

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año VII

Marzo de 1931

Núm. 75

El heredero aparente ⁽¹⁾

B) Actos de disposición.

Es preciso entender por actos de disposición a título gratuito u oneroso no solamente las ventas, permutas, donaciones, legados o actos de enajenación propiamente dichos, sino también las constituciones de hipotecas, de servidumbre, de usufructo, en una palabra, de todos los derechos reales, cualesquiera, sobre los bienes de la herencia.

Examinaremos solamente entre los actos de disposición el más frecuente de todos y por así decir el más típico : el de enajenación, dando mayor desarrollo al examen de la enajenación a título oneroso de uno o varios inmuebles de la sucesión.

1.^º Enajenación de un mueble corporal.

Esta hipótesis no presenta ninguna dificultad ; en materia de muebles, la posesión equivale al título y cuando un tercero de buena fe adquiere un mueble corporal y toma posesión del mismo, deviene propietario *erga omnes*, no puede ser inquietado ; existe en efecto una presunción legal en favor del poseedor de una cosa mueble a causa del interés del comercio y de la seguridad de las transacciones.

El tercero deberá ser personalmente de buena fe ; en cuanto al heredero aparente, poco importará que no lo sea.

El artículo 464 del Código civil español es el aplicable al supuesto.

2.^º Enajenación de un mueble incorporal.

El heredero aparente ha cedido un crédito de la sucesión ; esta cesión, esta venta, ¿es válida? ; los terceros ¿pueden oponer como

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

en el caso de un mueble corporal la prescripción del art. 464? La mayoría de los autores rechazan la aplicación extensiva del espíritu del precepto mencionado; así Laurent, Aubry et Rau, Vazeille, Troplong, Marcadé (1).

Por el contrario admiten la aplicación del precepto al caso propuesto y por tanto la validez de la enajenación de un mueble in corporal Demolombe, Balestier, Estoeanovici y Dobresco.

Para ellos no hay razón para hacer esas distinciones arbitrarías, ya que la situación jurídica de las tres personas puestas en juego, el heredero real, el heredero aparente y los terceros, es siempre la misma y la validez no hay que buscarla en la extensión analógica del precepto repetido, inaplicable al caso propuesto, sino en los mismos argumentos de equidad invocados, como veremos luego, para la validez de las enajenaciones inmobiliarias a título oneroso.

3.^º Enajenación a título oneroso o gratuito de la herencia entera.

Los autores y la jurisprudencia son unánimes en declarar nula esta enajenación, incluso aquellos que afectan la validez para la venta de cosas particulares. Así lo impone el art. 1.531 del Código civil, el que supone necesariamente que el tercer adquirente puede ser eviccionado de su adquisición por el heredero real salvo un recurso en garantía contra su vendedor.

Además, casi siempre el cessionario se entrega a una especulación; generalmente adquiere a riesgo y ventura, *a forfait*, y se concibe difícilmente que no hubiese pensado en el riesgo que iba a correr, por lo que parece menos digno de interés.

4.^º Enajenación a título gratuito de un objeto particular de la sucesión.

Es preciso aquí distinguir las relaciones del heredero real y el heredero aparente y las que se dan entre el heredero real y los terceros.

A) Relaciones del heredero real y el heredero aparente.

El heredero aparente de buena fe que enajena a título gratuito un bien de la sucesión no debe nada al heredero real, puesto que

(1) Laurent, t. 32, núm. 562, pág. 580; Aubry et Rau, t. 2, § 183, página 152, 5.^a ed.; Vazeille, Des prescriptions, II, núm. 670; Troplong, De la prescription, II, núm. 1.065.

no se ha enriquecido en la donación y el heredero aparente de buena fe únicamente está obligado, según los principios del derecho romano, en la medida de su enriquecimiento.

Tal es el principio; pero tiene algunas restricciones en las hipótesis, en que el heredero aparente saca un provecho personal de la enajenación.

a) El poseedor de buena fe constituye en dote a una de sus hijas un bien de la sucesión; la donación, en este caso, ha sido hecha para liberarse de una obligación y resulta de ella un beneficio para él en el sentido de que ha evitado disminuir su fortuna personal; deberá, por tanto, restituir.

b) La donación ha sido hecha con carga, por ejemplo, a cambio de pagar una renta vitalicia; el heredero aparente está obligado a restituir el provecho que ha sacado del servicio de esta renta vitalicia.

B) Relaciones del heredero real en los terceros.

La situación es aquí bien diferente, y el tercero está obligado a restituir al heredero real.

Es, en efecto, noción corriente que aquel que trata de *lucro captando* merece protección menor que aquel que trata de *damno vilando*. El interés mismo de la sociedad es que la riqueza vaya mejor al que por sus esfuerzos y sus privaciones ha contribuido a producirla para su adquisición, que a aquel que la adquiere sin dar en cambio ni el menor elemento de su patrimonio (1).

La mayoría de los autores, aun aquellos que admiten la validez para la enajenación a título oneroso de un bien particular sin dar la menor justificación, se limitan a considerar como monstruoso que un tercero adquiere a título gratuito de un bien particular de la sucesión pueda soñar con oponer su adquisición al heredero real.

Sin embargo, Balestier encuentra contradicción y falta de lógica esta tesis, pues para él los que admiten la validez de la enajenación a título oneroso deben ir hasta el fin y admitir igualmente la validez de la enajenación a título gratuito de un bien particular de la sucesión.

Esta contradicción, esa falta de lógica, constituye para los par-

(1). Estudio de MM. Ripert et Teissaire sur l'enrichissement sans cause. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1904, núm. 4.

tidarios de la nulidad un argumento más que faremos valer bien pronto.

5.^º Enajenación a título oneroso de uno o varios inmuebles de la sucesión.

A) Relaciones del heredero real y del heredero aparente.

En cuanto a este respecto la cuestión no ofrece ningún interés desde el punto de vista de la restitución de los bienes de la sucesión, puesto que no están ya en el patrimonio del heredero aparente; sin embargo, el heredero real puede ir contra éste si tiene medios para reembolsarle del valor o indemnizarle daños y perjuicios, indemnizaciones que variarán según que el heredero aparente hubiere sido de buena o de mala fe, ya que es lógico que la situación de éste sea diferente en ambos supuestos y que en el de mala fe responda de todas las consecuencias de su dolo, pues que sabiendo que la herencia no le pertenece, esta obligación, como dice Pothier, nace de un precepto de la ley natural: bienes de otro no tomarás ni retendrás en tu provecho. Distinta es la situación del poseedor de buena fe que cree ser heredero verdadero y ha usado y dispuesto de las cosas de la herencia porque ha creído de buena fe que las cosas de la herencia le pertenecían.

Cuando el heredero aparente es de buena o mala fe, es cuestión muy importante y controvertida en las diversas hipótesis que se presentan y que, sobre todo, es una cuestión de hecho sometida a la libre percepción de los tribunales.

a) El heredero aparente es de buena fe.

Si en tal caso enajena a título oneroso ciertos bienes, esta enajenación, que es el ejercicio natural y normal de su derecho de propiedad, no puede volverse contra él, ni debe en principio causarle ningún perjuicio; él no está obligado frente al heredero real más que en el límite de su enriquecimiento; es la aplicación de las reglas del derecho romano, en el que el poseedor, cualquiera que sea, no puede sacar ningún provecho de la herencia: *omne lucrum offerendum esse tam bonoe fidei possessori quam proedoni dicendum est* (1).

No basta que el poseedor de buena fe haya sacado ningún provecho de los bienes de la herencia si no los conserva, si lo ha dispuesto antes de la demanda, en petición de herencia. La cuestión

(1) L. 28 De hered. petitione.

delicada es la de la prueba ; ¿es el heredero real demandante quien debe probar el enriquecimiento del heredero aparente, salvo la prueba en contrario que puede presentar éste ?

Ciertos comentadores así lo entienden y en la ausencia de texto razonan por analogía y se apoyan sobre las leyes 65 § 8 y 26 párrafo 12 del Digesto, libro XII, título VI, que resuelven de esta manera en materia de repetición de lo indebido.

Pothier piensa en contrario (1) : «todas las decisiones de las leyes romanas—dice—relativas a esta cuestión son muy conformes a los principios de la equidad natural en teoría ; pero es muy difícil de hacer aplicación de ellas en la práctica. En efecto, no es casi posible conocer si el poseedor de buena fe que ha recibido sumas de dinero del precio de la venta de los efectos de la sucesión y que las ha empleado se encuentra más o menos enriquecido al tiempo de la demanda en petición de herencia ; sería preciso para ello entrar en el secreto de los negocios íntimos, lo que no debe ser permitido».

«Ha sido preciso en nuestra práctica francesa sujetarse a otra regla para esta materia y es presumir que el poseedor de buena fe de los bienes de la herencia se ha aprovechado de la misma y enriquecido, por tanto, a menos que no hiciere prueba en contrario ; en virtud de esta regla, el antiguo derecho francés obligaba al poseedor de buena fe a aportar la prueba de su no enriquecimiento contrariamente a los principios del derecho romano.»

Por tanto, el espíritu del derecho francés, análogo al nuestro, es admitir que el heredero aparente debe probar que no se ha enriquecido y que ha disipado o consumido el producto de su enajenación ; así piensa Balestier, Demolombe, Seresia y Laurent.

b) El heredero aparente es de mala fe.

Si en ciertos casos el heredero aparente de buena fe está obligado a restituir y a indemnizar daños y perjuicios, con mayor razón el heredero aparente de mala fe debe sufrir las consecuencias más rigurosas de su dolo ; a sabiendas ha causado un perjuicio al heredero real y está obligado a repararlo. Debe restituirlle todo lo que ha percibido de los bienes de la herencia incluso en el caso en que lo hubiera disipado y aunque no se hubiera enriquecido en el cual habrá de entregar el equivalente.

(1) Oeuvres, t. IX, núm. 429, pág. 256.

Sabe, en efecto, que los bienes hereditarios no le pertenecen, que no tiene el derecho de disponer de ellos ni disiparlos, sino de conservarlos; si por consecuencia los disipa, él junta el dolo a su mala fe.

El heredero real en esta situación puede demandarle de dos formas; bien para que el heredero apparente le transmita todo el provecho que ha sacado de la enajenación o bien le demandará daños y perjuicios equivalentes a la lesión que la venta le hubiere causado, en cuyo caso se hará una evaluación de la cosa enajenada con arreglo al valor actual que representa exactamente el perjuicio sufrido por el heredero real.

B) Relaciones del heredero real y los terceros.

Cuando la acción en petición de herencia contra el heredero apparente ha bastado para hacer entrar el valor de los bienes hereditarios en el patrimonio del heredero real, este último no tiene por qué perseguir a los terceros adquirentes. Pero puede ocurrir que el heredero real quiera entrar en la posesión de los mismos bienes hereditarios o que su acción contra el heredero apparente haya sido completamente inútil; su interés entonces estará en demandar a los terceros adquirentes de esos bienes; pero ¿puede hacerlo? En otros términos, los terceros que han adquirido—de buena fe, evidentemente—un bien hereditario del poseedor, ¿podrán oponer el título de su adquisición a la reivindicación del heredero real?

Vamos a examinar las teorías que admiten la validez de los actos de disposición del heredero apparente y en segundo lugar aquellas que declaran su nulidad; por último anotaremos brevemente lo dispuesto en algunas legislaciones.

1.º La tesis de la validez en la doctrina.

Es cuestión que ha preocupado grandemente a los autores y de ello encontramos ya una exposición de las controversias en obras antiguas, como el *Reperoire universel et raisonné de Jurisprudence* (1827) y en el *Recueil alphabétique des questions de droit* (1828), de Merlin (1) y en la obra de Malpel (1826, núm. 212) *Traité élémentaire des successions ab intestat*, y que luego repiten con ligeros comentarios los trabajos de Poilane, Estoeanovici, Balestier, Dobresco, etc., que se citaron en la nota bibliográfica de la primera parte de este trabajo.

(1) Ver sobre todo en el Recueil «*Heritier*», págs. 373 y siguientes.

TEORIA DE MERLIN

Merlin es el primer autor cuya teoría puso al día sobre el tapete esta cuestión después de la publicación del Código civil napoleónico, sosteniendo que se deben aplicar los principios admitidos por el derecho romano y consagrados por la antigua jurisprudencia.

Merlin se pregunta por la suerte de las ventas que el heredero putativo realizó voluntariamente a terceros de buena fe y que luego fué eviccionado por el verdadero heredero.

Merlin admite, en principio, la nulidad de los actos de disposición del heredero aparente, pero declara en seguida una excepción a esta regla, declarando que estos actos de disposición deberán ser mantenidos, cuando su anulación expondría al heredero aparente a un recurso de parte de los terceros adquirentes que le pondrían en peligro, y pone como fundamento de su teoría la ley 25, párrafo 17 del Digesto, 5.3, del cual antes hemos hablado extensamente.

El legislador romano—dice—buscaba proteger no a los terceros, sino al heredero aparente de buena fe, y para que éste escapa a al recurso eventual de la acción en garantía que los terceros tendrían contra él al ser eviccionados, no había más que un medio radical y es rechazar toda acción al heredero real contra el tercero adquirente. Es por una excepción *ex persona vinditoris* que el tercero adquirente con la condición de buena fe podrá rechazar la reivindicación del propietario real, pero si el heredero aparente fuera de mala fe, o bien, si aun siendo de buena fe la venta que hubiese consentido no podía dar lugar a ningún recurso contra él, el heredero real tendría acción en reivindicación contra dichos terceros, fueren de buena o de mala fe.

Ya hemos visto antes cómo esta interpretación de la ley 25 no debe ser admitida.

De los trabajos de Serafini, el gran profesor de la Universidad de Pisa (1), resulta que el texto invocado por Merlin, en lugar de permitir al heredero real reivindicar contra el tercero, salvo el recurso de éste contra el vendedor, autoriza siempre y sin esta excepción la acción en reivindicación del verdadero heredero contra

(1) Archivio Giuridico, t. XX, 1878, págs. 403 a 426; Nova interpretazione del celebre fragmento d'Ulpiano, l. XXV, págs. 17, Digesto, 5, 3.

el adquirente tercero; éste, a su vez, podrá demandar a su vendedor.

Ya vimos en la primera parte de este trabajo la opinión de Girard, adoptada por Momsen y Grandenwitz, que sostienen que la frase *nisi emptores*, etc., del texto era una interpolación del tiempo de Justiniano y que en la época clásica el heredero real podía en todos los casos reivindicar contra el comprador.

Merlin, que comenta extensamente este texto en el sentido indicado, declara que el principio del derecho romano fué adoptado por el legislador del Código napoleónico y que aunque el Código civil no contiene una disposición formal a este respecto, es la equidad natural la que hace admitir la tradición romana; en todo caso, dice, ningún artículo del Código autoriza a decir que se deba adoptar la solución contraria.

De igual opinión participa Malpel, Laferriere y Seresia (1) con la diferencia de que los dos primeros, a diferencia de Merlin, sostienen que el derecho romano protegía de igual manera al adquirente de un objeto particular de la sucesión que al adquirente de la herencia entera.

TEORÍA DE DEMOLOMBE (2)

Este autor comienza por exponer la teoría de la nulidad. «Tal es el primer sistema, dice, el más claro, sin duda alguna y a mi parecer el más verdadero teóricamente y el más jurídico... inexpugnable en mi opinión, aunque se quiera como se ha hecho hasta aquí llevar la disputa contra él al terreno en que se la ha colocado.»

Rechaza a continuación todos los argumentos de la jurisprudencia que admiten la validez y se llega a imaginar, leyéndolo, que va a adscribirse a la teoría de la nulidad; pero más lejos declara que la victoria pertenecerá en definitiva al sistema de la validez y que el porvenir le pertenece, declarando igualmente que entre los abogados de más experiencia y entre los notarios que ha podido consultar no ha encontrado casi ninguno que no considere como una verdadera necesidad el mantenimiento de las ventas así efectuadas.

(1) Malpel, *Sucessions*, núm. 211; Laferriere, *Revue de Droit Français et Etranger*, 1844, t. I, pág. 208; Seresia, *De la petition d'herédité en Droit moderne*, núm. 239 y sig.

(2) *Traité de l'absence*, pág. 292.

Pero quiere encontrar un fundamento jurídico a la validez y éste es la idea del mandato; el heredero apparente es *procurator omnium bonorum cum libera administratione*.

Le han seguido Demante (1) y Folleville.

Esta teoría está hoy completamente abandonada; ¿cómo sostener que el heredero apparente ha recibido un apoderamiento general y que en este mandato encuentra contrariamente a los principios el poder de enajenar los inmuebles de la herencia?

La teoría de Demolombe se remonta al art. 1.988 del Código civil francés, que pretende interpretar a su favor.

«Este texto, dice, restringe la aplicación de un mandato general a los actos de administración, pero ésta es una regla imperativa que no se opone a que semejante mandato implique el derecho de enajenar si, «tal ha sido la intención», sea de la ley, sea de la parte que ha conferido el mandato.» Pero precisamente, ¿dónde encontrar esta intención? Demolombe no nos lo dice.

Es por el contrario cierto que no se puede admitir esta idea de un mandato convencional o legal.

Rechazamos la existencia de un mandato convencional, puesto que por definición misma el heredero real, que es desconocido, no ha tenido ninguna relación con el heredero apparente y mal podrá, por tanto, encomendarle misión alguna al respecto de sus bienes hereditarios.

No cabe tampoco la idea de un mandato legal porque ¿cómo concebir que un mandatario, que es un simple detentador a título precario, prescriba contra su mandato?

Además tanto en el mandato legal como en el convencional el mandatario sabe perfectamente que no trata por su cuenta propia.

¿Cómo en nuestra hipótesis iba la ley a conferir tácitamente un mandato a aquel que cree verdadero propietario y que él mismo —le suponemos de buena fe—se considera como tal?

Como dice Marcadé, no es la idea del mandato la que le ha llevado a la solución que adopta, sino que ésta, de antemano, y por contra, le ha sido impuesta por las necesidades de los negocios, que le han conducido a la idea del mandato; es porque entiende de antemano que la práctica hará prevalecer la validez de las ven-

(1) *Cours analytique de Code civil*, t. I, núm. 176, V y sig.

tas, que le hace ir de bueno o mal grado a encontrar esta validez en el Código.

Ciertos autores, como Aubry et Rau, que juzgan insuficiente esta explicación, han pretendido que en nuestra hipótesis hay cuando menos una gestión de negocios ajenos ; pero las mismas objeciones pueden presentarse a esta tesis ; el gerente trata por cuenta de otro y con todo conocimiento de causa.

Además los actos de un gerente de negocios ajenos son o no considerados como definitivos al respecto del *dominus*, según el grado de utilidad.

TEORIA DE M. JOZON (1)

Este autor circunscribe el debate entre el heredero real y el adquirente, y para él el vendedor no entra en consideración, importando poco su buena o mala fe.

He aquí cómo razona : El heredero real pretende que es propietario de los bienes actualmente en posesión de los terceros porque éste adquirió de persona que no era el propietario ; el tercero adquirente reconocerá que es detentador de un bien que no le pertenece, puesto que ha adquirido de un simple detentador, que le hará observar que ha sido engañado, que ha sido víctima de un error invencible, que ha creído comprar del verdadero propietario y que la causa de su error es la negligencia del heredero real, su inacción ha inspirado una falsa confianza a los terceros, ha cometido una falta y de ella debe ser el responsable.

Podrá decir el heredero real que no ha conocido la apertura de la sucesión ; es a él a quien compete hacer la prueba de esta ignorancia, por otra parte inverosímil. Esta teoría está falta de toda consistencia : la negligencia del heredero real no constituye una falta en la acepción jurídica de la palabra, una falta creatriz de una obligación, un *quasi-delito*.

Jozon reconoce la gravedad de esta objeción, pero dice que el heredero, sin estar obligado por vía de acción a hacer conocer a los terceros su cualidad, puede en su opinión oponerse bajo forma de excepción a aquellos contra los cuales invoca tardíamente la

(1) *Revue Pratique de Droit Français*, t. XIV, Des alienations consenties par l'héritier.

negligencia que ha manifestado; invoca en apoyo de su aserto la autoridad del Senado consulto Juventio, consagrado por el artículo 1.380 del Código civil francés, del que resulta implícitamente que el heredero real que ha cometido una falta no puede después reivindicar la cosa de los terceros, los que tendrían contra su vendedor un recurso sobre el precio de venta, y el heredero aparente estaría obligado por su enriquecimiento definitivo. Una sola excepción aporta Jozon en donde la idea de falta del heredero real se halla descartada: si el heredero verdadero no tiene ninguna falta de que reprocharse, su reivindicación no puede ser rechazada por la excepción de negligencia, y debe forzosamente triunfar.

Pero de la aplicación del artículo citado, por analogía al caso del heredero aparente, resulía que éste, si es de buena fe, no está obligado más que en los límites de su enriquecimiento. Los términos de este artículo parecen indicar de una manera cierta que el legislador no vió en esta hipótesis más que las relaciones de un verdadero propietario con el poseedor, y no se puede sacar de él ningún argumento para regular las relaciones del heredero real con los terceros adquirentes para concluir que éstos se hallan al abrigo de toda reivindicación del primero; nada, en efecto, en este texto, hace prever que el legislador hubiera pensado en negar al propietario el derecho de reivindicar su cosa de entre las manos del tercero adquirente.

De otra parte, si se admitiera la solución de Jozon, sería preciso admitirla no solamente respecto del heredero real, sino de todo propietario, cualquiera que fuere, que reivindicara su cosa contra los terceros adquirentes de buena fe; y esta consecuencia está en contradicción absoluta con los principios generalmente admitidos y es rechazada para el propietario ordinario. ¿Por qué, pues, aplicarla al propietario que se llame heredero real?

En cuanto a la falta imputable al heredero real de no haberse hecho conocer, ¿no es en la tesis de Jozon más que la responsabilidad fundada sobre el riesgo creado para el crédito público y sobre el abuso del derecho como en el sistema de Morin, que veremos luego, es decir, una base bien frágil? Se puede reprochar a Jozon de haber generalizado demasiado la noción de falta; es cierto que en todos los casos que se pueda probar—esta prue-

ba está en contra de la opinión de Jozon a cargo del adquirente—que el heredero real ha guardado un silencio voluntario y ha dejado efectuar las enajenaciones con la esperanza de explotar más tarde la situación, para reclamar de la cosa vendida un precio más elevado o daños y perjuicios exorbitantes, su mala fe le privará de la reivindicación ; esto es cierto, pero de ello a considerarle como siempre incursio en falta, es ir demasiado lejos, pues aun suponiendo que el heredero real haya conocido la apertura de la sucesión y que voluntariamente omitiera el presentarse y recoger los bienes hereditarios—salvo bien entendido el caso anterior, en que se le pueda probar que su abstención es un cálculo desleal—, ¿puede decirse que en ello haya una falta que enlace su responsabilidad? ; ¿dónde está el precepto que le obliga a hacerse conocer? Por el contrario, la ley da al heredero real el derecho de permanecer en la inacción durante treinta años ; ¿cómo imputar, pues, una falta a aquel que se limita a permanecer en los límites que le asigna la ley? El heredero real no tiene que expiar su negligencia, puesto que, como dice Seresia, no puede perder su derecho, en tesis general, más que por la prescripción.

De otra parte, ¿es que la falta, la mayoría de los casos, no estará de parte del adquirente? ; ¿habrá éste tomado las precauciones necesarias y requisitos para adquirir válida e irrevocablemente? ; ¿no habrá mejor, en muchas ocasiones, cerrado voluntariamente los ojos sobre la cualidad de su vendedor con la esperanza de comprar a bajo precio de un poseedor de mala fe, presuroso de desprenderse de un inmueble para obtener un beneficio que no tendría si el heredero real se presenta?

TEORÍA DE AUBRY ET RAU (1)

Estos autores son también partidarios de la validez de las enajenaciones efectuadas por el heredero apparente y exigen para ello las siguientes condiciones :

- 1.^a Que se trate de actos de disposición a título oneroso.
- 2.^a Que los terceros adquirentes sean de buena fe, y para tal deberán haber cedido a un error invencible.

(1) Aubry et Rau, t. VI, § 616. Texto y nota 32.

3.^a Que el heredero aparente haya aprehendido los bienes hereditarios en calidad de pariente y, por consecuencia, de la ausencia o de la inacción de los parientes más próximos.

Aubry et Rau exigen, pues, para que la enajenación del heredero aparente sea válida, que su título se apoye sobre la vocación *ab intestato* y no testamentaria y consideran, como también escribe Arntz, que aquel que funda su derecho sobre un título emanado de la voluntad del hombre acepta siempre los riesgos buenos o malos que este título encierra (1).

Distinguen, pues, estos autores entre el heredero aparente puesto en posesión de la herencia en virtud de un título basado sobre la vocación *ab intestato* y aquel que la aprehende sin título o en virtud de un título nulo emanado de la voluntad del hombre, la cual se basa sobre el hecho de que, en el primer caso, el error de los terceros es invencible y deriva de la negligencia que el heredero real ha puesto en reclamar sus derechos, en tanto que en el segundo es casi siempre posible controlar el valor del título.

Se puede responder a la argumentación anterior, que ocurre a menudo que el error invencible en que incurre el tercero que contrató con el heredero aparente por vocación *ab intestato* es debido a que éste presentó un testamento falso, que engañó a la justicia.

También se objeta a Aubry et Rau su falta de lógica; se apoyan, especialmente, en el criterio del caso de ausencia, en que el sustituto del ausente, cuya muerte se ha presumido, puede disponer de sus bienes por título oneroso y gratuito y, sin embargo, los actos de disposición a título gratuito, según ellos, no pueden ser opuestos al heredero real, que goza frente a los terceros que los adquirieron acción en reivindicación; es una contradicción evidente.

Sigue esta teoría también Vigie en su *Droit civil français* (tom I, 288).

JOSÉ MARÍA FONCILLAS,

Notario.

(Continuará.)

(1) Arntz, *Cours de Droit civil français*, núm. 1.675.

La comunidad hereditaria

I

Toda copropiedad presenta como una contradicción interna, que hace insolubles la mayoría de los problemas planteados en su desarrollo. Es inútil que la técnica jurídica se niegue a admitir entre la persona jurídica formada por varios individuos y la comunidad *pro indiviso* ningún otro tipo que participe, según los supuestos, de unas u otras características. En realidad, tendremos una escala que partiendo de la copropiedad romana *por cuotas*, con un rabioso derecho de repartir, comprenda las indisiones forzosas, los matrimonios en liquidación, las comunidades de explotación, los acervos sociales y las mancomunidades familiares, en que, como dijo el poeta,

... por varios modos
nada es tuyo ni mío, todo es de todos (1).

La comunidad hereditaria formada por los que, en concepto de sucesores a título universal, han de hacerse cargo del *universum jus*, al fallecimiento de una persona, se ha resistido siempre a ser tratada como una copropiedad de tipo individualista, a pesar del texto de las XII Tablas (*nomina ercta sunt*), que imponía la distribución inmediata del patrimonio relicito entre los que habían de continuar la personalidad del difunto. Pero, por otra parte, no ha llegado a formar, al menos en las legislaciones española, francesa e italiana, un patrimonio independiente, ni tampoco ha conse-

(1) Véanse los artículos sobre el derecho hereditario, su inscripción y gravamen, publicados por D. Fernando de la Cámara en los números 19, 20 y 21 de esta Revista.

guido constituir una situación jurídica sujeta a reglas de liquidación que uniesen estrechamente los bienes con el pasivo.

Son tan profundas y tan notorias las causas del acercamiento de la comunidad hereditaria al grupo de los patrimonios autónomos como claras y expeditas las razones que movieron a los jurisconsultos romanos a desenvolver por los cauces de las acciones divisorias la específica *actio familiae escissundae*.

Según el antiguo derecho germánico, una vez transformada la colectividad familiar, por la muerte del jefe de la familia, en una comunidad patrimonial, los actos de enajenación debían ser realizados en mancomún (*conjuncta manu*), los herederos no podían entablar demandas ni ser demandados más que colectivamente y en las relaciones con terceras personas se representaban unos a otros. Reflejo de este estado de cosas es la ley 4.^a, título 1.^º del libro X del *Liber judiciorum*, que permite a un coheredero responder por sí y demandar, derogando la antigua disposición que prohibía seguir el pleito con un *consorte* si no estuviese presente el otro.

Las ideas medievales sobre los vínculos y responsabilidades familiares, la introducción en el derecho de las cosas universales y de los juicios de testamentaría y abintestato con igual carácter, la responsabilidad solidaria de los herederos por las deudas de su causante, la doctrina de la continuación de la personalidad, la legitimidad de la prohibición de dividir, hoy contenida en el artículo 1.055 del Código civil, las consecuencias de la indivisibilidad de derechos y acciones, la posibilidad de nombrar herederos de confianza, ejecutores, comisarios, albaceas y contadores, como verdaderos órganos de un patrimonio independiente, las extrañas consecuencias de la colación de bienes, que impedían transmitir bienes a quien había de aportarlos o tomarlos de menos, la necesidad de continuar el comercio, la industria o la actividad del causante, la teoría de los efectos declarativos de la partición (1), la conveniencia de separar la masa relictiva de los patrimonios particulares de los coherederos, la técnica del beneficio de inventario, la continuación de sociedades y comunidades de ganancias, las influencias de la llamada sucesión en los bienes, que había cristalizado en los apotegmás *bona non sunt nisi deducto acre alieno*, «donde hay deu-

(1) Véase el trabajo publicado en esta Revista (números 57 y 58) por J. Ramón M. Roca.

das no hay herencia», *nemo liberalis nisi liberatus*, «antes es pagar que heredar», la incertidumbre que las legítimas, las reservas, las reducciones y los legados introducían en las cuotas distribuibles a cada heredero eran otros tantos obstáculos para que pudiera prosperar el sistema de adjudicar una parte determinada de cada cosa, derecho, acción, deuda o responsabilidad a una persona determinada en cuanto se acreditase la delación hereditaria.

Pero la construcción romanista, al mediar el siglo XIX, lejos de haber vencido tales dificultades, era pobre y carente de lógica. No estaba claro si el coheredero podía enajenar una porción alícuota de cosas determinadas, o los derechos que en la partición pudieran corresponderle sobre un objeto de la herencia, y se discutía si la venta del mismo era de cosa ajena, o en parte propia, o futura, o sujeta a condiciones.

El derecho inglés, que decretaba en un principio la responsabilidad dividida sobre las cosas muebles y admitía la posibilidad de que el *de cuius* autorizase la ejecución sobre los inmuebles, resuelve hoy las dificultades con el nombramiento de *executors* y *administrators* que realizan los bienes, pagan las deudas y distribuyen el activo sobrante. Desde la ley de transferencias de 1892, el administrador tiene la posesión civilísima, puede ser demandado por los acreedores, responde a los coherederos de la gestión y, en fin, actúa como un liquidador con plenos poderes.

En Austria, la declaración de herederos (*Einantwortung*) hecha por el juez, confiere a los coherederos la investidura ideal (*ideelle Gewere*), pero, antes de la declaración, la masa relictiva ha de ser administrada como cosa ajena. El Código civil alemán forma con los coherederos una mancomunidad, *Gemeinschaft zur gesammten Hand*, que no ha convencido a los civilistas y resulta la parte más débil y contradictoria del ordenamiento. Y la doctrina francesa, después de reconocer como fundamentales en la materia la absorción del patrimonio del difunto por los personales de los coherederos, la transferencia inmediata y determinada de los bienes desde el día del óbito, la ausencia de toda relación jurídica entre los llamados a la herencia y la falta de un procedimiento de liquidación, concluye por orientar la herencia indivisa hacia los patrimonios autónomos, por señalar el carácter indeterminado de los derechos de los coherederos sobre los bienes indivisos, por admitir la afectación

del patrimonio al pago de los derechos y, en fin, por construir la comunidad de herederos como una personalidad jurídica limitada.

Ardua tarea sería la de fijar las líneas precisas sobre las que marcha la técnica española. Los autores admiten una comunidad de oscuras características, un estado jurídico provisional que a veces confunden con la herencia yacente, sin negar la universalidad de la masa hereditaria ni las repercusiones que sobre su regulación provoca la continuación de la personalidad del causante por sus herederos, pero nada nos dicen de los múltiples problemas a que hemos aludido y apenas ven las diferencias entre la mancomunidad estudiada y la copropiedad regida por los artículos 392 y siguientes del Código civil. El Tribunal Supremo, en la primera de las sentencias que dictó con fecha 4 de Abril de 1905, reconoce que si el heredero puede disponer aun antes de que se practique la división de la parte ideal o indeterminada que haya de corresponderle en la herencia, mientras ésta no se liquida, y, por consecuencia de ella, se hace la correspondiente adjudicación de lo que a aquél corresponda, carece de verdadero título de dominio en bienes concretos y determinados. Este ambiguo razonamiento no niega la aplicación al caso del artículo 399 del Código civil, que permite al comunero ceder o hipotecar su parte, sino que, aplicando directamente este artículo, limita el efecto de la enajenación o hipoteca a la porción que se adjudique al coheredero al cesar la comunidad. En un *considerando* posterior, todavía intenta defender la opinión que concede al coheredero el derecho de disponer de los bienes hipotecarios bajo condición de que le correspondan al practicarse la partición. Otra sentencia dictada en el mismo día y con relación a la misma herencia llega a autorizar el embargo hecho antes de la adjudicación y aun el contradictorio con las cláusulas particionales, y la dictada en 26 de Enero de 1906 casi afirma que uno de los coherederos, en un caso análogo, había vendido lo que no era suyo.

A la Dirección general de los Registros se debe, en verdad, la mayor contribución al estudio y reglamentación de la comunidad de herederos como patrimonio independiente. Sus primeras resoluciones se limitaron a permitir la inscripción de testamentos, sin necesidad de que se acompañasen los títulos correspondientes a las fincas o derechos ni la declaración de bienes que los relacionara, así como tampoco exigía la aceptación de la herencia, por estimar

que constituía una verdadera condición jurídica cuyo cumplimiento podía dejarse *in pendentí*. Pero ya en 7 de Octubre de 1880 resuelve en favor de varios herederos que habían solicitado la inscripción de una declaración judicial, porque «no pretenden que se inscriba la partición de los bienes de su causante, sino sólo su derecho hereditario». Basta leer los fundamentos del auto confirmado para hacerse cargo de que el presidente admitía la inscripción de los bienes «en virtud del título hereditario, en concepto de dueños *pro indiviso*». Y la misma Dirección, que alega como decisiva la Resolución de 1.^º de Julio de 1863, dictada para que el duque de Frías pudiese inscribir, como heredero único, los bienes relictos por su madre, no tenía, o por lo menos no puso de relieve, un conocimiento muy claro del salto que daba. Con plena conciencia, la Resolución de 25 de Febrero de 1888 exige para inscribir el derecho hereditario, primero, que los bienes consten inscritos a favor del causante, y, segundo, que haya un solo heredero o varios que soliciten la inscripción *pro indiviso*. La situación jurídica así constituida no se diferencia de la copropiedad romana y los coherederos pueden inscribir su participación en la cosa común *con absoluta independencia* de los demás partícipes. Es indudable que la frase *cosa común* no hace referencia a la masa hereditaria como *universitas*, sino a los bienes, porque los hermanos recurrentes solicitaban «se inscribiese a su nombre pro indiviso dos terceras partes de dos porciones de fincas». Con tal criterio y la autorización concedida por la Resolución de 16 de Diciembre de 1876 para inscribir las enajenaciones que de su respectivo derecho hereditario hagan los titulares, se corría el riesgo de introducir la confusión y el desorden en el Registro y en las operaciones particionales. El mismo artículo 20 de la Ley Hipotecaria de 1909, al eximir de previa inscripción a las cesiones hechas por un coheredero de fincas adjudicadas *pro indiviso* debiera más bien referirse a las *no adjudicadas*, o, mejor dicho, a las cesiones de cuotas cuyo denominador fuese la herencia total.

Dió un paso decisivo el artículo 71 del Reglamento de 1915 al señalar como características de la inscripción del derecho hereditario la circunstancia de no implicar adjudicación de bienes y la de referir la cuota no a la finca o derecho, sino al patrimonio hereditario. Parece que con esta regla, la reseñada jurisprudencia de!

Tribunal Supremo y los esfuerzos técnicos de nuestros hipotecaristas se ha formado un conglomerado doctrinal que acerca nuestro sistema al germánico y gozando de las ventajas de éste, provoca las mismas dudas puestas de relieve por los juristas alemanes.

No tardó el Centro Directivo en apercibirse de ello, y para fomentar el estudio y discusión de la materia, propuso el año 1920 como tema de las Memorias que habrán de redactar los registradores, los inconvenientes que en la práctica presentaba el citado artículo 71 y sus concordantes, para la inscripción y gravamen del derecho hereditario, publicando el resumen de las mismas en el Anuario de 1922 (páginas 504 y siguientes).

Desde entonces la técnica hipotecaria se ha orientado con valentía y agudeza, y no es ciertamente la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO la que menos ha contribuido a esclarecer cuestiones apenas enfocadas por los jurisconsultos españoles. Pero la nueva vía no aparece consagrada por el legislador, ni claramente señalada o justificada por el Tribunal Supremo, y como la regulación de una mancomunidad hereditaria, sin tales sanciones, sólo puede llevarse a cabo si la común opinión de los especialistas la aconseja y apoya, el Centro Directivo acude al Cuerpo de Registradores, para conocer las inscripciones más corrientes del llamado derecho hereditario y los límites que deben imponerse a tales asientos y a las cesiones, gravámenes y embargos de las cuotas y participaciones en la totalidad.

II

Resultaría desproporcionada con las exigencias de estos artículos informativos una exposición, aunque fuera sucinta, de las complejidades que las modernas monografías desentrañan y analizan al desenvolver las características de la comunidad de herederos.

Habría que tratar de sus elementos personales (herederos, legatarios de parte alicuota, ejecutores, comisarios, albaceas, contadores, fiduciarios, interventores...), y de las modificaciones que la premoriencia, noluntad, incapacidad, desheredación, indignidad, sustitución, representación, transmisión, etc., introducen en la mancomunidad estudiada.

Vendría después el estudio de los elementos reales (bienes, de-

rechos, acciones), con las variantes motivadas por las aportaciones, colaciones y reducciones, así como por los actos adquisitivos y traslativos otorgados durante la pro indivisión, por los acrecimientos, productos y frutos de las cosas, y por el mecanismo de la llamada subrogación real. Frente al activo figurarían las obligaciones del causante, las originadas por los bienes relictos y las contraídas por la misma comunidad o con ocasión de las operaciones participionales.

Parte delicada e importante sería la fijación de los derechos que al coheredero corresponden sobre la masa relicita y sobre los objetos particulares que los constituyen (posesión, goce, uso, administración).

No menor interés presentarían las relaciones entre los cohereдерeros, por razón de las deudas hereditarias, comunes y de partición, y las surgidas entre ellos y terceras personas, acreedoras o deudoras.

La cesión del derecho hereditario o de las cosas incluídas en la masa por uno o varios coherederos caería dentro del campo específico de nuestros estudios. Y, en fin, la extinción de la mancomunidad por acumulación de derechos en una sola persona, pago de las deudas con el activo, insolvencia, partición, y su transformación en copropiedad romana o como consecuencia de procedimientos judiciales, acabarían de mostrarnos la riqueza y densidad de la situación jurídica en cuestión.

Si acercamos los resultados obtenidos de esta investigación a la doctrina elaborada por el Centro Directivo sobre el artículo 71 del Reglamento, quedará patente la nueva orientación dada a las normas registrales por el hecho de distinguir las porciones ideales en cosas determinadas, de la cuota hereditaria propiamente dicha, negando a las primeras el ingreso en los libros hipotecarios al paso que se les abre para dar entrada a la segunda. Desde este momento no podremos hablar de enajenación y gravamen de la parte ideal que en una finca corresponda a uno o varios coherederos y sólo podremos inscribir la venta, hipoteca, o cualquier otro derecho real, cuando aparezcan constituidos *conjuntamente* por todos ellos.

De igual modo los embargos y las anotaciones preventivas sobre bienes particulares tendrán acceso al Registro si van dirigidos contra la totalidad de los herederos por deudas de su causante o

por créditos concedidos durante la indivisión o nacidos con motivo de ella, pero deberían ser rechazados si el mandamiento se refiere a la porción ideal de un coheredero sobre fincas determinadas. Y esto, aunque las cesiones, hipotecas o embargos fuesen condicionales. Solamente para salvar las dificultades que una práctica poco lógica provocara cabría aplicar el criterio de los artículos 141 (regla 2.^a, párrafo 2.^o) y 164 (regla 12.^a) del Reglamento a las anotaciones sobre partes alícuotas de un inmueble o derecho real.

Por el contrario, la cuota hereditaria, ya se considere como participación en la *universitas juris*, ya como fracción patrimonial, ya como mera expresión conceptual bajo la que agrupamos las partes indivisas de los objetos, ingresará en los libros hipotecarios como una entidad nueva y deberemos discutir su configuración, traspaso, retracto, usufructo, dación en garantía y embargo.

En el fondo, el problema gira sobre la imposibilidad de disponer hipotecariamente de los inmuebles relictos cuando no concurren todos los coherederos, mientras se declaran legítimos los actos de disposición otorgados por uno de ellos sobre el derecho que en la herencia le corresponde, y este principio, que puede encontrar algún apoyo en los artículos 1.067 y 1.531 y siguientes del Código civil, ha sido desenvuelto por la Dirección de los Registros en términos que los Tribunales de Justicia acaso encuentren demasiado innovadores o ajenos a la jurisprudencia nacional. Porque si la obligación de satisfacer el pasivo hereditario antes de distribuir el activo, en que algunas técnicas fundan la mancomunidad hereditaria, no se halla consignada en ninguna de las legislaciones españolas, y si el régimen de tal situación jurídica recibe su inspiración actualmente de la copropiedad, ¿cómo salvar las lagunas del derecho sustantivo y adjetivo?

Pensemos en los obstáculos con que ha de tropezar la ejecución por deudas de un coheredero que trate de llevarse a cabo sobre fincas inscritas pro indiviso, una vez aceptada la regla que declara como existente en el patrimonio de aquél y extraña en cierto modo a la masa hereditaria, únicamente la cuota que en la universalidad le corresponda. Precisamente las mayores oscuridades del derecho sucesorio se dan en el tema concreto de la transferencia: forma de la misma, efectos frente a terceros, facultades que confiere al adquirente, responsabilidades y acciones; y a ella se unirá en cada caso

concreto la ignorancia del ejecutante, y la falta de procedimientos para remediarla, en orden a los bienes, derechos y obligaciones que integran la masa, y a los mil detalles de la vida y hechos del causante y de los coherederos, que pueden tener una influencia decisiva o importante sobre la formación, en su día, de la hijuela del ejecutado. La valoración y subasta de la cuota hereditaria, en tales condiciones, será más bien un juego que una serie garantizada de actos procesales.

III

Situada técnicamente la comunidad de herederos entre la persona jurídica y la copropiedad, queda sujeta la transferencia de cuota del coheredero a ambos regímenes en forma harto imprecisa y poco ajustada a la rigidez de los principios hipotecarios. La subrogación o colocación de una persona en el lugar que otra ocupa como órgano o elemento de una sociedad regular colectiva, por ejemplo, no provoca ninguna nueva inscripción traspasativa de la propiedad o derechos reales que figuran en el activo de aquélla, y la alteración correspondiente se hace constar no en el Registro de la Propiedad, sino en el Mercantil. En cambio, la cesión de una parte alícuota de comunero se inscribe en el folio mismo dedicado a la finca objeto de la proindivisión.

Pasemos ahora a las sustituciones o subrogaciones de personas en la comunidad hereditaria y nos veremos en la necesidad de llevarlas a los Registros de la propiedad, como si implicasen transferencias de bienes, aunque el carácter declarativo de las operaciones particionales y el supuesto reglamentario del artículo 71 nos alejan de toda adjudicación de porciones alícuotas determinadas en las cosas o elementos patrimoniales que integran la masa relictiva por el *de cuius*. El objeto transmitido no será ciertamente la cualidad de heredero (personal e intransmisible), pero tampoco lo es una tercera o cuarta parte de tal finca o derecho real. Más bien se transfiere una cuota del patrimonio como conjunto de derechos y responsabilidades cesibles, y dada la íntima relación entre patrimonio y persona, parece natural tratar la colocación de un sujeto jurídico en la posición económica de otro como una alteración personal. Esta ambigua novación no debe, sin embargo, confundir las

fundamentales nociones en que se apoya el sistema inmobiliario, y a destacar la línea divisoria de conceptos y principios, dedicaremos el resto de este trabajo.

Ni la masa relicta ni las cuotas de los herederos pueden ser englobadas en el concepto de finca ni, por lo tanto, ser objeto de inscripción especial y separada. Tampoco cabe sostener que la inscripción hereditaria practicada con referencia a una finca declare *erga omnes* una situación jurídica contra la que deban estrellarse las reclamaciones de terceras personas. El Código civil no prescribe una forma hipotecaria para consumar la cesión del derecho correspondiente a un coheredero, y en la discusión entre dos personas que hubieren adquirido por venta una misma cuota en virtud de escrituras públicas inscriptas en distintos Registros, nada significaría la fecha del asiento de presentación, así como si una de ellas no hubiese sido inscripta tampoco cabría alegar el artículo 23 de la Ley Hipotecaria para decidir el conflicto de una manera radical y absoluta. Compuesta la masa hereditaria de fincas, derechos reales, muebles, créditos, valores, títulos, etc., no es posible arrastrar al régimen de una de sus partes, la transferencia de la totalidad.

Quedan, pues, al margen de ella el llamado principio de inscripción, en cuanto los actos transmisivos de cuota no necesitan para ser opuestos a terceras personas la *toma de razón*; el principio de publicidad, ya que pudiendo practicarse la inscripción en cualquier Registro de la Península donde tuviera bienes el *de cuius*, y no habiendo uno destinado especialmente a las herencias, faltan las bases de organización y efectividad del régimen; el principio de especialidad, puesto que cada finca sólo quedaría afectada por los asientos extendidos en el folio a la misma dedicado y no por las indicaciones de otros no relacionados, y el principio de prioridad que se apoyaría en la existencia de un Diario llevado por una sola oficina y no por el medio millar de las existentes.

Los efectos de la inscripción de cuota quedan limitados a garantizar que la finca o derecho en cuyo folio se extiende forma parte del patrimonio adquirido por ciertas personas al fallecer el titular. La designación de las mismas y la determinación numérica de sus porciones respectivas son datos recomendables, pero no exigibles si admitimos como inscribible la petición de uno de los co-

herederos y cómo título fundamental un testamento cuyas complejas disposiciones no permiten fijar con exactitud la cifra que funciona como numerador o denominador del quebrado. Basta con que se conozca de un modo indubitable el papel que juega una persona en la comunidad y, en su caso, la serie de las que la integran o pueden realizar actos dispositivos sobre la finca o derecho.

Esta afirmación nos lleva a una técnica que no carece de analogía con el derecho privado de las asociaciones, aunque, en el fondo, marche íntimamente unida con la sucesión *mortis-causa*. El paso desde un grupo de herederos A. B. C. a otro A. B. D. parecerá a veces descansar sobre el tramo sucesivo de C. a D., como cuando los derechos de un socio son transferidos, sin alterar la estructura social, a otra persona, pero la Ley Hipotecaria no permite afirmar que si C. es un heredero, cuya indignidad haya sido declarada después de haberse inscripto la cesión de su cuota a D., pueda éste alegar los artículos 20, 23 y 34 para defender su posición de subrogado en parte de la herencia, frente a tercero que la haya adquirido directamente del testador o del heredero real. De aquí que la calificación del Registrador, en vez de asentarse sólidamente sobre principios hipotecarios, invada otros terrenos al decidir la validez de una cesión, repudiación, sustitución, representación, etc., que alteran los términos de la inscripción ya extendida, y de aquí también que el embargo y venta de la cuota hereditaria correspondiente a las personas llamadas, según el Registro, queden pendientes de acciones no inscritas.

Una nueva complicación aportan a la materia las adquisiciones *mortis-causa* de la cuota perteneciente al coheredero, por sus propios herederos. La tercera parte correspondiente a C., en el anterior ejemplo, ha de figurar en el inventario de los bienes que a su muerte deje, y la inscripción obtenida por uno de sus herederos D. E. F. no será de la novena parte de la primitiva masa, sino de otro quebrado distinto, o, mejor dicho, de otra unidad diferente; de suerte que quien adquiera, a su vez, de F. actuará en la comunidad hereditaria formada por los herederos de C. con la cuota de un tercio, pero no en la primitiva con una novena parte enajenable. Los juristas alemanes, ligados por el precepto de su Código civil, que prohíbe la cesión del patrimonio hereditario en bloque, reconocen que si el heredero único de C. no puede ceder la

herencia total, puede transferir la cuota que al mismo correspondía en la comunidad formada con A. y B.

Nuestro Código se refiere en el artículo 1.067 a la cesión de cuota y tiende a favorecer con este recurso y con la prelación del retracto la agrupación de la herencia en una sola mano, pero en el artículo 1.531 parece tener a la vista el caso de un solo heredero, mucho menos interesante para el ordenamiento civil.

De todo lo expuesto se desprende la necesidad de fijar doctrinal y reglamentariamente los requisitos de la inscripción del derecho hereditario y la imposibilidad de regir su cesión, gravamen y embargo, por los preceptos hipotecarios aplicables a fincas. Esta imposibilidad se destaca en la constitución de hipoteca, derecho real inaplicable a la masa como conjunto de bienes muebles e inmuebles; no tanto en el usufructo, porque este derecho puede vivir dentro y fuera del Registro.

Pero se preguntará: ¿Para qué sirve la inscripción del derecho discutido, si el tercero no puede confiar en las declaraciones del Registro?

Si admitimos que la principal diferencia entre la situación así creada y la copropiedad romana estriba en la prohibición de disponer impuesta al coheredero en orden a los bienes que integran la masa, y declaramos que en los casos de enajenación conjunta las distancias se acortan y casi desaparecen, queda abierta a la investigación un extenso campo y a la práctica particional y contractual nuevas vías.

Todos los coherederos juntos podrán vender, hipotecar o gravar una finca o derecho sin necesidad de realizar las operaciones particionales. El precio quedará subrogado en el puesto de la cosa vendida, la cantidad recibida asegurada pasará a formar parte del acervo hereditario. Con ello se evitará el contrasentido de exigir la distribución sucesiva de las fincas, una a una, entre los coherederos, al solo efecto de otorgar la escritura de enajenación, como si después de haber practicado cien veces las operaciones particionales, todavía fuese posible considerar que la herencia se halla *pro indiviso*.

JERÓNIMO GONZÁLEZ

Los elementos esenciales del trust

POR PIERRE LEPAULLE (1)

Boletín mensual de la Sociedad de Legislación Comparada. - París, 1930; págs. 466
y siguientes.

1.º UN PATRIMONIO DISTINTO.

Siendo el trust un patrimonio afectado, es natural que su primer elemento esencial sea la existencia de un patrimonio distinto llamado en el vocabulario anglosajón *res*.

Es preciso, por lo tanto, para constituir este elemento: 1.º Que haya un patrimonio, esto es, un activo, y 2.º, que este patrimonio sea distinto, esto es, sustraído a los patrimonios de los sujetos de derechos, y constituya un todo independiente. Examinemos sucesivamente los dos puntos.

I

Todo valor positivo, ¿puede constituir una *res*? No.

Se afirma generalmente que la *res* puede ser constituida por todo lo que es susceptible de estar sometido al derecho de propiedad; es inexacto, porque es demasiado restricto. Creemos, en efecto,

(1) Con el objeto de que nuestros lectores, que ya conocen los elementos jurídicos del trust (véase el núm. 40 de esta Revista, págs. 288 y siguientes), puedan hacerse cargo de la riqueza y flexibilidad de esta institución, hemos ordenado la traducción de este artículo, suprimiendo sus copiosas y eruditas notas, de difícil confrontación y menor interés.—*Nota de la Redacción.*

to, que el trust se define en función de la noción de patrimonio y no de la de propiedad. Así es que descubrimos sin extrañeza, al hacer la síntesis de la jurisprudencia, que todo elemento activo del patrimonio puede servir de *substratum* al trust. Resulta de aquí que la *res* no se compone de elementos materiales, sino de derechos, y que estos derechos lo mismo pueden ser de crédito que reales.

No puede tratarse más que de derechos patrimoniales, con exclusión de los personales y de familia, por ser el trust un patrimonio afectado. En principio todos los derechos patrimoniales pueden constituir una *res*, salvo las excepciones siguientes :

1.^a Los derechos patrimoniales que por cualquier razón no sean transferibles. Esta excepción es fácilmente comprensible, pues por consistir la creación de un trust en la formación de un patrimonio distinto exige necesariamente una transferencia; el fundamento de ella determina el límite, pues si el *trustee* llega a ser titular de un derecho de esta especie, durante la vigencia de un trust, nada se opone a que este derecho se incluya en la *res*.

2.^a Los derechos patrimoniales que el orden público o un texto de ley prohíbe constituir en trust. Son muy raros y su importancia es mínima. El consistir el *substratum* del trust en derechos subjetivos puede a primera vista engendrar confusión en el espíritu. El lector pensará desde luego que si el trust es un patrimonio afectado, si es una noción objetiva, ¿cómo se descubre al analizarlo que se compone de derechos subjetivos? Esta objeción muestra lo difícil de la institución jurídica que estudiamos. El trust está protegido y sancionado por toda una serie de derechos: por una parte, los derechos del *trustee*, que le permitirán asegurar su misión (derecho de ejercer las acciones posesorias, petitorias, de hacer contratos relativos a la cosa para conservarla o explotarla) o ser amparado (derecho de hacerse reembolsar los gastos justificados), y por otra, derechos del beneficiario, si lo hay, de exigir del *trustee* la ejecución del trust y obligar a los terceros a respetar el trust. Es evidente también que una afectación de patrimonio no puede ser una institución jurídica si no está sancionada jurídicamente, y no puede estarlo más que por derechos subjetivos. No hay contradicción; sino un lazo necesario entre el trust, afectación

de patrimonio, y los derechos subjetivos, que aseguran esta afectación.

Pero se dirá que los derechos subjetivos no sirven solamente para sancionar el trust, constituyen aun su *res*, esto es, su medula, que da la sustancia.

No. Ellos constituyen la materia prima indispensable para su formación, y toda materia prima es completamente diferente del producto terminado. Es cierto, por ejemplo, que un derecho de propiedad sobre una mesa tiene como materia prima esa mesa, y sin embargo, el derecho y la mesa son radicalmente diferente uno de la otra.

Pero, se insistirá, los derechos subjetivos no desaparecen cuando el trust funciona; se les vuelve a encontrar vivos con su individualidad propia. Por ejemplo, el *trustee* podrá ejercer una acción petitoria, si la *res* es un derecho de propiedad, lo que no podrá hacer en ninguna otra hipótesis. Este ejemplo ¿no muestra que trust y propiedad individual pueden estar en el plano jurídico, como los dos focos de una elipse, toda vez que el uno puede englobar al otro?

No. Los derechos subjetivos no reservan necesariamente para el interior del trust su vida y su individualidad. Creemos que un trust que recibe en dote, por decirlo así, una plena propiedad, puede muy bien suprimir por el mismo derecho de su constitución el *jus utendi* el *jus fruendi* y el *jus abutendi*. Pero entonces, ¿a qué quedan reducidos esos derechos subjetivos y cuál es esa *res* cuya noción parece escapar a nuestras investigaciones cada vez que nos esforzamos en aprehenderla? Para responder, elijamos un ejemplo entre los derechos reales, lo cual nos permitirá a la vez esclarecer una cuestión delicada y responder a la segunda parte de la objeción. Un padre constituye un trust testamentario, en cuya virtud confía una finca a un *trustee*, con la misión de arrendarla y de afectar sus rentas en primer lugar a la instrucción del hijo de testador, en la medida que el *trustee* juzgue útil, y después para los huérfanos más dignos de protección. El trust debe terminar a la mayor edad del hijo. Es claro que sólo un usufructo constituye la *res*, que la nuda propiedad queda enteramente en el dominio individual. En cuanto al derecho concedido al trust, ¿qué llegará a ser desde que se constituya? 1º El representa el límite máximo

del activo del trust. Así para saber si una corta de madera, los censos sobre una mina, las margas de una cantera pertenecen al trust o no, consultaremos la legislación y jurisprudencia relativas a nuestro usufructo.

Decimos límite máximo, porque puede suceder que ciertos elementos del derecho puesto en trust, incompatibles con la afectación prevista, sean suprimidos; en nuestro ejemplo no existe el *usus*, puesto que el *trustee* debe arrendar la finca y nadie tiene derecho al *fructus*, y el *trustee* nada puede guardar para él: el hijo solo adquiere lo que el *trustee* quiere darle y ningún huérfano pobre tiene derechos adquiridos. Tenemos, pues, un trust de usufructo en el que nadie tiene derecho al *usus* ni al *fructus*. El patrimonio del trust es, por lo tanto, un patrimonio afectado y no un haz de derechos.

2.º El derecho puesto en trust determinará las sanciones jurídicas variables que deben asegurar la ejecución o la protección del trust. Así, en nuestro ejemplo, las reglas aplicables al usufructo determinarán cómo el *trustee* puede proteger la sustancia del trust, con qué acciones puede combatir al que turbe su goce y qué reparaciones puede exigir del nudo propietario.

3.º Finalmente el derecho puesto en trust sirve para determinar lo que ha quedado fuera del trust. Así en nuestro ejemplo, si es claro que sólo ha sido afectado un usufructo, resultará que la nuda propiedad ha quedado disponible en su integridad. Es, pues, importante determinar en cada caso particular qué derechos constituyen la *res* y cómo se ha hecho tal determinación.

El examen de la jurisprudencia y, para Inglaterra, de la ley, nos lleva al establecimiento de este principio general: la *res* está constituida por los derechos que son necesarios y suficientes para la realización de la afectación prevista.

Si este principio se aplica sin dificultades especiales cuando se trata de derechos de crédito, se hace más delicado cuando se trata de derechos reales inmobiliarios. En efecto, el derecho anglosajón conocía y conoce todavía, sobre todo en «Equity», una jerarquía de derechos reales más compleja que nuestra división bastante simple, de habitación, usufructo y nuda propiedad.

La cuestión se suscitará siempre que la *res* sea susceptible de propiedad. ¿Qué derecho de propiedad constituye la *res*? El de-

recho americano responde: El primer escalón, empezando por abajo, que es necesario y suficiente para permitir al *trustee* cumplir su misión de la manera que sea determinada en el acto constitutivo.

Antes de 1926, el derecho inglés adoptaba en principio la misma regla formulada en estos términos por Lewin, el gran autor clásico inglés, sobre la materia: «En primer lugar, cada vez que se constituye un trust, existirá un derecho de propiedad suficiente para su ejecución en todos los casos en que sea posible esto, presumiendo que se ha puesto en trust. En segundo lugar, este derecho de propiedad no se extenderá a más de lo necesario para asegurar la ejecución completa del trust.»

Como se ve, Lewin hace una restricción al decir: «en todos los casos en que esto sea posible». Sucede muchas veces, en efecto, que es imposible a causa de la rigidez de los modos de transferencia de los inmuebles intervivos, no transmitiéndose ciertos derechos más que por ciertos actos determinados, cuya forma e interpretación están fijadas por reglas estrictas.

Por ejemplo, si el acto traslativo está *sous sceau*, la *res* será constituida como derecho inmobiliario en la forma acordada por una estricta interpretación de los términos de este acto solemne. Sin embargo, es particularmente significativo comprobar que la noción de la afectación llega a hacer decaer el formalismo más rígido. En efecto, si la interpretación estricta del acto traslativo debiera conducir al resultado contrario a la existencia o a la marcha normal del trust, los tribunales no dudarán en suavizar este método de interpretación en la medida necesaria a la realización de la afectación. Desde el 1.^o de Enero de 1926 parece a primera vista cambiada la situación en Inglaterra por la *Settled Land Act* de 1925, que declara que el que tiene derecho a la posesión (al que nosotros llamamos usufructuario) es *trustee* de la plena propiedad para todos los interesados, comprendido él mismo. Resulta de aquí que en los trusts inmobiliarios, la *res* será desde entonces y siempre la plena propiedad. Precisemos esto con un ejemplo: Un *settlor* constituye por testamento un susufructo en trust para su mujer; la *res* no será plena propiedad, pero el *trustee* tendrá el usufructo en trust para la mujer en virtud del acto constitutivo y

la nuda propiedad en trust para los herederos del testador en virtud de la ley.

Pero en realidad la *Settled Land Act* no ha cambiado en nada el principio fundamental, porque para saber qué derecho de propiedad constituye la *res* reservada a la afectación prevista por el acto constitutivo es preciso hoy, como antes, aplicar la regla general formulada por Lewin. Si la *res* implica, sin embargo, el derecho de plena propiedad, es porque la ley constituye un trust para el resto de propiedad que no se ha utilizado por el trust expresamente. Así en Inglaterra como en América, la afectación determina los derechos constitutivos del patrimonio puesto en trust.

Es preciso determinar no sólo la extensión de los derechos que constituyen la *res*, sino también su naturaleza mueble o inmueble. A primera vista el lector se extrañará y sufrirá la tentación de objetar: «Esta cuestión no tiene nada de especial, con relación al derecho de los trusts; si yo pongo una finca en trust, sé bien que mi finca es un inmueble.» Sería una objeción natural, pero sin ningún alcance. Lo que sucede es que, en efecto, la afectación está de tal modo ligada a la *res* que la penetra por completo.

Si, por ejemplo, una finca está puesta en trust con la misión de que la vendrá el *trustee*, coloque el precio en Obligaciones de Ferrocarriles y afecte sus rentas a tales o cuales objetos, la *res* será mobiliaria; si fuese lo contrario, esto es, si valores mobiliarios se pusiesen en trust con la misión para el *trustee* de venderlos y comprar con el precio una finca, la *res* sería inmobiliaria. Por lo tanto, la *res* será mueble o inmueble, no según la naturaleza de los derechos puestos en trust, sino según la naturaleza de los que deben, en definitiva, constituir el trust. Por lo cual, si el *trustee* no respeta las instrucciones del *settlor* relativas a la *res*, sea en el momento en que nace el trust (no vendiendo, por ejemplo, la finca), sea posteriormente (efectuando, por ejemplo, a pesar de los términos del acto constitutivo, un cambio de bienes muebles por inmuebles), no habrá variación en la calificación de la *res*, que quedará mueble o inmueble. Naturalmente, si el *trustee* puede a su arbitrio colocar los fondos del trust en muebles o inmuebles, la naturaleza de la *res* será la misma que la de los bienes de que se compone efectivamente a cada momento.

En resumen : un trust no puede constituirse más que con derechos patrimoniales susceptibles de ser transferidos. Estos derechos quedan amputados de aquellos elementos propios que son contrarios a la realización normal de la afectación prevista ; representan el límite máximo del activo del trust y definen la naturaleza de las sanciones que lo protegen. Finalmente, para determinar la extensión de la naturaleza de los derechos que el *settlor* ha querido poner en trust, el principio director es aquí, como siempre, la afectación prevista.

II

Para que exista una *res* es preciso también que el propietario de los elementos del patrimonio, de que acabamos de hablar, tenga la intención de constituirlos en unidad distinta :

A) De su propio patrimonio ; B) del *trustee*, y C) del del *cestui* (beneficiario).

A) Entramos ahora en un dominio extremadamente flúido, que nos muestra lo delicadas que son las ideas que manejamos, cuando se quiere profundizarlas. Supongamos, por ejemplo, que un propietario confía la gestión de uno de sus *chateaux* a un intendente. Se podría decir : he aquí una *res* : el *chateau* ; una afectación : la gestión del *chateau* por cuenta de un individuo ; alguien encargado de realizar esta afectación : el intendente ; he aquí, pues, un trust. Esto sería manifiestamente inexacto, y la razón es que no existiría verdaderamente una *res*, porque el propietario no ha tenido jamás la intención de separar esos bienes de su propio patrimonio, ha concedido simplemente un mandato. Pero entonces, ¿dónde está la línea de separación ? El criterio es claro : si el *settlor* ha tenido la intención de constituir sus bienes en una entidad distinta separándolos de su patrimonio, se constituye una *res* ; si no existe tal intención, no habrá trust. Por lo tanto, es necesario que el *settlor* haya tenido la intención de hacer salir la cosa de su patrimonio sin hacerla caer en el del *trustee* o en el del *cestui* ; la cosa debe quedar, por decirlo así, en suspenso entre esos tres patrimonios ; si no tiene bastante impulso, queda en la propiedad del *settlor* y no hay trust ; si tiene demasiado, por el contrario, cae en el patrimonio del *trustee* o del *cestui* y el trust no existe.

1.^º Si el *settlor* ha querido conservar la cosa en su patrimonio afirmamos qué no puede haber trust, aunque naturalmente nada impida que exista mandato, depósito, gerencia de negocios, etc. ; mas si los bienes han salido del patrimonio del *settlor*, existirá trust, aunque los bienes puedan volver posteriormente a su patrimonio por su sola voluntad, porque un trust revocable es perfectamente válido.

2.^º No es preciso tampoco que el titulado *settlor* haya tenido la intención de pasar los bienes al patrimonio del *trustee*, porque entonces no habría trust, sino donación al *trustee* con carga o estipulación para otro, o crédito o contrato ordinario. Es preciso que la misión del *trustee* recaiga sobre los mismos bienes que recibe ; es preciso que los bienes le sean confiados simplemente para realizar el fin que le está asignado y no es necesario que llegue a ser propietario de ellos.

La distinción entre el trust, de una parte, y la donación con carga y la estipulación a favor de otro, por otra, es bastante clara, para dispensarnos de toda aclaración. .

Por el contrario, la distinción entre el trust, crédito y contrato ordinario necesita alguna explicación.

Pongamos un ejemplo para distinguir el trust del crédito : Yo pongo dinero en un Banco con misión de colocarlo en el plazo de dos meses. Es bien cierto que cuando el Banco haya colocado el dinero, será *trustee* de los títulos ; pero antes, ¿cuál será la situación ? Depende de lo siguiente : Si se ha entendido que el Banco debe conservar los fondos completamente separados, de tal manera que puedan ser completamente individualizados, es un trust ; si, por el contrario, el Banco está autorizado a mezclar los fondos con los suyos, será propietario evidentemente y mi deudor ; y aplicando el mismo criterio, un *trustee* puede transformarse en simple deudor. Tal será el caso de un Banco que recibe una letra para el cobro ; es *trustee* de esa letra hasta el momento del cobro, pero después es deudor de la suma recibida, porque está autorizado a mezclarla con sus propios fondos.

Esta distinción entre el trust y el crédito tiene una importancia práctica considerable, porque el *cestui* tiene un derecho de preferencia y de persecución que está prohibido al simple acreedor.

El mismo criterio diferencia el trust del contrato ordinario : si

los bienes deben entrar en el patrimonio del *trustee*, no hay trust. Así, si yo hago descontar un efecto de comercio, el Banco que haga el descuento llega a ser propietario de la letra en virtud del contrato realizado con él, y por consiguiente no puede ser *trustee* del efecto ; del mismo modo si doy dinero a una persona para que haga algo por mí, es un contrato, no un trust.

3.^º Finalmente no es necesario que el titulado *settlor* haga pasar los bienes al patrimonio de los *cestuis*, porque queriendo hacer demasiado, habría rebasado el fin señalado al trust ; mediante este criterio se distingue el *trustee* del mandatario, del ejecutor testamentario, del administrador de una sociedad.

Yo hago regentar mi *chateau* por un intendente ; hay simple mandato, porque uno al goce la plena propiedad. Soy legatario de los bienes que me han sido entregados por el ejecutor testamentario : he llegado a ser propietario a la muerte del testador antes de tener el goce ; no hay trust. Soy menor, mis bienes son administrados por un tutor, pero están en mi patrimonio : tampoco hay trust. El administrador delegado de una sociedad no es *trustee*, porque ha administrado para la sociedad propietaria del activo y para el accionista propietario de la acción.

Cuando varias personas forman una sociedad de hecho, poniendo los fondos entre las manos de un gerente encargado de utilizarlos para la realización del objeto para el que le han sido entregados y para el beneficio de los asociados, la distinción es aún más delicada. En efecto, los *settlers* son, al mismo tiempo, los beneficiarios, y los individuos que quieren unirse para montar un negocio procuran frecuentemente reservarse a la vez las ventajas de una y otra institución ; de una parte pretenden como *cestuis* evitar prácticamente casi toda responsabilidad personal ; de otra, desean que el director del negocio sea un mandatario dócil incapaz de hacer nada sin ellos y revocable *ad nutum*.

Por esto, cuando los acreedores de una tal sociedad persiguen personalmente a los asociados, y éstos replican : «diríjlos al trust», el Tribunal decide frecuentemente que la respuesta es demasiado simple, que no basta llevar la etiqueta del trust, sino que es preciso tenerlo constituido, no encargando simplemente a un mandatario administrar ciertos bienes, sino constituyéndolos en patrimonio distinto del de los beneficiarios ; así, si los beneficiarios

tienen la dirección efectiva del negocio, no siendo el titulado *trustee* más que una persona revestida de poderes bajo su dependencia, no hay trust, porque los bienes están en realidad en el patrimonio del *cestui*.

El principio se desprende claramente: puesto que el trust es un patrimonio afectado, es preciso que el *settlor* vaya bastante lejos, para hacer salir los bienes del patrimonio; pero no debe llegar a hacerlos caer en el patrimonio del *trustee* o en el de los beneficiarios.

Si el principio es claro, su aplicación es frecuentemente delicada. Será preciso, en cada especie, descubrir lo que el *settlor* ha querido hacer; todo gravita alrededor de su intención. Es, pues, una cuestión de hecho, y nos contentaremos simplemente con indicar el modo como la jurisprudencia aborda el problema. Procura resaltar la dificultad esforzándose en determinar si el *settlor* ha tenido intención de crear un trust; después de la intención general induce la intención particular de constituir un patrimonio distinto, pues el que quiere el fin, quiere los medios; pero si la intención de crear un trust no está clara, es preciso entonces descubrir, sin el apoyo de ningún criterio, si el titulado *settlor* ha querido o no constituir un patrimonio separado.

Para resolver el problema, la jurisprudencia plantea la cuestión siguiente: ¿Es necesario o simplemente útil crear un patrimonio distinto para permitir la realización del fin que el titulado *settlor* quiere realizar? Si esa respuesta es negativa, no hay patrimonio distinto ni trust.

Mas la recíproca no siempre es exacta, y puede suceder muy bien que sea útil constituir un patrimonio distinto, y, sin embargo, no haya trust. Así sucede cuando el titulado *settlor* es también el beneficiario y desea reservarse las ventajas del trust, sin querer, sin embargo, aceptar sus inconvenientes, y entonces buscará la jurisprudencia cuál es el fin esencial que domina a los demás, y debe hacerlo resaltar para calificar la institución jurídica que ha sido creada.

Acabamos de ver lo que debe ser la *res* en el momento de la constitución del trust. Tenemos que estudiar ahora lo que llega a ser esta *res* mientras dura el trust.

Desde que el trust ha recibido, por decirlo así, en dote un haz

de derechos; estos derechos se constituyen en patrimonio distinto, de modo que el activo representado por esos derechos es el asiento verdadero del trust, su *res*. Mientras los bienes puestos en trust son conservados *in specie* por el *trustee*, ninguna dificultad se presenta; pero si se venden, permutan o mezclan con otros de la misma naturaleza, de tal modo que pierdan su individualidad, empiezan a surgir las dificultades. En efecto, si la cuestión de identidad del patrimonio es ordinariamente simple, porque hay un sujeto de derecho, que es su titular, y cuya identidad es fácilmente determinable, se hace más delicada cuando no haya propietario y nos encontramos ante un patrimonio afectado. Desde el punto de vista teórico no hay dificultad, porque el principio es claro: la *res* subsistirá en tanto que el activo que representa en su origen subsista en estado distinto.

Desde el punto de vista práctico tampoco hay dificultades, cuando el *trustee* obra correctamente; en efecto, si la *res* es dinero, debe colocarlo en cuenta especial; si no es dinero se presenta una doble alternativa:

1.^a O los bienes puestos en trust son fungibles, o no lo son; si lo son, el *trustee* debe ponerlos aparte para conservar su individualidad; si no lo son, están por definición determinados y no hay dificultad en reconocerlos.

2.^a O bien el *trustee* está autorizado para disponer de los bienes por venta o permuta, o no lo está; en el primer caso, si se contenta con ejercer los derechos que tiene por el acto constitutivo, o por los principios generales del derecho de los trusts, la *res* llegará a ser la contrapartida recibida; en el segundo caso, el *trustee* conserva *in natura* los bienes constituidos en trust y no hay problema.

Prácticamente, cuando el *trustee* ha mezclado los fondos del trust con otros fondos o ha dispuesto irregularmente de los bienes puestos en trust, es cuando existe la cuestión embarazosa de saber si el patrimonio puesto en trust ha conservado su identidad a través de las mezclas, ventas o permutas de que ha podido ser objeto. Como esta noción de identidad de patrimonio es extremadamente fluida, es indispensable dar las reglas que se han fijado por la jurisprudencia y constituyen, por decirlo así, las boyas que jalonen el canal.

1.^a *Regla del Clayton Case.*—Cuando el *trustee* ha mezclado en la misma cuenta del Banco fondos pertenecientes a varios trusts, los fondos primeramente retirados se presume que son los que se depositaron antes. Por ejemplo: si el *trustee* deposita 1.000 libras para el trust X, el 15 de Enero y otras tantas el 1.^o de Febrero para el trust Y, después retira 1.000 el 15 de Marzo y las disipa, la totalidad del resto pertenece al trust X.

2.^a *Regla de in re Hallettis State.*—Cuando un *trustee* mezcla en una misma cuenta su propio dinero y el del trust, se presume en derecho que ha retirado primero sus fondos personales.

3.^a Sin embargo, si el dinero primeramente retirado se ha colocado en valores, habiéndose disipado el retirado después, el dinero disipado se supone que es del trust.

4.^a Si el *trustee*, después de haber mezclado sus fondos con los del trust, disipa, no sólo todo lo suyo, sino también una parte del dinero del trust, la *res* habrá desaparecido en la medida en que haya disminuído.

Fuera de los casos en que el dinero haya sido disipado, hay otros en que los bienes puestos en trust serán ilegalmente vendidos, pignorados o mezclados y la situación desde luego es embarazosa. ¿Hay una *res*? ¿Hay dos, o no hay nada? El derecho anglosajón adopta sobre este punto una solución que parece perfectamente racional, desde que se conoce la verdadera naturaleza del trust. Pongamos un ejemplo concreto: Una finca se pone en trust. El *trustee* no tiene por hipótesis el derecho de venderla o permutarla; sin embargo, la permuta por una casa de renta que vende en seguida en 4.000 libras, apuesta en las carreras con tal dinero y gana 2.000. Se puede razonar así: la finca, si está en trust, no ha estado jamás en el patrimonio del *trustee*, no podía, pues, permutarla, y el *cestui*, ejerciendo su derecho, puede reclamarla, en tanto que no la haya comprado un tercero de buena fe. La finca, pues, continuar siendo la *res* del trust.

Pero el propietario del inmueble de renta, que ha ayudado al *trustee* a cometer un acto ilegal con conocimiento de causa, no puede invocar la nulidad de la permuta (*nemo propriam turpidinem auditur allegans*): si los beneficiarios no la invocan tampoco, podrán decir evidentemente que la casa de renta es el activo que re-

presenta la finca que reemplaza su valor, que es el mismo patrimonio, y, por lo tanto, el inmueble es la *res*.

Lo mismo se puede decir, *mutatis mutandis*, para el precio de 4.000 libras y para el resultado feliz del juego 4.000 más 2.000 igual 6.000 libras.

¿Habrá, pues, cuatro *res*? No puede haber más que una. ¿Cuál de las cuatro es la verdadera? Como todas las operaciones hechas por el *trustee* son ilegales por el mismo título, no hay razón para elegir una con preferencia a otra. Hay que elegir, sin embargo; evidentemente, no pueden hacerlo ni el *trustee* ni los terceros que son partes en las transacciones fraudulentas; sólo podrá verificarlo el beneficiario, y este derecho de selección le suministra un arma particularmente eficaz.

Así la noción de identidad del patrimonio, que es la idea central de todas las reglas, aparece a la vez en perfecta armonía con la esencia misma del trust y como un medio temible puesto entre las manos del *cestui* para permitirle obligar al *trustee* y a los terceros a respetar la afectación prevista.

2.^o UNA AFECTACIÓN

Al ser el trust un patrimonio afectado, la afectación es un elemento esencial a la existencia del trust. Si no se ha previsto una afectación, el trust es nulo; éste es el caso de los titulados *passive trusts*. Si el *settlor* se contenta con transferir bienes a X *in trust* para Y, sin especificar más, X no es más que una persona interpuesta inútilmente; y tiene el derecho de exigir de X la transferencia de la propiedad. Los *passive trusts*, por no haber afectación, no son trusts en realidad.

La afectación naturalmente debe ser objetivamente determinada o determinable, pues de otro modo el trust no será una institución jurídica al no ofrecer a los magistrados ningún medio de control; mas si se cumple tal condición, poco importa que la afectación sea muy amplia.

En los límites del orden público, la afectación es absolutamente libre. La perfección del trust procede precisamente de que refleja toda la vida y puede contener mezclados todo lo ridículo y

todo lo grande de los deseos, de los ideales humanos: por eso el trust puede cumplir todas las funciones enumeradas en otro lugar, y puede adaptarse a las condiciones sociales que el porvenir reserva a nuestros hijos, como ha sabido plegarse a las que estaban sometidos nuestros pasados.

No es necesario que el trust se constituya en provecho de un sujeto de derecho.

También se puede constituir en provecho de grupos, que no están dotados de personalidad moral, como, por ejemplo, una tribu de indios o asociaciones de hecho (como clubs) o para cumplir una misión de interés privado, que no aproveche a ningún individuo (como la erección o conservación de monumentos elevados en lugares privados o a la gloria de personas indiferentes para el público).

Un *trust* también puede ser creado para el alma de un muerto (decirle misas) o en provecho de animales (cuidar los caballos y los perros del testador después de su muerte). También una jurisprudencia, ya considerable y de más importancia cada día, establece que la afectación puede ser tan libre y fugaz como pueden concebirla los hombres, en tanto que permanezcan dentro de los límites fijados por el orden público.

Si el *cestui* es de hecho un individuo, parece a primera vista que el problema de la capacidad de recibir no debería presentarse, puesto que un muerto, y también los animales, pueden ser *cestuis*.

Esto sería, sin embargo, un error, porque llegaría a ser muy fácil alterar la ley. Si, por ejemplo, el derecho prohíbe a los enfermos hacer legados al médico que los ha asistido durante su última enfermedad, no puede permitir llegar a los mismos resultados por medio de un trust. De una manera general, se prohíbe hacer, por medio del trust, lo que el orden público o leyes imperativas prohíban hacer de otra manera.

Así el problema de la incapacidad de recibir se plantea sobre su verdadero terreno y evita una confusión muy frecuente en las demás partes del derecho: cuando un *cestui* es incapaz de recibir, no es nunca a causa de una incapacidad de la técnica jurídica; es sólo porque el derecho estima que no es preciso que tal o cual persona obtenga un beneficio de tal o cual situación. En último análisis, la cuestión jamás se plantea como un problema de capa-

ciudad, sino en función del orden público. Así, dentro de los límites del orden público, no importa quién puede ser el *cestui*.

¿No hay, sin embargo, al menos una persona que no pueda ser *cestui*: esto es, el mismo *trustee*? No; el *trustee* también puede ser un beneficiario.

Sin embargo, es imposible que sea el único beneficiario, puesto que en su calidad de *trustee* puede ejercer contra los terceros todos los derechos que se derivan del de propiedad y en su calidad de único *cestui* obtiene todo el beneficio de la cosa; no hay, pues, patrimonio afectado y la propiedad individual se reconstituye.

No es necesario que los beneficiarios hayan sido concebidos en el momento de la constitución del trust; basta con que lo sean en el momento en que el trust debe ser ejecutado; ni es tampoco necesario que sean nominativamente designados; los intereses beneficiarios pueden estar representados por títulos al portador. Se podría tal vez objetar que la relación *trustee-cestui* es una relación fiduciaria y se concibe mal una relación de este orden frente a una persona anónima. La respuesta es fácil: el carácter fiduciario de esta relación es unilateral y pesa únicamente sobre el *trustee* frente a un *cestui*, en cierto número de relaciones particularmente estrictas; pero nada se opone a que estas obligaciones existan frente a personas que pueden reemplazarse unas por otras; esto es tan verdad que en la mayor parte de los trusts el interés beneficiario puede ser transferido por el *cestui* a un tercero sin asentimiento del *trustee*.

Si en principio la igualdad entre los *cestuis* se presume de hecho, nada impide el acto constitutivo de conceder a algunos una situación privilegiada; por lo tanto, en un trust en que los intereses estén representados por títulos al portador, pueden existir acciones privilegiadas; así el trust evoluciona en plena libertad dentro de los límites del orden público; ningún obstáculo técnico impide afectar los bienes en conformidad con la voluntad del *settlor*.

¿Quiere esto decir que la voluntad del *settlor* es soberana y que se interpretará según las mismas reglas que cualquier expresión de voluntad en el dominio jurídico? En otros términos: La

intención del *settlor* y la afectación ¿son idénticas? No. La distinción, llena de matices, es delicada, pero esencial.

Sin embargo, el punto de partida es el mismo; si esas intenciones del *settlor* pueden ejecutarse a la letra sin inconveniente, es evidente que deben serlo; si no pueden serlo, el trust caduca. Cuando el *settlor* ha prescrito todas esas condiciones como *sine qua non* de la existencia del *trustee*, es evidente que el propietario es siempre libre de no transferir sus bienes, aunque se trate de un contrato, de una donación, de un legado o de un trust, sino en las condiciones que le parezca oportuno imponer, y es bien cierto que los *settlers* imponen frecuentemente condiciones de esta naturaleza sobre los puntos que les parecen esenciales. En la medida en que lo hacen coinciden intención y afectación.

Pero ordinariamente sólo lo hacen en una medida bastante limitada, por tres razones:

1.^a El trust se constituye siempre para durar cierto tiempo. En principio puede durar indefinidamente, si se trata de un trust caritativo: se impone, por lo tanto, permitir la adaptación a circunstancias nuevas que no se han podido prever en el momento de su constitución.

2.^a El trust se realiza esencialmente gracias al *trustee*, elegido entre todos por su competencia e integridad y en el cual se confía. Es, pues, normal que el *settlor* lo considere como continuador de su pensamiento, encargado de tomar las disposiciones nuevas que imponga la necesidad.

3.^a Finalmente, el mismo espíritu de la institución se opone a la rigidez; constituir un trust es conceder una misión, esto es, dar directivas generales; es en cierto modo dar vida propia al patrimonio que se le afecta.

Así el problema de la interpretación de voluntad se plantea de una manera especial en materia de trust. Si hago un contrato, todas las condiciones que imponga serán consideradas en principio como *sine qua non*; si fundo un trust, serán interpretadas normalmente como directivas dadas al *trustee*, cuyo deber será análogo al que Foch asigna al oficial sobre el campo de batalla: debe seguir las instrucciones recibidas en toda la medida compatible con las circunstancias que predominan en el momento de la acción; debe tener la visión de los fines diversos perseguidos por los que

le han dado tales instrucciones y esforzarse en realizarlas, consagrándose en todo lo posible a los más inmediatos.

Es, pues, frecuente, interpretando normalmente la intención del *settlor* llegar a no seguir las prescripciones que habrá impuesto en términos perfectamente claros.

Pero cuando los términos no son claros, cuando la intención es dudosa, se ve clara la diferencia entre el trust y las demás instituciones. En efecto, cuando dos interpretaciones son posibles, en lugar de penetrar en el espíritu del donante, la jurisprudencia tomará como punto de partida la función que debe cumplir el patrimonio afectado. Afectación e intención muestran así la diferencia que les separa; la intención implica una interpretación psicológica, en tanto que la afectación sólo la requiere funcional; separándose insensiblemente de la intención, la afectación llega muchas veces a contradecirla.

En efecto, existen casos en que la intención del *settlor* no será seguida, aunque esté claramente expresada y sea lícita y fácilmente realizable. Esto ocurre en los casos en que una intención particular del *settlor* parece poco en armonía con la afectación general dada al patrimonio.

Que cuanto más amplia sea la afectación y cuanto más tiempo deba durar el trust mayor será el poder del *trustee*, es evidente; y por el contrario, cuanto más limitado es el fin, más se reduce la afectación a la interpretación pura y simple de la intención del *settlor*.

Si el *trust* tiene la posibilidad de modificar, según las circunstancias, el mismo objeto que persigue, es evidente que puede a *fortiori* modificar los medios de realización que han sido indicados por el *settlor* en toda la extensión en que estos medios no se prescriben con pena de nulidad y que podrían comprometer el objeto principal que el *settlor* había tenido presente.

Hay que ir más lejos aún; aunque el objeto principal del trust no esté comprometido, los medios estipulados por el creador del trust no serán seguidos si llegan a ser poco prácticos o remuneradores.

Se llega así a autorizar actos de administración o afectaciones que, en ciertos casos excepcionales, son contrarios a la intención del *settlor*.

No hay razón para inquietarse con este poder latente de transformación inherente al trust; pues en efecto: 1.º Sólo a este precio puede obtenerse la adaptación a circunstancias imprevistas en el momento de la constitución del trust. 2.º Sólo corresponde al *settlor* limitar en la extensión en que juzgue útil esa potencia de transformación. 3.º Tal transformación no se debe hacer más que con la autorización del Tribunal, ya como objeto de jurisdicción voluntaria, ya de jurisdicción contenciosa, según los casos. 4.º Los herederos del *settlor* que deben recibir los bienes, si el trust caduca, no dejarán de vigilar la ejecución del trust y oponerse a todo verdadero cambio de afectación.

Así, la afectación libremente delimitada por el *settlor*, atentamente vigilada por los Tribunales, celosamente observada por los herederos del *settlor*, puede aliar armónicamente la unidad de su desarrollo en el tiempo y la flexibilidad de su adaptación a las circunstancias nuevas de la vida. En efecto, la idea de afectación no puede ser la esencia del trust, porque esta institución no se reduce sólo a una técnica que debe funcionar según reglas fijas, sino que implica la idea de confianza constante en un ser humano, cuya inteligencia, intuición y frecuentemente el corazón tienen una influencia directa y eficaz.

Por la traducción,

FEDERICO BRAVO LÓPEZ,

Del Cuerpo de Letrados de Gracia y Justicia.

Jurisprudencia administrativa del impuesto de Derechos reales

I (1)

Comprobación. Aun cuando sean vendidas ciertas fincas, minas o concesiones de agua en subasta judicial, puede la Abogacía del Estado, previa autorización de la Dirección de lo Contencioso, comprobar los valores asignados en ella; y hecha tal comprobación por los medios ordinarios, a ello ha de estarse.

Las cuestiones planteadas son : 1.^a Facultad de la oficina liquidadora del impuesto de una capital para realizar la comprobación de valores de los bienes transmitidos en subasta judicial.

2.^a El procedimiento seguido en esa comprobación en cuanto a los medios empleados y en cuanto a la forma y resultado de las operaciones.

1.^a El artículo 61, párrafo 2.^o del Reglamento del Impuesto, dispone que en las transmisiones mediante subasta pública (notarial, judicial o administrativa) la base liquidable será el precio de la adquisición al adquirente, salvo casos justificados en que previa consulta al Centro Directivo podrá ejercitarse el derecho de comprobación; por ello en ese caso la comprobación dimana de un acto discrecional de la Dirección de lo Contencioso que no es reclamable.

2.^a La comprobación se verificó individualmente por cada mina, sin incluir más que las adjudicadas en la subasta judicial; y los valores oficiales obtenidos por la capitalización al 3 por 100 del canon de superficie en las minas coincide con los fijados en la relación de bienes hecha por la Administración que sirvió de base a

(1) Véase el número V de la jurisprudencia que sigue.

la Dirección para su acuerdo y están en desproporción notoria con el valor asignado en la subasta y no acusan inexactitud con aquélla.

3.^o Los medios utilizados para la comprobación por el liquidador a virtud de la autorización que le otorgó la Dirección, fueron: a) para las fincas rústicas y urbanas certificaciones de líquido imponible aportadas al expediente conforme al artículo 8º del Reglamento; b) para las minas la capitalización al 3 por 100 del canon de superficie, según el art. 72; c) para la concesión administrativa de aguas el valor liquidable de la potencia del salto, según la escala del art. 71; d) y para las obras hidráulicas y para el valor de la industria la tasación pericial por los trámites reglamentarios como medio extraordinario; ajustándose la comprobación a los preceptos citados, es notorio que se han aplicado los adecuados a la naturaleza de los bienes y no procede acordar alteración alguna en la comprobación de valores, sin perjuicio de que se solicite por el interesado la tasación pericial de otros bienes no incluidos en esa comprobación. Sin embargo, el Tribunal no acordó directamente con esa propuesta, sino que elevó el expediente a consulta del ministro conforme al número 8.^º del art. 44 del Reglamento de Procedimiento de 29 de Julio de 1924. (Acuerdo del Central de 14 de Diciembre de 1929.) 211-1929.

II

Adjudicación de obras. para que pueda liquidarse un contrato de obras diversificando lo contratado por obras y por materiales es indispensable que conste en la escritura la separación de las cantidades destinadas a uno y otro concepto a todos los efectos y no meramente para fines fiscales: no hecho así y liquidada la escritura sin tener en cuenta los preceptos reglamentarios, es revisable la liquidación a instancia de la Dirección de lo Contencioso.

Según el artículo 141 del Reglamento del Impuesto, el director de lo Contencioso está autorizado para interponer recurso de alzada contra las resoluciones que dicten los Tribunales Provinciales cuando se acceda a las peticiones de los reclamantes del impuesto de Derechos reales, sea cualquiera la cuantía del asun-

to, correspondiendo al Tribunal Central la resolución de esos recursos conforme a los mismos artículos.

Según el número XV del artículo 2.^º de la ley del Impuesto, en los contratos de ejecución de obras del Estado, Provincia, Municipio o particulares, si el arrendador se compromete a poner una parte o todos los materiales de la obra, se apreciará la existencia concurrente de una compraventa o de un suministro, cuyo valor, cuando no se especifique, se presumirá igual a los dos tercios del precio total convenido; y según el párrafo cuarto del artículo 18 del Reglamento del mismo impuesto, que cuando no se haga dicha especificación se liquidarán dos tercios como transmisión de muebles y un tercio como contrato de obras; para que la especificación aludida pueda prevalecer sobre la presunción legal indicada es preciso que aquélla conste en el mismo contrato o en documentos integrantes del mismo a todos los efectos y no solamente a los del pago del impuesto, pues de otro modo la determinación de la base tributaria quedaría por completo al arbitrio de los contratistas; y así se previene en el párrafo tercero del artículo 25 del mismo Reglamento en cuanto a los contratos de suministro, artículo de indudable analogía con el actual, y mucho más habida cuenta de que en el Reglamento se incluían en un mismo artículo (el 24) las reglas de liquidación de arriendo de servicios y de ejecución de obras en que concurra transmisión de bienes, y la división hecha en los artículos 18 y 25 del actual sólo responde a razón de método: por especificación ha de entenderse, según su significado gramatical, que se declare lo destinado a la ejecución de la obra y a los materiales, consignándose detalladamente partida por partida lo que es de uno y otro concepto en el contrato o en los documentos que lo integren, sin que pueda sustituirse por una mera declaración hecha por la persona obligada al pago del impuesto, en la que en globo se indiquen los tantos por ciento de obras o de materiales, aunque se aduzca como fundamento la apreciación de un técnico, y mucho menos por documentos posteriores al contrato, porque lo requerido por la ley es la expresión detallada de las partidas para que la base liquidable responda a la realidad y no al arbitrio de los contratantes. Si, pues, se aporta como prueba la declaración de los contratantes a efectos fiscales con referencia a una certificación peri-

cial en que se fijan en globo las cifras de los dos conceptos con una relación de precios aneja a aquélla unida a la reclamación económicoadministrativa, no puede surtir efecto alguno, ya que se toma como base, no los datos que sirvieron al contrato, sino otros posteriores libremente apreciados por el ingeniero encargado de la inspección de las obras.

El Tribunal Supremo, en Sentencias de 17 de Febrero de 1922 y 28 de Marzo de 1923, establece idéntica doctrina, así como en acuerdos del Tribunal Económico Central de 26 de Noviembre de 1929 y 25 de Marzo de 1930. (Acuerdo del Tribunal Central de 8 de Abril de 1930.) 196-1929.

III

- 1.^º *La transmisión a título oneroso del usufructo y nuda propiedad de una finca a misma persona produce la extinción del usufructo, y debe liquidarse por herencia en razón al parentesco de los nudo propietarios con el causante que tuvo el dominio pleno.*
- 2.^º *La obligación de abonar al usufructuario durante su vida el interés de 6 por 100 del precio aplazado por la transmisión de la nuda propiedad y usufructo aludidos en equivalencia del usufructo no es constitución de pensión ni devenga impuesto como tal, sino que es precio aplazado garantizado con hipoteca, y sólo devenga impuesto por la hipoteca que lo asegura.*

Caso : Dos señores a quienes corresponde la nuda propiedad y otro a quien pertenece el usufructo de una finca, venden sus derechos hereditarios sobre la misma a otra persona, pagándose parte del precio de presente y aplazándose el resto, que se ha de satisfacer por mitad a los dos nudo propietarios dentro del año de la muerte del usufructuario, obligándose el comprador a abonar a éste último, durante el tiempo que el precio permanezca en su poder, el 6 por 100 de interés del precio aplazado, quedando subrogado el usufructuario en todos los derechos que correspondan a los vendedores por falta de pago de intereses; y constituyéndose hipoteca sobre el derecho hereditario en garantía del pago de intereses.

Presentado el documento a liquidación, se giró, entre otras, una por herencia, número 34 c. de la tarifa al 20 por 100, por extinción de usufructo.

El Tribunal Provincial confirmó la liquidación girada y ordenó otra por pensión por el importe de los intereses que se habían de abonar a los usufructuarios. El Central confirma la primera liquidación de consolidación o extinción de usufructo y revoca la de constitución de pensión.

El usufructo cesa, conforme al artículo 513 del Código civil, número 3, por la reunión del mismo y de la nuda propiedad en una persona; comprados por ésta el usufructo y propiedad de una finca mediante escritura pública, se ha verificado la reunión y, por tanto, la consolidación o extinción aludida. El percibo de intereses del precio aplazado de la venta por el usufructuario no implica persistencia del usufructo, toda vez que el nudo propietario y usufructuario, al transmitir los derechos al comprador, no establecen limitación alguna referente al dominio pleno, cesando totalmente el usufructuario en el disfrute y adquiriendo solamente el derecho a percibir los intereses anuales del precio aplazado..

Conforme al párrafo 11 del artículo 66 del Reglamento, la extinción del usufructo devenga impuesto, aunque sea por muerte del usufructuario, según la naturaleza de los bienes, cuando el nudo propietario haya adquirido su derecho a título oneroso directamente de la persona en cuyo poder se dividió el dominio o derive su derecho de quien lo hubiese también adquirido directamente en las mismas condiciones; en otro caso, el impuesto se pagará en concepto de herencia por el parentesco entre el titular último del dominio pleno y la persona que de él adquirió la nuda propiedad a título lucrativo, aunque no sea esta persona sino un derechohabiente suyo, quien consolide el dominio; la segunda parte de ese precepto es la aplicable al caso expuesto, ya que aquél se contrae al nudo propietario segundo o posterior, pues de otro modo se hubiera consignado que la transmisión de la nuda propiedad no releva al transmitente del pago del impuesto, sin añadir que se pagará por el parentesco entre el último titular del dominio pleno y la persona que de él adquirió a título lucrativo; tal precepto subroga para con la Hacienda a la persona en quien

se efectúa la consolidación en las obligaciones del primer nudo propietario, debiendo satisfacer en el momento de la extinción del usufructo lo que, de no haber habido transmisión, hubiera pagado aquél.

Del artículo 66 del Reglamento, especialmente en su párrafo 11, se infiere que a la muerte del causante el nudo propietario sólo ha de satisfacer el impuesto por el valor atribuido a la nuda propiedad, quedando obligado el titular de este derecho o sus causahabientes a abonar el impuesto por el valor del usufructo al consolidarse el dominio pleno por extinción de aquél, y tal obligación no puede cancelarse porque el primer nudo propietario o cualquiera de sus causahabientes haya dispuesto de los bienes a título oneroso o gratuito en favor de tercero; y por ello procede liquidar por herencia por el parentesco de los nudo propietarios con el causante—que aquí es colateral de tercer grado.

En cuanto a la constitución de la pensión, si bien el precio aplazado y el consiguiente abono de intereses por el comprador están sujetos a la vida del transmitente del usufructo, y que al mismo han de ser satisfechos esos intereses, es lo cierto que de lo que se trata es del abono de intereses del precio aplazado en favor de la usufructuaria durante su vida, porque precisamente su muerte determina el vencimiento de la obligación de abonar el precio aplazado garantizado con hipoteca y debidamente liquidado como derecho real. No hay, pues, pensión. El Tribunal Central ha resuelto un caso análogo en ese sentido, por acuerdo de 25 de Marzo de 1930. (Acuerdo de 28 de Mayo de 1930.) 172-1920.

IV

Multa e intereses de demora. Son exigibles ambos conceptos por ocultación maliciosa de valores, en el caso de descubrirse por gestiones de investigación de la Abogacía del Estado y comprobación subsiguiente a las mismas la diferencia entre las 20.000 pesetas consignadas como precio de la venta de una finca y las 330.000 por capitalización del líquido imponible, aun cuando el contribuyente presentase la certificación del Catastro que sirvió para la comprobación, si aparece que la finca era de una capital y la escritura se otorgó en un partido para

buscar la competencia de éste, y además que se liquidó sin presentar oficialmente el documento—por lo que se sigue causa criminal—, por no ser aplicable en tal caso el párrafo tercero del artículo 216 del Reglamento.

En la escritura se declaró un valor de 20.000 pesetas, y por la capitalización del líquido imponible se descubrió valía 330.000, descubrimiento hecho después de la liquidación girada sobre las 20.000 pesetas, a consecuencia de gestiones de investigación de la Abogacía del Estado, por lo cual la ocultación está comprendida en el párrafo segundo del artículo 216 y ha de examinarse sólo si la ocultación es punible, según el último párrafo del mismo: según éste no se estimará que hay ocultación punible cuando el interesado facilite los elementos necesarios para la comprobación o los presente al primer requerimiento de la Administración, precepto equitativo que ampara al contribuyente de buena fe, que no obstante haber declarado el verdadero valor a su juicio, o acomodado su declaración a los medios reglamentarios, se ve sorprendido, dados los diversos medios comprobatorios de la Administración, con un aumento de valor que, dados los preceptos del párrafo segundo del artículo 216 citado, si excedía del 25 por 100 en las del primero, implicaría la imposición de multa; el caso actual no puede estimarse comprendido en el párrafo tercero del artículo 216 sin desvirtuar el espíritu que informa ese precepto, dada la diferencia entre las 20.000 pesetas declaradas y las 330.000, valor comprobado de la casa vendida, ni atribuirla a un error de cálculo o apreciación, mucho más habida cuenta que la casa vendida era de Madrid y en ella vivían el comprador y vendedor, donde se anunció su subasta, no obstante lo que otorgaron escritura de venta en un partido judicial distante para buscar la competencia legal del liquidador que con abierta infracción del deber de comprobar la transmisión (Circular de la Dirección de lo Contencioso de 26 de Mayo de 1911) practicó la primera liquidación sobre 20.000 pesetas, que hubiera prevalecido sin el celo investigatorio del abogado del Estado. En cuanto a los intereses de demora son procedentes, porque la disminución de valor equivale a la falta de presentación de tiempo oportuno los valores disminuidos, y es aplicable el artículo 205 del Re-

glamento del Impuesto. (Acuerdo del Tribunal Central de 12 de Julio de 1929.) 181-1929.

V

La cuestión de abono de los derechos de perito en una tasación pericial ha de plantearse, en primer lugar, ante la administración activa, y después se ha de promover reclamación ante los Tribunales Económicos administrativos, no pudiendo ser resuelta directamente por éstos.

Acordada por la Abogacía del Estado, en uso de la autorización de la Dirección de lo Contencioso, la tasación pericial como medio de comprobar la transmisión de una concesión de energía eléctrica y otros bienes, a consecuencia de venta en pública subasta (véase el expediente 211, de 1929, número 1.^o del año actual de esta Revista), el Ministerio de Hacienda, al que se elevó consulta a propuesta del Tribunal Central acerca del recurso de apelación de los interesados, como caso comprendido en el número 8 del artículo 44 del Reglamento de Procedimiento, pidió informe al Consejo de Estado, y previo dictamen de su Comisión permanente, se dictó Real orden en 17 de Julio de 1930, DECLARANDO que procedía ESTIMAR el recurso de alzada y REVOCAR el acuerdo recurrido DECLARANDO improcedente la comprobación de valores ordenada por la Dirección de lo Contencioso, DEBIENDO LIQUIDARSE LA ESCRITURA DE VENTA DE FINCAS y DERECHOS mediante SUBASTA PÚBLICA JUDICIAL, POR EL PRECIO de adjudicación de la subasta.

Presentada minuta de honorarios por el ingeniero que verificó la tasación, fué remitida, a virtud de la citada Real orden, al ministro, y con éste lo envía al Tribunal Central, el cual falla en el sentido expuesto.

Según los párrafos 3.^o y 4.^o del Reglamento de 29 de Julio de 1924, las funciones de gestión y las de resolución de las reclamaciones económicoadministrativas se siguen separadamente, ajustándose aquéllas a lo prevenido en los Reglamentos de cada ramo o materia de la Hacienda, y éstas, al Reglamento mismo de procedimiento desde que hay una reclamación económicoadministrativa; las operaciones de gestión se ejercen por los diversos

organismos, y comprenden todas las operaciones para liquidar los derechos o satisfacer las obligaciones del Tesoro Público hasta que exista un acto administrativo que conceda o niegue un derecho. Por lo tanto, el delegado de Hacienda debe dar a la reclamación indicada referente al pago de honorarios del perito la tramitación procedente, según el Reglamento. (Acuerdo del Central, de 25 de Noviembre de 1930.) 211-1929.

VI

1.^º La herencia de un español, consistente en bienes muebles situados en España a favor del Ayuntamiento de una capital extranjera, está sujeta al impuesto. 2.^º El plazo para hacer la oportuna declaración empieza desde el fallecimiento del causante, sin que sea admisible la alegación del Ayuntamiento de que desconocía la institución. 3.^º Es improcedente la exculpación de incumplimiento de esa obligación, basada en el artículo 178 del Reglamento, toda vez que se limita al caso en que haya un fallo que produzca entrega de bienes o metálico, caso distinto del de protocolización de un testamento cerrado. 4.^º El beneficio de pobreza no implica cuestión litigiosa, que, a tenor del Reglamento, suspenda los plazos de presentación. 5.^º A falta de disposición concreta reglamentaria, las notificaciones de actos administrativos en el extranjero pueden hacerse por medio del cónsul de España, no siendo preciso acudir a la vía diplomática total, porque esto sólo es peculiar de los pleitos, según la ley de Enjuiciamiento civil. 6.^º Cualesquiera que sean los demás motivos de nulidad alegados, son improcedentes, ya que ha transcurrido más del año desde la muerte del causante, y el Ayuntamiento debe pagar el impuesto inexcusadamente.

Este caso, muy curioso, es el siguiente: Un súbdito español, cuyos bienes consistían en valores y efectos depositados en diversos Bancos de la Península, instituye heredero al Ayuntamiento de Berlín, para que, deducidos los gastos de sepultura, los dis-

tribuya en obras de caridad. Instruido el expediente de investigación, y pedidos datos de los bienes al notario, Bancos, Delegación de Hacienda, se instruyó el expediente de comprobación, notificándose la iniciación de aquél y requerimiento de presentación de documentos y la aprobación de éste por la Abogacía del Estado, así como el proyecto de liquidación al Ayuntamiento heredero por medio del cónsul de España en la capital citada; además, se publicó en la *Gaceta de Madrid* y en el *Boletín Oficial* de la provincia.

El Ayuntamiento no hizo la declaración pedida, y al contrario, formuló reclamación económicoadministrativa contra la fijación de la base y práctica de la liquidación, alegando que un tercero había promovido demanda de pobreza para litigar acerca de la validez del testamento, y, por ello, estaba en suspenso el plazo de presentación; que conforme al artículo 178 del Reglamento, en tanto no cumpla el secretario judicial la obligación que ahí se le impone, y conste notificado el Ayuntamiento en la forma que determina la ley de Enjuiciamiento, no está obligado al pago; ni empieza a correr el plazo para presentar a liquidar; que el expediente se dirige contra el Ayuntamiento, y no es éste el obligado, sino los administradores de los bienes hereditarios, según el artículo 116 del Reglamento; y, finalmente, que el Ayuntamiento es una persona jurídica, según el Tratado Internacional con Alemania, de 1814, y al artículo 35 del Código civil, y, por ello, no es procedente la cantidad liquidada ni la forma, y que se han infringido los artículos 85, 147 y regla 11 del 148 del Reglamento del impuesto en cuanto a la aprobación del expediente de comprobación. La reclamación no prospera.

1.^º La sujeción al impuesto de la herencia causada a favor del Ayuntamiento de Berlín se infiere de los artículos 1.^º y 4.^º del Reglamento ya que lo devengan los bienes muebles situados en territorio español, sea cualquiera la nacionalidad de los causantes adquirentes o contratantes, considerándose situados en territorio nacional los muebles materialmente existentes en él, aunque pertenezcan a extranjeros, exigiéndose el impuesto en tales casos siempre que expresamente no esté pactada la exención con la nación respectiva, circunstancia que aquí no concurre ni se ha alegado.

2.^º A tenor de los artículos 657 del Código civil, y 48 y 52

del Reglamento de los derechos a la sucesión de una persona, se transmiten desde el momento de su muerte, momento en el cual se estima hecha la adquisición de los bienes para efectos del impuesto, cualquiera que sea la fecha de la declaración de herederos o la de formalizarse el documento, bastando, para exigir aquél, que conste el fallecimiento del causante y la existencia de bienes a su nombre—si son muebles, que estén a nombre del mismo, y por ello, desde el día del fallecimiento del causante, comenzó a correr el plazo para hacer la declaración, sin que el Ayuntamiento esté disculpado por no conocer la disposición testamentaria, pues no hay precepto que tal cosa autorice.

3.^º El artículo 178 del Reglamento carece de aplicación, pues se limita al caso en que un fallo deba producir entrega de bienes o cantidades en metálico, lo cual es diferente de las diligencias de protocolización de un testamento cerrado, y se halla aquél establecido para investigación y en beneficio del contribuyente, no suponiendo la no advertencia del Secretario judicial, el que no nazca la obligación de declarar los bienes o pagar el impuesto por el contribuyente, o que se amplíe el plazo para ello o las prórrogas que pudieron conseguirse.

4.^º El artículo 113 del Reglamento, referente a suspensión de plazos en caso de litigio, no puede aplicarse al caso actual, en que no había pleito promovido, sino un mero incidente de pobreza, lo cual no es suficiente para interrumpir los plazos, según acuerdo del Tribunal Central de 24 de Enero de 1925, y no hay disposición alguna reglamentaria que equipare este incidente al pleito propiamente dicho.

5.^º A falta de precepto reglamentario que regule la forma de la notificación a entidades extranjeras que carecen de domicilio en territorio español, y dadas la cortesía y eficacia que deben presidir, es lo más procedente se busque el medio de garantizar su finalidad, dando a conocer las resoluciones de un modo directo, y por ello las notificaciones directas, por medio del cónsul de España en Berlín al Ayuntamiento de esa capital del requerimiento del liquidador para presentar documentos y de la base para liquidar están bien hechos, y mucho más habiéndose publicado en la *Gaceta de Madrid*, según el artículo 152 del Estatuto de Recaudación; no es necesario utilizar la vía diplomática a que se re-

fiere el artículo 300 de la ley de Enjuiciamiento civil, pues ello sólo es preciso para las diligencias judiciales en el extranjero en negocios civiles.

6.^o Aunque no fuese legal ese medio, desde que el Ayuntamiento tuvo noticia oficial de la herencia, estaba obligado a declararla, y, al no hacerlo dentro del año, incurrió en multa y demora, mucho más no habiendo impugnado la cualidad de heredero, ni la existencia de los bienes como propios del causante. No es pertinente la alegación del artículo 116 del Reglamento, que sólo impone obligación a los administradores cuando sean desconocidos los herederos; la investigación y comprobación fueron aprobados por el abogado del Estado, y dirigidos contra el heredero conocido, por lo que no son admisibles los motivos de nulidad alegados, y, por último, tampoco es aplicable la excepción referente a las personas jurídicas. Sin perjuicio de la devolución si se anulase judicialmente el testamento, según el artículo 58 del Reglamento. (Acuerdo de 25 de Marzo de 1930.) 255-1929.

VII

Los acuerdos del Tribunal Central terminan la vía administrativa, y contra ellos no se da más que el recurso contenciosoadministrativo, salvo los casos de recurso de nulidad, conforme a los artículos 48 y 105 del Reglamento de 29 de Julio de 1924; por lo que dictado acuerdo en recurso de alzada referente a contrato de suministro conforme al artículo 18, párrafo cuarto, del Reglamento del impuesto, no es admisible nuevo recurso ante el mismo Tribunal. (Acuerdo de 15 de Julio de 1930.) 256-1929.

VIII

Sociedades. Las partes de fundador, creadas al constituirse una Sociedad, entregadas a los socios y que no representan capital alguno social, han de tributar al 2,40 por 100 como transmisión de muebles y valorarse como acciones liberadas de la misma sociedad.

En la escritura social se crearon 4.000 acciones de 500 pesetas, destinándose setecientas de ellas para pago de aportaciones

mineras y reembolso de gastos; 2.100, para suscripción en metálico, y quedando las restantes en cartera para ponerlas en circulación cuando se acordare; y, además, se crearon 4.000 partes de fundador sin representación de capital alguno, las que serían entregadas en pago de aportaciones y desembolsos; se especifica en la escritura las aportaciones de cada socio en pago de las que se les dieron acciones liberadas y metálico y la parte proporcional de los valores en cartera, y las acciones de fundador se distribuirán en la misma proporción que las acciones liberadas; la distribución del capital, al liquidar la Sociedad, se hará dando 75 por 100 a los accionistas y 25 por 100 a las partes de fundador.

El liquidador giró una liquidación sobre el importe total de las partes de fundador al 2,40, que fué impugnada ante el Tribunal Provincial, y revocada por él; recurrido el acuerdo por la Dirección de lo Contencioso, el Central revoca el fallo del inferior.

La cuestión discutida es la de si «las partes de fundador» creadas en la escritura, y que no representan capital alguno, recibidas por los socios fundadores en la proporción señalada en la escritura social, deben tributar al 2,40 por 100 como cesión de muebles, computándolas como acciones totalmente liberadas, o deben pagar el 0,50 por 100 de su valor, como aportación social, computándolas a 100 por cada una.

Según el artículo 19, párrafo 3.^º del Reglamento del impuesto, las acciones, cédulas o títulos que concedan participación en el capital o en las utilidades, y que no representan aportaciones de bienes o derechos conocidos con el nombre de cédulas o partes de fundador, tributarán como transmisión de muebles a favor del titular sobre la base reconocida en el capital, y cuando no exista o no sea conocido, se estimará el valor de cada parte igual de las acciones de mayor nominal enteramente liberadas de la Sociedad. Las descritas en la escritura se ajustan a estos conceptos, ya que se trata de títulos que conceden a sus poseedores determinados derechos y no representación, aportación de capital alguno, y así lo confirma la diferencia entre acción y parte de fundador y los distintos derechos que se conceden, tanto en la participación de beneficios como en cuanto a la disolución, y las estipulaciones referentes al capital social distribuido en acciones, de las cuales 700 son liberadas y destinadas al pago de aportaciones, creando,

separadamente las partes de fundador; y lo confirma que sólo uno de los socios aporta bienes, aunque todos reciben partes de fundador y aquél fué pagado con acciones liberadas. De todo ello se deduce que deben tributar al 2,40 por 100, pero liquidándose á nombre de los socios que los reciben y no de la Sociedad, según el artículo 59 del Reglamento, que declara que a los socios nominalmente les alcanza la obligación tributaria por haber de satisfacerse el impuesto por el que adquiere los bienes gravados.

Finalmente, la base ha de ser el valor de las cédulas computadas, como las acciones liberadas, conforme al párrafo 3.^o del artículo 19 del Reglamento, ya que no representan capital alguno ni participación determinada en él, sin que pueda admitirse que representen esa participación, basado en que en la escritura se estípule que, al disolverse la Sociedad, se dé una parte del sobrante, después de pagadas todas las atenciones, a las partes de fundador, porque en la misma escritura social se dice que no representan capital social, y, además, porque tal parte no es en el verdadero capital social, por haber de ser éste reintegrado a los accionistas, sino una especie de utilidad o beneficio. (Acuerdo del Central, de 23 de Junio de 1930.) 258-1929.

IX

Sociedades. Territorio foral. Concepto de la participación de una sociedad. 1.^o La modificación de sociedad consistente en el cambio de nombre social, si no hay adjudicación de bienes por disolución de aquélla, no es acto sujeto al impuesto. 2.^o La herencia de una participación social de una sociedad, que según la escritura funcional había de continuar con los socios supervivientes, sin que haya bienes adjudicados especialmente, y que se halla domiciliada en las provincias vascongadas, está exenta, porque esa participación merece el concepto de bienes muebles.

Una señora domiciliada en Vizcaya formó con sus hijos sociedad domiciliada en la misma provincia: la Sociedad, según la escritura social, no se extingue por muerte de sus socios, sino que

continúa con los herederos ; muerta aquélla , se modificó el nombre social, dejándolo reducido a Hijos de ... y continuó funcionando la entidad. La Sociedad poseía inmuebles en territorio sujeto al impuesto y se pretendió exigirle por las siguientes razones : aunque la participación en el patrimonio social que se reconoce a los asociados consignada en títulos negociables no representa un condominio de los socios en los bienes, sino un derecho a intervenir en la administración y a participar de los beneficios sociales, y tal derecho, no comprendido en el artículo 334 del Código civil, no merece el concepto de inmueble, sino de mueble, según el 335 ; sin embargo, los bienes inmuebles de la Sociedad, al fallecer el socio, dejaron de pertenecer a aquélla ; se produjo la disolución parcial y se transmitieron a los herederos, no en la complejidad de derechos de la participación social—que es lo que merece el concepto de mueble—, sino como dominio y propiedad de los inmuebles que en pago de su haber se les adjudiquen, sin que obste que ya esté hecha la adjudicación, pues hay que atender a la proporcionalidad del 53 del Reglamento y a la naturaleza jurídica de los bienes, adonde están sitos. Esta doctrina es REVOCADA por el Tribunal Central.

1.º El artículo 19, párrafo 7.º del Reglamento, dispone que, si la Sociedad se modifica por muerte de algún socio y continúa con los demás, no se exigirá, aparte de lo que corresponda por herencia, el impuesto por modificación de sociedad, a menos de que haya nuevas aportaciones, y así procede declarar no sujetá la modificación del caso expresado.

2.º Queda, pues, sólo a decidir si está sujetá la herencia, lo cual, dado el domicilio de la señora muerta, dependió del concepto de bienes muebles o inmuebles de los bienes. En Vizcaya se pagó como muebles.

Las acciones y participaciones de las sociedades mercantiles no están incluidas entre los inmuebles enumerados en el artículo 334 del Código civil.

El 335 del mismo, atendiendo a su naturaleza jurídica : El Tribunal Supremo, por su parte, en Sentencia de 18. de Enero de 1925, declara que los términos interés, derecho y participación en una compañía, significan, jurídica y gramaticalmente, cosa inmaterial de valor positivo económico ; y siendo la persona del socio-

cosa distinta de la persona colectiva social, ningún derecho le corresponde a aquél mientras ésta exista, a no ser el de participar en los beneficios sociales y ejercitar sus facultades de socio, pero no alegar derecho de propiedad concreto sobre los bienes del activo social. Idéntico argumento se emplea en la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria para negar conceptos de inmuebles a las acciones de las Compañías mercantiles, aunque sean nominativas, y así lo declara el artículo 4.^º de esa ley, coincidente con el artículo 334 del Código. Por esto, mientras el derecho de los accionistas no se concrete sobre bienes determinados, previa la disolución social y adjudicación de aquéllos, ese derecho indeterminado de los socios ha de reputarse muebles, y al transmitirse una acción social, sin disolver la Sociedad, no se entiende transmitida una parte de cada inmueble de los que forman el capital social; y de consiguiente, se ha de declarar exenta del impuesto del Estado la herencia del 50 por 100 del valor de los inmuebles sitos en territorio común y que forman parte del activo social, transmitida por fallecimiento de una madre a sus hijos que continúan con la Sociedad que tenían constituida con aquélla, sin otro cambio que el nombre social, a tenor de la regla segunda del artículo 2.^º del Reglamento, que exceptúa del impuesto los inmuebles, dondequiera que estén cuando el causante de las herencias tenga derecho al régimen foral, según las reglas del Código civil, en cuyas circunstancias está la causante—natural y vecina de Vizcaya—y dado que la participación social tiene carácter de mueble. (Acuerdo del Tribunal Central de 17 de Junio de 1930.) 259-1929.

X

La petición de devolución de una multa y demora, cuando no se pide su condonación, sino que se impugna su procedencia, debe hacerse ante el Tribunal Provincial y no ante el Central, según el artículo 41 del Reglamento de 29 de Julio de 1924, ya que les corresponde a aquéllos conocer de las reclamaciones de primera instancia contra los actos administrativos. (Acuerdo de 21 de Enero de 1930.) 260-1929.

XI

Denuncia. Comprobación. Tasación. 1.^o No tiene derecho un denunciante a que se tasen pericialmente unos bienes si la Administración entiende que es suficiente alguno de los medios ordinarios de comprobación. 2.^o No es admisible se vea en alzada una denuncia respecto de ocultación de valores en una cuenta corriente, cuando aquélla se ha hecho en el escrito de alegaciones, en plena tramitación el recurso de primera instancia y sin precisar esos valores.

1.^o Según el artículo 81 del Reglamento, la tasación sólo procede en tres casos :

- a) Cuando los medios ordinarios de comprobación del artículo 80, y entre ellos el amillaramiento o catastro, no produce, a juicio de la Administración, el verdadero valor de los bienes.
- b) Cuando expresamente lo disponga el Reglamento para fijar la base liquidable.
- c) Cuando los interesados lo soliciten y no acepten el valor señalado por la Administración como resultado de la comprobación. Fijado, pues, por el liquidador, el valor de los bienes al comprobar, según el Catastro, y aprobado por la Abogacía, no es necesaria la tasación pericial sin que quepa sustituir el juicio imparcial y ponderado de la Administración, suficiente a esos efectos por el de un denunciante, y mucho más atendidas las molestias y gastos de la tasación, que sólo es medio extraordinario y procedente a falta de los ordinarios. Las manifestaciones del denunciante, sin principio de prueba que se corrobore, no pueden destruir el juicio del liquidador, que ha estimado innecesario ese medio extraordinario. No cabe reputar al denunciante como interesado, pues el artículo 81 se refiere, con esa frase, sólo a los contribuyentes que no acepten la comprobación hecha por el liquidador, empleando como sinónimas las palabras interesado y contribuyente, y así lo corrobora el artículo 90 del mismo Reglamento, y que al regular el nombramiento de peritos para la tasación, se refieren sólo a la Administración, a los contribuyentes o al juez, y nunca al denunciante, a quien, por tanto, no se reconoce derecho para ello.

Tampoco hay artículo del Reglamento que exija la tasación en este caso.

2.º La alegación de la ocultación en escrito de alegaciones en primera instancia, no puede ser tenido en cuenta por el Central, por no haber sido objeto del acuerdo de la Abogacía del Estado ni del acuerdo del Tribunal Provincial, por no haberlo sido de la denuncia en tiempo oportuno, sin perjuicio del derecho del denunciante a presentar otra nueva. (Acuerdo del Tribunal Central de 26 de Marzo de 1930.) 261-1929.

GABRIEL MAÑUECO,

Abogado del Estado.

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, máximum 25.000 pesetas. Cajas abiertas los días laborables de 10 a 2

Sucursales en España y Marruecos

Correspondencia 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.

BIBLIOGRAFÍA

BUHL (Bernardo): *La indivisibilidad de las servidumbres prediales* (1). (Memoria presentada ante la Facultad de Derecho de la Universidad de Tübingen para la obtención del grado de doctor.)

La indivisibilidad, propiamente dicha, de una cosa implica la aptitud de la misma para ser fraccionada en partes independientes y cualitativamente iguales, lo mismo entre ellas que en su relación con la totalidad. Resulta, pues, que la diferencia entre dicha totalidad y cada una de las nuevas fracciones y de éstas entre sí, tan sólo se caracteriza por la relación aritméticamente estimable entre sus respectivas magnitudes.

Cuando por cualquier motivo no sea posible mantener dicha relación meramente cuantitativa y resulte, en cambio, que las fracciones separadas, una vez desgajadas del objeto, adquieren por consecuencia del desprendimiento cualidades que esencialmente lo diferencien del conjunto, podrá calificarse a éste de invisible.

Nada impide aplicar estos conceptos a las cosas inmateriales, en particular a los derechos. Estos no vienen a ser, según nuestro autor, sino una relación mediata o inmediata entre dos o más personas, regulada por el ordenamiento jurídico aplicable.

Entendido de esta manera el derecho, no se nos alcanza, empero, cómo puede aplicarse el concepto de divisibilidad al mismo. Para avanzar en nuestra investigación hemos de reconocer que la esencia del derecho consiste en la atribución o el poder que concede a un hombre sobre otro. Este concepto de la facultad

(1) Véase la nota al pie de la pág. 14 del n.º 61 de esta Revista.

jurídica es un concepto de magnitud, una denominación cuantitativa, susceptible como tal de división aritmética.

Y esta división del poder jurídico sobre la cosa es desde luego posible, llevándose simultáneamente a cabo la división del objeto, o no efectuándose ésta. Para que pueda llevarse a la práctica lo primero, es necesario que el objeto en cuestión sea divisible, ya que la índole del objeto influye desde luego en la estructuración del derecho.

Así, pues, resulta evidente que la indivisibilidad del objeto no implica indivisibilidad del derecho; cabe, por consiguiente, afirmar que, siempre que por virtud del fraccionamiento del poder o facultad contenidos en un derecho vengan a formarse diversos derechos independientes entre sí y que sólo puedan distinguirse de un modo cuantitativo de aquel primitivo derecho, podrá atribuirse a éste el carácter de divisible.

Ahora bien: la división del derecho (considerada de este modo como fraccionamiento de las facultades por éste concedidas) puede coincidir con el fraccionamiento del objeto, desde luego siempre y cuando éste sea por naturaleza divisible, pero, por el contrario, puede muy bien existir un derecho divisible sobre objeto indivisible.

Por consiguiente puede afirmarse que la indivisibilidad del objeto sobre que se establezca el derecho no implica, en modo alguno, la indivisibilidad de éste; pero que, en cambio, cabe, por regla general, inferir de la divisibilidad del objeto la divisibilidad del derecho. El hecho de fraccionarse la cosa no implica, en cambio, la división del derecho sobre la misma, ya que aquélla, aun dividida, puede constituir perfectamente una unidad para los efectos de esta facultad jurídica.

Los dos supuestos necesarios, según nuestro autor, para que pueda realizarse el fraccionamiento del derecho y que éste pueda, por consiguiente, calificarse de divisible, son:

1.^a La posibilidad de fijar aritméticamente la extensión del derecho.

2.^a La circunstancia de poderse ejercer con perfecta independencia el derecho fraccionario obtenido en virtud de la división aritmética del primitivo.

Respecto al primero de los requisitos enunciados es indudable

que hay casos en los cuales el poder o la facultad limitada atribuidos al titular de un derecho sobre la cosa en que éste recae puede evaluarse cuantitativamente, siendo, por lo tanto, susceptible de fraccionamiento; pero si estas facultades otorgadas al titular son limitadas, ya no existe otro valor de referencia que aquel que puede obtenerse en virtud de la valoración económica de la cosa en su totalidad.

En el segundo caso es evidente que la división de este valor económico no implica en modo alguno la división del derecho y sólo cuando el fraccionamiento de este valor de estimación, atribuido al objeto coincide con la posibilidad reconocida en favor del dueño o poseedor de esta fracción, de ejercer con independencia un derecho sobre la cosa, cuya proporción en relación al dominio ilimitado sobre el objeto será (hablando más concretamente) la misma que la existente entre la fracción del valor de la cosa que se atribuye al titular del nuevo *derecho parcial* y el *valor* o precio de estimación total del objeto, es cuando únicamente podrá decirse que ha tenido lugar un fraccionamiento del derecho, aun no ostentando éste un carácter verdaderamente limitado.

Harto diferente de los casos enumerados es el que puede denominarse de multiplicación de un derecho. Se asemeja éste al de división de un derecho en la circunstancia de transformarse una unidad en una pluralidad; pero se diferencia en la circunstancia de que la multiplicación lleva consigo la reproducción de la misma unidad en idéntica extensión, teniendo lugar, por consiguiente, un aumento del contenido jurídico, mientras que en la división del derecho la fracción de éste será siempre de menor extensión que el derecho indiviso.

En los casos de concurrencia de varios sujetos en el ejercicio de un derecho, cabe también suplir la división por un acuerdo de los condueños, de que el derecho corresponda indiviso a uno de éstos, designado en prevención por sorteo o también por convenio con los demás, o pueden todos los condueños, sin que por ello deban considerarse en modo alguno sustituidos por otro sujeto o por una persona jurídica, constituir, en cuanto a su relación con el derecho, una unidad personal; figura desconocida en el derecho romano y que sólo ha sido desenvuelta en el germánico.

Así, pues, cabe dar una definición más precisa de la divisi-

bilidad de los derechos calificándola como aquella cualidad inherente a un derecho, conforme a la cual es éste susceptible de dividirse aritméticamente, pudiendo las fracciones de derecho así obtenidas ser objeto de un ejercicio o realización independiente.

El caso más importante es aquel en el que varios sujetos vienen a concurrir en el ejercicio de un solo derecho.

Mas puede también darse el caso de que un derecho que a primera vista aparezca ostentando una determinada extensión, en concordancia con lo que indique su nombre o por acuerdo de las partes, nazca fraccionado, y también es admisible el supuesto de que se extinga en parte, de manera que tan sólo sobreviva una fracción del mismo.

**LA INDIVISIBILIDAD DE LAS SERVIDUMBRES PREDIALES, SEGÚN
EL DERECHO ROMANO**

Normas generales en materia de constitución de servidumbres.

Observa nuestro autor que, no habiendo llegado los jurisconsultos romanos a plantear de un modo sintético el problema de la indivisibilidad de las servidumbres, nos vemos obligados a analizar diversos textos del Digesto, a través de los cuales podremos entrever cuál era el criterio de aquella legislación acerca del interesantísimo problema que examinamos.

El pensamiento jurídico de dichos jurisconsultos aparece desenvuelto con relación al nacimiento y a la extinción de las servidumbres prediales, así como para el caso de hallarse distribuidos entre varios condueños el predio dominante o el sirviente; existen, además, textos encaminados a la regulación de las relaciones creadas en virtud de la existencia de servidumbres prediales, cuando tiene lugar la división efectiva del predio dominante o del sirviente.

1.^º *Reglas establecidas acerca de la creación de servidumbre.*

El legado de una servidumbre predial no puede hacerse parcialmente. Así lo preceptúa el párrafo 1.^º de la ley 80, título 2.^º del libro 35 del Digesto, que textualmente dice:

«Algunos legados no son susceptibles de división como, por

ejemplo, el de *iter*, el de *vía* o de conducción (*actus*), porque esto a nadie le puede pertenecer en parte.”

A su vez, dispone el Digesto (libro 33, título 3.^º, ley 7.^a) que cuando se instituya en favor de varios herederos una servidumbre de vía, que no es susceptible de partición, será necesario un acuerdo para disfrutar solidariamente de esta servidumbre.

Por último, es totalmente ineficaz la derogación parcial de semejante legado, no existiendo tampoco posibilidad de que por aplicación de la ley Falcidia quede reducida una servidumbre predial a tres cuartas partes de su extensión (libro 35, título 2.^º, ley 80, párrafo 1.^a).

2.^º En cuanto a la adquisición parcial de la servidumbre en virtud de adjudicación o de prescripción, es asimismo evidente que son completamente imposibles dentro del sistema jurídico del Digesto, ya que el axioma *tantum possessum quantum prescriptum* resultaría en absoluto incompatible con los principios arriba enunciados.

Mayor interés ofrecen los requisitos exigidos por el Derecho romano para la adquisición o imposición de servidumbres por actos entre vivos. Al examinar el fundamental texto del libro 8.^º, título 3.^º, ley 32 del Digesto, conforme al cual las servidumbres no se pueden imponer ni adquirir en parte, entiende nuestro autor que esta locución *pro parte*, debe interpretarse *pro parte dominii*; es decir, que no puede imponer ni adquirir servidumbre quien no sea dueño pleno de la cosa.

En cuanto a la división del fundo, una vez realizada ya no existe dificultad alguna para que pueda imponerse una servidumbre sobre cada una de las porciones en que se haya dividido la finca (libro 8.^º, título 4.^º, ley 6.^a, párrafo 1.^a).

Conforme a los anteriores principios, cabe afirmar que, según el derecho del Digesto, no puede nunca uno de los condueños de la finca común imponer servidumbre sobre la misma (libro 8.^º, título 1.^º, ley 2.^a) ni tampoco podrá uno de los socios adquirir servidumbre sobre el solar común (libro 8.^º, título 4.^º, ley 5.^a).

Este derecho real de servidumbre que, según vemos, puede ejercerse tan sólo por el pleno dueño de la totalidad del predio, se considera por naturaleza indivisible. Así lo preceptúa taxativamente el libro 45, título 1.^º, ley 72 del Digesto, al decir: «No

se dividen las estipulaciones de las cosas que no admiten división, como las servidumbres de vía, paso, conducción, acueducto y las demás», siendo a su vez inadmisible todo supuesto de revocación parcial de la obligación encaminada al establecimiento de una servidumbre. Así, por ejemplo, dice el libro 46, título 5.^º, ley 13, en su párrafo 1.^º del Digesto, que «Si lo que se comprendió en la estipulación no admitiera división, la estipulación de una parte carecerá de todo valor, por ejemplo, si se tratara de una servidumbre sobre predio rústico o urbano.

En consecuencia con los principios sentados, establece la ley 19, título 8.^º del propio libro 8.^º, que «cuando uno de los condueños estipulese el establecimiento de una servidumbre de paso sobre la finca común, semejante estipulación es inútil, toda vez que ni aun a él se le puede dar».

Conforme a los mismos principios, dispone la ley 11 del título 1.^º del citado libro que si el dueño de un fundo estipula una servidumbre de vía y posteriormente enajenase parte de la finca, se disuelve la estipulación por entenderse que, llegado este caso, resultaría imposible dar comienzo al cumplimiento de la estipulación.

Ahora bien: cuando uno de los condueños de la finca se obliga frente a un tercero a gravar ésta con una servidumbre, es evidente que se compromete a obtener el consentimiento de los demás copropietarios, indispensable para establecer el gravamen, y caso de no lograrlo, será responsable frente al tercero, en virtud de la obligación de garantía que contrajo, y de la que, a su vez, responderán solidariamente sus herederos.

PRECEPTOS DEL DIGESTO EN MATERIA DE EXTINCIÓN DE SERVIDUMBRES

El criterio conforme al cual el derecho de servidumbre no puede tampoco extinguirse de un modo parcial, aparece ya expuesto de un modo claro en la ley 8.^ª, párrafo 1.^º, título 6.^º del libro 8.^º del Digesto: «El que usa parte de la servidumbre de paso parece que retiene todo este derecho», y en la ley 9.^ª del propio título dispónese: «Si corría agua por parte del predio, aunque no llegase a lo último, se la retiene en todas sus partes».

Mayor interés ofrecé, sin duda, la doctrina sustentada en la ley 2.^a del propio libro y título: «El que tiene *iter* y *actus*, si usare del *iter* únicamente por el tiempo establecido, no dará lugar a que perezca el *actus*, sino que este último permanecerá, según dice Sabino Casio y Octaveno, ya que también puede ir solo a pie el que tiene una servidumbre de *actus*.

Unicamente entiende Buhl que puede hablarse de una extinción parcial del gravamen cuando ésta se consiga en virtud de un estado posesorio continuo e ininterrumpido de la libertad del inmueble, alegada en ciertos casos por el dueño del predio sirviente, en cuya situación y aplicando rectamente el principio *quantum possessum tantum præscriptum*, se extinguirá la servidumbre en tanto y hasta donde sea incompatible la subsistencia del gravamen con dicho estado de libertad alcanzado por el predio sirviente en virtud de la *usucapio libertatis*.

Este criterio, mantenido en el derecho romano para las servidumbres prediales urbanas, ha trascendido, según el autor examinado, a la jurisprudencia y al Código civil germánico (1).

No es cambio admisible en modo alguno la extinción parcial de la servidumbre en virtud de legado.

La servidumbre predial no puede tampoco hacerse solidaria de una parte ideal proindivisa del inmueble sobre que recae, y, por consiguiente, ha de ser totalmente ineficaz en derecho romano la renuncia de la servidumbre formulada por uno de los condueños del predio dominante con relación a la parte proindivisa de la finca que le corresponda.

En cuanto a la ineffectuacíón de la prescripción extintiva en los casos de no uso por parte de uno de los condueños, ofrecen interés las leyes 5.^a y 6.^a del título 6.^o, libro 8.^o del Digesto, donde aparece sentada la doctrina conforme a la cual se retiene la servidumbre por el socio, ya que basta haber usado en nombre del fundo.

Asimismo resulta conforme a la ley 10.^a del propio libro y título que la interrupción de la prescripción extintiva del derecho de servidumbre reconocido en favor del condueño *alieni juris* beneficiaba a los demás comuneros: «si el pupilo y yo tenemos un fundo

(1) Véase la nota 4.^a a la pág. 20 de la obra examinada.

común, aunque ninguno lo usemos, con todo retengo la «vía» por el pupilo».

Las mismas normas rigen con respecto a los actos por causa de muerte.

En principio es sabido que al confundirse las servidumbres por hacerse uno señor de ambos predios (*Digesto*, libro 8.^o; título 6.^o, ley 1.^a) quedan extinguidas, puesto que a ninguno le debe servidumbre lo que es suyo (libro 8.^o, título 2.^o, ley 26), y esto parece suponer que al coincidir en una sola persona el dominio de una porción comunera del predio sirviente y del dominante pudo haberse reglamentado la extinción parcial de la servidumbre. Tal solución, en contradicción con los principios, axiomáticos citados, aparece, sin embargo, rechazada en la ley 8.^a, párrafo 1.^o, título 1.^o del tan repetido libro 8.^o: Si tu predio me debe servidumbre, ya sea que yo adquiera el dominio de parte de él o tú parte del mío, se retiene la servidumbre por partes, aunque al principio no se podía adquirir en esta forma (*per partes servitus retinetur, licet ab initio per partes acquiri non poterit*).

La misma norma rige en derecho romano cuando el dueño del predio dominante resulta condeño del sirviente y recíprocamente el propietario de este último adquiera una porción aliquota del dominante.

(Libro 8.^o, título 2.^o, ley 30, párrafo 1.^o)

La ley 34 del título 3.^o del propio libro dispone que si uno de los dueños del fundo común permite la servidumbre de *iter* o *acto* nada hace, y por esto, si dos predios que recíprocamente se debían servidumbre, se hicieren comunes entre dichos condeños, no se pueden remitir el uno al otro, ya que la servidumbre se puede retener por parte (*quoniam servitutes pro parte retineri placet*).

El principio sentado en los anteriores preceptos se halla aparentemente en contradicción manifiesta con el sustentado en el párrafo 27 del propio título, formulado así: «si el fundo semproniano debe servidumbre al fundo común tuyo y mío y lo compramos, se extingue la servidumbre, porque ambos señores empiezan a tener igual derecho en uno y otro fundo (*quia per utriusque domini jus in utroque fundo esse incipit*).»

Para explicar la divergencia tan patente entre este precepto del

Digesto y los antes referidos, se han esgrimido los más variados argumentos.

Así entiende Cuiacio que, en la ley 34 y en el párrafo primero de la ley 30 del título y libro antes citado, se mantiene la vigencia de la servidumbre *propter retentionem partis*, mientras que en el caso enunciado en la ley 27 no sabe hablar de retención parcial, ya que nunca puede retenerse en parte lo que anteriormente no se debía, teniendo por consiguiente que extinguirse la servidumbre.

Elvers se atiene, en cambio, a la cláusula: *quia per utriusque domini jus in utroque fundo esse incipit* y en consecuencia entiende de que en el caso de la repetida ley 27 la relación de comunidad se ha extendido a la otra adquirida en común, manteniéndose no obstante la misma proporción que ya existía entre las porciones comuneras del primer predio, y que refundidos así ambos en una sola finca no había motivo alguno para mantener el derecho de servidumbre. Cosa muy distinta acaece en los casos previstos en el párrafo 1.^º de la ley 30 y en la ley 34 del título y libro citados, en la que la relación entre las porciones comuneras puede ser distinta, ya que no podemos menos de admitir la posibilidad de que las transmisiones se efectúen sucesivamente, en cuyo supuesto no hay medio de determinar el momento en que pudiera tener lugar la extinción de la servidumbre.

Los mismos principios aplicables al establecimiento de las servidumbres prediales (para el cual es indispensable, según el derecho justiniano, la participación de todos los condeños de la finca) rigen respecto a la extinción de las mismas. Así vemos que el dueño de una porción proindivisa de una finca no puede en modo alguno liberar ésta por medio de un contrato con un tercero o de una disposición por causa de muerte (legado de liberación) de la porción del gravamen que afecta a la cuota que le corresponde sobre la misma, no admitiéndose tampoco la liberación de la servidumbre que pueda afectar a una porción proindiviso de la finca por consecuencia del no uso.

Caso de que sean varios los copropietarios del predio dominante o del sirviente.

Para este supuesto dispone el párrafo tercero de la ley 4.^º, título 5.^º del libro 8.^º del Digesto, que «si el fundo al qual se debe servidumbre de paso (*iter*) es de varios, compete a cada uno de ellos la

acción *in solidum...* pero en la estimación sólo se comprenderá... lo que interesa al que pide, y cada uno litigará en su propio derecho y el éxito en el litigio aprovechará a los demás, pero la estimación se reducirá a lo que le interesa (al promotor del litigio), si bien la servidumbre no la puede adquirir uno solo».

En el párrafo siguiente de la propia ley se dispone a su vez que «si el fundo que debe servidumbre es de dos, se puede pedir a uno y otro; y cada uno que defiende debe restituir *in solidum*, ya que la servidumbre no admite división».

El propio criterio de solidaridad que se observa, según vemos en los lugares citados, respecto al ejercicio de la acción confesoria y al de la recíproca acción negatoria de servidumbre, se aplica al ejercicio efectivo de las facultades inherentes al derecho real de servidumbre.

En principio compete a cada uno de los condueños del predio dominante el pleno ejercicio de cuantas facultades confiere la servidumbre constituida en beneficio de dicho inmueble.

En cuanto a la forma de remediar las posibles colisiones entre las facultades que competen a los diversos condueños de un predio dominante ofrece especial interés lo preceptuado en la ley 19, párrafo 4.^º del libro 10, título 3.^º del Digesto respecto a una servidumbre de carácter tan esencialmente predial como la de acueducto.

Dice Labeón que «el acueducto no se comprende en el juicio de división de cosa común, porque o es del mismo fundo y por esto no se comprende en el juicio, o está separado de él, pero dividido por medida o por tiempos».

La circunstancia de que se excluya el juicio de división de cosa común como medio procesal para reglamentar el ejercicio de las servidumbres prediales no impide, según Bühl, que cualquiera de los copropietarios pueda ejercer por su parte y a su iniciativa, frente a los demás condueños, la acción correspondiente denominada *actio communi dividundo*.

En cuanto a la situación de los diversos condueños del predio sirviente, es indudable que la obligación de no hacer o de sufrir afecta de plano a cada uno de ellos. En aquellos casos en los cuales, como acaece en la servidumbre, la obligación de respetarla implica actuación o prestación de carácter positivo, podrá ésta ser exigida íntegramente a cada uno de los condueños del predio

sirviente, sin perjuicio del derecho de exigir a cada uno de los demás copropietarios la compensación que le corresponda por haber soportado él solo la carga impuesta a la finca en su totalidad.

Pluralidad de predios dominantes o sirvientes y en particular división real de alguno de éstos.

Ningún precepto se opone en el Derecho justiniano a que un dueño delimite una parte de su finca e imponga sobre esta posesión ya demarcada del inmueble una servidumbre, o a que se adquiera una servidumbre que tan sólo grave una porción determinada de otra finca.

Así dice la ley 6.^a del título 1.^o, libro 8.^o del Digesto. La servidumbre se puede reducir y constituir de manera que afecte a determinada parte del fundo.

Para el caso de que un fundo se divida en porciones ciertas, prevé naturalmente la ley 6.^a en su párrafo 1.^o del título 6.^o, libro 8.^o, que «si el fundo está dividido en partes determinadas entre los compañeros (*si divisus est fundus inter socios regionibus*), resultará que a los efectos de la servidumbre que se debía a aquel fundo, es lo mismo que si desde el principio se hubiera debido a ambos fundos y cada uno de los dueños retiene la servidumbre para sí y por el no uso la pierde respecto a él; ni llega a ser el fundo común respecto a la parte que a cada uno corresponde, ni se le perjudica al señor del fundo que debe la servidumbre, antes bien se hace mejor su condición, ya que usando uno de los señores sólo a él aprovecha, no a todo el fundo».

Otros preceptos del título 3.^o, del propio libro 8.^o del Digesto, vienen a interpretar esta norma en el sentido de que «ha de formarse una servidumbre en favor de cada una de las porciones en que se divide la finca y sin tener en cuenta si cada una de éstas linda o no de un modo inmediato con el predio sirviente, si la creación de la servidumbre ha de redundar principalmente en beneficio de determinado porcionero y sin considerar tampoco en nada el valor de cada una de las extensiones de terreno segregadas y la mayor o menor necesidad que para cada una de éstas pueda constituir el reconocimiento de la servidumbre». Así en la ley 23, párrafo 3.^o del citado libro y título dice:

«Cualquiera servidumbre que se debe al fundo se debe a todas las partes del mismo y por ello, aunque se venda por partes, sigue

a todas ellas la servidumbre, y así cada uno puede reclamar el derecho que tiene sobre el fundo : pero si el fundo al cual se debe la servidumbre se dividiese en partes determinadas entre muchos señores, aunque a todos ellos se deba servidumbre, con todo es necesario que aquellos que no tuvieran partes inmediatas al fundo sirviente tengan paso por las demás porciones del fundo dividido o pasen, si se lo permiten los que tienen las partes inmediatas».

La ley 25 del propio libro y título amplía el texto anterior diciendo :

«Si te vendiere cierta parte de mi fundo, también te corresponderá el derecho de acueducto, aunque se lleve el agua muchas veces por causa de la otra parte, ni en ello se ha de atender a la bondad del campo, o al uso de él, de modo que el derecho de acueducto siguiere a la parte que más necesita el agua, *sino que la división del agua se ha de hacer según la proporción existente entre la porción del predio retenido y la enajenada.*»

Sólo se admite, pues, como excepción al principio del disfrute íntegro de la servidumbre por parte de cada uno de los porcioneros la división del agua recibida en virtud de la servidumbre de acueducto, según la extensión de cada una de las posesiones en que se ha segregado el primitivo predio dominante.

Cuando existe pluralidad de predios sirvientes, la regla general es el mantenimiento del principio contrario al mantenido para el supuesto de pluralidad de predios dominantes, o sea el de considerar todas las fincas obligadas a soportar el gravamen como un solo objeto para los efectos de la servidumbre.

Así preceptúa la ley 18, del título 3.^º, del referido libro 8.^º del Digesto, con carácter general que «la vía es sólo una, aunque se imponga por muchos fundos, porque sólo es una servidumbre. Se pregunta solamente si retendré la servidumbre yendo por un fundo y no por el otro por el tiempo determinado para que así proceda, y es más cierto que se ha de perder toda o toda se ha de retener. Y por esto, si no se usa la servidumbre por ningún fundo, se pierde toda ; y si por uno solo, toda se retiene.»

Como consecuencia del anterior precepto, dispone la ley 9.^º, del título 6.^º, del propio título 8.^º, que si corrió el agua por todo el predio, aunque no llegase a lo último, se retiene en todas partes, y la ley 15 este mismo título : «Si se me debía servidumbre por mu-

chos fundos y adquirí el del medio, juzgo que permanece la servidumbre, ya que ésta se confunde siempre que aquél a quien pertenece no puede usar de ella, mas adquirido el fondo del medio puede subsistir para que se deba el *iter* por el primero y el último.»

Pero este criterio de considerar como una sola unidad a todos los predios sirvientes en relación con el dominante no parece mantenido de un modo uniforme en el Digesto.

El párrafo 1.^º de la ley 6.^a, título 6.^º de la ley 8.^a, traza una norma conforme a la cual cabe determinar, ateniéndose a puntos de vista de necesidad y utilidad práctica, cuándo deberá seguirse el criterio de la unidad antes indicada y cuándo el de pluralidad de servidumbres, caso de división del predio sirviente. Dice el texto indicado : «Si se dividió el fondo que debía la servidumbre, del mismo modo tiene esto poca duda ; porque si el lugar de la vía es cierto y determinado en este caso, si el fondo se dividió por su longitud se deberá observar lo mismo que si al principio de constituirse la servidumbre sobre él hubieran sido dos fundos ; pero si se dividió el fondo por la latitud de la vía (y nada interesa que la división haya sido igual o desigual) permanece el mismo derecho de la servidumbre que antes de la división y no se puede retener por el uso o perder por el no uso, sino toda la vía.» Y a continuación, previendo el caso, en este mismo párrafo 1.^º de la ley 6.^a, de que la división no perjudique el uso de la vía para cualquier fracción del fondo, se preceptúa bajo semejante supuesto lo siguiente :

«Pero si ésta (la servidumbre) se constituyó de modo que se pudiere usar de ella por cualquier parte del fondo y no hay cosa que prohíba mudarla ; y así se dividió el fondo, si por cualquier parte del mismo puede haber vía y acto, se dirá lo mismo que si desde un principio se hubiesen impuesto dos servidumbres o dos fundos, de modo que se puede retener la una y perder la otra por el no uso.»

FUNDAMENTACIÓN DE LA INDIVISIBILIDAD DE LA SERVIDUMBRE EN EL DERECHO ROMANO

Numerosos son los textos que podrían citarse, aparte de los ya reseñados, en los que aparece formulado con toda claridad el principio conforme al cual la indivisibilidad de la servidumbre está fun-

dada en la verdadera naturaleza de la misma, o sea en el carácter esencialmente indivisible del uso de las cosas sobre que recae la servidumbre.

Así, a título de ejemplo, nos indica la ley 17 del título 2.^o, libro 8.^o del Digesto, *que no se puede comprender en la obligación parte de la vía, iter, acto o acueducto, porque no se puede dividir el uso de estas cosas.*

Nuestro autor, para compulsar la exactitud de tal punto de vista, procede analíticamente.

La divisibilidad de un derecho implica para Buhl la posibilidad de fijar de un modo concreto la extensión del mismo, lo que lleva consigo la de su división aritmética y por otra parte la facultad de realizar independientemente el derecho parcial obtenido en virtud de la división efectuada.

El primero de dichos requisitos, o sea la posibilidad de señalar la amplitud o extensión del derecho se echa de menos por regla general tratándose de servidumbres.

Tratándose de servidumbres consistentes en una prohibición o abstención (servidumbres negativas) es evidente que no pueden ser objeto de una fijación concreta en magnitudes susceptibles de fraccionamiento aritmético, ni tampoco pueden serlo aquellas que impliquen una obligación de hacer (*servitutes faciendi*), cuyo contenido estriba por regla general en una facultad de uso cuya amplitud depende, en la mayoría de los casos, lo mismo que en los de las llamadas *servitutes habendi*, de las necesidades sujetas a frecuentes cambios, del fundo dominante.

Cuando éstas aparecen en cierto modo como susceptibles de división aritmética; por ejemplo, si se dijera que media servidumbre de pastos para un centenar de bueyes era igual a una servidumbre de pastos para cincuenta bueyes, la construcción de semejante derecho real en cosa ajena resultaría por lo artificiosa ridícula y además carente de toda justificación.

La posibilidad prácticamente indiscutible de extinguirse una servidumbre de un modo parcial en los casos tan conocidos de aplicación de la ley Falcidia, por ejemplo, tratándose de una de acueducto, limitada a determinada cantidad de agua para una finca, que por aplicación de dicha ley pudiera reducirse a tres cuartas partes de la cantidad a que primitivamente tenía derecho el predio domi-

nante, no fué admitida por ningún precepto legal, ya que semejante proceder hubiese quebrantado la unidad del sistema jurídico establecido, y solamente aparece éste vulnerado por los casos llamados de *usucapio libertatis*, en los cuales, al aplicarse el axioma *tantum possessum quantum praescriptum*, se admite la posibilidad de la extinción parcial de una servidumbre predial susceptible de determinación cuantitativa. La otra excepción la constituyen determinados casos de división real del predio dominante como la antes citada de la ley 25, título 3.^º del libro 8.^º del Digesto, en la que al segregarse una extensión de terreno de una finca en cuyo favor se halle establecida una servidumbre de acueducto, se efectúa la división del agua según la proporción existente entre la parte del predio susceptible de retención y la enajenada.

Las excepciones mencionadas afectan al principio de la indivisibilidad del derecho de servidumbre en sí mismo, reconocida, según quedó expuesto, como regla general.

Nuestro autor reconoce, además, *el principio de la base de sustentación corporal*, inherente, por naturaleza, a toda servidumbre predial. Este principio, que forzosamente ha de determinar la imposibilidad de establecer cualesquiera servidumbres sobre una porción ideal, o no perfectamente delimitada de una finca, no es evidentemente susceptible de excepción alguna.

EL PROBLEMA DE LA DIVISIBILIDAD DE LAS SERVIDUMBRES EN EL CÓDIGO CIVIL ALEMÁN

Dedica a continuación nuestro autor un capítulo de su Memoria al estudio de las modificaciones introducidas en el Código civil alemán de 1900, con relación al problema de la indivisibilidad de las servidumbres, tal como aparece regulado en el derecho justiniano.

En principio, entiende nuestro autor que dicho Código rechaza indiscutiblemente todo supuesto de constitución parcial o de extinción en parte de las servidumbres pediales. Pero tratándose de determinada especie de estas servidumbres, respecto a las cuales puede determinarse su extensión en la inscripción correspondiente en el

Registro de la Propiedad, varía en cierto modo la posición del problema.

Si por ejemplo el titular de una servidumbre de pastos para cien cabezas de ganado inscribe en el Registro, por equivocación, tan sólo una servidumbre para diez cabezas de ganado y deja transcurrir el plazo necesario para que tenga lugar la prescripción extintiva de su primitivo derecho conforme al artículo 198, apartado 2.^º del Código civil germánico, se llega en la práctica, según nuestro autor, a una extinción parcial de la servidumbre.

La solución denominada en el derecho romano de la *usucapio libertatis* encuentra una posibilidad para su aplicación en el artículo 1.028 de dicho Código, conforme al cual, cuando existiera en el predio sirviente una instalación perjudicial para el ejercicio de la servidumbre, el derecho del titular de la misma a hacerla retirar estará sujeto a prescripción, aun cuando la servidumbre estuviera inscrita en el Registro de la Propiedad.

Al expirar el plazo para esta prescripción, se extinguirá la servidumbre *en tanto (soweit)* el estado de la instalación sea incompatible con el mantenimiento de aquélla.

No ha lugar a aplicar lo dispuesto en el artículo 892 (presunción de exactitud de la inscripción registral), a menos que se haya inscrito demanda de oposición a la misma, o que la inexactitud sea conocida del adquirente.

En este precepto vemos el caso típico del reconocimiento de la posibilidad de proceder a la extinción parcial de una servidumbre. Aunque no con tanta claridad, aparece también una excepción al principio de la indivisibilidad en el artículo 1.025 del repetido Código civil germánico.

Según dicho artículo, cuando se divida el predio dominante, la servidumbre continuará subsistiendo a favor de cada una de las porciones de la misma, no obstante la cual, el ejercicio de la misma será en caso de duda tan sólo admisible de manera que no resulte gravoso para el dueño del predio sirviente. Si la servidumbre no beneficiase sino al titular de una de las partes (en que se hubiere dividido el primitivo dominante) se extinguirá respecto de las demás.

Interpretado el anterior precepto por el art. 8.^º de la Ordenación del Registro Inmobiliario de 24 de Mayo de 1897 (texto refundido).

de 20 de Mayo de 1898), que autoriza la anotación con carácter permanente de la servidumbre, si afecta a cada una de las porciones en que se haya fraccionado la finca, en los diversos folios correspondientes a cada una de las nuevas fincas, formadas en virtud de dicha segregación, entiende nuestro autor que al sancionarse de este modo el fraccionamiento de las atribuciones concedidas en virtud de la servidumbre, aparece una nueva excepción al principio de la indivisibilidad de dicho gravamen.

EL PROBLEMA DE LA INDIVISIBILIDAD DE LA SERVIDUMBRE EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

En el artículo 535 sienta nuestro Código civil el principio de *que las servidumbres son indivisibles* y a continuación establece dos soluciones para el caso de división del predio sirviente entre dos o más, disponiendo que en tal supuesto *la servidumbre no se modifica y cada uno de ellos tiene que tolerarla en la parte que le corresponda*.

A continuación dispone el referido artículo, para el caso de que el predio dominante se dividiera entre dos o más, que cada *porcionero puede usar por entero de la servidumbre*, no alterando el lugar de su uso, ni agravándola de otra manera.

Varias cuestiones se nos plantean a primera vista con la lectura de dicho artículo. Ante todo—nos preguntamos—, ¿se trata de un precepto de rigurosa observancia, no susceptible de excepción alguna, o de una regla general?

En este caso: la facultad concedida con carácter general por el art. 603 de nuestro Código civil al dueño de terrenos gravados por una servidumbre de pastos para redimir su carga con el pago de su valor a los que tengan derecho a la servidumbre, ¿ha de prevalecer, aun cuando dicho predio sirviente hubiera sido dividido en dos o más, a favor de uno de los propietarios de cualquiera de las porciones segregadas, a pesar del precepto categórico del citado artículo 535?

Y por último: si en el caso del apartado 2.^o del art. 546, es decir, cuando la servidumbre se 'extinga' por el no uso durante

veinte años, ¿podrá hablarse en alguna ocasión de extinción parcial por virtud de la llamada *usucapio libertatis*?

La primera y la segunda pregunta se hallan sustancialmente resueltas en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Noviembre de 1892, que textualmente dice: *Considerando que el principio que como regla general establece el art. 535 del Código civil y que tiene por objeto mantener en su originaria integridad el gravamen en que consisten, aun en el caso de dividirse entre dos o más el predio que las disfrute o el que las sufra, no se opone al derecho que en absoluto y sin limitación alguna concede especialmente el artículo 603 del propio Código al dueño de todo terreno gravado con la servidumbre de pastos de reducir esta carga mediante el pago de su valor, sean uno o más los que tengan derecho a la servidumbre y que en tal concepto la Sala sentenciadora... ha aplicado acertadamente el segundo de dichos artículos sin infringir el primero, cual se supone en el primer motivo de este recurso.*

Así, pues, vemos que a tenor de la referida sentencia el artículo 535 de nuestro citado Cuerpo legal tan sólo establece el criterio de *indivisibilidad como regla general*.

Lo mismo que según hemos visto ocurre en la legislación justiniana y en la germánica.

Establece dicha resolución como excepción para el caso a que la misma se contrae el artículo 603 del Código civil, cuyo precepto especial se declara en tal concepto compatible con dicha regla general.

Dejando de lado el precepto especial del segundo párrafo del artículo 545 del Código civil, que más bien constituye una disposición excepcional al establecer la variabilidad o facultad de modificar la servidumbre, que por lo demás (considerada su totalidad) ha de permanecer indivisa, aun admitiendo la aplicación de dicho precepto para los casos de fraccionamiento del predio sirviente, nos quedaría por dilucidar si la extinción de una servidumbre por no uso durante veinte años pudiera afectar tan sólo a parte de las facultades otorgadas en virtud de la servidumbre.

Respecto a esta cuestión puede afirmarse que, establecida como regla general la indivisibilidad de la servidumbre en el artículo 535 del Código civil, la libertad de un fundo sirviente efecto de la prescripción extintiva de veinte años (según el apartado 2.º del referido

art. 546), requerirá el no uso durante dicho lapso de tiempo de ninguna de las facultades conferidas en virtud de la servidumbre y producirá, por consiguiente, la liberación íntegra de todo el inmueble, ya que no existe actualmente en nuestra legislación una regla de carácter especial que viniera a establecer en este punto una excepción al criterio de indivisibilidad, a modo del artículo 1.028 antes citado del Código civil alemán.

Unicamente aparece como digna de estudio la cuestión acerca de si el dueño de un predio dominante que dejase transcurrir más de veinte años sin haber usado de la facultad que le confiere el artículo 543, de hacer en el predio sirviente las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre, sin alterarla ni hacerla más gravosa, perdería por ello la facultad de realizar dichas obras, sin por eso perder el derecho real de servidumbre, que en tal caso continuaría existiendo a su favor, desprovisto de dicha facultad complementaria.

También podría sostenerse la tesis contraria o sea que el derecho que reconoce dicho artículo 543 a favor del dueño del predio dominante no prescribe por sí solo durante los veinte años que marca el apartado 2.^o del art. 546, ya que la servidumbre es esencialmente indivisible a tenor del art. 535, y en tal supuesto, cabría afirmar que la extinción parcial de la servidumbre en virtud de la gráficamente llamada *usucapio libertatis* es una figura jurídica extraña a nuestra legislación.

El trabajo examinado nos demuestra de todas formas que el problema de la divisibilidad de la servidumbre predial se hallaba suficientemente desenvuelto en el derecho jústinianeo y que las legislaciones modernas no han hecho sino desenvolver y ampliar en algún caso, atendiendo principalmente a razones de índole práctica, las excepciones que ya reconocía el derecho romano al principio de la indivisibilidad.

ALFONSO FALKENSTEIN Y HAUSER,

Abogado del Colegio de Madrid.