que se invierta el saldo de su cuenta en cédulas de la Sociedad, que se pase a otra combinación o retirar el líquido del haber de su cuenta; y por último, según las disposiciones transitorias de la nueva Sociedad, los contratos de ahorro y participación suscritos por el Banco de Ahorro continuarán hasta su término, con las mismas características que se hubieran convenido, teniendo derecho, en lugar de las antiguas cédulas de cooperador, a una acción de la nueva Sociedad si han cumplido los suscriptores sus obligaciones, y en tanto subsistan los contratos de ahorro y participación y hasta la completa desaparición del pasivo, conservará el Banco en su activo valores inmuebles o del Estado, libres de todo gravamen, en cantidad suficiente a cubrir los saldos acreedores de dichas cuentas; de todo lo cual se deduce que las cantidades que por los socios de las clases indicadas se iban entregando no constituían aportaciones a la Sociedad ni entraban en la masa social hasta que se convertían en cédulas de ahorro y participación, teniendo, por el contrario, la condición de deuda de la Sociedad en favor de terceras personas, y así se hacía figurar en el pasivo de la Sociedad, como consecuencia natural del derecho concedido a los suscriptores de disponer del importe de esas partidas.

Las participaciones en los beneficios concedidas a los suscriptores no les confiere el carácter de accionistas, por no constituir abono de dividendo por participación en el haber social, sino ciertas ventajas económicas que se les conceden para estimular las imposiciones, siendo cantidades que se les entregan según lo consientan los beneficios sociales, sin compromiso ni limitación de cuantía, y tales retribuciones anuales son, en el régimen cooperativo, el equivalente del interés que abonan las Sociedades anónimas. Por análogas razones debe deducirse del balance la partida denominada «Cupones de cobro», toda vez que son parte integrante de las cantidades que van abonando a cuenta los socios de ahorro y participación, constituyendo dividendos pasivos exigibles a los cooperadores y que no se han percibido.

La afirmación expuesta y razonada antes de que las imposi-

ciones de los socios de ahorro y participación no constituyen aportaciones sociales, queda corroborada por lo dispuesto en el artículo 19, párrafo 28, del Reglamento del impuesto, al preceptuar que en las Sociedades no comprendidas entre las designadas en el artículo 27, número 6, Cooperativas obreras de producción y consumo y las de crédito mutuo que funden los agricultores, en las que las cuotas periódicas se canjean o convierten en acciones, nacerá el deber de satisfacer el impuesto cuando se entreguen al accionista los extractos o acciones, contándose desde esa fecha el plazo de treinta días hábiles para la presentación de documentos a liquidación del impuesto; y en consecuencia, al no poderse estimar como aportación social las cuotas expresadas hasta el momento indicado, es claro que ha de conceptuárselas como una de las partidas del pasivo, en su carácter de créditos a favor de terceros.

Tampoco puede atribuirse a los contratos de ahorro y previsión de que se trata la naturaleza de las cuentas en participación, puesto que consistiendo éstas, según el artículo 239 del Código de Comercio, en que puedan los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo con la parte de capital que convinieren y participando correlativamente en los resultados prósperos o adversos de la gestión social, no hay modo de apreciar en el caso expuesto el concepto jurídico fiscal de extinción de cuenta en participación. No procede hacer declaración al exceso de timbre, porque ni el fallo alude a ello, ni puede tratarse sino separadamente de los derechos reales, según el artículo 23 del Reglamento de Procedimiento administrativo; no procede vista del expediente sino cuando hay más de una parte apelante, según el artículo 39 del Reglamento citado y Sentencia del Supremo de 26 de Mayo de 1928. (Acuerdo del Central de 28 de Junio de 1933.) 20 de 1933.

VII

Vendido un establecimiento mercantil con sus existencias y practicada la correspondiente liquidación por el concepto de muebles, no es admisible se pretenda la suspensión del plazo de ingreso con el pretexto de haberse entablado demanda de resc-

sión del contrato aludido y sin que se haya dictado aún sentencia accediendo a aquélla.

El artículo 113 del Reglamento, al regular los casos y la forma de interrupción, por causa de litigio, de los plazos establecidos para liquidar el impuesto, se refiere exclusivamente a los de presentación del impuesto y no a los de ingreso del importe de lo ya liquidado, y más concretamente dispone dicho artículo, en su párrafo segundo, que si el litigio se promoviera después de terminar los plazos de liquidación y las prórrogas que se hubieran obtenido, no sólo no impedirá que la Administración exija los documentos y el pago del impuesto, sino que procederá a hacer efectivas las responsabilidades en que los interesados hubieran incurrido, entendiéndose que la cuestión litigiosa comienza en la fecha de la presentación de la demanda, conforme al párrafo 5.º del mismo artículo 113; y como el contrato en cuestión fué celebrado el 26 de Mayo de 1928 y el pleito no se promovió hasta el 19 de Agosto de 1932, es indudable la aplicación del precepto de referencia al caso debatido, al efecto de no poderse interrumpir plazo alguno de presentación de documentos ni de pago del impuesto ya liquidado. Por el contrario, es notoriamente inaplicable al caso actual el artículo 58, párrafo primero, del Reglamento, puesto que, conforme al mismo, es preciso se declare o se reconozca judicial o administrativamente, por resolución firme, haber tenido lugar la nulidad o la rescisión de un acto o contrato para que el contribuyente tenga derecho a la devolución de lo satisfecho por cuota del Tesoro; y con relación al caso presente, sólo ha acreditado la incoación del pleito de rescisión de contrato, pero no que se haya dictado sentencia conforme a lo pedido, no siendo admisible que se acuerde una devolución por un impuesto sin que se haya rescindido o anulado el acto o contrato que originó la liquidación, ni que se suspenda el plazo para pagar el impuesto por el solo hecho de estar pedida judicialmente la rescisión del contrato, por ser esto una interpretación que no permite el precepto aludido. (Acuerdo del Tribunal Central de 14 de Febrero de 1933.) 14 de 1933.

VIII

Compra de motocicletas para el Estado. Está sujeta al impuesto la realizada mediante oferta hecha por el industrial y aprobación del precio y condiciones por el Ministerio correspondiente, aunque ello constituya una gestión directa.

El solo hecho de que la compraventa de las motocicletas se haya realizado sin concurso ni subasta y sí gestión directa no constituye excepción alguna al principio general del artículo 5.º, número VII de la ley del impuesto, que sujeta al mismo las traslaciones de dominio a título oneroso de bienes muebles, ya que tal excepción no figura en el artículo 6.º de la citada ley ni en disposición alguna. Tampoco puede aplicarse la excepción del artículo 6.º referente a las contratos privados sobre mercancías que se verifiquen por correspondencia, o los meramente verbales que se celebren en los establecimientos o sitios públicos de venta, pues no se trata de un contrato verbal, ya que tanto la oferta por el vendedor, como la aceptación de la mercancía y precio por el Centro respectivo, comprador, consta por escrito, y tales escritos no constituyen correspondencia, sino una oferta a requerimiento de la Administración y una Orden ministerial, doctrina aplicada por el Tribunal Central en sus fallos de 2 de Mayo y 28 de Noviembre de 1933. (Acuerdo del Central de 9 de Enero de 1934.) 127 de 1933.

IX

No son admisibles las reclamaciones colectivas referentes a distintas liquidaciones e interesados, y cada uno debe formular la suya; presentada colectivamente suspende los plazos de apelación si se presenta en el que la Administración señale.

Según el artículo 23, párrafo primero del Reglamento de Procedimiento de 29 de Julio de 1924, las reclamaciones económicoadministrativas no podrán referirse más que a un solo acto, y en relación con éste, a un solo interesado, sin que el precepto transcrito,

en cuanto alude a la unicidad del acto, admita excepción alguna, pues las que el párrafo segundo del mencionado artículo establece no conciernen más que a la unidad del interesado. Las liquidaciones del Impuesto de Derechos reales tienen todos los caracteres de los actos administrativos, como así lo reconoce el artículo 200 del Reglamento del Impuesto; por lo tanto, al existir tres liquidaciones distintas y tres interesados diferentes, se trata de tres actos administrativos diferentes, que, según el artículo 23 del Reglamento procesal citado, han de ser objeto de sendas reclamaciones y no de una sola; y por ello, conforme al mismo artículo, al presentarse una reclamación colectiva que no era de las admitidas en él, la oficina encargada de tramitarlas debió devolvérsela a los interesados, quedando en suspenso la reclamación hasta que la presentasen separadamente, surtiendo, no obstante, los efectos procedentes la primera si los interesados presentasen la reclamación individual en el plazo que la Administración les señale. (Acuerdo del Tribunal Económico-administrativo Central de 19 de Diciembre de 1933.) 121 de 1933.

X

Personas jurídicas. 1.º La excepción declarada por primera vez en el Reglamento de 1932 de los bienes que no sean susceptibles de producir renta, no es aplicable a las liquidaciones de los años anteriores a ese. 2.º Es preciso probar las excepciones de la desamortización. 3.º Si un Ayuntamiento no aporta esas pruebas, aunque se le pidan, incurre en multa de 100 por 100.

El Ayuntamiento alegó que los bienes sobre que se había girado la liquidación por el impuesto de personas jurídicas no estaban sujetos a él por hallarse exceptuados, según los artículos 260, apartado primero, letra a), y 261, número 3 del Reglamento que lo regula, por tratarse de fincas que no producen ni son susceptibles de producir renta, y siempre han sido de aprovechamiento común para pastos.

Estos preceptos se refieren, el primero, a los bienes que por su naturaleza o destino no sean susceptibles de producir renta, precepto contenido por primera vez en el Reglamento actual y no

aplicable a las liquidaciones de los años 1918-22; y el segundo, a los bienes de aprovechamiento común y dehesas boyales exceptuadas de la desamortización o que reúnan las condiciones necesarias para su excepción, según las leyes desamortizadoras, precepto que tampoco es aplicable, pues el reclamante no ha intentado demostrar ni que las fincas estén exceptuadas de la desamortización ni que reúnan las condiciones necesarias para esa excepción determinadas por las leyes desamortizadoras, especialmente por los artículos 2.º y 4.º de la de 8 de Mayo de 1888; el haber sido exceptuada del impuesto de Derechos reales la información mediante la que se inscribieron en el Registro de la Propiedad, no prejuzga la excepción en cuanto al impuesto sobre personas jurídicas, por ser distintos y con diferente objeto tributario, y sería fundada en disposiciones circunstanciales relativas a las informaciones posesorias; y no aportados los documentos probatorios que se reclamaron al Ayuntamiento, está justificada la multa del 100 por 100, conforme al artículo 214 del Reglamento, párrafo primero, número 4. (Acuerdo del Tribunal Central de 7 de Noviembre de 1933.) 112 de 1933.

XI

Competencia para liquidar. Personalidad del Registrador para reclamar acerca de aquélla. 1.º El Registrador tiene competencia para entablar recurso ante el Tribunal Central contra acuerdo de la Dirección de lo Contencioso que dictó fallo respecto de la competencia. 2.º Tratándose de una herencia cuyos bienes no radican en el partido, es competente la Abogacía del Estado y no el liquidador, ya que el causante murió en Madrid.

Por escritura notarial otorgada en el Partido, un apoderado hizo la manifestación de los bienes inventariados del causante y al mismo tiempo, en nombre propio, vendió una finca pequeñísima a un tercero, sin que tal finca fuera de la herencia ni tuviera relación con ella. El Abogado del Estado devolvió el expediente de comprobación a la Oficina liquidadora, para que, dados los antecedentes expuestos, se declarase incompetente; dicha Oficina entabló competencia ante la Dirección de lo Contencioso, que de-

claró incompetente al Liquidador por entender que cuando varios actos se comprenden en un solo documento, la Oficina competente, que ha de ser una sola, será la preestablecida en el mismo Reglamento, y fallecido el causante en Madrid, y sin bienes en el Partido, no podía ser el Liquidador de éste el competente, conduciendo la interpretación del Liquidador a dejar la competencia al arbitrio del contribuyente. El Liquidador acudió al Tribunal Central, aduciendo que según la regla primera del artículo 104 del Reglamento, cuando en un mismo documento se comprenden dos o más actos, una sola Oficina es la competente, y lo será aquélla donde se presente el documento, si conforme a las reglas de dicho artículo lo fuese.

1.º El Liquidador tiene personalidad para entablar este recurso contra acuerdo de la Dirección de lo Contencioso, conforme al artículo 105, párrafo quinto del Reglamento del Impuesto, y 9 del Procesal de 29 de Julio de 1924.

2.º Para determinar, conforme al artículo 104 del Reglamento, la competencia de la Oficina liquidadora en cuanto a la escritura de aceptación y manifestación de herencia, es preciso prescindir de que en aquel documento se haya incluido una venta entre el mandatario del heredero y una tercera persona que ninguna relación tiene con la herencia, pues tal compraventa, por hallarse completamente fuera de lugar, y por la insignificancia de su valor (y mucho más en relación con el de la herencia, 10 pesetas frente a 300.000 pesetas), no sólo debe seguir la suerte del acto principal según el principio *accessorium sequitur principali*, sino que manifestamente ha sido añadida para burlar el artículo 104, entregando al contribuyente la competencia que debe determinarse según ese artículo por reglas objetivas, como son el lugar del otorgamiento de la escritura, el del sitio donde estén los bienes y el del fallecimiento del causante, y no por el arbitrio del contribuyente, el cual únicamente decide cuando no puede evitarse, es decir, cuando hay razones igualmente objetivas en favor de dos Oficinas liquidadoras, como es el caso previsto en la regla quinta; según ésta, la única Oficina competente en este caso es la del lugar del fallecimiento del causante, puesto que en el lugar del otorgamiento de la escritura—la cabeza del Partido donde está el Liquidador reclamante—no radican los bienes inmuebles de la heren-

cia, ni aunque radicarán determinarían la competencia, por no alcanzar la quinta parte del valor comprobado de la herencia que la regla quinta exige como mínimo. (Acuerdo de 5 de Diciembre de 1933.) 105 de 1933.

XII

Competencia del Tribunal Central. Si se impugnan las bases liquidables de una liquidación del impuesto, y las cuotas de las liquidaciones giradas no llegan a 5.000 pesetas, no es competente el Tribunal Central, debiendo ser notificado de nuevo el fallo del Provincial para que el interesado acuda, si quiere, al Tribunal Contencioso-administrativo Provincial, que es el competente.

Doctrina fundada en el número 1 del artículo 41 y 110 del Reglamento de Procedimiento de 29 de Julio de 1924 y 11 de la Ley de 22 de Junio de 1894. (Acuerdo del Tribunal Central de 9 de Enero de 1934.) 123 de 1933.

GABRIEL MAÑUECO,

Abogado del Estado.

ANA E L E R S

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

Agente de negocios. 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, 52, segundo derecha. — Teléfono 13906.