

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ES-
PECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

Año IX

Diciembre de 1933

Núm. 108

El “jus ad rem” en el Derecho civil moderno (*)

A).—EL PROBLEMA EN DERECHO FRANCÉS

Una teoría más digna de interés se refiere a la idea de la acción pauliana. Esta interpretación ha sido sacada de la Historia. Los antiguos autores se basaban en la acción pauliana para anular la venta hecha en fraude de los derechos de un primer adquirente; así Ricard y Pothier (1), pero es preciso notar que el antiguo derecho no reconocía un principio de responsabilidad delictual general. Había establecido el estado de hecho de un cierto número de delitos particulares. Los jurisconsultos han elegido entre ellos los que se adaptaban mejor a la hipótesis y parece, por otro lado, que los autores que hablan a propósito de la doble venta de la acción pauliana se dan perfecta cuenta de las diferencias fundamentales que distinguen a ésta de la acción del primer acreedor, y que ellos no intentan hacer notar más que ciertas analogías (2). En el Derecho actual no es tan necesario tener que recurrir a expedientes parecidos, porque a los delitos particulares el legislador ha sustituido en el artículo 1.382 el principio amplio y flexible de la responsabilidad civil.

(*) Véanse los números 100 a 107 de esta Revista.

(1) Ricard: «Des donations entre vifs», núms. 949 s. Pothier: «Ventes», número 320.

(2) Ved Merlin, citado por Huguene, p. 186; compárese Mevius, Dec. VI, 153; Werner, Obs. II, 370, para el mismo problema en Derecho común alemán.

Parece cosa extraña basarse hoy todavía sobre el principio de la insolvencia del deudor. Bien entendido que no se trata de una insolvencia absoluta, en el sentido en que éste término se emplea habitualmente, sino de una insolvencia *pro subjecta materia*; es decir, del estado de una persona que no puede ejecutar *in especie* la prestación a la cual está comprometida. Sin embargo, incluso aplicando la acción pauliana a este caso solamente, la solución que da esta teoría no concuerda con la de la jurisprudencia. Esto sería admitir la acción pauliana contra el adquirente a título honroso por el solo hecho de que hubiese tenido conocimiento del estado de insolvencia presente o futura del deudor. La jurisprudencia a su vez declara que el simple conocimiento por un tercero de la enajenación anterior no basta para impedir el prevalerse de la inscripción anterior.

Y así la «Court de Cassation» declara: «Celui qui achète un immeuble qu'il savait vendu antérieurement à un tiers et qui fait transcrire son titre le premier, ne commet aucune faute en profitant d'un avantage offert par la loi à l'acquéreur le plus diligent.»

Es sobre todo en el estado de conciencia y en las negociaciones del segundo adquirente en donde hay que buscar el criterio que permita distinguir el fraude y el simple conocimiento; es lo que resalta de una de las primeras decisiones jurisprudenciales sobre la materia.

La Court constata que X., conocedor de la venta de bienes inmuebles realizada por A. a B., y celoso de las ventajas que obtendría B., se llega a A., y después de asegurarse que esta venta no había sido transcrita, le persuade, ofreciéndole un precio más elevado, a consentir en su provecho una segunda venta de los mismos bienes con la intención y el fin de anticiparse a la transcripción de la primera y destruir los efectos de ésta en su provecho; y así se hace conscientemente el instigador y el cómplice de un estelionato (1).

Según otra sentencia (2), es preciso que el segundo adquirente haya jugado un papel activo en la preparación y en la consumación del fraude y que haya sido el instigador, y declara que el segundo

(1) S. 1859, I, 883.

(2) S. 1870, II, 35.

adquirente ha maniobrado para obtener en su provecho una segunda enajenación.

Por el contrario, no hay fraude cuando el segundo comprador no ha hecho más que informarse cerca del Notario para asegurarse si la primera venta había sido transcrita y se apresura a realizar la venta sabiendo que había de encontrarse en concurrencia con otro adquirente de los mismos bienes (1).

No basta, pues, hacer distinción entre la mala fe unilateral y bilateral para explicar las decisiones de la jurisprudencia.

La interpretación a que se refiere la acción pauliana no permite hacer distinción entre la hipótesis del simple conocimiento del tercero y aquella de la jurisprudencia según la que hay fraude de parte del segundo adquirente. Este es también en nuestro parecer el punto débil de la teoría de Hugueney, que de la connivencia entre el deudor y el tercero deduce la responsabilidad de este tercero. Según este autor, todas las sentencias exigen esta connivencia para condenar al tercero a indemnizar daños y perjuicios (2).

En sentir de Hugueney, la jurisprudencia distingue según que la mala fe exista solamente en el tercer adquirente, caso en el cual hay simple conocimiento, del en que la mala fe exista en el vendedor y en el tercer adquirente, en cuyo caso hay concierto fraudulento. Los Tribunales no anulan la segunda enajenación transcrita más que en el caso de que haya concierto fraudulento. El segundo adquirente debe tener conocimiento de la primera enajenación y, además, el vendedor debe saber que consintiendo una segunda enajenación causa perjuicio al primer adquirente. Pero no creemos se puedan clasificar de esta manera las decisiones de la «Court de Cassation». Puede ocurrir que sólo el segundo adquirente tenga conocimiento de la primera enajenación y exista ya un fraude susceptible de anular la adquisición. De otra parte, el vendedor y el comprador pueden ser los dos de mala fe sin que se puedan revelar los elementos constitutivos de un delito civil. Nos parece, ante todo, que la jurisprudencia considera que hay un fraude cuando el segundo adquirente ha jugado un papel activo, sea que haya realizado maniobras dolosas, sea que haya determinado por sus solici-

(1) D. 1896, II, 515.

(2) Hugueney, ob. cit., p. 31.

taciones al vendedor a consentir la venta del inmueble vendido anteriormente. De otra parte, no hay nada de reprehensible en su acto si se limita a jugar un papel puramente pasivo, como es el caso en que el vendedor mismo le propone la venta del inmueble y él se concreta a aceptarla, aunque tuviera conocimiento de la enajenación anterior. En esta hipótesis, no hace más que aprovecharse de una ventaja que le concede la Ley, idea que nos parece haber sido ya expresada por una sentencia de la Court de Grenoble que establece la distinción entre el simple conocimiento y el fraude (1).

El artículo 1.382 es el arma apta para reprimir los actos dolosos del tercero. Los autores parecen estar actualmente de acuerdo sobre este punto. Pero el obstáculo que impide construir una teoría sobre esta base reside precisamente en la dificultad de poner esta disposición de acuerdo con las decisiones de los Tribunales. El derecho violado es el derecho al respeto del lazo contractual por el tercero. Pero este derecho no se lesiona—como se podría creer según lo expuesto por Demogue y Bartin (2)—por la conclusión de un segundo contrato, aunque el segundo adquirente hubiere tenido conocimiento de la primera convención, sino solamente por la actividad personal que éste despliega para conducir a este resultado. Hasta el día nadie ha encontrado en el campo del Derecho francés un sistema que permita explicar por qué el tercero, a quien no se puede reprochar más que su conocimiento del compromiso anterior, no es despojado de su derecho inmobiliario.

Esta última solución de la Jurisprudencia se impone, sin embargo, y no parece puede ser modificada por otra teoría.

Ahora bien, ¿cómo el tercero declarado responsable debe reparar el perjuicio que ha causado? En general, la indemnización en Derecho francés es de orden pecuniario, pero si la reparación no exige un hecho personal del deudor y si ella no contraviene a la regla *nemo precise cogi potest ad factum*, ella será más eficaz si se hace en natura. Estos principios se aplican a nuestro caso. Por ello se debe admitir, con Lyon-Caen, que nada se opone a que la indemnización sea concedida en natura, es decir, consista en la reparación directa del daño sufrido por el restablecimiento de las cosas.

(1) S. 1870, II, 35.

(2) «Traité Général des Obligations», III, p. 368, y Aubry et Rau, 5 ed., VI, p. 338.

en el estado en que se encontraban antes del daño causado. En la especie, la preferencia dada al primer acreedor sobre el segundo persigue precisamente este fin. Las decisiones de la Jurisprudencia se conforman en principio a esta regla.

LA ENAJENACIÓN DE MUEBLES CORPORALES

El artículo 1.138 del Código civil francés declara que la obligación de entregar la cosa se perfecciona por el solo consentimiento de las partes contratantes : ella hace al acreedor propietario aunque la tradición no haya podido ser hecha. El solo consentimiento de las partes, por tanto, basta para operar la transferencia de la propiedad mueble. Es el resultado de una lenta evolución consagrada en diversos textos del Código civil : el artículo 1.138, para la transferencia en general ; el artículo 1.583, para la venta, y el artículo 938, para las donaciones.

Se podría pensar que en casos de ventas sucesivas de un mismo mueble corporal, la primera venta haya despojado al vendedor de todo derecho sobre la cosa vendida, de tal manera, que la segunda venta no sería más que una venta de cosa ajena y nula, según el artículo 1.599. Pero esto sería no tener en cuenta el artículo 1.141, el cual nos obliga a hacer una distinción. Si el vendedor ha entregado el objeto vendido al primer comprador, éste, desde entonces, se encuentra al abrigo de todo riesgo de ser eviccionado. Esta solución debe ser admitida incluso si el segundo adquirente es de buena fe. Si, por el contrario, la cosa ha sido entregada al segundo comprador, el artículo 1.141 despliega sus efectos. Dos hipótesis son posibles :

a) El segundo comprador es de mala fe. Entonces no puede adquirir la propiedad y el primero podrá reivindicar la cosa.

b) El segundo adquirente es de buena fe y ha sido puesto en posesión real de la cosa, y si es así, es preferido y permanece propietario aunque su título sea posterior en fecha (1).

La mayoría de los autores explican esta regla de la manera siguiente : el artículo 1.138 sienta un principio general y no distingue entre los muebles y los inmuebles.

(1) Art. 1.141.

En virtud de este artículo, la propiedad de los muebles corporales se transfiere inmediatamente y frente a todos por el simple consentimiento. A este principio se aporta el correctivo enunciado por el artículo 2.279 de que en materia de muebles la posesión equivale al título. La buena fe del segundo adquirente ha sido considerada en hipótesis, y como este último se encuentra, de otro lado, en posesión de la cosa, se halla beneficiado por la presunción refragable de propiedad establecida por la ley (1).

No es, pues, posible que un tercero de mala fe devenga propietario en materia inmobiliaria y, por tanto, la cuestión de la lesión de un derecho de la personalidad no se puede plantear en lo que concierne a la transferencia de muebles.

Sin embargo, es de interés referir brevemente que enfrente de esta teoría generalmente adoptada se levanta otra explicación desenvuelta en particular por Huc (2). Para los partidarios de esta segunda opinión, la propiedad de los muebles sólo se transfiere por la tradición, y hasta entonces el comprador no se reputa propietario más que frente a su vendedor. Volvemos a encontrar aquí la separación del contrato generador de obligaciones, y del hecho traslativo de propiedad y la cuestión de la responsabilidad se plantearía desde luego de forma idéntica que en materia de inmuebles. El legislador, al redactar el artículo 1.138, se contentó con poner los riesgos a cargo del acreedor. Incluso admitiendo el carácter lógico de esta teoría, hay que reconocer que no ha habido jamás una jurisprudencia en el sentido que estos autores atribuyen al artículo 1.141. La teoría clásica no ha sido quebrantada por esta interpretación original. La cuestión de saber cómo se debe aplicar la teoría de la responsabilidad del tercero en materia mobiliaria no se plantea, por consecuencia, en Derecho francés.

Notemos que en Derecho suizo, por el contrario, vamos a encontrar exactamente el estado de hecho tal como había sido admitido por Huc para el Derecho francés, y examinaremos entonces cómo la teoría del derecho al respeto del lazo contractual debe aplicarse.

(1) Aubry y Rau, 5.^a ed., II, p. 144; Planiol, I, núm. 2.496.

(2) «Commentaire du Code civil», t. VII, núm. 128.

B).—LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD DEL TERCERO AL CASO DE UNA DOBLE ENAJENACIÓN EN DERECHO ALEMÁN

En principio, el Código civil alemán regula el modo de adquisición de muebles y de inmuebles según la misma idea.

La convención de enajenación no transmite la propiedad, y ella no crea más que la obligación de transferir la cosa por la tradición en caso de muebles, y por la inscripción en el Registro de la Propiedad en materia de inmuebles. Este primer contrato generador de obligaciones es seguido por el contrato abstracto (*dinglicher Vertrag*), que se hace público por un signo exterior destinado a informar a los terceros, sea la tradición para los muebles, sea la inscripción para los inmuebles.

Si el contrato abstracto ha sido concluído y los actos de publicidad han sido realizados, la propiedad de la cosa está transferida, y ello independientemente de la validez del primer contrato generador de obligaciones.

El problema en materia inmobiliaria.—Respecto a la cuestión de saber si el segundo adquirente de un inmueble ya vendido a un primer comprador o donado a un primer donatario puede ser declarado responsable de un atentado a las buenas costumbres, no hay lugar a distinguir entre las enajenaciones a título gratuito y las enajenaciones a título oneroso. Las dos categorías de adquirentes son tratadas de la misma manera. Pero se impone otra distinción. Acabamos de ver que el contrato abstracto es indispensable para la transferencia de la propiedad. Dos hipótesis pueden presentarse: El contrato generador de obligaciones ha sido concluído y la inscripción en el Registro de la transferencia del derecho no se ha efectuado todavía; Un tercero se entiende con el vendedor, adquiere el inmueble y hace inscribir su cualidad de propietario. Esta intervención del tercero puede producirse ya antes, bien después de la conclusión del contrato abstracto.

He aquí cómo la primera hipótesis se presenta: B. tenía adquirida la parcela número 1, y A., propietario de la parcela vecina, se obliga a no levantar ninguna construcción. Antes que ambos hubieran procedido al acuerdo o inscripción, A. vende su parcela

número 2 a C., quien tenía conocimiento del contrato que tendía a la constitución de la servidumbre (1).

Los esposos P. venden un inmueble a la hermana de la señora P., casada con S. bajo el régimen de la comunidad de bienes. Poco tiempo después, viviendo la señora S. con sus parientes y para impedir a S. adquirir la propiedad del inmueble, los esposos P. lo venden a parientes de las dos mujeres y les transfieren la propiedad mediante la inscripción en el Registro (2).

En los otros casos prácticos en que se trata de la hipótesis más sencilla de una doble enajenación, en la cual se interesan tres personas, es igualmente antes de la conclusión del contrato abstracto, cuando el tercero interviene.

En todos los ejemplos citados la situación es la misma. El segundo adquirente está inscrito como propietario o titular del derecho real en el Registro, en tanto que el primer comprador o donatario no ha llegado a cambiar su derecho de obligación en un derecho real. Se puede, pues, plantear la cuestión de saber si este segundo acreedor no se ha hecho responsable de un atentado a las buenas costumbres.

Pero este acto del tercero puede intervenir también más tarde que nosotros hemos supuesto hasta ahora. En esta segunda hipótesis, la primera enajenación, la convención generadora de obligaciones, ha sido seguida del contrato abstracto, pero la inscripción de transferencia del derecho no se ha operado todavía.

Determinemos ahora cuál es la naturaleza de este contrato abstracto, designado con el nombre de *Einigung*, en general, y de *Auflassung*, en lo que concierne a la enajenación de un inmueble.

Dos teorías se han edificado para explicar su carácter. La mayoría de los autores consideran este acuerdo de voluntades como un *contrato real abstracto*. Es este acuerdo el que contiene las dos declaraciones de los contratantes, sin las cuales el contrato no se perfeciona. Sus efectos traslativos están, sin embargo, subordinados a la condición de que se proceda a la inscripción de la transferencia en el Registro (3).

Por último, el contrato es abstracto, puesto que sus efectos no

(1) Gruchot, 50, 971.

(2) R. G., 62, 137.

(3) Gierke, II, § 119, 39.

derivan de la convención, e incluso si ésta es nula, no tiene ninguna consecuencia sobre el valor del acuerdo.

A esta teoría se ha opuesto otra. Ennecker y Wolff declaran que el acuerdo y la inscripción deben ser considerados como un solo acto jurídico, de suerte que la inscripción no es más que uno de los elementos del contrato. Según ellos, un contrato puede contener otra cosa además de las dos declaraciones de voluntad indispensables.

El acto de Derecho público constituido por la inscripción no tiene un carácter extracontractual. El acuerdo no es, por consecuencia, más que una parte del contrato real abstracto, y si se emplea para designar el término del contrato, se corre el riesgo de crear una confusión.

Estos autores citan en favor de su teoría el hecho de que el Código civil alemán, hablando de la *Einigung* y de la inscripción conjuntamente, dice «acto jurídico» (1) o «contrato» (2), y que el acuerdo sólo no se califica jamás de contrato.

Las dos teorías parecen conducir, en lo que concierne a nuestra cuestión, al mismo resultado práctico.

Sea que la inscripción forme parte del contrato, sea que deba ser considerada como un elemento extracontractual, los autores concuerdan al decir que el vendedor tiene la posibilidad de disponer de la cosa en favor de un tercero hasta el momento de la inscripción. La jurisprudencia alemana ha admitido igualmente este punto de vista.

Hay, sin embargo, autores, como Endemann y Staudinger-Kober, que sobre la base del § 873 pretenden lo contrario (3). Según ellos, el acuerdo concluído con las formas legales impide al propietario disponer ulteriormente de su derecho, pero la doctrina dominante defiende la opinión contraria (4), y la *Reichsgericht* se pone definitivamente de su lado (5).

(1) *Rechtsgeshaft*, 892.

(2) § 914, párrafo 2.

(3) Endemann: «Lehrbuch des bürgerlichen Rechts», Berlín, 1908; v. Staudinger-Kober: «Kommenter zum bürgerlichen Gesetzbuch», 7-8; Auflage: 1912-14.

(4) Wolff: § 38, p. 105.

(5) R. G., 113, 407.

Es, pues, posible que un tercero se interponga en la relación entre vendedor y adquirente hasta el momento en que la inscripción se opere, y como esta inmisión puede revestir un carácter inmoral, nuestro problema puede surgir hasta ese momento. La cuestión, pues, se plantea ahora en saber qué hecho del tercero debe ser considerado como contrario a las buenas costumbres.

Se había creído poder encontrar una solución especial al Derecho Inmobiliario sin que fuese necesario recurrir a los principios de la moral. Esta solución estaría basada sobre el § 892 (1).

Según los defensores de esta teoría, el artículo garantizá a cada uno el derecho de adquisición en tanto que el Registro no mencione la existencia de un derecho de otro. Para que el adquirente sea de mala fe y lesione, por consecuencia, la regla del § 892, debe haber sacado su conocimiento del Registro. Si ha conocido la existencia del derecho del primer adquirente por otra vía, adquiere, a pesar de todo, la propiedad del inmueble, a menos que el párrafo no sea aplicable, en razón de otro hecho no previsto en nuestra hipótesis.

Parece, por tanto, que el resultado de esta interpretación, lejos de impedir la aplicación de la teoría de la responsabilidad del tercero, la hace precisamente posible. Es erróneo creer que el problema esté liquidado una vez que la propiedad esté atribuida al segundo adquirente. Incluso si el adquirente deviene propietario de la cosa, puede por su acto implicar atentado a las buenas costumbres.

Una opinión diferente deberá basarse sobre la idea de que el § 892 excluye *ipso facto* la aplicación del § 826. Pero la definición de la mala fe exigida por el § 892 no coincide con la que se hace de la mala fe fuera de toda relación con el Registro. Es, pues, posible que ninguna restricción se imponga al adquirente en virtud del § 892, pero puede, no obstante, en razón de otra

(1) Si alguno adquiere por acto jurídico un derecho sobre un fundo o un derecho sobre un derecho análogo, el contenido del Registro se considera exacto en su provecho, a menos que una contradicción de la exactitud no haya sido inscrita o que la inexactitud no haya sido conocida por el adquirente. Si el titular de un derecho inscrito en el Registro sufre en la facultad de disponer una restricción en provecho de una persona determinada, esta restricción no tiene efecto frente al adquirente más que si tuvo conocimiento de ella o ésta aparece claramente del Registro.

disposición, serle imputado el haber cometido un acto censurable, y en nuestra hipótesis puede ser muy bien que la adquisición de un inmueble vendido a un primer comprador deba ser colocada entre los actos contrarios a las buenas costumbres. En los primeros años de la aplicación del Código civil, la jurisprudencia alemana se colocaba en este punto de vista, declarando que no era preciso apartarse de los principios establecidos por el § 826 en el caso de colisión entre un derecho real y un derecho personal (1). El hecho de que un derecho personal se oponga a la adquisición de un derecho real no impide por sí solo la constitución de este derecho real, aunque el adquirente tuviera conocimiento del derecho personal. Pero si esta adquisición causa, en contra de las buenas costumbres, un daño al titular del derecho personal, nada se opone a la aplicación del § 826.

La dificultad resultante del § 892 ha sido superada, y sólo restaría indicar el resultado de la aplicación a la práctica de la teoría de la responsabilidad del tercero en materia inmobiliaria. ¿Qué ha resuelto la jurisprudencia alemana?

El hecho de que un tercero tenga conocimiento de la conclusión de un contrato y de haber concertado el mismo un compromiso incompatible con el primero no constituye por sí solo un acto contrario a las buenas costumbres.

Pero no parece que la situación del individuo que induce a otro a faltar a su compromiso deje de estar acompañada de circunstancias especiales. Sin embargo, se podrá deducir de la decisión J. W. 1925, 1.752 (2), por argumento *a contrario*, que el instigador a la inejecución atenta a las buenas costumbres. Se ha establecido en todo caso que el concierto fraudulento entre deudor y tercero será siempre castigado. Pero para volver al caso de la investigación se podrá también aplicar la regla generalmente admitida por la jurisprudencia alemana, según la cual el hecho de inducir a un contratante a la ruptura de su compromiso no constituye un acto contrario a las buenas costumbres, a menos que se trate de un acto de concurrencia desleal. Parece, en efecto, que la complicidad no lleva consigo la responsabilidad del tercero, puesto que

(1) Gruchot: 50, p. 971.

(2) J. W.: «Juristische Wochenschrift, Organ des deutschen Anwaltvereins», 1925, p. 1.752. Berlín, 21 Febrero 1925.

las sentencias insisten sobre la necesidad de un concierto fraudulento, lo que hará difícil la condena del instigador.

Las decisiones del Tribunal Supremo alemán no nos permiten resolver este problema de manera cierta. Por el contrario, se establece por ella que cuando se presenten circunstancias particularmente graves, el tercero que las haya provocado será condenado a daños y perjuicios. Pero estos casos especialmente reprehensibles no parecen presentarse en materia inmobiliaria, a menos que se plantee la connivencia entre deudor y tercero, de lo que es muy difícil encontrar ejemplo.

El problema en materia de cosas muebles.—Hemos constatado que, en principio, la transferencia de derechos mobiliarios no difiere de la de los inmobiliarios en Derecho alemán, y, por consecuencia, la cuestión de la responsabilidad del tercero que induce al deudor a faltar a su compromiso, puede plantearse también en materia inmobiliaria.

La enajenación no hace nacer en provecho del adquirente más que una simple acción personal (1), y el enajenante permanece propietario en tanto que no se ha hecho la tradición. Pero si el segundo adquirente conoce la primera venta, puede cometer eventualmente una infracción a las buenas costumbres, y entonces es aplicable el § 826.

En Derecho mobiliario, nos encontramos la misma divergencia de teorías respecto a la relación existente entre el acuerdo y el contrato real abstracto. La tradición toma aquí el lugar de un signo necesario a la ejecución de la transferencia. En lugar de un acto de orden público, se trata aquí simplemente de un acto de orden privado. El acuerdo se hace en el momento mismo de la tradición. El § 929 (2) exige que las partes estén de acuerdo en este momento, regla que, por consecuencia, descarta la posibilidad de un acuerdo anterior. No se debe, por tanto, plantear la cuestión de si hay que distinguir según el momento en que se opera la conclusión del contrato abstracto. Es después de la convención generatriz de obli-

(1) § 433, C. c. alemán.

(2) Para transferir la propiedad de una cosa mobiliaria es necesario que el propietario entregue la cosa al adquirente y que ambos estén de acuerdo sobre la transmisión. Si el adquirente está en posesión de la cosa, el acuerdo es suficiente.

gaciones y antes de la tradición solamente cuando un tercero puede de determinar al deudor a abandonar la ejecución de su contrato. El desenvolvimiento de la jurisprudencia en este caso particular refleja las divergencias de opiniones existentes sobre la aplicación de la teoría de la responsabilidad de un tercero en Derecho alemán, pero nos parece, sin embargo, se pueden reducir todas ellas a un solo sistema, que puede formularse así: el acto del tercero que induce al vendedor a faltar a su contrato puede constituir eventualmente un atentado a las buenas costumbres si concurren en él circunstancias particularmente agravantes; cuáles serán éstas, resulta difícil el concretar, aunque, caso de ello, sería, por ejemplo, la confabulación del tercero con el vendedor.

La reparación del daño en natura.—Acabamos de ver que es imposible establecer como regla general que el tercero que induce a un contratante a faltar a un compromiso preexistente sea condenado a reparar el daño que causó. Sin embargo, en un cierto número de hipótesis, ésta sería la resolución, y la cuestión es saber cuál será el modo de reparación previsto por la ley alemana.

El § 249 dice que aquel que está obligado a daños y perjuicios debe restablecer el estado de las cosas que habría existido si las circunstancias que obligan a la indemnización no hubieran sobrevenido. Si los daños y perjuicios son debidos por lesión causada a una persona o por deterioro de una cosa, el acreedor puede exigir, en lugar de la reparación, la suma necesaria para procurarla. Este párrafo ha sido interpretado de dos maneras. O bien se puede pretender que es preciso restablecer el estado de hechos existente inmediatamente antes de advenir el acto jurídico del que deriva la responsabilidad, o bien se puede ver la reparación en el establecimiento de los hechos que habrían sobrevenido entre el acaecimiento de ese acto jurídico y el momento en que la reparación tiene lugar si ningún daño se hubiera causado.

Si ahora aplicamos estas dos soluciones a nuestro caso particular, ¿deberá condenarse al segundo adquirente a poner la cosa en las manos del vendedor o será preiso obligarle a transferirla directamente al primer comprador? La cuestión parece ofrecer poco interés práctico, puesto que una vez remitida la cosa al vendedor y restablecido el estado de hecho que existía antes de la intervención del tercero, el vendedor se encuentra de nuevo en estado de

ejecutar su obligación respecto al primer adquirente. Planck (1) se pronuncia en favor de esta solución predisamente por el argumento de que ella reproduce exactamente el estado existente con anterioridad a la intervención del tercero. En su opinión, sería exceder la extensión de la reparación si se admitía la solución contraria.

Sin embargo, no creamos que ésta sea la opinión adoptada en general por la doctrina y por la jurisprudencia. El texto mismo del § 249 es bien claro: no exige el restablecimiento del estado anterior, pero ordena que sea establecido el estado de hecho que existiría si el acto del tercero no hubiera tenido lugar y el tercero, por tanto, podrá demandar lo que habría obtenido si el tercero no hubiera intervenido. El Tribunal del Imperio se pronunció más de una vez en este sentido.

En cambio, se puede citar una decisión del Reichsgericht (2), que es una excepción a esta regla. Se trata precisamente de nuestra hipótesis, es decir, de un contrato de venta de muebles inejecutado a consecuencia de las negociaciones de un tercero que compra los mismos muebles ya vendidos a otro adquirente. Esta sentencia declara que la adopción del principio que acabamos de indicar como generalmente reconocido por la jurisprudencia y la doctrina chocaría con la afirmación bien establecida de que el *jus ad rem* no existe en Derecho civil alemán, idea que fué sostenida cuando la Codificación del Derecho civil alemán, y que después todos los autores han repetido. Por tanto, este principio no tiene fuerza de ley. Si se le reconoce generalmente, ello proviene de que los autores están de acuerdo para declarar que tal derecho no podría ser consagrado de ninguna manera en el sistema del Derecho civil alemán y que la distinción rigurosa entre los derechos de obligación y los derechos reales descarta *ipso facto* toda idea de existencia de un *jus ad rem*.

Es, pues, erróneo declarar, como lo hizo alguna sentencia alemana, que la reparación en natura no puede operarse, porque el *jus ad rem* no puede ser restablecido de esta manera indirecta. Sin preocuparnos de la cuestión de si combinado el derecho a una repa-

(1) D. J. Z.: «Zur Auslegung und Anwendung des § 826. B. G. B., D. J. Z.», 1907, p. 8.

(2) R. G., 103, 419.

ración y el principio de la reparación en natura se puede llegar al mismo resultado que con el *jus ad rem*, lo que sí debe examinarse es si estos principios chocan con las reglas dictadas por la ley. La idea de que el *jus ad rem* no existe en Derecho alemán no es un precepto legal, sino una conclusión sacada de un cierto aspecto del sistema general del Código civil, y esta conclusión *no nos permite considerar como inexistente* un derecho que se basa sobre un fundamento tan sólido. *Precisará buscar si puede haber otra disposición legal que prohíba al primer adquirente volverse contra el segundo para demandarle la transferencia de la cosa, y no parece que exista ninguna regla que prohíba este acto.*

La jurisprudencia en materia inmobiliaria no ha visto ningún inconveniente en conceder al primer adquirente de un inmueble el derecho de reivindicarle, incluso aunque haya pasado a ser propiedad de un segundo comprador. Aquí la idea de la existencia de un *jus ad rem*, o, más bien, de su no existencia, se aprecia mejor que en la hipótesis de una venta mobiliaria. Pero nadie ha pensado en invocar el principio.

Incluso en materia mobiliaria, la cuestión ha sido resuelta en el sentido de nuestra tesis. La sentencia R. G. 108, 58, no ha cometido el error de levantar el argumento hipotético de la prohibición del *jus ad rem* para no admitir la reparación en natura en el caso especial que nos interesa, y declaró que la sentencia que cababa había restringido demasiado y de manera contraria al texto del § 249, el campo de aplicación de esta disposición. El primer adquirente de cosa mueble que ha sido privado por un segundo adquirente, responsable de un acto contrario a las buenas costumbres, tiene el derecho a reclamarle.

En adelante, la solución del problema en Derecho alemán es la siguiente. El tercero que induce a un contratante a romper el contrato de venta o de donación de un mueble o de un inmueble puede cometer un acto contrario a las buenas costumbres.

En virtud del § 826, está obligado a reparar el daño causado, y si es propietario todavía de la cosa, la reparación se hace en natura y la cosa será transferida al primer adquirente.

JOSÉ MARÍA FONCILLAS,

Notario.

(Continuará.)

El usufructo de acciones del artículo 486 de nuestro Código civil

Dentro del marco del usufructo de derechos, el Código civil español, en su artículo 486, regula una figura que carece, que yo sepa, de precedente en el Derecho anterior o concordante en las modernas legislaciones. El usufructo de acciones puede, a lo sumo, relacionarse con el de créditos que no producen interés y que se dirigen a la prestación de una cosa o constitución de un derecho real, previsto por el Código alemán en sus §§ 1.074 y 1.075, pero de él le separan, tenemos de verlo, fundamentales diferencias.

El primer problema que se nos plantea es el de determinar la clase de acciones a que se refiere este derecho. Aunque quizás pudiera deducirse otra cosa de los términos del artículo 486, la clara oposición, que tan bien subraya Dalmašes (1), entre este usufructo y el de créditos regulado por el artículo 507, pone de manifiesto que sólo las acciones propiamente reales (reivindicatoria, confesoria, etc.) y no las de naturaleza personal dirigidas a la transmisión de la propiedad o constitución de un derecho real, pueden ser objeto de este usufructo (2). De aquí surge la primera y esencial diferencia entre nuestro usufructo de acciones y el de créditos del Derecho alemán a que acabo de aludir, y de otra figura que se deriva de la obligación impuesta al usufructuario por este último Código en su § 1.045, de asegurar a su costa la cosa contra el fuego y demás accidentes, si el seguro corresponde a los usos de-

(1) Dalmašes y Jordana: «El usufructo de derechos». Madrid, 1932, páginas 67, 156 y 222.

(2) En este sentido parece decidirse también el Tribunal Contencioso-Administrativo en sentencia de 7 de Octubre de 1902.

una regular economía, y en el derecho que tanto a él como al propietario concede el § 1.046, de cobrar en caso de accidente el precio del seguro y destinarlo a la sustitución de la cosa, caso previsto, pero, como es sabido, diversamente regulado por nuestra ley en su artículo 518: hay un momento en que, destruida la cosa, pasa a ser objeto del usufructo la acción del asegurante; pero en este caso, como en el anterior, se trata sólo de una acción personal nacida del contrato (1).

Determinado el objeto a que el artículo 486 se refiere, hemos de ver si dentro del concepto que del usufructo da nuestro Código, y, más concretamente, del de derechos, es posible esta figura, para determinar después si, dada la construcción que el artículo que nos ocupa hace de ella, nos encontramos efectivamente ante un caso de usufructo o no.

Partiré de la definición que Dalmases formula, por hallarse compuesta con elementos extraídos del Código civil: el usufructo de derechos autoriza, según nuestra ley, «a disfrutar los derechos ajenos que no sean personalísimos e intransmisibles con la obligación de conservar su forma y sustancia si el título de su constitución o la ley no autorizan otra cosa» (2).

(1) Esta situación jurídica apenas si ha merecido la atención de los comentaristas. Véase en el Derecho alemán, Fischer, artículo «Niessbrauch», en el «Handwörterbuch der Rechtswissenschaft de Stier-Somlo y Elster», tomo IV, Berlín, 1927, pág. 212, y «Staudinger Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz», tomo III, parte 2.^a, Munich, 1926, páginas 851-854.

(2) Dalmases: Op. cit., págs. 59 y 60. De este concepto al célebre de Paulo (D. 7, I, 1, y Inst., 2, 4, pr.) hay una formidable distancia. Los clásicos concebían el usufructo como un derecho que se limita a la «species rei», a la forma exterior, esto es, a la productividad de la cosa, según su actual destino económico, que depende de aquella forma; pero no inviste de la sustancia, esto es, de la esencia de la cosa (véase Riccobono Sull: «Usus», en «Studi in onore di Vittorio Scialoja», tomo I, Milán, 1905, pág. 594, y sus «Lezioni di Diritto romano», Palermo, 1908, pág. 377). También Zan-zucchi: «Rivista della letteratura romanistica italiana», 1907-1908, en «Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte» (Rom. Abr.), 1909, página 509 y sig.). No obstante, poco a poco se llega a admitir ya sobre créditos, ya sobre «res quae primo usu consumuntur», sino un verdadero usufructo, por lo menos, algo económicamente equivalente (véase Girard: «Manuel élémentaire de Droit romain», París, 1929, págs. 389 y siguientes). Siber, sin embargo, afirma que sobre cosas incorporales no se da usufructo

La acción dirigida a la reclamación de un predio, derecho real o bien mueble, es un derecho (1) que por su naturaleza ni es personalísimo ni intransmisible, como no lo es la pretensión jurídica que mediante ella se hace valer (2). Pero para poder ser objeto del usufructo, dados los términos de la definición, necesitará ade-

ni propio ni impropio («Romisches Recht in Grundzügen fur die Vorlesung», tomo II, Berlín, 1928, pág. 116), por lo que al derecho clásico se refiere, siendo Justiniano quien generalizó el famoso Senado consulto, con el fin de comprender en él las cosas incorporales. De conformidad con el concepto romano, y a pesar de la amplitud verdaderamente grande que tanto la legislación como la jurisprudencia de su país han dado al usufructo, le define Wolff como «el derecho real de disfrutar de un objeto en la totalidad de sus relaciones, sin disponer de su sustancia» («Sachenrecht», tomo III del «Lehrbuch des burgerlichen Rechts de Ennecerus», Marburgo, 1932, pág. 392). De esta última parte prescinde en la suya Mitteis cuando le califica simplemente de «derecho de disfrutar de todas las utilidades de un objeto o sólo de alguna de ellas» (en Cosack-Mitteis: «Lehrbuch des burgerlichen Rechts», tomo II, Jena, 1924, pág. 241), y Julius v. Gierke le considera como «servidumbre personal que confiere el derecho a la totalidad de las utilidades de un objeto patrimonial» («Sachenrecht», Berlín, 1925, pág. 98). Mucho más ajustado a las modernas exigencias me parece, sin embargo, el concepto de Kohler: «Los derechos reales con posesión de la cosa—dice—aspiran a conferir a su titular el todo, o, por lo menos, una parte de las utilidades de la cosa poseída, sin que por ello sufra mengua el capital» («Lehrbuch des burgerlichen Rechts», tomo II, parte 2.^a, Berlín, 1919, pág. 317.)

(1) No se puede ya sostener, como hace Manresa, que las acciones no son derechos y sí sólo medios para hacerlos valer («Comentario al Código civil español», tomo IV, Madrid, 1905, pág. 424). Se trata, por el contrario, de la «demanda de concesión de la protección jurídica mediante sentencia» (Rosenberg: «Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes», Berlín, 1927, página 225), pretensión jurídica procesal que tiene existencia independiente junto a la jurídico material, cuyo sujeto pasivo—como dice Pollack—es el Estado, si bien, aunque no siempre, y ello debido, en parte, al desarrollo histórico del proceso, en parte por encontrarse la justificación de éste en el derecho privado, en parte, finalmente, por su téonica, que hace que las relaciones entre las partes aparezcan como su necesario componente, exige su dirección contra un individuo determinado y distinto a la vez del actor y del Estado. («System des österreichischen Zivilprozessrechtes», primera parte, Viena, 1930, págs. 3 y 6.)

(2) Se trata de una pretensión jurídica, y la pretensión no se dirige nunca a un hacer algo, sino a que otro lo haga, a que una cosa sea sometida de un modo determinado al titular de la pretensión. (Véase Mayer: «Anspruch und Rechtskraft im deutschen Zivilprozessrecht». Stuttgart, 1930, páginas 2 y 3.)

más poder ser objeto de disfrute por persona distinta de su titular.

Como en ningún otro objeto de derechos resalta en éste la nota de la consumibilidad jurídica. La acción se agota con su ejercicio: *ne bis de eadem re sit actio* (1). El usufructo exige por su naturaleza una base duradera y segura (2). Por eso, el usufructo impropio, a juicio de Martin Wolff, tiene tan poco de usufructo como la propiedad fiduciaria de derecho de garantía (3). Uno y otro—según Mitteis—no tienen de común más que el nombre (4), o, a lo sumo, como sostiene Crome, el fin económico que persiguen y la duración que les limita (5). Se produce una relación económica, dice Kohler, «como si el valor de la cosa fuese el objeto del usufructo» (6).

A pesar de que el Derecho romano, por lo menos en su fase justinianea, incluía el usufructo de derechos dentro de la categoría jurídica del cuasiusufructo (7), la doctrina alemana se resiste a ello por razones de carácter legal: el Código civil alemán imposi-

(1) Véase el trabajo de Cornil: «Une conjecture sur l'origine de la maxime *bis de eadem re ne sit actio*» en los «Studi in onore di Pietro Bonfante», tomo III, Milán, 1930, pág. 37 y siguientes. En oposición a Windscheid, sostiene que aquí el término «res» designa mucho mejor que el de «actio» el concepto de pretensión jurídica.

(2) Véase Nussbaum: «Das Niessbrauchrecht des B. G. B. unter den Gesichtspunkten der Rechtstafchenforschung», Berlín, 1919, págs. 34-35.

(3) Wolff: Op. cit., pág. 413. «Ni que decir tiene—observa Nussbaum—que el usufructo impropio no es un usufructo, esto es, un derecho real limitado en la cosa ajena, sino que produce una mera relación obligatoria» (opúsculo cit., pág. 41); y Mitteis (op. cit., págs. 250 y 251) le define como «una relación jurídica entre dos personas, constituida sobre una cosa mueble, en virtud de la cual una parte—el usufructuario—obtiene la propiedad de la cosa; pero se obliga a devolver a la otra parte—el usufructuante—al fin del usufructo *el valor de la misma*».

(4) Cosack-Mitteis: Op. cit., pág. 251.

(5) Crome: «System des deutschen bürgerlichen Rechts», tomo III, Tübinga, 1905, págs. 532-33.

(6) Kohler: Op. cit., págs. 318 y 319.

(7) El usufructo impropio, como es sabido, radica de un Senado consulto de la época de Augusto o Tiberio, según el cual podía ser objeto de legado el usufructo sobre dímero (*D.*, 7, 5, 2, 1) o sobre otras cosas consumibles (*Ulp.*, 24, 27). Más tarde se admitió también, por vía de interpretación, el legado sobre una servidumbre del predio hereditario (*D.*, 33, 2, 1) y de usufructo sobre un crédito que produjese interés (*D.*, 33, 2, 4, y *D.*, 7, 5; 3) (V. Siber: Op. cit., págs. 115 y 116; y Girard: Op. cit., pág. 390). Pampa-

bilita tal construcción, aun en el caso de usufructo de créditos que no producen interés. El Derecho español, a su vez, regula el usufructo de una manera unitaria al dar al cuasiusufructo una configuración análoga, si no idéntica, al usufructo de disposición defendido por Kohler, en virtud del que es permitida al usufructuario la disposición sobre cada uno de los objetos consumibles, los cuales, hasta ese momento, permanecen en propiedad del usufructuante y en usufructo del usufructuario (1). En efecto, ninguno de los artículos del Código civil reguladores del usufructo da base para defender una transmisión de propiedad y, al mismo tiempo, muchos de ellos conceden verdaderas facultades de disposición al usufructuario; así, por ejemplo, los usufructos comprendidos en los artículos 482 al 485.

No puede, por lo tanto, la consumibilidad ser obstáculo a la constitución del usufructo. Tenemos, pues, un objeto—la acción real—susceptible de valoración económica y, consiguientemente, de disfrute: un posible caso de usufructo de disposición.

Ioni, sin embargo, cree que el alcance de los textos aducidos es sólo el de reconocer en el primero la validez del legado, no como legado de cuasiusufructo, sino como legado de obligación, teniendo por objeto el ejercicio vitalicio de la servidumbre, y en el segundo, como legado de renta, no de usufructo («Sull Oggetto del Quasi-usufrutto», en el «Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano», 1907, págs. 115 y 117). Recientemente ha estudiado Palazzo las contradicciones de las fuentes en materia de usufructo de cosas deteriorables, que trata de superar, reconociendo como decisiva la voluntad del constituyente, en orden a la naturaleza usufructuaria o cuasiusufructuaria de la figura. («Servitu personale sulle cose deteriorabili», en «Archivio Giurídico», 1930, pág. 32 y siguientes.)

(1) Kohler: «Verfügungsnutzniessung, Verfügungsgemeinschaft und Gesamtgut», en «Archiv für die civilistische Praxis», 1911, pág. 258. «El usufructo de disposición—dice—se diferencia del usufructo impropio en que en éste el usufructuario no obtiene de hecho poder alguno de tal, sino la propiedad de cada uno de los objetos, y si en algo se asemeja al usufructo es en que el propietario está obligado a devolver el valor de la cosa a su debido tiempo, así que el resultado económico es el mismo que si hubiese tenido el mero usufructo.» Esta distinción tiene trascendencia jurídica en varios terrenos, pero sobre todo en el del concurso. Por las razones legales, en otro lugar mencionadas, rechaza Wolff (*op. cit.*, pág. 399) la posibilidad de tal usufructo, si bien cree admisible la creación, junto al usufructo, de un derecho de disposición en que el usufructuario obra no como representante, sino en propio nombre sobre la cosa ajena. En el mismo sentido, Staudinger (*op. citado*, pág. 829).

Conforme al articulado de nuestro Código, ¿será posible la constitución de tal derecho? A pesar de la declaración expresa hecha por el artículo 486, el caso es más problemático de lo que a primera vista parece. Intentaré analizar su contenido, descomponiéndole en las diversas relaciones jurídicas que le integran (1).

A. *Derechos del usufructuario.*—El derecho que el artículo citado concede al usufructuario no es un usufructo del predio, derecho real o cosa mueble, sino un derecho de ejercicio de la acción, y sólo más tarde de usufructo de la cosa o derecho a que ésta se dirige.

De tres maneras diferentes podía la ley haber condicionado este ejercicio: o concediendo al usufructuario facultad para por sí solo y en propio nombre—como hace el Código alemán en el caso de usufructo de créditos que no producen interés (§ 1.074)—ejercitarse la acción; o estableciendo, como hace el aludido cuerpo legal con relación al usufructo de créditos que producen interés (§ 1.077), una solidaridad entre usufructuario y propietario, de modo que tanto el uno como el otro, y los dos en propio nombre, puedan ejercitarse (2), o, finalmente, autorizando al usufructuario para ello; pero

(1) Acerca de la naturaleza real u obligatoria del usufructo de derechos sostiene Fischer que aunque las normas referentes al derecho de cosas deben serle, en lo posible, aplicadas, trasciende del marco de los derechos reales, «pues un derecho real sobre un derecho meramente personal es lógicamente imposible» (loc. cit., pág. 212); y Kohler cree que, «dado el desarrollo adquirido por la institución, la estructura general del usufructo debe ser estudiada en la parte general»; «el usufructo—dice—es sólo derecho real cuando es un usufructo sobre cosas; es un derecho inmaterial cuando se halla constituido sobre un bien inmaterial; es un derecho de obligaciones cuando tiene un crédito por objeto» (op. cit., págs. 336 y 337). Sin embargo, concretamente al usufructo sobre créditos, le objeta Mitteis que ni aun este derecho deja de ser susceptible de configuración real, «pues confiere—afirma—no un derecho obligatorio a la entrega de las utilidades contra el que lo ha establecido, sino que da la posibilidad de proporcionarse directamente esas utilidades al mismo tiempo que una acción contra terceros, configurada sobre la base de un derecho real» (Cosack-Mitteis: op. cit., pág. 252). En el mismo sentido, Staudinger (op. cit., pág. 876) y mi querido maestro Valverde, que dice que si no de un derecho real, se trata, por lo menos, de algo muy parecido a él. («Tratado de Derecho civil español». Apéndice al tomo II. Valladolid, 1932, pág. 58.)

(2) El usufructo de créditos ha sido construido por el Código alemán—según Kohler—en los sin interés como un usufructo del derecho a la admi-

sólo como representante del propietario. El Código civil, que opta por lo primero en el usufructo de créditos del artículo 507, se decide por esto último en el caso que nos ocupa.

Pero aun dentro de esta solución, cabían dos nuevas posibilidades: o conceder al usufructuario una representación legal, del tipo de la que el artículo 60 confiere al marido, el 155 al padre o el 262 al tutor, o, por el contrario, exigir al propietario que conceda esta representación. De los términos del artículo citado se deduce claramente que el Código ha elegido esta segunda forma, pues, de no ser así, bastaría para obtener la necesaria legitimación la titularidad del usufructo.

El propietario está obligado a prestar la representación y los medios de prueba de que disponga. No hay, pues, *relación directa* entre el sujeto (usufructuario en este caso) y el objeto (la acción) y, por lo tanto, falta el elemento interno del derecho real.

Pero es sabido que junto a este elemento, la doctrina moderna ha puesto de relieve el externo de su existencia *adversus omnes*. También de éste carece nuestra figura. Distinguiré según se trate de una acción dirigida a un bien inmueble (predio o derecho) o, por el contrario, a un bien mueble.

Según la técnica registral, una acción dirigida a la propiedad de bienes inmuebles o a la constitución, declaración o modificación de derechos reales, no puede ser inscrita sino en forma de anotación preventiva (artículo 42, § 1.^º de la ley Hipotecaria), y esto sólo «cuando se ordene por providencia judicial dictada a instancia de parte legítima» (artículo 43, § 1.^º de la misma ley), o, lo que es lo mismo, «por el que *demandare* en juicio» (artículo 42, § 1.^º). Es decir, que antes de la presentación de la demanda la acción carece de existencia registral. Pero como el contenido del derecho concedido por el artículo 486 al usufructuario es sólo la prestación de los elementos necesarios para poder presentar y fundamentar esa demanda, es claro que el tal derecho carece de efectos reales, jugando, con relación a terceros, los artículos del Código civil referentes al derecho de obligaciones.

En el caso de que el objeto de la acción sea una cosa mueble, el administración autónoma, y en los que le producen, como un usufructo de la co-administración (op. cit., pág. 338).

principio famoso «en fait de meubles possession vaut titre», consagrado en el artículo 464 de nuestro Código civil, nos hace llegar a la misma conclusión.

B. *Derechos del propietario.*—Demos la vuelta a la relación jurídica. ¿Podrá el propietario ejercitar la acción sobre la que recae el llamado usufructo, o deberá, por el contrario, quedar sometido al arbitrio del usufructuario, y su derecho frente a éste consistirá, a lo sumo, en una acción inversa, como la que nace en favor del deudor en las obligaciones unilaterales? Si el usufructuario (acreedor) gozase de un verdadero *jus exigendi*, no habría duda de que sí, ya que éste, en su carácter de absoluto, implica tanto el derecho de exigir como el de no exigir. Pero en nuestro caso, el titular del derecho a que la acción se refiere no deja ni un momento de ser señor de la misma, y buena prueba de ello es que el Código civil se guarda de imponer, ni directa ni indirectamente, una limitación tan esencial a su derecho, y que si concede al usufructuario facultades para su ejercicio es sólo en calidad de representante.

Por otra parte, el hacer del usufructuario un árbitro del derecho del propietario sería convertir a éste, inútilmente, en juguete de aquél; y conceder al segundo una pertensión jurídica para obligar a accionar al primero, una complicación innecesaria que conduciría además a resultados absurdos, por ejemplo, en el caso de que la persona del usufructuario coincidiera con la que había de ser demandada.

Ninguna razón aconseja, pues, dejar en la incertidumbre un derecho con todos los perjuicios que tal estado trae siempre consigo: la intención del legislador no pudo ser otra que la de conceder al usufructuario un medio que le proteja de una posible inacción del propietario.

Resumiendo: que nos encontramos ante una mera relación obligatoria en que el usufructuario (acreedor) puede exigir del propietario (deudor) una prestación consistente o en el ejercicio de la acción o en la concesión de la representación para ejercitárla él mismo. Un verdadero caso de obligación con facultad alternativa: *uno in obligatione et plures in solutione.*

Pero llegados a este punto, podemos preguntarnos: ¿Qué tiene esta figura de común con el usufructo? A primera vista parece

atractivo el entender la acción como representación de la cosa (1) y, admitiendo que objeto del usufructo no es ésta, sino su valor, concluir que el ulterior usufructo, causado por el triunfo de la acción, no es sino continuación del existente en la actualidad y en esencia idéntico a él; de este modo, los autores alemanes incluyen entre los modos de nacer el usufructo la subrogación. Pero después de lo dicho, tal construcción me parece imposible con arreglo al contenido de nuestra ley.

En los créditos sin interés—dice Crome—objeto del usufructo lo es el del crédito, que ha de ser obtenido mediante la prestación correspondiente (2) y Fischer: en el usufructo de créditos y derechos de garantía, cuando aquéllos y ésta son sin interés, no existe sino una expectativa al usufructo del futuro capital (3); lo mismo podríamos decir en Derecho español con relación al usufructo de acciones: que sólo existe un derecho de usufructo sobre la cosa o derecho, condicionado al triunfo de la acción, con efectos, naturalmente, retroactivos, según se desprende del artículo 1.120 de nuestro Código (4) o, dando un paso más, yo me atrevería casi a

(1) «*ils qui actionem habet ad rem recuperandam*—decía Paulo—ipsam rem habere videtur» (*D.*, 50, 17, 15). La subrogación supone, según Beyer: 1.^o Un objeto que es separado del patrimonio al cual pertenece. 2.^o Mediante este objeto que se separa debe ser adquirido otro objeto. 3.^o Este segundo objeto (no sólo la pretensión jurídica a él dirigida) debe entrar en el patrimonio del cual el primero ha sido separado; y 4.^o Esta adhesión patrimonial debe producirse independientemente de la voluntad del adquirente. (Beyer: «*Die Surrogation bei Vermögen im bürgerlichen Gesetzbuche*». Marburgo, 1905. páginas 12 y 15.) Dudo que el caso ante el que nos encontramos llene estos requisitos.

(2) Crome: *Op. cit.*, pág. 545.

(3) Fischer: *Op. cit.*, pág. 213.

(4) No se puede, por eso, confundir el derecho del artículo estudiado con el que el artículo 1.111, por ejemplo, concede al acreedor, pues si bien tiene de común con él el fin que persigue—evitar que la inactividad del propietario de la acción perjudique al titular del derecho—y el procedimiento que adopta—ejercicio de aquélla, por parte de este último, en nombre y representación del primero—de él le separan esenciales diferencias: cae el uno dentro de los derechos de obligación; de los reales el otro; éste tiende a hacer efectiva la deuda mediante su cumplimiento, y aquél, sólo la prestación secundaria o transformada, que es la responsabilidad patrimonial. (Véanse sentencias del Tribunal Supremo de 13 de Octubre de 1911, 2 de Junio de 1920, 4 de Abril de 1921, 25 de Junio de 1927 y 4 de Junio de 1928.)

dicir que un derecho de usufructo actual sobre la expectativa del propietario.

Y, para terminar, sólo una alusión a la figura procesal que hemos rozado. No se trata de un caso de litisconsorcio, porque el usufructuario no acciona aquí en nombre propio, sino como representante; tampoco hay acumulación de acciones, porque en ésta los diversos derechos que se hacen valer son *del mismo actor contra el mismo demandado*, y es claro que los derechos pertenecen aquí a diversas personas y se hacen valer el primero frente al demandado, y el segundo frente al propietario; no es, finalmente, un caso de concurrencia de derechos, como el que se da, por ejemplo, en la fianza, porque en ésta, satisfecho uno de éstos, desaparecen los demás. Nos encontramos ante un caso de sustitución procesal, cuyo interés radica en que mediante una sola acción se hacen efectivos varios derechos, pertenecientes a diversos titulares, figura, por lo demás, aunque inestudiada, no rara en nuestra ley. Piénsese, por ejemplo, en los artículos 1.001, 1.111 a 1.937 de nuestro Código (1), y ello sin éntrar en los casos de concurso que constituyen siempre una anomalía en la vida jurídica, rigiéndose por principios diferentes.

Claro que se me podría objetar que en el caso que nos ocupa, el derecho que se ejerce no es el de usufructo, sino sólo el principal; pero a nadie se le ocultará que basta el examen del título de legitimación del actor, para comprender que ambos se hacen efectivos de una sola vez.

Después de lo dicho, no deja de extrañar la diferencia de trato que da la ley a dos casos en esencia idénticos: cuando el usufructuario de una cosa o derecho sufra la pérdida jurídica del objeto de su usufructo, podrá accionar en propio nombre contra el tercero perturbador. Una razón más en apoyo de mi tesis: la acción usufructuaria no ha nacido todavía.

ALFONSO DE COSSÍO,

Abogado.

(1) Me parece un poco forzada la tentativa de Federico de Castro para construir estos artículos como casos de acción revocatoria. (Véase su brillante artículo sobre «La acción pauliana y la responsabilidad patrimonial», en «Revista de Derecho Privado», 1932, pág. 205 y siguientes.)

La inscripción de inmuebles en los registros de la zona de nuestro protectorado de Marruecos

La creación del Registro de inmuebles en nuestra Zona data, como es sabido, del Dahir de 1.^º de Junio de 1914, que lo estableció a cargo de funcionarios denominados Registradores de la Propiedad y bajo la inmediata dependencia del Presidente de la Audiencia de Tetuán. Y en tanto no se ordenase otra cosa, desempeñan esas funciones los Jueces de Paz de Tetuán y Larache en la Zona occidental y el de Nador en la oriental. Es decir, que esos funcionarios no pertenecen al Cuerpo de Registradores, sino que son los Jueces de Paz Letrados de esas poblaciones de Marruecos.

Esto vino después de la Conferencia de Algeciras de 1906 y de la Circular del Gran Visir de 1.^º de Noviembre de 1912. Ya que con el fin de mejorar el estado jurídico de la propiedad en Marruecos y conceder, por tanto, alguna garantía a los títulos de propiedad y regular las transmisiones entre europeos y de éstos con los indígenas y que pudieran verificarlas con toda garantía y seguridad, el Gobierno de España aconsejó al Jalifa de nuestra Zona la creación del Registro de la Propiedad. Y el Dahir antes citado que lo estableció consta de 92 artículos y dos disposiciones transitorias. Siendo, en lo que se refiere al modo de llevar el Registro, publicidad del mismo, forma de los asientos, etc., muy similar a lo establecido en la ley Hipotecaria peninsular; pero no en cuanto al sistema, que es el australiano inglés, conocido por el «Acta Torrens». Siendo lo característico del mismo el procedi-

miento para verificar la inscripción y el certificado de la misma, que se entrega al interesado, acompañado de un ejemplar autorizado del plano de la finca que se levanta al efectuar el deslinde.

Las inscripciones en los Registros de la Zona son primeras y sucesivas, como las que se determinan en la ley Hipotecaria peninsular, comprendiendo las primeras varios extremos y una serie de requisitos especiales que no se exigen para las otras. Y el procedimiento para obtener la inscripción es el siguiente. Se inicia, por medio de una solicitud del propietario o un representante suyo debidamente autorizado, según el artículo 12, párrafo 2.^o del Dahir, debiendo acompañarse a aquélla el documento que acredite la representación que ostente el peticionario, caso de no serlo el mismo propietario. Y también los títulos de propiedad y los de los gravámenes o derechos reales a que se halle afecta la finca. Y todos esos documentos deben ser traducidos al español, haciéndolo, caso contrario, el Registrador, pero con cargo al peticionario. Calificada la solicitud por aquél y encontrándola conforme, cita para el día del deslinde por medio de edictos, que se publican en el *Boletín Oficial* de la Zona y se pregoman por medio del Gobernador en los zocos de la jurisdicción en que el inmueble está enclavado, para que tengan conocimiento de ello los que se crean con algún derecho a la propiedad que ha de ser objeto de la inscripción, y después, por unas papeletas, que se llaman de citación, avisa la fecha y hora en que se ha de practicar la diligencia de deslinde a los dueños de los terrenos colindantes, remitiéndolas a la autoridad interventora correspondiente para que hagan la oportuna notificación y devolviéndose la papeleta duplicada para unirla o hacerla constar en el expediente. Y a ese acto del deslinde asiste personalmente el Registrador, el propietario del inmueble, un perito para el levantamiento del plano de la finca y los dueños de los terrenos colindantes; pero haciéndolo también el Amín del Mustafá y el Nadir del Habús, si colindantes con la propiedad de que se trate hubiera bienes de esa clase a cargo de aquéllos.

Efectuada esa diligencia del deslinde expresado, se publica otro edicto en el Boletín de la Zona, señalando el plazo improrrogable de tres meses para la presentación de reclamaciones contra la inscripción, las que pueden ser hechas ante el Registrador, el

Gobernador o el Cadí de la ciudad, no pudiendo ser admitidas con arreglo al artículo 18, título 2.º, capítulo I del Dahir, una vez transcurrido el plazo señalado. Y después, y no habiendo habido reclamación alguna dentro del dicho plazo, se procede a verificar la inscripción en el Registro. Y si la hay, pasa el expediente al Juzgado, y de la resolución que éste dicte puede apelarse para ante la Audiencia de Tetuán. Es decir, que esto último viene a ser igual a cuando se formula oposición al procedimiento de la posesión que determina el artículo 41 de la ley Hipotecaria peninsular; pero no en cuanto a lo demás que se acaba de consignar, porque en nuestro Derecho hipotecario no hemos llegado todavía a tanto, ya que en nuestra legislación hipotecaria no se concede hasta la fecha, a la inscripción, los efectos y el valor que tiene en los Registros de la Zona, porque allí es un título de dominio, es, por así decirlo, una «carta de crédito», y su nulidad es muy difícil de lograr, una vez efectuada aquélla en el Registro, sin oposición de nadie.

Pero, a pesar de las ventajas del sistema hipotecario allí existente que acabamos de apuntar, no obstante para que también adolezca de algunos defectos, que pasamos a mencionar, ya que «de visu» hemos tenido ocasión de apreciar alguno de ellos.

Como se ha dicho, se exige la presentación de los títulos con la consiguiente traducción al español. Muy bien; pero es que al personal encargado del Registro no se le exige la posesión del idioma árabe, ni, por otra parte, hay tampoco en la Oficina dicha ningún Fakih que, como tal intérprete, pudiera cotejar la traducción con el original. Y en tales condiciones, ¿quién puede asegurar que la traducción esté bien hecha y se ajuste a la realidad, dadas las dificultades que a veces ofrecen para traducir los documentos árabes administrativos o judiciales? Pero pasemos por que la traducción esté bien hecha, pues aun así, y si se procede de mala fe, puede ser alterado el contenido del documento, y si el Registrador no conoce el idioma árabe, pasar por lo que haya querido consignar el traductor del título. De esto se podría contar algún que otro caso, lo mismo en la Zona occidental que en la oriental, inscribiéndose así terrenos que en realidad no fueron comprados, y el verdadero dueño ni los da ni los vende. Y en todos estos casos no le incumbe al Registrador responsabilidad al-

guna, porque el artículo 4.^o del Dahir, anteriormente mencionado, dice textualmente : «Que los errores, inexactitudes u omisiones derivadas de algún defecto del título inscrito no serán imputables al Registrador.»

Pues bien : para obviar el inconveniente apuntado, entendemos que cuando se trate de un documento musulmán extendido con arreglo a la legislación coránica, el Registrador debiera exigir una traducción fehaciente del documento y sancionada por la autoridad indígena competente, y en que se hiciera constar que el título de esa clase que hubiera de producir la inscripción estaba adornado de todos los requisitos necesarios exigidos por la legislación xeránica, o que se ocupara el Registrador de la traducción, a base de lo indicado, pero con cargo al peticionario, a cuyo fin debiera haber afecto a tal servicio un intérprete Fakih, de lo que se carece.

Otro defecto lo es también que, caso de que coincidan en el campo (cosa que no siempre es muy posible) el Registrador, el peticionario de la inscripción y los indígenas dueños de terrenos colindantes, no sería muy factible muchas veces el que se entendieran todos, por ignorar los españoles el árabe o el bereber (aunque hay honrosas excepciones que lo conocen bien) y los indígenas el español. Esto lo hemos oído a algunas autoridades indígenas en nuestra estancia por aquellas tierras africanas de mayo último.

Y, finalmente, también suele ser otro defecto, a nuestro juicio, el que, por ciertas deficiencias que en la práctica pueden apreciarse, a veces el propietario, un tanto desaprensivo, pueda aprovecharse apropiándose, no ya de bienes de propiedad privada, sino de los «majzen» y «meryás», que, como es sabido, en Marruecos pertenecen al Estado. Así que se han dado también, sin duda, algunos casos de inscribirse como de propiedad particular bienes de alguna de esas clases.

Pero todo esto entendemos pudiera fácilmente ser corregido, evitarse. Pues con un buen avance catastral en forma y de manera tal que determinase y delimitase con claridad las distintas clases de propiedades que existen en Marruecos, todo eso pudiera muy bien quedar solucionado, pues allí, en aquel territorio africano, hay propiedades o tierras muertas, llamadas en árabe *mauat* (plural de *mult*), de propiedad privada, denominadas *melk* (que

comprenden todos los derechos inherentes al *dominium latino*), las tierras de las tribus, en sus tres clases de *guich*, *naiba* y *colectivas*, tierras o propiedades *majzen* y las *habús*, clasificación de que ya nos ocupamos en otra ocasión en un artículo que publicamos en esta misma Revista sobre el «Régimen de las tierras en Marruecos», y que, además de la relacionada, los marroquíes tienen otra clasificación por razón de la calidad y clase de los terrenos; pero que, para la finalidad de que aquí nos estamos ocupando, no interesa.

Y además de cuanto aquí exponemos habría que proceder también, en nuestro sentir, a la revisión de las «mulkias» antiguas y modernas (ya que hay moros expertos que las confeccionan de «todos los tiempos») creando al efecto funcionarios intérpretes, que no sólo tuviesen por misión el hacer la traducción de los documentos que hubieran de inscribirse, sino, además, asistir personalmente a los deslindes con el Registrador y los interesados en la inscripción para poder entenderse con los indígenas dueños de terrenos colindantes y orillar de ese modo las dificultades que por razón del idioma pudieran presentarse en aquel acto, como antes hemos apuntado.

Pero cuanto acabamos de consignar y puesto que, como hemos dicho, puede muy bien ser esto corregido, en nada obsta para las ventajas de la inscripción de inmuebles en los Registros de la Zona.

Mas no sólo son ésas las ventajas del sistema mencionado las que la inscripción tiene en nuestra Zona de Protectorado. Eso en cuanto al aspecto hipotecario; pero es que en lo que se refiere al judicial, la ventaja de tener un inmueble inscrito en aquellos Registros es muy grande, porque nada menos que determina la competencia de jurisdicción del juzgador, y esto hemos tenido ocasión de apreciarlo nosotros prácticamente en nuestra calidad de Letrado incorporado en aquella Zona de Protectorado con el caso siguiente: hemos sido consultado sobre la reivindicación de una parte de terreno, sito en territorio marroquí y en las proximidades de Alcazarquivir. Nuestro cliente tiene adquirido aquél, por compra a un musulmán marroquí; pero parte de ese terreno le ha sido detentado por otro moro. Cuando nos expuso el caso, había ya transcurrido el año de la detención y el despojo. Por tanto, no cabía la acción interdictal, pero sí la reivindicatoria, de la que

nuestro patrocinado nos tiene encargado. Para ello hubimos de interesarle la titulación que tuviera y nos envió una mulkia del vendedor y la escritura de compra del terreno, hecha ante dos adules y homologada por el Cadí; titulación musulmana de dominio bastante con arreglo a la legislación coránica y el rito malekita aplicable en Marruecos.

En la legislación civil musulmana, como en la nuestra peninsular, basta la suficiencia de título para el ejercicio de la acción reivindicatoria. Pero decíamos nosotros: ¿es que el Juez cristiano de Larache, a cuyo partido judicial pertenece Alcazarquivir, va a tener competencia para conocer de un asunto cuyo origen es un documento árabe, autorizado por funcionarios marroquíes y homologado por un Juez coránico? Entendimos que no, y para susstraer ese asunto del conocimiento del Tribunal del Xarâa y llevárselo al nuestro del Protectorado, no vimos más camino que aconsejar a nuestro patrocinado la inscripción en el Registro de Larache del terreno en cuestión, y en cuyo trámite hipotecario ya se está. Porque, con arreglo al apartado b) del artículo 25 del Dahir, sobre la condición de los bienes inmuebles y su régimen en general de 4 de Octubre de 1930, conocerán los Tribunales españoles del Protectorado en esta clase de litigios «cuando, cualquiera que sea la nacionalidad de las partes, se litigue sobre inmuebles o derechos reales inscritos en el Registro inmobiliario». De modo que, como se ve, es la competencia ahora bien clara a favor del Juzgado de Larache.

Pues de otro modo, y de no representar «judicialmente» la inscripción esta ventaja y no ampararnos para ello en el Dahir mencionado, hubiera tenido que conocer necesariamente la jurisdicción del Xarâa, y, por lo tanto, entender de ello el Cadí, por estar encerrada la finca en territorio musulmán y ser una de las partes súbdito marroquí, como así ocurría antes de la instauración del Protectorado y, sobre todo, de la promulgación del Dahir citado. Y como la justicia musulmana en nuestra Zona es mucho todavía lo que deja que desear, en nuestro entender, si bien es fuerza reconocer la meritoria y plausible labor de las Intervenciones, y dando, además, el carácter religioso de aquélla, no es permitido que un Doctor cristiano pueda actuar ante el Tribunal del Xarâa, nada más que a título de asesoramiento hubiéramos podido haber te-

nido semejante intervención, designando un «Ukil» que, bajo nuestro patrocinio, hubiese actuado a tal fin. Pero promovido ante el Cadí un litigio en tales condiciones, no sabemos, en definitiva, la suerte que para nuestro patrocinado dicho aquél hubiera de haber corrido.

Porque en la Zona francesa tiene allí la nación vecina intérpretes judiciales juramentados que ejercen, respecto de sus protegidos, una especie de tutela ante los Tribunales musulmanes, estando, además, afecto a tal servicio un Cuerpo de Secretarios y el de Peritos judiciales, aparte de otras importantes mejoras en ese aspecto, que son de esperar, pero que todavía nosotros no las tenemos en nuestra Zona.

JUAN FRANCISCO MARINA ENCABO,
Registrador de la Propiedad.

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 Banquero, 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.

La cuota usufructuaria del cónyuge viudo y la inscripción del Derecho hereditario

En todas las sucesiones en que el cónyuge viudo concurre se plantea el problema de si su cuota legal puede ser considerada como la de otro heredero, a los efectos de inscripción del derecho hereditario. Exponer los antecedentes que para su resolución nos ofrecen la doctrina y jurisprudencia patrias, y las de otros derechos similares al nuestro, es la finalidad de este modesto trabajo, del que su autor se considerará suficientemente compensado si acierta a llamar la atención sobre tema tan pleno de dificultades, por la naturaleza oscura del derecho sucesorio del cónyuge viudo y la imprecisión de la figura jurídica derecho hereditario en sus relaciones con el Registro de la Propiedad.

NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO SUCESORIO DEL CÓNYUGE VIUDO

La primera cuestión que interesa a nuestro estudio es la de si el cónyuge viudo tiene o no la consideración de heredero por su cuota. Sabido es que en este extremo la doctrina y jurisprudencia española están divididas. Valverde y Sánchez Román, basándose en el artículo 807 del Código civil, que explícitamente concede al viudo el carácter de heredero forzoso, en el 814, que señala los efectos de su preterición, y en el 855, que marca las causas de su desheredación, declaran como indudable su cualidad de heredero. Por el contrario, De Buen (1) sostiene la opinión contraria, fundada en las siguientes razones:

(1) En notas a la trad. de Coll y Capitant; t. VIII, pág. 329.

CUOTA USUFRUCTUARIA DEL CÓNYUGE VIUDO

- a) Que la institución en usufructo no es, dentro de la técnica de nuestra legislación civil, institución de heredero.
- b) Que el cónyuge viudo tiene derecho, más que a ser instituído, a que se le abone su cuota, y prueba de ello es que su pretención no anula la institución de heredero.
- c) Porque de los términos del artículo 838 del Código civil resulta la oposición entre los conceptos heredero y cónyuge; y porque del mismo precepto resulta que el derecho del cónyuge viudo, más que a una porción de bienes hereditarios, queda circunscrito a una cantidad de dinero que se determina en función del caudal, reducido a una entidad numérica.

El mismo autor, en la misma obra, considera que las sentencias y resoluciones que aplican al cónyuge viudo, prohibiciones y derechos de los herederos, se fundan en razones de analogía más que en identidad de situación jurídica.

La orientación de la Jurisprudencia se manifiesta en las siguientes sentencias y resoluciones :

Reconocen el carácter de heredero del viudo y su incompatibilidad con el cargo de contador la sentencia de 8 de Febrero de 1892: «el viudo es coheredero con los demás que con este carácter concurren a la herencia, desde el momento que la Ley le señala una parte alícuota de los bienes del cónyuge premuerto, y viene a suceder a éste con o sin su voluntad, aparte de que el artículo 807 del mismo Código clara y expresamente llama al viudo o viuda herederos *forzosos*». La sentencia de 13 de Junio de 1898, casi con las mismas palabras, mantiene igual doctrina, y la Resolución de 12 de Noviembre de 1895 declara la misma incompatibilidad, aunque el viudo haya renunciado a sus derechos en la herencia.

El derecho del cónyuge viudo a intervenir en la partición de su esposo premuerto es reconocido por las Resoluciones de 14 de Marzo de 1903, 30 de Abril de 1906 y 6 de Noviembre de 1912, y Sentencia de 28 de Marzo de 1924; y la de 24 de Febrero de 1926 ratifica ese carácter, reconociéndosele a los efectos de ser parte en un juicio de desahucio.

Entre las sentencias que señalan una orientación contraria figuran las de 26 de Octubre de 1904, 4 de Julio de 1906, 25 de Enero de 1911 y 10 de Enero de 1920, que establecen la siguien-

te doctrina: «El viudo, como mero usufructuario, no tiene el carácter de heredero para el efecto de poder ser demandado por razón de deudas existentes contra la herencia, pues la obligación de pagar éstas incumbe sólo a los herederos universales o que suceden en todos los derechos y obligaciones del causante, no a los llamados singularmente al disfrute temporal de una porción hereditaria, que tiene el carácter de simples acreedores.»

En la doctrina italiana, Venezian (1), consecuente con sus ideas de que la disposición de usufructo, aunque se refiera a un patrimonio, es siempre a título singular, niega el carácter de heredero al cónyuge viudo. No ve la razón de que se le considere tal, por ser llamado a la herencia por un título legal, pues lo que determina la naturaleza de la relación entre el llamado y el sucesor es el contenido, no el título o la forma del llamamiento. Considera caracteres de la representación hereditaria que consista en un derecho fijado exclusivamente con relación a la totalidad del patrimonio, siendo evidente, a su juicio, que sólo puede ser un sucesor, a título particular, el cónyuge al que se transmite una parte del caudal en usufructo. Refuta también el argumento de que por ser el viudo un legitimario tenga el carácter de heredero y cita casos del Derecho romano, en el que derechos reservados por la Ley, como los del arrogado impúber y la viuda pobre, engendraban sucesión particular.

Trata también de una cuestión interesante para nuestro estudio, la de si el viudo está investido *ope legis* de la posesión de la cuota usufructuaria y no tiene necesidad, como los demás sucesores particulares, de pedir la *inmissio* a los herederos; niega que el cónyuge tenga esa facultad, que corresponde a los demás legitimarios, no porque lo sean, sino porque son herederos.

Después se ocupa el mismo autor, apoyándose en los trabajos de Filomusi-Guelfi y Pacifici-Mazzoni, en determinar el tiempo y forma en que adquiere su derecho real de usufructo el cónyuge supérstite. Reconoce con el segundo que dicho derecho real, asignado inmediatamente por la Ley, tanto en la sucesión testada como en la intestada, lo adquiere inmediatamente que la sucesión se abre, aun cuando no la posesión de los bienes que constituyen su objeto, y difiere de Filomusi en que no existe tal derecho real

(1) Usufructo...; trad. españ., núm. 188.

y sí sólo un derecho de crédito contra los herederos para exigir la prestación del usufructo. Examina el artículo 819 del Código civil italiano, concordante con el 838 del nuestro, y deduce del mismo que el cónyuge, además del derecho real, está dotado de un derecho de obligación contra los herederos, respecto al que el derecho de usufructo desempeña la función económica de una garantía, pues subsiste hasta que el viudo no haya sido satisfecho por los herederos, mediante cualquiera de los medios que el Código establece. Termina con un resumen de la Jurisprudencia italiana, que, como la nuestra, es contradictoria.

Ferrara (1) considera también como legado la manda del usufructo universal de un patrimonio o cuota del mismo, por razones análogas a las expuestas anteriormente. Entiende, además, que en nuestro Derecho (el español) no se conoce la institución de herederos necesarios en el sentido que aparece en los ordenamientos francés e italiano, sino que la legítima está configurada en la forma pura del Derecho justiniano, de un crédito del legitimario, sobre la sucesión, a una porción de bienes, en forma que la legítima es *pars bonorum*, no *pars hereditatis* (artículo 806 del Código civil español).

Ruggiero (2) rechaza también que el cónyuge sea un heredero, con las siguientes palabras: «Heredero es quien sucede en el *universum jus* del difunto o en una cuota del mismo, quien tiene el usufructo de todos o parte de los bienes no sucede en la totalidad, sino en una relación singular; la cualidad de heredero es perpetua e indeleble; la del usufructuario, en cambio, esencialmente temporal (3). Es, pues, el cónyuge un legatario *ex lege*, y como tal no tiene *saisine hereditaria*, ni responde de las deudas *ultra vires hereditatis*.

Para terminar este ligero examen de la legislación comparada, vamos a dedicar unas líneas al Derecho francés, pocas, pues es sabido que en materia de derecho sucesorio aquel ordenamiento difiere fundamentalmente del nuestro.

El artículo 767 del Code Napoleón, modificado por las Leyes

(1) En «Rev. Der. Priv.», núm. 122.

(2) «Instituciones», trad. esp., t. II, pág. 1103.

(3) Este argumento no sirve para nuestro Derecho, en el que la institución de heredero puede ser condicional y a término.

de 9 de Marzo de 1891, 3 de Abril de 1917 y 29 de Abril de 1925, concede al cónyuge viudo derechos en usufructo, en la sucesión intestada de su consorte, en concurrencia con parientes legítimos y naturales, que varían desde un cuarto a la totalidad de la herencia.

Colin y Capitant señalan a este derecho las siguientes características:

- a) Corresponden a la sucesión irregular; es decir, sin la posesión de los bienes de la herencia.
- b) Determinar sus obligaciones por las de los usufructuarios.
- c) No constituir un derecho de reserva, sino transformarse, cuando el cónyuge premuerto haya dispuesto de todos sus bienes en un crédito alimenticio contra la herencia.
- d) Participar del carácter de los derechos de un donatario presumto.

Como se ve, en el ordenamiento francés no sólo no se considera heredero al cónyuge viudo, sino que ni siquiera tiene un derecho legitimario, protegido *ex lege*.

Como resumen de lo expuesto, llegamos a la conclusión que el derecho sucesorio concedido por nuestro Código civil en los artículos 834 al 838, al cónyuge viudo, no atribuye a su titular la cualidad de sucesor a título universal.

Fundamentan esta conclusión las siguientes razones:

1.^a Por el contenido de su derecho, que consiste en el usufructo de parte de su patrimonio, son de aplicación al cónyuge viudo los preceptos del artículo 510 del Código civil, del que claramente se deduce su irresponsabilidad en cuanto a las deudas de la herencia. Ahora bien: esto es incompatible con la condición de heredero, que responde de las deudas hereditarias hasta con sus propios bienes (*ultra virés hereditates*).

2.^a La condición de legitimario, que el artículo 807, número 3, del Código civil asigna al viudo, no significa más que su derecho está reconocido por la Ley, y que no puede ser privado de él por una declaración de voluntad, sin prejuzgar cuál sea la naturaleza de tal derecho.

3.^a La preterición del cónyuge viudo no anula la institución, a diferencia de la de los otros herederos forzosos en línea recta (artículo 814 del Código civil).

4.^a El derecho de usufructo reconocido al cónyuge viudo supone para el mismo una especie de garantía real a la satisfacción de un derecho personal de contenido equivalente contra la herencia. Para los herederos este usufructo es uno de los términos de la facultad alternativa que tienen de satisfacer al viudo, bien con la constitución del mismo usufructo o con la entrega de un capital en efectivo, renta, etc., derecho de conmutación que les concede el artículo 838 del Código civil.

5.^a Con arreglo al sistema construido por nuestra jurisprudencia, al cónyuge viudo le corresponde, como facultad hereditaria, la de intervenir ampliamente en la liquidación del caudal. Carece, en cambio, de la principal característica, que cualifica al heredero: la responsabilidad por deuda. Tampoco se opera a su favor *ipso jure* la transmisión de posesión de los bienes hereditarios o posesión civilísima del artículo 440 del Código civil. La compatibilidad entre la participación del cónyuge viudo en algunas facultades hereditarias y la carencia, sin embargo, de otras notas características de la cualidad de heredero, está puesta de relieve con gran claridad en la novísima sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Junio de 1932. Dice así uno de los considerandos: «La cualidad de herederos forzosos, declarada por el número 3 del artículo 807 del Código civil a favor del viudo o viuda, si bien carece de las notas de totalidad y perpetuidad respecto a la sucesión del causante, y por ello no confiere la representación en todos sus derechos ni la responsabilidad en sus obligaciones, es innegable que, con relación a la parte que los artículos 834 al 837 asignan al cónyuge supérstite, tiene éste la misma amplitud de facultades que para hacer efectiva la suya corresponde al sucesor universal, descendiente o ascendiente.»

Después de esta sentencia es forzoso reconocer que en el ordenamiento español el cónyuge viudo no tiene la cualidad de sucesor a título universal, y su derecho sucesorio no es un derecho hereditario.

Pasemos ahora a estudiar las características de la inscripción del derecho hereditario.

No es nuestra intención presentar una construcción completa del mismo, tarea para la que nos faltan fuerzas; sólo intentaremos des-

tacar algunas características de esta borrosa figura jurídica que nos sirvan de orientación para nuestro estudio.

El llamado derecho hereditario es el que corresponde al sucesor, a título universal, en la masa relictiva, antes de proceder a la adjudicación o, en su caso, a la división. Cuando existe un solo heredero, la cuestión práctica de la naturaleza jurídica del derecho hereditario ofrece menos dificultades, pues, por regla general, el derecho abstracto sobre los bienes que constituyen la herencia se identifica con el concreto que trae consigo la adjudicación de la misma, salvo las variaciones determinadas, por ejemplo, por la liquidación, a costa del activo, del pasivo hereditario, a consecuencia de la cual desaparezca alguna finca del caudal. Cuando los herederos son varios, se establece una comunidad, la hereditaria, de tipo singularísimo y no bien determinado en nuestra legislación, ni en la doctrina, que aparece como figura distinta de la copropiedad romana, diferenciándose por recaer sobre una universalidad; no conferir a los comuneros la titularidad ni la disponibilidad de cuota sobre cosas determinadas, por exigirse para ello un procedimiento especial de liquidación y adjudicación que atribuya a cada partícipe un *jus in re*, aunque sea de cuota ideal, sobre cosas singulares de la masa; serle aplicable el acrecimiento de cuotas por renuncia o imposibilidad de adquirir y ligar de una manera más enérgica que la copropiedad, como consecuencia de la representación del *de cuius*, solidaridad de obligaciones e indeterminación de los derechos de cada heredero (1).

Las dificultades llegan al colmo cuando el caudal relicito comprende bienes que pertenezcan a la sociedad conyugal del causante; caso frequentísimo y que nos interesa particularmente, pues suele presentarse en aquellas sucesiones en que ostenta derechos sucesorios el cónyuge viudo.

En estos casos, al lado de la comunidad hereditaria, aparece la de gananciales, análoga a aquélla y constituida por el cónyuge superviviente y los herederos del premuerto, en el tiempo que media entre la disolución y la liquidación; los derechos que corresponden a los respectivos titulares son aun más imprecisos que en la comunidad hereditaria en esta entidad patrimonial, a la que sólo

(1) Memorias de los Reg. de la Propiedad correspondientes al año 1931. Res. de 21 de Febrero de 1923 y 29 de Agosto de 1925.

falta el reconocimiento de su personalidad para desligarse totalmente de las personas de sus miembros. Tal vez en la masa total de bienes figuren los privativos del difunto, afectados, como es natural, a las resultas de la liquidación de la sociedad conyugal, y con sumandos tan indeterminados se formará la masa hereditaria del causante, en la que participarán los herederos y el cónyuge viudo. Intentar en este pandemonium precisar de manera abstracta y por módulos aritméticos los derechos de los partícipes es un vano intento, cuyas dificultades puso ya de relieve uno de los considerandos de la Resolución de 29 de Agosto de 1925.

Pues bien: estas situaciones jurídicas de tan incierta naturaleza tienen acceso al Registro en virtud de los preceptos del artículo 21 de la ley Hipotecaria y 71 de su Reglamento. Dispone este último que cuando la inscripción no implique adjudicación de bienes se inscribirá el derecho hereditario de los solicitantes expresando la parte que a cada uno corresponda en el patrimonio hereditario. Las dificultades que esta toma de razón en los libros lleva consigo, en relación con los principios del sistema; las pone de manifiesto con su habitual maestría el ilustre hipotecario D. Jerónimo Gómez-Llés (1); segúñ él, no son aplicables a esta situación ni el principio de inscripción, en cuanto los actos transmisivos de cuota no necesitan para ser opuestos a terceras personas la toma de razón; ni el principio de publicidad, ya que pudiendo practicarse la inscripción en cualquier Registro de España donde tuviera bienes el causante y no habiendo uno destinado especialmente a las herencias, faltan las bases de organización y efectividad del régimen; ni el principio de especialidad, puesto que cada finca sólo quedará afectada por los asientos extendidos en el folio a la misma dedicado y no por las indicaciones de otros no relacionados; ni, por último, el principio de prioridad, que se apoyaría en la existencia de un Diario llevado por una sola oficina y no por el medio millar de las existentes.

De todos son reconocidas las dificultades que lleva consigo determinar los efectos de la enajenación, gravamen, cesión y embargo de la cuota de derecho hereditario inscrita, y el mismo autor antes citado concluye su interesante trabajo señalando como pri-

(1) «La comunidad hereditaria», en esta revista, núm. '75.

cipal finalidad práctica de esta inscripción la de servir de legitimación a los actos dispositivos realizados por la totalidad de los interesados en la herencia.

Volviendo al objeto de este estudio, o sea a la inscripción del derecho hereditario del cónyuge viudo, examinaremos el caso más complejo que puede presentarse, o sea el del caudal relicto, en el que exista una sociedad de gananciales sin liquidar; la jurisprudencia hipotecaria ha rechazado la inscripción de todo derecho abstracto a favor de los interesados en una sucesión que comprenda bienes gananciales, sin que previamente se liquide la correspondiente sociedad para determinar el caudal hereditario. Tal es la doctrina de la Resolución de 16 de Diciembre de 1904, en la que se confirmó la nota del Registrador denegatoria de la inscripción solicitada pro indiviso a favor de los interesados en un caudal relicto, en la proporción de una mitad al viudo por sus gananciales y el resto a los hijos, con la reserva de la cuota usufructuaria de aquél. Confirma esta doctrina la Resolución de 26 de Enero de 1906, y en cuanto a la exigencia de documento público en el que conste la liquidación de la sociedad conyugal, la de 4 de Julio de 1911 y la muy reciente de 21 de Enero de 1932.

Una vez liquidada la sociedad conyugal y determinada la masa hereditaria, ¿podrá inscribirse el derecho del cónyuge viudo, suponiendo que los otros herederos sean los descendientes del causante?

Pára los que creemos que el derecho sucesorio del cónyuge viudo no es derecho hereditario se impone sin más la contestación negativa por lo que al derecho común se refiere; pues no desconocemos que instituciones forales como la viudedad universal aragonesa y la fealdad navarra, de más amplio contenido que el usufructo viudal de derecho común, no deban tener, y de hecho lo tienen, acceso al Registro.

Refuerza esta opinión el que, aun prescindiendo de que la naturaleza jurídica del derecho del cónyuge viudo fuera un obstáculo para su toma de razón en el Registro, sí lo sería la indeterminación que tal derecho presenta cuando ha de establecerse su extensión en herencia donde concurren descendientes. Al declarar la resolución de 14 de Junio de 1987 que «la práctica jurídica; que adopta distintas soluciones para suplir las deficiencias del Cód-

go en cuanto a los derechos del cónyuge viudo en la sucesión intestada de su consorte en concurrencia con descendientes, no tiene otro carácter que el de meras opiniones jurídicas, sin revestir la autoridad de una regla o doctrina legal de observancia general obligatoria», reconoce la imprecisión que los preceptos de nuestra Ley civil han introducido en la materia, tanto es así, que se cuentan casi por el número de autores las opiniones expuestas para señalar la cuantía de la cuota sucesoria del viudo, sin que ninguna de ellas tenga la sanción, siquiera, de la jurisprudencia. Salta a la vista el peligro que para la determinación inmobiliaria supone que un derecho de por sí, de contenido incierto como el hereditario, aun siendo perfectamente conocida la participación del heredero en el as hereditario, se complique aún más cuando su contenido, sea la cuota del viudo mucho más imprecisa e indeterminada. No se ve la utilidad de una inscripción que, en definitiva, no hará sino reflejar una declaración legal, existiendo otros medios en la ley Hipotecaria para asegurar registralmente tales derechos. Y aunque en los casos de concurrir el viudo con ascendientes o hermanos su cuota es más precisa, por tener, al menos, numerador y denominador fijos, deben valer también para este caso la conclusión deducida en virtud de los argumentos expuestos, de la no inscribibilidad del derecho sucesorio del cónyuge viudo, por existir en la Ley procedimiento expresamente señalado para el aseguramiento, sin distinguir de casos, de los derechos hipotecarios de aquél.

Nos referimos a la anotación preventiva establecida en el número 6 del artículo 42 de la ley Hipotecaria, en virtud de la reforma de 1909, quien, a su vez, la adoptó de la ley Hipotecaria de Ultramar.

Responde esta anotación preventiva, según la opinión más autorizada, a dar efectividad al precepto del artículo 838 del Código civil, que declara afectos todos los bienes de la herencia al pago de los derechos del cónyuge viudo. Estos se manifiestan originalmente, como ya hemos dicho, en forma de cuota usufructuaría de cuantía variable, según la calidad de los parientes con los que el viudo concurra, y se transforman o, mejor dicho, se concretan por decisión de los herederos y con asentimiento del cónyuge o, en su caso, por resolución judicial, en prestaciones a cargo de los herederos, cuyo contenido puede ser una renta vitalicia, productos

de determinados bienes o capital en efectivo, quedando mientras tanto afectos todos los bienes de la herencia al pago del usufructo correspondiente al cónyuge viudo. Aunque la introducción de la anotación preventiva del derecho del cónyuge viudo es una anomalía técnica, según opinión de un ilustre hipotecario, en relación con el sistema de anotaciones preventivas, podemos concebirla como una protección hipotecaria del derecho viudal, derecho que por su naturaleza no tiene acceso al Registro, y mientras no se concreta en la correspondiente partición o en otro acto que determine el contenido de la prestación a cargo de los herederos.

La existencia en el artículo 42 de la Ley de tal garantía parece indicar que el derecho hereditario del cónyuge viudo no es por sí inscribible, pues de otra forma no se concibe necesitase de esta protección más débil que le presta la anotación preventiva, disponiendo de la más energética que traería consigo la inscripción de su derecho hereditario.

Y con ello terminamos estas modestas consideraciones que fundamentan nuestra opinión de qué es lo que se entiende hipotecariamente por inscripción del derecho hereditario no tiene aplicación a la cuota en usufructo del viudo, que por su naturaleza jurídica ambigua y su contenido indeterminado frustraría al ser inscrito una de las principales finalidades de todo buen sistema de Registro Inmobiliario: informar con la mayor precisión al interesado en la adquisición de un derecho inscrito de su naturaleza, extensión y contenido.

ALBERTO CAMPOS PORRATA,

Notario.

Jurisprudencia de la Dirección de los Registros y del Notariado

AGRUPACIÓN DE FINCAS. NO ES NECESARIO PARA PODER INSCRIBIR LA AGRUPACIÓN QUE EN LA ESCRITURA SE SOLICITE EXPRESAMENTE, SÍ, COMO EN ESTÉ CASO OCURRE, SE DESCRIBEN LOS DOS DERECHOS COMO FINCA INDEPENDIENTE EN EL REGISTRO, Y SE DICE QUE SE FORMA UNA SOLA «QUE A LOS EFECTOS DE INSCRIPCIÓN» SE DESCRIBE, PORQUE SE CUMPLÉ EL REQUÍSITO LEGAL DE LA EXPRESIÓN CLARA DE LA VOLUNTAD DEL DUEÑO DE QUE FORMEN UNA SOLA FINCA; CON LO QUE DEBÉ ENTENDERSE EXPRESADA LA FORMA EN QUE SE DESEA INSCRIBIR.

Resolución de 4 de Julio de 1933. (Gaceta de 23 de Julio.)

El Notario de Las Palmas, D. Antonio Tresguerras Romero; autorizó escritura en la cual, manifestando D. Bruno Morales González ser dueño de dos cuartas partes de una azada de agua por el Heredamiento de Arucas y Firgas, cuya dula consta de treinta y un días y su entrada tiene lugar el veinticinco de dula, constituyendo y describiéndose cada una de las dos cuartas partes como finca independiente en el Registro, se formó una sola «que a los efectos de inscripción se describe como sigue: Media azada de agua por el Heredamiento de Arucas y Firgas, su dula de treinta y un días y su entrada el 25 de dula; vendiendo el señor Morales la media azada de agua a D. Francisco Batista Zerpa, que aceptó la escritura y sus efectos legales en todas sus partes».

El Registrador de la Propiedad de dicha ciudad suspendió

la inscripción por no solicitarse expresamente la inscripción de agrupación de las fincas que comprende.

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

Planteándose en este recurso la cuestión única de si está o no solicitada la inscripción de la agrupación en el documento que motivó la nota recurrida, todo se reduce a la interpretación de la terminología legal en relación principalmente con la jurisprudencia en que tanto el Notario como el Registrador apoyan sus argumentaciones.

La referida jurisprudencia, al tratar los casos planteados, se contrae generalmente a los requisitos necesarios para que puedan inscribirse en un solo folio varias entidades hipotecarias, expresando la necesidad de que se consigne en documento público en forma clara y expresa, si no solemne, la voluntad del dueño de que se tenga como una sola finca la agrupada a los efectos de la inscripción, sin que sea lícito deducir tal voluntad de cualquier circunstancia que pueda más o menos encajar en las premisas legales necesarias para que tenga viabilidad registral la finca unificada.

Cumplida en la escritura esta formalidad fundamental y expresándose que con las dos partidas de aguas se forma una sola finca «a los efectos de la inscripción», no puede por menos de entenderse solicitada ésta, porque, como se dice en el auto presidencial, hay que estimar expresada la forma en que se deseaba inscribir.

DIFERENCIA EN EL ELEMENTO PERSONAL. SI BIEN LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD NO SE HALLAN AUTORIZADOS PARA DECIR POR SÍ, SI LA DIFERENCIA EN LOS APELLIDOS DEL QUE TIENE INSCRITO Y TRANSMITE ES TAN SÓLO UNA SIMPLE EQUIVOCACIÓN, OCURRE QUE LA TRANSCRIPCIÓN EQUIVOCADA EN UNA LETRA DE UN APELLIDO PUEDE ADMITIRSE COMO CONFUSIÓN EN LA PRONUNCIACIÓN DEFECTUOSA DE LAS CONSONANTES, TAN FRECUENTE EN LA REGIÓN ANDALUZA, QUE NO IMPIDE LA INSCRIPCIÓN CUANDO, A MÁS DE LA ASEVERACIÓN DEL NOTARIO, ES POSIBLE, POR OTRAS CIR-

CUNSTANCIAS, IDENTIFICAR CUMPLIDAMENTE LA PERSONA, SIN DUDA RACIONAL DE QUE SEA LA MISMA.

Resolución de 7 de Julio de 1933. (Gaceta de 30 de Julio.)

El Notario de Guadix, D. Luis Rodríguez y Ponce de León, autorizó escritura de préstamo, en la que compareció D. Antonio Casal Andrade como deudor, que hipotecó una casa a favor de D. José Reyes González, en garantía de un préstamo que de éste recibía, haciéndose constar que había adquirido la casa por compra a doña Margarita Laureana Alarcón Peinado por escritura otorgada en 9 de Mayo de 1912 ante el Notario D. Ramón Poyatos Martínez, en cuyo título se había escrito el primer apellido del comprador Cazar, siendo Casal, según firmaba en la escritura, siendo, desde luego, la misma persona, según le constaba al Notario.

Presentada la primera copia de la referida escritura de hipoteca en el Registro de la Propiedad de Guadix, se puso en la misma por el Registrador la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento por el defecto de aparecer la finca inscrita a nombre de D. Antonio Cazar Andrade, persona distinta del deudor, no tomándose anotación preventiva por no estimarse procedentes.»

Revocó el Presidente de la Audiencia la nota del Registrador, y la Dirección general confirma el auto apelado, en estos términos:

Exigiendo la normal aplicación del artículo 20 de la ley Hipotecaria la identificación de la persona que verifica la enajenación o el gravamen, en relación con la finca que se transfiere o sobre la cual recae el Derecho real que se trata de inscribir, todo se reduce a fijar, en el caso de este recurso, si existe o no la identidad necesaria entre el dueño de la finca D. Antonio «Cazar» Andrade y el hipotecante D. Antonio «Casal» Andrade.

Aunque los Registradores no están autorizados para estimar que donde hay diferencia en los apellidos existe una simple equivocación, es perfectamente admisible que «Cazar» fuera en las anteriores escrituras una transcripción equivocada de «Casal», reflejada en las inscripciones, por la confusión capaz de producir la

locución incorrecta de los comparecientes en las escrituras, que obliga a negar a los argumentos con que el Registrador defiende la oportunidad de su nota el valor que tendrían en otros supuestos.

A parte la afirmación del Notario de ser la misma persona, el hecho de haber firmado «Casal» en la escritura matriz de adquisición de la finca que ahora se hipoteca, desvanece cualquier sospecha que la variación de las dos letras pudiera haber sugerido en el ánimo del calificador; mucho más si se tiene en cuenta que, según la aseveración del Notario recurrente, no contradicha por el Registrador, en la copia de tal escritura, al sacar la firma se escribió el repetido apellido «Cazal», lo cual revela que en la confección del documento no se tuvo el cuidadoso celo que su naturaleza exigía.

VENTA JUDICIAL DE FINCA INSCRITA CON PROHIBICIÓN DE VENDERLA NI GRAVARLA. EN EL ÍTERIN TAL LIMITACIÓN DEL DOMINIO NO DESAPAREZCA EN VIRTUD DE CONTRATO O SENTENCIA JUDICIAL, NI EL DUEÑO, NI EL JUEZ EN SU REBELDÍA TIENEN CAPACIDAD PARA PURIFICAR LA TRANSMISIÓN DE LAS CONDICIONES IMPUESTAS. NO SON TRANSMISIBLES MÁS DERECHOS QUE LOS INSCRITOS. NO PUEDE PROSPERAR, SIN EL FALLO PREVIO DE LOS TRIBUNALES, LA ALEGACIÓN DE PREScripción ADQUISITIVA.

Resolución de 13 de Julio de 1933. (Gaceta de 8 de Agosto.)

A D. Rafael Pucyo le fué adjudicada, y así se inscribió en el Registro, la nuda propiedad de una casa en Valencia «con la prohibición de vender, enajenar o, en otra forma, gravar con cargas reales o servidumbres de cualquier especie durante la vida del heredero». Habiendo fallecido antes que el nudo propietario la usufructuaria vitalicia, fué embargada dicha casa en diferentes ocasiones y por distintas causas, obteniéndose en todas ellas anotación de los derechos alegados con las limitaciones referidas, y seguido en juicio ejecutivo, en el Juzgado del distrito de Serranos, de Valencia, procedimiento de apremio para la exacción de las costas, se subastó la finca el 16 de Octubre de 1899, adjudicán-

dose a D. Manuel Pérez Oliete, padre de la recurrente, y otorgando la escritura de venta el Juez, en nombre y por rebeldía del demandado, con fecha 11 de Noviembre de 1899.

Presentada la mencionada escritura en el Registro de la Propiedad, fué suspendida la inscripción porque, adjudicada la finca a D. Rafael Pueyo con la prohibición, como condición resolutoria, de vender, enajenar o, en otra forma, gravar con cargas reales y servidumbres durante la vida del heredero, parece darle el carácter de usufructuario más que el de señor absoluto del dominio, que ha de transmitir después de su muerte a quien corresponda, no apareciendo que sobre dicha circunstancia hubiere recaído auto o sentencia firme defendiéndola o aclarándola.

Por la representación de doña Francisca Fos, esposa del señor Pueyo, y una de las que tenían anotada demanda, se presentó escrito al Juzgado solicitando se declarase inscribible la escritura de venta relacionada, convirtiendo en inscripción la anotación de embargo practicada, a lo que se accedió por auto en el que se hacía constar que el Registrador verificó la anotación preventiva de embargo sobre la nuda propiedad de la finca, y acreditado el fallecimiento de la usufructaria, quedó extinguido dicho gravamen, consolidándose con la nuda propiedad a favor de D. Rafael Pueyo, a quien fué embargada y vendida en pública subasta, siendo al Juzgado, que conocía del asunto, al que correspondía la conversión de la anotación en inscripción definitiva, conforme al artículo 84 de la ley Hipotecaria, habiendo servido tal anotación de base y antecedente para proceder a la venta, por la que se hizo efectivo el derecho que motivó la anotación preventiva, según el caso 7.^o del artículo 74 del Reglamento hipotecario. Presentado en el Registro el correspondiente mandamiento con la escritura de venta, se suspendió nuevamente la inscripción, fundándose el Registrador en que sólo por el procedimiento establecido en la vigente ley Hipotecaria podía dejarse sin efecto la anterior nota de suspensión.

Ocurrido el fallecimiento del adjudicatario, sus herederos presentaron de nuevo el título para su inscripción, con el mandamiento del Juzgado, testamento del comprador y testimonio de declaración de herederos abintestato del mismo—que se acompañan—, poniendo el Registrador, en 19 de Mayo de 1930, la nota que si-

gue: «No admitida la inscripción de la precedente escritura y mandamiento adjunto, por los defectos siguientes: 1.^º Que aquéllas comprende la venta de la finca a nombre y rebeldía de D. Rafael Pueyo Gimeno, por el señor Juez del Distrito de Serranos, de esta capital, en los autos de apremio derivados del depósito y alímentos provisionales a que el documento se refiere, para cuya enajenación carecía de capacidad aquel interesado, puesto que adquirió la nuda propiedad del inmueble de que se trata con la condición expresa que envuelva la prohibición de venderlo, enajenarlo en otra forma y gravarlo con cargas reales ni servidumbres durante su vida, en cuyos términos figura tal derecho inscrito en el Registro a favor del citado Sr. Pueyo en concepto de herencia de D. Pedro Ariño Teruel, que le impuso en su testamento dicha limitación, la cual ha de estimarse extensiva al usufructo del mismo predio ya consolidado en la nuda propiedad al quedar extinguido por muerte de la persona que lo ostentaba. 2.^º Que tal restricción se halla subsistente, por cuanto la resolución judicial, contenida en el indicado mandamiento, no la anula ni modifica, y, por otra parte, aparece ésta dictada en diligencias distintas de juicio declarativo correspondiente, que para ello sería el adecuado, como se deduce del artículo 46 de la ley Hipotecaria en relación con el 481 y concordantes de la de Enjuiciamiento civil. Y siendo ambos defectos de carácter insubsanable, no se toma anotación preventiva.»

El Presidente de la Audiencia confirma la nota del Registrador, y la Dirección general el auto apelado con los siguientes fundamentos:

Los actos de enajenación realizados por los Juzgados, cuando no existen especiales y expresos pronunciamientos en contrario, no purifican el dominio transmitido de las condiciones impuestas, rigiendo para el Juez, ya obre en representación del deudor, ya en virtud del imperio que la Ley le atribuye, el principio de que no puede transmitir al adquirente más derechos de los que el demandado tiene inscritos.

Sin entrar a examinar, por no ser éste el momento oportuno, la procedencia o improcedencia de las anotaciones preventivas de embargo que se practicaron, es indudable que ellas no gozan de la sustantividad hipotecaria de la inscripción, con las ventajas que

ésta concede, porque sólo determina anticipadamente los límites dentro de los cuales pueden ser desenvueltos, con efectos retroactivos, los pronunciamientos de un fallo judicial.

Habiéndose seguido la vía de apremio en la cual se realizó la venta y se otorgó la escritura, no parece procedente la conversión de la anotación preventiva de embargo en inscripción definitiva sin alterar el orden de los asientos y la normal ordenación del procedimiento; pudiendo, desde luego, el Registrador apreciar su alcance y la fuerza cancelatoria de los pronunciamientos inscribibles, porque una vez realizada la conversión, por medio de una inscripción especial, el derecho condicional puede transformarse en incondicionado y definitivo, sufriendo los terceros las consecuencias cancelatorias.

Finalmente, la circunstancia de haber sido calificados anteriormente los títulos no quita virtualidad alguna a la nota recurrida, puesto que no habiendo precepto alguno que prohíba a los interesados presentar nuevamente en el Registro los documentos cuya inscripción haya sido suspendida o denegada en época anterior, no puede negarse al Registrador la facultad de calificarlos de nuevo, incluso rectificando la calificación si la estimase infundada.

BIENES GANANCIALES. EL SOLO RECONOCIMIENTO, POR PARTE DEL MARIDO, DE PERTENECER A SU ESPOSA EL DINERO INVERTIDO EN LA COMPRA O EDIFICACIÓN NO PUEDE SER SUFFICIENTE A DESTRUIR LA REGLA GENERAL DE REPUTARSE GANANCIALES LOS BIENES ADQUIRIDOS A TÍTULO ONEROso DURANTE MATRIMONIO, YA QUE PUEDEN DE ESE MODO BURLARSE LAS PRESCRIPCIONES LEGALES QUE PROHIBEN LOS CONTRATOS ENTRE CÓNYUGES. ESTE CRITERIO DE DESCONFIANZA DE LA JURISPRUDENCIA TIENE MÁS JUSTIFICACIÓN CUANDO TAL RECONOCIMIENTO SE HACE DESPUÉS DE VERIFICADA LA ADQUISICIÓN. NO ES POSIBLE RECTIFICAR GUBERNATIVAMENTE EL ASIENTO EXTENDIDO EN FAVOR DEL MARIDO COMPRADOR, PORQUE ELLO SERÍA UNA CANCELACIÓN QUE SÓLO POR PROVIDENCIA EJECUTORIA PODRÍA HACERSE, TODA VEZ QUE LA PRETENSIÓN DE VERIFICARLO MEDIANTE CONSENTIMIENTO DE LOS INTERESADOS ENTRARÍA UNA ILÍCITA ENAJENACIÓN DE DERECHOS DE UN CÓNYUGE A OTRO.

Resolución de 7 de Agosto de 1933. (Gaceta de 18 de Agosto.)

En escritura otorgada ante el Notario D. José Valiente Sorian, de Madrid, en 21 de Abril de 1931, los esposos D. César Sanz Muñoz y D.^a Patrocinio Fernández de Piérola hicieron constar que por otra, que se inscribió en el Registro de la Propiedad, don José M.^a Otamendi, representando a la Compañía Urbanizadora Metropolitana, vendió al D. César un solar, en el que éste se comprometió a edificar un inmueble, en precio de 39.036,75 pesetas, cuya compra había sido realizada con dinero de la citada esposa proveniente de herencia de su tío, según escritura que se acompañó, en la que se la adjudican en metálico y valores más de 200.000 pesetas. Que en virtud de lo consignado solicitaban del Registrador la inscripción del inmueble a nombre de doña Patrocinio, rectificando la anterior inscripción a favor de su esposo; que con dinero de la misma procedencia, y sobre el solar expresado, se había construído una casa-hotel, formulando la declaración de obra nueva y solicitando también su inscripción a nombre de D.^a Patrocinio Fernández de Piérola, y que a la finca se le asignaba un valor de 156.550 pesetas 40 céntimos, de las cuales correspondían al solar 57.050 pesetas 40 céntimos y 99.500 pesetas a lo edificado.

Hecha la misma solicitud de inscripción por D. José María Otamendi, en nombre y representación de la Compañía Urbanizada Metropolitana, que aprobaba, confirmaba y ratificaba lo anterior, por escritura ante el propio Notario Sr. Valiente, fecha 10 de Agosto de 1931, fueron presentados los documentos en el Registro, poniéndose por el Registrador, en la primera copia de la escritura de 21 de Abril de 1931, la nota que sigue: «No admitidas las inscripciones que se solicita se practiquen a favor de doña Patrocinio Fernández de Piérola, en virtud del documento que precede y demás que se acompañan, por advertirse los defectos siguientes: Primero, en cuanto a la del solar que en el documento se describe, adquirido a título oneroso por D. César Sanz durante su matrimonio con la citada doña Patrocinio, por no fundarse la solicitud de su inscripción a favor de ésta en ninguno de los títulos que, según el artículo 2.^º de la ley Hipotecaria, han de inscribirse en el Registro, por no serlo la simple manifestación he-

cha por ambos cónyuges de que el dinero satisfecho como precio de la compra del inmueble, realizada con tres años y medio de anterioridad por el marido, tenía carácter privativo de aquélla. Segundo, en cuanto a la obra nueva como privativa de la esposa, doña Patrocinio: a) Por no constar inscrito a su favor el solar en que se ha edificado. b) Por tener carácter ganancial el edificio construido durante el matrimonio aun en terreno privativo de uno de los cónyuges, según dispone el párrafo segundo del artículo 1.404 del Código civil. Tercero, implicar la manifestación de los cónyuges de que el dinero invertido en la adquisición del inmueble y en la obra nueva era privativo de la mujer, y la solicitud de inscripción de uno y otra a favor de ella con tal carácter un contrato entre los cónyuges por el que se adjudica a la mujer, en pago de sus aportaciones al matrimonio, un inmueble que, como adquirido por el marido con tres años y medio de anterioridad, a título oneroso, subsistente la sociedad conyugal, y por declaración de la Ley, tiene carácter presunto de ganancial, sin haberse disuelto dicha sociedad, y nulo, además, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.458 del Código civil. Los defectos tienen carácter de insubsanables, y no procede anotación preventiva.»

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador de la Propiedad de Occidente, de Madrid, y en el recurso interpuesto por el Notario, la Dirección general confirma el auto apelado con los siguientes Considerandos:

Si admitida la excepción a la regla general de que se reputan gananciales los bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, era obligada la exigencia de que se justifique en cada caso la procedencia del dinero, resulta en contrario evidente que el mero reconocimiento por parte del marido de pertenecer a su esposa el constitutivo del precio empleado para la adquisición o para la edificación, al efecto de que lo comprado o edificado se tenga por parafernial o dotal, no puede por sí sólo ser suficiente a destruir aquella presunción ante el peligro de que, por la sola voluntad de los interesados, queden alterados los derechos que la Ley otorga al marido en la sociedad conyugal, y a ambos cónyuges o sus herederos, a la disolución, se burle la prescripción legal que veda los contratos entre ellos o se disfraze una ilícita donación.

El criterio de desconfianza de la Jurisprudencia ante semejan-

tes reconocimientos o confesiones a los que tampoco la Ley da fuerza—como lo evidencia el artículo 170 de la Hipotecaria—ha de acentuarse cuando el reconocimiento se pretende *a posteriori*, es decir, después de adquirida la cosa para la sociedad conyugal, tanto más cuanto que la afirmación del marido, en el caso del recurso, se apoya en que el dinero para la compra del solar y para su edificación era procedente del capital que se dice aportado en dote estimada por la esposa al matrimonio después de celebrado éste, y, por tanto, sin posibilidad legal de constituirla, o con traspaso de la propiedad al marido de ser válida, sin que tampoco conste la entrega para su administración al tratarse de bienes parafinales, como parece evidente.

A mayor abundamiento, inscrita en el Registro, de conformidad con el título, la transferencia a nombre del marido como representante de la sociedad conyugal, tampoco es posible la rectificación gubernativa del asiento correspondiente, que supondría cancelación total o parcial sobre la base de la nulidad y nueva inscripción a favor de la esposa, porque hallándose los asientos bajo el amparo de los Tribunales, sólo pueden ser cancelados en virtud de providencia ejecutoria, decretada en el juicio declarativo correspondiente, cuando los interesados no han manifestado su consentimiento en escritura o documento auténtico, a lo que equivale la imposibilidad de manifestarlo, o de tenerse por válida la manifestación, porque, de admitirse, la mutación pretendida entrañaría, como queda indicado, enajenación contra ley de derechos de un cónyuge a otro o de la sociedad conyugal.

HIPOTECA. PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL PARA HACERLA EFECTIVA.

HABIÉNDOSE MODIFICADO AQUÉL EN LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN POR EL PACTO DE QUE EN EL ANUNCIO DE SUBASTA SE HARÍA CONSTAR EL TIPO, LA OMISIÓN DE ESTA CIRCUNSTANCIA VICIA EL PROCEDIMIENTO, CONSTITUYENDO DEFECTO QUE IMPIDE LA INScripción DE LA ESCRITURA DE ADJUDICACIÓN. NO PUEDE EXIGIRSE LA PUBLICACIÓN DEL ANUNCIO DE SUBASTA EN SITIOS DISTINTOS DE LOS PACTADOS, DADO EL CARÁCTER PERMISIVO DEL ARTÍCULO 201 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, Y EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE CONTRATACIÓN, QUE CONSAGRA EL 1.255 DEL CÓDIGO CIVIL. NO TIENE EL POSTOR ADJUDICATARIO LA OBLIGACIÓN DE CONSIGNAR NI DE

ENTREGAR AL DEUDOR LA DIFERENCIA ENTRE EL PRECIO DE TASACIÓN DE LAS FINCAS PARA EL CASO DE SUBASTA Y EL EN QUE SE LE ADJUDICA, TODA VZQ QUE SE PACTÓ LA ADJUDICACIÓN DE FINCAS POR EL IMPORTE LÍQUIDO DEL CRÉDITO, CASO DE NO HABER POSTOR EN LA SEGUNDA SUBASTA.

Resolución de 25 de Agosto de 1933. (Gaceta del 13 de Septiembre.)

Por el Notario de Valladolid, D. Luis Ruiz de Huidobro, se autorizó el año 1928 escritura por la que D. Valentín Herrero Rodríguez dió cierta cantidad en préstamo a D.^a Fortunata Betegón Gómez, con garantía hipotecaria, pudiendo el acreedor lograr la efectividad de su derecho, ejercitando la acción hipotecaria sobre las fincas gravadas o procediendo a enajenarlas ante Notario para cobrarse su crédito con el precio de la venta, o adjudicándoselas en pago del mismo, sujetándose el procedimiento extrajudicial a las disposiciones de los artículos 1.872 del Código civil y 201 del Reglamento hipotecario, que no estuviesen modificados por las estipulaciones siguientes: Que el requerimiento para el pago se haría por medio de Notario en el domicilio de la deudora y del dueño de los inmuebles en su caso, según constara en el Registro; que las subastas se anunciarían en el *Boletín Oficial* de la provincia de Valladolid y en uno de los periódicos de esta capital, con veinte días de antelación, haciéndose constar el tipo, que sería el mismo—pesetas 45.000—que se había fijado para la judicial, debiendo celebrarse en la Notaría de Valladolid que el acreedor eligiese, en el día y hora que el mismo determinase; y que si tampoco hubiese postor en la segunda subasta, podría el acreedor adjudicarse las fincas por el importe líquido de su crédito, dando a la deudora carta de pago de todo lo que le debiera por razón del préstamo.

Requerida de pago la deudora, celebradas dos subastas sin haber acudido postor, por escritura autorizada por el Notario D. Luis Ruiz de Huidobro, se adjudicaron al acreedor, D. Valentín Herrero, las fincas, dando éste a la deudora carta de pago de lo debido, por virtud del préstamo, y solicitando el mismo acreedor la cancelación de la hipoteca.

Presentada la primera copia de la escritura últimamente mencionada en el Registro de la Propiedad de Frechilla, se puso en la

misma por el Registrador la nota que sigue: «Suspendida la inscripción del precedente documento, por no constar en él el cumplimiento de los requisitos siguientes: 1.^º Indicación de la cantidad que constituye el tipo de subasta en los anuncios publicados en el *Boletín Oficial de Valladolid y Norte de Castilla*. 2.^º Anuncios de las subastas, por edictos, en Bobadilla de Ríoseco y *Boletín Oficial de Palencia*. 3.^º Inserción en la escritura del pliego de condiciones de subasta o aportar testimonio; y 4.^º Entrega a D.^a Fortunata Betegón de las 11.520 pesetas, que constituye la diferencia entre las 45.000 de la tasación de fincas, a los efectos de subasta, y las 33.480 en que se las adjudica el acreedor. Todo ello según establece el artículo 201 del Reglamento hipotecario y, por analogía, los 131 de la ley Hipotecaria y 1.495 de la de Enjuiciamiento civil. Los expresados defectos tienen el carácter de subsanables, si realmente se ha seguido el procedimiento atemperándose a los expresados requisitos, aunque no se haya hecho constar en el precedente documento, y son insubsanables si tales requisitos no han sido aplicados.»

El Presidente de la Audiencia declaró hallarse bien extendida la escritura, y la Dirección general, con revocación en parte del auto apelado, estima la existencia del primero de los defectos de la nota del Registrador, con los siguientes fundamentos:

El artículo 201 del Reglamento hipotecario, al regular el procedimiento extrajudicial, lo hace con un carácter marcadamente permisivo, como lo demuestran no sólo los términos en que aparece redactado, sino muy especialmente la referencia que hace al artículo 1.255 del Código civil, que consagra la libertad de los contratantes para establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral ni al orden público; de donde se deduce que para examinar las cuestiones que se plantean en este recurso es necesario fijar si los pactos modificativos del precepto reglamentario citado se ajustan a aquellos fundamentales y sustantivos establecidos en garantía de los deudores.

Habiéndose pactado en la escritura de constitución de hipoteca que las subastas se anunciarían en el *Boletín Oficial* de la provincia de Valladolid y en uno de los periódicos de esta capital, «habiéndose constar el tipo, qué será el mismo que se ha fijado para la

judicial», y no habiéndose hecho así en los anuncios publicados en dicho periódico oficial ni en *El Norte de Castilla*, es evidente que la inobservancia del pacto vicia el procedimiento.

Por el mismo principio de obligatoria sujeción a lo pactado, y por los términos imperativos con que aparecen redactadas las cláusulas modificativas de referencia, no puede exigirse el anuncio de las subastas por edictos en Boadilla de Ríoseco y en el *Boletín Oficial* de la provincia de Palencia, teniendo en cuenta, además, la proximidad de las provincias y la difusión del periódico expresado; pudiendo decirse otro tanto en cuanto a la inserción en la escritura del pliego de condiciones, aunque por la razón distinta de no estar tal requisito exigido ni por la ley ni por el pacto, ni tener en esta clase de subastas el alcance que se le atribuye en otras de distinta especie.

El artículo 1.859 del Código civil, al prohibir al acreedor que se apropie las cosas empeñadas o hipotecadas por el solo hecho del incumplimiento de la obligación—pacto *comisorio* rechazado por el Derecho romano y prohibido ya por Constantino—no le prohíbe que las venda, cuando llegue tal caso, ni que se las adjudique, como consecuencia del remate en que no haya postor, porque tal prohibición implicaría el desconocimiento de las acciones y obligaciones nacidas del contrato, en virtud del consentimiento que para ello prestó el deudor al hipotecar.

Habiéndose establecido en la escritura de constitución de hipoteca que «si tampoco en la segunda subasta hubiese postor, podrá el acreedor adjudicarse las fincas por el importe líquido de su crédito», no tiene éste la obligación de consignar el importe de la diferencia con el de la tasación, tanto más en cuanto que tal adjudicación se hizo por una cantidad que está dentro de las posibilidades establecidas en los procedimientos de carácter judicial, según los artículos 1.504 de la ley de Enjuiciamiento civil y regla 12 del artículo 131 de la ley Hipotecaria, preceptos que, por su carácter, alejan toda presunción de inmoralidad.

LUIS R. LUESO,

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL Y MERCANTIL

175. *Precario y desahucio.* Es precarista el que disfruta un inmueble sin pagar merced, y sin título aceptable de tenencia que destruya la presunción de que el disfrute es por mera tolerancia del dueño. Sentencia de 5 de Octubre de 1933.

Preceptuado por la ley Hipotecaria en su artículo 41 que quien tenga inscrito a su nombre el dominio de inmuebles se presume a los efectos del Código civil que tiene la posesión de los mismos, con todos los derechos del propietario y poseedor de buena fe y declarando probado el Tribunal *a quo*, sin que el recurrente lo haya contradicho ni impugnado en forma eficaz, que el inmueble objeto de desahucio está inscrito a nombre del actor y que tiene la posesión real y civil, es forzoso reconocer que le asiste la acción que ejercita por ostentar la cualidad requerida para ello por el artículo 1.564 de la ley Procesal.

Lo que caracteriza al precarista procesal a que se refiere el número 3 del artículo 1.565 de la ley de Enjuiciamiento civil es que el demandado con tal calidad disfruta el inmueble sin pagar merced ni estar legitimado su aprovechamiento por algún título aceptable de tenencia que destruya la presunción de que sólo a la tolerancia del dueño y poseedor real cabe atribuirla al no mediar la natural compensación económica; situación ésta en la que se encuentra el demandado con relación al inmueble de autos, según afirmación del Tribunal de instancia, por lo cual no infringió el artículo 1.750 del Código civil en relación con la Ley 1.^a, Título 26, Libro 43 del Digesto, ya que dicho Tribunal, para fundamentar

su fallo, no partió, por inexacto, del supuesto de que el aprovechamiento del inmueble por el demandado tenga base contractual.

* * *

Sobre el concepto de precario, véase De Buen : «Apéndice a los temas de Código civil» (contestaciones a Registros) (1).

En cuanto a la extensa bibliografía a que ha dado lugar el artículo 41 de la ley Hipotecaria, cfr. en «Revista de Derecho Privado» — Manuel de la Plaza — algunas observaciones críticas (tomo III, pág. 70). Gayoso : «Utilidad»... ; t. III, pág. 212, y tomo V, página 105. Ved la bibliografía que indicamos en la Sentencia de 4 de Abril de 1932 (número 99 de esta Revista). Pueden también consultar la Sentencia de 28 de Marzo de 1932 (número 97 de esta Revista) y la de 29 de Mayo del mismo año (número 100 de REVISTA CRÍTICA).

176. *Desahucio por falta de pago. Efectos de la consignación de la renta, según lo dispuesto en el artículo 4.^º de la Ley de 27 de Julio de 1933. ¿Puede entenderse en la frase «cualquier instancia» el recurso de casación?* Sentencia de 13 de Octubre de 1933.

En virtud de lo que terminantemente dispone el artículo 1.566 de la de Enjuiciamiento civil, no se puede, en ningún caso, admitir el recurso de casación en un juicio de desahucio cuando sea interpuesto por el demandado si no acredita, al interponerlo, que tiene pagadas las rentas vencidas y las que debe pagar adelantadas, o si no las hubiera consignado oportunamente ante el Tribunal; y que este requisito indispensable para la viabilidad del recurso ha de ser previo a su interposición se evidencia con la simple lectura del artículo 1.718 de la misma Ley, en cuyo número 4.^º exige que entre los documentos que han de acompañarse al escrito de interposición del recurso en los juicios sobre desahucio en que sea recurrente el arrendatario se aporte el documento acreditativo de haber efectuado el pago o consignación de que queda hecho mérito en cumplimiento de lo ordenado en el artículo antedicho y habiéndose omitido en el caso presente ese imprescindible y esencial requisito, es indudable que no se puede admitir el recurso.

(1) Madrid. Ed. Reus, 1920, pág. 96.

Por haber consignado el recurrente la renta al amparo de lo que dispone el artículo 4.^º de la Ley de 27 de Julio último, es preciso examinar la eficacia de esa consignación, y para ello hay que reconocer que, en efecto, dicha Ley autoriza a los arrendatarios de fincas rústicas contra los que se sustancien desahucios por falta de pago para que en cualquier trámite e instancia del juicio si no se hubiera llegado al lanzamiento, pueda éste evitarse, consignando ante el Tribunal que conozca del asunto la renta adelantada, siempre que la consignación se verifique dentro de cinco días, a cnotar desde la fecha de la promulgación de dicha Ley (*Gaceta del 6 de Agosto*), y dejando a un lado que el recurso de casación no puede considerarse comprendido dentro de la denominación de «cualquiera instancia» a que se refiere esta Ley, por que aquél se rige por normas procesales distintas de las de instancia, aun concediendo, sólo a fines polémicos, que el concepto de referencia alcanzara también al recurso que nos ocupa, tampoco podría, en el caso de autos, admitirse la eficacia de esa consignación que se hizo el 29 de Agosto, cuando ya había transcurrido con exceso el término legal dentro del cual podría utilizarse ese derecho, con lo cual se evidencia que tampoco bajo este aspecto puede prosperar la admisión del recurso.

* * *

Sobre la naturaleza jurídica de la consignación en la revisión de rentas, véase Antonio Garrigues: «La prórroga de los arrendamientos y la revisión de rentas de fincas rústicas». Madrid, 1932; página 62.

Con relación a la aplicación del Decreto de 29 de Abril de 1931, véase «Revista de Legislación», tomo 161, pag. 674.

177. *Fianza. Circunstancias precisas para la liberación de los fiadores. No puede admitirse que en interés del fiador haya de prestar más diligencia que éste el acreedor, quien confía en la solvencia del fiador tanto como en la del deudor.* Sentencia de 7 de Octubre de 1933.

Don A. interpuso demanda contra un Banco exponiendo que por documento privado, elevado luego a escritura el año 1921, que-

dó perfeccionado entre el demandante y don M. un contrato de arriendo de un barco ; contrato que abarcaba diferentes cláusulas, entre ellas, la de que el arrendatario quedaba comprometido a dar una garantía de entidad bancaria para que, en caso de no pagar el arriendo, pudiera el arrendador incautarse de ella, sin perjuicio de las demás acciones que le asistieran.

La garantía quedó constituida en el Banco demandado, según carta por éste escrita, y para la duración del contrato.

Por incumplimiento, el demandante procedió judicialmente contra don M., y el Juzgado y la Audiencia condenaron al arrendatario a pagar al actor cierta suma, invirtiéndose en el pago la fianza del Banco, negándose éste a entregarle dicho importe, por lo que le demandaba para que se declarase que el Banco venía obligado a hacerle entrega de la fianza.

El Juzgado dictó sentencia declarando haberse extinguido la obligación ; pero la Audiencia revocó la anterior condenando al Banco a pagar, como fiador, las 114.000 pesetas y los intereses legales.

Interpuesto recurso por el Banco, lo rechazó el Supremo, considerando que no es de aplicación al caso actual el artículo 1.833 del Código civil, porque no resulta que el Banco fiador haya hecho gestión alguna sobre el pago de la deuda de referencia, ni que haya señalado al acreedor bienes del deudor suficientes para cubrir el importe de la misma, como previene el artículo 1.832, ni, por tanto, cabe en tal respecto estimar al acreedor negligente en la excusión de bienes que no se le señalaron, como tampoco puede aplicársele la culpa o negligencia que define el artículo 1.104, porque este artículo se refiere exclusivamente al deudor, del cual aquí no se trata, no permitiendo ni una ni otra disposición que se apliquen a más de lo que comprenden, por su carácter penal.

La liberación de los fiadores establecida por el artículo 1.852 del Código civil está condicionada a que el acreedor realice algún hecho por el que no puedan aquéllos quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios de éste, de cuyas expresiones se desprende que la Ley exige actividad, acción, no bastando cualquier falta de diligencia, y en tal atención, aceptando los hechos que el Banco demandado expone en sustancia y que la Sala sentenciadora admite, lejos de observarse negligencia en el acreedor,

es en el Banco donde se observa, no pudiendo admitirse en buena lógica que para guardar los intereses del fiador haya de prestar más diligencia que éste el acreedor, quien confía en la solvencia del fiador tanto como en la del deudor.

178. *Partición de herencia. Es innecesaria la citación para el inventario que ordena el artículo 1.057 del Código civil, si todos los herederos son mayores y existen albaceas, contadores partidores.* Sentencia de 30 de Octubre de 1933.

En recurso de casación interpuesto por un padre como representante de sus hijos menores, el Supremo resuelve no haber lugar a su admisión en cuanto al primer motivo, en el que se señala la infracción del artículo 1.057 en relación con el 1.056 del Código civil, por suponer que para la formación del inventario de los bienes dejados por determinada causante debieron ser citados los hijos menores de una hija de la testadora-causante, hija que falleció a los dos meses de su madre; pero como la sentencia recurrida declara probado haber realizado aquél por los albaceas, contadores partidores y distribuidores de toda la herencia, así nombrados por la testadora, antes del fallecimiento de la hija, y que tanto esta señora como sus otros dos hermanos intervinieron en él y en la tasación de los bienes relictos, sin que entonces existieran menores a los efectos de la partición de la herencia de la causante y estos hechos no se combaten en casación debidamente, debe rechazarse el motivo alegado. Tampoco es posible prosperar el segundo motivo, que afirma existió lesión para los menores, ni el tercero, que sostiene la infracción de los artículos 901 y 902 del Código civil relativos a las facultades de los albaceas, cuestión nueva no planteada en el pleito.

* * *

Ved en «Revista de Legislación» la consulta «Sobre citación para la práctica del inventario de herencia», tomo 137, pág. 556. Es muy copiosa la bibliografía existente sobre esta materia (1);

(1) Véase Calvo Camina: «Legislación, jurisprudencia y bibliografía sobre el Código civil». Madrid, 1928, pág. 518 y siguientes.

pero en el caso concreto de la sentencia, es naturalmente innecesaria la citación.

179. *Albaceazgo. La partición constituye el medio más adecuado que el albacea tiene de dar cuenta del encargo que el testador le ha conferido, equivaliendo a la rendición de cuentas, sin perjuicio del derecho de los herederos a impugnar aquélla.* Sentencia de 4 de Octubre de 1933.

Teniendo en cuenta que en el presente pliego no se trata de decidir si el albacea está o no obligado a dar cuenta de su encargo a los herederos, ya que ese deber es inexcusable, la cuestión es la de si dió el albacea demandado cuenta de su encargo a los herederos por el hecho de haber practicado las operaciones particionales que se protocolizaron por escritura pública, que es lo que se sostiene en la contestación, o para que tenga eficacia aquella rendición de cuentas se precisan liquidaciones con sus comprobantes, tesis que sustenta la demanda.

La obligación de rendir cuentas en aquellos negocios en que existen ingresos y gastos, se concreta a comunicar al interesado un extracto de cuenta comprensivo de los ingresos que hubiere y de los gastos efectuados, presentando los comprobantes en la forma y manera que la costumbre haya establecido, y por eso este Tribunal tiene declarado (Sentencia de 31 de Marzo de 1915) que la partición constituye el medio más adecuado que los albaceas tienen de dar cuenta del encargo que el testador les ha conferido, porque supone, previo inventario a la vez, que el conocimiento del valor exacto de los bienes que forman el caudal relicto, la siguiente liquidación que reconoce por base legítimas deducciones, tales como las deudas contra el caudal hereditario, pago de legados, división y adjudicación entre los herederos, por todo lo que es evidente que en el presente caso el albacea demandado rindió, conforme al artículo 907, cuentas de su encargo por el hecho de haber practicado las operaciones divisorias, sin perjuicio, claro es, de las impugnaciones legales que los herederos puedan hacer.

Véase sobre rendición de cuentas del Albaceazgo la consulta «Cuentas de los albaceas» en «Revista de Legislación y Jurisprudencia», tomo 147, pág. 300, y la consulta de la misma Revista, tomo 153, pág. 540. Puede consultarse el trabajo de Evaristo Louzao «Albaceas. Anomalías jurídicas», en «Revista de Derecho Privado», tomo II, pág. 238.

180. *Ejecución de sentencia. Las resoluciones judiciales encaminadas a llevar a efecto una sentencia firme, deben ajustarse a las declaraciones que ésta contenga. Constituyendo las sentencias un todo armónico, no puede encontrarse una interpretación más auténtica que sus propios considerandos.* Sentencia de 6 de Octubre de 1933.

La Sala de lo civil del Tribunal Supremo en 1930, estimando el recurso de casación interpuesto por don J. y don M., dió lugar a la demanda entablada por éstos contra su hermana doña L., porque en la partición de bienes de la madre de los litigantes, que en su testamento había favorecido a la hija con los tercios disponibles, se habían adjudicado en la misma proporción a la mejorada los bienes, que por haberlos heredado de otro hijo la testadora tenían el carácter de reservables, entendiendo la Sala que debían partirse por terceras partes iguales. Aun necesitaron los vencedores acudir a la Audiencia para conseguir que la anotación de la demanda se convirtiese en inscripción definitiva y que se cancelase la inscripción practicada a favor de la hija, rechazando la Territorial la petición de los hermanos de que les fuesen entregados los bienes por su hermana; contra esta decisión tuvieron que interponer recurso, que el Supremo admite casando y anulando el auto de la Audiencia, porque, como tiene declarado este Tribunal, entre otras sentencias de 28 de Junio de 1927 (1), las resoluciones judiciales encaminadas a llevar a efecto una sentencia firme, deben ajustarse exactamente a las declaraciones que ésta contenga; pero esto no excluye la facultad del Tribunal encargado de cumplir la ejecutoria para que, si halla oscuridad en el fallo, pueda interpretarlo, y constituyendo las sentencias un todo armónico, es

(1) Citada por el Abogado recurrente D. Eduardo Cobián en el acto de la vista.

indudable que no puede encontrarse una interpretación más auténtica de cuál haya sido la razón de derecho que dió lugar al fallo, que los considerandos que sirvieron de base y fundamento jurídico al mismo, y, por tanto, incide en error el juzgador, que, ateniéndose a los términos literales de la ejecutoria, desconoce obligaciones implícitamente contenidas en sus pronunciamientos. Aparciendo expresamente determinado, en un considerando, que es palmario que los bienes reservables discutidos en el juicio debieron ser adjudicados por partes iguales a los tres hermanos, la providencia que dictó el Juzgado, confirmada por la Audiencia denegando la pretensión de los hermanos de que les fueran entregados, lejos de interpretar fielmente la ejecutoria, la contraría esencialmente en su esencia y finalidad, ya que esa interpretación literal de que sean excluidos de la partición los bienes reservables de que se trata, que materialmente se halla poseyendo la recurrida, nos llevaría a la consecuencia de que se había dictado un pronunciamiento vacío de contenido, pues a tanto equivale el ser necesario el planteamiento de un nuevo litigio para lograr la efectividad del derecho que a los recurrentes asiste sobre los repetidos bienes y que mientras el juicio se sustanciaba continuara la hermana poseyendo indebidamente los bienes.

ENRIQUE TAULET,
Notario de Valencia.

ANA E LERS

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.

Jurisprudencia administrativa del impuesto de Derechos reales

LXXVIII

1.^º Presentada la escritura fuera de los plazos reglamentarios, la legislación aplicable es la de 1932 y no la de 1927. 2.^º No procede aplicar la moratoria de 1932 si no pagó el impuesto en el plazo de quince días. 3.^º No procede deducir las deudas del causante de una herencia si no se justifican con la escritura pública o documento privado reconocido auténticamente y con fuerza ejecutiva conforme a la ley de Enjuiciamiento civil, no siendo suficiente el reconocimiento de los herederos en la escritura particional. 4.^º Procede multa del 30 por 100 si excede la presentación del doble del plazo legal, y del 20 por 100 en otro caso, siempre con intereses de demora. 5.^º Procede girar el 7 por 100 de retiros obreros en las herencias a colaterales de cuarto grado, y del 10 si son más lejanos o extraños. 6.^º No procede girar liquidación por pago de deudas si la deuda no es deducible.

La legislación aplicable es la de 1932 (ley, tarifas y Reglamento), conforme a la disposición transitoria primera de aquéllas, pues aunque el acto se causó antes del 16 de Marzo de ese año, fué presentada la escritura a liquidación fuera del plazo reglamentario, siempre que la nueva legislación señale tipos para liquidar más elevados ; si bien tal presentación tuvo lugar durante la moratoria otorgada por la Ley de 31 de Marzo de 1932, faltó para que se aplicasen sus efectos el cumplimiento del segundo de los requisitos exigidos en dicha Ley (esos dos requisitos son declaración de los débitos antes de 1 de Julio de 1932 y pago de los débitos en plazo de quince días reglamentarios), por lo cual los preceptos y tipos de la tarifa de 1932 son los aplicables, ya que vigente ésta es cuando se presentó el documento a liquidar.

La deducción de deudas contra el causante sólo procede cuan-

do se funda en documento de indudable legitimidad que lleve aparentada ejecución, a tenor de los artículos 101 del Reglamento, 1.932 y 1.429 de la ley de Enjuiciamiento civil, y no reúne esos requisitos un documento privado sin reintegrar con el timbre correspondiente dos meses antes del fallecimiento del causante, documento que no fué reconocido por dicho causante ante Juez competente; y tampoco está cumplido el requisito de haber sido reconocido por los herederos con la comparecencia del acreedor; y, por último, a tenor de los artículos 1.225 y 1.218 del Código civil, tampoco puede perjudicar a tercero, como es el Estado, ya que sólo podría perjudicar, aun reconocido al causante y sus derechohabientes, no siendo suficiente el reconocimiento de la deuda por los herederos en la escritura particional, y, por lo tanto, esa deuda hay que sumarla al caudal hereditario. La multa procedente es el 30 por 100 en cuanto el retraso de la presentación de documentos excede de un plazo igual al reglamentario, en un caso; y del 20 por 100 en otro por no exceder de ese plazo, según el artículo 214 del Reglamento de 1932, siendo un tercio para el liquidador y dos tercios para el Tesoro, y siempre con interés de demora por no haberse cumplido el requisito del pago para la moratoria, como se ha dicho.

Según el Reglamento de 1932, se debe liquidar para acrecentamiento de Retiros obreros una especial de 7 por 100 a cargo de cada adquirente de transmisiones hereditarias de colaterales de cuarto grado y el 10 por 100 para grados ulteriores de adquirentes o sin parentesco con el testador.

El Reglamento de 1932 señala como valor del usufructo vitalicio, cuando el usufructuario pasa de sesenta años, el 20 por 100, y, como consecuencia, la nuda propiedad es el 80 por 100. No procede liquidar como adjudicación para pago de deudas cuando no se admite, como en este caso, que una deuda sea deducible, aun cuando tal adjudicación expresa de bienes se haga por los herederos, ya que no puede exigirse simultáneamente el impuesto por unos mismos bienes en concepto de herencia y en concepto de adjudicación para pago de deudas. La liquidación de compraventa, por regirse la herencia por la Ley de 1932, debe hacerse al 5 por 100, y no al 4,80 por 100. (Acuerdo del Central de 19 de Septiembre de 1933.) 69 de 1933.

LXXIX

Expropiación forzosa. La aplicación del tipo especial para adquisición de terrenos expropiados requiere se verifique la expropiación previos los requisitos que señala la Ley; es decir, declaración de utilidad pública y necesidad que la obra requiera necesariamente la finca comprada; además, es preciso, si se ha arrendado un servicio y en la escritura de arriendo se expresa que ese servicio se ha de instalar una fábrica para realizarle que se acredite la identidad del terreno comprado con el mencionado en la escritura anterior.

No se ha demostrado la identidad de la finca comprada mediante la escritura de la liquidación de que se trata y la comprendida en la de arrendamiento del lugar propuesto por el contratista y aceptado por el Ayuntamiento para instalar la fábrica, así como tampoco se ha probado que esos terrenos se adquirieron para dicha finalidad, para que sea aplicable el tipo especial de expropiaciones, es indispensable, según el número 26 de la Tarifa y 27 del Reglamento del Impuesto, que las adquisiciones de los terrenos se verifiquen en virtud de la ley de Expropiación forzosa de 10 de Enero de 1879, aun cuando tenga lugar por convenios particulares que hagan innecesarios los trámites de dicha Ley; y no aparece ni en la escritura de venta que se trata de liquidar ni en la anterior de arriendo del servicio que se haya hecho en virtud de dicha Ley, ya que son requisitos indispensables que precedan la declaración de utilidad pública y la de que la obra exige todo o parte del inmueble que se trata de expropiar, aunque la transmisión se verifique por convenios que surja en el expediente y que haga innecesario el procedimiento ejecutivo de la expropiación; en el caso de que se trata no se ha declarado de utilidad pública la construcción de la fábrica de fermentación de basuras ni se ha determinado que fuese declarado construirla precisamente en los terrenos comprados, siendo evidente que lo mismo puede hacerse en ellos que en otros a igual distancia de la población. (Acuerdo del Central de 19 de Abril de 1933.) 44 de 1933.

LXXX

Adjudicación para pago de deudas. No es liquidable como adjudicación para pago de deudas un pacto en que un deudor conviene con sus acreedores poner en liquidación sus bienes, designar una Comisión para efectuar la liquidación y fijar las bases para distribuir el producto de la liquidación, reservando al deudor la firma de los documentos notariales oportunos.

El Tribunal Provincial se basó, para ordenar se liquidase, en que en el convenio entre el suspenso y los acreedores había una adjudicación tácita para pago de deudas, por concurrir los requisitos que la Jurisprudencia exige para estos conceptos, a saber: un patrimonio destinado a satisfacer deudas, un órgano que dispone de ese patrimonio y absorbe la facultad de disposición del deudor y la atribución de ese derecho a un sujeto activo en interés ajeno y por motivos de confianza, sin que haya necesidad, para el supuesto de que la adjudicación sea expresa, más que en la liquidación de sociedades y sin que sea óbice la obligación del deudor de firmar documentos, pues ello sólo es una colaboración.

El Tribunal Central no acepta esta teoría. Basta leer el convenio por consecuencia de la suspensión de pagos para convencerse que en él no se pacta adjudicación para pago de deudas, sino solamente se ponen en liquidación los bienes, se nombra una Comisión para tal fin y se fijan las bases para distribuir los bienes, siendo las adjudicaciones de éstos que en su día se realicen y que ha de firmar el propio deudor, según el mismo convenio, los actos liquidables, lo que no corrobora que no hay adjudicación de bienes a la Comisión liquidadora para pago de deudas; para girar esa liquidación para pago de deudas, según los artículos 9.^º, 19, 24 y 31 del Reglamento del Impuesto, es inexcusable la existencia de una adjudicación de bienes, ya se consigne o no expresamente que se realiza para pago de deudas, pues en todos ellos se parte del supuesto de que existe esa adjudicación, y si excede de lo que por derecho corresponde al adjudicatario, da lugar a la presunción de que se hace por vía de comisión para pago de esas deudas del patrimonio adjudicado. (Acuerdo del Tribunal Central de 6 de Junio de 1933.) 58 de 1933.

LXXXI

Devolución de ingresos. Declarado por Tribunal competente que una finca de persona distinta del causante de una herencia en la cual fué indebidamente incluida tal finca, procede devolver a los interesados las cuotas liquidadas para el Tesoro por la supuesta adquisición y transmisión de dicha finca, pero no las cantidades por los conceptos de multa, demora y honorarios accesorios a aquéllas.

Por sentencia firme se dió lugar a la tercería de dominio; y los herederos que habían pagado el impuesto con multa y demora por la adquisición de la finca objeto de la tercería pidieron la devolución total. Es rechazado ese criterio por el Tribunal Central.

El artículo 58 del Reglamento del impuesto sólo autoriza, en caso de nulidad por sentencia firme del acto o contrato liquidado, a obtener la devolución de lo que se satisfizo por cuotas del Tesoro; pero no existe precepto expreso que autorice otras devoluciones ni por otros conceptos la expresión «cuotas del Tesorò» ha de entenderse en sentido estricto, es decir, el que resulta de la aplicación de los tipos tributarios de la Tarifa aplicable, pues sólo a ese concepto atribuye el Reglamento el nombre de cuotas, designándose los demás accesorios con los nombres especiales de multas, interés de demora y honorarios, y nunca con el de cuotas; por lo tanto, no pueden devolverse más que las cuotas y no el importe de esos otros conceptos. (Acuerdo de 5 de Junio de 1933.) 66 de 1933.

LXXXII

Ocultación de valor en una escritura de compra.

Presentada una denuncia sobre disminución de valor en una escritura de venta de una finca que, según la escritura de compra, estaba libre de cargas, pero que aparecía con una hipoteca inscrita y no cancelada en el Registro de la Propiedad, hipoteca que, según escritura de la entidad acreedora, había sido cancelada, aunque esa cancelación no se había hecho constar en el Registro y, además, constaba que, días después de la compraventa que se trata de liquidar, fué consignado el importe de la hipoteca en el Ban-

co de España, es preciso averiguar el origen o procedencia del dinero por la entidad deudora, toda vez que de lo que se trata es de saber si el comprador ha satisfecho ese dinero, y por ello la finca vale más que lo que en la escritura se consignó, o fué la propia entidad deudora quien pagó la hipoteca con sus fondos propios. (Acuerdo del Tribunal Central de 29 de Abril de 1933.) 38 de 1933.

LXXXIII

La cesión o renuncia hecha por el consorcio de un puerto franco a favor del Ayuntamiento respectivo no debe tributar.

El reconocimiento o reserva del derecho de reversión a favor del Ayuntamiento de B., hecho constar en el acta de pago correspondiente, en cuanto a las fincas referidas, que se adquirieron por el consorcio de la zona franca de dicha capital, tuvo su fundamento en la Ley, fuente de obligaciones, según el artículo 1.089 del Código civil, habiéndose hecho tal declaración o reconocimiento de modo unilateral, sin intervención ni aceptación expresa de la Corporación municipal, y con referencia exclusivamente a lo dispuesto en el artículo 23 del Estatuto del consorcio, aprobado por Real orden de 27 de Octubre de 1917, que preceptúa que en caso de liquidación del depósito comercial, cualquiera que sea la causa que la motive, el producto que la misma arroje, una vez cubiertas las cargas, pasará a ser propiedad de la ciudad de B., representada por su Ayuntamiento, por lo cual es visto que el derecho de reversión de las fincas que al Ayuntamiento pudieran haber correspondido, no tenía origen contractual, y que por ello no puede apreciarse en el caso de que se trata que se haya causado una renuncia o cesión de derechos de esa índole, susceptible de motivar liquidación del impuesto de Derechos reales por tal concepto. Además no se dan los elementos constitutivos de las cesiones a título oneroso en el acto liquidado, que se ha hecho consistir en la cesión por el Ayuntamiento de X. a favor del consorcio de la zona franca de la misma capital, toda vez que no ha mediado precio en esa supuesta cesión ni otra prestación recíproca equivalente al valor de lo cedido; y tampoco puede deducirse razonablemente la realización de un acto de liberalidad, que es la nota esencial de las donaciones, según los

artículos 618 y 1.274 del Código civil, ni concurren las circunstancias de las donaciones remuneratorias o con causa onerosa, conforme a los artículos 619 y 622 del mismo Código; los actos realizados por el Ayuntamiento de B., en relación con el Depósito franco, deben ser estimados, en su concepto jurídico-fiscal, como simple modificación o aclaración de una reserva legal de derechos, y no pueden producir otro efecto sino el de que se entiendan adquiridos a perpetuidad los terrenos que se transmitieron como revertibles; y teniendo en cuenta que los que adquirió el consorcio lo fueron con arreglo a la ley de Expropiación forzosa, por estar así preceptuado en el artículo 2.^º de la Ley de 11 de Mayo de 1920 (*Gaceta* del 12), para los terrenos de propiedad particular, en cuanto sean necesarios para la construcción del depósito franco o para las urbanizaciones inmediatas a éste, resulta de aplicación el artículo 37 del Reglamento del impuesto, en cuanto señala un tipo especial de tributación para tales adquisiciones de 0,50 ó de 1 por 100, según sean revertibles o a perpetuidad. Ya se conceptúe que el acuerdo del Ayuntamiento de B. de 3 de Julio de 1931, reconociendo la existencia del error que se padeció al atribuir a favor del mismo la condición de revertible de la zona de terreno de que se trata fué el acto determinante de la liquidación del impuesto, o bien se entienda que este efecto no se produjo hasta que el consorcio prestó su conformidad a que se inscribiera dicha faja de terreno en el Registro de la Propiedad, es indudable en ambos casos la aplicación de tal tarifa de 26 de Marzo de 1932, puesto que, presentado el documento a liquidar en el día 31 de Marzo de ese año, en el segundo supuesto le alcanza por razón de la fecha, y en el primero estaría presentado fuera del plazo, según la disposición transitoria, y le alcanzaría igualmente; y, por lo tanto, en cuanto a la faja comprendida dentro de la construcción de la zona franca, es aplicable el tipo de 1 por 100 del número 27 de la tarifa vigente, sin multa ni demora, pues no tratándose de contrato celebrado, es preciso atender a la fecha de 26 de Marzo de 1932, en que quedó determinado definitivamente, con trascendencia en el Registro de la Propiedad, el alcance de la modificación introducida en la declaración de reserva de derecho en el acta de pago del expediente de expropiación forzosa. En cuanto al timbre, no puede hacerse declaración, porque, según el Reglamento de Procedimiento

(artículo 23), cada reclamación no puede referirse más que a un acto administrativo. (Acuerdo del Central de 13 de Julio de 1933.) 72 de 1933.

LXXXIV

Liquidada la transmisión de una finca, por muerte de la mujer al marido, sin esperar a realizar el expediente de comprobación, y girada una liquidación complementaria, hecha ésta, la primera liquidación es meramente provisional, y no firme, y puede estimarse en plazo la impugnación hecha a los ocho días de la segunda. La adjudicación de una finca al marido, adquirida por el mismo durante el matrimonio, está exenta del impuesto.

Según el artículo 86 del Reglamento del impuesto, es obligatoria la comprobación de valores en las transmisiones por causa de muerte; y, por tanto, las liquidaciones hechas antes de la comprobación son provisionales, conforme al artículo 82 del mismo, que en su párrafo décimo dice que el Liquidador hará una liquidación provisional y lo comunicará al Delegado de Hacienda si el interesado no presenta todos los documentos que se le reclaman o no se concluye el expediente de comprobación en el plazo marcado, sin perjuicio de la definitiva que haya de practicarse; girada, pues, una liquidación por la presentación de una instancia en que se pedía el cambio de una finca en el Registro de la Propiedad, haciendo constar en él que el dueño la adquirió a título lucrativo, siendo casado, y por hallarse viudo, tal liquidación era sólo provisional, y no puede reputarse definitiva más que la efectuada después de comprobados los valores; y, por lo tanto, la reclamación entablada contra esta última antes de los quince días hábiles, que señalan los artículos 62 del Reglamento de 29 de Junio de 1924 y 200 del del impuesto, está en plazo oportuno, y no se puede entender que la liquidación provisional está consentida y sea firme, toda vez que, según el artículo 118 del Reglamento del impuesto, la liquidación provisional girada, tanto en los casos de herencia como en los de actos *inter vivos*, es revisible de oficio en cuanto a todos sus elementos integrantes, al practicar la definitiva, aunque aquélla no hubiese sido reclamada; doctrina ratificada por el Tribunal Supremo en sentencias de 21 de Enero de 1904 y 14

de Mayo de 1906; con otro criterio resultaría la anomalía de estimar la exención en cuanto a la ampliación liquidada en la definitiva y no estimada en la liquidación básica provisional, siendo así que existe la misma razón de exención, que se funda en haberse demostrado que la casa en cuestión fué adquirida por el marido por herencia durante su matrimonio y ser aplicable, por lo tanto, el artículo 6.^º, párrafo 28 del Reglamento del impuesto y apartado 28 del artículo 3.^º de la ley de 11 de Marzo de 1932. (Acuerdo del Central de 9 de Abril de 1933.) 74 de 1933.

LXXXV

La fecha que se ha de tener en cuenta para aplicar la tarifa vigente del impuesto, en relación con una certificación de un acta del Consejo de Administración de una Sociedad poniendo en circulación unas obligaciones hipotecarias de la misma, no es la del acta, sino la de su presentación en la oficina liquidadora, por ser aquélla documento de carácter privado y no público.

El acto de puesta en circulación de las obligaciones es de 11 de Marzo de 1932, y se presentó a liquidación en 15 de Abril de ese año, girándose la liquidación al 1 por 100; y la Sociedad, alegando que el acto tuvo lugar en 11 de Marzo, y fué declarado antes del 1.^º de Julio siguiente, fecha hasta la cual debía aplicarse la tarifa vigente hasta dicha fecha, conforme al artículo 40 de la ley de Presupuestos de 1932, impugnó la liquidación; su doctrina no prospera.

Según los artículos 1.216 del Código y 596 de la ley de Enjuiciamiento civil, el libro de actas en que consigna sus acuerdos una Sociedad mercantil no es documento público, y para determinar la fecha en que obliga a la Administración el acuerdo de puesta en circulación de las obligaciones, emitidas anteriormente por escritura pública (acuerdo que es de 11 de Marzo de 1932), debe necesariamente atenderse no a esa fecha, sino a la de presentación en la oficina del impuesto, o sea a la de 15 de Abril de 1932, puesto que, según el artículo 1.227 del mismo Código, la fecha de un documento privado no se cuenta, respecto de tercero, sino

desde el día en que se hubiere incorporado a un Registro público, desde la muerte de los que lo firmaron o desde que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio; no se ha demostrado que antes de 15 de Abril de 1932 el documento aludido hubiese ganado autenticidad por alguno de los procedimientos marcados en dicho artículo, habida cuenta que el Estado, acreedor del impuesto, es un tercero para los contratantes de la operación de crédito contenida en la circulación de obligaciones.

El artículo 142 del Reglamento del impuesto establece que el plazo de prescripción para liquidar el impuesto no se contará en los documentos privados, *cualquiera que sea su fecha*, sino desde que la Administración tenga conocimiento de su contenido, o desde que se realice alguno de los actos a que se refiere el artículo 1.227 del Código civil, con lo que queda éste aplicado, a los efectos fiscales del impuesto; tal principio no se opone a lo prevenido en el artículo 107 del Reglamento del impuesto, según el que se han de presentar los documentos, sin distinguir entre públicos y privados, a los treinta días de su publicación, bajo las sanciones del artículo 214 del mismo Reglamento, puesto que el propio Código, en su artículo 1.228, establece que los documentos privados hacen fe contra el que los ha escrito; la aceptación de la fecha que pretenden los interesados no tendría efecto perjudicial para ellos, sino para la Administración, ya que, por ser anterior al 14 de Marzo de 1932, les sería aplicable, conforme al artículo 40 de la ley de Presupuestos, la antigua tarifa vigente hasta esa fecha, y no la actual, que es superior, y aplicable por la fecha de presentación del documento a liquidar. (Acuerdo del Central de 2 de Agosto de 1933.) 75 de 1933.

LXXXVI

Competencia. Los fallos de los Tribunales provinciales económico-administrativos en que las cuotas disculpadas no excedan de 5.000 pesetas no son reclamables ante el Tribunal Económico administrativo Central, sino ante el Contencioso administrativo Provincial, según los artículos 41, número 12; 42, número 2.^o; 86 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 Central de 20 de Junio de 1933.) 77 de 1933.

LXXXVII

Los interesados pueden pedir la tasación pericial si un liquidador fija el valor de los bienes por el asignado en una póliza de seguros; el momento de pedirlo es cuando se les notifica la comprobación hecha por el primero de dichos medios.

Si bien es cierto que el capital asignado a los bienes en los contratos de seguro es uno de los medios ordinarios de comprobación autorizados por el artículo 8o del Reglamento del impuesto, y el liquidador, por lo tanto, puede usarlo, no es menos cierto que, según el mismo artículo, los contribuyentes tienen el derecho de no aceptar el valor así señalado y pedir tasación pericial, ordenando aquél que debe añadirse a ella (exceptuándose únicamente el caso de que el valor se hubiese fijado, según el líquido imponible, a tenor del artículo 85, párrafo último); el momento en que el contribuyente puede utilizar tal derecho es el de la notificación de la comprobación, ya realizada y aprobada, al efecto de que interponga recurso; y como éste lo ha de resolver el Tribunal Provincial, es claro que ante éste y no ante la Oficina liquidadora, es ante quien ha de hacer tal petición, aun cuando la Oficina liquidadora sea la competente para acordar la práctica de la tasación pericial y deba hacerlo, a los efectos de nombramiento de Perito y demás trámites reglamentarios; y, por lo tanto, dicha Oficina debe iniciar los trámites de la tasación pericial. (Acuerdo del Central de 3 de Julio de 1933.) 79 de 1933.

LXXXVIII

Procedimiento.

Desistido de una reclamación por el recurrente (que era el Liquidador, fundado en que el Tribunal provincial sólo le reconoció la participación de un tercio, en vez de dos tercios, en las multas impuestas al liquidar una herencia, por haberse declarado los bienes por el contribuyente antes de hacérsele requerimiento

alguno), sin que exista otra parte interesada ni haya perjuicio para el Tesoro, procede dar por terminada la instancia, según el artículo 26 del Reglamento de 29 de Julio de 1924. (Acuerdo del Central de 1.^º de Agosto de 1933.) 80 de 1933.

LXXXIX

Personas jurídicas. Los acuerdos de la Dirección de lo Contencioso, sobre exención del impuesto de personas jurídicas, adoptados por delegación del Ministro de Hacienda, causan estado, y contra ellos no procede más que el recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo.

Así lo declara el Tribunal Central, fundado en que la exención de tributación de las personas jurídicas se declara por el Ministerio de Hacienda, y con las formalidades reglamentarias, según el artículo 45, párrafo 2.^º de la ley del impuesto, en relación al apartado f) del 44; y que, según el 262 del Reglamento, el Director de lo Contencioso, por delegación del Ministro de Hacienda, resolverá los expedientes de exención, salvo los casos de excepcional importancia, complejidad o trascendencia; y por ello es indudable, dada esa delegación reglamentaria, que los acuerdos de éste sólo son reclamables ante el Tribunal Supremo, según los artículos 1.^º y 2.^º de la ley de 22 de Junio de 1894, 110 del Reglamento de 29 de Julio de 1924 y las sentencias del Tribunal Supremo resolviendo el fondo de recursos contra resoluciones de la Dirección de lo Contencioso. (24 de Julio de 1933.) 85 de 1933.

XC

La concesión de fraccionamiento del pago del impuesto no es discrecional del Liquidador, sino reglada; y, pedida antes de los quince días de la notificación de la liquidación, se ha hecho en plazo oportuno, no siendo aplicable el precepto reglamentario de que se pida en la misma fecha del expediente de comprobación, por ser opuesto a la Ley, y debe concederse si los bienes ofrecidos en garantía son suficientes.

Según el artículo 18 de la ley del impuesto, el fraccionamiento del plazo de las liquidaciones podrá autorizarse por las oficinas li-

quidadoras cuando concurran las circunstancias que en él se enumeran, y siempre que los interesados lo soliciten antes de expirar el plazo reglamentario de pago, o sea dentro de los quince días siguientes a la notificación de la liquidación, según el artículo 16 de la misma Ley ; contra precepto tan claro y terminante no puede prevalecer el artículo 135 del Reglamento del impuesto (de 1927), según el que el fraccionamiento se adoptará por la Oficina liquidadora en la misma fecha en que termina el expediente de comprobación, a cuyo tenor la solicitud de fraccionamiento, formulada después de terminado aquel expediente, sería extemporánea, pues los preceptos de un Reglamento, en ningún caso pueden derogar la Ley para que se dictan. Fundada la denegación del fraccionamiento por la Oficina liquidadora exclusivamente en la extemporaneidad de la petición, y declarado por el Tribunal Provincial que estaba en plazo oportuno, lo lógico y legal era devolver el expediente al Liquidador para que resolviera en cuanto al fondo ; es decir, en cuanto a la exactitud de los hechos alegados para pedir el fraccionamiento del pago, no siendo admisible el criterio de que sea discrecional de las oficinas liquidadoras la concesión del fraccionamiento, puesto que el mismo artículo 135 del Reglamento declara taxativamente que el acuerdo de la Oficina liquidadora concediendo o negando el fraccionamiento constituyó un acto administrativo reclamable en la forma y condiciones determinadas en el Reglamento de procedimiento de 29 de Junio de 1924. (Acuerdo del Central de 1.^º de Agosto de 1933.) 86 de 1933.

XCI

Recurso de nulidad. Sólo procede por error de hecho patente y demostrado o por recuperar un documento desconocido, y no son motivo para aquél la alegación de que no se había pagado contribución industrial, y por ello no se debía pagar el impuesto de derechos reales ; ni el supuesto desconocimiento de una escritura que obraba ya en el Tribunal provincial, ni la exención de los contratos verbales, ni la interpretación de disposiciones legales.

El artículo 108 del Reglamento de 29 de Junio de 1924 establece que el recurso de nulidad únicamente puede ser interpuesto

ante el Tribunal Central, cualquiera que sea la autoridad que hubiese dictado el acuerdo firme contra el que se recurre, siendo el plazo para entablarlo el de cuatro años y requisito indispensable la renuncia del recurso contenciosoadministrativo; y las causas, según el 105, son: 1.º Manifiesto error de hecho, que afecta a la cuestión de fondo, plenamente demostrada por prueba documental o pericial unida al expediente en que ha recaído el fallo; y 2.º Recuperación, después de dictada la resolución, de documentos de valor y eficacia bastantes para que la reclamación fuese resuelta en sentido contrario o diferente del fallo recaído, siempre que dichos documentos hubiesen permanecido ignorados por fuerza mayor o por obra de la parte a cuyo favor se hubiera dictado el fallo.

Es inadmisible, por lo tanto, dicho recurso, si se funda queriendo impugnar varias liquidaciones giradas por suministro de fluido eléctrico de una Sociedad productora a varios pueblos durante varios años, en que el Tribunal provincial tenía conocimiento de que la Sociedad no se había dado de alta en la contribución de utilidades e industrial hasta años después de los que se le reclaman, y en que después del fallo del Tribunal provincial se ha recobrado una escritura pública por la que la Sociedad contrató con uno de los Ayuntamientos el suministro hasta 1923, escritura que obra en el Tribunal provincial en otro recurso, porque basta el examen del expediente y el fallo recurrido para conocer que no concurre el motivo primero de los citados, o sean el número 1.º del 105 del Reglamento de Procedimiento, puesto que el Tribunal provincial conocía los motivos que se alegan, y, haciéndose cargo de los argumentos, los rechazó y ordenó liquidar el impuesto de derechos reales, que no se puede eludir porque no se pagase la contribución industrial; y si el reclamante no estaba conforme con tal criterio, por ser erróneo, es evidente que ello no sería error de hecho, sino de derecho, impugnable en apelación ordinaria ante el Central o en recurso contenciosoadministrativo, según la cuantía; pero no mediante recurso extraordinario de nulidad; así como tampoco concurren los requisitos del número 2.º del artículo 105, toda vez que la escritura a que se alude como recuperada es pública y obraba en el mismo Tribunal provincial en otro recurso de los mismos interesados y era conocida de aquél; en cuanto a la exención de contratos verbales, aplica-

ción de tarifas, responsabilidad subsidiaria de los Ayuntamientos e interpretación de preceptos legales, no son puntos que puedan tratarse en un recurso de nulidad, dada la índole de éste. (Acuerdo del Tribunal Central de 23 de Septiembre de 1933.) 93 de 1933.

XCII

Impuesto sobre el caudal relichto. Está sujeto al mismo el de un causante que se transmite a favor de la viuda, conforme a la legislación de 1927, aun presentada en plazo oportuno transitorio, según la Orden de 9 de Marzo de 1902.

El interesado alegó que, según el artículo 38 de la ley del impuesto de 11 de Marzo de 1932, están exceptuados del impuesto del caudal relichto los bienes y derechos en que hayan de suceder los padres, descendientes o cónyuges, y que, según la primera disposición transitoria de dicha ley, los preceptos de la misma, en cuya virtud hubiera de practicarse liquidaciones de cuantía superior a la de la legislación precedente, se aplicarán a los actos y contratos pendientes de liquidación en las oficinas liquidadoras en las fechas de su publicación y a los que, causados antes se presenten en los plazos señalados en el artículo 12 de la ley de 28 de Febrero de 1927, pero computadas desde el siguiente de la publicación de la ley de 11 de Marzo de 1932; y, conforme a esos preceptos, estaba exento del impuesto el caudal relichto, no siendo aplicable la Orden del Ministerio de Hacienda de 11 de Marzo de 1932, por ser contraria a la Ley. La reclamación no prospera.

La ley de 11 de Marzo de 1932 exceptúa del impuesto sobre el caudal relichto los bienes en que hereden al causante sus padres, descendientes o viudo, los establecimientos de instrucción pública y privada, Asociaciones obreras y Corporaciones locales; y la primera y tercera disposiciones transitorias previenen que los preceptos de la Ley, en cuanto modifican las de la anterior, se aplicarán a los actos o contratos causados o celebrados desde el día siguiente a su publicación, y que aquellos preceptos que produjesen liquidaciones de cuantía inferior, conforme a la legisla-

ción precedente, se aplicarán a los actos pendientes en las oficinas liquidadoras en la fecha de su publicación o a los causados antes si se presentan en los plazos que marca la Ley de 28 de Febrero de 1927 computándoles desde la Ley de 11 de Marzo de 1932; pero surgidas dudas se dictó a título de aclaración la Orden del Ministerio de Hacienda de 9 de Mayo de 1932, según la que hay que atenerse tan sólo al principio de la irretroactividad de las leyes si en ellas no se dispusiera lo contrario; y como la primera disposición transitoria de la Ley no contiene precepto contrario a tal principio, sino que expresamente se le reconoce al declarar que las reglas de la nueva legislación que modifiquen las anteriores se aplicarán a los actos y contratos causados a partir desde la fecha siguiente a su publicación, es evidente que a las sucesiones causadas antes del 14 de Marzo de 1932 (día siguiente a la publicación de la Ley), no es aplicable la exención del caudal relicto aplicable en la nueva Ley en favor del cónyuge viudo, y debe entenderse que el párrafo 3.^º de dicha disposición transitoria se refiere, no al cónyuge viudo, sino a los conceptos nuevos de la tarifa, o sea Asociaciones obreras, cooperativas o Corporaciones locales, resolviendo dicha disposición con carácter general que la exención del viudo no es aplicable a las sucesiones causadas antes de 14 de Marzo de 1932, aunque estén pendientes de liquidación; dictada dicha Orden por el Ministerio de Hacienda en uso de las facultades que le da el artículo 144 del Reglamento de 26 de Marzo de 1927, modificado por el de 16 de Julio de 1932 para decidir consultas de carácter general y acordar disposiciones que tiendan al exacto cumplimiento de los preceptos del impuesto, a ello hay que atender y no puede estimarse que se contraría la Ley, sino que se trata de disposición aclaratoria de la misma. (Acuerdo del Tribunal Central de 17 de Octubre de 1933.) 97 de 1933. (Compárese la doctrina de este acuerdo con el extractado anteriormente con el 1.^º de Agosto de 1933.)

GABRIEL MAÑUECO,
Abogado del Estado.