

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año IX

Noviembre de 1933

Núm. 107

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

EL PROBLEMA EN EL DERECHO SUIZO

Si volvemos ahora la vista a los resultados obtenidos por el Derecho alemán en esta materia, vemos que una parte de la jurisprudencia y la doctrina, arrancando de los mismos hechos, llega a un resultado idéntico al que nosotros hemos encontrado en el Derecho suizo. Esta interpretación está basada enteramente sobre la noción de buenas costumbres establecida por el § 826. El Tribunal federal, adoptando la opinión del campo adverso, llega, fundándose en el artículo 41, párrafo 2.º, C. O., idéntico, en cuanto a su tenor, al § 826, a una solución opuesta. Si, como nosotros lo hacemos, se rechaza la idea del Tribunal federal, que no declara responsable al instigador de la inejecución del contrato, se puede pensar en recoger la teoría del primer grupo alemán; pero aunque la solución de estos juristas se aproxime a la nuestra, creemos que el Tribunal federal ha tenido razón para no interpretar el artículo 41, párrafo 2.º, C. O., como lo han hecho esos autores. La divergencia entre este artículo y el parágrafo correspondiente al Código civil alemán no es debida, como podría creerse a primera vista, a una interpretación diferente del mismo texto, sino que tiene un fundamento más sólido. La importancia del artículo 41, párrafo 2.º, C. O., en Derecho suizo es mucho menos considerable

(*) Véanse los números 100 a 106 de esta Revista.

que la atribuida al § 826 en Derecho alemán. Sin ir más lejos, Pfister (1) declara que el párrafo 2.º no hace más que reproducir una idea contenida en el párrafo 1.º, y que es preciso reconocer que el Derecho alemán ha encontrado en el § 826 una norma que protege también los derechos inherentes a la personalidad. Este papel no incumbe al artículo 41, párrafo 2.º C. O., puesto que el Derecho suizo contiene disposiciones expresas en esta materia. Se comprende, pues, la resistencia bien natural de la jurisprudencia y de la doctrina a conceder una importancia demasiado considerable a este artículo, y así resulta lógico que el Tribunal federal no aplique nunca la disposición del C. O. a un estado de hecho que el Juez alemán hará regir por el § 826.

Debemos no olvidar que ninguno de los sistemas que han recurrido a la noción de buenas costumbres ha podido suministrar un criterio bastante preciso para distinguir las diferentes hipótesis de la instigación y del concurso a la inexecución de un contrato y para determinar las que constituyen un acto ilícito. Los criterios fundados sobre el artículo 28 del Código civil suizo nos permitirán concretar el problema en seguida. Esta disposición busca definir el atentado a un derecho absoluto, idea jurídica mucho más precisa que la del principio moral inasequible del artículo 41, párrafo 2.º, C. O. La noción del derecho de la personalidad cuadra perfectamente con la teoría del acto ilícito y no es necesario añadir todavía a la esfera de ilicitud propiamente dicha una segunda ilicitud de orden moral.

Nos parece que el Juez suizo tendría gran culpa de no aplicar el medio que el artículo 28 pone a su disposición.

Este deber de no intrusión es un principio que se encuentra también en el Derecho francés y en el Derecho anglosajón, y no así en el Derecho alemán, por lo que consagra una de las superioridades del Derecho suizo sobre este último y constituye un instrumento más perfeccionado que la vaga noción de buenas costumbres.

(1) «Fragen aus dem Gebiete der Widerrechtlichkeit, Diss», Zurich, 1925; página 139

LOS PRINCIPIOS DE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA APLICABLES
A LOS TERCEROS Y A LOS DEUDORES

Los terceros que por sus solicitudes determinan a un contratante a faltar a su compromiso o que le aportan su concurso activo, incurren por este hecho en una responsabilidad delictual.

Este punto lo consideramos como definitivo. Pero ¿cuál es la relación entre su responsabilidad y la del deudor? Este último se ha hecho también responsable, aunque sea sólo contractualmente.

No habrá, pues, responsabilidad solidaria propiamente dicha en lo que concierne al tercero y al deudor.

Esta conclusión es fácil de explicar. El tercero ha tratado a su libre arbitrio, y si ha contribuido a la inejecución del compromiso del deudor, lo ha hecho tomando una parte activa e independiente. Pero el Derecho suizo prevé, al lado de la responsabilidad solidaria completa, otro género de responsabilidad plural cuando varias personas responden del mismo daño en virtud de causas diferentes. La diferencia entre las dos responsabilidades es de poca importancia y se limita, en suma, a la regla de que la prescripción interrumpida respecto de todos los deudores por la demanda contra uno de ellos en caso de responsabilidad solidaria, permanece interrumpida para los otros deudores cuando varios responden del mismo daño en razón de causas diferentes (1). De otro lado, el principio de la sustitución del deudor que se libera de los derechos del acreedor, no se aplica más que en el caso de verdadera solidaridad (2).

Pero en las dos hipótesis corresponde al Juez apreciar bien el fundamento del derecho de recurso de unos frente a otros. Y el artículo 51, párrafo 2.º del C. O. le indica los métodos a seguir, a menos que no hubiera circunstancias especiales. Este párrafo dice así: *Le dommage est, dans la règle, supporté en première ligne par celles des personnes responsables dont l'acte illicite l'a déterminé et, en dernier lieu, par celle qui, sans qu'il y ait faute de sa part ni obligation contractuelle, en est tenue aux termes de la loi.*

Se deduce que en nuestra hipótesis el acreedor tendrá la elec-

(1) Art. 136, párrafo primero del C. O.

(2) Art. 149, párrafo primero del C. O.

ción de dirigirse, sea al deudor, sea al tercero, para pedir la reparación del daño, y el Juez decidirá si existe un derecho de recurso del uno contra el otro y cuál será la extensión de este derecho. El Tribunal federal ha declarado que el acreedor que ha obtenido la revocación de un acto de enajenación efectuada por el deudor no puede ejercer una acción directa en pago contra el tercero demandado más que en el caso de que los bienes enajenados no existan en natura y que este último se halle en posesión de un acto de privación de bienes definitivo.

Podría pensarse que esta misma regla se aplica también a nuestro caso y preguntar si la responsabilidad del tercero es solamente subsidiaria. Pero esto sería confundir la acción pauliana y nuestra hipótesis, entre las que si hay analogía, existe, sin embargo, una diferencia considerable.

En el caso de la acción pauliana, el deudor se limita, como en nuestra hipótesis, a no ejecutar sus obligaciones contractuales, sino que *se pone deliberadamente* en un estado tal que no puede responder a las obligaciones legales asumidas por consecuencia de la inejecución del contrato. Este acto no entra en el cuadro de la inejecución pura y simple y constituye un delito civil. Aquí el deudor se ha hecho responsable de un acto delictual.

En nuestra hipótesis, el problema se plantea de otra manera: es el tercero quien incurre en responsabilidad delictual, y el deudor no responde más que contractualmente. Por consecuencia, según el artículo 51, párrafo 2.º del C. O., el tercero soporta, en fin de cuentas, el daño causado por su acto ilícito. Si esta solución parece indicada para el caso en que el tercero ha jugado el papel de instigador, no será igual si no ha hecho más que aportar su concurso, aunque sea de una manera activa, a la inejecución de un compromiso. El Juez, entonces, teniendo en cuenta el hecho de que el acto del deudor y el del tercero han determinado el daño en una misma medida, condenará a los dos a tomar a su cargo una parte igual de los daños y perjuicios.

Podemos, por último, resumir brevemente el principio que se aplica en Derecho suizo a nuestro caso.

Aquel que aporta activamente su concurso a los hechos constitutivos de la inejecución de una obligación contractual, o que determina a un contratante a violar su compromiso hacia un tercero,

comete un atentado al derecho de la personalidad de ejercer libremente su comercio y responde, en virtud del artículo 51, párrafo primero, concurrentemente con el deudor del daño resultante de la violación de un contrato.

EL PROBLEMA EN EL DERECHO INGLÉS

El concurso aportado por un tercero a la inejecución de un contrato, ¿constituye un delito en Derecho inglés?

El Derecho inglés protege en principio el derecho de cada uno a practicar libremente su comercio jurídico. Toda otra persona tiene, por consiguiente, la obligación de no poner obstáculos a su libre ejercicio (1). La *common law* coloca entre los cuasidelitos (*torts*) un atentado a este derecho.

Sin embargo, es difícil circunscribir exactamente la esfera protegida, y los autores no han puesto en claro en qué consiste la ilicitud del atentado (2).

Pero este derecho absoluto de concertar los contratos con cualquier otra persona experimenta restricciones, las cuales no son inherentes a la naturaleza del contrato específico que se pacte. Estará limitado por el respeto al lazo contractual de otro si la conclusión de un contrato implica atentado al derecho de este último. De otra parte, este mismo derecho forma uno de los elementos de ese haz de derechos que constituye aparentemente el derecho de hacer libremente su comercio. El acto del tercero incitando a una persona ligada por un contrato a no ejecutarlo, debe considerarse ilícito, pero la ingerencia debe presentar un carácter activo y debe causarse un daño; este delito ha sido llamado *procuring a breach of contract*.

Por de pronto, la jurisprudencia había admitido algunas dudas sobre la cuestión de si debía admitir una acción por violación de todo contrato o solamente por la violación de los contratos creadores de relaciones permanentes entre las partes contratantes; sin embargo, finalmente, se abandona toda distinción.

Pero antes de llegar a formular estas reglas de aplicación ge-

(1) Halsbury: «Laws of England». V. 27. 1913; p. 475; núm. 927.

(2) Jenks: «Digest of English Civil Law». Art. 964.

neral, los Tribunales ingleses habían tenido ocasión de resolver este problema en ciertas hipótesis particulares.

Una de ellas fué el *caso de soborno*. Se estableció desde mucho tiempo que el dueño cuyo criado ha sido sobornado por otro dueño, tiene una acción de daños y perjuicios contra éste, a menos que no posea una causa legítima para justificar su acto. Los autores se han preguntado, sin llegar a una respuesta precisa, cuáles eran estas causas legítimas.

Esta acción existe no solamente contra la persona que incita al criado a no ejecutar, sino también contra el dueño que le compromete durante la vigencia del primer contrato (este delito civil se llama *harbouring a servant*), siempre que tuviere conocimiento de éste, importando poco que hubiese tomado él mismo la iniciativa o que hubiera concertado el contrato a instancias del criado (1).

Sin embargo, el primer dueño pierde su acción contra el segundo si es indemnizado por el criado.

Esta doctrina, aplicada a todos los casos de inejecución de un contrato de trabajo a consecuencia de una instigación, ha permitido a los Tribunales americanos combatir eficazmente el *boycot* (2). En Inglaterra, la Trade-Dispute Act de 1906 ha hecho imposible una jurisprudencia análoga.

Pero esta ley sobre el conflicto del trabajo, las reglas sobre los cuasidelitos de intrusión en la esfera contractual de otro, han perdido evidentemente terreno de aplicación.

Otro caso en que entendió la jurisprudencia inglesa fué el de la *intrusión en las relaciones del vendedor y comprador de un inmueble*. En cuanto a la transferencia de los derechos reales, el problema que podía plantearse bajo la antigua legislación anterior a las leyes de 1925-26 (3) ha perdido también su interés práctico. Antes de 1926, la Court of Chancery concedió, desde el día del contrato, al adquirente de un inmueble un *equitable state* intermedio entre el derecho personal, y el *legal state*, derecho absoluto de propiedad. El titular de este *equitable state* arriesgaba ser desposeído por un adquirente a título oneroso de buena fe a quien la propiedad había

(1) Halsbury: V. 29, 1911; p. 270.

(2) Wodoz: «Le boycottage», p. 27.

(3) «Law of Property Act», 1925, 15 Geo. 5, c. 20; «Law of Property Amendment Act», 1926, 16 y 17 Geo. 5, c. 11.

sido vendida por el fraude o por consecuencia de cualquier otra falta del propietario legal, pero sin ninguna falta ni negligencia de este adquirente (1). Por el contrario, la Court no protege estos *equitable interests* del adquirente no puesto todavía en posesión real frente a un adquirente a título oneroso que ignoraba su existencia (2).

En resumen, la *common law* inglesa reconocía una acción de daños y perjuicios a un contratante cuyo compromiso no ha sido ejecutado por consecuencia de la intervención de un tercero contra este tercero, si es que este último actuó conscientemente y sin excusa legal.

Para comprender el principio general deberá saberse en qué consiste la excusa legal que podrá exceptuar un instigador eventual. Hasta el presente, ningún precedente ha zanjado todavía esta cuestión; por contra, hay sentencias estatuyendo qué excusas no son válidas.

La Jurisprudencia inglesa ha erigido una construcción bastante completa para definir el delito de intrusión de un tercero en las relaciones contractuales respecto a otro.

Es preciso, sin embargo, reconocer que la mayoría de los casos concretos, cuando la cuestión se plantea, han sido eliminados por la promulgación de ciertas nuevas leyes que, sin ser hostiles a esta teoría, han tenido por consecuencia suprimir el valor práctico de las antiguas decisiones.

II

LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD DEL TERCERO AL CASO DE LA ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD (3)

Como al principio hemos hecho resaltar, el fin de nuestro trabajo es examinar si en Derecho moderno se debe reconocer la existencia de un derecho análogo al *jus ad rem* declarado definitivamente abrogado. Después de haber establecido los principios de la teoría de la responsabilidad del tercero en general, su aplicación

(1) Pollock: «A first book of jurisprudence», 1904.

(2) Comp. Tophan: «The new law of Property», 3.^a ed., p. 7.

(3) Deliberadamente dejamos el examen de estas cuestiones dentro de nuestro sistema de Derecho positivo para el final de este trabajo.

a los casos de transferencia de la propiedad nos permitirá comparar la relación de derecho resultante de ello con el *jus ad rem*.

A).—EL PROBLEMA EN DERECHO FRANCÉS

En Derecho civil francés son distintos los principios que regulan la transferencia de muebles y de los inmuebles.

En lo que concierne a los muebles, la transferencia se efectúa en principio por la conclusión del contrato; en materia inmobiliaria, por el contrario, la convención despliega efectos frente a tercero, una vez solamente se ha cumplido la formalidad de la transcripción. Esta diferencia en la elección del momento en que la transferencia del derecho se opera frente a los terceros, nos obliga a examinar separadamente la aplicación de la teoría a las dos categorías de derechos.

La enajenación de inmuebles en Derecho francés.—Si el principio de transferencia convencional *erga omnes* fuera admitido en las enajenaciones de inmuebles, el derecho de propiedad del primer adquirente no podría ser nunca atacado por un acto posterior del enajenante.

Pero el contrato de enajenación no ejerce sus efectos más que entre las partes. Para los terceros la enajenación no existe sino desde que ella ha recibido la publicidad que le es propia y con las formalidades indicadas en el artículo 941 del Código civil francés, para la donación, y en la ley de 23 de Marzo de 1855, para las enajenaciones a título oneroso. Respecto a los terceros, el inmueble vendido o donado pertenece siempre al vendedor o donante, que pueden todavía ceder válidamente sus derechos. El conflicto entre dos adquirentes no se regula en consecuencia por la fecha de los actos de enajenación, sino por la fecha de su publicidad.

Esta solución no admite duda cuando el segundo adquirente, en interés del cual la publicidad de la enajenación ha sido hecha obligatoria, es de buena fe e ignora la primera enajenación. Pero no es ésta la hipótesis que nos interesa. La teoría del atentado al derecho que protege el lazo contractual será aplicable si el segundo adquirente ha tratado, no obstante el conocimiento que hubiese tenido de la primera enajenación, por otras vías que la de la publicidad establecida por el legislador.

El caso se presenta así: Un vendedor enajena su inmueble, pero antes de que el adquirente hubiera transcrito el acto de enajenación, un tercero, teniendo conocimiento del primer contrato, compra el inmueble y se apresura a transcribir.

El mismo problema se plantea si en lugar de venta se tratase de donación. Pero, sin duda, los terceros que pueden prevaleerse del defecto de transcripción no son los mismos en las dos hipótesis.

El Código francés, en su artículo 941, concede, en principio, el derecho de ignorar el acto no transcrito a todos los interesados. La Ley de 23 de Marzo de 1855, que ha establecido la formalidad de la transcripción para todas las enajenaciones entre vivos a título oneroso, reserva este derecho a ciertas personas limitativamente enumeradas. Sin embargo, los compradores y donatarios que transcriben a consecuencia de una primera enajenación no transcrita, tienen la cualidad de terceros en los dos sistemas. No es necesario que el conflicto se dé entre dos compradores, dos donatarios o entre un comprador y un donatario. Se podría imaginar una enajenación parcial que el adquirente se olvida de hacer transcribir. Posteriormente, un tercero se entiende con el enajenante y se hace constituir una servidumbre que se apresura a transcribir. El conflicto entre adquirente y titular de la servidumbre pondrá en juego los mismos principios que en el caso de la doble venta y debe resolverse de igual manera.

En todas estas hipótesis, la teoría de la responsabilidad del tercero puede intervenir con igual título. Hasta el día de la transcripción, el primer adquirente no tiene frente a los terceros un derecho colocado al amparo de los atentados. Pero si el segundo adquirente lesiona el derecho derivado del lazo contractual, derecho al que está obligado, su contrato no le exime de la responsabilidad consiguiente.

Hay un punto sobre el cual la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo hace tiempo.

Es preciso distinguir entre la hipótesis del simple conocimiento de la existencia del contrato para los terceros y la en que hay fraude en el segundo adquirente (1). Pero los autores no han podido dar una explicación satisfactoria para justificar esta diferencia.

(1) Hugueney: p. 26, ob. cit.

Diversas teorías presentadas para explicar cuál es el derecho del primer adquirente se han equivocado precisamente sobre este punto. Examinemos rápidamente los argumentos que emplean, pero antes notemos que Demogue, apercibido de las dificultades que se opondrían a su teoría, ha declarado que aquí el derecho al respecto del lazo contractual no despliega excepcionalmente ningún efecto, porque la transcripción debe ser considerada como una institución creada esencialmente con el fin de hacer mayor la seguridad de las transferencias inmobiliarias (1), y esta consideración de orden práctico le conducirá a la solución lógica. Pero entonces este autor no explica por qué la «Court de Cassation» ha condenado siempre a aquel que induce a un contratante a la ruptura de su contrato, incluso en materia de transferencias inmobiliarias.

No deberá creerse, de otro lado, que esta distinción entre el simple conocimiento y el fraude del tercero no se imponga más que en materia de transferencia de inmuebles. La misma diferencia existe, por ejemplo, en el caso del soborno.

Incluso eliminando las enajenaciones inmobiliarias del número de las hipótesis posibles, nos encontraríamos exactamente enfrente de igual problema. La solución debe ser, pues, investigada por otro lado. Si un cierto número de sentencias que datan de los primeros años de la aplicación de la Ley de 23 de Marzo de 1855, se han inspirado en el adagio «Fraus omnia corrumpit», ya que «el fraude hace excepción a todas las reglas», los autores no han tardado en descartar esta interpretación, porque no parece tener un valor propio, y así esos autores no tardaron en calificar esa forma de «expediente destinado a evitar toda discusión».

JOSÉ MARÍA FONCILLAS,

Notario.

(Continuará.)

(1) Demogue : «Obligations», III, p. 364.

Sobre el artículo 37 de la ley Hipotecaria y la rescisión en fraude de acreedores

El número del mes de Junio último de esta Revista contiene un artículo del ilustre compañero el Notario D. Alberto Campos Porrata, en el que me elogia, sin merecerlo, por el trabajo que publiqué sobre «Efectos de la inscripción según el actual régimen hipotecario español», a la vez que expone su discrepancia en cuanto a lo que digo en dicha obra sobre el párrafo tercero del artículo 37 de la ley Hipotecaria, que puede ser tercero, comprendido en dicho tercer párrafo, no sólo el adquirente en la segunda enajenación, sino el que adquiere onerosamente con buena fe inmediatamente del deudor.

Me ha de permitir el Sr. Campos que, no obstante reconocer que expone su criterio con fuertes razonamientos, siga manteniendo firme mi modesta opinión. El Sr. Campos Porrata dice «Cree-mos nosotros, por el contrario, que aunque este primer adquirente pueda resultar indemne, en esas condiciones, de las reclamaciones del acreedor, ello será únicamente por el derecho civil, ya que de la legislación hipotecaria no recibe ningún beneficio especial, y como, en cambio, el segundo o posterior adquirente, sí resulta favorecido por aquélla, a él solamente debe atribuírsele el carácter de tercero, en el sentido vulgar de inmunizado por el Registro que a dicha expresión se atribuye.»

Una consulta, Sr. Campos: Un señor, en mala situación económica, con un pasivo igual o superior al activo, un día coge su título de propiedad y se va a un Banco a que le presten una cantidad. El Banco mira en el Registro si las fincas están libres de

cargas y, fundado en el Registro, hace el préstamo, y el deudor constituye a favor del Banco hipoteca sobre las fincas; y una vez inscrita la hipoteca, ¿recibe este acreedor algún beneficio especial de la legislación hipotecaria ante los otros acreedores que prestaron a dicho deudor sin creer necesaria la garantía del Registro? Indudablemente, tal Banco resultaría acreedor hipotecario y tercero hipotecario, aun adquiriendo un derecho real inmediatamente del deudor, quien en el Registro figuraba como dueño, sin que los otros acreedores puedan obtener la rescisión de este título de hipoteca.

El Tribunal Supremo dice a este respecto en la sentencia de 31 de Diciembre de 1897 lo que sigue: «No probándose que el acreedor hipotecario haya sido cómplice en el fraude que se alega para pretender la rescisión del contrato, ni que tuviese conocimiento del propósito del deudor, y no constando en el Registro de la propiedad nada que pudiera inducirle a sospechar la situación del mismo, el prestamista está en la situación de tercero, contra el que no se dan las acciones rescisorias ni resolutorias conforme a los preceptos de la ley Hipotecaria.» Pues si respecto al acreedor hipotecario, que adquiere un derecho real del deudor, establece el Supremo tal doctrina, ¿por qué no ha de decirse lo mismo en cuanto al que adquiere del deudor el dominio?

Basa su criterio el Sr. Campos en que la inscripción no convalida los defectos de que pueda adolecer el acto transmisivo hasta que una nueva transmisión los subsane. Aparece algo obsesionado con el artículo 33 de la Ley, como le sucede al Supremo Tribunal varias veces; pero el artículo 33 dice que la inscripción no convalida los actos nulos y el acto en que adquiera del deudor una persona por título oneroso es válido según el artículo 1.290 del Código civil, si bien puede no ser eficaz en cuanto a algunas personas, como es válida una compra hecha con una persona que ya había vendido la misma cosa a otro; pero que puede no ser eficaz, respecto de éste, si está en mejor situación ante la ley, como es válida la compra que se hace de una finca que estaba ya adquirida por otro mediante prescripción; pero que resulta ineficaz la compra respecto del prescribente; mas tales ineficacias desaparecen si el comprador adquirió con buena fe de quien, según el Registro, era dueño.

Permítasenos que se transcriba parte de lo que decíamos en dicho trabajo a este respecto, a fin de contrastar y comprender mejor las opiniones: «El tercer número del artículo 37, a primera vista, parece que implica mayores limitaciones a las garantías del tercero hipotecario, y que da la impresión de que la seguridad de éste depende de la situación económica del transferente, de que tenga o no deudas que superen al valor de su patrimonio, ya que pudiera entenderse que, adquiriendo uno directamente del deudor por título oneroso, no puede ser tercero, y que para serlo tendría que haber adquirido en una segunda enajenación. ¿Será posible que quien, con buena fe, adquiera onerosamente del vendedor no pueda estar amparado por la garantía hipotecaria?.. El Tribunal Supremo en alguna sentencia cree que el primer adquirente no puede ser tercero hipotecario, no sólo porque conozca el fraude, sino porque intervino en el acto o contrato inscrito, y en otras da a entender lo contrario, y que, con tal que no haya fraude, es tercero el adquirente, sin ser perjudicado. Esta imprecisión es debida a no ser comprendido el sentido del artículo 27 en relación con el 34. El concepto de tercero hipotecario implica la posibilidad de una colisión de derechos que supone tres personas, por lo que está bien llamado tercero: Una persona, que es la protegida por el Registro, que figura como titular de la inscripción vigente al surgir la colisión, y que es la que adquiere con buena fe por título oneroso de quien en el Registro tiene derecho a transmitir; otra persona es la que aparece en el Registro con derecho a transmitir en el momento del acto o contrato a favor de dicho adquirente; y, por último, la otra persona que también tiene un título sobre el derecho transmitido o que le confiere facultad para dirigirse sobre ese derecho, título que prevalecería de no mediar la garantía a favor de aquel adquirente a título oneroso que adquirió a base del Registro. Como se ve, la primera persona y la última son terceros entre sí; son los dos titulares del derecho en colisión, y la segunda persona es la que figuraba con un derecho en el Registro que en realidad, cuando transmitió al tercero hipotecario, no le correspondía, sino que era, en todo o en parte, de la última persona, y que en perjuicio de ésta transfirió a la primera. El derecho que constaba en la inscripción del transferente (inscripción en cuyo acto o contrato que la motivó no intervino el ad-

quirente por título oneroso) se habría de declarar anulado, resuelto o extinguido en perjuicio del transferente y en beneficio del tercero que no tiene inscrito su título, de no mediar la adquisición onerosa inscrita a nombre del tercero hipotecario; y por eso se extingue el derecho, en perjuicio del tercero civil y en beneficio del tercero hipotecario al resolverse la colisión. ¿Cabe en este concepto, que comprende también el artículo 34, el caso de la enajenación onerosa hecha directamente por el deudor? Como el artículo 1.911 del Código civil dice que el deudor responde de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros; como el artículo 643 del Código expresa que se presumirá siempre hecha la donación en fraude de los acreedores cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella, disponiendo, por tanto, de lo que no era de él; como el artículo 1.111 del Código autoriza a los acreedores a perseguir y a impugnar los actos realizados por este deudor en fraude de los mismos acreedores, y, habida cuenta de lo que expresan los artículos 403, 1.057, 1.082 a 1.084 del Código civil, lleva a creer que la Ley confiere a los acreedores un derecho de crédito que implica una acción relativamente real, en cuanto permite perseguir los bienes, aunque no estén en poder del deudor, contra adquirentes que hayan contribuido al fraude y con derecho a intervenir en la partición de los bienes en que fuera condueño el deudor. Pues bien: el transferente, al enajenar el derecho que a su nombre aparece en el Registro, transmite un derecho que ya no era de él, en todo o en parte, por haber recibido de los acreedores el equivalente al valor del derecho; correspondía en realidad a los acreedores para efectuarlo y hacer efectivo su crédito. Enajenó lo que no era suyo, lo que estaba afecto al pago de sus deudas, como si tuviese vendido el derecho y recibido el precio sin que constase en el Registro y luego le enajenase onerosamente a otro que inscribe su título, como acontecería si el transmitente hubiese perdido el derecho inscrito por haberlo adquirido otro por prescripción y luego le transmite onerosamente aquél a un tercero que inscribe y adquiere bien, siendo perjudicado el prescribente. En estos casos el transmitente figuraba con un derecho inscrito, cuyo acto o contrato era válido; de suerte que no dejaría, como en otros casos, de ser dueño por anularse o resolverse su derecho, sino por

haberlo ya enajenado o afectado con deudas o dejado extinguir en su perjuicio; pero nunca en perjuicio de quien, fundado en el silencio del Registro, adquirió de aquél por título oneroso inscrito. Casos todos éstos que están comprendidos en el artículo 34 de la Ley; y por eso decía D. Pedro Gómez de la Serna que lo que la Ley había querido establecer en este artículo es que «aquello que, por no estar inscrito no es conocido por el adquirente, no le perjudique». De este modo se entiende mejor el artículo 27 de la ley Hipotecaria al definir el tercero, concepto que nos aclara el mismo Sr. Gómez de la Serna, que, por ser coautor de la Ley, conocía el sentido de este artículo, diciendo que «sólo es tercero aquel que, no habiendo intervenido en el acto o contrato anterior inscrito, ha celebrado, sin embargo, otro acto o contrato lícito que se ha inscrito con posterioridad»; el acto o contrato anterior inscrito es el que figuraba a nombre del transferente en el que no intervino el tercero, como exige el artículo 27. El contrato lícito que se ha inscrito con posterioridad es el que está en el Registro a nombre del tercero hipotecario. Luego el que adquiere onerosamente del deudor, que aparece como dueño en el Registro, es tercero hipotecario si adquirió con buena fe, porque no ha intervenido en el acto o contrato anterior inscrito a nombre del deudor transmitente y ha celebrado otro acto o contrato lícito que se ha inscrito con posterioridad; y es lícito o válido este acto a nombre del adquirente celebrado con el deudor, no sólo porque adquirió de quien tenía derecho a transmitir, según el Registro, sino que, conforme al artículo 1.290 del Código civil, que dice: «Los contratos válidamente celebrados pueden rescindirse en los casos establecidos por la Ley. Uno de los casos en que hay lugar a la rescisión es cuando existe fraude de acreedores; pero el fraude sólo vicia el contrato cuando el adquirente es cómplice en ese fraude; y en nuestro caso el adquirente, sin más antecedentes que la publicidad del Registro, y al amparo del artículo 34, obrando con buena fe, no se le puede imputar complicidad con el deudor para perjudicar a los acreedores, y, por lo mismo, no sería rescindible su título.»

Morell opina que el primer adquirente puede ser tercero hipotecario como el segundo o posterior adquirente, y dice:

«Las acciones rescisorias y resolutorias—dice el artículo 36—no se darán contra tercero, esto es, no perjudicarán a tercero que

haya inscrito su título en el Registro. ¿Quién es ese tercero? Son terceros, según el artículo 27, los que no intervienen en el acto o contrato inscrito, es decir, todas las personas distintas de los otorgantes. El que adquiere e inscribe es a su vez y, como consecuencia, tercero con relación a todas esas personas, y de aquí que la Ley unas veces se refiere al tercero que inscribe y otras veces a los terceros que pueden ser perjudicados por la inscripción o que no pueden perjudicarse si no se inscribe. En el artículo 23 se dice claramente que los títulos no inscritos no pueden perjudicar a tercero. En el 25, que los títulos inscritos surten su efecto aun contra los acreedores singularmente privilegiados. En estos artículos, esos acreedores y aquellos terceros son los que no intervinieron en el acto o contrato. Pero en los artículos 36 y siguientes se trata del tercero que inscribe, del tercero que al inscribir perjudica aun a los acreedores singularmente privilegiados, del tercero favorecido por el hecho de hacer público su derecho en el Registro. ¿Cómo no ha de intervenir en el acto o contrato inscrito si es precisamente el que contrata e inscribe, la parte contraria, digámoslo así, de ese otro tercero a quien la inscripción perjudica? El primer adquirente en las enajenaciones fraudulentas, si inscribe, es, desde luego, tercero con relación al acreedor a quien compete el ejercicio de la acción rescisoria, y si a él se le niega ese carácter porque intervino en el acto o contrato, o sea en esa enajenación, por la misma poderosísima razón, el segundo adquirente, y el tercero, y el cuarto, tampoco serían terceros porque intervienen también en el acto inscrito, en la enajenación que se les hace. Se quiere suponer, sin duda, en la jurisprudencia del Supremo que el acto inscrito a que el artículo 27 de la Ley se refiere es sólo la enajenación primera y calificar por ella el carácter de los que intervinieron en las demás; pero eso sería absurdo. El acto inscrito, al efecto de calificar los que son terceros, es el que se inscribe, con relación al acto o contrato que cada vez y determinadamente se inscribe, y no un acto que se hubiese registrado con más o menos anterioridad. Claro es que el segundo adquirente era tercero en la primera enajenación con arreglo al artículo 27; pero era tercero en el sentido de ser perjudicado o surtir contra él efecto la inscripción de esa enajenación primera, no en el de ser favorecido.

o no darse contra él acciones rescisorias, que es lo que prescribe el artículo 36. Al adquirir e inscribir ese segundo adquirente pasa de tercero perjudicado a tercero que perjudica. Esto es todo. Lo que el artículo 27 quiere decir es que los contratantes entre sí no son terceros nunca, ni lo son sus herederos. Son terceros todas las demás personas, pero de un modo general e indeterminado. Realmente el tercero, en ese sentido, sólo se determina cuando el acto o contrato le interesa, bajo cualquier aspecto, y puede perjudicarlo. Entonces el acto le perjudica si se inscribe, y si no se inscribe no le ocasiona más perjuicios que los que del acto mismo puedan derivarse, dada su situación o interés o los derechos que para evitar tales perjuicios le correspondan con arreglo al derecho común. Uno de estos derechos es el de poder hacer resolver o rescindir ese acto, y la ley Hipotecaria, cuya misión y objeto es amparar los derechos inscritos, viene a decir en el artículo 36: Si el acto se inscribe, y tú, perjudicado por ese acto, no eres uno de los contratantes, sino un tercero a quien el acto perjudica, ya no puedes pedir contra el inscribente la rescisión ni la resolución contra tu contrario, el tercero respecto a ti, que inscribió. Y añade el artículo 37: «Pero a pesar de la inscripción, hay casos en los que esas acciones pueden entablarse aun contra el tercero que inscribe...; y b) Cuando existe mala fe en el adquirente que inscribió, sea primero, segundo o último. Esta interpretación sería la única racional y conforme con los principios de la ley Hipotecaria en la cuestión que nos ocupa.»

De Buen dice: «La jurisprudencia se inclina a la opinión de que, como en la ley Hipotecaria tercero es el que no ha intervenido en el acto o contrato inscrito, no es tercero en caso de enajenación en fraude de acreedores el que contrata con el mismo deudor, y por ello, la existencia del tercero supone siempre una segunda enajenación. Para nosotros es inadmisibles tal interpretación, y consideramos—con Morell—que tercero es el primer adquirente en las enajenaciones fraudulentas, si inscribe, con relación al acreedor a quien compete el ejercicio de la acción rescisoria, sin que sea necesaria esa segunda enajenación a que, sin duda por error, se refiere el número tercero del artículo 37 de la ley Hipotecaria.»

El negar que el primer adquirente por título oneroso no puede ser tercero dimana de no comprender con claridad el concepto de

tercero hipotecario en virtud del extravío que a varios produce la definición que da el artículo 27; y nosotros diremos una y mil veces que la no intervención del tercero en el acto o contrato inscrito se refiere no al acto o contrato que motivó la inscripción a su favor, sino el acto o contrato *anterior inscrito*, como dice el Sr. Gomez de la Serna. Lo que la ley Hipotecaria exige para que el adquirente por título oneroso esté garantizado por la misma es que éste adquiera, fundado simplemente en lo que resulta del Registro; para él en el Registro figura a favor del transferente el derecho que adquiere, inscrito mediante un acto o contrato en el que no intervino dicho adquirente, porque si interviniese ya sería parte y podría conocer cualquier vicio de nulidad que pudiese afectarle; pero el artículo 27 debió exigir, además de no intervenir en el acto o contrato inscrito, el no conocer ninguna causa que haya enervado o extinguido el derecho que aparece inscrito a nombre del transferente; mas si no lo exige la letra de este artículo, se establece en los artículos 34 y 37, al decir que al tercero, una vez que inscriba no le perjudica el que luego se anule, rescinda o resuelva el derecho que estaba inscrito a nombre del transferente. Es decir, que el transmitente aparece, cuando enajenó al tercero, con un derecho inscrito, pero que en realidad no le correspondía, bien porque el título que motivó la inscripción tuviese vicios de nulidad, siquiera aparentase la legalidad que le permitió ser inscrito, ora porque ya hubiese enajenado el derecho en todo o en parte, o le hubiese perdido por poseerlo otra persona, o que le hubiese afectado a responder de sus deudas, sin que el adquirente que inscribió conociese ninguna de estas situaciones.

Nosotros, para conceptuar comprendido el que adquiere inmediatamente del deudor en los artículos 34, 36, 27 y 23 de la Ley, partimos de un supuesto basado en los mismos artículos del Código civil; suponemos que el deudor, a medida que va contrayendo deudas va afectando su patrimonio a responder de las mismas, bien con hipotecas especiales, o responsabilidad hipotecaria, ora con esa responsabilidad pauliana, que tan claramente establecían las Partidas en España, pasando luego al Código civil. Decíamos esto discurriendo sólo con los preceptos legales a la vista, y ahora nos es grato observar, al ampliar el estudio, que nuestro ilustre tratadista Sánchez Román decía sobre dicha res-

ponsabilidad patrimonial del deudor lo siguiente: «El derecho de garantía para el cumplimiento de toda obligación que recae sobre el patrimonio del deudor y la ficción de que, al enajenar éste sus bienes fraudulentamente, y en daño de sus acreedores, han sido éstos mal representados *en su derecho* por el deudor enajenante, toda vez que con dicha enajenación les causa un perjuicio que nunca puede suponerse aceptaran aquéllos...»

El comentarista Mucius Scaevola dice que en la rescisión «se declara la convención sin efecto, atendiendo a la consideración de que el derecho de propiedad de que se usaba *venía afecto a la expectativa de un determinado acreedor para hacerse pago precisamente con los bienes de que se dispone*».

Pacchioni dice que sobre el patrimonio del deudor hay un dominio pleno del deudor, limitado por un dominio de sus acreedores como un derecho de garantía sobre el patrimonio del deudor mismo a la satisfacción de la deuda.

Rocco dice que el acreedor tiene un derecho sobre el patrimonio del deudor, considerado como una universalidad.

Cosack se atreve a decir que la acción del acreedor impugnante frente al tercer adquirente es análoga a la acción reivindicatoria frente al poseedor.

Es decir, que diremos, con Gaudemet, Gazin y Giorgi, que así como el acreedor hipotecario tiene un derecho sobre una o varias cosas determinadas, los otros acreedores tienen un derecho sobre un patrimonio, un derecho indeterminado en cuanto al objeto sobre que recae. Estos derechos de garantía, incluso el de hipoteca, confieren a los acreedores no un derecho en las cosas (no pueden apropiarlas los acreedores directamente), sino un derecho a satisfacerse el crédito con el valor de las cosas ajenas o con la adjudicación de las mismas en caso de no cumplir el deudor y de no poder venderse aquéllas. Por eso nosotros, coincidiendo con el criterio de los tratadistas mencionados, tratamos en el citado trabajo publicado de fundamentar la situación jurídica hipotecaria del que adquiere directamente del deudor por título oneroso, considerando al deudor, que figura en el Registro con el derecho que transmitió, comprendido en el artículo 34, como persona que en el Registro aparece con derecho a otorgar contratos, que, una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto a los que con ella hubiesen

contratado por título oneroso, aunque después se resuelva o aparezca extinguido, limitado o afectado el derecho del otorgante en virtud de causas que no resultan claramente del mismo Registro, pudiendo así conceptuarse el primer adquirente como tercero hipotecario y comprendido, por tanto, en el artículo 27, porque no ha intervenido en el acto o contrato que haya motivado la inscripción a nombre del deudor ni tuvo más conocimiento de la situación jurídica del derecho del transferente que el reflejado por el Registro.

Así deseamos y esperamos que el Tribunal Supremo conceptúe al tercero hipotecario y, de acuerdo con este criterio, interprete el párrafo tercero del artículo 37 de la Ley, y nos satisfaría mucho persuadir con lo expuesto a los que no ven posible sea tercero hipotecario el que adquiere directamente del deudor.

MANUEL VILLARES PICÓ,

Registrador de la Propiedad

ANALERS

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.

El Notariado en el Derecho foral de Valencia

I. CONSIDERACIONES GENERALES.

El artículo 8.º de la Constitución de la República Española ha reconocido la posibilidad de constituirse, las provincias, en regiones autónomas para formar un núcleo políticsadministrativo dentro del Estado español (1), con facultad de formular un Estatuto, y cuyo proceso y aprobación determina aquel Código fundamental (2).

Concede dicha Constitución, al propio tiempo, a las regiones autónomas el poder legislativo, determinando en sus Estatutos; y entre sus facultades legislativas, la que afecta a la organización y régimen del Notariado, como ha sucedido en el Estatuto catalán. Con semejante concesión renace el problema de la vigencia del Derecho Foral, que podrán las regiones desenterrarlo y codificarlo en su integridad histórica o con miras al nuevo estado social y jurídico de los pueblos modernos.

Mas sea cual fuere la tendencia de las regiones forales en la organización de su régimen jurídico, si han de mantener vivo su derecho y su idioma, elementos que, al parecer, han hecho problema fundamental de sus determinaciones para el resurgimiento de su personalidad jurídica, social y política, no cabe duda que han de llevar a sus Códigos aquel derecho que constituyó siempre su vida jurídica, y que si no aplicaron a la vida social; fué por la absorción del centralismo, que por causas que no son para mentarlas, mantuvo siempre el estado jurídico creado por Felipe V en 1707.

(1) Art. 10 de la Constitución de la República Española.

(2) Art. 12 de la Const. de la Rp. Esp.

Ya sabemos que esta tendencia centralista fué inspirada en todo momento por el deseo de llegar a la unidad y a la unificación del Derecho privado mediante la promulgación de un Código general para la nación; y quizá este deseo hubiese sido menos censurable y hubiese cristalizado permanentemente en el alma de las regiones si a éstas se les hubiera permitido cierta independencia político-administrativa, sin olvidar su aportación al sostenimiento de las necesidades de la nación. Pero erróneamente se creyó que la absorción total constituía un precepto del decálogo nacional, y olvidando que el mismo Felipe V reconoció su equivocación y publicó, en 16 de Enero de 1716, el *Decreto* llamado de *Nueva Planta*, devolviendo a catalanes y aragoneses el uso de sus fueros en materia civil, mantúvose siempre la tesis de la desaparición absoluta del Derecho foral, consiguiendo con ello mantener viva la protesta contra un régimen absorbente y dar motivo a que las regiones forales avivasen el espíritu de independencia y luchasen por la libertad de un espíritu regional que creyeron siempre oprimido.

Esta opresión no cabe duda que ha mantenido a las regiones forales en un estado de letargo jurídico. Sin medios para implantar su derecho, no se decidieron a buscar entre sus ricos tesoros, algunos de ellos no averiguados, y la mayor parte abandonados, sus propias fuentes jurídicas, constitutivas de una vida social y jurídica genuinamente propia por sus tradiciones históricas y sociales, con rasgos característicos de una patria independiente que las hacía inconfundibles entre sí y con el resto de la nación. Mas no por ello renunciaron a su rehabilitación. Se consiguió el silencio, pero no se ahogó el anhelo.

Escribió con mano maestra el jurisconsulto don Bienvenido Oliver, al señalar la distinción entre las regiones de Derecho Foral, «que si aquélla existe, en vano será desconocerla, negarla o sofocarla bajo el peso de la fuerza material; porque aparte de que los hechos reales no dependen de que los afirmemos o neguemos, la ignorancia o la violencia sólo producirán gérmenes de perturbación general, que podrán vencerse hoy, pero que renacerán mañana bajo nueva forma» (3).

Y esto es lo que ha sucedido al presentárseles ocasión propicia

(3) Oliver: «Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia». Tomo I. Introducción. XII.

para plasmar sus anhelos. Los gérmenes de perturbación de que hablaba Oliver han renacido y sus deseos han encontrado el medio para ser legalizados. El Derecho Foral está próximo a revivir, siguiendo con ello la tradición histórica, en la que cada región, a pesar de las uniones, como Aragón y Cataluña, conservó sus leyes e instituciones particulares, dando cierta preeminencia a su propio lenguaje, el que procuraron conservar con el carácter oficial (4).

Con la reaparición del Derecho Foral, en general, habrá de venir la depuración y selección de aquellas normas jurídicas en las cuales encarnó mejor el sentido jurídico de las regiones forales; y en esta selección y depuración no ha de poder prescindirse, pues tienen características muy especiales que anotaremos más adelante, de las normas de Derecho Notarial que sirvieron para la organización y funcionamiento de nuestra Institución.

El Notariado, en las regiones de Derecho Foral, tiene una tradición histórica que le afianza; un origen que le dignifica y una consideración esencial que le enaltece; y no sería justo ni razonable que al pretender cada región mantener vivo su derecho, dejase de rebuscar, hasta desenterrarlos del polvo de los siglos, los principios básicos del Derecho Notarial que procuró conservar, aun en estado de anquilosamiento, para mantenerlos puros y vivos a través de la Historia.

Lo que ocurre es que faltan trabajos de exploración histórica; y por eso la institución notarial de las regiones forales, sobre contar con una tradición histórica sumamente gloriosa, ha interrumpido su historia, llegando casi a perderse en la oscuridad de los tiempos.

No es fácil, por dicho motivo, escribir sobre Notariado en las regiones de Derecho Foral, sobre todo de la historia de aquella Institución, que muchas veces ha de partirse, con caracteres de verosimilitud, desde la Edad Media, dejando para la antigua un origen común debido a la influencia de los pueblos conquistadores.

(4) En las Cortes generales celebradas en Monzón en 1388, uno de los Síndicos de la ciudad de Zaragoza pidió que la legislación civil y procesal que tenía que regir en Aragón se redactase en lengua aragonesa, a lo que debió de accederse, porque en dicha lengua aparecen redactadas varias actas de aquellas Cortes.

A lo más, sólo es dable comentar algunos preceptos, pocos, por desgracia, que han llegado hasta nosotros recopilados por meritisísimos escritores; y de estos comentarios deducir consecuencias que siempre han de ser provechosas para la mayor perfección en la ordenación de las leyes notariales.

II. EL NOTARIADO VALENCIANO.

El Notariado en el reino de Valencia reconoce un abolengo muy glorioso.

En el Privilegio dado en 14 de las Kalendas de Febrero de 1250 por el Rey D. Jaime I de Aragón, se ordena que el Notariado, creado según las costumbres valencianas, lleve las notas, minutas o matrices en un libro, y cumplan otros requisitos para la solemnidad de las escrituras públicas; y al Notario Bononato de Piedra se le tiene como autor de la Recopilación de las nuevas costumbres de Valencia, que aprobó Alfonso IV de Aragón en las Cortes de aquel reino celebradas en 1329 (5).

El Privilegio antes mentado prueba que existía en Valencia un Notariado consuetudinario, es decir, «creado según las costumbres», del cual no nos ha quedado vestigio alguno, pues de los trabajos de los historiadores y juristas valencianos se deduce que la legislación de este país estaba integrada no sólo por las costumbres y fueros, sino también por la colección del Notario Piedra, existiendo ya de las primeras una serie dispersa por distintos lugares, que es muy difícil recoger; y de estas costumbres no ha llegado hasta nosotros vestigio alguno que nos dé a conocer su influencia en la organización y régimen del Notariado.

No son los Fueros valencianos los que proporcionan grandes luces en lo que afecta a nuestra materia; ni en ellos aparece una originalidad con características propias que las hagan catalogar entre las fuentes del Derecho que no brotaron libres de toda influencia. Por ello se discute si el Código de las costumbres de Tortosa ejerció influencia sobre el Código de las costumbres y

(5) Don Roque Chabás afirma que el Notario Piedra concretó su cometido al hecho de dar fe de una copia y no a compilar las Costumbres de Valencia en un Código. («Génesis del Derecho Foral de Valencia», pág. 68.)

fueros de Valencia, sosteniendo la afirmativa Oliver y negando semejante influencia el historiador Chabás. Lo que no puede negarse es que los conquistadores respetaron en mucho las costumbres de los pueblos conquistados, cuyo derecho consuetudinario llevaron a las compilaciones, no sin dejar de combinar sus preceptos con las normas jurídicas imperantes en el país de aquellos conquistadores. Así lo han reconocido, y no sin razón, muchos juristas e historiadores del antiguo reino de Valencia, afirmando que D. Jaime recopiló el derecho consuetudinario de dicha región, aportando a él los preceptos del Derecho aragonés unas veces, y otras las del Derecho catalán. Pero de los tiempos anteriores a las compilaciones consuetudinarias, a lo más que se puede llegar es a la afirmación de que el *Derecho romano* y la *equidad* fueron las normas jurídicas que prevalecieron en la vida jurídica del reino de Valencia.

Por eso el Notariado valenciano sólo puede, con relativa verosimilitud, estudiarse desde la compilación de las costumbres valencianas llevadas a cabo por el Notario Piedra. Hagamos, sin embargo, algunas indicaciones históricas.

Es indudable que a la conquista de Valencia, llevada a cabo por el Rey D. Jaime, contribuyeron de una manera muy eficaz catalanes y aragoneses, disputándose unos y otros el triunfo de sus respectivas Instituciones. Pero el Monarca, previsor y poseedor de una gran diplomacia, procuró contentar a unos y a otros, dejando en los territorios conquistados, ya principios de Derecho catalán, ora del aragonés. Por eso sus primeras leyes se llamaron unas *fueros*, nombre aragonés, y otras *consuetuts*, *costums* o *consuetudines*, palabras estas tres genuinamente catalanas.

No andan los juristas e historiadores de acuerdo acerca de si existía con anterioridad a la compilación antes dicha algún Código de Derecho valenciano, pues mientras Chabás (6) niega que lo hubiese, Oliver (7) entiende todo lo contrario. Puestos en el tran-

(6) «Durante la conquista—dice don Roque Chabás—, no existiendo aún Código valenciano, parece debían decidirse los pleitos según el estatuto personal..» «Génesis del Derecho Foral de Valencia», II, pág. 10. Valencia, 1902.

(7) «Del privilegio expedido en Barcelona a los idus de Septiembre de 1245—dice don Bienvenido Oliver—, consta, sin embargo, que los valencianos tenían en aquella fecha una compilación de sus leyes.» «Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia», tomo I, pág. 308.

ce de opinar, quizá nosotros nos decidamos por la primera opinión; pues si bien es cierto que en 1245 expidió D. Jaime en Barcelona un Privilegio creando la primera Magistratura, que se componía de cuatro jurados, y al hacerlo ordenaba que *se guardasen y observasen las costumbres escritas de la ciudad*, no significan estas palabras, que sirven de fundamento a la opinión de Oliver, la existencia de un Código unitario y sistemático, sino en todo caso de aquellas costumbres que habían sido objeto, muchas veces aisladamente, de privilegios reales y señoriales, sancionados luego por un decreto dado por el Rey. Prueba de ello la tenemos en el Privilegio concedido por Don Jaime a la ciudad de Denia, dado en el 7.º idus de Mayo de 1245, para que puedan aplicar, en los asuntos civiles y criminales, el Derecho consuetudinario otorgado y sancionado por la ciudad de Valencia.

No creemos, pues, que al iniciarse la conquista del Reino de Valencia tuviese este Reino *Código* alguno de sus costumbres. De un Privilegio fechado en 10 de Junio de 1249, determinando la forma como había de elegirse el Magistrado llamado Curia, y de otro de 16 de Diciembre del mismo año, dados ambos por el Rey Conquistador, sólo se deduce la existencia del primitivo Código de las *costumbres de Valencia* dictado por el mismo Don Jaime, cuya opinión tiene también su aval en el Privilegio de 14 de Febrero de 1250, en el cual se habla de ciertas obligaciones impuestas a los Notarios creados por las mismas costumbres (8), lo cual corrobora que, en aquella época, tenía ya Valencia un Cuerpo de Notarios en período de formación juridicoorgánica. La Historia nos habla de un tal Guillermo, Notario de Valencia, a quien en 7 de Octubre de 1237, y antes de formalizarse el sitio de la ciudad, le concedió el Monarca la *Escribanía de la Curia o la del Calmedina de Valencia*.

Esta formación juridicoorgánica del Notariado valenciano, encuentra su confirmación en la primitiva creación del Colegio de Notarios de Valencia, llevada a cabo por el Rey Don Jaime en 1238, quizá el más antiguo de España, con facultades verdaderamente extraordinarias.

Desde 1238, fecha, como hemos dicho, de la creación del Co-

(8) Véase el «Aureum opus regalium privilegiorum civitatis et regni Valentie». Pri. XXXV.

legio Notarial valenciano, hasta el 20 de Noviembre de 1369, fecha de la aprobación de las primeras Ordenanzas por el Rey Don Pedro, aquel Colegio se rigió por fueros, actas de Cortes, pragmáticas, Privilegios y Reales Cédulas, de todas las cuales existen buen testimonio en los Fueros de aquel Reino, como después veremos.

El Colegio de Valencia gozaba de la facultad de crear y nombrar Notarios para las ciudades del Reino, prohibiendo en absoluto ejercer las funciones notariales a quienes el Colegio no hubiese nombrado.

Cada año se nombraban y creaban seis Notarios, los cuales extendían su jurisdicción a todo el Reino y especialmente a la ciudad y una legua más a su alrededor. La elección se hacía de un año para otro, entre las dos Pascuas de Resurrección y Pentecostés.

Para ser admitido a oposición de dichas seis plazas se necesitaba reunir los siguientes requisitos: 1.º Haber cumplido veinticinco años de edad. 2.º Haber pasado la práctica durante cuatro años en una Notaría, «comiendo, durmiendo y residiendo en la misma casa del Notario» (9). 3.º Justificar limpieza de sangre y de oficios mecánicos, y 4.º Tener buenos antecedentes y ser de buenas costumbres. Esta última circunstancia se obtenía mediante un expediente de información testifical, que se recibía con citación e intervención del Síndico del Colegio.

Admitido el opositor, éste sufría un examen de Derecho judicial, redacción de documentos y de latín, en cuyo idioma se redactaban varias escrituras, y ante un Tribunal compuesto del Justicia civil, dos Regidores de la ciudad, los dos Escribanos mayores del Colegio, el asesor del Gobernador y el Fiscal del Patrimonio Real. Declarado apto el aspirante por el Tribunal, se le expedía un certificado de aptitud que se presentaba ante el Consejo de Aragón, el cual expedía el título, de creación Real.

Además de las seis Notarías referidas, el Colegio Notarial tenía la facultad de nombrar Notarios de Reinos, con facultad de ejercer el cargo en todo el Reino, menos en la Capital y una legua en su contorno.

Para estos Notarios de Reinos sólo se exigían los siguientes

(9) Véase a Escolano de Arrieta: «Práctica del Consejo Real». Tomo II, cap. 46, sección VIII, pág. 298. Madrid, 1796.

réquisitos: 1.º Dos años de práctica en una Notaría de Valencia. 2.º Certificación de haber pasado dicha práctica, y además de limpieza de sangre y buenos antecedentes, que expedía el Notario con quien había tenido lugar aquella práctica. 3.º Admisión por el Regente de la Real Audiencia de Valencia. 4.º Examen ante los Mayores del Colegio, y 5.º Expedición del título por dicho Regente en nombre de Su Majestad, del Virrey de la ciudad y del Capitán General de aquel Reino. Este título lo firmaban el mismo Regente y un Escribano de mandamiento.

Todas estas disposiciones legales que acabamos de mencionar quedaron olvidadas en virtud del Decreto dado por Felipe V en 29 de Junio de 1707, en el cual se dispuso se gobernara el Reino de Valencia por las leyes, prácticas, ordenanzas y costumbres de Castilla, a excepción de los asuntos pertenecientes a la jurisdicción eclesiástica, que debía regirse por los Convenios con la Santa Sede. Y en 20 de Noviembre de 1711, el Consejo, por auto de la misma fecha, dispuso que rigiera en Valencia lo ordenado para Castilla en lo concerniente al examen de Escribanos, sin que interviniera la Real Audiencia ni otro Juez.

Mas antes de continuar en el estudio del Notariado valenciano después del precitado Decreto de 1707, hemos de hacer mención de las primeras Ordenanzas del Colegio, aprobadas, como hemos indicado, por el Rey Don Pedro en 20 de Noviembre de 1369. El Colegio Notarial estaba dirigido por cuatro Mayores designados por insaculación, los cuales tenían a su cargo la vigilancia de los demás Notarios y la de los lugares, a fin de averiguar la existencia de protocolos de escrituras. También tenían la facultad de emitir su dictamen en los delitos de falsedad, en unión de los Jurados y otros cuatro Notarios. Eran, además, asesores de justicia en lo referente a documentos notariales, siendo preciso, para poder desempeñar el cargo de Mayoral, haber desempeñado el cargo de Notario durante diez años (10).

Y alcanzó tan alto grado de ilustración el Notariado valenciano que en 1566 desempeñó una cátedra de Notariado el Notario don Miguel Martí, el cual, a nuestro modo de ver, es el Andrés Martí de Pineda citado por D. Vicente Ximeno, cátedra que le concedió

(10) Fuero 76 de las Cortes que promulgó en 1604 Felipe III. Folio 18.

el Ayuntamiento de la ciudad en 15 de Mayo de dicho año (11). Además, la primera y segunda parte de los Fueros para el Reino valenciano los ordenó y compiló Francisco Juan Pastor, Notario público de la ciudad (12), y el Consejo de Liria solicitó se le facultase para elegir por su asesor a un Notario de aquella ciudad (13).

El Notariado valenciano mereció grandes consideraciones sociales, hasta tal punto que a su Colegio Notarial se le dieron los títulos de *insigne y noble*, y a sus Mayores, el de *magníficos*. Además, obtuvieron los Notarios honrosas distinciones, tales como la otorgada al Notario Juan Bautista Giner, que en 1602 se le concedió el cargo de Delegado de la Diputación del Reino, gozando también los Notarios valencianos de la *vocatio militae*, o sea de la excepción de prestar servicio militar. Y llegó a ser tan grande la confianza que mereció al público, que se dispensó a las partes y testigos de firmar las escrituras, así como igualmente al propio Notario, en cada documento que autorizaba, abriendo, por medio de cuadernos de papel en cuarto, el protocolo el día 25 de Diciembre de cada año, en cuya fecha extendía una diligencia de apertura que firmaba y signaba, extendiendo a continuación de la misma los documentos que iba autorizando. Estos cuadernos vinieron a ser el origen de los futuros *baldufarios* notariales, de los cuales tuvimos el honor de encontrar dos ejemplares en una librería de lance y entregarlos al Colegio Notarial de Valencia, para su custodia y conservación.

«El fondo pecuniario del Colegio—dice Fernández Casado—, formado del importe de los títulos, de las multas y del examen de los aspirantes, llegó a ser tan considerable, que en 1705 se mantuvo a su costa un regimiento para defensa de los baluartes y de la armería de la ciudad» (14).

Mas después del Decreto de Nueva Planta dado por Felipe V,

(11) Vicente Ximeno: «Escritores del Reino de Valencia». Tomo I, página 142.

(12) Véase a Juan José Sánchez: «Nobleza, privilegios y prerrogativas del Oficio público de Escribano». Tomo I, pág. 725.

(13) Fuero 140 de las Cortes celebradas en 1626 por el Rey Felipe IV, citado por Juan José Sánchez.

(14) Fernández Casado: «Tratado de Notaría». Tomo I, núm. 107, página 112.

en 29 de Junio de 1707, derogando los Fueros del Reino de Valencia, las cosas cambiaron.

En efecto: El Colegio, apoyándose en su antigüedad, en su nobleza y en su lealtad al Monarca, probada en los servicios que le prestaron cuando las turbulencias de 1705, y en que había contraído, con tal motivo, crecidas deudas, solicitó de Felipe V el restablecimiento del Colegio y la concesión de sus antiguas facultades, concesión que le fué otorgada en 27 de Junio de 1720, por medio de un Decreto, en el que el Rey ordenó formase, con arreglo a las circunstancias y a las leyes vigentes en Castilla, sus Ordenanzas; que las presentase al Consejo para su aprobación y que antes de ponerlas en vigor se le entregasen al Monarca para su examen y definitiva sanción y promulgación.

El Colegio Notarial de Valencia, atendiendo la orden de Su Majestad, formuló sus Ordenanzas, las cuales estudió el Consejo y, previa consulta con el Rey, en 30 de Octubre de 1730 fueron aprobadas con ligeras modificaciones y publicadas en 4 de Abril de 1731, librándose de las mismas la oportuna cédula en Sevilla, a 18 de Mayo del mismo año.

Estas Ordenanzas reflejaron el deseo del Colegio manifestado al Rey, en memorial en que solicitaban el restablecimiento de aquella Corporación; y como la petición consistía en el reintegro de las antiguas facultades que tenía, y se apoyaba en la necesidad de satisfacer las deudas contraídas a causa del apoyo prestado en las turbulencias de la ciudad, aquellas Ordenanzas facultaron a dicho Colegio para crear y examinar dos categorías de Escribanos, a saber: Seis para la capital y una legua alrededor, y los demás, sin limitación de número, para el Reino, los cuales no podían actuar en la jurisdicción de los seis primeros. Además, se facultó para exigir a los Escribanos de la capital y una legua en contorno, al practicar su ingreso, 150 libras valencianas, más 15 para refrescos, y a los de Reinos, 55 libras para el Colegio y 15 para refrescos, prohibiéndose de una manera absoluta que actuase en la jurisdicción del Colegio Notarial a ningún Escribano que no le hubiese expedido título la Junta de electores del referido Colegio.

Estas facultades se fueron ejerciendo con una elasticidad pasmosa, por lo que el Consejo pensó en poner obstáculos a los nombramientos. Reconociendo que la concesión de los títulos era una

de las principales regalías de la Corona, a informes del mencionado Consejo, el Monarca decretó en 24 de Noviembre de 1740 que los Notarios que se creasen por el citado Colegio, tanto para la ciudad como para el Reino, fuesen examinados por el Colegio y aprobados con arreglo a sus Ordenanzas; pero luego los aspirantes debían presentar la documentación al Consejo y obtener del mismo el signo y el título, abonando solamente los derechos que ocasionen, sin otra media annata.

No fueron dichas restricciones las últimas impuestas al Colegio. La letra y el espíritu de sus Ordenanzas fueron alterándose y reduciéndose a pretexto de un excesivo uso de sus facultades, lo cual, al parecer del Consejo, constituía un abuso; y de ahí que dicho Consejo dispuso que no se celebrasen más oposiciones ni se extendiesen más nombramientos para el Colegio, que éste rindiese cuentas justificadas de la inversión de sus fondos y manifestase el capital existente en caja, y que para demarcar el número de Notarios en la ciudad y en el Reino emitiese la Audiencia el debido informe.

El Colegio Notarial, en vista de las limitaciones impuestas y de la reducción de sus facultades, de las que sólo quedaba el recuerdo del Decreto de 4 de Abril de 1731, por el que fueron concedidas aquellas atribuciones, presentó varios recursos solicitando el reintegro de las mismas; pero el Consejo, previo el informe de la Audiencia y del Fiscal, sometió al conocimiento de Su Majestad, en 17 de Octubre de 1764, los recursos y los informes, publicándose, como consecuencia de todo ello, el Decreto de 8 de Enero de 1765, en el cual se dispuso lo siguiente: Que el Colegio Notarial examinase y aprobase solamente a los aspirantes, si al efecto concurrían en ellos los requisitos prescritos en las Ordenanzas; que los aspirantes ya examinados y aprobados acudiesen, por sí o debidamente representados, al Consejo, presentando la documentación que justificase el examen y aprobación, a fin de que el Consejo les concediese el signo que debían usar y se les expidiese el título, como estaba resuelto por el Decreto de 24 de Noviembre de 1740, abonando el fiat y media annata y prohibiendo que en el Reino de Valencia pudiesen actuar otros Escribanos que no hubiesen sido examinados y aprobados por dicho Colegio; que en lo sucesivo no se celebrasen más exámenes hasta quedar

reducidas a cincuenta el número de Escribanías Reales para la ciudad, con facultad de ejercer en el Reino, como lo hacían los seis Escribanos que se creaban cada año, sin incluir los ocho de Cámara, seis de Provincia y diez y ocho del número, y uno destinado a cada uno de los Juzgados de Guerra, Intendencia, Marina, Diezmos, Inquisición y Montesa; que no se admitiesen más aspirantes, sino en caso de vacante; que para el resto del Reino no se demarcasen más de trescientas cincuenta Notarías, las cuales se consideraban suficientes para atender a las necesidades del servicio público; que para la ciudad y el Reino se examinase sólo a los más beneméritos, sin perjuicio de las facultades de los dueños de baronías para nombrar Escribanos en el territorio señorial, los cuales Escribanos debían también acudir al Consejo, presentando sus nombramientos y solicitando su aprobación; que los Escribanos con jurisdicción en la ciudad y su reino pagasen sólo por fiat cien libras valencianas, y los de la capital y una legua en su contorno, cincuenta, debiendo, además, satisfacer unos y otros la media annata; que para las atenciones y gastos del Colegio se pudiese cobrar, de cada aspirante que se examinase, quince libras por razón de propina y refrescos, distribuyéndose esta cantidad a saber: siete libras para gastos del Colegio y ocho por derechos de examen al Tribunal examinador; que el Colegio tuviese casa propia con su archivo, en el cual se custodiasen los libros, papeles y protocolos de los Notarios fallecidos, otorgando la facultad de que el sobrante depositado de cuarenta libras, diez y ocho sueldos y nueve dineros se aplicase a dicho fin, debiendo intervenir en la compra o construcción el Regente de la Audiencia, y que con estas limitaciones y restricciones se rigiese el Colegio por las Ordenanzas aprobadas en 18 de Mayo de 1731.

En virtud de la anterior disposición, cuando ocurría una vacante el Colegio procedía a la admisión y elección de los opositores, y después de examinarlos se extendía en el expediente una diligencia que suscribían los Jueces del Tribunal, signándola el opositor, el cual entregaba testimonio de todo ello al Consejo para la expedición del título que le autorizaba para ejercer la profesión.

Antes de 1764, los títulos los expedía la Sala primera de Gobierno, pero el Consejo dudó si subsistiría en dicha Sala semejan-

te facultad, pues el pago de fiat y media annata, a juicio del Consejo, exigía la intervención del Fiscal; y esta intervención implícitamente llevaba consigo la expedición de los títulos por la Sala de Justicia. En este sentido último quedó resuelta la duda, y desde entonces se despacharon los títulos empleando la siguiente fórmula:

«Don Carlos, etc. Por cuanto por Real Cédula, dada en Sevilla a 18 de Mayo de 1731, se estableció el Colegio de Escribanos y Notarios de la ciudad de Valencia y se aprobó las ordenaciones con que debía gobernarse, por las que se le concedió facultad para la creación de Notarios de aquella ciudad y su Reino, bajo las circunstancias y cualidades prescritas en las mismas; y por otra Real Resolución, a consulta de mi Consejo de 17 de Octubre de 1764, publicada en 8 de Enero de 1765, se arregló el número de Escribanos que había de haber para ejercer este oficio en dicha ciudad y su Reino, y los que habían de practicar en éste, menos en la capital y una legua en contorno, y lo que unos y otros debían satisfacer por razón de fiat y media annata, siendo el número de cincuenta para los de la ciudad y Reino, y para éste, excepto en la capital y una legua en contorno, el de trescientos cincuenta, que se considerarán suficientes, y que hasta quedar reducido el número de estas dos clases, no se admitiese a alguno en ellos sino en legítima vacante, que había de hacerse constar, y en este caso fuese recibido el más benemérito de los pretendientes, conforme a las Ordenanzas de dicho Colegio; y ahora, con motivo de haberse verificado vacante en el número de los cincuenta asignados por la ciudad y el Reino, fuisteis elegido por dicho Colegio vos, N., entre los opositores a dicha vacante, y en su consecuencia os admitió a examen con arreglo a sus Ordenanzas, y habiéndoo hallado hábil, despachó y os entrego el testimonio correspondiente, con inserción de las diligencias que precedieron a la elección y examen, para que con él concurriérais al mi Consejo, como lo hicisteis, solicitando su aprobación, y que se os expidiese el título correspondiente para el uso y ejercicio de dicho oficio; y con vista de lo que sobre todo se expuso por el mi Fiscal, se acordó expedir el presente; por el cual, atendiendo a vuestra suficiencia y habilidad y a los servicios que me habéis hecho, y espero los continuaréis, mi voluntad es que ahora y de aquí adelante, por toda

vuestra vida, seáis mi Escribano y Notario público de la ciudad y Reino de Valencia, con arreglo a las Ordenanzas de dicho Colegio de dicha ciudad, aprobadas por la referida Cédula de 18 de Mayo de 1731. Y por mi carta a su traslado, signado de Escribano público, encargo al Serenísimo Príncipe de Asturias, mi muy caro y amado hijo, y mando a los infantes, prelados, duques, condes, marqueses, ricos hombres, priores de las Ordenes, comendadores y subcomendadores, y a los del mi Consejo, presidente y oidores de las mis Audiencias, alcaldes y alguaciles de la mi casa Corte, y chancillerías, alcaides de los castillos, casas fuertes y llanas, y a todos los corregidores, asistentes y gobernadores, alcaldes mayores y ordinarios, y otros jueces y justicias de estos mis reinos y señoríos, os hagan, tengan y reciban por tal mi Escribano y Notario público de la ciudad y Reino de Valencia, y os guarden y hagan guarda todas las honras, gracias, mercedes, franquezas, libertades, exenciones, preeminencias, prerrogativas, inmunidades y todas las demás cosas que por razón del dicho oficio os correspondan, y que en ello, ni parte de ello os pongan impedimento ni embarazo alguno, ni consientan poner y os recudan y hagan recudir con todos los derechos a él pertenecientes, sin faltaros cosa alguna; y es mi merced, y mando que todas las escrituras, contratos, poderes, ventas, compromisos, censos, testamentos, codicilos, obligaciones y otras cualesquiera escrituras y autos judiciales y extrajudiciales, que ante vos pasaren y se otorgaren, a que fuéredes presente, y en que fuere puesto el día, mes y año y lugar donde se otorgasen, y los testigos, a que a ello fueren presentes, y vuestro signo, tal como éste que yo os doy, de que mando uséis como tal mi Escribano, valgan y hagan fe judicial y extrajudicialmente, como cartas y escrituras, signadas y firmadas de mano de mi Escribano y Notario público de la ciudad y reino de Valencia; y por evitar los perjuicios y fraudes, que de los contratos hechos con juramento y de las sumisiones que se hacen cautelosamente, se siguen, mando que no signéis contrato alguno, hecho con juramento, ni por donde lego alguno se somete a la jurisdicción Eclesiástica en que se obligue a buena fe, sin mal engaño, salvo en los casos y cosas que por leyes de estos mis reinos se permite, pero que, si lo signareis, por el mismo caso no seáis mi Escribano, ni uséis más el dicho oficio, y si más le

usareis seáis habido por falsario sin otra sentencia ni declaración alguna; y mando tengáis obligación de prevenir en todos los instrumentos que otorgaréis, de la naturaleza de compras, censos y tributos, se tome la razón en el oficio de Hipotecas que se mandó establecer en todas las cabezas de Partido del reino, al cargo de sus escribanos de Ayuntamiento por Real Pragmática de 31 de Enero de 1768, bajo las penas en ella impuestas. Y de esta mi carta se ha de tomar la razón en la Contaduría general de valores de mi Real Hacienda, al que está incorporada la media annata, expresando haberse pagado este derecho, con declaración de lo que importare, sin cuya formalidad mando sea de ningún valor y no se admita ni tenga cumplimiento este título. Dada en ...», etc.

Estos títulos, extendidos en el año 1781, en número de veintidós, igual al de las vacantes ocurridas, al recibirse en la Cámara para la firma de Su Majestad, el Secretario de aquélla entendió que, con el procedimiento empleado, quedaba perjudicada en gran manera la Regalía de la Corona, por lo que se suspendió la expedición de los mismos; pero como los perjuicios causados con tal suspensión eran bastante considerables, acudieron los aspirantes a la Cámara, haciendo constar dichos perjuicios y manifestando, al propio tiempo, que se hallaban dispuestos a completar los doscientos ducados del fiat, a lo cual se avino la Cámara, autorizándose desde entonces la expedición de dichos títulos para el pago de la expresada cantidad.

La cuestión siempre eterna y siempre originaria de las ambiciones de la Hacienda pública, referentes a la extensión de las atribuciones del Colegio, no quedó, con lo dicho, terminada. No se buscaba más que una causa, por insignificante que fuese; un motivo, aunque su trivialidad fuese manifiesta, para hacer jirones las Ordenanzas del Colegio. Y el motivo se encontró en la instancia que en 1725 formuló un tal Julián Amaro, solicitando Notaría de Reinos. Con tal motivo volvió a resucitarse la eterna lucha contra los privilegios y facultades del Colegio Notarial de Valencia, dando lugar a la formación de un expediente en el que informó la Audiencia de Valencia, siendo oído el Fiscal, en cuyo expediente se hizo constar que desde el restablecimiento del Colegio debido a Felipe V en 1731, habían sido varias las instancias de los Fiscales exponiendo que con los privilegios y facultades del Colegio

se causaban muchos perjuicios al patrimonio Real; se desmembraban las regalías de la Corona; se disminuían las facultades del Consejo; se dificultaba el cumplimiento de las disposiciones legales, y se dejaba de ingresar en el Real Erario una considerable cantidad a causa de la moderación de los derechos de fiat que pagaban los Notarios de Valencia.

El resultado de dicho expediente se dió a conocer a Su Majestad, el cual, por Real Cédula dada en Aranjuez a 23 de Mayo de 1782, ordenó que cesasen las facultades del Colegio; que en lo sucesivo sólo pudieran ser nombrados Notarios, en caso de vacar alguna de las Notarías demarcadas, aquellos que solicitasen de la Cámara el fiat, pagando los 200 ducados y, además, los derechos de media annata y los de Secretaría; y que el Tribunal de exámenes estuviese presidido por un Ministro de la Real Audiencia.

Tales fueron las fases por las que pasó el Colegio de Notarios de Valencia hasta dicha disposición de 23 de Mayo de 1782, desde cuya fecha vino acomodando su actuación conforme a lo ordenado en esta Real disposición y a las prácticas seguidas en Castilla.

En los Fueros del Reino de Valencia se contienen disposiciones referentes al régimen y actuación de los Notarios valencianos. Se exigía una gran competencia e ilustración en aquellos funcionarios, para evitar, como decía el Fuero, que se *nombrasen personas ignorantes* (15). Se señaló la edad de veinticinco años para poder desempeñar el cargo (16), a pesar de que la mayoría de edad principiaba a los veinte, como afirma Tarazona (17); estaba prohibido ejercer el cargo a los judíos (18), a los excomulgados por más de un año (19) y a los que habían sido mecánicos (20); se exigía la práctica en una Notaría, como hemos dicho, debiendo los pasantes inscribirse en el libro del Colegio dentro de los diez pri-

(15) Fuero 30 de las Cortes que en el año 1552 celebró D. Felipe II, como Príncipe y Gobernador. Folio 5.

(16) Fuero 9 del Título de Escribanos, folio 255.

(17) Hieroni Tarazona: «Institutions dels Furs y privilegis del Regne de Valencia». 1580.

(18) Fuero 25 del Título del Juzgado y del Juez. Folio 19.

(19) Privilegios 23 y 24 de las Extravagantes. Folios 241 y 242.

(20) Folio 14 del Fuero 40 de las Cortes que en el año 1626 celebró el Rey D. Felipe IV.

meros días de haber ingresado en una Notaría (21). Se prohibía nombrar Notario al pasante o practicante que cambiase de maestro más de cuatro veces, en atención, como decía el Fuero, que demostraban tener mucha ligereza (22), lo cual estaba en oposición con la autoridad y seriedad del arte de Notaría. Estaba permitido al Notario ejercer la Abogacía, con sólo ser examinado con arreglo al Fuero, a excepción de los Notarios que con anterioridad estuviesen facultados para ello (23), examen que había de versar sobre fueros, privilegios y práctica procesal. Se exigía también al aspirante tener patrimonio propio, hasta el extremo que no podían ser Notarios los que carecían de casa y habitación propia: *que tinga casa propia en la terra o arrauals*, dice el Fuero; y se prohibió el ejercicio de la profesión a los clérigos y a los que hubiesen sido tonsurados (24). También prohibían los Fueros autorizar documentos a quienes no fuesen Notarios; establecían la amonestación oral como corrección disciplinaria *dels vicis y mals costums*; prescribían que los documentos se extendiesen en latín o en romano; señalaban los honorarios de los Notarios y la forma de percibirlos; establecían la prescripción de cinco años para poderlos exigir; prohibían que el Notario formase sociedad con corredores para la autorización de los documentos, como medio, sin duda, de evitar la competencia profesional (25); ordenaban que al fallecimiento de un Notario, se encargase otro de la custodia de libros y protocolos; y mandaban que al ocurrir la defunción de un Notario le acompañaran, hasta darle sepultura, vestidos de gramallas, los demás compañeros de la ciudad (26).

(21) Fuero 137 de las Cortes citadas en la nota anterior. Folio 26.

(22) Fuero 27 de las Cortes que en el año 1552 celebró D. Felipe II.

(23) Fuero 20 del Título de Abogados. Folio 47.

(24) Consúltese a Hieroni Tarazona. Obra mentada. Título XXII, Libro I, pág. 152.

(25) Hermosa lección, que no se debe olvidar para dignidad de la clase notarial.

(26) Para ampliar los conocimientos en materia de Derecho Foral valenciano y en su especialidad de Derecho Notarial, creemos muy recomendables las siguientes obras: Mateu y Sanz: «De regimine Regni Valentiae». Villarroya: «Apuntamiento para escribir la Historia del Derecho Valenciano». Marichalar y Manrique: «Historia de la legislación de España». Tarazona: obra citada, y los trabajos históricos de Escolano, Boix, Beneyto Pérez, Castañeda y Chabás.

Tales son las principales disposiciones que contienen los Fueros valencianos, las que reproducimos aquí, más que como recuerdo histórico, siempre muy agradable, como prueba de que en nuestra patria, y antes de iniciarse el movimiento de la reforma Notarial que llevó a cabo la legislación francesa, ya se sentaron bases, que esta legislación y las que le han seguido han recogido con orgullo, aunque sin proclamar su origen y procedencia. ¿Y tendremos que sacar a colación lo de las vestiduras con plumas ajenas de pavo real?

JOSÉ M.^a MENGUAL,

Notario y Abogado.

BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO

Capital autorizado	100.000.000	de pesetas
Capital desembolsado	51.355.500	—
Reservas	65.208.261,45	—

Domicilio social: Alcalá, 14, Madrid

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

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

TIPOS DE INTERES

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

I.—Cuentas corrientes.

A la vista 2 por 100 anual.

II.—Operaciones de ahorro.

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

B) *Imposiciones.*

Imposiciones a plazo de tres meses 3 por 100 anual.

Idem a seis meses 3.60 — —

Idem a doce meses o más 4 — —

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

Derecho inmobiliario en la Guinea española

CONTESTANDO A UNAS ALUSIONES

No debía de ser en 1926 el Registro de la Propiedad de Santa Isabel de Fernando Poo una Institución jurídica perfecta, cuando la Dirección general de Marruecos y Colonias, por mediación del Ministerio de Gracia y Justicia, solicitó un Registrador de la Propiedad para que en comisión de servicios realizase una detenida visita de inspección al mismo. El que esto escribe hubiese deseado que cualquier otro compañero, con más inteligencia y mejor versado en los conocimientos hipotecarios, la hubiese realizado; pero temiendo que por la falsa leyenda sobre el clima tropical se podía dar el caso de que por falta de solicitantes recayese en individuos de otro Cuerpo, la pidió, expresando el motivo de su decisión.

Realizada ésta, y como expresión de su labor, se presentó una Memoria comprensiva de las medidas que podían practicarse para la subsanación de las imperfecciones y para sentar la propiedad y el crédito sobre bases más seguras, en consonancia con las últimas ideas imperantes en el Derecho inmobiliario.

Me inspiré al redactarlas en mi amor a nuestro Cuerpo y a la noble Institución que representamos. En ella protesté contra el arancel vigente, que quise se armonizase con el del Servicio Agronómico, pues se daba la anomalía de que una finca de 1.000 hectáreas de extensión, valorada en 100.000 pesetas, ascendiesen los honorarios del Perito agrícola a 2.000 pesetas por la medición del terreno y 350 por su tasación, mientras que el Registrador de la Propiedad, único responsable del contenido de la inscripción, sólo cobraba la insignificante cantidad de 37,50 pesetas, cuyos honorarios no aumentarían aun cuando la cuantía fuese de varios millo-

nes de pesetas. Defendí la conveniencia de que desapareciera la sumisión de nuestro compañero al Gobernador general, quien tiene facultades para corregirle disciplinariamente, y que se suspendiesen las visitas judiciales, muchas de ellas de pura fórmula, y otras en las que el Juez censura la calificación del documento, sin tener en cuenta que según lo establecido en el artículo 88 del Reglamento de 16 de Enero de 1905, el Registrador de la Propiedad califica bajo su responsabilidad los títulos sujetos a inscripción, pudiendo los que se crean perjudicados recurrir contra su calificación, según el procedimiento determinado en los 90 y 91, y bajo la responsabilidad establecida en los 311 y 323. Propuse que en la implantación del Nuevo Sistema, el Catastro pasase a ser una dependencia del Registro de la Propiedad, siendo el Registrador jefe de ingenieros, ayudantes, peritos agrónomos, geómetras y delineantes. Trabajé por conseguir fuese un verdadero Juez territorial que definiese, declarase y sancionase el derecho respecto a los bienes inmuebles, capaz de restablecer la vida jurídica de los mismos, pudiendo recibir juramento, imponer al perjurio multas y decretar su prisión, citar testigos bajo apercibimiento de multa, pedir toda clase de documentos públicos y privados, aprobar su fuerza probatoria, examinar reclamaciones, dar traslados a los requirientes y resolver en definitiva, admitiendo, denegando o suspendiendo la inmatriculación, que una vez practicada debe ser indestructible. Procuré que nuestras funciones se ampliases considerablemente y fuesen de orden judicial, administrativo y notarial.

Mas lo que nunca pude imaginar fué que quien realizó una modesta labor, sin intentar obtener ninguna distinción oficial, ni mucho menos un privilegio como el que da el desempeño del Registro de nuestras posesiones en Africa Occidental, con el tiempo hubiese de ser recompensado por aquellos a quienes mis proyectos resultarían beneficiosos de haberse plasmado en una realidad; con expresiones no muy adecuadas para mantener un sano y fraternal compañerismo.

CARTA ABIERTA

«Señor don José Molina Arrabal.

Mi distinguido compañero: En los artículos que he publicado en esta REVISTA he tenido muy buen cuidado no sólo de no hacer

ninguna apreciación de carácter personal, sino de expresar al final del que señalaba las imperfecciones de ese Registro de la Propiedad que NO PUEDEN HACERSE RESPONSABLES DE LAS MISMAS AL SECRETARIO DE GOBIERNO, AL SECRETARIO LETRADO NI A LOS REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD. Por ello me extrañó muy mucho cuando me dijeron en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO que su susceptibilidad se consideraba lastimada, y extremando, como es norma de mi conducta, todo respeto, deferencia y consideración hacia el compañero, propuse que en los sucesivos trabajos se hiciese constar mi referencia a la visita que realicé a esas regiones tropicales en 1926, y le escribí diciéndole que en mis mal escritos artículos no había ninguna molestia a persona alguna y mucho menos a los que, como usted, entonces no habían ingresado en el Cuerpo de Registradores de la Propiedad. A correo seguido recibí una muy amable carta suya, en la que me decía: *Contesto por el mismo barco su carta fecha 12 del pasado mes. Me asegura en ella no haber tenido intención de molestarle en sus juicios sobre este Registro. Sobra la explicación, porque seguro yo en todo momento de su corrección y benevolencia, a ellas precisamente recurría para pedirle una aclaración que ya el señor Fuentes me promete harán por nota al primero de los próximos artículos de usted, sobre el Derecho Inmobiliario de la Guinea. Les quedo agradecido por ello. Y en otro párrafo: Conozco y estimo grandemente la Memoria que hizo usted en 1926 y espero que serán de gran lucimiento los nuevos artículos que se anuncian.*

Gran asombro experimenté cuando al leer el último número de la REVISTA me encuentro que alegando nada menos que la reivindicación personal, y con el pretexto del buen nombre, prestigio de las leyes, de la oficina, de la tranquilidad de los propietarios, etc., se hiciese no ya una crítica despiadada, sino un ataque personal, en el que se olvidan las ideas y se prodigan los calificativos. Y mi asombro no tiene límites, pues me es imposible hermanar y armonizar los términos tan antagónicos con que usted se expresa. ¿Es posible que una misma pluma, un mismo cerebro, en la misma época, puedan juzgar de un modo tan distinto una cosa? ¿Debe alegarse en público en contra de un compañero lo que privadamente se reconoce no ser cierto?

Me dice usted que son inexactas mis apreciaciones sobre ese Registro de la Propiedad; creo que, cuando en 1926 faltaban cuatro de los ocho tomos que componían el antiguo Catastro rural, que se había confeccionado de una manera muy tosca y primitiva en libros destinados a la Contabilidad mercantil, con diligencias, notas y planos señalados con lápiz, pegándose a sus folios distintos documentos, salvando sus equivocaciones con tachaduras y colocando encima la nueva palabra *motu proprio* del Registrador, anulándose inscripciones por una simple nota, practicándose otras por el Notario, quien calificó documentos otorgados por el mismo, etc. Cuando el moderno Registro de la Propiedad, al que fueron trasladadas muchas de estas inscripciones con imprecisión y defectuosamente, se componía de varios libros completamente desencuadrados, inscripciones que no expresan el valor de la finca, las cargas que la afectan, las condiciones de la concesión, sin continuidad el escrito, sin referencia al asiento de presentación, omitiendo la hora de entrega del título, importe de los honorarios, de fincas cuya descripción y linderos se modifican por una simple nota marginal, o realizadas con tinta ilegible, de libros provisionales cuyos asientos no han sido trasladados, en los que continuaban haciéndose las sucesivas transmisiones, de fincas inscritas dos veces, una con título provisional y otra con título definitivo (para subsanar este importante defecto se dió lugar a un Real decreto de 5 de Mayo de 1926), de contratos de venta con pacto de retro, de hipotecas sin garantías de cuenta corriente, que por las condiciones del interés de un 6 por 100, más un 2 por 100 de comisión mercantil y la obligación de vender el producto de la cosecha a un precio irrisorio, favorecen muy poco el desarrollo del crédito, y en las que se estableció la renuncia del deudor al derecho de vender, permutar e hipotecar, y en las que faltaba la identidad de los titulares indígenas, por no tener nombre y dos apellidos, y ser reconocidos por un apodo, y el de la finca por tener muchas concesiones, tres o cuatro linderos con monte del Estado, cuyo plano no tenía relación a punto fijo, y se levantaba sin señalar la desviación magnética de la brújula, y casi siempre sin audiencia ni intervención de los interesados... Cuando en el Diario de presentación de documentos no se extendía diligencia alguna de cierre, las inscripciones eran practicadas fuera del plazo le-

gal, infinidad de asientos estaban sin la firma del interesado y del Registrador, existían muchas omisiones de la nota de honorarios, notas marginales puestas con lápiz, falta de la nota de recibir el título por los interesados, falta de continuidad entre los asientos, habiendo entre uno y otro bastantes líneas en claro... Cuando los dos tomos libros índices de personas estaban completamente des-encuadrados, faltando en el de las rústicas el nombre de la finca, el del distrito a que pertenecían, sus linderos, el uso agrícola a que fué destinada y apenas contenía 1.200 fincas de las 2.595 (éste es el número de la última inscripción entonces practicada) y de las innumerables fincas cuyo número se repitió en los nueve primeros libros e inscripciones...

Cuando esto sucedía, comprenderá usted muy bien el fundamento de mis apreciaciones, y que me es muy difícil decir que es un modelo del Acta Torrens, un Registro de la Propiedad que no se basa en un catastro parcelario, y en donde se suprime la movilidad e irrevocabilidad del título, no habiendo indemnizaciones a los propietarios que pudieran ser desposeídos. Del Reglamento que usted alaba, y cuyo criterio respeto, señalé en los artículos anteriores sus muchos defectos, no sólo en los artículos que son copia de la Metrópoli, sino además en la aplicación de estos preceptos a una institución distinta y hasta opuesta a la de aquella para la que fueron decretadas; por ello, el título de la finca es un mero documento de adquisición, no sustancial del Acta Torrens, un documento real, verdadera representación del inmueble, como su fundador quiso pudiera compararse a un lingote de oro legítimamente contrastado y en el que el propietario llevase el mismo en el bolsillo, facilitando todas las operaciones que pueden practicarse sin documento notarial, por un simple endoso y hasta poder entregarlo en prenda.

Y si son tan infundadas mis apreciaciones, ¿por qué propone usted la lenta jubilación del Registro y protesta porque yo cargue al Registro sus defectos, y no al Servicio Agronómico? Aun cuando no comprendo cómo se puede jubilar una Institución como a un funcionario cualquiera, parece indicar usted que no debe de cumplir muy acertadamente su misión social para proponer semejante medida, que yo respeto, por ser propuesta por usted.

Pero he de manifestarle que, como dije anteriormente, yo no imputo la culpa a nadie.

Se ocupa usted de los favorables elogios que ha merecido a nuestros tratadistas la legislación de la Metrópoli. No los conozco tan favorables como usted supone; por el contrario, García Guijarro dice que, a pesar de la inscripción, puede ser sumido en la miseria el mayor propietario, sin culpa suya y sin noticia suya. En la Enciclopedia jurídica española, el juicio crítico sistemático que se ofrece de esta institución es de todo punto desfavorable. Para D. Ramón Gayoso Arias, el sistema no ha llenado su fin extrínseco, remoto, del desarrollo del crédito territorial precisamente por estos defectos, porque resulta caro, porque no ofrece completa seguridad. Cree el conocido autor Sr. Oliver que, desde luego, hay que atribuir a la carencia del conocimiento científico sistemático de la ley Hipotecaria el estancamiento o petrificación de la misma, la cual se encuentra actualmente en el mismo estado, si no es que ha retrocedido. El Sr. Campuzano, por su parte, afirma que, si se ha de hablar sinceramente, los principios enumerados ni en conjunto ni en separación produjeron los efectos que de ello se podía esperar.

En el primer número de esta Revista, y al exponer el plan de la misma, se dice «que esta ley no ha producido todos los beneficios o resultados que de ella se podían esperar, ni ha penetrado en la población rural, llamada sobre todo a recoger las ventajas del nuevo sistema; la modificación de la misma es su objeto, y para ello se escriben por competentes compañeros muy acertadas críticas de la misma». Y el Director de la dicha Revista, D. Jerónimo González, en sus *Estudios de Derecho hipotecario*, hizo de la legislación que usted califica de sana ley el siguiente juicio sintético: «Se adapta al sistema peninsular de anotaciones preventivas, como si se tratase de una institución perfectamente adecuada a la naturaleza y circulación del título real.»

Para que fuera más completa la estadística que presenta sobre esos Registros de la Propiedad, que yo no tengo interés ninguno en desvirtuar, creo que debía indicarse la extensión de la Guinea española, que, según el Sr. Bravo Carbonell, es de 26.112 kilómetros cuadrados, o sea más que las provincias de Valencia, Castellón de la Plana y Alicante (que en conjunto no llegan a 23.000

kilómetros cuadrados) y casi igual a la de Madrid, Barcelona y Valencia (que ascienden a 26.430), y una vez añadido se verá que no hay ningún otro Registro de la Península con tanta importancia y en el que sea más insignificante la propiedad que está inscrita en relación con la que falta por inscribir, aun cuando las causas no puedan ser imputables a ninguna de las personas que tan dignamente han desempeñado ese Registro de la Propiedad. Ellas le pondrán de manifiesto la necesidad de subsanar las imperfecciones del mismo, pues ahora puede hacerse lo que en el día de mañana será muy difícil, más costoso y casi imposible; y esta Institución sabe usted tiene tanta importancia, que de ella puede decirse que el orden y la seguridad pública estriban en que la propiedad acogida al mismo no ofrezca dudas ni incertidumbre, parodiando a Federico el Grande.

Le felicito muy sinceramente por su tesón en reconquistar el aprecio y confianza de los propietarios y el agrado y deferencia de la Dirección general de Marruecos y Colonias, y yo, como usted, lamento que en las revistas profesionales no se reconozca su titánica labor; pero ¿no implica esto el reconocer la existencia de una situación caótica como la que yo presentaba? Y, por otra parte, ¿no cree usted que gozamos todos los Registradores y demás funcionarios del aprecio y confianza del público y del agrado y deferencia de nuestros superiores?

Es de usted afmo. amigo y s. s., q. e. s. m.,

JOSÉ LUIS SERRANO UBIERNA,

Registrador de la Propiedad »

La Ley. Su interpretación. Escuela la exegética. Escuela científica. La Jurisprudencia. Necesidad de espiritualizar la Ley

La Ley es una declaración solemne del Poder legislativo sobre un objeto de régimen interior en la Nación y de interés común.

También se define diciendo que «es una norma jurídicamente obligatoria, encaminada a regular las acciones humanas».

Sus caracteres son tres: *justa*, en su principio; *general*, en su objeto, y *permanente*, en su aplicación.

Las leyes rigen en Cuba—según la Ley de 29 de Julio de 1918—a los tres días de su publicación si en ellas no se dispusiere otra cosa.

Se entiende hecha la promulgación el día en que termine la inserción de la Ley en la *Gaceta Oficial de la República*.

Los efectos de las leyes son absolutamente obligatorios, disponiendo el artículo 2.º del Código civil que su ignorancia no excusa a nadie de su cumplimiento; viciándose de nulidad, según el artículo 4.º del mismo Código civil, los actos ejecutados contra lo dispuesto en ellas, salvo los casos en que la misma Ley ordene su validez.

Pero por perfectas que supongamos las leyes positivas, es imposible que de un modo terminante comprendan, abarquen todas las cuestiones que la variedad de las necesidades, la actividad continua de las transacciones entre los hombres y la multiplicidad y extensión de sus intereses promueven a cada instante. Dirigidas a establecer principios y reglas generales fecundas en consecuen-

cias y aplicables a los casos comunes, no pueden descender a los fortuitos y extraordinarios.

Aun en los mismos que el legislador prevé, ocurren a veces pormenores que escapan a su penetración, o que, por su eventualidad o su poca fijeza, no deben ser comprendidos en su obra. Las mismas palabras de una ley, por precisas que parezcan, frecuentemente se prestan a ser tomadas, entendidas, en diferentes sentidos, que sólo el tiempo, los trabajos científicos y, más que todo, el interés opuesto de los particulares, ponen en claro.

El Jurisconsulto, estudiando el espíritu de la Ley, y el Magistrado, el Juez, en la necesidad diaria que tienen de aplicarla, son los que la suplen o explican, viniendo, por tanto, a ocupar un lugar en el Derecho los usos recibidos, las doctrinas generales y el prudente arbitrio de los juzgadores.

Así es que, al lado de la Ley, veremos siempre levantarse la Interpretación que, con reglas fijas, con deducciones lógicas y con antecedentes reconocidos, quita la incertidumbre en los juicios y sustituye a la razón y a las individuales tendencias del Juez una razón general, una práctica constante o una doctrina científicamente depurada.

La interpretación de las leyes hecha de esta manera, fija lo dudoso, aclara lo ambiguo, suple lo omitido; y, a la vista misma del legislador, forma un depósito de tradiciones y de doctrinas que ilustran la conciencia del Juez y sirven, al par, de guía a los que litigan.

En este sentido, la interpretación es una necesidad, porque consiste en la recta inteligencia de las leyes; pero cuando en lugar de contenerse en sus justos límites y de marchar en pos de la Ley, algún intérprete quiere sobreponerse a ella; cuando abandonándose a sus propias inspiraciones pretende convertir el intérprete en derecho sus ideas, sacando de quicio las palabras para que sirvan a su propósito, cuando no busca el espíritu y la tendencia del legislador, sino que se envuelve en cuestiones sutiles, inútiles y ridículas, entonces justifica, por su parte, los clamores que el abuso de la interpretación ha suscitado con frecuencia.

Interpretar una Ley es, según Savigny, «reconstruir el pensamiento del legislador»; así como Interpretación es «la operación o conjunto de operaciones en cuya virtud traducimos el pen-

samiento de una regla jurídica, nos apoderamos del sentido de ésta y nos hacemos cargo de su contenido».

El insigne tratadista D. Joaquín Costa dice: «El carácter ordinario de la Ley es la generalidad; contiene los casos únicamente por modo de potencia, y hay que deducirlos de ella uno a uno, por un trabajo reflexivo de adaptación, que es a lo que llamamos interpretar la Ley. La interpretación no es, en sustancia, otra cosa sino la medida o contraste de algo individual por algo específico, o, de otro modo, la reducción de un tipo específico a las proporciones de un hecho; sea de un hecho en proyecto, con el fin de determinar la conducta que debe seguir el sujeto actor para que tal hecho resulte conforme al tipo propuesto o impuesto; sea de un hecho ya ejecutado, al objeto de decidir, caso de que no coincidan, lo que ha de restarse, añadirse o rectificarse en él para que quede lograda dicha conformidad... La sociedad muda de convicciones y estas mudanzas encuentran eco en los estrados de la justicia, a donde llega siempre el derecho por aportaciones moleculares, mucho antes que en los programas de los partidos y que en los Cuerpos legislativos y Ministerios, donde no penetra sino en masas y por aluvión. Por esto, el Juzgador no se limita a aplicar mecánica y rutinariamente la Ley, sino que, al aplicarla, la desarrolla, la aclara, la suple, la elabora y perfecciona, la vivifica, en suma, conforme a las inspiraciones de la razón común y a impulsos de la sociedad histórica para que fué dada. La letra, por su cualidad de signo, sólo tiene valor en función de lo significado; pero, signo material y de convención, no puede seguir por sí las evoluciones interiores del derecho, y llega un día en que se nos presenta en oposición con él. Esa oposición, esa antinomia, el juzgador tiene que resolverla de momento. La presión incontrastable de la realidad le obliga a armonizar sus interpretaciones con el sentido vivo de la ley, salvando los respetos debidos a la letra por medios indirectos, en que fueron maestros los pretores de Roma; hasta que el legislador se apercibe y renueva la envoltura exterior, restableciendo el equilibrio roto entre la forma y el fondo».

La interpretación puede ser «declarativa», «extensiva» y «restrictiva». La primera es cuando las palabras reproducen fielmente el pensamiento de la regla, por lo que basta con exponer y entender aquéllas. La segunda es cuando las palabras expresan menos

que lo que se propuso expresar el que formuló la regla, en cuyo caso hay que «extender» ésta a los casos no comprendidos en su letra, pero sí en su espíritu. La tercera es cuando, por el contrario, las palabras expresan más de lo que se quiso expresar, habiendo entonces que «restringir» o limitar la aplicación de la regla únicamente a los casos que se quisieron comprender en ella, es decir, aplicarla solamente a los comprendidos en el espíritu de la regla, aunque la letra de ésta comprenda a otros distintos.

También se clasifica la Interpretación en «auténtica», «usual» y «doctrinal». La «auténtica» es la hecha por el mismo legislador y participa de la naturaleza de la Ley. Por eso, aunque no se le niegue a aquél la facultad de aclarar la Ley que dió, que dictó, pues que, por el contrario, hay que reconocer que es el único competente para hacerlo, esta declaración será siempre, tiene que ser, una Ley nueva, que establecerá principios generales, sin poder ni deber mezclarse en un negocio particular; será un acto de soberanía, pero en modo alguno podrá ser un acto de magistratura. La «usual» es la que se lleva a cabo por los Tribunales. La «doctrinal» es la que se lleva a cabo por los Jurisconsultos en cualquier forma que lo hagan, como dictámenes, escritos, tratados, monografías, etc., constituyendo ello, en cierto modo, la Hermenéutica jurídica, o conjunto de reglas de interpretación, que es parte de la Hermenéutica general, a su vez, es un tratado de la Lógica.

Como elementos de interpretación señala Savigny el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático.

El gramatical consiste en el conocimiento de las palabras de la Ley, según el lugar que ocupen en la oración.

El lógico consiste en examinar las distintas partes de la Ley y explicar una por otra.

El histórico es el que trae a colación para interpretarla los antecedentes de la formación de la Ley, la historia y tradiciones del pueblo para que se dió.

El sistemático consiste en relacionar la Ley con el todo legislativo, con el conjunto de las otras leyes, etc., facilitando grandemente el trabajo, como dice Sánchez Román, el método de las «exposiciones de motivos» que preside a la redacción de las leyes modernas; y la mayor cultura del intérprete, digo yo, apoyándome en estos elocuentes párrafos de José Enrique Rodó, que me voy a

permitir interpolar aquí, por parecerme por demás oportunos, pues no se me negará que la interpretación y la crítica tienen mucho parecido; y es innegable también, como en ellos dice Rodó, que lo característico del sentido crítico de la mayoría es no entender de matices.

En arte, como en moral, como en cualquier género de ideas, la ausencia de la intuición de los matices es el límite propio del espíritu de la muchedumbre.

Allí donde la retina cultivada percibirá nueve matices de color, la retina vulgar no percibirá más que tres. Allí donde el oído cultivado percibirá doce matices de sonido, el oído vulgar no percibirá sino cuatro. Allí donde el criterio cultivado percibirá veinte matices de sentimientos y de ideas, para elegir entre ellos aquel en que esté el punto de la equidad y la verdad, el criterio vulgar no percibirá más que dos matices extremos: el del «sí» y el del «no»; el de la afirmación absoluta y el de la negación absoluta, para arrojar de un lado el peso de la fe ciega y del otro todo el peso del odio iracundo.

Actualmente, dos escuelas se disputan el régimen, la inteligencia del Derecho civil, y son: la *Exegética* y la *Científica*.

La escuela de la exégesis, como la llama M. Bonnetcase, en su magnífica obra «L'Ecole de l'exegese en Droit civil», consagrada a su exposición, se origina en la organización de los Gobiernos democráticos.

La división tripartita de los Podéres, cuyo principio político desarrolló Montesquieu en 1784, asiento de todo régimen constitucional, dió origen a la omnipotencia legislativa que caracteriza a esta escuela, que con grandísimos fundamentos se tilda de retrógrada y simplista al reducir el Derecho a la Ley y a la intención o criterio del legislador, inmovilizándolo y reduciéndolo a la impotencia al impedirle llenar su objeto si no deja de aplicársele debidamente.

El legislador dicta una ley, dice Gallí en su magnífico trabajo sobre la escuela exegética y la escuela científica en Derecho civil, que puede o no estar en concordancia con el problema que ha querido contemplar: generalmente llega atrasado cuando lo reduce a disposiciones legales inflexibles, porque jamás las leyes se anticipan a los acontecimientos, y el legislador, conservador por tem-

peramento, sólo cede ante exigencias imposterables, pero, al fin, el legislador dicta la Ley y, desde entonces, el fenómeno jurídico-social queda cristalizado en la fórmula legal sancionada.

Los jurisconsultos se limitan a ser meros expositores del precepto escrito, y los Jueces, a aplicarlo con un rigorismo muchas veces gramatical.

En forma tal, la construcción jurídica es artificial y vive consiguientemente separada, divorciada de la sociedad.

Esos son los efectos, los resultados del imperio de la escuela exegética, cuyos caracteres doctrinarios se denuncian con sólo referir sus trazos distintivos, como dice Baudry-Lacantinerie en el tomo primero del «*Supplement au Traité de Droit civil*».

Esos distintivos de esta escuela, según el autor citado, son tres.

El primero es el culto de la Ley con que se sustituye el culto al Derecho. Para la escuela exegética, el Derecho positivo debe ser la preocupación dominante—casi exclusiva—, del Jurisconsulto, y es cosa sabida que el Derecho positivo mantiene completa identificación con la Ley. El civilista, conforme a esta escuela, debe encerrarse en el campo de acción de los preceptos del Código.

El segundo distintivo de esta escuela, en íntima relación con él ya expuesto, es el de que un texto legal vale más que por sus palabras, por la intención que el legislador ha querido expresar: el Derecho positivo, sostiene esta escuela, se resume así en esa intención, la que, por medio del texto, el jurista debe encontrar.

Y, por último, el tercero de sus distintivos es su carácter estatal.

Destinada la doctrina exegética a proclamar la omnipotencia jurídica del legislador, pone al Derecho, por modo absoluto, en manos del Estado.

El método que emplea esta escuela es el analítico, tan fundamentalmente que le ha dado nombre.

Frente a sistema tan defectuoso como ese que pretende encerrar en una red de abstracciones a una ciencia como la del Derecho, que es, ante todo, social, la ciencia social por excelencia, dice Gallí en su citado escrito, es que se levanta con avasalladora potencialidad la *Escuela Científica*, de la que es genuino expositor, en su notable tratado del «*Methode d'interpretation et sources en Droit privé positif*», M. Geny; y cuya escuela propicia un método más

delicado, más elástico, más en armonía con la vida, que se aparta del silogismo y se funda en una base racional, en el sentido de pedir a la razón no la fabricación de silogismos, sino el descubrimiento de soluciones más en armonía con la equidad y las necesidades prácticas.

Esta escuela, como toda idea nueva, ha encontrado resistencias, no ha llegado todavía a su total consolidación; y el mismo prologuista de la obra antes citada de M. Geny, M. Saleilles, no se decide aún abiertamente por su tendencia, aunque la respeta y recomienda.

Pero no se puede dejar de comprender que, como dice Goethe en sus «Conversaciones», «quienquiera que lance una novedad, que contradiga o amenace destruir el credo rezado y transmitido de unos a otros en el transcurso de los años, verá suscitarse las pasiones contra él y todos tratarán de aplastarle. Los hombres resisten cuanto pueden; se hacen sordos o no quieren comprender. Hablan con desprecio de la nueva concepción como si no mereciese examinarse, ni fuera digna de parar mientes en ella. A esto se debe que tardan tanto tiempo en abrirse camino las verdades nuevas».

Mas esta nueva escuela seguirá el curso natural de toda innovación, que siempre está sometida a tres fases en su evolución, como dice Ferrari en su «Sociologie Criminelle», refiriéndose a la escuela positivista de Derecho penal: «Al principio es ignorada por el mayor número, porque la claridad de su aurora se confunde con los últimos resplandores crepusculares de las teorías tradicionales que dominan. Luego es ridiculizada por los profanos, como todo lo que choca con los hábitos mentales de la multitud, y aparece sofocada por el silencio olímpico de los pontífices de la ciencia ortodoxa y oficial; es el período de la prueba, en el cual las innovaciones intentadas o no resultan viables y mueren, o están verdaderamente dotadas de vitalidad y concluyen afirmándose por el resultado de estudios positivos y por imponerse a la atención del público y de la ciencia oficial. En la tercera fase, las nuevas ideas, fortalecidas por la prueba, de la que salen victoriosas, corregidas y completadas, entran en el lenguaje corriente, se convierten para las nuevas generaciones en ideas dominantes, se transforman luego en hábitos mentales, en instituciones sociales, y se

preparan entonces a sostener las inevitables luchas futuras contra nuevas ideas que el porvenir ha de engendrar.

Estudiemos, pues, ahora esta Escuela Científica, que ha de suplantar a la Exegética, según nos la presenta, en su tan repetido trabajo, el profesor Gallí.

«La escuela científica que surge establece una primera distinción entre las fuentes de las reglas de derecho que agrupa en reales y formales; comprendiendo las reales la sustancia de la regla jurídica y dando las formales a esa sustancia una exteriorización apropiada.

Dos son las fuentes reales: la experimental y la racional, o, en otros términos, existen dos elementos generadores de las reglas jurídicas: un elemento experimental y otro racional. El elemento experimental es el medio social, es la vida colectiva que traduce el aspecto externo de ese todo orgánico que es la humanidad. El elemento racional es el regulador del elemento experimental y, por consecuencia, de las mismas reglas de Derecho. Si el medio social se abandona a sí mismo o llega a estar mal encaminado por sus gobernantes, pueden dictarse reglas de Derecho en contradicción absoluta, tanto en los intereses bien entendidos del propio medio social, como con la dignidad natural del hombre. Por otra parte, las tendencias buenas y malas dividen el alma humana, y es necesario un principio superior que las encamine, tomando los elementos de la vida real y encauzándolos en una orientación superior de justicia y de equidad.

Ahora bien, las vías por las cuales esa norma jurídica así creada se expresa y se convierte en una regla jurídica obligatoria, constituyen las fuentes formales y hacen parte de la técnica jurídica.

Dictada la Ley en estas condiciones de perfecta concordancia de la realidad con un principio superior director, queda aún la función fundamental de su aplicación apropiada. Podemos imaginar que una Ley reciente sea de fácil aplicabilidad porque contemple y resuelva problemas actuales; pero con el andar del tiempo, la Ley se mantiene y el fenómeno adquiere nuevas fisonomías. A la disposición legal puede darse una cierta flexibilidad que la actualice, y eso es obra de su interpretación consciente; de ahí el papel importante de la jurisprudencia. Cuando los elementos puramente formales y lógicos que se ofrecen a los jurisconsultos en la cons-

trucción exterior y plástica del Derecho positivo son insuficientes para satisfacer las aspiraciones de la vida jurídica, la jurisprudencia debe buscar en aquélla y sacar de sus elementos los medios de llenar su misión.»

La jurisprudencia, que aunque expresada con distintas frases tiene este mismo concepto, para el tratadista español Escobedo González Alberú está llamada, según la textual expresión de éste, a llenar una doble misión en nuestro tiempo: la de suplir la carencia de derecho legislado y la de acoplar la norma legal al caso concreto. Agregando que el ideal de la moderna ciencia del Derecho consiste, sin embargo, en asignar eficacia a la tradicional división de los Poderes, respetando el campo de acción del legislativo, aunque procurando que él se muestre atento a las experiencias de la biología jurídica, con el objeto de dar margen al judicial para que llene su cometido sin que le sean precisas intromisiones ocasionadas a ciertos peligros.

Los eminentes tratadistas Colin y Capitant dicen que la interpretación llamada judicial del Derecho positivo reside en la jurisprudencia, es decir, en el cuerpo de decisiones dictadas por los Tribunales de diversos órdenes que están llamados a estatuir sobre los litigios a que da lugar la aplicación de la Ley.

Y, como dice Eschbach, según la cita del profesor De Diego, la virtualidad de la jurisprudencia no está en el mero conocimiento, en la pura teoría, precisamente por referirse al Derecho que a cada paso nos le encontramos en la vida, pues, dentro de él vivimos, nos movemos y somos (*in jure vivimus et movemur et sumus*). No consiste, no, aquélla simplemente en el conocimiento teórico y en la combinación abstracta de las reglas y principios del Derecho, sino también, y sobre todo, en el arte bien difícil de aplicar el Derecho al hecho, es decir, de poner la Ley en acción, de restringir o extender su aplicación a las innumerables cuestiones surgidas en el choque de los intereses y en la variedad de las relaciones sociales.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, por lo mismo que el carácter del recurso de casación es ser un recurso extraordinario y no una tercera instancia, tiende a procurar la debida interpretación y aplicación de las normas jurídicas—en los recursos por infracción de Ley o de doctrina legal—, y velar por la pureza de

los procedimientos—en los recursos por quebrantamiento de forma—, contribuyendo también a la uniformidad de la jurisprudencia, sin que ello impida que el Tribunal Supremo pueda cambiar y de hecho cambie muchas veces de criterio; porque, como dice el citado profesor De Diego, la pluralidad de fallos que contengan un igual modo de tratamiento jurídico de los casos iguales, un mismo modo de interpretar la norma jurídica y de apreciar los hechos de la vida y el propio modo de acomodar éstos a aquéllas; la reiteración de estos fallos en el tiempo, la constancia que, en sentir del señor Alcalá Zamora, es la uniformidad sucesiva y continuada, repetimos, son cosas naturales a la jurisprudencia, no esenciales.

Y, para concluir: no olvidemos que estamos en el caso de propender por todos los medios a la espiritualización del Derecho, porque, como dice Escobedo, a quien ya antes he citado, «las legislaciones vigentes, impregnadas de un sentido profundamente absolutista y de un exagerado subjetivismo, chocan contra el ambiente socializador de nuestro siglo»; que «la vieja corriente individualista, en franca lucha con la moderna socializadora, sufre constantes acometidas en la ciencia y en la Ley»; que «la decantada soberanía de la norma jurídica objetiva, a la que se atribuía vitalidad y fuerza suficientes a encauzar las actividades humanas con menoscabo del elemento psíquico y moral, va cediendo su preeminente puesto: una ola de espiritualismo invade el Derecho»; y que «el imperio de la fórmula legal sin máculas, se derrumba ante los recios ataques del arbitrio judicial, que se afana por dar flexibilidad al precepto de suyo poco plegable a las complejas manifestaciones de la vida».

ANDRÉS SEGURA CABRERA,

Abogado y Notario

La Habana (Cuba).

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

ADVERTENCIA

El extraordinario número de sentencias dictadas, en materia civil, por el Tribunal Supremo (1) y las necesidades de ajuste de la Revista hicieron que la publicación de aquéllas sufriera un retraso incompatible con nuestro deseo de dar a los lectores rápidamente el servicio de sentencias. REVISTA CRÍTICA, haciendo un verdadero esfuerzo, ha procurado adelantar todo lo posible la publicación en los últimos números, incluso reduciendo el tipo de letra, habiendo aparecido en lo que va de año la jurisprudencia más interesante dictada en los meses de Marzo a Diciembre, inclusive, de 1932, completándose, además con la incluida en el presente número, toda la correspondiente hasta Julio inclusive de 1933. Queda en este momento pendiente de extracto la jurisprudencia de los meses de Agosto, Septiembre y Octubre de 1933, que será inmediatamente preparada hasta conseguir que los lectores de REVISTA CRÍTICA puedan tener a su alcance, al día, la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

CIVIL Y MERCANTIL

164. Aguas. Alcance e interpretación del artículo 14 de la ley de Aguas. Sentencia de 5 de Junio de 1933.

Interpuesto recurso por infracción de ley por don D. contra sentencia de la Audiencia de T. en pleito promovido por una comunidad de regantes, lo rechaza el Supremo, considerando que si se hace caso omiso de que por haber alegado don D. como única excepción a la demanda contra él formulada por el Presidente de la comunidad de regantes, la de que en un lapso de tiempo muy superior a treinta años había venido aprovechando para regar una finca determinada aguas cuya reivindicación pretende conseguir la parte actora, la supuesta infracción del artículo 14 de la ley de Aguas, que se aduce en el recurso, plantea, sin duda, en él una cuestión nueva porque la cita del indicado precepto, entre los fundamentos de derecho de contestación a la demanda, no responde a ninguna realidad de hecho establecida en la misma; y aunque se prescindiese también de si el concepto de la in-

(1) Véase el interesante trabajo de Ormaechea en *Revista de Legislación y Jurisprudencia* con el título «Notaciones sobre jurisprudencia».

fracción alegada, o sea la no aplicación del mencionado artículo 146 de la Ley de 13 de Junio de 1879 en el fallo recurrido, se ajusta en correcta forma procesal y estrictamente a los dictados del número primero del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, que autoriza el único motivo del recurso, el problema en él planteado se reducirá a resolver, como cuestión de derecho, si es exacta la inteligencia que el recurrente atribuye al repetido artículo 14 de la ley de Aguas, y pertinente, en su consecuencia, la aplicación que de su contenido hace a las situaciones de hecho proclamadas en la sentencia recurrida, que el recurrente acata.

El artículo 14 de la ley de Aguas se refiere, sin duda, a cierta clase de aprovechamientos por un tercero de las aguas que el dueño del predio particular en que nacen no aprovecha, o al remanente o sobrante de las por él aprovechadas, cuando lo demuestra la expresa cita que en él se hace a los artículos 5.º y 10 de la misma Ley; pero con arreglo a estos preceptos, para que este tercero pueda aprovechar las indicadas aguas, es preciso que entren, naturalmente, a discurrir por el predio suyo, después de haber salido del ajeno, por el mismo punto de su cauce natural y acostumbrado, conforme al artículo 9.º; y como en el caso de autos no se dan estas circunstancias, puesto que, según declara la sentencia recurrida, las aguas de que se trata, que nacen en un predio, en cuya posesión inmemorial se hallan los actores, lejos de introducirse naturalmente en la finca del demandado, llegan a ella, mediante su captación con el empleo de una tubería de hierro y obras de mampostería, y, por otra parte, esta abusiva forma de impedir a los actores el aprovechamiento de las aguas en cuestión, empleada por el demandado, excluye la posibilidad, como el artículo 14 de la Ley estatuye, de que la parte actora sea quien por su exclusiva voluntad suspenda el aprovechamiento de las aguas que viniera haciendo durante un año y un día consecutivos, o por abandono o desidia suyos dejase de aprovecharlas durante igual lapso, es notorio que la aplicación, en el caso de autos, del párrafo 1.º del artículo 14, que el recurrente reclama a supuestos de hechos establecidos por la Sala sentenciadora y en él no comprendidos, hubiera sido indebida, no pudiendo prosperar el único motivo del recurso interpuesto.

Véase la sentencia de 6 de Enero de 1933 (núm. 105, pág. 710), el trabajo de López de Haro en Rev. de Derecho Privado, tomo I, págs. 217-251 y 309, donde se encuentra una abundante bibliografía y el interesante trabajo del mismo autor sobre aprovechamientos eventuales en Rev. de Derecho Privado, tomo IV, pág. 344.

165. *Parafernales. No puede invocarse en casación la infracción del Derecho romano o foral catalán si el pleito fué sustanciado con arreglo a lo dispuesto en el Código civil. Administración por el marido de parafernales no entregados ante notario. Sentencia de 9 de Junio de 1933.*

Interpuesto recurso por don C. G. contra sentencia de la Audiencia de Barcelona en pleito promovido por doña A., lo rechaza el Supremo, considerando que en el primer motivo del recurso se alega por el recurrente la infracción de una ley del Digesto, por no haberla aplicado la sentencia combatida, y, aparte de no hallarse comprendido tal concepto negativo entre los previstos en el número 1.º del artículo 1.692 de la ley Procesal, puesto que los en él señalados como determinantes de infracción legal presuponen, por el contrario, la aplicación en la sentencia recurrida de un determinado precepto sustantivo, es lo cierto que la demanda no se fundó en otras disposiciones que las del Có-

digo civil y jurisprudencia del mismo, y que en la contestación a la misma tampoco tuvo a bien el demandado interesar la aplicación del indicado precepto del Digesto, ni de otro alguno del Derecho romano, ni del foral catalán, pues se limitó a citar el artículo 1.384 del Código civil y cuatro sentencias de este Tribunal posteriores a su vigencia, por lo que es notorio que en el pleito no se promovió cuestión alguna relacionada con las citadas legislaciones romana y foral, debiendo desestimarse el motivo primero, porque no es lícito en este trámite plantear cuestiones nuevas, aunque se deje a un lado que, respecto a bienes parafernales, no existen diferencias esenciales entre las disposiciones de aquéllas y las del Código civil, por lo que es muy frecuente la aplicación de éste en Cataluña sobre tal materia.

Por iguales razones, en cuanto a la técnica procesal, y por idénticos fundamentos a los consignados, debe rechazarse el segundo motivo, en que se aduce la no aplicación de la ley 17, título 16 del libro V del Código (1), no alegada ni discutida en la litis, y la no aplicación de los artículos 168, 179 y 181 de la ley Hipotecaria, que para nada invocó en apoyo de las excepciones que opusiera a la demanda contra él formulada, olvidando el recurrente que la sentencia impugnada hace la afirmación, no combatida por él en casación, de que la entrega de lo que arrojó la liquidación de los créditos que, como bienes parafernales, adquirió su esposa durante el matrimonio, a cuyo pago le condena la sentencia recurrida, le fué hecha, no ante Notario para que administrase dicho capital, sino a título de cesión o préstamo o anticipo a su marido, que lo empleó en un negocio suyo, y si a esta situación, de hecho proclamada en la sentencia combatida, no eran aplicables las disposiciones de la ley Hipotecaria antes citadas, es obvio que no puede infringirlas dicho fallo.

El artículo 1.384 del Código civil distingue dos situaciones perfectamente definidas respecto de los parafernales: que conserve la administración la mujer o que los entregue, ante Notario, a su marido para que los administre; pero como la sentencia recurrida, lejos de declarar que el caso de autos esté comprendido en alguno de ambos supuestos, afirma, por el contrario, que las pesetas procedentes de bienes parafernales de la mujer se destinaron por el marido a compras y negocios suyos, proclamando así el Tribunal *a quo* que dentro del matrimonio se daba cerca de tal cantidad esa situación intermedia, que la realidad, con su fuerza incontestable, tan frecuentemente acusa en la vida matrimonial, aunque la Ley no se detenga a examinarla, según la que la mujer que aporta parafernales al casarse, o que los adquiere después, consiente que sea el marido quien los administre, constituyéndose éste, en su virtud, en cuanto a ellos, en apoderado general o mandatario de su mujer, la cual, por consiguiente, tiene derecho a que se le dé cuenta en todo momento del mandato conferido y le abone lo que con ocasión de él hubiere recibido, claro es que el fallo recurrido, al estimar existente entre ambos esposos la indicada situación de hecho, y por ella condena al marido al pago de lo que recibió o garantice su devolución con hipoteca, no ha infringido el artículo 1.384 del Código civil.

Sobre parafernales en Cataluña es de gran interés el estudio de Adrián Margarit en Revista Jurídica de Cataluña, tomo II, pág. 91.

166. *Servidumbre de luces y vistas. La prescripción y las servidumbres negativas y no aparentes.* Sentencia de 9 de Julio de 1933.

En recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D.^a C., con-

(1) Véase en Cuerpo del Derecho civil romano, edición García del Corral, 1892, tomo IV, pág. 612.

tra sentencia de la Audiencia de Valencia, en pleito seguido contra don M., sienta el Supremo, al rechazarlo, la doctrina siguiente:

La cuestión planteada por la demanda, y mantenida en este recurso, se concreta a determinar si a la casa en cuestión corresponde servidumbre de luces y vistas sobre el solar, hoy teatro, propiedad del demandado, apoyando sustancialmente el actor su derecho en dos títulos, una escritura y la prescripción.

El Tribunal de instancia estima que en ninguna de las cláusulas de aquélla consta que los causantes del demandado reconocieran, expresa ni tácitamente, servidumbre de luces y vistas a favor del actor, y a la misma conclusión se llega en vista de la certificación del Registro; y contra esta apreciación de la Sala sentenciadora no puede prosperar la personal del recurrente, sin que tenga importancia el que en la descripción de la finca del actor figure ésta con *terrado*, porque esto no implica la existencia de servidumbre.

Es también apreciación de la Sala sentenciadora que la servidumbre pretendida sería, conforme a lo dispuesto en el artículo 533 del Código civil, negativa, ya que puede limitar el derecho de propiedad del dueño del predio sirviente en cuanto coarte a éste su facultad de edificar, impidiendo el acceso de luz al dominante, y no es aparente, porque no existen huecos, balcones, etc., que la hicieran patente, no confiriéndole este carácter el hecho de que en los terrados se tendiera ropa, se colocaran celosías al aire, hubiera flores, etc.; todos ellos puntos de hecho de la competencia del Tribunal *a quo*, y, en consecuencia, no puede admitirse que la servidumbre de referencia haya podido adquirirse por prescripción, y no estimada la existencia de servidumbre, a nadie perjudicó el demandado al usar de su derecho de levantar la pared en cuestión, como dueño que era de la misma.

Ved sentencia de 27 de Mayo de 1932 (número 100 de REVISTA CRÍTICA, página 303).

167. *Hipoteca y tercera de mejor derecho. Doctrina sobre responsabilidad hipotecaria. La garantía derivada de la hipoteca normal es actual, y asegurada por la publicidad, existe con eficacia real erga omnes desde la fecha de la inscripción. Efectos de la anotación preventiva de embargo.* Sentencia de 14 de Julio de 1933.

El Supremo admite el recurso interpuesto por el Banco de C. y casa y anula la sentencia dictada por la Audiencia de Barcelona, en pleito seguido contra la Sociedad H., considerando que la hipoteca constitutiva de un derecho real afirma de tal manera la obligación por ella garantizada, que sujeta de modo directo los bienes sobre que recae al cumplimiento de aquélla, principio al que obedecen los artículos 1.876 del Código civil y 105 de la ley Hipotecaria, teniendo tal gravamen real, no sólo la extensión que le da el artículo 1.877 del citado Código, y 110, párrafo primero, y 111 de la indicada Ley, sino también la adicionada por el pacto que autoriza el propio citado artículo 110 y la regla sexta del 131, doctrina general sobre extensión de la responsabilidad hipotecaria, que constituye así la dotación completa del inmueble, gravado a mayor seguridad y fomento del crédito hipotecario, con la expansión dicha, que, teniendo por especial característica la de ser potencial y latente, se hace efectiva cuando el hipotecarista ejerce su acción; pero sin que aquellas notas expresen una mera expectativa de garantía, sino

que ésta es actual, y que, asegurada por la publicidad y la adhesión, existe con eficacia real *erga omnes* desde la fecha de la inscripción.

De la figura jurídica descrita se dan todas las características en la hipoteca que el recurrente en estos autos ostenta como título; tanto de la acción hipotecaria, que tiene ejercitada, como de la tercera de mejor derecho, que motiva este recurso, puesto que en aquél se constituyó hipoteca voluntaria sobre las fincas urbanas en garantía de préstamo con interés, estipulándose el contenido en la regla sexta del artículo 131 de la ley Hipotecaria, y haciendo extensiva, además, la responsabilidad a obras, mejoras, muebles y rentas, siéndole, por consiguiente, de aplicación estricta la doctrina del precedente considerando, que rechaza la que parece desprenderse de la doctrina de la Sala a *quo* de existir dos acciones derivadas de dicho título inscrito: una, la hipotecaria, con el consiguiente privilegio desde la inscripción, y otra personal quirografaria, con ventaja sólo desde su ejercicio.

La anotación preventiva en el Registro de la Propiedad de un embargo, garantizando el cumplimiento de un fallo en un ejecutivo, no varía, según jurisprudencia de esta Sala, la obligación, ni convierte en real e hipotecaria la acción personal ejercitada, produciendo sólo el efecto de que el acreedor que haya obtenido la anotación será preferido, en cuanto a los bienes anotados, a los demás tenedores de créditos posteriores a aquélla, entre los cuales no puede figurar el hipotecario, inscrito con toda la extensión razonada en fecha muy anterior a la de la anotación.

Siendo el alegato de las tercerías de mejor derecho la declaración de la preferencia del título del tercerista, con relación al del acreedor embargante, y de la prioridad del derecho del primero a hacer efectivo su crédito, es visto que, dada la doctrina establecida en los considerandos precedentes, el Tribunal a *quo*, por no haberla tenido presente, infringió el artículo 1.923 del Código civil al no aplicarlo, no estimando la preferencia señalada por el número tercero de dicho precepto del título hipotecario sobre el de la anotación preventiva del acreedor embargante, a que se refiere el número cuarto de dicho artículo, para hacer efectivo su crédito con los frutos de determinados bienes inmuebles del deudor, por administración judicial, lo cual hace procedente el recurso.

Aparte los conocidos tratados de Derecho hipotecario, deben consultarse: López de Haro: «Acciones del acreedor hipotecario», «Rev. de Legislación», tomo CLX, pág. 172; Rivellón: «Las anotaciones preventivas de embargo», en la misma Revista, tomo CLIII, pág. 434; Capó: «Apuntes sobre las anotaciones preventivas en el Derecho hipotecario español», en REVISTA CRÍTICA, tomo IX, pág. 434. «Embargo anotado y crédito hipotecario», en «Cuestiones prácticas de derecho civil», de la «Revista de los Tribunales», pág. 845; Escosura: «Tercerías de mejor derecho. Créditos privilegiados», en «La Reforma Legislativa», año XXII, pág. 9.

168. *Censo enfiteútico. Casos en que la finca cae en comiso. Necesidad de un previo requerimiento judicial o notarial, y no por edictos, al dueño del dominio útil de domicilio conocido. Medio de evitar el comiso. Sentencia de 12 de Julio de 1933.*

Admitiendo un recurso en pleito sobre redención de censo, dice el Supremo que el comiso de las fincas censadas no es de esencia en el contrato y que, por su carácter penal, para no hacer más gravosa la situación del obligado, debe restringirse en vez de ampliarse su sentido y alcance, no aplicándolo sino en los casos y circunstancias que estén claramente previstos. *SP* bien cae en comiso la finca cuando el enfiteuta no paga la pensión durante

tres años, es preciso un previo requerimiento judicial o notarial para que el deudor pague las pensiones que debe y sólo después de transcurridos treinta días de dicha diligencia, sin verificar el pago, queda expedita al dueño directo la vía judicial para pedir el comiso.

La noticia del requerimiento por parte del deudor, para que surta todos sus efectos, ha de constar de modo indubitado, sin que haya duda en cuanto a su existencia, en cuyo caso no se halla el requerimiento hecho por edictos que, si genéricamente surte todos los efectos que la ley le atribuye, en materia de censos debe reputarse defectuoso, tanto por su naturaleza como por la imposibilidad de que el requerido conteste o dé la respuesta a que en la diligencia tuviera derecho.

No es potestativo en el actor de cualquier procedimiento elegir la notificación personal al interpelado o utilizar el medio de los edictos, y por ello tiene declarado este Tribunal que no adolece de defecto el emplazamiento por medio de edictos, si el actor afirma que el demandado se halla ausente y que ignora su paradero, de cuya doctrina se deduce lo defectuoso e ineficaz de dicha diligencia, cuando, como en el caso de autos ocurre, es conocido el domicilio del deudor.

El dueño del dominio útil puede librarse del comiso redimiendo el censo y pagando las pensiones vencidas dentro de los treinta días siguientes al requerimiento, pero siempre que la diligencia se haya hecho con la persona cuyo domicilio se conoce, siendo notorio, por los razonamientos precedentes, que la Sala ha infringido los artículos 1.649 y 1.650 del Código civil, procediendo a la casación.

Véase, sobre redención de Censos enfiteúticos, el trabajo de Seranega en REVISTA DE LEGISLACIÓN, tomo LXXXIX, pág. 82.

Cfr. «El comiso enfiteútico en Cataluña», por Carlos Danés, en «Revista Jurídica de Cataluña», tomo V, pág. 810

169. *Compraventa con precio aplazado. La opción de pago del precio aplazado queda sin efecto por el requerimiento notarial que indica el artículo 1.504 del Código civil. Sentencia de 5 de Julio de 1933.*

En recurso interpuesto por una Sociedad contra sentencia de la Audiencia de Madrid, en pleito seguido a instancia de don J., sienta el Supremo, al rechazarlo, la siguiente doctrina:

La Sala sentenciadora no ha infringido el artículo 1.068 del Código civil al declarar la rescisión del contrato de venta celebrado en octubre de 1918 entre el causante del actor y la Sociedad demandada, por cuanto la declaración que se impugna no puede, en ningún caso, perjudicar los derechos de usufructo correspondientes a doña H., toda vez que, tanto la demanda como la sentencia, parten del expreso reconocimiento de tal derecho; y, por otra parte, ninguna porción del crédito hipotecario que se ventila ha sido adjudicado a dicha señora, sino tan sólo el derecho de usufructo en una menor participación, correspondiendo al heredero universal demandante el dominio sobre todo él y, por tanto, el ejercicio de las acciones al mismo inherentes, máxime cuando la misma demanda acepta sin discusión los hechos fundamentales sentados por el actor en cuanto afectan al reconocido usufructo.

Tampoco ha violado la Sala sentenciadora el artículo 1.504 del citado Código, toda vez que el recurso se funda en la ineficacia del acta notarial de entrega de la carta, a la que niega el efecto legal de requerimiento, debiendo concedérsele todos los que el citado artículo la atribuye, tanto por

estimarlo así el Tribunal *a quo* como por no constar adolezca de defectos que debiliten su completa eficacia, sin que exista tampoco la supuesta novación que alega el recurrente.

El artículo 1.504 del Código civil no contiene la opción que la parte recurrente supone, sino una distinción de tiempo, con el objeto de dar facilidades al comprador para realizar el pago sin incurrir en la rescisión pactada en defecto de la entrega del precio en la fecha convenida, lo que podrá realizar mientras no haya sido requerido judicial o notarialmente y habiéndose ajustado la Sala sentenciadora a esta doctrina, es consiguiente que no ha cometido la infracción pretendida, ya que al no existir la supuesta opción, no hay posibilidad de elegir uno de sus términos, elección que colocaría a la parte en situación irrevocable consagrada en la sentencia de 27 de Junio de 1916, mas al no darse el supuesto en que la misma descansa, ha de ser desestimado este motivo.

170. *Compraventa con precio aplazado. Eficacia de los requerimientos practicados por el vendedor después de formulada demanda por el comprador para que se reciba el precio mediante escritura. Cuasicontrato de litis contestatio. Efectos del emplazamiento. Concepto jurídica de las arras.* Sentencia de 8 de Julio de 1933.

Recurso interpuesto por don J. contra sentencia de la Audiencia de Valencia.

La cuestión principal que se plantea en este recurso es la de si pueden ser eficaces y surtir efectos jurídicos los requerimientos practicados por el vendedor, conforme al artículo 1.504 del Código civil, después que el comprador ha formulado la demanda para que el precio se reciba mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura y aun después de haberse verificado el emplazamiento, pero antes de contestar y reconvenir.

Afirmándose por el Tribunal *a quo* que el comprador no satisfizo el precio en los plazos estipulados en el contrato, incumpliendo así la obligación que le imponía el pacto, con arreglo al artículo 1.500 del Código civil, es evidente que no se puede privar al vendedor, tratándose de la venta de inmuebles, del derecho que le concede el artículo 1.504 para, expirado el plazo de pago, requerir judicialmente o por Notario al deudor, al objeto de notificarle auténticamente que no concede prórroga para el cumplimiento de aquella obligación y que opta por la rescisión del contrato y ese derecho no puede quedar enervado por haberse hecho los indicados requerimientos después que el comprador formuló su demanda pidiendo el cumplimiento del contrato, esto es, para que se compela al vendedor a otorgar la correspondiente escritura, abonando entonces el precio, por que el cuasicontrato de *litis contestatio* no se produce hasta que se formalice la contestación o reconvencción en su caso, y claro es que hasta no plantearse el combate judicial, podían muy bien los demandados, al contestar, oponerse y reconvenir, como lo hicieron, colocándose previamente en situación legal para ello, esto es, practicando los ya dichos requerimientos, no obstaculizados por la Ley y en tiempo perfectamente hábil por no haberse trabado la *litis*.

Es un error del recurrente sostener que no podían hacerse los mencionados requerimientos después del emplazamiento, porque los efectos de éste no son tan latos como en el recurso se indican, sino que se limitan a prevenir el juicio, interrumpir la prescripción, hacer nula la enajenación de la cosa litigiosa, perpetuar la jurisdicción del Juez, etc.; pero, en modo alguno,

cercenar al vendedor el derecho de que se viene tratando, mientras no se formalice la *litis contestatio*, ya que el artículo 1.504, por motivos de orden público, no tiene otra finalidad que obligar a los contratantes en las ventas de inmuebles a procurar la firmeza y seguridad de los contratos y suministrar medios para que lleguen a efectuarse en los términos convenidos, finalidad que fué patentemente infringida por el comprador.

Al declarar la Sala sentenciadora resuelto el contrato de venta, objeto de la *litis*, por incumplimiento del comprador de pagar el precio en el plazo estipulado y resolverse en sentido afirmativo la cuestión antes propuesta, no se infringieron los artículos 1.124 y 1.504 del Código civil.

El concepto jurídico de las arras tiene distintos matices, según ya tiene declarado este Tribunal en sentencia de 16 de Enero último (1), ya que puede ser considerado como prenda o señal de la intención de los contratantes de consumar un contrato proyectado, ya como signo ostensible o prueba de su perfección para no dejar lugar al arrepentimiento de ninguna de las partes, bien como cláusula penal para indemnizar el daño sufrido del contratante que cumplió sus obligaciones frente al que las incumplió, y como el Tribunal de instancia, teniendo en cuenta el contrato de autos que interpreta en uso de su soberanía, estima que contiene una cláusula penal y por ello aplica, no sólo el artículo 1.454, que invoca el recurrente, sino también los 1.152 y 1.124 del Código civil, es evidente que no incurrió en la infracción aducida, por cuanto al condenar al comprador a la pérdida de las pesetas entregadas como arras, lo hizo como indemnización de daños, por haber incumplido la obligación de pagar el precio en el plazo estipulado, por lo que procede declarar no haber lugar al recurso interpuesto.

171. *Fletamento. Diferencias entre fletador y mediador. Precontrato.* Sentencia de 12 de Junio de 1933.

En recurso interpuesto por don A. contra sentencia de la Audiencia de Oviedo en pleito seguido a instancia de don F., sienta el Supremo, al admitirlo, la siguiente doctrina: en cuanto a la aplicación que el Tribunal *a quo* ha hecho del artículo 688 del Código de comercio, por merecerle el demandado, hoy recurrente, el concepto de fletador, hay que estimar que las pólizas suscritas por el demandante y la Sociedad X., en relación con las cartas cruzadas entre el recurrente y otro, documentos reconocidos como auténticos, acreditan el evidente error de la Sala sentenciadora, al considerar que era fletador el recurrente, cuando realmente éste sólo fué un mediador con responsabilidad específica que intervino para su preparación y gestiones conducentes a fin de que se llevara a cabo entre el actor, como fletante, y la Sociedad X., como fletador; y en tal concepto, se debe estimar que concurre el motivo de casación que en este aspecto se ha planteado.

Aun en el inadmisilbe supuesto de que al contrato preparatorio celebrado entre los corredores fuesen aplicables todas las normas jurídicas propias del contrato de fletamento, ha de advertirse que el número primero del artículo 688 del Código de comercio confiere una facultad al fletador para poder rescindir, a su petición, el contrato de fletamento, siempre que por su parte esté dispuesto a satisfacer el importe de la mitad del flete convenido, si antes de cargar el buque abandonara el fletamento; pero este derecho que concede al fletador el citado artículo, de igual modo que en el siguiente se lo concede al fletante, no puede favorecer a persona distinta del fletador que quiera utilizarlo en su beneficio; y siendo el fundamento básico de la sentencia recurrida la estimación por parte del Tribunal de instancia de que el actor en el pleito, por su calidad de fletante, tiene derecho a que prospere su acción para

(1) Véase el número 105 de REVISTA CRÍTICA, pág. 716.

que le indemnice el demandado, como fletador, en la mitad del flete, porque abandonó el fletamento antes de cargar el buque, tal supuesto, aunque fuera admitido, infringiría, por interpretación errónea, el citado número primero del artículo 688, porque, como quedó expresado, no tiene acción el fletante para ejercitar un derecho que compete al fletador mediante el cumplimiento de un requisito que sólo este último ha de cumplir, y que de ningún modo puede imponerle su contrario, ya que la ley, previera, ha equilibrado los medios de defensa entre las dos partes contratantes, otorgando igual facultad de pedir la rescisión del contrato al fletante en el número primero del artículo 689, con derecho al pago de la mitad del flete y estadías devengadas, cuando el fletador, cumplido el término de las sobrestadías, no pusiera la carga al costado del buque; pero si en el presente caso el actor no pudo ejercitar la acción que este artículo le concedía, por no haber esperado el transcurso del tiempo necesario para que cumpliera el término de las sobrestadías, requisito indispensable para su utilización con éxito, toda vez que el buque zarpó antes de transcurrir ese término, ello no puede ser razón que justifique el empleo de la acción derivada del artículo 688, inaplicable para el fletante, y menos al efecto de exigir, sin otra prueba, responsabilidades a quienes, en virtud de un precontrato, quedasen obligados a cumplir las obligaciones del supuesto fletador.

Véase sobre el asunto motivo de la sentencia anterior el extenso trabajo de Gayoso Arias, en Revista de Derecho Privado, año 1927, pág. 206, con el título «Cuestiones de derecho marítimo: Rescisión voluntaria unilateral del contrato de fletamento». Sobre otras cuestiones derivadas de este contrato véase el trabajo del mismo autor en Revista de Legislación y Jurisprudencia, tomo CXLVIII, pág. 407. Véase también «El falso flete» (en la misma Revista, tomo CXLI, pág. 547), por S. Ruiz.

Para la doctrina de los contratos preparatorios o precontratos véase: De Diego, «Curso elemental de Derecho civil», tomo V, pág. 372. Demogue, «Traité des obligations», tomo II, págs. 1 y siguientes. Valverde, «Derecho civil español», tomo III, pág. 307. Leduc, «Des avants contrats», Paris, 1909. Sánchez Román, «Estudios de Derecho civil», tomo IV, pág. 474. Ruggiero, «Instituciones de Derecho civil», tomo II, págs. 283 y 292.

172. Suspensión de pagos y quiebra. La suspensión de pagos goza de prioridad con relación a la quiebra. Sentencia de 3 de Julio de 1933.

El Supremo no admite el recurso interpuesto por don A., porque, como tiene declarado, existe un estado preliminar al de quiebra para cuando el comerciante, teniendo un activo superior al pasivo o estando, al menos, nivelado, por dificultades del momento no le es posible atender a todas sus obligaciones; el artículo 871 del Código de comercio hay que relacionarlo con los 2, 4 y 9 de la ley de Suspensión de pagos de 26 de Julio de 1922, para de sus declaraciones deducir, por interpretación auténtica, que la suspensión goza prioridad a la quiebra, como medio de facilitar el camino entre los acreedores y el deudor, evitando el demérito y la ruina que las quiebras llevan tras de sí.

En el presente caso el Tribunal *a quo* afirma que en los autos no aparece ninguna prueba encaminada a demostrar que el activo sea inferior al pasivo, pues aunque así aparece en el informe pericial, en el expediente de suspensión de pagos resulta que el activo es superior al pasivo, y esa afirmación, que envuelve un estado preliminar al de quiebra, no cabe combatirla con testimonios notariales de tres actas de protesto por falta de pago, de dos

certificaciones de la Agencia ejecutiva y una certificación del Secretario judicial acreditativa de que la entidad en cuestión había solicitado se la declarase en estado de suspensión de pagos, porque aunque concediendo a esos documentos pleno valor y eficacia probatoria, ellos no demostrarían lo contrario de lo afirmado por la Sala, tanto más cuanto que en el balance formado por el Interventor es fundado suponer obrarían los créditos a que se refieren aquellos documentos en contra de la Sociedad suspensa, por ser anteriores a la solicitud de suspensión, sin que tampoco se pueda sostener, como en el recurso se hace, que el estado de suspensión de pagos, en el presente caso, suponga el sobreseimiento general de las obligaciones suficientes para decretar la quiebra, porque esa doctrina, que sería perfecta si la suspensión degenerase en quiebra, es, en la actualidad, prematura, por desconocerse las vicisitudes por que puede atravesar la suspensión.

Si bien no cabe negar que en el caso debatido la declaración de quiebra se solicitó por escrito presentado a la autoridad judicial el 17 de Julio de 1930, o sea un día antes de deducirse por la Sociedad recurrida la suspensión de pagos, es lo cierto que esa simple prioridad de fechas y esa dualidad de procedimientos, sin género de duda, de presentarse las solicitudes en diferentes Juzgados, no enerva la doctrina al ingreso de esta resolución expuesta, respecto a prioridad, porque, aparte de haberse pedido la suspensión antes de practicarse la información testifical, imprescindible en la quiebra para justificar el sobreseimiento, esto es, antes de adquirir la petición de quiebra estado legal, por ser aquellas diligencias preliminares a él, en esta *litis* consta, y así resulta de las afirmaciones del Tribunal *a quo* que la petición de quiebra se formuló por un desconocido de la entidad en cuestión en el mismo día en que se protesta un giro del que aparece como cesionario en la misma fecha, sin intervención de Procurador y ante Juzgado que no es el del domicilio del quebrado, anomalías que destruyen en absoluto las conclusiones del recurrente, derivadas de un hecho aparentemente cierto, pero desprovisto de las consecuencias jurídicas que pretende deducir, por lo que procede la desestimación de los motivos alegados, con tanta mayor razón cuanto que, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, la suspensión de pagos es un estado especial que en nada coarta los derechos de los respectivos acreedores para el ejercicio de sus acciones.

Véase Camacho, «Suspensiones de pagos», Revista de Derecho Privado, tomo I, pág. 211. Estasén, «Tratado de suspensiones de pagos», Los «Comentarios a la ley de 28 de Julio de 1922», de González Echávarri y Miguel y Romero, Valladolid, 1922, y el artículo de Roig y Bergadá, «Efectos del convenio en las suspensiones de pagos», en Revista Jurídica de Cataluña, tomo II, pág. 745.

173. *Interpretación de testamento en el que se establece una sustitución fideicomisaria. Cuando tiene el carácter de tercero el comprador de una finca.* Sentencia de 7 de Julio de 1933.

En pleito seguido por don L. contra D.^a D. rechaza el Supremo el recurso interpuesto por aquél contra sentencia de la Audiencia de Barcelona, porque la Sala sentenciadora, al interpretar el testamento otorgado por la causante y estimar que la sustitución fideicomisaria en él establecida reviste el carácter de universal, no infringe el artículo 675 del Código civil, sino que lo aplica rectamente, por cuanto se ha ajustado a la expresa voluntad de la testadora, que no constituye el fideicomiso sobre una finca determinada, sino sobre la mitad de la parte de herencia correspondiente a su hijo F., si bien se había de adjudicar a éste en su haber dicha finca, cuyo valor excedía no-

tablemente de la porción hereditaria que debía percibir, por lo cual la adjudicación le fué hecha, pero con la obligación de pagar los gravámenes, entre ellos, la mitad afecta a la sustitución fideicomisaria, que fué fijada en cierta suma; y como la parte recurrente sustituye con su criterio el del Tribunal *a quo*, sin demostrar el error de la sentencia, hay que rechazar este motivo.

Planteada en casación la nulidad de las operaciones divisorias, es ésta cuestión nueva que no puede resolverse sin que se haya debatido previamente; tampoco infringe la sentencia el artículo 27 de la ley Hipotecaria, al entender que la compradora de la finca en cuestión tiene el concepto de tercero por no haber intervenido en el acto de la partición hereditaria e inscripción de la nombrada finca, que luego compró e inscribió, sin dificultad alguna por parte del Registro, ya que nada obstaba a la transmisión y consiguiente inscripción, por cuanto se adquirió a título oneroso de quien aparecía dueño, y aceptando las cargas y gravámenes que expresamente constaban del mismo Registro, logrando así una situación firme y a cubierto de toda acción rescisoria y resolutoria.

DIVORCIO Y SEPARACIÓN

174. *Confesión judicial. No basta por sí sola para fundamentar una sentencia condenatoria. Distinción entre la voluntad declarada de los cónyuges, durante el pleito, de divorciarse o separarse y el mutuo disenso, regulado en el artículo 63 de la Ley. Sentencia de 14 de Junio de 1933.*

Interpuesto recurso de revisión por D^a I. contra sentencia de la Audiencia que desestimó su demanda, fundado en la causa tercera del artículo 57 de la Ley, «por aplicación indebida del artículo 51», y por infracción del artículo 43 de la Constitución y aplicación indebida del artículo 51 de la Ley, lo rechaza el Supremo, porque no puede estimarse la infracción del artículo 43 de la Constitución en la sentencia recurrida con sólo considerar que tal precepto se limita a conceder una facultad, un derecho a los cónyuges para solicitar la disolución del matrimonio, otorgándoles a tal fin dos procedimientos o medios: uno, el mutuo disenso, que en el presente caso no puede invocarse, porque regulado por los artículos 63 y siguientes de la ley de Divorcio, no se siguió por ninguno de los litigantes el camino debido, y otro, a petición de cualquiera de los cónyuges; y como este derecho de petición se ejercita ante los Tribunales, y a éstos corresponde apreciar la justicia de la causa alegada, no es posible sostener que la Audiencia contradijo aquel precepto constitucional al no estimar demostrada la realidad de la causa que como base del divorcio se invocó.

En cuanto al segundo argumento, la cuestión queda reducida a declarar si la Audiencia, al aplicar el artículo 41 de la Ley, como fundamento único de su fallo, cometió injusticia notoria por aplicación indebida de tal precepto, y esta cuestión tiene que resolverse en sentido negativo: primero, porque no existe en ello contradicción entre el fallo y el artículo 51, que los Tribunales tienen potestad de aplicar cuando del conjunto de lo actuado y del examen de las pruebas lo estimen justo; y como en el presente caso existieron anormalidades procesales en las peticiones de los cónyuges, pues después de presentada la demanda, y antes de contestarse, la representación de la mujer desiste y se aparta de la acción, sin llegar a ratificarse la interesada, por lo que el pleito siguió, y, una vez formulada la contestación, con

reconvención, ambos Letrados manifiestan que sus clientes se han puesto de acuerdo en solicitar el divorcio, pero sólo por la causa 12 del artículo 3.º, renunciando a las demás alegadas, proponiendo como única prueba la de confesión sobre la existencia de tal causa, escrito en el que se ratificaron ambos cónyuges, que confesaron la certeza de dicha causa; tanta vacilación y tales peticiones explican que el Tribunal haya hecho uso del artículo 51 debidamente, no estimando suficiente la confesión por sí sola para fundamente una sentencia condenatoria, sin cometer con ello notoria injusticia; y segundo, porque, según tiene declarado esta Sala, en sentencia de 29 de Marzo último (1), no debe confundirse ni equipararse la conformidad que en el transcurso del pleito manifiesten los cónyuges en divorciarse o separarse, que necesita justa causa, alegada y probada, con el mutuo disenso, que regula el artículo 63 de la Ley, y que no requiere pleito ni causa, sino voluntad auténtica y sincera de divorciarse o separarse.

ENRIQUE TAULET,
Notario de Valencia.

(1) *Extractada en el número 102 de esta Revista, página 478.*

Jurisprudencia administrativa del impuesto de Derechos reales

LXVIII

1.º *El derecho de vista en los expedientes sólo se da si hay más de una parte apelante. 2.º Instituida simultáneamente por dos cónyuges por heredera sustitula una sobrina carnal de la mujer para cuando falleciese el cónyuge sobreviviente en cuanto a los bienes que el mismo dejase, siendo el cónyuge el heredero primeramente instituido, ha de liquidarse la herencia de la mujer a la sobrina carnal en razón a tal parentesco y no en relación al parentesco por afinidad del marido con la sobrina (o sea como extraña), aun cuando el marido fué usufructuario de los bienes, con facultad de disponer «mortis causa» o intervivos.*

1.º En cuanto al primer punto, así lo dispone el artículo 89 del Reglamento de 29 de Junio de 1924.

2.º La cuestión debatida es la de si los bienes relictos al fallecimiento del causante A., provenientes de la herencia de su esposa B., fueron adquiridos por la reclamante doña C. por herencia de su tía carnal doña A., o por la de un tío político don B., extraño por ello para los efectos del impuesto. Habiendo premuerto doña A. a don B., hay que atenerse al testamento de aquélla para determinar la sucesión; en tal disposición, doña A. instituyó por heredero de sus bienes a su marido don B., facultándole para disponer de ellos entre vivos o por causa de muerte y mandando que lo que quede al fallecimiento de éste pasase a su sobrina doña C., circunstancia que se ha producido plenamente, pues B. conservó íntegramente los

bienes de su esposa A. Ahora bien, el orden y forma de suceder, una vez producidos, no deben estimarse alterados por el testamento de B., habida cuenta: 1.º Que al fallecer la esposa A. se causó un estado de derecho en cuanto a sus bienes, consistente, de una parte, en el disfrute vitalicio de los mismos por el viudo, y de otra, en el derecho de la sobrina doña C. a heredar los bienes de que no hubiera dispuesto don B., y esa situación no es posible estimarla variada por un hecho anterior a la apertura de la sucesión de A., cual es el testamento de B., siendo así que éste sobrevivió a su esposa A. 2.º Otorgados los testamentos de A. y B. el mismo día, instituyéndose mutuamente herederos y nombrando heredera sustituta a doña C., sobrina de doña A., es lógico interpretar la voluntad de los testadores en el sentido de que cada uno disponía de los bienes que le pertenecían, y que la facultad de disponer posteriormente de los del cónyuge premuerto, conferida al heredero primeramente designado por cada uno, sólo beneficiaba a persona diferente de la heredera por sustitución, ya que la institución hereditaria en favor de la misma que se hiciera por aquel de los cónyuges que falleciera después era innecesario a tal fin, bastando para que la heredera sustituta adquiriera tales bienes el hecho de que se conservasen los mismos por el cónyuge sobreviviente. Por lo tanto, para liquidar los bienes relictos al fallecer don B. ha de establecerse la distinción entre los bienes suyos propios y los que adquirió en usufructo de su esposa doña A., y en cuanto a éstos es aplicable el art. 32 en relación al 57 del Reglamento de 16 de Julio de 1932, según el cual, cuando el testador dispusiera de sus bienes sustituyendo unos herederos a otros, se pagará el impuesto en cada sustitución, con arreglo al parentesco entre el sustituto y el causante, entendiéndose realizada la adquisición el día en que la limitación desaparezca, ateniéndose a esa fecha tanto para fijar el valor de los bienes como para aplicar el tipo de tributación. Por lo tanto, las liquidaciones de herencia, caudal relictos y retiros obreros han de hacerse separadamente en cuanto a los cónyuges A. y B., han de girarse separadamente en cuanto a C., y teniendo en cuenta que respecto a A. era sobrina carnal, y en cuanto a B. lo era política, y por ello extraña. (Acuerdo del Tribunal Central de 13 de Octubre de 1933.) 106 de 1933.

LXIX

Procedimiento. Las reclamaciones del impuesto son actos reclamables ante el Tribunal Económico-administrativo Provincial y cada una no puede referirse más que a un solo acto.

Giradas dos liquidaciones por arrendamiento de una finca rústica y de fianza, originadas por el mismo documento, pero a nombre de distinta persona, e impugnadas por el arrendador por sí y en nombre del fiador, el Tribunal Provincial desestimó la reclamación por referirse a dos actos distintos, como son los de arriendo y fianza; aunque estén en el mismo documento, afectan a persona distinta y por concepto jurídico diferente. El Central anula la liquidación. Según el artículo 200 del Reglamento del impuesto, son actos reclamables ante el Tribunal Provincial las liquidaciones del mismo y cada una ha de ser objeto de una reclamación, según el artículo 23 del Reglamento de Procedimiento, excepto cuando se trate de Corporaciones o de varios interesados que ostenten un mismo derecho, hayan sido lesionados por un mismo acto administrativo y hagan uso de unas mismas excepciones; en el caso expuesto, aun estimando como un solo acto administrativo la calificación del documento liquidable, es lo cierto que los reclamantes no ostentan el mismo derecho ni alegan las mismas excepciones, por ser diferentes los conceptos liquidados, ya que se impugna la sujeción del contrato de arriendo al impuesto por razón del documento en que consta, y no se fundamenta así en cuanto a la fianza; y, por lo tanto, no se debió tramitar la reclamación colectiva del arrendador y fiador contra las dos liquidaciones, sino dejar en suspenso aquélla y requerir a los reclamantes para que la formularan por separado, según el citado artículo 23 del Reglamento de 29 de Junio de 1924. (Acuerdo del Central de 18 de Octubre de 1933.) 122 de 1933.

LXX

Comprobación de valores. La comprobación de valores ha de hacerse individualmente por cada finca, según los datos del ami-

llaramiento o Catastro, sin que pueda el liquidador englobar varias ni aplicar por analogía el líquido imponible de unas a otras, debiendo, si no se presentan los recibos del primer trimestre, pedir los datos oportunos o acudir a otros medios ordinarios, o en su caso a la tasación pericial.

El artículo 80 del Reglamento de 26 de Marzo de 1921, no modificado en el actual de 16 de Julio de 1932, fija como medio ordinario de comprobación, añadiendo que la Administración acudirá en primer término al amillaramiento o Catastro, y luego indistintamente a los demás, sin que sea preciso utilizarlos todos cuando el resultado de uno se conceptúa el verdadero valor, ni el utilizar uno excluye a los demás, aunque el utilizado sea el Catastro o amillaramiento, debiendo presentar los interesados el primer recibo de la contribución de cada año o certificación del amillaramiento o Catastro, siendo, en caso de que no lo hagan, el plazo de cuatro meses el que tiene el liquidador para comprobar; la comprobación se hace individualmente por cada finca, a menos de que estén englobadas varias en un mismo líquido, capitalizando al 5 por 100 el líquido imponible o la renta líquida, según se trate de fincas urbanas o rústicas, y si no estuviesen amillaras o catastradas, se hará la tasación pericial. Por lo tanto, si tres fincas no aparecen englobadas en cuanto al líquido imponible, no procede la comprobación englobándola, sino separadamente, por el líquido imponible de cada una, según el que tienen en el Catastro, aunque para ello se alegue la dificultad de encontrar una finca determinada; con ese englobamiento se puede dar lugar a que se liquiden parte de fincas que no corresponden al causante, sino a sus hermanos; no debe confundirse la riqueza imponible con el líquido imponible, y mucho menos con la renta líquida, que no ha de ser la base, según el artículo 87 del Reglamento del impuesto; debe, pues, liquidarse cada finca por la renta líquida que conste en la certificación del Catastro, capitalizando al 5 por 100, y si el resultado era menor que el declarado por el interesado, aceptar éste o acudir a otro medio probatorio, incluso la tasación pericial, si no había medio de identificar las fincas con la certificación del Catastro; en cuanto a las fincas urbanas que tiene el causante en coparticipación, ha de hacerse capitalizando el líquido imponible de la finca del primer recibo, al

5 por 100, en la parte proporcional de la participación del causante, y si no se presentaba recibo, debió acudirse a otro medio ordinario de comprobación, pero no tomarse como base los recibos de otras fincas por analogía con las de que se trata. (Acuerdo del Central de 24 de Junio de 1933.) 51 de 1933.

LXXI

- 1.º *La Administración tiene facultades para redistribuir los bienes de una herencia si no está conforme con la partición hecha por los interesados.*
- 2.º *Las fincas adquiridas por un causante siendo soltero son gananciales, aun cuando haya devuelto un préstamo que recibió para pagar el precio de aquéllas después de casado.*
- 3.º *No procede la aplicación de moratoria si no se pagó el impuesto en el plazo oportuno.*
- 4.º *Debe anularse una liquidación girada por exceso de adjudicación a la viuda, si tal exceso se funda precisamente en el concepto de gananciales rechazado por la Administración.*
- 5.º *La prevención del abintestato no se estima cuestión litigiosa para suspender la liquidación del impuesto.*

La facultad de la Administración de hacer la división y adjudicación de los bienes conforme a las leyes vigentes si los interesados no se ajustan a éstas, a los efectos del impuesto, es indiscutible, y por ello tiene notoria importancia la calificación de ciertos bienes del marido como propios de éste o como gananciales. Según el artículo 1.396 del Código civil, son bienes propios de cada cónyuge los que aporte al matrimonio como de su pertenencia; y demostrando que el marido adquirió siendo soltero dos casas, cuyo precio se abonó en el acto del otorgamiento de la escritura de compra con dinero propio, su propiedad era suya desde ese momento, y que tales fincas fueron incluidas en el inventario del caudal relicto por aquél, no puede desconocerse que tales fincas son bienes del marido y así deben liquidarse, y no como gananciales, sin que a ello sea obstáculo que estando casado ya devolviese a su madre una cantidad que recibió de ésta para la compra, pues la adquisición de las fincas quedó consumada por la escritura mediante la entrega reci-

proca de la cosa y del precio, y la cuestión de si esas cantidades devueltas son o no de cuenta de la sociedad legal, no afecta a la Administración y se resolverá por los herederos como crean oportuno. Para que se condone la multa y demora, según la ley de Presupuestos de 1932, artículo 40, es indispensable no sólo la declaración dentro del plazo que la misma señala, sino el pago dentro de los quince días reglamentarios, y no cumplido este último requisito, no procede aplicar dicha condonación, aun cuando sea cierto que no se debió liquidar la herencia con ese recargo por el liquidador. Según el artículo 113 del Reglamento, se interrumpen los plazos de liquidación cuando se promueve litigio acerca de la herencia; pero la prevención de abintestato, cuando no hay oposición alguna, no es un litigio, y según dicho artículo no procede, por tanto, admitir la interrupción de los plazos para liquidar e incurriéndose por ello en multa y demora. La liquidación girada a la viuda por exceso de adjudicación, por la diferencia entre su cuota como gananciales y las fincas recibidas, ha de anularse, por cuanto la Administración ha rechazado el concepto de gananciales y hecho una distribución de bienes en la que no hay exceso de adjudicación sobre el haber de cada uno. (Acuerdo del Tribunal Central de 3 de Julio de 1933.) 57 de 1933.

LXXII

Sociedades. Las extranjeras han de tributar por la parte con que se opera en España, no del capital autorizado, sino del emitido o desembolsado; aunque la certificación de la Sociedad señalando la parte de éste destinada a España no conste presentada en los plazos reglamentarios, es suficiente si aparece presentada una escritura en que se halla ese certificado presentado con el escrito de alegaciones.

Según el artículo 21 del Reglamento del impuesto, las Sociedades constituidas o domiciliadas en el extranjero que hagan operaciones en territorio de España donde el impuesto se exige, están obligadas a contribuir por la parte de capital que dediquen a dichas operaciones, y a ese efecto la fijarán presentando, antes de su inscripción en el Registro mercantil certificación del acuerdo en que

se consigne tal cantidad y anualmente copia autorizada de los balances que servirán de base para girar las liquidaciones que procedan por los aumentos si los hubiere, determinándose en dichos balances las cifras que correspondan a operaciones realizadas en territorio sujeto al impuesto; y en la misma proporción que esas operaciones se hallen con el capital total social se calculará el capital sujeto a tributar por el impuesto de Derechos reales; si la Sociedad no cumple lo expuesto, se girará la liquidación sobre todo el capital social.

El concepto, pues, tributable de las Sociedades extranjeras es el valor de los bienes aportados o metálico desembolsado al constituirse o que lo sea en lo sucesivo, como para las españolas en la parte de capital que les corresponde según lo expuesto; y, por lo tanto, no es la base liquidable el capital autorizado, sino el emitido o desembolsado.

Aun cuando la certificación del acuerdo fijando el capital destinado a operaciones en España no fué presentada en los plazos reglamentarios, sino que se insertó en una escritura acompañada en el escrito de alegaciones, no puede prescindirse, al resolverse el asunto, de dicha certificación, que se halla ya en el expediente y que ha sustituido a las declaraciones privadas del capital que haya de invertirse en España, sin que el retraso de presentación tenga, desde que debió ser conocida de la Administración, trascendencia, pues el impuesto se exige de una sola vez por el concepto de constitución de la Sociedad y no en cada año, sin perjuicio de complementar en el final de éstos si hubiera habido aumento; no obsta a lo expuesto el cobro de multa y demora por el retraso en la presentación de dicho documento, pero teniendo en cuenta las leyes de Presupuestos de 1929 y 1930, a las que se acogió la Sociedad, no procede exigir el cobro de aquellos conceptos, bastando para la condonación las solicitudes de pago presentadas en plazo oportuno, no siendo preciso a esos efectos de condonación la presentación de la escritura en que consta el acuerdo señalando el capital con que ha de operarse en España. (Acuerdo del Central de 11 de Julio de 1933.) 59 de 1933.

LXXIII

Comprobación. Contra la practicada tomando como base el líquido imponible no cabe reclamación, a menos de probarse estar impugnado administrativamente dicho líquido imponible.

Así lo dispone terminantemente el artículo 85, párrafo séptimo del Reglamento del Impuesto, exigiendo que con anterioridad a la presentación de los documentos a liquidar se ha reclamado contra el referido elemento de comprobación: no hecho así, ni aun alegado por el interesado que tal reclamación se haya efectuado, la promovida contra el acuerdo aprobatorio de la base liquidable es completamente improcedente: hay que liquidar, pues, por el valor que resulte del líquido que figure en el recibo del primer trimestre del año respectivo, en cuanto a la finca de que se trate, en que falleció el causante, según los artículos 60 y 52 del Reglamento, que exigen se aplique el impuesto al valor de la finca el día de la muerte del causante. (Acuerdo del Central de 27 de Junio de 1933.) 63 de 1933.

LXXIV

Deducción de fincas y deudas. No son deducibles de una herencia determinadas fincas si no se acredita con documento fehaciente que antes del fallecimiento del causante pertenecen a tercero, ni los créditos procedentes de intereses de préstamos hipotecarios, si no se acredita que no se pagaron y se debían al fallecer el causante. Son deducibles las deudas hipotecarias acreditadas con escritura pública.

Según el artículo 102, en relación al 31, párrafo 15 del Reglamento del Impuesto, las declaraciones del testador o herederos de que ciertas fincas son de terceras personas, no surtirá efecto si no se justifica con documento fehaciente y adecuado a la naturaleza de dichos bienes, y de fecha anterior a la apertura de la sucesión; y, por lo tanto, tratándose de una promesa de venta, es preciso, para la exclusión, que se aporte la escritura pública correspondiente con nota de pago del impuesto de Derechos reales.

Aun cuando se reconociera la certeza del otorgamiento de dichas escrituras sólo por los datos que exponen los interesados, tampoco son deducibles los precios aplazados, pues la entrega de los precios aplazados sólo se prueba mediante recibos que no tienen carácter de auténticos ya que carecen de liquidación y, por lo tanto, debe establecerse la presunción, a los efectos del impuesto, de que al momento del fallecimiento de los causantes les pertenecían, o bien las fincas prometidas en venta o los créditos contra los adquirentes por el importe de los precios estipulados y no pagados. Además, la adjudicación de las fincas, objeto de las promesas de venta, no se hizo a los herederos al solo efecto de otorgar la escritura de venta conforme al artículo 1.451 del Código civil, sino que aquéllos se incluyeron en el inventario y se adjudicaron a persona ajena a la herencia, y siendo de notar que si la adjudicataria no cumple el encargo recibido, podría quedar como dueña de los inmuebles sin que la eficacia de la adjudicación que se le hace pueda estimarse que dimana de su condición de partícipe en las sucesiones de que se trata.

En cuanto a la deducción de deudas hereditarias, sólo son deducibles las de capital de un préstamo hipotecario en cuanto al capital y no en cuanto a los intereses vencidos y no pagados, porque no se ha demostrado esto último, según exige el artículo 101 del Reglamento del Impuesto, y tampoco lo son los préstamos consignados en documentos privados o no justificados por pruebas adecuadas, ya que tampoco se ha ratificado la deuda en documento público por los herederos con la comparecencia del acreedor. Presentada la escritura pública referente a los créditos hipotecarios, éstos son los únicos deducibles. (Acuerdo del Central de 27 de Junio de 1933.) 63 de 1933.

LXXV

Préstamos del Banco de Crédito Local. No les es aplicable la exención otorgada por Real decreto de 16 de Mayo de 1929 a la emisión de valores de Ayuntamientos y Diputaciones y conversión de sus títulos.

Es precepto del Código civil que las leyes obligan a los veinte días de su promulgación en la *Gaceta*, si en ellas no se dispone

otra cosa, y, por lo tanto, según aquél, tampoco tienen efecto retroactivo si no contienen precepto que lo establezca; y no teniendo el Real decreto de 16 de Mayo de 1929 (*Gaceta* del 18) tal precepto especial, no puede aplicarse dicho Real decreto a un contrato celebrado antes de la publicación de aquél, siéndolo, en cambio, la legislación fiscal cuando tal Decreto se promulgó. Aparte de eso, como la finalidad del Decreto aludido fué fomentar el crédito de las Corporaciones municipales, eximiendo del timbre y del impuesto de Derechos reales las conversiones de obligaciones o cédulas en cuanto al importe de las que hayan de retirarse de la circulación, es preciso reconocer que tal Decreto tuvo por objeto eximir del impuesto a las referidas conversiones; y como el contrato del Ayuntamiento de X. y el Banco de Crédito Local no tuvo por objeto esa conversión, sino un préstamo, como lo califican los contratantes, es notorio que jurídica y fiscalmente se trata de actos distintos, y que no puede aplicarse a ese contrato de préstamo la exención otorgada por el Decreto repetido de 16 de Mayo de 1929, ya que no se emiten en él obligaciones ni títulos para recoger otros que se hallen en circulación, según el principio establecido en la ley de Contabilidad de que los preceptos fiscales, así como las exenciones y privilegios, no son de interpretación extensiva, sino restrictiva. (Acuerdo del Central de 5 de Octubre de 1933.) 65 de 1933.

LXXVI

Adjudicación de una casa en el Ensanche de Madrid. La bonificación concedida en cuanto a las casas aludidas debe computarse entendiéndolo comprendido en el plazo de seis años el año inmediato al del término de su construcción.

El texto del artículo 8.º, número 1.º del Reglamento otorga la bonificación del 50 por 100 de las tarifas del impuesto a las transmisiones onerosas de los edificios construídos en el Ensanche de las poblaciones a que es aplicable la Ley de 26 de Junio de 1892 (Madrid y Barcelona) «siempre que se realicen dentro de los seis primeros años a contar desde la fecha en que el edificio comience a tributar por territorial». La cuestión planteada es la de si tales pa-

labras han de interpretarse en el sentido de que limitan el plazo de bonificación excluyendo el transcurrido antes de empezar los edificios a tributar; o si más congruente con la lógica y con los propósitos del beneficio, limitan el beneficio únicamente en cuanto al momento de su terminación. La cuestión planteada por el texto del Reglamento ha sido resuelta por la Orden ministerial de 27 de Abril de 1931, a cuyo tenor el plazo aludido debe computarse entendiéndose comprendido dentro del mismo el año inmediato siguiente al término de su contribución, durante el que los edificios de nueva planta hayan disfrutado o podido disfrutar de la exención de contribución de edificios y solares; y como dada la fecha en que se concedió la licencia de construcción, es evidente que la finca está dentro de los seis primeros años, procede aplicar la bonificación contributiva, aun cuando el contribuyente no la hubiera dado de alta en la Contribución territorial, porque la omisión del vendedor no puede perjudicar al comprador. (Acuerdo de 27 de Febrero de 1932.) 70 de 1933.

LXXVII

- 1.º *La comprobación de valores puede hacerse por cualquiera de los medios reglamentarios, pero entre ellos no figura el hallar la proporción entre la cabida de las fincas incluidas en el Catastro y la de las transmitidas para capitalizar la parte correspondiente proporcional.*
- 2.º *La herencia transmitida primero a un usufructuario y luego a dos grupos de herederos sucesivamente no se entiende adquirida por el último grupo hasta que fallece el último del primero, y entonces, por haber hasta ese momento condición suspensiva, es cuando se adquiere el pleno dominio y se puede fijar la legislación y el tipo contributivo.*

La cláusula testamentaria dice así: Mi hermano X. tome en concepto de heredero los bienes siguientes: todas las tierras que poseo y me fueron adjudicadas al fallecer mi madre, las cuales hereda por sus días en calidad de usufructo, debiendo pasar después de muerto aquél, y también en usufructo, a mis primos hermanos Z. y K., y después quedarán libres, distribuyéndose por

partes iguales entre los hijos de esos primos hermanos, acreciendo la parte de los que no tengan sucesión a los que tengan hijos; hay una nota adicional al testamento, según la que la institución referida queda sometida a la condición de que el primer instituído no tuviera hijos, pues, en tal caso, los bienes los adquirirían esos hijos en vez de los que dice la cláusula copiada.

Primera cuestión. La comprobación de valores se hizo tomando una cifra para capitalizarla que no representa la suma de la renta de las fincas catastradas o amillaradas, y comprende líquidos imponibles de otros propietarios, y se fijó mediante la proporción de la cabida de las fincas catastradas y la participación que en ellas corresponde al causante. Pero aunque el artículo 80 del Reglamento concede gran amplitud al Liquidador para escoger el medio reglamentario, no excluyendo el uso de uno a los demás establecidos, ello no autoriza para suplir las deficiencias de un medio de comprobación mediante la proporción de la renta amillarada y la extensión de la finca transmitida, debiendo haberse escogido uno de los medios fijados en el Reglamento, únicos legales.

Segunda cuestión. Escribe en la interpretación de la cláusula copiada a los efectos del impuesto. El primer heredero no dejó hijos; según el artículo 675 del Código civil, ha de entenderse en sentido literal, a menos que aparezca que fué otra la voluntad del testador; en la cláusula aludida se hacen dos llamamientos para después de morir el primer llamado sin hijos: primero, en favor de los primos hermanos del testador, que han de entenderse instituídos individualmente; segundo, en favor de los hijos de esos mismos primos hermanos, cuyo derecho debe reputarse incierto e indeterminado hasta el fallecimiento del último de los primos usufructuarios, puesto que el testador ordenó que después de haber pasado a estos últimos quedaran libres los bienes y se dividieran por partes iguales entre los hijos de todos los primos nombrados, disposición que no puede cumplirse hasta después de haber fallecido los nueve usufructuarios primeramente nombrados y saber quiénes son los hijos que han dejado para hacer la adjudicación por partes iguales; si la transmisión fuera efectuándose parcialmente de los primos que fueran falleciendo a favor de sus herederos, se establecería una desigualdad manifiesta entre los hijos de

esos parientes colaterales de cuarto grado, contraria a la voluntad del testador, porque recibirían mayores porciones quienes fueran menor número de hermanos sobre los que siendo más representarían los derechos de un solo primo usufructuario. No enerva lo dicho la cláusula de que la parte de los que mueren sin sucesión acrece a los que tengan hijos, toda vez que, referida la eficacia de la totalidad del llamamiento a favor de los hijos hermanos a que fallezca el último de éstos, desaparece toda dificultad, interpretando dicho inciso en el sentido de que hereden las participaciones de los primeros usufructuarios que ya han muerto sin sucesión—y no de los que vayan muriendo sucesivamente—los hijos de los demás; y da más fuerza a esa interpretación el que no se haya previsto por el testador a quiénes han de pasar las participaciones de los que mueren sin sucesión, supuesto innecesario con la interpretación indicada, pero que sería preciso si aquél hubiera querido que a cada uno de los primos que fallezca con hijos les hereden desde ese momento éstos con exclusión de los demás. Esta interpretación fué la que se dió en la escritura otorgada al morir el causante, interpretación la más auténtica posible. Esto supuesto, el derecho de los hijos de los primos hermanos ha estado sometido a condición suspensiva hasta fallecer el último de éstos y ninguno de los hijos de primos hermanos fallecidos antes de cumplirse la condición pudieron adquirir nada ni transmitirlo a sus herederos, debiendo la herencia dividirse entre los nueve hijos de primos hermanos que sobrevivieron al último de éstos; en tal momento es cuando se causa la herencia, y ese momento es el que determina la legislación aplicable y los tipos contributivos para el pleno dominio, conforme a lo dispuesto en el artículo 6.º de la Ley de 16 de Julio de 1932, referente a las condiciones suspensivas en el impuesto de Derechos reales. (Acuerdo del Central de 2 de Agosto de 1933.) 68 de 1933.

GABRIEL MAÑUECO,

Abogado del Estado.