

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año VII

Abril de 1931

Núm. 76

El heredero aparente ⁽¹⁾

(Conclusión.)

TEORÍA DE CARETTE.

Este autor expuso su sistema en una nota publicada sobre un *arret* de la *Cour de Orleans* de 27 de Mayo de 1836.

Dice que si el legislador ha debido, en algunos casos y por la fuerza de las cosas, derogar el precepto general de que la venta de cosa de otro es nula, debe ser precisamente en el caso del heredero aparente que enajena un bien determinado a un tercero adquirente de buena fe. «Evidentemente—dice—, esta cuestión no ha sido prevista por el legislador. Sin embargo, cuando ella se presente al Juez es un deber para él el resolverla. En este caso, como en todos los semejantes, su misión se agranda, se eleva desde una esfera restringida hasta la altura de la del legislador mismo. Es entonces por consideraciones de equidad, de orden público, de economía política, que está obligado a decidir», y se declara partidario de la validez sostenida por la jurisprudencia francesa.

Para él todos los argumentos de textos invocados de una parte y de otra son extraños a la cuestión, y en ningún artículo de la ley se puede encontrar la solución; por ello, ante el silencio del legislador, otorga al Juez un poder absoluto, afirmando que el

(1). Véanse los números 71, 74 y 75 de esta Revista.

legislador ha rodeado a los terceros de una solicitud constante, y concluye diciendo que la buena fe de éstos bastará para justificar la teoría de la validez, aunque el heredero aparente fuere de mala fe.

Pero ¿cómo sostener que si no de un texto expreso, cuanto menos del espíritu de toda una legislación tan completa como la del Código napoleónico, no se derive ningún principio que permita resolver la cuestión?

Y, como dice Demolombe (1), si no se encuentra en la ley misma una excepción para sustraerla a los principios generales, el derecho de propiedad triunfa, y he aquí la acción en reivindicación abierta contra los terceros adquirentes; pero además es peligrosa la teoría de otorgar tales poderes al Juez. «Si la jurisprudencia—escribía Saleilles (2)—es impotente desde el punto de vista de la supresión y de la abrogación de las leyes, es todavía más impotente cuando se trata de crear todo un organismo de conjunto e introducirlo en la ley.»

I.—TEORÍA DE LA JURISPRUDENCIA FRANCESA.

La divergencia de sistemas contruídos por la doctrina forman un verdadero contraste con la uniformidad de motivos dados por las sentencias en favor de la validez de las enajenaciones por el heredero aparente. La idea dominante, que se encuentra expresada en la mayoría de las decisiones judiciales, es que es contrario a la equidad y al interés social el anular semejantes ventas: desde el momento que los terceros con quien el heredero aparente trató eran de buena fe, hay una razón suficiente para no revocar las situaciones adquiridas, y desde el final del siglo XIX, la jurisprudencia se ha mostrado más cuidadosa por los intereses del crédito que de la observación estricta de las reglas jurídicas, y han sido una ínfima minoría y casi una excepción las decisiones judiciales que anularon las constituciones de derechos reales consentidas por el heredero aparente.

(1) Demolombe, *Traité de l'absence*, t. II, núm. 249, pág. 304.

(2) *Bulletin de la Société d'Etudes Legislatives. Questions*, núm. 10, página 79.

Siendo en especial y en la última fase evolutiva de la jurisprudencia francesa el principal y único argumento invocado la máxima *error communis facit jus*, a la cual vamos a dedicar una breve atención.

La buena fe de los terceros no bastaría para validar las enajenaciones del heredero aparente si no fuera porque aquélla reposa sobre una creencia general, sobre un error común a todos aquellos que conocieron al heredero y que, viéndole al frente de la herencia en virtud de un título al parecer incontestable, le consideraron como el verdadero dueño de la sucesión.

a) *Teoría de Valabregue* (1):

En 1890, siendo Valabregue consejero de la *Cour d'Appel*. de Aix, fué el primero en construir sobre la máxima anterior toda una teoría jurídica, pero no pasó de un ensayo.

Se limitó a enumerar los casos en que los Tribunales apoyaban sus decisiones sobre la vieja máxima, haciendo resaltar los argumentos de equidad y de tradición que inspiraban a los jueces sus sentencias, extendiendo las soluciones dadas incluso a hipótesis que en la práctica no se habían presentado todavía; pero no da ningún fundamento jurídico a su tesis y se contenta con preguntar que si en efecto la máxima es o no aplicable; lo que será preciso examinar es si se aplica o no con razón, si la regla merece o no conservar la autoridad de que hoy goza.

Para Valabregue, la máxima ha sido acogida por los códigos y consagrada ya por el Consejo de Estado en su resolución de 2 de Julio de 1807. El caso fué el siguiente: el Consejo de Estado, en virtud de la Constitución del año VIII, tenía el poder de interpretar las leyes y sus resoluciones tenían fuerza legal; los secretarios de Ayuntamiento habían expedido bajo su firma numerosos certificados de los Registros de estado civil; después de la ley de 28 de Pluvioso del año VIII, estos empleados dejaron de ser funcionarios públicos, y no tenían, por tanto, cualidad para hacer auténticos los certificados que firmaban; sin embargo, la mayoría de estos documentos habían sido legalizados por la autoridad competente, y un cierto número de ellos habían producido efectos ante los Tribunales, sirviendo de base a sus sentencias; y

(1) Valabregue, *Revue Critique de Legislation et de Jurisprudence*, 1890.

† I, pág. 30.

se preguntó cuál sería la suerte de estos actos, contratos y sentencias en los cuales esos certificados se habían utilizado.

Deberían anularse o habría, por el contrario, respecto a los terceros un error casi invencible que debía validarlos a todos. El Consejo de Estado, consultado sobre esta cuestión, se pronunció claramente por la aplicación de la máxima y la validez de los actos, en consideración al interés general que entraba en juego. «Considerando... 4.º Que de todos los tiempos y de todas las legislaciones el error común y la buena fe han bastado para cubrir en los actos y hasta en los juicios las irregularidades que las partes no habían podido ni prever ni impedir.. Estos actos susodichos debían gozar de la autenticidad.»

b) *Teoría de Loniewsky* (1):

Después de Valabregue y más recientemente, Loniewsky, en una tesis doctoral muy interesante sostenida el año 1905 ante la Facultad de Derecho de Aix, ha intentado definir el papel actual de la máxima, y en definitiva ha concluido que el error podía crear un derecho, y por ende, que las adquisiciones hechas por los terceros al heredero aparente eran oponibles al heredero real.

Loniewsky investiga, por de pronto, el origen de la máxima *error communis facit jus*.

Todos los romanistas, como Crocio (2), Cujas, Durantón, Dalloz, Solón, Accarias y Valabregue acostumbran a atribuir el origen a una ley (3) especialmente dictada para regular la suerte de los actos realizados durante la judicatura de un esclavo llamado Barbarius Philippus, que ocultó su condición, y en la ignorancia de su verdadero estado fué elevado a la pretura; el día que se descubrió que Barbarius no era un *homo liber*, se planteó la cuestión de la suerte de los actos que había ejecutado durante sus funciones. Ulpiano admite su validez, pero como afirma Loniewsky-

(1) Loniewsky, *Essai sur le rôle actuel de la maxime «error communis facit jus»*. Tesis, Aix, 1905.

(2) Grotius, de jure belli ac pacis, lib. I, cap. IV, pár. 15: Cujas, *Observations*, lib. 28, cap. XXVIII: Durantón, t. 13, núm. 77: Dalloz, *Jur. gen.* V.º obligation, núm. 3.002: Solón, *Théorie sur les nullités des conventions et des actes de tout genre*. París, 1833, núm. 370: Accarias, *Précis de Droit romain*, t. I, pág. 100, nota 1: Valabregue, *ob. cit.*

(3) L. 3. Digeste de offic. proet; lib. I, tit. 14.

ky, si ello es cierto, no lo es menos también que el jurisconsulto Ulpiano no invoca jamás aquella máxima en favor de su tesis, y, por lo tanto, nada permite suponer que Ulpiano ni siquiera hubiera pensado en ella.

Otros autores, como Merlin y Valabregue (1), pretenden encontrar el origen del principio en una ley del Código (2); se trataba de un laudo o arbitraje pronunciado por unos magistrados creídos, hombres libres, y que al ir a ejecutar la sentencia habían retrotraído en el estado de esclavitud. Su decisión, nos dice el texto, tenía, sin embargo, la autoridad de cosa juzgada; esta solución podía justificarse también con la máxima, y, sin embargo, esa ley no nos habla para nada del error común.

No se encuentra tampoco en otros textos (3), que han sido sin embargo citados como testimonios formales de que los romanos aplicaban la máxima; es, pues, equivocado, concluye Loniewsky, el atribuir al adagio un origen romano.

El primer monumento donde se plantea verdaderamente esta cuestión, es en la Gran Glosa de Accursio, aparecida en el siglo XVIII (1182-1270) y que dilucida la suerte de los actos de la judicatura de Barbarius Philippus (4).

Bartolo cita la máxima siempre, a propósito de la misma ley (5), y a partir de este momento, todos los jurisconsultos se ponen de acuerdo, así como la jurisprudencia, en invocar la máxima de una manera corriente, y se produce en esta época el hecho curioso de atribuir a las leyes romanas una paternidad que sólo es atribuible a los glosadores. Los jurisconsultos confundieron la ocasión con la causa, y citaban como conteniendo la má-

(1) Merlin, Rep. de Jurisprudence vº. Erreur; Valabregue, ob. cit., página 33.

(2) Cod. de sent. e int.: lib. VII, tit. 45.

(3) L. 3. Dig. De Supellectile legata, lib. XXXIII, tit. 10; L. 1. Cod. de tex., lib. XVI, tit. 23; pár. 7. Institutes de text. ordin., lib. II, tit. 8; L. 1. Cod. Ad sen. Maced., lib. IV, tit. 28; L. 3 y 19 Dig. De sen. Maced., libro XIV, tit. 6.

(4) Los *affranchissements*, dice Accursio, serán válidos: «Libertas data ab eo qui postea servus pronunciatur valet et notatur hic quod circa factum error communis facit jus.

(5) Aut utrum error communis habilítet et dico habilítet. Nam error populi pro veritate habetur ut hic et jus facit.

xima todos los textos romanos donde era posible encontrar al error común un caso de aplicación, y este anacronismo, dice Loniewsky, tiene más importancia de la que parece, y puede ser, quizá, la causa de que en las codificaciones napoleónicas no se reservara ningún puesto al error común; la máxima, en el antiguo derecho, había sido afirmada y citada, pero jamás discutida, y los textos romanos de los que habían creído se derivaba, no contenían, tampoco, a este respecto, ninguna controversia. Si nos remontamos a la época de la codificación del siglo XIX, todavía el derecho romano pasaba por ser la razón escrita, verdadera fuente de derecho supletorio, y no es extraño que el silencio se guardara respecto al *error communis*. Los redactores pensaron, sin duda—si es que verdaderamente meditaron sobre este punto—, que el adagio latino era un axioma del derecho que no tenía necesidad de ser consagrado, y que era inútil que un texto expreso de la ley viniera a confirmar lo que ya se tenía por evidente. Para Loniewsky, de quien es el razonamiento anterior, ningún texto había previsto la máxima.

En cuanto al dictamen del Consejo de Estado citado antes, Loniewsky reconoce que en sus motivos consagra formalmente el adagio, pero también reconoce, y afirma, que ese dictamen no se refería para nada a una cuestión de propiedad; regulaba simplemente una cuestión de estado civil de la que no se puede elevar a la doctrina ni deducir el principio de que el propietario no puede ser despojado de sus bienes; no se puede generalizar tanto lo establecido con ocasión de un caso particularísimo, lo cual sería caer en la arbitrariedad.

De otra parte, el Consejo de Estado, solamente en los motivos, habla de la máxima, y como el Consejo de Estado, en sus dictámenes, no tuvo jamás otra fuerza que la interpretativa y no dispositiva, puesto que no tenía más misión que el desenvolver el sentido de las leyes a petición del jefe del Estado y sobre las cuestiones de derecho que le eran presentadas, resultaría por demás exagerado el deducir las consecuencias anteriores.

En resumen, para Loniewsky, la tradición no es un recurso de fuerza para la cuestión del *error communis*, puesto que el derecho romano no trataba de la cuestión; los jurisconsultos del antiguo derecho hablaron muy brevemente de la máxima, y aún más,

cuando la invocan, es siempre a propósito de casos particulares y sin elevarse jamás a una teoría de conjunto; los Códigos guardan un mutismo absoluto, y el dictamen de 1807 no prevé más que una hipótesis especial; no puede, por tanto, generalizarse esta solución, y, sin embargo, la máxima *error communis* se aplica constantemente por los tribunales.

Se puede concluir, por tanto, que no hay ninguna concordancia entre la cosa juzgada y la tradición y la ley. Si pues los precedentes históricos y los textos no pueden ser invocados para justificar el sistema, ¿cómo fundamentar las decisiones jurisprudenciales más recientes sobre esta cuestión?

La máxima *error communis*, como escribe Stéphane Dobresco, es extraña a la cuestión de la validez de los actos realizados por el heredero aparente, y ella no explica la manera de cómo se pierde el derecho del heredero real; en la cuestión no juega más que una simple consideración de orden económico.

Loniewsky quiere profundizar y estudiar el fundamento jurídico y filosófico de la máxima. ¿Puede el error común conferir la propiedad a un adquirente a *non domino*?

Las teorías primitivas que consideraban que el derecho es la ley no admitirían ciertamente la máxima, puesto que en esta época el individuo, como dice Beudant (1), desaparecería ante el ciudadano... La personalidad humana es sacrificada al derecho social.

El individuo, aplastado en sus necesidades sociales por este poder exorbitante de la autoridad pública, no tarda en reaccionar. Desde el siglo xvi, una reacción se opera contra las viejas ideas, que desaparecen completamente bajo el impulso filosófico del siglo xviii. Se consideraba entonces que el Estado es hecho para el individuo, y no el individuo para el Estado; la ley no tiene más autoridad que la de ser el medio de realizar el destino del hombre, el cual no tiene sus derechos derivados de la ley, sino de la naturaleza misma.

La teoría de los derechos naturales, ¿admite la máxima *error communis*?

Si se hubiera limitado a la concepción negativa, que consiste

(1) Beudant, Cours de Droit civil français. Introduction, pág. 14.

en decir que la ley no es el derecho, la teoría de los derechos naturales no habría sido un obstáculo lógico a la admisión del adagio. En efecto, el desconocimiento de una regla de la legislación no entraña, de una manera absoluta, la violación del derecho, puesto que esta legislación no es su verdadera fuente. Pero no se contenta con decir esto, sino que ha querido edificar un sistema nuevo y decir que el derecho está allí.

Por tanto, dice Loniewsky, el derecho, después de los filósofos del siglo XVIII, que combatían las teorías primitivas, era tal, que el error común no podía crearlo ni podía, sobre todo, hacerlo desaparecer.

Los derechos eran, pues, todas las facultades indispensables al hombre para el cumplimiento de su destino; los derechos serán los derechos naturales, y, por tanto, para conocer las facultades naturales al hombre, basta con preguntar cuáles son sus necesidades en el estado de *natura*, y la razón bastará para descubrir los principios del derecho natural. El estado de *natura* es una situación especial, una e invariable; el hombre tendrá, por tanto, en esta situación, derechos igualmente inmutables e invariables: un acto reconocido justo por la razón, no podrá ser, en consecuencia, declarado ilegítimo, pues forzosamente no se puede admitir que un mismo acto sea al mismo tiempo contrario y conforme al derecho. En esta teoría de los derechos naturales habrá derechos que permanecerán inmutables e intangibles, y que las circunstancias, cualesquiera que sean, serán incapaces de modificar; si, por tanto, hay conflicto entre un heredero real y el tercero adquirente víctima del error común, puesto que la razón quiere que la propiedad vaya a su verdadero titular, los bienes enajenados tornarán de derecho al heredero real, cualquiera que fuere el error padecido por el adquirente del heredero aparente.

En suma, los terceros no pueden invocar ningún derecho en virtud del adagio tradicional, el que no puede tampoco despojar al verdadero heredero.

El error no puede, ni crear, ni hacer desaparecer un derecho. El derecho, escribe Laurent (1), es la expresión de la verdad eterna. ¿Cómo el error podrá jamás ser asimilado a la verdad? Nada

(1) Laurent, ob. cit., t. XIII, núms. 281 y sigs.

hay más funesto que la autoridad que se atribuye a un hecho cuando descansa sobre un error; reconocer a este hecho, por universal que sea, la autoridad del derecho, es destruir la base del orden social; tal es, sin embargo, el sentido que se da algunas veces al adagio *error communis*. No son los hechos los que gobiernan el mundo; es el derecho, es la justicia, y cuando un hecho se universaliza, es la justicia, y cuando tal ocurre, es preciso atacarlo antes que darle la autoridad de un derecho.

Hay un derecho fijo, invariable, escribía Windscheid (1), que es el derecho de la razón, válido para todos los tiempos y para todos los lugares; pero estas teorías, dice Loniewsky, han envejecido, y los principios de evolución y de inducción aplicados a la ciencia del derecho han sustituido, poco a poco, esos principios de inmutabilidad y de deducción que consagraba el sistema de los derechos naturales. De otra parte, añade, la hipótesis racional del hombre, en el estado de natura, es históricamente falsa; el hombre aislado no ha existido jamás, y es, por el contrario, un ser esencialmente social que no vive más que en sociedad. Ahora bien, la sociedad cambia y evoluciona, y debe ocurrir lo mismo con el derecho, cuando escribía de él Picard: «viejo y siempre joven, canción de la humanidad, permanece en estado de desenvolvimiento constante, y cada época, cada raza, proyecta su derecho como proyecta su arte y su moral» (2).

La idea del derecho es eterna y universal, pero sus aplicaciones deben variar como varían los hombres; los derechos mismos no son más que relativos, dice Saleilles (3).

Con esta tesis de un derecho variable, la máxima tradicional deviene perfectamente admisible y se explica que su aplicación pueda atribuir un derecho a alguno que sin ella no lo tendría y otorgarlo a quien sin ella también no lo habría jamás poseído; se admite, pues, que el derecho pueda nacer del error.

El derecho no es, como sostienen Savigny, Bluntschli y Ihering, el producto de una especie de ser ficticio, la conciencia co-

(1) Windscheid, *Recht und Rechtswissenschaft* Rectoratswechsel an der Universität. Leipzig, 1899.

(2) Ed. Picard, *Le Droit pur, Permanences abstraites*, p. 256.

(3) Saleilles, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*. Ecole historique et droit naturel: a propos du Droit naturel a contenu variable de Stammler.

mún, que se la reconoce ya por medio de la historia, ya por medio de la psicología; hay que concluir, como Loniewsky, que, adoptando la teoría de Levy (1), decía así: «Esto, que es el derecho, es lo que nosotros creemos ser el derecho, y todavía más, es la creencia en nuestro derecho lo que nos hace adquirir el derecho, y más aún, como una creencia no es visible, es la creencia que se atribuye al adquirente la que le da su derecho.» Por consecuencia, según esta opinión, todo derecho descansa sobre una creencia, no sobre una creencia individual, sino sobre una creencia social, y en nuestra hipótesis del adquirente de bienes del heredero aparente, el derecho de ese adquirente a la propiedad de los bienes hereditarios estará fundamentado *si nosotros creemos que lo está*. La máxima tendrá así un fundamento que será la creencia de la colectividad.

El error deviene, por tanto, en una verdadera fuente del derecho, y no es sólo, como se cree generalmente, una causa de derogación del derecho común, en interés de la equidad y de la buena fe.

Es la solidaridad social la que crea el derecho del adquirente, puesto que su buena fe reposa sobre la creencia común, y esa creencia es la verdadera fuente de la adquisición de los derechos.

c) Teoría de Morin (2).

Morin, en un excelente trabajo sobre la máxima *error communis*, después de haber expuesto las teorías de Loniewsky, y antes de abordar el trabajo de crítica, expone, de acuerdo con Levy, el sentido de la expresión: creencia colectiva.

La doctrina de Levy implica una distinción fundamental entre dos puntos de vista: consideremos, por de pronto, la sociedad, en su aspecto dinámico y en el curso de su desenvolvimiento. Consideremos las modificaciones del derecho objetivo abstraído de la norma jurídica: en otros términos, las instituciones, como la familia, la propiedad, toda la evolución se resume en un perpetuo desplazamiento de derechos, en una continua violación de derechos

(1) Levy, *Preuve par titre du droit de propriété immobilière*, Thèse, Paris, 1896. *Responsabilité et contrat* (Revue Critique, 1899). *L'exercice du droit collectif* (Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1903).

(2) Morin, «A propos de la maxime *error communis facit jus*». *Annales de la Faculté d'Aix*, 1906.

adquiridos bajo la influencia de la conciencia colectiva, que deroga los derechos lo mismo que los crea. ¿Qué es la supresión de la esclavitud? ¿Qué es la supresión del feudalismo, sino una expresión de derechos adquiridos de propietarios de esclavos o de propietarios feudales? Levy considera entonces que el derecho es de esencia relativa y que cambia con la creencia social, expresión, ella misma, de su necesidad, y Morin hace observar que la concepción de esta creencia social, variable según las épocas, y tomada como fundamento de derecho, no es ninguna novedad, puesto que un gran escritor del siglo XVII, como Pascal, escribía ya en sus «Pensées»: «Nada según la sola razón es justo en sí. Todo cambia con el tiempo. La costumbre hace la equidad, por la sola razón de ser aceptada: es el fundamento místico de su autoridad», y Morin dice: «He aquí un primer sentido del término «creencia», en el cual la creencia es el fundamento de las transformaciones del derecho en el tiempo»; estamos, pues, lejos de la materia que nos ocupa.

Colocándonos ahora desde el punto de vista estático, en uno de los estados de la evolución social, por ejemplo, en nuestra legislación actual, Levy estima que todas las soluciones de la ley, todas las decisiones de la jurisprudencia, responden a esas necesidades de la confianza, imprescindible a la acción de los hombres. Inconscientemente, y por la fuerza fatal de las cosas, los tribunales, en todas las cuestiones, y especialmente al validar los actos del propietario aparente, obedecen a las necesidades de la confianza y del crédito. Esta confianza es también la creencia, y he aquí el segundo sentido del término «creencia», en el cual la creencia es el fundamento filosófico de la transferencia de derechos entre individuos bajo el imperio de un estado legislativo determinado. Es ella la que traduce la máxima *error communis*.

Así, los dos sentidos del término «creencia» pueden coexistir, y por ejemplo, en la hipótesis que nos ocupa, la creencia, sinónima de confianza, es la base del derecho del tercer adquirente, en tanto que la creencia colectiva, base de nuestro orden sucesorio, está en favor del heredero real.

Morin constata que el adagio *error communis*, considerado como procedimiento de transferencia de derechos, no puede ser acoplado a la teoría de Levy sobre la creencia, si, como se sostiene, tra-

duce la conciencia colectiva fundamento del derecho objetivo; ello no puede ser más que si se considera la creencia como sinónimo de confianza en las transacciones.

Y esta demostración, dice Morin, no está muy avanzada, ya que los efectos que la jurisprudencia atribuye a la máxima no se explican jurídicamente, puesto que se ha reconocido que las necesidades del crédito los justifican económicamente. Admitiendo, en efecto, la validez de los actos del heredero aparente, o de una manera más general, de propietario aparente, la jurisprudencia que funda su teoría sobre el error invencible de los terceros da a este error común un poder destructor de un derecho antiguo, al lado de un poder creador de un derecho nuevo, o, si se quiere, un poder traslativo del derecho del verdadero propietario al adquirente.

El derecho nuevo del tercero, cuya buena fe ha sido supuesta, no es otro que el derecho del verdadero propietario, que le es transmitido a causa de las exigencias del crédito: hay, pues, violación de un derecho adquirido, en provecho de un nuevo titular de mayor interés. Pero ¿cómo explicar este poder traslativo de la máxima?

Loniewsky afirma que la idea de creencia basta para justificarlo todo, y para apoyar su afirmación añade: «si el verdadero heredero pierde sus derechos, es verosíblemente porque el adquirente del heredero aparente adquiere los suyos»; pero esta razón, dice muy justamente Morin, ¿no equivale a la ausencia de razón? Y de la fuerza de la objeción se da cuenta aquel escritor, puesto que restringe lo más posible los casos de aplicación de la máxima, y así en todos aquellos en que la menor imprudencia, la menor negligencia, pueda ser reprochada al adquirente, éste es el que deberá sucumbir, y así la tesis de Loniewsky, como dice Morin, hace al adagio insuficiente. Por demás para llenar la función traslativa que se le ha querido atribuir, Morin, partidario también de la teoría de la validez, después de haber establecido la insuficiencia de los argumentos de Loniewsky, se esfuerza en dar al error común una justificación nueva.

El problema, para él, consiste en encontrar una explicación de la supresión del derecho adquirido del propietario verdadero, supresión que permitirá a los terceros, de buena fe, adquirir en virtud de la máxima *error communis*. Esta explicación la pretende

encontrar en el riesgo creado por el verdadero propietario, y, a veces, en el abuso del derecho.

El tercer adquirente, dice, ha sido víctima de un error, y el daño causado por éste no debe estar a cargo de la víctima, sino a cargo del verdadero propietario, lo cual no quiere decir sino que este último es responsable, jurídicamente, del error, y esta responsabilidad consiste precisamente en la obligación, para una persona, de reparar un daño sufrido por otra, y así la pérdida de la reivindicación es la sanción de la responsabilidad del propietario, la cual, a su vez, consiste en el riesgo que ha creado para el crédito público.

Sin embargo, Morin reconoce que, en ciertas hipótesis, esta teoría del riesgo no permite llegar a validar los actos del heredero aparente, pues puede ocurrir que el no ejercicio de su derecho por el verdadero propietario sea un acto ilícito; si el titular de un derecho lo aparta de su fin, llevándolo más lejos, el ejercicio es abusivo; pero si lo aparta igualmente de su fin, no ejercitándolo, puesto que el fin primordial de un derecho es su ejercicio, ¿no habrá también aquí abuso de un derecho, ya que éste nos es otorgado para servirnos?

El heredero real habrá de contratar, tendrá que tomar posesión de los bienes hereditarios, y, si todo ello no lo efectúa sin otra razón que su capricho o de su indolencia, hay en este caso, como en el otro, abuso del derecho, y ello basta, según Morin, para que se admita la validez de los actos del heredero aparente.

Nosotros admitiremos que en ciertos casos sea cierta la responsabilidad del verdadero propietario, si hay verdaderamente riesgo para el crédito público, y ello así, por su falta, por su negligencia flagrante, pero ¿podemos hacer al verdadero propietario responsable, incluso, cuando ha hecho lo imposible para luchar contra un heredero aparente de mala fe, cuando ha sido víctima de un error judicial, o se ha simulado por completo un testamento inexistente en la realidad? No es justo hacer responsable a una persona de una falta que no ha cometido. En cuanto a la responsabilidad derivada del abuso del derecho por el verdadero propietario, no la admitimos. Sin querer comentar la teoría general del abuso del derecho, que es hoy admitida tanto por la doctrina como la jurisprudencia, observaremos, sí, que la aplicación de esta

teoría a nuestro supuesto de estudio implica una concepción especial del derecho de propiedad, el cual no es un simple derecho, es decir, una prerrogativa, un privilegio para su titular; la propiedad deviene, ante todo, en una función social, y ella implica, sobre todo, deberes.

Nosotros no somos individualistas a ultranza, hasta el punto de no admitir más que la concepción del estado *de natura*, el de un hombre nacido completamente armado de sus derechos, como Pallas, su broquel; nosotros nos apartamos, por el contrario, de la teoría absoluta de los derechos naturales, para reconocer el benéfico concurso de las ideas, del deber y del derecho, en vista de una misma función de solidaridad y de progreso social; pero nosotros consideramos, sin embargo, que ésta es una concepción particular que necesita una extensión más amplia del derecho de propiedad y que se funda, de otra parte, sobre la negligencia del verdadero propietario: «Todas las veces que la propiedad se estremece—escribe Hauriou—, es debido, sobre todo, a que de parte de los propietarios se ha faltado gravemente a sus deberes (1).

Y si nosotros hemos dicho antes que en ciertas hipótesis de heredero aparente no podía haber falta, ni por consecuencia, responsabilidad del propietario verdadero, ¿cómo, pues, hacer intervenir, de una manera general, la teoría del abuso del derecho?

Concluyámos diciendo que la máxima *error communis* no es un argumento serio en favor de la validez de los actos de disposición del heredero aparente; es la opinión de Albert Wahl: «La teoría del heredero aparente, ¿reposa sobre la máxima *error communis*? De ninguna manera. Si ella tuviera un parecido fundamento, no permitiría comprender por qué los actos del heredero aparente no son oponibles al heredero real, si estos actos son a título gratuito, o si, en lugar de efectuarse sobre un bien hereditario determinado, actúa sobre la sucesión entera, o sobre una cuota aparte de la misma. Si la máxima *error communis* tuviera el carácter absoluto que se le quiere atribuir, estas distinciones no se comprenderían» (2).

(1) M. Hauriou, *La science sociale traditionnelle*, p. 125 y nota.

(2) Wahl, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, núm. 1, año 1908, p. 128.

II.—LA TESIS DE LA NULIDAD EN LA DOCTRINA.

Un gran número de autores, como Touillier, Duranton, Proudhon, Troplong, Laurent, Baudry-Lacantinerie, Grenier, Poilane, Balesnier, Dobresco, etc., se inclinan resueltamente por la nulidad de los actos de disposición a título oneroso efectuados por el heredero aparente, y repiten, en su apoyo, los principios generales del derecho, que pronto vamos a ver invoca la jurisprudencia belga, defendiendo la misma solución.

Dobresco, en el final de su tesis doctoral, no encuentra otra solución, visto el fracaso de todos los argumentos invocados para sostener la validez y en pro de asegurar la seguridad de las transacciones, en el derecho francés, que extender los preceptos de la ley de 25 de Marzo de 1855 a las disposiciones por causa de muerte, es decir, a las sucesiones abintestato y testamentarias.

III.—EL PROBLEMA EN LAS LEGISLACIONES POSITIVAS.

En Bélgica, las disposiciones del Código civil napoleónico no han sido modificadas, y, sin embargo, la solución que la jurisprudencia belga da respecto de las enajenaciones consentidas por el heredero aparente es diferente de la propuesta por la jurisprudencia francesa, ya que, de una manera constante, y sin excepción, declara aquélla nulos, sea de buena o mala fe el poseedor o adquirente, todos los actos de disposición consentidos por el heredero aparente. ¿Cómo explicar esta divergencia absoluta de las dos jurisprudencias, cuando los dos países tienen las mismas costumbres, y, sobre todo, son regidos por las mismas leyes? La respuesta es difícil.

La jurisprudencia belga rechaza la idea de la colectividad de la *saisine*; ella decide que la buena fe no puede cubrir los vicios de un título; que la venta emana de un no propietario, que el tercero no debe quejarse de nada, si ha hecho una adquisición imprudente, y que no hay, en ello, excepción a los principios generales del Código que favorezca la validez y que aquellos principios es pre-

ciso aplicarles hasta el fin. En cuanto a los argumentos de equidad y de orden público, la jurisprudencia belga declara que en vano se hace un llamamiento a los mismos, que el orden y el interés público reclaman el mantenimiento y la rigurosa aplicación de los principios conservadores del derecho de propiedad, que los razonamientos de equidad, aun los más fuertes, están siempre sometidos a la apreciación arbitraria de los tribunales y no pueden prevalecer contra la disposición de la ley.

A pesar de esta solución de la jurisprudencia belga, las transacciones no parecen entorpecidas por ella, o, a lo menos, los hombres de negocios, cuya opinión hacía pensar a Demolombe en favor de la validez, no se quejan de ello; «los hombres de negocios—dice Laurent—no quieren todos la misma cosa; en Bélgica deciden que el heredero aparente no puede enajenar lo que no le pertenece; en Francia, ellos juzgan que el heredero aparente es propietario de lo que pertenece al heredero real; verdad de un lado de la frontera, error de la otra, y esto en dos países gobernados por la misma legislación. He aquí el derecho cuando se acomoda con la práctica; Pascal se mofaba de un derecho que varía detrás de la frontera. ¿Qué habría dicho de un derecho que cambia según el sentimiento de los abogados y de los notarios?» (1).

En resumen, el sistema de la jurisprudencia belga no hace más que aplicar los principios generales del derecho que vamos a enumerar:

Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet.

Nemo dat quod non habet.

Id quod nostrum est, sine nostro facto ad alium transferri potest.

En el nuevo Código civil alemán, cuando el heredero quiere probar su cualidad de tal, se dirige al tribunal de la sucesión, que, después de una encuesta, expide un certificado probando su cualidad (artículo 2.353), sea que venga a la sucesión en virtud de su parentesco (artículo 2.354), sea que fuere llamado por disposición testamentaria (artículo 2.355).

La ley ha tomado un conjunto de disposiciones minuciosas para que el certificado no sea librado en falso.

(1) Laurent, t. IX, núm. 565, p. 648.

El heredero demandante deberá suministrar diversas indicaciones al tribunal (artículos 2.354 y 2.355) y justificar necesariamente sus afirmaciones por documento público (artículo 2.356). El Tribunal, después de haber examinado los documentos y las declaraciones del heredero, abrirá de oficio una encuesta (artículo 2.358). Llamará especialmente por un procedimiento de publicidad a todos los herederos posibles y conocidos, incluyendo las partes adversas y los testigos. El Juez, después de ser aclarados y suficientemente probados los hechos (artículo 2.359) y sin haber habido oposición, librará el certificado.

Si este último, a pesar de las medidas tomadas, ha sido expedido a un heredero aparente, no tiene un efecto definitivo ni perjudica al heredero real, puesto que cuando el tribunal se apercibe de su equivocación tiene el derecho de retirar el certificado, que pierde entonces todos sus efectos (artículo 2.361); si el certificado no puede ser retirado inmediatamente, el tribunal lo anula por decisión especial que se publica, y un mes después la declaración de nulidad produce todos sus efectos.

Sin embargo, los derechos conferidos a terceros que contrataron confiados en el certificado, permanecen incólumes, ya que la retirada del mismo se realiza sin efecto retroactivo, y con arreglo al artículo 2.365, se presume que aquel a quien se expidió el certificado es realmente heredero, y, por consecuencia, los terceros de buena fe, que ignoraban que el documento no correspondía a la realidad, tienen el derecho de prevalerse en contra del heredero real de las convenciones que pactaron con el heredero aparente (artículo 2.366).

El certificado de heredero no solamente tiene la ventaja de disminuir las hipótesis de aprehensión de la herencia por el extraño, sino que suprime igualmente la cuestión del heredero aparente, puesto que los terceros de buena fe pueden siempre tratar con seguridad plena con el titular del certificado.

Esta fué la solución que propugnaba Charmont (1), el cual, para que los terceros se dieran cuenta exacta del origen de los bienes

(1) Charmont, *Revue Critique*, 1902. Examen doctrinal, jurisprudence civile, págs. 10 y sigs.

que adquirirían, propuso la creación de un certificado de heredero, y esto porque en su sentir, conforme también con el de Rudolph Sohm, el espíritu de los Códigos es más favorable a la circulación de los bienes que a la conservación de la propiedad.

Este último escritor, en una Memoria presentada al Congreso Internacional de Derecho comparado de 1900, se esforzó en probar que los dos grandes Códigos que han marcado el fin de la evolución jurídica del siglo XIX, el Código civil francés y el alemán, son del mismo espíritu; los dos reposan a la vez sobre la idea nacional y sobre las concepciones liberales de la burguesía... El interés de la circulación es el interés dominante... El tercer adquirente de buena fe aparece como un personaje principal. Su interés es siempre considerado como determinante. El punto de vista de la seguridad de las transacciones contratadas de buena fe es puesto en primer plano con una maravillosa técnica. El interés de la propiedad cede ante el interés de la circulación de los bienes.

En Italia, antes de 1895, el Código civil callaba sobre la cuestión que nos ocupa. Para apartar las dificultades a que daba lugar este silencio se añadió un párrafo especial al artículo 933 de dicho Código civil: «El efecto de la aceptación se remonta al día en que la sucesión se abre. Sin embargo, quedan a salvo siempre los derechos adquiridos por los terceros a consecuencia de contratos, a título oneroso, celebrados de buena fe con el heredero aparente.

Si éste ha enajenado de buena fe una cosa de la herencia, está solamente obligado a restituir el precio o a ceder su acción contra el comprador, si éste no lo ha pagado todavía.»

Por tanto, en derecho italiano son válidas las enajenaciones efectuadas por el heredero aparente a terceros de buena fe.

En cuanto al derecho español, ya hemos citado, aplicándolos al supuesto respectivo, algunos artículos de su Código civil que juegan un papel importante en la materia.

Los artículos 194, 1.164 y 1.573 del mismo pueden servir para negar efecto retroactivo a la aparición del heredero real y validar los actos de administración que el mismo realizó.

El comercio de muebles por el heredero aparente se halla asegurado con el artículo 464 del Código civil y, por último, en el

artículo 23 de la ley Hipotecaria vigente, en su párrafo segundo, encuentra, como ha dicho con certeza el maestro D. Jerónimo González, el más firme sostén en su campo de aplicación la teoría del heredero aparente (1).

JOSÉ M.^a FONCILLAS,

Notario

(1) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, núm. 61, pág. 40.

El derecho de acrecer entre herederos forzosos

El artículo 985 del Código civil dice así: «Entre herederos forzosos, el derecho de acrecer tendrá lugar cuando la parte de libre disposición se deje a dos o más de ellos, o alguno de ellos y a un extraño. Si la parte repudiada fuera la legítima, sucederán en ella los herederos por su propio derecho, y no por el derecho de acrecer.»

Una interpretación estricta de este precepto puede conducir, en algún caso, a conclusiones absolutamente injustas.

Presentemos un ejemplo: A. instituyó herederos de todos sus bienes, por iguales partes, a sus dos hijos M. y N. El primero fallece antes que el testador, dejando tres hijos: P., Q. y R. Conforme a la interpretación indicada, los nietos del causante, hijos de M., quedarán excluidos del tercio de libre disposición, que N. recibirá íntegramente. Esta conclusión se impone forzosamente, si se considera que M. y N. son herederos voluntarios de su padre en el tercio libre.

Conforme al artículo 766, el heredero voluntario que muere antes que el testador, el incapaz de heredar y el que renuncia a la herencia no transmiten ningún derecho a sus herederos, salvo lo dispuesto en los artículos 761 y 857, salvedad que no afecta al ejemplo puesto y que, dicho sea de paso, parece innecesaria e impertinente, pues ambos preceptos se refieren a la parte de herencia de los hijos o descendientes incapaces o desheredados en la que ostentan el carácter de herederos forzosos.

Tal conclusión es, pues, evidente si nos atenemos al razona-

miento expuesto; pero nos parece injusta y contraria a los principios que inspiran la institución jurídica que examinamos.

Es sabido que el derecho de acrecer tiene en los Códigos modernos que lo aceptan un fundamento muy distinto al que le atribuyó el Derecho romano. Se admite hoy como presunción de la voluntad del causante. Cuando el testador llama a la misma herencia o a la misma porción de ella a varios herederos, sin determinar separadamente (1) una cuota para cada uno y sin nombrarles sustitutos, es lógico suponer que si hubiera previsto el fallecimiento de cualquiera de ellos, habría limitado el llamamiento a los restantes. Por este motivo, la porción que vaca acrece a los demás. Igual razonamiento se aplica, con la misma lógica, a los casos de incapacidad o renuncia. Como dice Manresa, «todas las personas llamadas conjuntamente representan una entidad que no desaparece en tanto subsiste alguna de ellas». Cuando el testador instituye los herederos sin separación de partes, quiere que los designados gocen exclusivamente los bienes de la herencia, sin que por ningún evento los disfruten otras personas no comprendidas en la institución. Un propósito diferente constaría en el testamento mediante el nombramiento de sustitutos.

Este argumento parece irrefutable cuándo se trata de herederos voluntarios, pero la dificultad surge al determinar quiénes sean esos herederos, pues el concepto, muy claro en la apariencia, va oscureciéndose a medida que se medita sobre él.

(1) Empleamos la palabra *separadamente* en sustitución de *expresamente*, usada por el legislador en el primer párrafo del artículo 983 del Código civil, porque sospechamos una errata no corregida en el texto original. De ser infundada la sospecha, hay, a nuestro juicio, un evidente error de expresión. El párrafo primero del artículo 983 dice así: «Se entenderá hecha la designación por partes sólo en el caso de que el testador haya determinado *expresamente* una cuota para cada heredero.»

Se advierte con claridad que todo el sentido del precepto descansa sobre el adverbio *expresamente*; pero este adverbio, lejos de iluminar el problema, contribuye a oscurecerlo.

El hecho de que la cuota la determine el testador expresa o tácitamente, como en el caso del artículo 765, carece de importancia a los efectos de negar o admitir entre coherederos el derecho de acrecer. Lo que importa es que no se haya fijado una cuota separada para cada uno. Conjunción y separación son conceptos opuestos sobre los que descansa toda la teoría que desenvuelve el repetido derecho.

El testador, en efecto, puede usar de la libertad de disponer que el legislador le otorga, y, con voluntad activa, instituir herederos a quienes tenga por conveniente y en la proporción que le plazca. A. deja todos sus bienes a su amigo B.; M. dispone del tercio de libre disposición a favor de tres de sus cinco hijos. No hay duda que tales herederos son voluntarios, ya que sus derechos se derivan exclusivamente de la voluntad de los respectivos testadores. Sin las correspondientes declaraciones testamentarias no serían sucesores de los causantes o lo serían en cuantía diferente.

Pero puede presentarse otro caso de realidad muy frecuente. El testador no hace uso de la libertad de disponer que la Ley le concede. Muestra una voluntad pasiva acomodada a las disposiciones que regulan la sucesión legítima. Instituye herederos a las mismas personas designadas por el Código civil y en las mismas cuotas que el Código les atribuye. El testamento carece de valor sustantivo; representa una mera formalidad y equivale a una declaración de herederos hecha por el mismo testador. El deseo de evitar gastos y complicaciones judiciales es siempre el motivo que impulsa a otorgar estos testamentos.

A. instituye herederos de todos sus bienes, por iguales partes, a sus cinco hijos. A. no ha creado para sus herederos un derecho diferente al que les reconoce la Ley. No ha mostrado una voluntad activa a favor de cualquiera de sus sucesores. No ha hecho nacer derechos independientes y distintos a los que reconoce el legislador. La voluntad se muestra pasiva e inerte, y, por tanto, infecunda.

Si el testador supedita, acomoda o identifica sus disposiciones a las que regulan la sucesión legítima, ¿será aventurado suponer que las acepta íntegramente para que rijan como supletorias en aquellos casos no previstos por el testador?

Justo es que se aplique el artículo 766 a los herederos voluntarios, pero entendiendo que son aquellos, como antes dijimos, que ostentan derechos derivados del testamento, que no habrían nacido sin el testamento. Creación exclusiva de la voluntad del testador, a ella deben su existencia. Justo es, repetimos, que en tales casos no se extiendan los beneficios de la sucesión testada más allá de los expresos llamamientos. Por el indicado motivo, los

herederos muertos antes que el testador, como previene el Código, ni adquieren ni transmiten derechos a los suyos.

Pero la situación jurídica es muy distinta en el otro supuesto. La voluntad no ha creado un derecho que careciera de existencia. Se ha manifestado para realizar una forma, pero no ha engendrado en sí misma, como potencia creadora, un nuevo ser: el heredero que entonces nace, porque no tenía vida anterior. Los instituidos suceden al causante, como si no hubiera testamento. Los derechos que ostentan se sostienen por sí mismos, sin necesidad de las declaraciones testamentarias. Realmente, no son herederos voluntarios.

Fortalecen estas consideraciones y conducen a la misma conclusión las que se derivan del fundamento que las legislaciones modernas atribuyen al derecho de acrecer. Se basa éste, según dijimos, en una presunción de voluntad, muy justificada cuando el testador crea sus herederos en ejercicio de la facultad de disponer. Nada más lógico que los beneficios de la institución sólo alcancen a los nombrados, ya que la muerte, la incapacidad o la renuncia de cualquiera de ellos habría sido prevista mediante el nombramiento de sustitutos.

Pero en el ejemplo al principio puesto, la presunción se desvía por la influencia de ciertos factores psicológicos. Los padres, especialmente si son ancianos, repugnan la idea de una anticipada muerte de sus hijos en la plenitud de la vida. La previsión les parece maleficio. La experiencia profesional nos ha enseñado que una indicación sobre tal contingencia resulta indiscreta y es mal recibida.

Estas razones y las anteriormente expuestas nos inducen a sostener que P., Q. y R., en nuestro repetido ejemplo, heredan a su abuelo A., en representación de su finado padre M., en los tres tercios de la herencia, por presunción de voluntad y aplicando las normas de la sucesión legítima, tácitamente aceptadas por el causante como accesorias de aquellas otras de carácter principal a las que sometió su testamento.

PASCUAL LACAL,
Notario.

CREDITO AGRICOLA

CATASTRO

He atribuído su formación a las Cámaras Agrícolas, subsanando y corrigiendo el grave error de la ley de 1906 y del decreto de la Dictadura del 25, en cuanto lo consideran como obra exclusivamente estatal y fiscal, siendo eminentemente agrícola, social e hipotecaria, y sitúan las oficinas de su conservación lejos de los lugares a que se refiere, en las capitales de provincia, como técnica exclusiva de los Ingenieros agrónomos.

Tal error anula sus ventajas, retrasa su formación y desvirtúa sus fines.

El Catastro debe ser el mapa exactísimo del territorio nacional, dividido en partidos judiciales; como tal mapa, debe ser fiel expresión de las notas características de todas las fincas rústicas de los términos municipales, relativas a la clase de terreno, a sus cultivos, riegos, arbolado, plantaciones, situación, clima, valor en renta, valor en venta, distancia que le separan de las poblaciones de las carreteras, de las estaciones ferroviarias, de las mejoras agronómicas aconsejables en ellas, a su dominio, a sus gravámenes; y para formar en tales condiciones de utilidad el referido catastro se requiere la colaboración constante de los Ingenieros agrónomos, de los topógrafos, de los agricultores, de los propietarios, de los Registradores y Notarios.

Es preciso que cada adquisición de una finca se estudie desde su aspecto económicosocial y se deniegue la cédula territorial de ella, por el Estado, en los casos de minimifundios o latifundios que la conviertan en dañosa para el pueblo y para su propietario.

Es necesario que cada finca tenga su plano, expresivo de

todas las circunstancias mencionadas, y se acabe para siempre el equívoco actual de que existan tales fincas sin correspondencia efectiva con una determinada extensión de terreno.

Es la única solución clara del problema hipotecario, que no haya dueño, que no haya titular de derechos reales sin que su derecho esté representado en un título, en una cédula territorial que contenga tal plano, tal mapa catastral de su finca.

Es preciso que esa cédula, ese título, ese mapa, haciendo tangible el derecho real o de dominio, que exprese, adquiera sustantividad y pueda pignorar como se pignora el papel del Estado, y se pignoran las pólizas de seguros, y se transmita su posesión mediante endoso.

Es esencial que nadie pueda adquirir, ni enajenar, ni gravar, ni hipotecar, ni pignorar bienes inmuebles ni derechos reales sin la posesión y exhibición de la cédula territorial que los expresen.

Para conseguirlo se requiere que haya un organismo encargado de formar, con todas sus características, la cédula territorial; este organismo debe ser la Cámara Agrícola, en cuanto, como hemos visto en el artículo anterior, está situada cerca del territorio a que se refiere, se integra por personas conocedoras de las circunstancias reales, agrícolas de las fincas; es la única capacitada para determinar su valor y cumple el fin social de intervención en las transmisiones de la propiedad.

La tramitación o funcionamiento de las Cámaras en el Catastro, en todos aquellos distritos donde rija el avance de él, sería de acuerdo con las siguientes normas:

El propietario que pretendiera la enajenación o gravamen de una finca rústica comprendida dentro del territorio de la Cámara, solicitará de ésta que le expida su cédula territorial, señalando, a tal efecto, el pueblo, el polígono y el número con el que figure en el avance.

Acompañará la escritura o título de su dominio, la certificación registral que lo compruebe y exprese las cargas, gravámenes o derechos que le afecten.

Si no tiene título inscrito, consignará la forma de su adquisición, acompañando las pruebas documentales de ella; expresará los linderos, actuales cultivos a que la dedica, mejoras de que sea

susceptible, distancia a carreteras o caminos, estaciones y pueblos; el valor en que la estima en renta y en venta, y entregará la cantidad que se determine para los gastos del reconocimiento.

En un plazo brevísimo, y por el orden riguroso de presentación, el perito agrícola formará el plano de la finca, en papel tela, con citación de los dueños de todas las fincas colindantes, e indicará si son o no exactas las condiciones de ella indicadas por el propietario.

La Cámara Agrícola, cuando no se suscite contienda previa, consultará con el Letrado asesor de la misma, examinará el expediente y, oyendo, en el caso de no existir titulación registral, a los propietarios colindantes, o, en el caso de ausencia, a los más inmediatos y al Fiscal municipal, acordará expedir o no la cédula territorial, teniendo también en cuenta si reúne las condiciones económicosociales para constituir finca independiente; en dicha cédula fijará, bajo su responsabilidad, la exactitud de todas las circunstancias requeridas.

CORRELACION Y ARMONIA ENTRE EL CATASTRO, EL REGISTRO Y LA NOTARIA

Este problema, planteado desde ha tiempo, continúa pendiente de resolución, a pesar de los clamores que de ella hace la grave situación hipotecaria española.

Como la dificultad para obtenerla estriba en la deficiente formación del Catastro, si éste se efectúa en la forma expuesta por las Cámaras Agrícolas, las condiciones de esa correlación pudieran ser las siguientes:

A) Las escrituras referentes a inmuebles rústicos que se otorgaran en lo sucesivo exigirán necesariamente, para la descripción de la finca, la copia íntegra de la que respecto a ella exprese la cédula territorial. Esta cédula será nominativa, a favor del que transfiera o grave, declare o reconozca, o de su causante, en las de carácter sucesorio *mortis causa*.

B) El Notario, después del otorgamiento de las escrituras traslativas de dominio, o en las de división material, estampará un sello en la cédula territorial presentada, que exprese visiblemente su cancelación.

C) Las copias de dichas escrituras se expedirán por el Notario, sin previo requerimiento, a favor del adquirente de la finca y se presentarán, por sí o sus auxiliares, en el Registro de la Propiedad para su inmediata inscripción.

D) Esta inscripción no exigirá previamente la justificación del pago del impuesto de Derechos reales, cuya garantía la tiene muy bastante en la aplicación del Estatuto de Recaudación y Apremio.

E) El Registrador, tan pronto inscriba la referida escritura, lo comunicará a la Cámara Agrícola para su anotación marginal en el Catastro de la finca.

REFORMA DE LOS IMPUESTOS DE DERECHOS REALES Y TIMBRE

El impuesto de Derechos reales deberá ser progresional, lo mismo para los actos intervivos que *mortis causa*.

Su escala general pudiera ser :

Adquisiciones de fincas rústicas de valor inferior						
	a 1.000 pesetas.....			El	1	por 100.
De valor de	1.000 a 3.000.....			»	2	»
»	»	»	3.000 a 5.000.....	»	3	»
»	»	»	5.000 a 10.000.....	»	4	»
»	»	»	10.000 a 25.000.....	»	5	»
»	»	»	25.000 a 50.000.....	»	6	»
»	»	»	50.000 a 100.000.....	»	7	»
»	»	»	100.000 a 200.000.....	»	8	»
»	»	»	200.000 a 500.000.....	»	9	»
»	»	»	500.000 en adelante.....	»	10	»

* * *

Cuando la adquisición sea por herencia de parientes de la línea colateral, se aumentará a los tipos anteriores el 20, el 30, el 40, el 50 por 100, o sea el 10 por 100 por cada grado de parentesco civil que lo separe del causante ; si no existe ninguno, el aumento será el 100 por 100.

En las herencias de parientes de la línea recta, el aumento será del 10 por 100.

* * *

Las hipotecas, arrendamientos, anticresis, rentas vitalicias,

Hasta 5.000 pesetas devengarán.....	El 0,50 por 100.
Desde 5.000 a 25.000... ..	» 1,00 »
» 25.000 a 50.000.....	» 2,00 »
» 50.000 a 100.000.....	» 3,00 »
» 100.000 en adelante.....	» 4,00 »

* * *

El Notario practicará la liquidación de dicho impuesto, dando factura al obligado a su pago, para que lo efectúe en las oficinas recaudatorias de la Hacienda; en el mismo día enviará copia de ella a la Tesorería de Hacienda de la provincia.

Todas las matrices de las escrituras y sus copias, referentes a inmuebles rústicos, se extenderán en la misma clase de papel, con el timbre estampado o adherido, mediante pólizas del 1 por 1.000, de la cantidad o valor que expresen.

LUIS CÁRDENAS MIRANDA,
Notario.

La renuncia en el derecho inmobiliario

(Conclusión) (1).

II

SITUACIÓN JURÍDICA

Abandonada la finca, desaparece la relación dominical entre ella y el antiguo dueño; la cosa deviene *nullius*. Esta opinión es defendida en Alemania, donde el derecho de apropiación del Fisco tiene una compleja estructura, por Planck y la mayoría de los juristas.

Pero el reputado procesalista Hellwig sostiene que el abandono no provoca la extinción total de la propiedad, y que ésta, como derecho subjetivo, subsiste, aunque desaparezca el titular. En su virtud, el Fisco, al ejercitar el derecho de apropiación, se coloca en el puesto vacante, al frente de la masa patrimonial, formada por los derechos, cargas y obligaciones amalgamadas con la finca, a semejanza de lo que ocurriría con la herencia yacente. De aquí la posibilidad de nombrar una especie de curador o representante que actúe contra las personas que causen daños o se establezcan en el inmueble, y contra los dueños de los predios sirvientes que realicen actos opuestos a la vigencia de la servidumbre.

Frente a esta concepción, creadora de una persona cuasi jurídica, Bendix mantiene la antigua propiedad del abandonante, que si pierde las facultades de disponer y gozar en cuanto rocen o afecten a los derechos del Fisco, no deja de ser dueño y de po-

(1) Véase los números 73 y 74 de esta Revista.

der ejercitarlas en cualquier otra dirección. Por eso los acreedores por créditos personales pueden intentar el embargo de los bienes abandonados, mientras el Estado no inscriba su derecho, y deben reservarse al primitivo dueño las cantidades sobrantes, caso de venta en procedimiento ejecutivo, con la simple reserva del derecho de apropiación. Dentro de esta doctrina hay que distinguir la inscripción, por abandono, de la cancelación, propiamente dicha, y crear una especie de dominio tabular, que liberaría al renunciante de las cargas públicas y privadas, sin privarle totalmente de los beneficios.

No puede desconocerse el servicio que tales construcciones prestarían a la técnica de la renuncia y la conveniencia de estudiarlas en una ordenación jurídica como la española, que carece de criterios formales para definir la situación y derechos consiguientes al abandono de fincas. Aquí, como en Alemania, la renuncia autenticada provoca la caducidad del antiguo dominio, la emergencia, no de otro nuevo, sino del derecho de apropiación a favor del Estado y la posibilidad de su inscripción con arreglo a la ley de Mostrencos. No nos detendremos en discutir si estas facultades son de derecho público, o verdaderas regalías, que en su origen tienen tal carácter, y cuyo contenido es civil, o si han de figurar en la enumeración de derechos privados atribuidos al Fisco, del mismo modo que al heredero corresponde el derecho sucesorio antes de aceptar la herencia y hacerse cargo de la masa relictá. El derecho de apropiación es absoluto, ejercitable *erga omnes*, confiera o no un señorío jurídico sobre la cosa, y se aproxima a los llamados derechos de configuración que antes hemos examinado. Para Wolff es un derecho real sobre cosa *nullius*.

Cualesquiera que sean las diferencias entre el ordenamiento jurídico alemán y el español, hemos de reconocer que la atribución inmediata al Estado de la propiedad de las fincas abandonadas o sin dueño, sobre comprometer gravemente sus intereses con las responsabilidades del dominio, ni responde a la naturaleza de las cosas, ni a la organización administrativa, ni a las finalidades que la ley de Mostrencos perseguía. Lo difícil es desenvolver el contenido del derecho de apropiación.

Una vez abandonada la finca, parece subsistir el grupo de relaciones jurídicas en ella apoyadas, aunque el dueño haya dejado

de serlo y el Fisco no haya tomado posesión. Los propietarios de los predios vecinos no podrán realizar trabajos que provoquen derrumbamientos o pongan en peligro la seguridad de los edificios, ni estarán autorizados para correr sus linderos o extender sus construcciones, ni dejarán de estar obligados a observar en las obras emprendidas las precauciones necesarias para no causar daños al edificio abandonado. En realidad, los derechos de vecindad quedan tan vivos como si el dueño no hubiera dejado de serlo, si bien el Estado necesitará entrar en la posesión de la finca abandonada para exigir las responsabilidades consiguientes.

Windscheid, con referencia al derecho común, y Kipp, por lo que toca al Código civil alemán, sostienen que las servidumbres activas, es decir, aquellas en que el predio aparece como dominante, no se extinguen por el abandono, ya que la voluntad del renunciante va dirigida a la dejación del predio en su totalidad y no específicamente a la extinción de la servidumbre, la cual más bien duerme que perece. Stammler opina que los derechos unidos a la propiedad del inmueble se extinguen por el abandono y que la inscripción de los mismos en el Registro no responde a la realidad jurídica desde tal momento. Aunque el artículo 530 de nuestro Código civil declara que la servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble, en beneficio de otro, *perteneciente a distinto dueño*, preferimos considerarla como una parte integrante del dominio, que permanece unida al mismo hasta que el Estado se lo apropia. Ahora o nunca hay que aplicar la teoría de Ihering sobre el lado pasivo o armazón exterior de los derechos, que continúa en pie cuando el titular ha desaparecido. Algo así como la vigencia del compromiso de pago dentro del billete de Banco arrojado por el viento en un rincón inaccesible. Esta solución se impone, sobre todo, cuando para usar la servidumbre no es necesario ningún hecho del hombre (por ejemplo, si se trata de un fundo que vierte aguas en otro). La adquisición del predio por el Estado hará revivir los derechos dormidos, aunque no pueda apoyarse en el artículo 34 de la ley Hipotecaria, que hace referencia a los que con el dueño hubiesen contratado a título oneroso, para hacer valer sus derechos contra los terceros que no hayan inscrito sus títulos.

El mismo criterio debe sostenerse respecto de los otros dere-

chos subjetivamente reales, es decir, que van unidos a la propiedad de un fundo: continuarán dormidos mientras el Estado no se apropie el inmueble abandonado, pero podrán ser ejercitados por aquél en cuanto se haga dueño. Tal sería el caso, si el predio colindante hubiese sido vendido durante el período de abandono y estuviese todavía sujeto al retracto de asurcanos al realizarse la apropiación.

Menos dudas suscita el problema de la subsistencia de las servidumbres pasivas, o sea de las constituídas sobre el inmueble abandonado. Son derechos reales independientes, en cierto modo, de la voluntad del dueño del predio sirviente, como la hipoteca, el arrendamiento inscrito, las cargas, etc. Pero ¿contra quién ha de dirigirse la acción?

En el artículo 126 de la ley Hipotecaria encontramos regulado el *desamparo* de los bienes ejecutados, con términos que no enfocan el abandono formalizado por el deudor, ni pueden ser extendidos a todas las actuaciones seguidas por el titular de un derecho inscrito. Aplicar el criterio según el cual los bienes abandonados son propiedad del Estado para entablar los juicios contra su representación, a nadie se le ha ocurrido. Obligar al antiguo propietario a que litigue por razón de una cosa que no se halla en su patrimonio, equivale a resucitar la doctrina proculeyana.

La ley de Enjuiciamiento civil no conoce el supuesto, y la práctica forense tenderá a resolver las dificultades con las particularidades de los procedimientos en rebeldía, aunque el mismo rebelde, en ocasiones, ejercitara una acción real que hubiera de hacerse efectiva sobre la finca. Los artículos 58 y 787 de la Z. P. O. alemana establecen una representación de la finca que tutela los intereses de la misma mientras no se inscriba a favor de un nuevo propietario. Las facultades del representante o defensor judicial quedan circunscritas al litigio: contesta, transige, se allana o reconoce, pero no puede suscitar contienda, aunque sea en beneficio de la propiedad de la finca. Los juristas alemanes discuten si el representante es un demandado oficial, un Procurador del Fisco, o un *curator bonorum*; si estamos en presencia de un proceso *in rem*, o si el primitivo propietario es el representante o lo es el futuro adquirente.

Sumamente curioso resulta el estudio de las acciones que pue-

den ejercitar los acreedores personales para obtener el pago de sus créditos con los inmuebles abandonados. Para los que aceptan la doctrina de Próculo y entienden que el abandono no se consuma hasta que el inmueble pase a ser propiedad de otra persona, apenas si existe el problema, porque el antiguo dueño sigue en contacto con la finca; pero bajo otros supuestos, la solución no es tan corriente.

Por de pronto, faltan, en un principio, los requisitos de la acción Pauliana, ya que no hay una adquisición fraudulenta por parte del Estado, ni puede suponerse que el abandonante trate de beneficiar a un tercero en perjuicio de sus acreedores. Acaso puedan dirigirse los procedimientos contra el Fisco, una vez que hubiera ocupado el inmueble, con arreglo a la ley de Mostrencos, no mediante el ejercicio de la acción a que se refiere el primer apartado del artículo 1.111 del Código civil, puesto que el deudor no tiene la facultad de revocar el abandono, y menos han de tenerla sus acreedores, sino para evitar el enriquecimiento torticero del Estado. Algo en consonancia con el artículo 643 del mismo texto civil, aunque entre el abandonante y el Fisco no exista el lazo necesario que liga a donante y donatario.

También podría generalizarse la doctrina del artículo 1.001 del repetido Cuerpo legal para el solo objeto de que los acreedores pudieran cobrar sus créditos.

III

ABANDONO DE PARTES IDEALES

Al reconocer como exigencias del ordenamiento jurídico para declarar consumado el abandono un derecho dominical, el *animus derelinquendi* y la dejación, planteamos el problema de si este último momento puede darse respecto de una cuota de comunero. En verdad, el titular de una cuarta parte de finca que renuncia expresamente a su derecho no la deja desamparada, sino en poder de los demás copropietarios.

Un texto de Modestino (3, Dig., 41-7) distingue entre el abandono de su parte, hecho por el comunero, que reputa posible, y el intentado por el único propietario respecto de una porción ideal.

que no puede perfeccionarse. En este último supuesto, parece que no cabe exteriorizar la voluntad seria de abandonar una quinta parte, v. gr., al mismo tiempo que se retiene, como *copropietario* de cuatro quintos, la totalidad de la cosa. Algunos autores dicen que tal razonamiento es también aplicable al caso primero; pero la generalidad acepta el texto clásico, porque la copropiedad implica concurrencia limitativa, y sólo el comunero que renuncia formalmente a su derecho abandona la copropiedad y se conduce, respecto de sus compañeros, en armonía con tal finalidad.

Influye sobre esta discusión la circunstancia de que la cuota abandonada puede ser considerada *nullius* o atribuida a los comuneros, en vez de quedar sin titular, por virtud de un derecho de acrecer, análogo al que se desenvuelve en la sucesión *mortis causa*.

El texto de Modestino, que admite el abandono de toda la cuota y añade que sucede lo mismo con la parte que con el todo (*ut hoc ex sit in parte, quod in toto*), es para Göppert y Eck una prueba patente de que no se producirá acrecimiento ninguno, pasando el derecho renunciado a la categoría de *res nullius*. Steinlechner y Windscheid entienden que el jurisconsulto romano deja sin decidir la cuestión del destino ulterior de la cuota, ya que se limita a afirmar la pérdida del dominio, sin añadir que adquiere la parte el primer ocupante. La renuncia de la porción ideal de un copropietario, asegura Böcking, no es *derelección*, que deje a la misma sin dueño, sino *acrecimiento*.

Acostumbrados como estamos a manejar el derecho de acrecer en la sucesión *mortis causa*, partiendo de las exigencias legales, en orden a la universalidad de la herencia, a la incompatibilidad de la testada e intestada, así como de la presunta voluntad del testador, y de la necesidad de llenar los vacíos de los llamamientos hereditarios, nos extraña el intento de trasladar la institución fuera de su campo propio, y nos explicamos las resistencias de algunos autores a desenvolverla en los negocios intervivos que no tengan una relación directa (como las donaciones) con la delación hereditaria. Sin embargo, la mayoría se inclina, claro que sobre fundamentos distintos, a regular los casos de renuncia de cuota con tal criterio de acrecimiento. Más que a los textos clásicos, deficientes en estos particulares, se atiende a la naturaleza misma de la copropiedad,

que limita los derechos de un comunero con las facultades correspondientes a otro y ensancha el poder dispositivo de aquél en cuanto el renunciante deja el campo libre.

Este razonamiento, de innegable fuerza cuando de la plena propiedad se trata, no aparece tan claro si la comunidad se refiere a un derecho real (usufructo, por ejemplo, reservado a favor de dos personas al enajenar un predio, y que una de ellas renuncia), porque el propietario se presenta aquí como un concurrente a quien interesa en grado sumo la extinción de la carga. Por grande que sea la analogía entre este supuesto y el de renuncia de un legado formalizado por uno de varios colegatarios (ya que la finca, en un caso, corresponde al heredero, y en otro, al propietario), Celso y Ulpiano habían negado al cusufructuario el derecho de acrecer, por no existir una adquisición *in solidum* en la reserva discutida.

Pero ¿no implica una contradicción *in terminis* la adquisición del usufructo por varias personas *in solidum*? Indudablemente, si equiparamos esta figura al *dominium plurium in solidum*. Mas ahora asimilamos el *ususfructus in solidum* a la copropiedad conjunta, y del mismo modo que ésta no encuentra un obstáculo en la doctrina que niega el dominio solidario de varias personas, tampoco el *cusufructo* solidario debe ser rechazado por una consecuencia de tal doctrina. Es decir, que, al establecer el usufructo en favor de varias personas *in solidum*, entendemos que a cada una de ellas corresponde el derecho real en su totalidad, con la limitación impuesta por la concurrencia de los demás, y en cuanto falta ésta por abandono, se provoca el acrecimiento; mientras en el usufructo *pro partibus* el propietario ocupa el lugar vacante (1). También se encuentra en las fuentes (y en el artículo 190 del Reglamento hipotecario) la constitución conjunta del derecho de hipoteca, como forma diferente de la constitución *pro partibus*.

Puede argüirse contra la extensión del derecho de acrecer a los actos intervivos que el comunero se subroga en el puesto del renunciante, como si le sucediera, y, en cambio, el colegatario no adquiere de su compañero, sino directamente del causante, y que el derecho de acrecer funciona automáticamente, sin necesidad del con-

(1) Véase un caso de venta conjunta en la L. 31, párrafo 10, Dig., de Aedil. ed., 21-1, y en la Res. de la Dirección general de los Registros de 9 de Febrero de 1928.

sentimiento del adquirente y aun contra su voluntad, mientras que el copropietario puede dirigir los efectos de su renuncia. Para nosotros, que hemos eliminado del tema las formalizadas *in favorem* y que no admitimos una sucesión jurídica, propiamente dicha, entre renunciante y beneficiados, apenas si tienen fuerza estos argumentos. Tampoco los tienen, sin embargo, los que pueden derivarse de los textos romanos sobre el acrecimiento al condueño de un esclavo, en el supuesto de que el otro le hubiese manumitido (1), porque se discute si esta disposición, más tarde corregida por Justiniano, que impuso la manumisión forzosa, era una ley singular o una consecuencia del derecho de acrecer, admitido como principio general en la copropiedad. Por otra parte, la propiedad de un esclavo, mezcla de dominio sobre cosas y potestad sobre personas, presenta demasiadas especialidades para extender sus normas al derecho económico moderno.

Se reflejaron en la discusión del Código civil alemán las opiniones aludidas, sin llegar a una fórmula definitiva. El primer proyecto contenía un artículo 950, que aplicaba a las renunciaciones de cuota las normas generales sobre adquisición y pérdida de la propiedad; pero, al discutir las enmiendas presentadas a favor del derecho de acrecer, se acordó, en vista de las dificultades técnicas del problema, dejar su solución a la investigación científica y a la práctica forense.

Tampoco en el Código civil español se encuentra un criterio claro, una norma explícita, que niegue la condición de *res nullius* a la cuota renunciada. En el artículo 395 se preceptúa que el copropietario sólo podrá eximirse de la obligación de contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho renunciando a la parte que le pertenece en el dominio, y, con igual orientación, declara el 575 que todo propietario puede dispensarse de contribuir a la reparación y construcción de las paredes medianeras y al mantenimiento de los vallados, setos vivos, zanjas y acequias, renunciando a la medianería. Se presupone en ambos textos que la parte acrece al copropietario, y en el artículo 544, con referencia a los dueños de varios predios dominantes, se establece la exclusión del que no

(1) *Communem servum unus ex dominis manumittendo partem suam amittit, eaque accrescit socio* (Ulpiano, págs. 1-18).

quiera contribuir a los gastos necesarios para el uso y conservación de la servidumbre si renuncia a ella «en provecho de los demás».

Pero ¿estamos en presencia de una regla clara, o de una excepción justificada por los desembolsos hechos para conservar la cosa?

Ni lo uno ni lo otro. Más bien se trata de una orientación general, inspirada en los principios romanos y en la naturaleza de la copropiedad, que tenderá a imponerse cuando consideraciones de orden superior no aconsejen soluciones diferentes.

IV

RENUNCIA DE DERECHOS REALES

El artículo 82 de la ley Hipotecaria no preceptúa con claridad que baste la voluntad unilateralmente manifestada por el titular de un derecho para provocar su cancelación, y, antes al contrario, si la palabra *consentimiento* equivale a *sentire cum alio*, parecerá al descuidado intérprete que se inclina por el acuerdo o pacto de los interesados; pero en la teoría y en la práctica se entiende que la autorización para cancelar otorgada por el que aparece con derecho en el Registro es suficiente a los efectos cancelatorios.

Fúndase la doctrina corriente en Alemania sobre el llamado principio del consentimiento formal, que exige únicamente la declaración del lesionado para que sea inscribible el acto, y se encuentran en nuestros documentos notariales fórmulas variadas que centran toda la fuerza en el consentimiento del titular, cuya comparecencia y capacidad se vigila, mientras queda en la sombra o hace un papel secundario el favorecido por la renuncia.

Para nosotros poco significa, en la cancelación de hipotecas, la ausencia del propietario, cuando es persona distinta del deudor, o la de éste, si el acreedor confiesa haber recibido la cantidad asegurada. Aun esta última declaración no pasa, a veces, de ser una justificación injustificada, y, como se ha visto, la Dirección de los Registros casi llega a reconocer el valor del consentimiento abstracto, o *sine causa*.

Para explicar este fenómeno de acrecimiento o enriquecimiento

de ciertas personas, sin que sea atendida su voluntad, a pesar del adagio que dice «Nadie puede ser hecho más rico sin su consentimiento», hablaban los clásicos de la elasticidad del dominio; otros, de la división cualitativa como figura análoga a la cuantitativa, y una teoría reciente, de la distinción entre derechos-madres y derechos-filiales.

En honor de la verdad, la ciencia jurídica, al emplear las palabras *elasticidad*, *carga*, etc., ha buscado en la metáfora, más que en el concepto físico, una orientación o ayuda. La propiedad tiende a extenderse sobre toda la cosa, como un gas, que se expande o dilata dentro del recipiente al abrirse las válvulas, o como un resorte, que se distiende cuando se le libra de un peso. ¿Falta el gravamen de una finca por renuncia o cualquier otro motivo? Pues el dominio se expansiona y ocupa todos los huecos jurídicos, sin necesidad de que el propietario se entere.

También podría idearse una fuerza de gravedad que atrajera hacia el dominio los gravámenes constituidos sobre el mismo. El usufructo, decían los romanos, *ad proprietatem reverti*. Para que el fenómeno se produzca no hay necesidad de que el propietario consienta, ni el derecho real queda un momento, como *res nullius*, a disposición del primer ocupante. Esta concepción deriva directamente del concepto de la propiedad como una *plena in re potestas*, limitada por los derechos reales constituidos sobre cosa ajena, que, al extinguirse, dejan el campo libre a la fuerza expansiva del señorío dominical.

Esta teoría, defendida por los autores clásicos y aun por los civilistas de fines del siglo XIX, no explica algunos fenómenos, y para completarla se ha desenvuelto la distinción de la división *cuantitativa* (copropiedad) y *cualitativa* (constitución de derechos reales). Como consecuencia de la primera corresponde a cada comunero un trozo mayor o menor, pero de igual contenido, de la cosa o derecho pro indiviso, como si del resultado de la división cualitativa del total contenido se desgajasen facultades que corresponden a diversos titulares. Los derechos de los copartícipes y los del propietario único son iguales, en cuanto a las facultades jurídicas; sólo se diferencian en la *cantidad*. Las facultades del titular de un derecho son cualitativamente distintas de las correspondientes al derecho-madre. Podemos representar aquélla como

un corte horizontal, y ésta como una sección vertical del tronco primitivo.

Las facultades transmitidas por el propietario al titular de un derecho real no quedan separadas por completo del dominio; siempre existe una expectativa, un vínculo jurídico incortable entre el propietario y los derechos constituidos, que si no actualmente, le pertenecen *in potentia*. Cuando renuncia el titular de la servidumbre a su derecho, readquiere el propietario las facultades de que se había desprendido.

Tampoco satisface esta construcción a Hirsch, que en un notable estudio sobre la transmisión del ejercicio o utilización de los derechos (*Die Uebertragung der Rechtsansubung*, Berlín, 1910) expone así sus ideas:

Los derechos derivados nacen del principal o madre (*Mutterrecht*), no por la división, sino por desdoblamiento o multiplicación. El acto de disposición que engendra el derecho filial transfiere al titular del mismo el uso de ciertas facultades que estaban contenidas en el derecho principal, y que no dejan de formar parte de éste.

El titular primitivo y el titular del derecho derivado tienen simultáneamente facultades comunes: pueden utilizar de igual modo la cosa sometida al gravamen; pero el sujeto jurídico del *Mutterrecht* se halla en un rango subordinado respecto del titular del derecho filial (*Tochterrechts*), y, caso de conflicto, debe ceder ante las exigencias del último. Cuando constituimos una servidumbre no sacamos de la nada el derecho real en cosa ajena, sino que actuamos sobre un material (la propiedad) ya existente. El ordenamiento jurídico autoriza al adquirente para actuar en igual forma que el constituyente, no como mandatario, sino en nombre e interés propios. La separación de un derecho filial en nada merma el derecho primitivo, cuyo titular puede constituir usufructos o hipotecas, sin limitación en cuanto al número.

Esto explica por qué se pueden constituir sobre una finca muchos derechos reales del mismo contenido, y por qué el dueño del predio sirviente puede utilizar la servidumbre como el dueño del predio dominante. Unicamente, en cuanto surge la colisión de intereses entre los titulares, viene la ley a regular sus relaciones, distinguiendo cuál es el mejor derecho y cuál el que debe ceder; Co-

responde al propietario el derecho de usar y disfrutar, aunque haya constituido media docena de usufructos, y puede transmitir el ejercicio del mismo hoy a uno, mañana a otro. Cómo han de conciliarse los intereses de todos es un problema que se resolverá atendiendo al rango hipotecario y a la vigencia de los respectivos derechos.

La caducidad de uno de éstos provoca automáticamente una mayor extensión de los otros, sin necesidad de un negocio bilateral. A veces el propietario se beneficiará de una renuncia, en otras ocasiones será el titular de cualquier derecho real quien recoja el beneficio, pero ninguno de ellos tiene precisión de manifestar su voluntad. El derecho renunciado no queda nunca sin titular, y el Estado carece de acción para reclamarlo como cosa *nullius*. La frase mágica *elasticidad del dominio* con que se intentaba justificar tales efectos, resulta, en primer término, deficiente, porque el acrecimiento tiene lugar no sólo cuando existe una consolidación del dominio propiamente dicha (por ejemplo, al extinguirse la carga real), sino siempre que desaparece la limitación impuesta por cualquier derecho filial a la utilización del *mutterrecht*; verbigracia, si el acreedor renuncia a la hipoteca constituida sobre el usufructo, adquiere el usufructuario *la libertad* o, mejor dicho, desaparece la carga hipotecaria que limitaba al derecho real más bien que a la nuda propiedad.

Por otra parte, constituidos varios usufructos sucesivos, la extinción del primero aventaja inmediatamente al segundo, sin necesidad de un nuevo acto jurídico de adquisición, y lo mismo se puede decir en el sistema español cuando la hipoteca preferente se extingue y ocupa su puesto la inmediata o se corre la fila de las posteriores.

Debemos, en su consecuencia, prescindir de resortes y metáforas físicas para desenvolver la teoría de los derechos principales y filiales, el principio de prioridad y la reglamentación interna de las facultades que integran la propiedad y, en un momento dado, corresponden a personas distintas. Por circunstancias especiales prohíbe el ordenamiento jurídico al titular que haga uso de los poderes que como a tal se le reconocen normalmente, y subordina el ejercicio de su derecho (madre) a la utilización concedida a otra

persona, en virtud de un *Tollerrecht*. Al extinguirse esta situación, el titular del primitivo derecho puede utilizarlo con libertad, no porque se hayan alterado o aumentado sus facultades, sino porque ha desaparecido el derecho concurrente y ha mejorado su propio rango.

JERÓNIMO GONZÁLEZ.

BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO

Capital autorizado 100.000.000 de pesetas
Capital desembolsado . . . 51.355.500 —
Reservas 54.972.029 —

Domicilio social: Alcalá. 14. Madrid

CAJA DE AHORROS

Intereses que se abonan: 4 por 100. Libretas, máximo 25.000 pesetas. Cajas abiertas los días laborables de 10 a 2

Sucursales en España y Marruecos

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

Cuentas corrientes a la vista con un interés anual de 2 y medio por 100

CONSIGNACIONES A VENCIMIENTO FIJO

Un mes	3	por 100
Tres meses	3 1/2	por 100
Seis meses	4	por 100
Un año	4 1/2	por 100

El Banco Español de Crédito pone a disposición del público, para la conservación de valores, documentos, joyas, objetos preciosos, etc., un departamento de CAJAS DE ALQUILER con todas las seguridades que la experiencia aconseja. Este departamento está abierto todos los días laborables desde las 8 a las 14 y desde las 16 a las 21 horas. **Horas de Caja:** de 10 a 14.

Para cuentas corrientes de 10 a 14 y de 16 a 17.

Algunas consideraciones sobre la prenda de créditos

1. *El problema de los derechos sobre derechos.*—2. *Elaboración del concepto.*—3. *La prenda de créditos como cesión condicional.*—4. *La teoría de Exner.*—5. *Crítica de las teorías de la cesión.*—6. *Otras teorías.*—7. *La posesión de la cosa en la prenda en general.*—8. *En la prenda de créditos.*—9. *Enajenabilidad. La sustitución de la cosa al crédito.*—10. *Conclusión.*

El estudio de la figura de la prenda de créditos supone, como indispensables premisas, el examen de dos cuestiones fundamentales: si es posible, en sentido propio, la existencia de derechos sobre derechos, y si éstos pueden revestir carácter de derechos reales sobre cosa ajena.

1. La cuestión, latente, sobre la posibilidad de que los derechos subjetivos, objetivándose, pudieran devenir materia de ulteriores potestades del querer jurídico, tomó un incremento extraordinario desde que Windscheid colocó los derechos sobre derechos como parte de un estudio sistemático en la teoría general del derecho. Cuando alguien—decían sus partidarios (1)—tiene la facultad de hacer valer como contenido de un derecho propio aquello que es el contenido de un derecho ajeno, surge un derecho sobre otro derecho.

Pero a la admisión de este concepto se oponía una dificultad dogmática, desde el momento en que en el derecho subjetivo se apreciaba sólo, en la opinión dominante, el aspecto de la potestad del querer. Cuando esta facultad volitiva, este señorío de la voluntad se halla limitado en su ejercicio o devenga objeto de un ajeno derecho, lógicamente la potestad desaparece. O la voluntad del titu-

(1) Bremer: «Pfandrecht und Pfandobject», pág. 36 y siguientes; Hartmann: «Rechte an eigener Sache», pág. 23 y siguientes.

lar es decisiva respecto al contenido de su derecho, o el derecho mismo no existe. No es posible poder y no poder al mismo tiempo. Así Exner, uno de los principales enemigos de aquella doctrina (1): «Si, por casualidad, lo que me pertenece entra en la disponibilidad ajena, o mi pertenencia se desvanece, y entonces termina la cuestión, o bien es limitada dentro de ciertos confines, y en este caso nos hallamos en la contradicción más abierta, en cuanto que el titular del derecho vendría a encontrarse en la condición de poder y no poder al mismo tiempo: de poder, porque su derecho se lo consiente; de no poder, porque el derecho ajeno se lo prohíbe» (2).

Con la traducción del libro de Windscheid, el concepto y la polémica se transportaron a Italia, donde el argumento tiene una copiosa literatura. Favorables son, entre otros, los traductores y anotadores Fadda y Bensa (3), Venezian (4), Finzi (5), Papa (6), Claps (7), Venzi (8), Romano (9) y otros.

La teoría, empero, ha encontrado un decidido impugnador en Ferrara, para el cual «implica una materialización que falsea la reglamentación de las instituciones jurídicas que se quieren subordinar a tal categoría» (10). Recurriendo al concepto de Bekker de la *sucesión constitutiva* (11), reconstruye la teoría en forma poco

(1) Exner: «Kritik des Pfandrechts begriffes nach rom. Rechts», página 11 y siguientes.

(2) En igual sentido: Mansbach: «Niessbrauch an Forderungen» (Marsburg, 1880, pág. 20 y siguientes); Hanauseck: «Lehre v. uneigentl. Niessbrauch», pág. 41 y siguientes; Hellwig: «Verfändung und Pfändung v. Forderungen», pág. 9 y siguientes; Kohler: «Pfandrechtl. Forsch.», pág. 41 y siguientes. La crítica de este último muestra claramente el género de la mayor parte de las que se han hecho contra el concepto. V. también Vangerow: «Pand.», I, § 338.

(3) Nota al «Diritto delle Pandecte».

(4) «Dell' usufrutto, dell' uso e dell' abitazione».

(5) «Il possesso dei diritti».

(6) Sul pegno di crediti», en «Il Filangieri», 1911, pág. 499 y siguientes.

(7) «Il pegno irregolare», en «Archivio giuridico», 1896, pág. 401 y siguientes.

(8) Notas al tomo II de las «Ist. dir. civ.», de Pacifici Mazzoni.

(9) «Nat. giur. del pegno di crediti».

(10) «Tratt.», pág. 413.

(11) Bekker: «Pand.», I, § 34, pág. 110.

convinciente. «Sobre la base de un derecho más amplio—escribe (1)— puede ser constituido un derecho de contenido menor y atribuido a una persona. Del derecho progenitor nace un derecho hijo, de la misma naturaleza del primero, con contenido más restringido. La sucesión constitutiva no es una enajenación, sino una limitación del derecho principal, por cuanto el derecho derivado, en cuanto su contenido coincide con el derecho originario, impide su completo desenvolvimiento, y, por tanto, concurre con él. El derecho derivado es un derecho más restringido, que es derecho progenitor; es un derecho *nuevo, de segundo orden*, igual en la forma, pero cualitativamente diverso, y que tiene necesariamente idéntico objeto que el derecho que lo ha procreado.»

Pero el decir que «no se trata de derechos sobre derechos, sino de derechos que *manan* (rampollano) de otros derechos», no resuelve en nada la cuestión. Además, y refiriéndonos al usufructo de créditos—que es la figura que principalmente ha estudiado Ferrara—, esa extraña forma de sucesión (que de sucesión tiene sólo el nombre), implicando que el derecho hijo tiene forzosamente la misma naturaleza que el derecho progenitor (2), supone que, caso de enajenación a un tercero del crédito sobre el que se ha constituido el usufructo, el titular de éste carecería de acción alguna contra el nuevo titular del crédito transmitido (3), en tanto que la colocación de la figura en el título general del usufructo (4) implica en tal supuesto la posibilidad de hacer valer el derecho contra el nuevo titular durante el tiempo de duración del usufructo. Y, ciertamente, no vemos la dificultad de esta construcción.

Todo lo más puede, pues, reconocerse que la sucesión constitutiva de que habla Ferrara y el usufructo o la prenda de créditos son instituciones completamente diversas (5).

Igualmente es de rechazar la opinión (6) de que, en definitiva, es la cosa objeto del primer derecho la que constituye el objeto

(1) «Tratt.», págs. 414-415; «Usufr. di crediti», pág. 78 y siguientes.

(2) V. antes.

(3) Como consecuencia del carácter puramente obligatorio de la relación.

(4) C. c. español, artículo 469, párrafo segundo; C. c. it., artículos 478, 482, 498.

(5) En igual sentido, sustancialmente, Brugi: «Ist.», págs. 172-173.

(6) De Ruggiero: «Ist.», I, § 45, pág. 441. V. también Windscheid, obra cit. y más adelante, la teoría de Exner y Dernburg.

del segundo. Decir que en la hipoteca de un derecho de usufructo es el inmueble el que constituye el objeto de la hipoteca, supone confundir lamentablemente el contenido de la figura en cuestión.

2. Pensando imparcialmente, precisa reconocer en lo sucedido, respecto a la admisión de la categoría de los derechos sobre derechos, un caso más, en que los dogmáticos, no sabiendo acomodar sus ideas a la realidad jurídica, han pretendido adecuar la realidad a su pensamiento. Admitida en el Derecho romano, en el Derecho civil y, sobre todo, en el Derecho mercantil la posibilidad de que ciertos derechos se constituyen en objetos de derecho, era mucha pretensión de la teoría el querer desmentirlo (1). Tanto más cuanto que a su reconocimiento no se oponían sino argumentaciones de escuela.

Con razón se les contestó que el derecho subjetivo supone no sólo una potestad del querer, sino un contenido: un contenido «concreto», como dice el mismo Exner (2): «Si éste encierra un interés económico por tutelar, es un bien patrimonial; si tal carácter no existe y el interés por tutelar es de otra naturaleza, no es un bien patrimonial. Y la noción de valor, que está junto al primero, determina, pues, conjuntamente con el interés material, aquel carácter por el cual es colocado entre los objetos patrimoniales» (3).

Pero desde el momento en que el concepto del derecho subjetivo se considere completando aquél el elemento del «interés» jurídicamente protegido, la cuestión cambia completamente de aspecto y se presenta más fácil la solución del problema. Los derechos que tengan un contenido patrimonial representan un valor efectivo. Sin embargo, un derecho así puede no ser transmisible; y, en este caso, es difícil concebir que pueda ser objeto de una ulterior potestad del querer jurídico.

Pero si la transmisibilidad es reconocida, el derecho subjetivo

(1) «Bastaba confiarse al simple sentido común para comprender que ni el Derecho romano ni el Derecho moderno habían mantenido estas expresiones, si no hubiesen correspondido a la realidad de las cosas.» Fadda y Bensa, *not. cit.*

(2) Al definir el derecho objetivo como «una *concreta* potestad del querer puesta bajo la protección y la sanción de la ordenación jurídica».

(3) Papa, *ob. cit.*, pág. 503.

sobre el valor que tiene en el patrimonio de su titular—representado por la esperanza de la obtención de su contenido—adquiere uno nuevo: el valor de cambio, que, en vista de aquél, está determinado por la posibilidad de obtener, mediante su enajenación, un correspondiente económico actual en un negocio jurídico a título oneroso. Y si esto es concebible, y lo es también la facultad de enajenarlo gratuitamente, no vemos por qué no ha de serlo el poder del titular de determinar, en el negocio jurídico realizado con el tercero, la fachada y las consecuencias: cómo y en qué condiciones entra su derecho en el patrimonio ajeno. De aquí, por tanto, que pueda hasta constituir sobre él una relación de derecho real. Porque en ello, en el fondo, hay tan poca cosa de inexplicable como en que el dueño de una cosa material pueda constituir, por su voluntad, un gravamen jurídico sobre ella que sea exigible hasta en relación a los posteriores propietarios de la cosa.

Concluyendo: la existencia de derechos sobre derechos, en sentido técnico, y de derechos reales sobre derechos y, por tanto, sobre créditos (1), nos parece un hecho indiscutible no sólo en la realidad, sino en el pensamiento teórico. Y, sentado esto, debemos comenzar a estudiar los problemas que plantea la figura de la prenda de créditos.

3. A las dificultades antes referidas añadíase, en la especial figura objeto de nuestro estudio, una más. Si la prenda supone la posesión de la cosa, ¿cómo concebirla respecto a un crédito? ¿En qué forma puede transmitirse su posesión? Rigurosamente, no está permitido confundir «la *traditio* del quirógrafo con la *traditio* del derecho de crédito, porque el documento (fuera de los títulos al portador) es la prueba del crédito, pero no se identifica con él» (2). Si de posesión de derechos, fuera de aquellos que van unidos a la detentación de cosas corporales, sólo puede hablarse en sentido impropio (3), ¿cómo concebir un derecho de prenda sobre un crédito?

(1) Conviene tener presente la incertidumbre que origina la protección del adquirente de buena fe. Pero no es, ni mucho menos, insoluble; véase lo que decimos más adelante (8) sobre la función de la notificación, que, aplicado aquí, soluciona la cuestión en mucho.

(2) Pietro Cogliolo: «Il *pignus nominis* nel dir. it.», en «Scritti vari di dir. priv.», II, pág. 310.

(3) Brugi: «Ist.», págs. 362 y 372; Ruggiero, I, pág. 718; Finzi: «Il

La teoría, impulsada por esto y por el requisito de la notificación de la prenda al deudor del crédito, exigido por los códigos que expresamente tratan esta figura, derivó prontamente hacia la institución de la cesión de créditos. En la llamada prenda de créditos existiría solamente una cesión del crédito pignorado, con todos sus efectos, pero sometida a la condición de que el crédito garantizado mediante la prenda no fuera satisfecho a su debido tiempo (1).

Pero pronto se observó que la llamada cesión condicionada implicaba en el acreedor pignoraticio poderes más extensos que en la prenda: por el cumplimiento de la condición devendría titular del crédito; podría enajenar anticipadamente su derecho condicional sin intervención judicial alguna, etc. Y ¿cómo hacer posible la constitución de una nueva prenda sobre el crédito? Además, siguiendo esta teoría—crítica Romano (2), «la transmisión del derecho en el patrimonio del acreedor podría suceder en dos momentos, según que la condición se estime suspensiva o resolutoria. Sólo que en la primera hipótesis es claro que el negocio comenzaría a producir efectos desde el momento en que se verificase la condición, lo que significa que, en el tiempo anterior, el negocio mismo no podría desplegar aquella eficacia de garantía que se propone y quiere conseguir inmediatamente. Y en la segunda hipótesis es más evidente, en contraste con el derecho positivo, el admitir que el acreedor pignoraticio adquiriera el crédito dado en prenda antes de que se verifique la insatisfacción de su crédito. Y, de todos modos, no lo adquiere ni después», ya que, a tenor del derecho positivo (3), «el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda ni disponer de ellas».

4. Se desenvuelve entonces en la doctrina el concepto de la *cessio pignoris causa*. Existe cesión, pero no condicionada. El que da la prenda transfiere el crédito, pero no en el sentido del que lo *possesso di diritti*; Consolo: «Possesso», pág. 113 y siguientes; Windscheid: «Dir. delle Pand.», I-II, pág. 392, etc.

(1) Muhlenbruch: «Die Lehre von der Cession des Forderungsrecht», página 519 y siguientes; Stobbe: «Deutsche Privatrecht», II, § 155; Delvas: «De pignore nominis». V. los citados por Horber: «Das Forderungspfandrecht», pág. 5.

(2) Obra citada, pág. 23.

(3) Artículo 1.859, Código c. español.

vende, sino en la medida requerida por la existencia de la causa especial de garantía que aquí se da. Pero la prenda no está constituida sobre el crédito, sobre el cual no es posible un verdadero derecho de prenda (1). Como consecuencia de la cesión, el negocio jurídico, aparentemente simple, se descompone en dos elementos diversos: el primero, relación puramente obligatoria entre tres personas, es análogo a una ordinaria cesión; el segundo, relativo a la cosa objeto del crédito cedido, que deviene objeto de un eventual derecho de prenda; se constituye, esto es, una especie de prenda anticipada sobre la cosa debida en el crédito que se cede (2). Es un solo negocio jurídico, del que surgen dos órdenes de efectos jurídicos distintos, pero que, nacidos de la misma fuente, tienen también al mismo fin.

Idéntica es, en esencia, la teoría de Dernburg, de que «la prenda de un derecho no puede concebirse como un derecho sobre un derecho, sino como la cesión eventual al acreedor pignoraticio de los derechos que el cedente tiene respecto al deudor». Y explica: «he aquí por qué la notificación es una forma especial a la prenda de créditos» (3). La prenda existe, no sobre el crédito, sino sobre la cosa debida; pero existiría sólo posteriormente, desde el momento del pago.

5. Pero esta cesión, limitada por su fin de garantía, explica difícilmente la constitución de la prenda sobre el objeto del crédito. Aun cuando se refiera a la presunta intención de las partes (4). Y porque las consecuencias lógicas de una cesión con fin de garantía son bastante distintas de las que produce el derecho de prenda sobre un crédito. La primera sería la de la adquisición por el acreedor pignoraticio de la cualidad de titular del crédito en la parte correspondiente, por lo menos, a la cuantía de la obligación garantizada, caso de faltar el pago de ésta. Y, por tanto, la facultad

(1) «Kein Pfandrecht (im Wahren Sinn) an einer Forderung als spezielles Rechtsgeschäft, ein Deckungsgeschäft, in dem oben entwickelten weiteren Sinn des Wortes»; Exner, ob. cit., pág. 135.

(2) «Surge primero como derecho de prenda eventual sobre el contenido real de la obligación, y se perfecciona por sí misma apenas su objeto entra mediata o inmediatamente en el patrimonio del acreedor pignoraticio.» Exner, ob. cit., pág. 136.

(3) «Pand.», I, § 292.

(4) V. Romano, ob. cit., pág. 27. Y más adelante, el 9.

de vender como *titular*, no como pignorante, una parte del crédito pignorado (1), sin intervención judicial alguna.

Además, en la hipótesis de que al acreedor pignoraticio le sucedieran varias personas, la obligación garantizada y el crédito *cedido* en garantía se dividirían entre los partícipes, estimándose como tantos derechos diferentes cuantos fuesen los sucesores. A diferencia del derecho de prenda, en el que la cosa dada en garantía es indivisible aun cuando la deuda se divida (2). Y la importancia práctica de esta diferencia es grande (3).

Y, como consecuencia del carácter de *cesión*, aunque limitada, surgen otras muchas dudas. ¿Puede el acreedor pignoraticio condonar el crédito? ¿Cómo se actúa y cómo se reparte su participación en el concurso del deudor del crédito cedido? No pagada la obligación principal y devenido el acreedor pignoraticio titular de una parte del crédito—posterior en vencimiento—, ¿qué carácter tiene el pago solamente parcial del crédito?; etc., etc.

Por otra parte, en el caso de que, incumplida la obligación garantizada, fuese vendido el crédito, el vendedor actuaría en las dos hipótesis de prenda y de cesión con caracteres distintos. En la primera vendería—como consecuencia de su derecho de prenda—un crédito ajeno; en la segunda vendería como titular del crédito cedido. Lo cual no es una pura afirmación teórica. En el supuesto de nulidad del crédito transmitido, el tercero actuaría contra el deudor pignorante en el primer caso; contra el acreedor pignoraticio en el segundo.

Estas son todas consecuencias de una teoría que, huyendo como de un fantasma de los derechos sobre derechos, ha tenido que explicar las figuras de la realidad jurídica por medio de verdaderos malabarismos. Y podemos terminar, respecto a ella, afirmando que, si bien es posible concebir una cesión limitada por un fin de garantía, ésta tiene, ciertamente, poco de común con la prenda de

(1) En el supuesto de que su cuantía fuese superior a la de la obligación garantizada.

(2) Art. 1.860, C. c.

(3) Papa, ob. cit., pág. 513, ve como consecuencia de la teoría de la cesión la necesidad de una retrocesión para hacer volver la titularidad al cedente. La objeción me parece débil, y con razón creo se le puede contestar que, al cesar el fin de garantía, en la concepción de Exner, faltaría la *causa*.

créditos. Y siempre opinaremos, con Romano (1), que «hacer surgir de la simple enunciación de tal fin toda una serie de caracteres tomados alternativamente de la institución de la cesión y de la de la prenda, ambas provistas de requisitos jurídicos claramente determinados por la ley, quiere decir confundir los unos y los otros, retorciéndolos en una configuración que no tiene base suficiente y que, además, se muestra como poco lógica y hasta contradictoria»..

6. Con todo esto creo suficientemente criticado el concepto de cesión aplicado a la prenda de créditos. Todavía se podría hablar de otras teorías de importancia menor: así, la de la sucesión constitutiva, a que nos hemos referido al principio. Pero creo suficiente lo ya dicho sobre ella.

Sin embargo, debo referirme, aunque ligeramente, a dos teorías: la de la sucesión cooptativa y la que tiende a confundir la prenda de créditos con la *cessio pro solvendo*. La primera ve en la figura que examinamos una estrafalaria cesión, en la que el cedente transfiere su derecho, pero sin que deje de existir su titularidad. En virtud de la sola enunciación de la causa de garantía nacería en tal cesión una titularidad nueva junto a la antigua, ambas unidas por una relación *solidaria*, con carácter de *co-acreedores* del deudor del crédito cedido. Y con razón se ha objetado (2) que esta cesión es condicionada y limitada al mismo tiempo. Además de ser muy dudoso que exista aquí una verdadera cesión, al faltar la transmisión del crédito (3). Pero aquí interesa sólo señalar que esta relación obligatoria solidaria activa que surge por el hecho de la cesión entre cedente y cesionario no tiene analogía ninguna con la prenda de créditos. Además de los argumentos antes expuestos referentes a la cesión, en general, sobre las diferentes consecuencias, desde el punto de vista de la *realidad* de las figuras, basta considerar que en una obligación solidaria el deudor tiene la facultad de pagar a cualquiera de los acreedores, y que cualquiera de éstos puede exigir el pago completo de la prestación: con lo que el fin de garantía puede muy bien venir a menos. Prescindiendo de las facultades de novar y remitir, que difícilmente podrían concebirse en la prenda de un crédito.

(1) Ob. cit., pág. 27.

(2) V. Hellwig, ob. cit.

(3) V. Romano, ob. cit., pág. 29; Papa, ob. cit., pág. 512.

Igualmente es de rechazar la opinión que tiende a confundirla con la *cessio pro solvendo*. Esta (1), a diferencia de la *cessio pro soluto*, es aquella cesión de un crédito que no extingue la obligación precedente en razón de la cual se efectúa el negocio. Se transmite el crédito, pero subordinando los efectos extintivos respecto a la obligación garantizada al hecho del cobro del crédito cedido. Y ya sea total o parcial la cesión (2), el negocio es siempre distinto de la prenda sobre un crédito. Podría decirse, empleando una vieja frase, que es lo mismo, pero todo lo contrario. Porque en la cesión *pro solvendo* la facultad de exigir la obligación primitiva está subordinada al incumplimiento de la cedida; y en la prenda es ésta la que se subordina al incumplimiento de la garantizada.

7. La posesión de la cosa, en la prenda, en razón del carácter mobiliario de las cosas pignoradas, tiene una función característica: la de asegurar el privilegio que de ella surge. Esta es la razón de que Chironi escriba (3) que la garantía real aparece como una especial figura de la ejecución en general: aun cuando creo más acertado decir que las garantías reales llevan como natural consecuencia una ejecución real.

Pero no es la posesión, como equivocadamente sostienen algunos, la que caracteriza como real la relación de prenda. Se piensa en la hipoteca. El carácter real de una relación de derecho aparece determinado por las consecuencias jurídicas que el derecho liga a su constitución. Y la posesión en la prenda aparece, en los códigos que expresamente tratan este punto (4), como un requisito para que el privilegio actúe su eficacia. Ciertamente que la facultad de venta es esencial a la institución. Pero ello no obsta para que la relación real pueda ser eficaz aun faltando la posesión. Robada o perdida la cosa pignorada, en razón de su derecho pignoraticio, el acreedor se subroga en las acciones del dueño de la prenda (5); y, en tal sentido, ha decidido la jurisprudencia italiana (6) que, en tal

(1) V. Coviello: «Ind. della c. pro solv. nel civ. it.», en «Foro it.», 1893, I, 1.111 y siguientes.

(2) V. Manara: «C. pro solv. ed adsignation», en «Foro it.», 1896, I, página 1.238 y siguientes.

(3) «Tratt. dei priv. del pegno e dell' ipoteca», I, págs. 4 y 6.

(4) Así el 1.882, C. c. it.

(5) Art. 1.869, párr. 2.º, C. c.

(6) App. Génova, 3 abril 1908, cit. por Romano, ob. cit., pág. 65.

caso, hasta contra el mismo deudor, el acreedor puede reivindicar la cosa en fuerza del derecho real mismo que se le confiere; y cuando en el momento de la ejecución haya readquirido la posesión podrá actuar su privilegio.

Como consecuencia, pues, nos parece indiscutible que no es la posesión la que determina, de por sí, el carácter real del derecho de prenda; constituyendo únicamente, respecto a ella, un requisito para su constitución y para la actuación de la facultad de ejecución concreta que de la realidad de la relación se desprende. Sin embargo, nos parece equivocada la conclusión de Romano (1), a quien sustancialmente hemos seguido en este punto, de que «aun cuando se constituyese sin posesión, el derecho real de prenda conservaría siempre su figura». Para nosotros, aquí, propiamente, no podría hablarse de prenda. En el derecho positivo esta relación no sería real. Y, aunque lo fuese, todo lo más se trataría de una hipoteca de cosa mueble: porque, para nosotros, es el desplazamiento de la cosa, más que su naturaleza mobiliaria o no, la que teóricamente determina la naturaleza distinta de la hipoteca y de la prenda. Así lo prueba, creemos, el origen histórico de la primera, respecto a las *invecta* y las *illata*, en el Derecho romano (2).

8. Y, entrando plenamente en el estudio de la figura, precisa preguntarse: ¿Es posible concebir la posesión del crédito dado en prenda?

La mayor parte de la teoría se inclina hacia la negativa, en razón del examen de las consecuencias jurídicas de la posesión: la protección interdictal y la posibilidad de usucapir (3). Quedan, por tanto, excluidos de ella todos aquellos derechos que no van unidos a la detentación de una cosa material. Pero, pese a la verdad del razonamiento, no es posible negar para los demás derechos—y en especial para los créditos quirografarios—la posibilidad de una posesión, aunque sea en sentido impropio. Prueba de ello es que así

(1) Ob. cit., pág. 65.

(2) V. Dusi: *Sulla cost. de pegno*. «Riv. Dir. Comm.», 1909, II. página 8 y siguientes.

(3) Brugi: «Ist. dir. civ.», pág. 362; Ruggiero: «Ist.», pág. 718, I; Finzi, ob. cit.; Windscheid: «Pond.», trad. it., v. I., pág. 362, y notas de Bonfante; Carboni: «Il poss. ed i dir. reali in gen.»; Cogliolo, ob. cit., pág. 310 y siguientes, etc.

lo reconocen la mayor parte de los autores citados. Y ésta es la razón de que los códigos de tipo romano hablen en la compraventa de créditos, de la entrega del documento (1).

Pero aún hay más: junto a este requisito, de indiscutible conexión con la *traditio* y, por tanto, con la *possessio*, en las instituciones de la cesión y de la prenda de créditos, los códigos hablan de otro igualmente importante: la notificación de la transmisión al deudor de la obligación cedida (2). Este requisito, que tiende a impedir al deudor la posibilidad de pagar útilmente al antiguo titular de la obligación transmitida, se relaciona, histórica y conceptualmente, con la tradición de la cosa. Conceptualmente, porque le asegura el pleno goce del derecho, eliminando la posibilidad antes referida: como la entrega de la cosa hace adquirir la propiedad de ella, suprimiendo el peligro de una segunda venta perfecta (3). Históricamente, porque la institución misma de la notificación «derivada de una antigua tradición jurídica por la que a la *traditio* de las cosas materiales corresponde la *denunciatio* para los créditos. Y demuestra bien Salpius (4) que la primera mención de la *denunciatio*, que después había de tener tanta importancia, como hoy, en la cesión de créditos, se halla en la I. 4, cód., VIII, 17, y propiamente a propósito del *pignus nominis*» (5).

9. La prenda supone la garantía de una obligación. En razón de la determinación de una cosa como responsable, caso de incumplimiento de una obligación, el acreedor tiene la facultad de satisfacerse mediante la venta judicial del objeto. El dueño de la cosa, ya sea el pignorante, ya un adquirente posterior, tiene su derecho limitado por la existencia de una responsabilidad mate-

(1) V. art. 1.464 C. c.; V. también el art. 430.

(2) V. Windscheid, ob. cit., I, pág. 392; D'Amelio: «Di alcuni caratteri del pegno comm.» en «Riv. Dir. Comm.», 1912, pág. 672; Cogliolo, ob. cit., página 314, etc.

(3) Por ello, aun cuando según la doctrina legal la titularidad del crédito transmitido se adquiere por la entrega del documento, caso de no haber sido notificado el deudor—y en el supuesto de que se operase una segunda transmisión por el antiguo titular a un tercero y se notificase ésta—, el deudor, salvo orden judicial de retención, pagaría útilmente pagando al segundo adquirente. Esto explica lo que arriba decimos.

(4) «Novation und Delegation nach römischen Recht.», pág. 63.

(5) Cogliolo, ob. cit., pág. 314.

rial exigible contra cualquier titular de la *res* pignorada. Hay, pues, aquí un derecho real (1).

Para que la prenda sea posible, precisa, por tanto, además de la posesión de la cosa, la necesidad de que la cosa pignorada sea enajenable. En cuanto a la discusión sobre si la facultad de vender es inherente o no a los derechos reales de garantía (2), prescindimos de ella: con razón escribe Dusi (3) que «donde se quite al acreedor por pacto la facultad de vender, se tendrá, más que un verdadero derecho de prenda, la mera concesión de un derecho de retener».

Suponiendo, pues, el derecho de prenda la titularidad (4) y la enajenabilidad de la cosa, ¿qué obstáculo se opone a que un derecho patrimonial transmisibile—o, concretamente, un crédito—sea sometido a tal relación? Ninguno. La cosa, cualquiera que sea, si tiene un valor de realización posible mediante una enajenación, puede ser entregada en prenda. Todavía más en el caso de los créditos, cuanto que, como antes dijimos, éstos aunán junto al valor de enajenación el del objeto del crédito. Y tanto el uno como el otro quedan respondiendo del cumplimiento de la obligación principal.

Sin embargo, por la razón misma de la existencia de estos dos valores, el mecanismo de la prenda de créditos no actúa igualmente en todos los casos. Precisa considerar las hipótesis de que el crédito sea de vencimiento posterior, igual o anterior al de la obligación garantizada. Y, según ellas, el acreedor pignoraticio tendrá únicamente la facultad de vender el crédito o, además, la de cobrarlo y pagarse con su valor.

Pero la última hipótesis presenta algunas dificultades, tanto respecto a los créditos de cosa como a los de dinero.

(1) Salvando, naturalmente, el principio del art. 464. Hay siempre una relación real, aunque limitada por la existencia de un precepto especial.

(2) Ferrara: «Tratt.», I, pág. 412.

(3) «Sull' obbligo della conservazione del pegno...», «Riv. Dir. Comm.», 1909. II, pág. 274.

(4) No queremos hablar de la debatida cuestión de si es posible pignorar las cosas ajenas. La exigencia de la titularidad la descarta en absoluto (véase artículo 1.857, 2.º, C. c.); y si el dueño concede esta facultad al poseedor, ello es ciertamente posible; pero la relación no presenta otra particularidad que la representación voluntaria, en virtud de la cual se constituye la prenda.

La facultad de exigir el cumplimiento del crédito vencido aparece como una consecuencia natural de la especial índole de la prenda de créditos: sin ella no podría realizarse la función de garantía. Y el objeto del crédito cobrado, tanto si consiste en cosa como en dinero (1), queda afecto a prenda en sustitución del crédito. Pero ¿cómo explicar este fenómeno extraño?

La solución, pese a las aparentes dificultades, aparece apenas se considere la naturaleza especial de la prenda de créditos, que supone necesariamente esta continuación. No basta, como a primera vista puede parecer—y como hacen los defensores de la *cesión limitada*— (2), recurrir a la presunta voluntad de las partes: el acudir a presunciones de voluntad es insuficiente y prácticamente peligroso.

Además de que aquí concurre otro elemento común a los derechos reales de garantía. La sustitución de la cosa gravada. El *commodum representationis*. Cuando la cosa objeto del derecho es, en el patrimonio de su titular, sustituida por otro valor, éste responde por aquélla. El vínculo se transmite de valor a valor. Esta es la razón de que al inmueble hipotecado se sustituya el precio de la expropiación o el seguro. Y éste es también el motivo de que en la prenda de créditos el objeto del crédito pignorado se sustituya a éste. Esto explica que la doctrina moderna prefiera, a decir que el derecho grava la cosa, decir que recae sobre un valor pecuniario (3).

10. Con todo lo dicho queda bien clara nuestra posición respecto a la figura que estudiamos. Se trata, ante todo, de un derecho sobre otro derecho. Y de un derecho real de garantía. Es una figura especial del derecho real de prenda, estando determinadas sus peculiaridades por la naturaleza incorporal de la cosa pignorada. Su naturaleza y sus consecuencias son, por tanto, en cuanto la índole de la cosa no modifique las de aquel derecho. En la práctica, pues, dada la deficiencia en los códigos—y más en el nues-

(1) En esta segunda hipótesis se constituye una prenda irregular. V. sobre ella: Claps, ob. cit.

(2) V. anteriormente el 4.

(3) Así Chironi habla de «enajenación del valor»; Ferrara y Carboni, de «derecho al valor»; Rocco, de «valor pecuniario»; Kohler, de «realización del valor»; Ruggiero, de «valor de cambio», etc., etc.

tro—de los preceptos relativos a ella, la aplicación de las normas que rigen la prenda, en general, combinadas con las exigencias de la especial naturaleza del crédito pignorado, nos dará la base para la solución de los problemas que referentes a esta figura jurídica puedan plantearse.

EDUARDO CAPÓ BONNAFOUS.

Abogado.

Jurisprudencia de la Dirección de los Registros y del Notariado

ASIENTO DE PRESENTACIÓN. TÉRMINO DE VIGENCIA. NO ES MOTIVO BASTANTE PARA PRORROGAR SU DURACIÓN EL JUSTIFICAR QUE EL DOCUMENTO QUE LO MOTIVÓ HABÍA SIDO PRESENTADO EN LA ABOGACÍA DEL ESTADO PARA LA DECLARACIÓN DE EXENCIÓN DEL IMPUESTO DE LOS ACTOS O CONTRATOS EN ÉL CONTENIDOS, UNA VEZ RECAÍDO ACUERDO EN ESTE SENTIDO DIMANANTE DE UN MINISTERIO.

Resolución de 14 de Enero de 1931. (Gaceta de 3 de Marzo de 1931.)

Don Sixto Marín Cano, Gerente de la Compañía mercantil anónima para la construcción de casas baratas, «S. A. Tabladilla», dirigió instancia al Registrador de la Propiedad de Sevilla, Mediódía, en la que, con referencia a una escritura de constitución de dicha Sociedad y aportación de terrenos que había sido objeto de presentación en el Diario y retirada para su previa liquidación, solicitaba se hiciese constar, por medio de nota al margen del asiento de presentación, la suspensión del plazo de treinta días de vigencia del mismo, fundando su petición en que se trataba de actos exentos de toda clase de impuestos, caso de ser aprobados los Estatutos, declaración que se había solicitado del Ministerio correspondiente, y que por no haber recaído había solicitado prórroga extraordinaria del plazo para la presentación de la escritura correspondiente.

El Registrador de la Propiedad «no admitió la prórroga que se

solicitaba porque la razón que para ello se alega no se halla comprendida en el párrafo tercero del artículo 246 de la ley Hipotecaria ni en ningún otro precepto de la misma y de su Reglamento, defecto insubsanable».

En el recurso interpuesto, el Presidente de la Audiencia de Sevilla confirmó la nota del Registrador, y la Dirección general confirma el auto apelado, con las siguientes consideraciones :

A tenor del párrafo tercero del artículo 246 de la ley Hipotecaria, en el caso de que no se hubiese pagado el impuesto porque la oficina o funcionario encargado de liquidarlo o recaudarlo hubiese consultado a sus superiores alguna duda sobre dichos particulares, se suspenderá el término de los treinta días que dura el asiento de presentación, y dado el carácter excepcional de este precepto, así como la naturaleza fatal e improrrogable del plazo aludido, es necesario que concurren para la aplicación del mencionado párrafo los siguientes requisitos : 1.º, que se hubiere solicitado alguna operación relativa al impuesto de que hace mención el artículo 245 de la Ley ; 2.º, que la falta de pago hubiera sido motivada porque la oficina correspondiente tuviera alguna duda sobre la liquidación o recaudación del impuesto ; y 3.º, que la misma oficina o funcionario hubiere consultado a sus superiores jerárquicos sobre dichos particulares.

El recibo expedido por el Oficial del Registro de la Abogacía del Estado de Sevilla, unido a este expediente, no justifica ninguna de las tres circunstancias indicadas o por lo menos las dos últimas, puesto que solamente acredita que el Gerente de la Compañía anónima «Tabladilla» aparece pidiendo ampliación extraordinaria del plazo para la presentación en aquellas oficinas de la escritura de constitución de dicha Compañía, y funda su petición en la particularidad de no haber sido aprobados los Estatutos respectivos y la aportación de terrenos por el Ministerio de Trabajo.

La Resolución dictada por este Centro en 24 de Junio de 1874, a consulta del Registrador de la Propiedad de Muros, pone de relieve la importancia de la fecha del asiento de presentación, la obligación de inscribir o anotar dentro del plazo de su vigencia, el carácter fatal e improrrogable del mismo término fuera de los casos taxativamente señalados en los artículos 66 y 246 de la Ley y la prohibición de que los Registradores dilaten indefinidamente

el despacho de los títulos presentados en su oficina, supuesto que se daría con frecuencia, si se admitiese como causa de suspensión del plazo de vigencia del asiento de presentación la necesidad de realizar diligencias o completar requisitos para beneficiar al título presentado.

Si bien la doctrina de la Resolución de 12 de Noviembre de 1874 y de la consulta de 29 de Septiembre de 1879, relativa a la admisión de un recurso gubernativo, transcurridos los términos señalados para la duración del asiento de presentación, no es perfectamente aplicable a la cuestión ahora discutida por haber sido promovido este recurso en tiempo y forma, lo es, en cambio, en cuanto exige una nueva presentación del título calificado que no se halle amparado por el asiento hecho en el Diario, y debe imponerse al Registrador en este expediente, por analogía con lo dispuesto en el artículo 82 del Reglamento hipotecario, la obligación de cancelar de oficio la nota marginal que hubiera dejado subsistente el asiento de presentación, de suerte que sólo con otra nueva podrá ingresar en el Registro la escritura otorgada en 19 de Agosto de 1930, caso de que con posterioridad a la nota recurrida se hubiesen aprobado los Estatutos y la aportación de terrenos a que se refiere.

DERECHO HEREDITARIO. LA EXIGENCIA DEL ARTÍCULO 245 DE LA LEY HIPOTECARIA QUEDA CUMPLIDA SI LOS DOCUMENTOS CONTIENEN NOTA DEL LIQUIDADOR DE HABER SATISFECHO EL IMPUESTO, O SU PRESCRIPCIÓN, O EL APLAZAMIENTO DE PAGO. PROCEDE INSCRIBIRSE EN FAVOR DEL COMPRADOR DEL DERECHO HEREDITARIO A UNO DE LOS HEREDEROS LA PORCIÓN QUE A ÉSTE SE ADJUDICÓ EN LA PARTICIPACIÓN YA INSCRITA, AUNQUE EN LA ESCRITURA DE VENTA, ANTERIOR A AQUÉLLA, NO SE DESCRIBAN LAS FINCAS O DERECHOS, PORQUE EL COMPRADOR QUEDA EN RELACIÓN DOMINICAL DIRECTA CON LOS ELEMENTOS DE LA MASA HEREDITARIA, Y EL ACTO TRANSMISIVO QUEDA CENTRADO CON LAS SOLAS CARACTERÍSTICAS DEL FALLECIMIENTO DEL CAUSANTE, JUSTIFICACIÓN DE LA CUALIDAD DE HEREDERO, CUOTA Y ACEPTACIÓN. CAPACIDAD DE LOS RELIGIOSOS, Y CONDICIÓN DE LOS ACTOS POR ÉSTOS REALIZADOS EN CONTRADICCIÓN A LOS VOTOS.

Resolución de 29 de Diciembre de 1930. (Gaceta 12 Marzo 1931.)

El año 1926, y ante el Notario de Madrid D. Toribio Gimeno Bayón, doña Eugenia Martínez Pineda, en religión Josefina, vendió a D. Fernando Pineda Sánchez Ocaña todos los derechos que pudieran corresponderle en la herencia de su abuela doña Rosario Sánchez Ocaña, como heredera de ésta, por cualquier concepto y especialmente con respecto a finca determinada, subrogándose, como es natural, el comprador en la personalidad de la vendedora. Al satisfacer este documento el impuesto de Derechos reales por el concepto de cesión, la Abogacía del Estado de Madrid declaró sujeto a revisión el mencionado contrato.

En el año 1928, y ante el Notario de Madrid D. Camilo Avila, se protocolizaron las operaciones testamentarias de la causante doña Rosario, por el contador por ésta nombrado, D. José Gavilán y Díaz, el que para nada tuvo en cuenta la cesión arriba dicha, quien distribuyó el caudal entre los herederos, adjudicándose la cantidad de 10.969,76 pesetas a la referida vendedora doña Eugenia.

Esta participación fué inscrita en el Registro de la Propiedad de Salamanca, y al presentarse con posterioridad en éste la escritura de venta del año 1926, y la referida partición como complementaria, obtuvo nota de remisión a la calificación hecha en el primer documento, que fué de suspensión, «porque en el orden fiscal se limitaron los efectos del pago del impuesto al trámite de revisión por comprobación de la herencia, trámite incumplido; y en el jurídico hipotecario, porque se han omitido la descripción del inmueble y circunstancias que afectaban a la capacidad de la vendedora en su calidad de religiosa profesa».

El Presidente de la Audiencia de Valladolid confirmó la nota del Registrador de la Propiedad de Salamanca, y la Dirección general revoca el auto apelado y la nota del Registrador con las siguientes consideraciones:

Las funciones de los Registradores de la Propiedad, en lo que al artículo 245 de la ley Hipotecaria se refiere, quedan cumplidas si los documentos presentados contienen nota firmada por el Liquidador del impuesto, acreditando su pago o que está pres-

crita la acción para exigir su devengo, o que el acto o contrato se halla exento, o que debe aplazarse su exacción, y esta doctrina, que señala los límites dentro de los cuales ha de mantenerse el encargado del Registro, no autoriza para subordinar la inscripción de un derecho inscribible, cuya transmisión ha tributado, al trámite de revisión comprobatoria cualesquiera que sean las declaraciones que sobre la validez, eficacia y vigencia del mismo hiciese el Liquidador, y las acciones que a la Hacienda pública competen.

La cesión de cuota hereditaria realizada por medio de escritura pública sin llegar a transmitir la cualidad de heredero con las características personales y familiares del caso, faculta al cesionario para ejercitar las acciones y derechos que la Ley confiere al cedente en orden a la custodia, aprovechamiento, distribución y adjudicación de los bienes hereditarios.

De los artículos 1.000, 1.067 y 1.464 del Código civil se desprende con toda evidencia que dicho acto jurídico no engendra meras relaciones obligatorias, sino que transfiere el derecho a la cuota correspondiente desde el patrimonio del coheredero al del adquirente, y no sólo coloca a este último en el puesto del cedente, de suerte que pueda pedir por su propia autoridad la partición hereditaria, sino que le pone en relación dominical directa con los elementos de la masa relicta.

Si a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.057 del mismo texto legal, el comisario a quien el testador haya encomendado la facultad de hacer la partición impone sus declaraciones a los herederos, cuya aprobación no es indispensable para inscribir las operaciones correspondientes, ninguna alteración puede introducir en la materia el hecho de que uno de los coherederos haya transferido a otro o a un extraño su cuota hereditaria, y como los documentos y actos intervivos o *mortis causa* que subroguen a una o varias personas en el puesto de uno o varios de los coherederos no caen bajo la competencia del comisario y son en cierto modo extraños a las funciones distributivas que el testador le ha conferido, es necesario concluir que la consumación de la venta otorgada por uno de los coherederos antes de formalizarse la partición haya sido o no inscrita en el Registro de la Propiedad, solamente puede autenticarse uniéndola en un solo título, aunque

los documentos sean varios, el instrumento particional y el que acredite la venta convenida mientras la herencia se hallaba en pro indivisión.

En la cesión autorizada por D. Toribio Gimeno Bayón a 23 de Febrero de 1926, doña Eugenia Martínez de Pineda como heredera de su abuela doña Rosario Sánchez Ocaña, transmitió todos los derechos que por el mismo concepto le correspondieran a D. Fernando de Pineda y Sánchez Ocaña, le subrogó totalmente en su personalidad como heredera de su abuela para que adquiriera por el solo otorgamiento cuantos derechos tuviera o pudiera tener la vendedora y le autorizó para ejercitar cuantas facultades correspondieran a la misma, directa o indirectamente, y para que ostentara en las operaciones de testamentaría de doña Rosario Sánchez Ocaña la plena personalidad de la vendedora y fuera adjudicatario de cuanto en su virtud se le atribuyera en dichas operaciones, por lo cual debe estimarse como auténticamente demostrado que la cedente no ha adquirido para sí los bienes que el comisario D. José Gabilán Díaz le había adjudicado, en el cuaderno particional elevado a escritura pública el 17 de Diciembre de 1928.

La descripción de los inmuebles que comprenda la cesión de una porción hereditaria ni es posible cuando el acto se otorga en el oportuno momento, o sea antes de la partición, por carecer el cedente de facultades para enajenar cosas determinadas del caudal hereditario, ni es congruente con una transmisión que no implica responsabilidad o evicción por cada objeto y que puede hacerse según frase del artículo 1.531 del Código civil «sin enumerar las cosas de que se compone», aun cuando se trate de la totalidad de la herencia.

Si en general los documentos intervivos han de contener la descripción de fincas o derechos con arreglo a los artículos 9.º de la ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento; aquel en que se acredita la transmisión de una cuota hereditaria participa en cierto modo de la universalidad del testamento y no prejuzga los bienes, derechos y acciones que integran el activo ni las deudas, responsabilidades o bajas que forman el pasivo, siendo necesarias y suficientes las características de la muerte del causante,

declaración de heredero, cuota y aceptación para centrar el acto transmisivo.

En cuanto a la exigencia de las formalidades requeridas por el derecho canónico para la enajenación de bienes, si se comprende la capacidad de los Religiosos en el grupo de las materias jurídicas concordadas entre la Santa Sede y Su Majestad Católica, la situación anterior al Codex, cuyo canon 3.º deja en pie las convenciones celebradas con las diversas naciones no han sufrido variación, y si se entiende que no era cuestión concordada, aunque en la redacción del Código civil intervinieran obispos respetables «que han levantado su voz en el Senado» (como dice la exposición que precede a la segunda edición oficial), para que hubiera la igualdad debida entre todos los ciudadanos sin distinción de profesión y estado de eclesiásticos y seglares tampoco puede admitirse que asunto de tal gravedad como el discutido y en que la Sección de la Comisión de Códigos había procurado marchar de «acuerdo con los dignos Prelados de la Iglesia» sea objeto de innovaciones y cambios radicales por el simple hecho de que se haya concedido el pase al «Codex juris canonici».

Aun en el supuesto de que hubiera de aplicarse las disposiciones del «Codex» no preceptúa el canon 579 sobre que se funda el auto apelado que se tengan por nulas las enajenaciones hechas sin la autorización de Ordinario por Religiosos con votos simples, sino, antes al contrario, el único párrafo de que consta pone de relieve que la profesión simple, temporal o perpetua, no provoca la nulidad de los actos realizados en contradicción a los votos, sino la mera ilicitud de aquéllos (*actus votis contrarios redit illicitos sed non invalidos*).

PROCEDIMIENTO DE APREMIO EN FAVOR DE LA HACIENDA. DEBEN ACUMULARSE, A TENOR DEL ARTÍCULO 164 DEL ESTATUTO DE RECAUDACIÓN, AL PROCEDIMIENTO INCOADO LOS DÉBITOS SUCESIVOS EN QUE INCURRAN LOS CONTRIBUYENTES MOROSOS. TRAMITADO EL EXPEDIENTE AL AMPARO DE DISPOSICIONES DEROGADAS, SE HAN APLICADO TEXTOS LEGALES QUE ACREDITAN HABER SIDO REQUERIDO DE PAGO EL DEUDOR, PUDIENDO, ADEMÁS, EL REGISTRADOR EXIGIR LA PRESENTACIÓN DE LOS ACUERDOS DE LOS DELE-

GADOS DE HACIENDA QUE ACREDITEN EL CUMPLIMIENTO DE TAL REQUISITO.

Resolución de 30 de Diciembre de 1930. (Gaceta 13 Marzo 1931.)

En escritura otorgada de oficio por un Agente auxiliar de la Recaudación de Contribuciones ante el Notario de Andújar don Rafael Rodríguez, en rebeldía del deudor D. Francisco Funes, puso el Registrador de dicho partido nota de no admisión de la inscripción «del precedente documento por resultar del examen del mismo, que adolece de los siguientes defectos: 1.º No obstante haberse iniciado el apremio para hacer efectivas 498,96 pesetas por industrial, concepto «Espectáculos», y anotado el embargo en el Registro, se continuó la tramitación incluyendo 223,01 pesetas por distinto concepto tributario, cual lo es el de «Urbana», sin que por esa mayor cantidad aparezca trabado embargo ni ampliado el primitivo. 2.º Porque no aparece notificado al acreedor hipotecario, D. Antonio Garzón Méndez, el acto de la subasta antes de la publicación de los anuncios, cual ordena el artículo 117 del vigente Estatuto de Recaudación. 3.º Porque incoándose el apremio a virtud de certificaciones de descubiertos, no se requirió de pago al deudor, o, por lo menos, no resulta requerido, requisito que establece el apartado 2.º del artículo 134 de dicho Estatuto, defectos todos ellos que llevan aparejados la nulidad del procedimiento.»

Subsanados por escritura aclaratoria los defectos, insistió el Registrador en su calificación por lo que hace referencia a los defectos 1.º y 3.º de su nota, revocó éstas el Presidente de la Audiencia de Granada, y la Dirección general confirma el auto apelado, fundamentando así su resolución:

En cuanto al primero de los defectos señalados en la calificación, de los documentos presentados en el Registro aparece con toda claridad que, iniciado el apremio contra D. Francisco Funes Pineda por el concepto de «Industrial-Espectáculos», fué ampliado el expediente a otro descubierto por contribución urbana, y aunque las observaciones del Registrador de la Propiedad contra esta acumulación de débitos procedentes de varios impuestos (cuya diferente naturaleza y garantías hipotecarias pueden provocar con-

fusiones) tendrían en algunos supuestos cabal justificación, es lo cierto que en el caso discutido se ha observado el artículo 164 del Estatuto de Recaudación, a cuyo tenor deben acumularse al procedimiento iniciado los débitos sucesivos en que incurran los contribuyentes deudores, sin que haya reclamado el acreedor hipotecario debidamente citado, ni la persona contra la que se dirigió el procedimiento ejecutivo, ni ninguna otra que alegase suposición de tercero protegido por el Registro, por lo que ha de estimarse, con el informe aprobado por la Dirección general de lo Contencioso, que es beneficiosa para los interesados la acumulación decretada, por la economía de diligencias y gastos que impondría la incoación de un nuevo expediente, máxime si había de ser causada por el importe de descubiertos que gravitasen sobre la finca y se hallasen protegidos con hipoteca legal.

Por lo que toca al último de los defectos, si bien el requerimiento de pago al deudor, ordenado por el párrafo 2.º del artículo 134 del mismo Estatuto, es un requisito fundamental, cuyo cumplimiento ha de vigilar el Registrador de la Propiedad como garantía suprema de los derechos individuales tutelados por la inscripción, no debe olvidarse que el expediente discutido se ha tramitado al amparo de disposiciones derogadas por aquel texto reglamentario, y que el artículo 3.º del Real decreto de 2 de Marzo de 1926, complementado por el Reglamento de 30 de Marzo y Real orden de 11 de Octubre del mismo año, han sido aplicados, toda vez que, según lo hace observar el acuerdo del Delegado de Hacienda de 4 de Enero de 1930, cuya presentación puede exigir el Registrador, si es que no ha sido presentado, el expediente empieza con la diligencia solicitando de la Alcaldía de Andújar la entrada en el domicilio del deudor, y en los primeros folios aparece la diligencia de embargo, en la que el deudor manifestó que por su precaria situación no podía satisfacer el descubierto.

VENTA DE BIENES LEGADOS CON RESERVA DE DERECHOS EVENTUALES.

LA ADJUDICACIÓN DE BIENES EN VIRTUD DE LEGADO A UNA PERSONA, CON LA CONDICIÓN DE QUE SI FALLECIERE SIN DESCENDENCIA PASARÁN A SER PROPIEDAD DE OTRAS QUE SE NOMBRAN, NO.

IMPLICA UNA SUSTITUCIÓN A FAVOR DE LOS HIJOS, PORQUE LOS LLAMAMIENTOS A LA SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA HAN DE SER EXPRESOS, TENER TAL NOMBRE E IMPONER AL SUSTITUÍDO LA TERMINANTE OBLIGACIÓN DE ENTREGAR LOS BIENES AL SEGUNDO HEREDERO ; POR LO CUAL, APARTE OTRAS RAZONES, ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA POR LA QUE EL LEGATARIO VENDE PARTE DE LO LEGADO A LAS MISMAS PERSONAS A LAS QUE, SEGÚN EL TESTAMENTO, HABÍA DE PASAR LA PROPIEDAD EN EL SUPUESTO DE FALTA DE DESCENDIENTES.

Resolución de 31 de Diciembre de 1930. (Gaceta 13 Marzo 1931.)

Don Juan Cuenca hizo en su testamento un legado a favor de su hijo D. Juan Manuel Cuenca del Coso, bajo las condiciones de que «los bienes que se aplicaren al pago del mismo jamás pasarán a ser propiedad de los ascendientes del legatario ni de sus hermanos por parte de madre, si los tuviese. Que si el legatario falleciese sin descendencia, dichos bienes pasarían a ser propiedad de Manuela o Juana Cuenca ; que si el legatario promoviese litigio con motivo de la testamentaria, quedaría nulo el legado de las 15.000 pesetas, y que los bienes que se apliquen para pago de este legado durante la menor edad del legatario no han de poder ser enajenados».

Dicho legatario vendió parte de una de las fincas que se le adjudicaron en pago de dicho legado a las mismas doña Juana y doña Manuela, a cuyo favor estaba reservado el derecho eventual, y en la escritura que al efecto autorizó el Notario D. Alejandro Arizcún figura, entre otras, la estipulación que dice : «Quinta. Declaran los señores otorgantes y solicitan del señor Registrador que así se haga constar en el Registro, que respecto a las fincas vendidas ha desaparecido con esta venta toda condición y reserva, pues con su enajenación no es posible el pago de ellas desde el señor Cuenca a su línea materna ; se ha extinguido, por confusión de derechos, la reserva de derechos eventuales establecida a favor de las compradoras, y es notorio que el vendedor no ha promovido litigio con motivo de la testamentaria en que se le adjudicó el legado, y ha cumplido la mayor edad.»

El Registrador de la Propiedad de Alcalá de Hénares no

admitió la inscripción de dicha escritura «porque el vendedor tiene limitadas sus facultades de vender, y los otorgantes no pueden concertar consolidación de derechos eventuales para pedir que se haga constar en el Registro la extinción de las limitaciones con que adquirió la finca D. Juan Manuel Cuenca del Coso, sino que, por el contrario, los compradores, en todo caso, tienen que aceptar expresamente dichas limitaciones y las consecuencias que de las mismas se pudieran derivar».

Interpuesto recurso, confirmó el Presidente de la Audiencia de Madrid la nota del Registrador, y la Dirección general revoca el auto apelado y la nota del Registrador, con los siguientes razonamientos:

La cláusula del testamento de D. Juan Cuenca Martínez, en cuya virtud, si el legatario D. Juan Manuel Cuenca del Coso falleciese sin descendencia, los bienes que se adjudicaren en pago de este legado pasarán a ser propiedad de Manuela o de Juana Cuenca Abad, no implica una sustitución a favor de los hijos que el mismo D. Juan Manuel pudiera tener: 1.º, porque equivale a una institución en pleno dominio, pero sujeta a la condición de que el legatario *sine liberis decesserit* y en la cual el derecho del adquirente a título singular queda purificado por el mero hecho de fallecer sin descendencia; 2.º, porque la regla *positus in conditione positus in substitutione*, ni se ha admitido como general en el derecho español, ni responde a una presunción incontrovertible de que la persona designada al fijar la condición debe ser reputada como sucesora directa del testador; 3.º, porque los argumentos que pudieran fundarse sobre la existencia de una sustitución fideicomisaria que impusiera a D. Juan Manuel la conservación y transmisión a sus hijos del legado discutido, no se concilian con los artículos 783 y 785, número 1.º, del Código civil, a cuyo tenor, para que sean válidos los llamamientos a la sustitución fideicomisaria, deberán ser expresos y no surtirán efectos los que se hagan sin darles tal nombre y sin imponer al sustituido la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero, y, en fin, porque las razones de equidad que pudieran servir para apoyar la opinión contraria y llamar como herederos a los hijos puestos en condición, no son aplicables, según las Resoluciones dictadas por este Centro en 11 de Julio de 1923 y 8 de Mayo de 1924, para

decidir las cuestiones surgidas en los territorios sujetos al derecho común.

Una vez interpretada la aludida cláusula en el sentido de que si D. Juan Manuel Cuenca del Coso falleciera con descendencia, se entiende que desde el primer momento ha tenido la propiedad de los bienes relictos, y se diera el supuesto contrario de fallecer sin descendencia, ha de pasar la propiedad a doña Manuela y doña Juana Cuenca Abad, queda demostrado que todas las facultades de disposición sobre las fincas objeto de este recurso corresponden a las tres personas indicadas, de suerte que al transferir el repetido D. Juan Manuel Cuenca del Coso, por virtud de la escritura otorgada a 28 de Abril de 1930, con el número 483 del protocolo del Notario Sr. Arizcun, a doña Manuela y doña Juana Cuenca Abad, las fincas segregadas de la que él había adquirido por testamento, han desaparecido la condición y reserva mencionadas en la cláusula discutida y se ha confundido el derecho correspondiente al vendedor con los que pertenecían a las compradoras, cualquiera que fuese el contenido de todos ellos.

Como una consecuencia de los anteriores razonamientos, resulta evidente la capacidad de doña Juana y doña Manuela, en quienes se han concentrado todas las facultades dispositivas y los derechos que integran el dominio, para solicitar la inscripción de las fincas como de su exclusiva propiedad, por consolidación de los derechos que al vendedor y a las compradoras ha conferido el *de cujus* y para adquirir el pleno dominio de los inmuebles sin las limitaciones a que la nota calificadora y el auto recurrido hacen referencia.

RECURSO DE QUEJA. NO SE ESTIMA EL INTERPUESTO POR UN REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD CONTRA JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA, PORQUE, AUN RECONOCIENDO Y PROCLAMANDO LA LEGALIDAD DE SUS ALEGACIONES, NO APARECEN DEL EXPEDIENTE LOS DETALLES DE LAS ACLARACIONES PEDIDAS NI HABERSE REDACTADO EL OFICIO DE REMISIÓN DEL ARTÍCULO 137 DEL REGLAMENTO.

Resolución de 19 de Enero de 1930. (Gaceta 18 Marzo 1931.)

El Registrador de la Propiedad de Mataró formalizó recurso

de queja fundándose en las siguientes razones: Que se le había dirigido por el Juzgado de primera instancia del distrito del Oeste, de Barcelona, un mandamiento para cancelación de inscripciones y anotaciones determinadas, y al calificarlo observó algunos defectos, para cuya sustanciación fué retirado el documento; que en nueva providencia del expresado Juzgado, en que de hecho se reconocían los defectos, se le ordenó la indicada subsanación, al propio tiempo que se le compelió para que efectuase las cancelaciones acordadas «sin excusa ni pretexto y bajo apercibimiento de lo que haya lugar»; que tal conminatoria implicaba un abuso de autoridad, dada la independencia absoluta que la Ley atribuye al Registrador para calificar toda clase de documentos, sin que ninguna autoridad pueda coartar el ejercicio de su privativa misión; y que, de acuerdo con el Real decreto de 3 de Enero de 1876 y Real orden de 29 de Mayo de 1925 y Resolución de este Centro de 7 de Abril de 1925, entre otras, solicitaba se dispusiera la supresión de cuanto significaba apremio o coacción, sin perjuicio de sancionar la extralimitación cometida.

El Presidente de la Audiencia de Barcelona, previos informes del Juez y del Fiscal, desestimó la queja del Registrador, y la Dirección general confirma el auto apelado, con las siguientes razones:

Para cumplimentar el auto aprobatorio del remate o adjudicación a que se refiere la regla 17 del artículo 131 de la ley Hipotecaria y cancelar las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca que haya garantizado el crédito del actor, es requisito indispensable, si el Registro presenta dificultades a una cancelación general, la consignación de las circunstancias características de los mismos asientos, porque pueden existir algunos directamente derivados de las cargas anteriores y preferentes, cuya subsistencia deba reconocerse con sujeción a las reglas 8.^a, 10.^a y siguientes del mismo artículo, o que, lejos de perjudicar, favorezcan al mismo adquirente, como en el caso decidido por la Resolución de 11 de Diciembre de 1928.

Desde la Orden de 24 de Noviembre de 1874, dictada para resolver en términos claros y precisos, con arreglo a la letra y espíritu de la ley Hipotecaria, la competencia de los Registradores en la calificación de los documentos judiciales, se ha puesto de

relieve la alta misión que a dichos funcionarios encomienda la ley Hipotecaria y en el artículo 1.º del Real decreto de 3 de Enero de 1876, se ha establecido que los Jueces y Tribunales pueden compeler en otra forma que por medio de los recursos señalados en la citada ley a los Registradores para que inscriban, anoten o cancelen en virtud de documentos judiciales, debiendo los Registradores acudir en queja al Presidente de la Audiencia respectiva cuando fueren apremiados por los Jueces o Tribunales que conocieren de algún negocio civil o criminal.

Lejos de haberse derogado el contenido de tales disposiciones (recogidas en el Reglamento de 1915), la doctrina de este Centro ha venido precisando el alcance de las funciones hipotecarias como procedimientos especiales asimilables a los de jurisdicción voluntaria, y el concepto del Registrador, como delegado del Poder administrativo, ya que no es Juez territorial en el específico sentido de la frase, a quien la Ley encomienda la tutela de los derechos reales inscritos, sin que esta tendencia doctrinal implique elevación de ciertos funcionarios públicos en desprestigio de otros, sino acatamiento y obediencia al ordenamiento jurídico, que se halla por encima de todos.

La frase «lleve a efecto dicha cancelación por el Registrador de la Propiedad de Mataró, sin excusa ni pretexto y bajo apercibimiento de lo que haya lugar», no exterioriza los mutuos respetos que se deben los Jueces de primera instancia (con mayor razón los municipales que los sustituyan en sus funciones) y los encargados de aquellas oficinas, por delegación del Poder público, ni responde a la cordialidad con que ambos Cuerpos desenvuelven su actividad para el mejor servicio de la Justicia y de la Nación.

Mas no es posible valorar en el presente caso la conducta de ambos funcionarios y las circunstancias que hayan motivado la extensión del segundo mandamiento de cancelación, porque no aparecen del expediente los detalles de la respectiva aclaración, y tampoco parece haberse redactado el oficio de remisión a que alude el artículo 137 del Reglamento, explicando las razones en que fundase el Registrador su negativa o suspensión.

LUIS R. LUESO,
Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia administrativa del impuesto de Derechos reales

XII

Giradas unas liquidaciones en 1924 y seguido procedimiento de apremio para su pago, es completamente extemporánea la reclamación que con el nombre de recurso de nulidad ha entablado el interesado, recurso en absoluto improcedente, si no hay error en el fondo, demostrado plenamente.

El recurso de nulidad se ha fundado en el artículo 1.º del artículo 105 del Reglamento de 29 de Julio de 1924, el cual lo establece para los casos en que la resolución impugnada se ha dictado con evidente error de hecho que afecte a la cuestión de fondo, siempre que tal error resulte plenamente demostrado con prueba documental o pericial unida al expediente; el acuerdo recurrido no entró en el fondo, es decir, en el examen de las liquidaciones impugnadas, sino que se redujo a la cuestión de plazo, declarando extemporáneo el recurso por haber transcurrido mucho más del que otorga el artículo 62 del Reglamento de Procedimiento; tal recurso sólo prosperaría si se demostrase error en esos pronunciamientos mediante prueba documental o pericial, y lejos de ser así, aparece que la resolución se ajustó a lo debido, pues consta unida la cédula de notificación de la liquidación al interesado y ha transcurrido no sólo más de los quince días del artículo 62 del Reglamento citado, sino hasta el extraordinario de cinco años a que se refiere el artículo 6.º del citado Reglamento;

es, pues, inadmisibile el recurso de nulidad. (Acuerdo del Tribunal Central de 28 de Octubre de 1930.) 266 de 1929.

XIII

Ocultación. Descubierta, al comprobar una declaración de utilidades, que se había pagado en una herencia no por todos los bienes del balance último de la Sociedad formada por el socio difunto y por otro, sino sólo por parte de ellos, procede girar liquidación por todos los incluidos en el activo, con la deducción de una partida de marcos papel, por no tener valor. No deben excluirse los demás datos del pasivo si no se acreditan con documentos con fuerza ejecutiva. Las letras de cambio aún no protestadas, si han prescrito, no deben deducirse. Debe imponerse multa de 100 por 100.

El expediente versa sobre la existencia de nuevos bienes no incluidos en las declaraciones de los herederos, y no sobre la comprobación de los declarados, basado en los artículos 35 de la ley y 166 al 168 del Reglamento: tal existencia aparece de la declaración hecha ante el Jurado de estimación de utilidades en el último balance como bienes del causante, sin computar operación alguna de caja; cualquiera que sea la eficacia que a los efectos del impuesto de Derechos reales se conceda a las partidas del balance, no puede dudarse de la existencia de los créditos y muebles que forman parte de él, ya que son el activo social, y únicamente debe excluirse una partida de marcos alemanes, por su notoria falta de valor, consignándose la correspondiente partida; las demás partidas del balance, no pueden rebajarse de las demás partidas del pasivo por no acreditarse la deuda con documento que lleve ejecución consigo, a tenor de los artículos 101 del Reglamento y 1.429 de la ley de Enjuiciamiento; las letras protestadas cuyas actas de protesto se han presentado, no pueden deducirse, porque si bien reúnen los requisitos de ser ejecutivos, según el artículo 1.429, número 4, de la ley de Enjuiciamiento civil y 521 del Código de Comercio, ha prescrito la acción por el transcurso de tres años, según el artículo 950 de éste; la base liquidable será, pues, obte-

nida deduciendo del activo, según el último balance, lo que se pagó en liquidación provisional y los billetes marcos sin valor, sin ninguna otra deducción e imponiendo multa del 100 por 100 por haberse descubierto una ocultación después de practicada la liquidación definitiva. (Acuerdo del Tribunal Central de 13 de Mayo de 1930.) 264 de 1929.

XIV

La base para comprobación en la herencia de un marido es el líquido imponible con que figura en la rectificación del Catastro al morir, deducida la cantidad que sirvió de base para liquidar la de la mujer, con tal de que en la misma certificación conste, con referencia al año correspondiente, que los bienes de la mujer se amillaron a nombre del marido y que se acredite el pago hecho por la herencia de la mujer.

Al fallecer la esposa se liquidó su herencia, consistente en treinta fincas, que se comprobaron mediante tasación por no estar amilladas a nombre de aquélla; al fallecer el marido se presentó, para comprobación de valores, una certificación del Catastro en que constaba: 1.º Que del líquido imponible de las fincas amilladas a nombre del marido, parte procedía de un apéndice de alteraciones de hacía treinta años, en que se amillaron a nombre del mismo marido treinta fincas que pertenecían en propiedad a la mujer (como es práctica muy frecuente y aun constante en Galicia y otras regiones). 2.º Que el líquido imponible de las fincas propias de la mujer debía deducirse del que figuraba a nombre del marido en el amillamiento (al efecto de hallar el líquido imponible de las fincas que aparecían a nombre de éste). 3.º Pero esa diferencia no constituía el verdadero líquido imponible del marido, sino que sólo lo era la mitad, por ser los bienes amillados a nombre del marido gananciales, y 4.º Que, por lo tanto, para comprobar debía tomarse como base en cuanto a los bienes del marido de que se trata, la mitad de la diferencia entre los bienes amillados a nombre del marido y los de las treinta fincas propias de la mujer.

La oficina liquidadora prescindió de las aclaraciones y deducciones que se hacían en la precitada certificación del amillaramiento y capitalizó todos los líquidos imponibles que aparecían a nombre del marido, sin deducción alguna. Los particulares reclamaron, pidiendo que se fijase como base liquidable de los bienes del marido la diferencia entre los matrimoniales amillardados a nombre del marido y los propios de la mujer, según constaba en el mismo amillaramiento, y que se deduzca de esa diferencia (para hallar los verdaderos bienes del marido) la mitad de ganancias propios de la mujer. El Provincial lo desestimó porque, según los artículos 48 y 75 del Reglamento, son bienes del causante todos los que están a su nombre en el amillaramiento. El Tribunal Central admite la primera, pero no la segunda reclamación, conforme a la certificación del Catastro, si bien todos los bienes del matrimonio constan a nombre del marido. Consta en la misma certificación, con referencia al apéndice del amillaramiento del mismo Ayuntamiento, que se hicieron amillarar a nombre del marido los bienes propios de la mujer, y por ello debe deducirse, como hace la certificación, ese líquido, propio exclusivamente de la mujer, para hallar el del marido, tanto más cuanto que al morir la mujer se liquidó ya su herencia, si bien acudiendo a tasación pericial por no haber bienes amillardados a su nombre; en cuanto a la deducción de ganancias hecha en la misma certificación, no es procedente, por no estar basada en los amillaramientos, sino en una operación posterior de la sociedad conyugal hecha en la certificación, sin autoridad legal alguna, pues ello es sólo propio de los albaceas o herederos. (Acuerdo del Tribunal Central de 29 de Abril de 1930.) 267 de 1929.

XV

La existencia de bienes en poder de un heredero, si se han adquirido del causante por aquél menos de un mes antes de morir éste, determina su inclusión en la masa hereditaria sujeta a la liquidación. Igualmente han de liquidarse los que figuran en los amillaramientos a nombre del causante, aun cuando el he-

redero afirme que aquél se los vendió mucho antes. La multa procedente, por no haber hecho la declaración correspondiente, es del 50 y no del 100 por 100.

Requerido un heredero para que presentara los documentos necesarios, a fin de liquidar una herencia, presentó como único bien un pagaré en que constaba un crédito dejado por el causante; por manifestaciones del heredero se supo que el causante vendió al heredero mismo varias fincas mediante escritura pública otorgada veintinueve días antes de su muerte; y finalmente, por las certificaciones del amillaramiento, se vino a conocer existían a nombre del causante otras fincas, aun cuando el heredero afirmaba que él las había comprado mucho antes.

Se fija, en consecuencia, la siguiente doctrina por el Tribunal Central:

Según el artículo 7.º de la ley del impuesto y 75 de su Reglamento de 28 de Febrero y 26 de Marzo de 1927, se consideran como parte del caudal hereditario, a efectos del impuesto, los bienes de todas clases que hubiesen pertenecido al causante hasta un mes antes de morir, si al ocurrir el fallecimiento se hallan en poder de los herederos o legatarios, estimándose como prueba suficiente, según el artículo 48 del Reglamento, además de las generales en derecho, el que los bienes estén inscritos en el amillaramiento a nombre de aquél, a menos de que se pruebe mediante escritura pública que habían dejado de pertenecerle antes de dicho período; probado, por lo tanto, con escritura otorgada en 3 de Diciembre, que el causante (que murió el 2 de Enero siguiente) vendió las fincas al heredero y que se inscribieron a su nombre en el Registro, y que en poder de éste había otras que continuaban amillaradas a nombre de dicho causante, sin justificar la compra con mucha anterioridad, como se ha alegado, es inexcusable la exacción del impuesto por la herencia presunta de esas fincas, ya que concurren las dos circunstancias del artículo 75 mencionado para que se presuma, a los efectos del impuesto, que las fincas forman parte del caudal hereditario; debe deducirse el impuesto que se satisfizo por la transmisión intervivos de las mismas fincas; en cuanto a los bienes que figuraban a nombre del causante en el amillaramiento, también deben incluirse en la masa:

liquidable, conforme al artículo 48 del Reglamento, según el cual basta para exigir el impuesto que conste el hecho de la transmisión, aun cuando no se presenten los documentos en que se haya formalizado; para no exigirle es preciso probar con documentos públicos que el heredero ha adquirido los bienes mucho antes de la muerte del causante.

Según el artículo 217 del Reglamento, la ocultación de bienes se castiga con el 20 por 100 de las cuotas de los bienes ocultados cuando es descubierta después de practicada la liquidación provisional y antes de vencer el plazo para la definitiva, y con el 100 por 100, cuando se descubre después de practicada la liquidación provisional y de transcurrir el plazo para la definitiva, y cuando se descubre después de transcurrir ese plazo, háyase o no practicado la provisional; no concurriendo estas circunstancias, ha de aplicarse el 214, que pena la no presentación de documentos liquidables y dispone que los contribuyentes que no lo hagan en el plazo reglamentario pagarán una multa de 50 por 100 de las cuotas que se liquiden, cualquiera que sea el tiempo de la demora, además del interés correspondiente si los documentos son presentados previo requerimiento de la Administración. Y en esas sanciones se halla comprendido el caso expuesto, porque precedió a la presentación el requerimiento administrativo; no procediendo se aplique la multa de 100 por 100 de las cuotas, porque tal sanción sólo se halla establecida para los casos de negativa infundada y abierta del contribuyente en que la Administración tiene que procurarse todos los documentos; y no justifica tal penalidad la falta de certificación de los amillaramientos, que no consta les fuese pedida a aquél expresa y directamente; de esa multa de 50 por 100 corresponde al liquidador dos tercios, y un tercio al Tesoro, según el artículo 151 del Reglamento.

La resolución que dicte la Administración superior al resolver una alzada ha de afectar a todos los contribuyentes, aunque no hayan reclamado, siempre que a todos alcance el acto administrativo discutido, según doctrina del mismo Tribunal Central de 2 de Marzo de 1926, 26 de Marzo y 24 de Septiembre de 1929, 14 de Enero de 1930, ya que, según se desprende del artículo 20 del Reglamento de Procedimiento, la autoridad superior, al fallar los recursos de apelación, debe resolver cuanto con él se relacione,

sin que se establezcan diferencias porque afecte a los particulares o a la Hacienda la revisión, pues todo es un solo acto administrativo. (Acuerdo del Tribunal Central de 29 de Abril de 1930.) 1 de 1930.

XVI

Comprobación. No puede servir para comprobar valores de una herencia los asignados por los interesados para una finca hipotecada y vendida en subasta pública, si no se hizo señalamiento del valor de la finca en la escritura de hipoteca.

Para comprobar el valor de unas fincas en una herencia se utilizaron los datos de una inscripción de hipoteca, tal como aparecían en el Registro de la Propiedad, apreciando tal valor por la suma de que respondían las fincas, intereses y costas. El interesado reclamó, alegando que en la escritura de hipoteca no se asignaba a las fincas valor para la subasta—que es cuando únicamente puede aceptarse ese medio de comprobación, según el Reglamento—, y que si bien se distribuyó entre cada finca el valor de que cada una respondía, era únicamente para que fuese inscribible conforme al artículo 119 de la ley Hipotecaria. El Tribunal Provincial rechazó el recurso, en razón que si bien no era medio ordinario de comprobación el empleado, era lo cierto que los mismos interesados habían señalado espontáneamente en la escritura de hipoteca el valor de las fincas, el cual, siendo mayor que el declarado para el impuesto, debía servir de base en la liquidación de éste, según el artículo 88, párrafo 1.º, del Reglamento, y Sentencia del Supremo de 2 de Noviembre de 1922. El Central fija la doctrina expuesta.

La facultad de comprobar el valor de los bienes transmitidos, conforme al artículo 80 del Reglamento, se halla subordinada a que tal comprobación se haga por uno de los medios ordinarios o por el extraordinario de tasación, según dicho artículo 80 y el 81 del Reglamento; y si bien uno de los medios ordinarios para la transmisión de fincas hipotecadas es el valor consignado a las mismas para la subasta, es indispensable que en la escritura de

hipoteca se señale específicamente la cantidad en que se hayan de subastar, no bastando que se distribuya entre las fincas la hipoteca y la responsabilidad de las mismas; y no hecho así, el procedimiento seguido en este caso no es reglamentario y debe revocarse el acuerdo recurrido; no puede atribuirse la condición de valor declarado al importe de la hipoteca que pesa sobre cada finca, al efecto de que sirva de base a la liquidación, conforme a los artículos 61 y 88, párrafos primeros del Reglamento, ya que, según los mismos, cuando la determinación de la base liquidable afecte inmediata o directamente a dos o más personas y éstas formulen declaración de valor diferente en su cuantía, se tendrá por valor declarado para el inmueble el en que en todas coincidan, y ya que siendo los herederos el viudo y cuatro hijos, sólo el primero fué quien otorgó la hipoteca de las fincas, con afección de cantidad determinada y, por el contrario, los demás fijaron, al declararse en la herencia un valor muy inferior al del gravamen, y por ello, según los indicados preceptos, sólo esos valores asignados por todos los interesados tienen la condición de declarados, a los efectos del precepto indicado; por todo ello, se deja sin efecto la comprobación de valores hecha mediante el valor de la hipoteca y se dispone se comprueben por los reglamentarios ordinarios o por el extraordinario de tasación. (Acuerdo de 11 de Marzo de 1930.) 3 de 1930.

XVII

Apelación. El plazo para formular recurso de alzada ante el Central contra el fallo de uno provincial es fatal e improrrogable: y si transcurren los quince días hábiles señalados en el Reglamento de Procedimiento sin entablar el recurso, y se hace al día siguiente de vencer ese plazo, en cuyo día se presentó el escrito correspondiente, es extemporáneo el recurso y firme la resolución recurrida, si se ha notificado con los requisitos reglamentarios.

(Acuerdo del Tribunal Central de 11 de Marzo de 1930, en vista de los artículos, 33, 34, 35 y 86 del Reglamento de 29 de Julio de 1924.) 6 de 1930.

XVIII

Personas jurídicas. Es ineficaz la notificación de un expediente de ampliación de comprobación de bienes de personas jurídicas si el Ayuntamiento había declarado ya todos los bienes, aunque no se le viniese exigiendo nada por una parte de ellos, y si en dicha notificación no se expresa ni el motivo de la nueva comprobación, ni los bienes que comprende; giradas las liquidaciones, puede impugnarlas el Ayuntamiento sin atender al oficio en que se notificó defectuosamente la comprobación.

Un Ayuntamiento presentó en 1911 declaración de todos los bienes muebles e inmuebles que poseía, a los efectos del impuesto de personas jurídicas, liquidando anualmente desde entonces los de los muebles y no haciendo nada respecto a los inmuebles, no obstante estar declarados; en 1928 la oficina liquidadora pidió nueva declaración y procedió a comprobar el valor de los inmuebles, y de estas operaciones de revisión y nueva comprobación el Ayuntamiento sólo supo, según oficio que se le dirigió, «que en el expediente de comprobación de valores para el impuesto de personas jurídicas se ha fijado una base de....., y contra dicha base puede reclamar»; la oficina liquidadora gira dos liquidaciones, extendiéndolas a los quince años últimos no prescritos, al 0,25 y multa del 50 por 100, por no haberse presentado la declaración; el Ayuntamiento impugnó las liquidaciones por girar sobre bienes exentos, por equivocación de la base, porque varios bienes no existían hace quince años, procediendo del año 1923, y porque las multas eran improcedentes, ya que el Ayuntamiento declaró cuanto tenía. El Provincial desestimó la reclamación por extemporánea, pues el resultado de la comprobación se notificó en 21 de Marzo y se apeló en 18 de Abril. El Central revoca ese fallo.

No es posible estimar como suficientemente notificado el resultado del expediente de comprobación, cuando en el oficio no se menciona el motivo de haberse procedido a aquélla, ni los bienes a que se refiere, ni se da lugar a nuevas comprobaciones, por lo

que es verosímil suponer que el interesado creyese se trataba de los mismos valores por los que estaba ya tributando y no a otros, ya que los había declarado todos, aunque algunos no fuesen nunca objeto de tributación; además, hay otra razón aún más decisiva para estimar que el recurso se interpuso en plazo cual que no se impugna solamente la base liquidable, sino los hechos de girar liquidaciones por años en que parte de esa base aún no tenía realidad, por no existir los bienes, y el de imponer multa al contribuyente que oportunamente hizo las declaraciones reglamentarias, y, finalmente, por impugnarse las mismas liquidaciones; y como el proyecto de liquidación es de 9 de Abril, y la reclamación ante el Provincial se entabló el 18, es claro que está en plazo; por lo que debe volver a éste para resolver tanto respecto de la base como de las aportaciones. (Acuerdo del Central de 17 de Marzo de 1930.) 8 de 1930.

GABRIEL MAÑUECO,

Abogado del Estado.