

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año VII

Enero de 1931

Núm. 73

La reserva llamada tradicional u ordinaria.—Su evolución ⁽¹⁾

(*Conclusión.*)

ALGO SOBRE NATURALEZA DEL DERECHO DE LOS RESERVATARIOS

Como final de este ya largo trabajo, al cual mi deseo de acertar y en algo contribuir a la labor jurídica patria ha hecho aumentar ante mi pluma, señalaré brevísimamente algunas construcciones teóricas en que se ha querido encuadrar esta compleja figura jurídica, volviendo a repetir que no pretendo resolver el problema, que excede a mis fuerzas, de la naturaleza del derecho del reservatario, piedra angular de una exacta teoría de la reserva. Mi modesto propósito ya quedó expuesto en la introducción de este trabajo.

Seremos muy breves y señalaremos dos aspectos en cada figura, ya que a cada opinión hay que considerarla doble, pues el dar una naturaleza y contenido al derecho del reservatario implica una naturaleza dada para el derecho del reservista. Empezaremos por la antigua construcción o sea:

Usufructuario y nudo propietario.—Es la doctrina tradicional, tan repetidamente expuesta en el curso de este trabajo: ya indicamos su origen y evolución hasta su crisis en Francia. En España se planteó ésta por los legisladores hipotecarios al decir:

(1) Véanse los cinco números anteriores.

«pareciendo por un lado verdadero dueño y por otro mero usufructuario».

La Jurisprudencia española, rompiendo con el criterio de la anterior al Código, niega resueltamente la analogía del reservista con el usufructuario (190).

De la exposición que hemos hecho de la nueva doctrina, resulta descartada esta construcción, puesto que se niega la adquisición por los reservatarios de la nuda propiedad con el segundo matrimonio del reservista. Este es el verdadero obstáculo al mantenimiento de la antigua construcción, no el que pueda disponer el reservista, pues aun en el antiguo Derecho lo hacía y podía convalidarse la venta nula *ab initio* por premorirle los reservatarios. Claro que hoy, en la no adquisición por el reservatario de su derecho en vida del reservista, va implícita la validez de las enajenaciones hechas por éste, que conserva su dominio en los bienes, pero de exponer lógicamente la causa que impide admitir la antigua construcción, diremos que se rechaza la antigua distinción de un usufructuario y un nudo propietario, no porque el usufructuario pueda disponer, sino porque el supuesto usufructuario puede disponer como dueño y lo es por no haber perdido la nuda propiedad; luego en la nueva doctrina, la innovación básica que obliga a rechazar la antigua, es que el reservatario no ha adquirido derecho alguno en los bienes en vida del reservista.

En contra de la opinión de Scaevola (191) de que «el Código reconoce que se reserva a los hijos la propiedad de los bienes y que, por lo tanto, se retiene sólo el usufructo», el Tribunal Supremo, de acuerdo con la moderna teoría, afirma que «falta toda analogía entre el reservista y el usufructuario para establecer identidad en su situación jurídica (192).

Fiduciario y fideicomisario.—Se creyó en Francia que la reserva implicaba una sustitución, y por ello precisamente se rechazó en su Código civil. Fideicomiso condicional la creía Sohet en sus *Institutions de droit pour le pays de Liège*.

Tal construcción pugna igualmente con la moderna doctrina

(190) Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Julio de 1916.

(191) Obra citada, página 230, tomo XVII.

(192) Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Julio de 1916.

dado que, prescindiendo del carácter y origen del fideicomiso (193), el supuesto fidicomisario sólo adquiere el derecho a la muerte del supuesto fiduciario-reservista y de éste, no del *de cuius*.

No existe, desde luego, disposición expresa de un fideicomiso (194), ni el reservatario-fideicomisario adquiere derecho a la sucesión desde la muerte del testador, aunque muera antes que el fiduciario (195). Precisamente en la reserva, si muere antes que el supuesto fiduciario, no puede adquirir nada, ni su derecho pasa a sus herederos (196).

No veo tampoco forma de construir un supuesto fideicomiso tácito (condenado por nuestro Código) fundándolo en una gratuitamente presunta voluntad del cónyuge premuerto. En tal caso podría el premuerto haber dispensado, por su voluntad expresa, de la obligación de reservar, y aunque nuestro Código silencia tal posibilidad, cuya validez admitió el Código sardo (197), es contraria a las doctrinas de los comentaristas de Toro y se rechazó expresamente en el proyecto de 1851 (198), y es además criterio del derecho moderno ir desechar las míticas voluntades presuntas, en los casos en que la única voluntad real es la de la ley.

El reservatario no adquiere en modo alguno por voluntad, ni por una supuesta normal voluntad del cónyuge premuerto, ni hay prohibición de enajenar, aunque el derecho enajenado no sea de momento definitivo para el tercero.

Propiedad revocable y expectante.—La primera implica la coexistencia de dos personas: propietario real eventual el uno y propietario potencial eventual el otro. Ocurrida la revocación, no hay sucesión, ni sustitución, sino cambio de la respectiva consideración jurídica; es decir, deja de ser dueño el que lo era, pasa a serlo el que no lo era. Pero en la reserva no deja de ser dueño el reservista, sino que deja de existir. No sé hasta qué punto pue-

(193) Véase mi artículo en el número de Octubre de 1927 de esta Revista.

(194) Artículos 783 y 785, párrafo primero.

(195) Artículo 784.

(196) Artículo 784.

(197) Artículo 148.

(198) Artículo 802: «La reserva tiene lugar aunque el difunto consorte haya autorizado al viudo o viuda para repetir matrimonio, y éste haya sido contraído, con anuencia de los hijos del primero: tiene también lugar aunque el padre o madre haya vuelto a enviduar y muera en tal estado.»

da decirse que mi propiedad es revocable en mí, siendo así que en mi vida no dejo un instante de ser dueño. Si la propiedad de una persona desaparece con su muerte, no puede decirse que se ha revocado para ella, no puede durar su propiedad más allá del momento de su muerte, porque la ley impone su transmisión a unas personas determinadas. Las disposiciones *mortis causa* del reservista sobre los bienes reservables (199) no pueden tener efecto si al premorir a los reservatarios se cumple el supuesto de la reserva; sus disposiciones intervivos son afectadas por la retroacción jurídica de ésta, pero en ningún momento de su vida dejó el reservista de ser dueño de los mismos.

Se dice que la propiedad está condicionada. No creo se deba hablar aquí de condición considerando como tal la posibilidad de que ocurra un hecho del que la Ley deduce determinados efectos. Una persona contrae matrimonio y es dueña de sus bienes; el nacimiento de un hijo supone que a la muerte de aquél, dos tercios de sus bienes irán a éste por ministerio de la Ley, y tal vocación legal limita los efectos de la facultad dispositiva *mortis causa* del padre y hasta les da acción contra ciertas donaciones, y nadie habla, sin embargo, de condición. Algo semejante sucede en la reserva: ocurre un hecho, el segundo matrimonio del padre o madre, y la Ley declara un derecho, que consiste en que si unas determinadas personas sobreviven a su ascendiente binubo, unos ciertos bienes provenientes de parientes de aquéllos pasarán a los mismos al morir el padre o madre segunda vez casados, y ante el temor de que en su día no llegue a tener efectividad el derecho que declara, ante el hecho de entrar nuevos elementos y actuar nuevas influencias en la familia, impone unas ciertas obligaciones de garantía. No veo las condiciones de que penda el dominio del reservista, ni que éste sea dueño condicionalmente: es dueño con unas obligaciones, y a su muerte, por mandato legal, lo será el reservatario, antes no.

Veamos, en efecto, la complejidad a que se llega por construir la figura sobre tal base. Dice Capó Bonnafous (200) que la reserva es un derecho perfecto condicionado, sujeto al par a un plazo y una condición: un plazo inicial (hasta la muerte del re-

(199) Salvo la mejora del artículo 972.

(200) Artículo citado en esta Revista, núm. 42.

servista) y una condición resolutoria (premuerte del reservatario), sin que «puedan reducirse estos dos supuestos a la misma figura, de una condición suspensiva, porque en la sucesión del reservatario no se dan los efectos retroactivos que son característica esencial de esta categoría de condiciones. Su derecho no se estima al realizarse ambos, como si existiera desde el hecho origen de la reserva. Surge siempre que no premuera (condición), desde la muerte del obligado a reservar (término inicial), momento a partir del cual se producen los efectos de la relación nacida. Es decir, que si bien el derecho no se perfecciona (?) hasta el cumplimiento de aquella suspensiva condición (?), el objeto del mismo no entra en el patrimonio del interesado, sino desde un cierto instante». Me parece mucho más sencillo partir de este hecho cierto, de que no hay derecho en el reservatario (201) hasta la muerte del reservista, y si no adquiere hasta entonces no hay por qué hablar de sus derechos como condicionados en vida del reservista. En manera alguna es dueño con condición suspensiva; es un posible futuro dueño, con derecho a exigir ciertas garantías de presente para el caso de que en el futuro llegue a adquirir. Su adquisición no pende de condición, sino de un hecho. De otro modo se podría hablar de toda adquisición en legítimas: si no se cumplen las condiciones de que muera una persona con herederos legítimos, éstos no adquieren la legítima, y ni los legitimarios son dueños con condición suspensiva, ni tienen derechos condicionados ni se trata de condiciones algunas que afecten a derechos existentes, sino de supuestos legales, de situaciones de hecho de que la Ley deduce consecuencias jurídicas.

Pleno dominio en el reservista y expectativa.—Creo es esta última expresión la que más necesita ser aclarada. Donde antes había un derecho (nuda propiedad) hoy no lo hay, y se dice que hay una expectativa, creyendo con ello resolver algo, y, a mi juicio, nada se aclara con ello. En efecto, decir que un derecho es una expectativa, es no decir nada, pues precisamente la expectativa es sólo la situación de un sujeto que puede, en lo futuro, llegar a tener un derecho, pero que en modo alguno lo tiene. Tiene sólo algo más que una posibilidad abstracta como sujeto: una

(201) Aparte de poder pedir garantías para su derecho futuro.

posibilidad concreta como sujeto determinado incluído en una vocación, pero nada más.

Mucho se abusa, a mi juicio, de esta palabra, por olvidar su origen y su significado técnico. Se olvida su origen, que es de estrecha e íntima dependencia de la teoría de la retroactividad de las leyes: las situaciones de hecho que no habían dado lugar a un derecho adquirido, que no podían como tales oponerse a la aplicación inmediata de la nueva ley, se han llamado esperas, «attentes», expectativas (202).

Puede, en tal situación, encontrarse cualquier sujeto y la expresión «expectativa» no indica ninguna especie jurídica, ni da contenido jurídico alguno, significando sólo una especial situación ante una reforma legal. Tal es el sentido técnico de la palabra.

Decir que un derecho es una expectativa, a lo más significa que tal derecho no ha sido aún adquirido; pero nada nos dice sobre la naturaleza del mismo.

Por eso, el decir que en vida del reservista el derecho del reservatario *está en* expectativa, es decir algo: es decir que no ha sido aún adquirido; pero decir que tal derecho *es* una expectativa, es no decir nada; y es sorprendiente que se nos dé como respuesta a la pregunta de la naturaleza del derecho del reservatario. ¡Es una expectativa, se nos dice, y si meditamos, veremos que nada se nos ha dicho. En realidad, podemos volver a preguntar. Bien hoy es (?) una expectativa, y cuando muere el reservista ¿qué es? ¡Es una propiedad plena, dirán algunos; pero precisamente lo que precisa determinar es en virtud de qué derecho a la muerte del reservista el reservatario adquiere esa propiedad plena en los bienes reservables.

Se quiere construir sobre tal base una seudoespecie jurídica, y de la coexistencia de un derecho actual a las garantías, con una situación de expectativa de un futuro derecho garantizado, formar un algo, dando contenido jurídico a la situación de expectativa para considerar ésta como elemento patrimonial del reservatario y llegar por, tal camino, a una facultad dispositiva de éste sobre su derecho. En tal estado, a que ha llegado desgra-

(202) Ved Bonnecasse, obra citada.

ciadamente nuestra Jurisprudencia, se habla de una esperanza transmisible, olvidando que precisamente en el caso del reservatario, su *s̄p̄es* no puede ser lícita base contractual, dado que es la espera de la muerte de su padre o madre.

Scaevola llega a más con este juego de palabras, pues llama expectativa, no al derecho del reservatario, sino a la obligación de reservar (203) algo, para mí totalmente incomprensible.

Creo que si no existiese la coincidencia de las obligaciones de garantía del reservista, que son algo objetivo actual, se hubiese hecho más evidente que nada se resuelve con confundir la reserva con las obligaciones de garantía de la misma, ni éstas con la situación de expectativa de aquélla.

Un derecho futuro puede garantizarse, sirviendo de base suficiente la posibilidad de su futura existencia, para construir sobre ella un derecho real de garantía, una hipoteca. La posible futura adquisición del derecho por el reservatario se garantiza imponiendo unas obligaciones al reservista; pero no creo que de la posibilidad de esta garantía y de la posibilidad dentro del campo inmobiliario de efectos independientes de esta hipoteca, que una vez nacida sigue su vida y leyes, se deban sacar consecuencias sobre la naturaleza del derecho que garantiza. No se debe en modo alguno por mala comprensión del derecho inmobiliario, de por sí complejo y poco atractivo, deducirse que la existencia actual de una garantía real, con la lógica consecuencia de su efectividad de presente, necesariamente implique la existencia actual del derecho, que en lo futuro se ha asegurado. Por eso eran justas y lógicas las Resoluciones de 28 de Agosto de 1911, 6 de Abril de 1912 y 19 de Abril de 1920, que, a pesar del derecho real de hipoteca existente, sólo concedían al derecho del reservatario una situación de expectativa, negando su comerciabilidad (204).

Admitir lo contrario nos lleva inexorablemente a la absurda figura de una expectativa adquirida, evidenciando el mal camino emprendido, el absurdo final del sistema de unir los dos términos esencialmente antagónicos entre sí.

(203) Obra citada, página 216, tomo XVII.

(204) Que se niega al mismo derecho de hipoteca. Artículo 152. Ley Hipotecaria.

No deben confundirse las obligaciones del reservista con el derecho del reservatario, del cual aquéllas son una garantía anticipada por la Ley. Se dice que, si bien es cierto que el último no tiene aún un derecho dominical, ni real sobre los bienes, no es menos cierto que tiene ciertas garantías correlativas a los deberes del reservista de los artículos 977 y 978, y en este sentido su posición jurídica significa algo más que una expectativa (205), que hay un beneficiario con un derecho de garantía, y no sólo se le niega causa a un derecho actual, sino hasta el que exista (206). Sin embargo, decimos que es natural el dudar de que exista, pues lo que se garantiza es la efectividad futura y puede llegar a no tenerla, aunque realmente haya existido antes la garantía, ya que de la garantía de una posibilidad no sabemos por qué haya de deducirse necesariamente la existencia de presente, de nada más, que la garantía misma.

La confusión de la reserva, con efectos de la misma, afecta otra forma. El derecho de los reservatarios a adquirir los bienes a la muerte del reservista trae como consecuencia, no la prohibición de disponer éste *mortis causa*, sino la no efectividad de sus disposiciones sobre los bienes reservables, si el supuesto de la reserva se produce, al par que las enajenaciones, los actos de disposición intervivos del mismo, pueden ser afectados por la retroacción de los efectos de aquélla. En cierto modo, ya que no una limitación de disponer, hay, desde luego, una limitación de los efectos de los actos dispositivos del reservista, y como ejemplo de la confusión que indicamos, del efecto con la causa, a tal limitación se la llama reserva. Así, Capó Bonnafous (206), «El reservista tiene, pues, un derecho de dominio sobre estos bienes, limitado en su facultad de disponer (?), y *esta limitación es la reserva misma*, la obligación de reservar, conservar (?) y transmitir, la imposición de un orden de sucesión determinado con carácter de necesidad. Es, pues, la institución en sí, la reserva misma, el aseguramiento y la limitación de disponer, la obligación legal...»

Propiedad plena y legítima especial.—Esta es para nosotros la naturaleza del derecho de los reservatarios; una legítima con

(205) Castán, obra citada, página 808, tomo I.

(206) Artículo citado.

varias especiales características. A), colectiva total ; B), variable individual ; C), con derechos de garantía actual ; D), cuya cuantía se fija antes de la muerte del padre o madre ; E), que comprende la totalidad de un patrimonio, no dos tercios del mismo ; F), con efectos retroactivos al adquirirse, y G), cuya adquisición, aun siendo heredero, como no se adquiere por la institución, no obliga al adquirente a respetar los actos de enajenación de bienes de la misma. Es, pues, lo que pudiéramos llamar una legítima reforzada.

En la legítima ordinaria, el legislador confía en el afecto y cariño paternal; en el caso de la reserva, no, porque tiene la influencia del nuevo cónyuge. Quiere, en su virtud, asegurar la efectividad de la misma, y para ello dicta especiales disposiciones, influido por tal deseo y limitado por el temor de poner obstáculos al comercio jurídico, que hasta pueden quedar sin finalidad, si premueren los reservatarios.

Fijémonos que la legítima es una limitación a la efectividad de las disposiciones del testador, pues tal es su naturaleza, más que limitación de su facultad dispositiva, dado que pueden premorirle los legitimarios (207), aunque diga el artículo 806 «es la porción de bienes, de que el testador no puede disponer *por haberla reservado la Ley* a determinados herederos...». Fijémonos que se puede aplicar totalmente a la reserva, hasta se emplea la misma palabra, diciendo que la legítima es *reservada* por la Ley; pero ésta, confiada en el cariño de los padres, que normalmente es la mejor garantía para los hijos, se abstiene de intervenir en vida de aquéllos, salvo en casos extremos, de donaciones excesivas o de prodigalidad; mientras que en la reserva, la confianza en el padre, cede ante el temor de la influencia interesada del nuevo cónyuge, y la Ley extiende su brazo protector sobre los posibles perjudicados, para lo cual proyecta la legítima en el tiempo. Podemos decir que la reserva es una legítima adelantada: se adelanta la legítima de dos modos, hasta el momento del segundo matrimonio. Antes se adelantaba la adquisición de la misma; era una construcción sencilla y lógica: el hecho de la madre que rompía con su deber de fidelidad al esposo difunto, que antepo-

(207) Artículo 763.

nía un cariño al de sus hijos, suponía, en parte para el Derecho romano, con la infamia, y más aún para la Iglesia, una muerte parcial de la misma. No olvidemos que decía San Pablo que la viuda que vivía en delicias, «viviendo está muerta» (208). En realidad, se podía decir que se abría su sucesión en ciertos bienes. La madre anterior, en que la Ley confiaba, muere para sus hijos y la Ley, en aquellos bienes que, de no ocurrir tal hecho, normalmente hubieran sido conservados para los hijos, abre la sucesión de la binuba y transmite su propiedad a los hijos.

Hoy los efectos se han atenuado, y la adquisición se ha hecho retroceder hasta que muera el reservista; pero el antiguo momento de adquisición sigue aún influyendo, primero, para fijar la legítima (aquí determinar su cuantía, inventariando los bienes, tasando los muebles, hipotecando por el valor de éstos y de los bienes que no existen, que la Ley supone existentes económicamente), y segundo, para dar nacimiento a obligaciones de garantía, puesto que se ha concretado el derecho de los reservatarios, aunque su adquisición se ha hecho retroceder en el tiempo.

Por este retroceso en la adquisición del derecho es por lo que se nos aparece la reserva como dijimos, como proyectada en el presente, en vida del causante. Legítima adelantada la hemos llamado por un hecho: las segundas nupcias del padre o madre. Ante este hecho, la Ley concreta unos bienes, que cree en peligro, de no seguir el curso normal dentro de la familia; concreta unas personas que pueden ser afectadas por dicha posible anormalidad, y ante esta situación distinta de la normal, hace que la legítima sea, no de dos tercios, sino de la totalidad del patrimonio reservable; proyecta hasta el presente los efectos de la posible futura adquisición del mismo, y no sólo como en la legítima

(208) Epístola 1.^a a Timoteo, V-6. No olvidemos tampoco la, aun hoy, tristísima situación de la viuda en algunas castas indias, no por sus segundas nupcias, sino por el hecho de sobrevivir a su marido; que hasta el siglo pasado ha luchado el Gobierno angloindio contra los horribles sacrificios «suttias» de las viudas, quemadas en la pira del esposo (véase F. Niccolay, *Historia de las creencias*, tomo II, página 332, Barcelona, 1904) y que hay indicios, casi probatorios, de que sacrificios análogos se efectuaban en Asia, cuna de los indoeuropeos, en la edad del bronce (véase, sobre la sepultura en cista de Vérité en el Yalique ruso, a J. de Morgan, *La humanidad prehistórica*, página 291, Barcelona, 1925).

ordinaria no debe el padre disponer *mortis causa*, sino que de presente debe reservarla y no disponer de ella sin las debidas garantías.

No quiere, pues, la Ley, y trata de evitar ante todo, que a la pérdida de uno de los padres se una la de unos bienes que, de haber vivido, normalmente se hubieran conservado para los hijos, y por garantizar a estos hijos que perdieron un parente y casi pierden el otro, no sólo proyecta su derecho en el presente, sino económicamente, hasta en el pasado, obligando a que se les reserve y garantice también el valor de los bienes enajenados por el viudo o viuda, aun antes de su segundo matrimonio.

En nuestro derecho positivo el obstáculo para admitir esta teoría está principalmente en el artículo 970 del Código Civil. Por eso nos detuvimos en su estudio, y ya indicamos nuestro juicio del mismo y nuestra opinión de la urgente necesidad de su reforma.

Hemos estudiado la reserva ordinaria en su evolución hasta el moderno Derecho español; quedamos, para terminar este trabajo, tan necesitado de indulgencia y sin más mérito que el de todo trabajo o esfuerzo bien intencionado, aunque no valgan sus resultados, la tarea de indicar sus definiciones. Los modernos autores la identifican algunos con la obligación. Castán, Valverde, De Buen, Capó, Montón, Scaeola, la definen como una obligación del reservista. Creo que es confundir, como ya dijimos, el efecto con la causa; a consecuencia de la reserva, surge la obligación de reservar; la reserva no es la obligación del reservista, la reserva es una vocación, un llamamiento que hace la Ley, una atribución de un derecho en unos bienes a la muerte de su dueño actual, y de tal derecho nace una obligación en éste. La obligación de los padres existe para la reserva, es garantía de la reserva, pero no es la reserva. La reserva no es la obligación de los padres, sino el derecho de los hijos, y este derecho se revela de dos maneras: una respecto a los bienes, otra respecto a las personas. El derecho del reservatario respecto a las personas es actual y a él corresponde una obligación en éstas de garantizar a aquél la permanencia de un valor patrimonial. El derecho del reservatario respecto a los bienes no es actual, es futuro posible, y sólo ocurrido el supuesto legal de la premo-

riencia del dueño actual de los mismos, llegará a ser para aquél un derecho en los bienes.

La reserva es, pues, el derecho mismo, no su garantía; la reserva es una legítima, una sucesión forzosa en su día, e implica de momento una obligación de garantía y un derecho a exigir esta última.

Podemos definir la reserva en el antiguo Derecho «El derecho de nuda propiedad, que por ministerio de la Ley y pendiente de la condición resolutoria de su premociencia para terceros, adquieren los hijos y descendientes legítimos de un primer matrimonio sobre ciertos bienes de su padre o madre o ascendiente legítimo desde que éste contrae nuevo matrimonio»; y en el Derecho moderno, como «Un derecho de sucesión legítima especial en la totalidad de un patrimonio determinado por su procedencia, propiedad del padre o madre supérstite que, a causa del segundo matrimonio de éste, establece la Ley a favor de los hijos o descendientes legítimos de su primera unión, al par que impone al binubio unos deberes de garantía de la futura transmisión».

Dentro de nuestras limitadas fuerzas, hemos procurado hacer un estudio de la reserva como algo vivo, siguiéndola en su evolución y en el derecho positivo, buscando más la lucha de influencias a que cada artículo responde, que el cuadro estático positivo, más que conocido por los cultos lectores de esta Revista, y sólo nos queda, como final del estudio de la vida de la reserva, una apreciación de su vitalidad actual, más necesaria aún ante las continuas afirmaciones de que es un resto arcaico en el moderno Derecho, el cual, como tal, la excluye de la casi totalidad de las codificaciones.

Sentimos no compartir el juicio desfavorable de la misma. Que nuestra construcción en el Código Civil precisa reforma y que revela ser una obra de transacción poco premeditada, en que la influencia de dos corrientes doctrinales distintas se manifiesta a veces hasta en un mismo artículo o en uno u otro difícilmente conciliables, somos los primeros en reconocerlo y en considerar urgente su reforma. Pero de esto a deducir que la figura en sí debe ser totalmente excluida del Derecho moderno, media un abismo; su reglamentación actual adolecerá de múltiples defectos, no lo negamos, pero el hecho básico causante de la misma sigue

existiendo y, a nuestro juicio, el legislador no puede ni debe desatenderse del mismo.

A los que condenan totalmente la reserva nos limitaremos a preguntarles: ¿Es que el hecho del segundo matrimonio del padre o madre sobreviviente no tiene importancia ni trascendencia para los hijos del primer matrimonio? ¿Es que la Ley no debe preocuparse de las consecuencias del mismo, como si nada influyese en la situación familiar?

No creo que nadie niegue que el nuevo matrimonio de viudo o viuda trastorna gravemente y perturba las relaciones familiares. En nuestra vida diaria tenemos conocimiento de múltiples casos, en que, no ya la influencia, sino el solo hecho de la existencia del padrastro o madrastra ha introducido la perturbación y el desasosiego en la hasta entonces tranquila vida familiar; apartando el solo anuncio de la celebración del nuevo matrimonio al padre o madre de los hijos.

Ciertamente que la Ley no puede ser dictada por consideraciones meramente afectivas, pero sí puede, y a nuestro juicio debe, estatuir sobre las consecuencias patrimoniales que de una nueva situación familiar puedan derivarse. Por ello, aunque desentonemos de una época en que sólo se atiende al egoísmo, fatalmente inclinada a exaltar los derechos y silenciar los deberes correlativos, aun en desacuerdo con las leyes modernas, que mal pueden condenar las segundas nupcias, cuando con el divorcio permiten, aun con hijos, el matrimonio en vida del cónyuge anterior; en consideración al deber de los padres para con sus hijos, que ha de ser siempre antepuesto a los apetitos y aun afecciones de los primeros, no vacilamos en defender la institución de la reserva, seguros de que con ello defendemos, al par, una constitución familiar, en la que a los esposos se les habla, ante y sobre todo, de sus deberes, y de que la paternidad implica sacrificio. No olvidemos los hombres modernos que dice el libro de los Proverbios:

«Antes del quebrantamiento es la soberbia,
y antes de la caída, la altivez de espíritu.»

(XVI-18.)

ANTONIO MARÍN MONROY,
Notario

Crédito agrícola

El problema jurídico más actual, más exigente de nuestro estudio y de una racional, justa, económica y fácil solución, es el del crédito agrícola.

Cultivo las fincas que cultivaron mis padres y mis abuelos. Siento una vocación hereditaria a cuanto dice relación con la agricultura y así experimento y observo las amargas desdichas del campo español, que comienza a estremecerse en su actuación política.

En esta enfermedad orgánica nacional, sin duda la más grave, la más caquética, todos tenemos, todos podemos sentirnos culpables de su etiología y desarrollo.

Los propietarios, sin sentido de su responsabilidad, o abandonan sus fincas a cualquier arrendatario, sin otro criterio que el de la máxima renta, o las labran sin saber, sin poder y sin querer, rehusando toda colaboración técnica, prescindiendo de toda renovación cultural, sin preocuparse de revistas ni de tratados agrícolas, sin estudio económico de la empresa y sin recursos para su desenvolvimiento completo.

Individualmente, sin asociación, venden sus productos, siempre forzados por los gastos, a cualquier intermediario que se los compra con positiva y segura ganancia, y piden prestado a quien se lo da, con hipoteca o retro, o a cambio de letras aceptadas, el metálico que la ejecución de las múltiples labores, la alimentación del ganado o la adquisición de aperos demandan.

En estas circunstancias, el fracaso ruinoso es su final, y ante su realidad de pérdida de la finca, la familia se deshace, los hijos maldicen la agricultura, la ligereza de su padre en la consagración de su actividad a empresa tan peligrosa y huyen del campo y de

la aldea en cambio desesperado de postura hacia la ciudad, donde sus esperanzas se trocan las más veces en hambre, en enfermedad y muerte.

Si nos fijamos en la situación del arrendatario, habitando en el cortijo, auxiliado en las faenas camperas por su mujer y sus hijos, sin descanso ni fiestas, sin escuelas ni trato social, sujeto a la esteva del arado, como el buey, su compañero, al ubio, y encorvado en su lucha porfiada contra las malas hierbas, amocafre en mano en el invierno o cortando mieses en el verano, ese hombre, que no muere de frío ni de calor, muere de ignorancia, de pobreza y de ruindad.

Los acaparadores, los usureros, los tratantes, tienen en él su mejor botín, y desnivelan con su hambre, con su salvaje egoísmo, con su aislamiento industrial, todo equilibrio en la compraventa, toda defensa en los precios ; es el mayor enemigo del progreso agrícola nacional en cuanto es ignorantísimo, es rutinario, es un depauperado, sin alientos ni esperanzas, ni rebeldías ni apetencias ideales.

La industria agrícola es un complejo económico, estrechísimo, armónico de los factores tierra, trabajo y capital mobiliario, y mientras la tierra no se destine a la mejor y más adecuada producción que sea conforme a su naturaleza, al clima y a su situación y de acuerdo con este estudio se organice la Propiedad y su Registro ; mientras el trabajo no se maquinice, se racionalice y se humanice al compás y bajo la dirección de la ciencia ; mientras el capital no fluya del ahorro de los Bancos y se canalice por todos los cultivos llevado por el préstamo barato, fácil de garantía prendaria, eficaz, de ejecución sencilla y segura, la agricultura española será la causa en su atraso, en su anarquía, de la ruina de la nación, siendo el florón de Europa.

Nosotros, los Abogados, tenemos una muy grande responsabilidad en este atraso doloroso, en cuanto dedicados a los pleitecillos rurales, a la política, a la defensa o acusación de los delincuentes, nos hemos colocado desde siempre en una posición de extrañeza, de desdén, de apartamiento de los problemas jurídicos del campo. Y así, ni en los pueblos, ni en los Ayuntamientos y Diputaciones, ni en las Cortes, donde hemos estado en mayoría, hemos hecho nada que tienda a estudiar y corregir la organización de la pro-

piedad, a fomentar la técnica moderna del cultivo, a facilitar al labrador los conocimientos que necesita, las asociaciones que reclama, los créditos que pide.

El Notario y el Registrador tienen esa responsabilidad del Abogado, acentuada. Vienen dedicando, egoístamente, su actividad y sus energías a luchas fratricidas, a pedir reformas que les permitan su huída del pueblo, su traslado a una capital, y así no tienen más ideal que el ascenso por oposición o sin ella y la ganancia cada vez mayor de sus honorarios.

No observan que las Notarías hanse convertido en órgano único de protestos, que las particiones hereditarias en escritura pública se van considerando como actos de insensata prodigalidad en los herederos, que la compraventa de inmuebles en documento privado se multiplica con la facilidad de los trapos en los habares, que sólo nos quedarán los testamentos de cinco duros y los poderes de siete pesetas.

No observan que los Registros van siéndolo exclusivamente de arrendamiento de aspecto fiscal, oficinas de liquidación de derechos reales, anotadores de libros de ventas.

¿ Para qué sirve esa legislación hipotecaria, con tanta distinción, con tanta teoría del derecho alemán, si el pueblo, de día en día, la declara inútil, prescinde de ella y de sus órganos de aplicación y se emboza para sus créditos en las letras de cambio y para sus contratos sobre inmuebles en los documentos redactados por los corredores que le cobran el 2 por 100 ?

La ley Hipotecaria española exige una atenta y profundísima revisión ; su sistema no se ha aceptado ni se asimila por la nación ; la agricultura está clamando, como hace un siglo, por la creación de órganos e instrumentos crediticios territoriales ; la propiedad está tan insegura, tan desconocida, tan inadecuada, como ha estado desde los peores tiempos de la Reconquista.

¡ Abogados, Notarios, Registradores, cumplamos con nuestro deber de profesionales del Derecho, y estudiemos con amor y con entusiasmo las fórmulas de la propiedad y el crédito agrícola !

Con tales alientos y propósitos voy a colaborar en la empresa, dándoos las notas expresivas de mi manera de ver el problema.

LUIS CÁRDENAS MIRANDA,

Notario.

OBSERVACIONES

Con el precedente trabajo del Sr. Cárdenas Miranda abrimos una sección que deseáramos ver animada por las ideas y sugerencias de nuestros colaboradores y que podríamos llamar la técnica hipotecaria de los pobres.

Las gigantescas conquistas del Derecho inmobiliario, como las tan ensalzadas del vapor y de la electricidad, parecen orientadas hacia las grandes empresas y favorecer tan sólo las poderosas corrientes del capitalismo. El pueblo menesteroso, los pobres campesinos y el jornalero ignorante ven pasar los trenes de lujo, sin participar en sus comodidades, y tienen una remota noción de las grandes operaciones de crédito, sin intentar comparar los auxilios que de la legislación reciben los que necesitan miles, con las penurias y miserias a que fatalmente condena el préstamo cominero y usurario.

Nada más lejos de nuestro ánimo que atajar los progresos de un sistema que responde en forma adecuada a los avances y necesidades de la industria y de la civilización; pero en una nación como la española, en que el pequeño propietario y el trabajador del campo, que aspira a serio, constituyen el más firme apoyo de la producción agraria, bien estaría que volviésemos los ojos con mayor desinterés a sus modestas ambiciones y penosos ahorros. El peligro del actual régimen jurídico no está, como creerían los traductores de Menger, en que se haya sustituido el dominio clásico por una propiedad formal, en que la transferencia, modificación o extinción de derechos se desprenda cada vez con más energía de la causa jurídica; en que la teoría del título y del modo haya sido sepultada o sustituida por el principio del consentimiento y la protección al tercero; en que las relaciones económicas y la seguridad de la propiedad hayan cedido ante las exigencias del comercio y de la contratación; en que la posesión aparezca defendida con el cerbero de cien cabezas, llamado Código penal.

Tan poco daño hacen estos principios al honrado campesino como el carácter abstracto del cheque o la inseguridad correlativa a la tenencia de títulos al portador. Lo grave son las exigencias

legitimadoras del sistema, que imponen a la titulación gastos desproporcionados, y a la inscripción, límites infranqueables ; la falta de protección a la viuda con menores, que para lograr un minúsculo precio del pegujar relichto por su marido se ve en la necesidad de incoar un expediente de declaración de herederos ; otro con el objeto de nombrar un defensor judicial, un tercero para que se aprueben las operaciones participales, el cuarto a fin de obtener una autorización para enajenar, y todo ello con timbres, documentos, impuestos, honorarios, inscripciones y notas ; el ningún desenvolvimiento del crédito agrícola, de las asociaciones y cajas rurales ; el gigantesco desarrollo de la usura...

¿ Existen remedios para estos males ? Vamos a buscarlos ; pero no descalcemos la vía férrea para fabricar carretas.

LA REDACCIÓN.

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 10.000 pesetas. Cajas abiertas los días laborables de 10 a 2

Sucursales en España y Marruecos

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

Cuentas corrientes a la vista con un interés anual de 2 y medio por 100
CONSIGNACIONES A VENCIMIENTO FIJO

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

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

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

El Registro mercantil en Derecho español

ACOTACIONES DE UN LECTOR

Hemos leído con toda detención el estudio que con el título que encabeza estas líneas ha publicado, en los números de esta Revista correspondientes a los meses de Septiembre y Octubre últimos, el sabio catedrático de la Central, señor Garrigues. Se trata de un trabajo concienzudo, ordenado, de gran amplitud y de fina observación, en el cual hay seguramente mucho que aprender, no sólo para la posible y necesaria reforma del vigente Reglamento, sino para la práctica diaria de esas Oficinas, ya que, según el ilustrado articulista, «la desorientación de los titulares se ve clara», a juzgar por algunos ejemplos, que señala, de actos y contratos referentes de modo especial a los comerciantes, que han sido inscritos en algún Registro sin deber serlo, por no estar entre los incluídos en el artículo 21 del Código de Comercio y 97 y 98 del Reglamento del Registro Mercantil.

Plantea ese estudio cuestiones tan interesantes como la de señalar «el error del Reglamento al tratar de equiparar los efectos de la inscripción en el Registro Mercantil y en el Registro de la Propiedad, siendo así que entre ambos Registros no hay ninguna analogía, ya que en el Mercantil se inscriben personas y hechos y en el de la Propiedad cosas y derechos reales»; añadiendo que el Registro de Buques, en que también se inscriben cosas, es el único *mutatis mutandis* al que pudieran ser aplicadas normas análogas al de aquél, previa inscripción, trato sucesivo, etc., et-

cétera. De todo ello deduce el señor Garrigues que para el Registro Mercantil propiamente dicho (comerciantes y Sociedades) son absolutamente inútiles las anotaciones preventivas y de suspensión que autoriza el Reglamento, la necesidad de llevar un libro Diario y hasta la calificación del Registrador, al menos en la forma de analogía con la hipotecaria que establece el artículo 59.

Sin entrar en el fondo de los problemas que el ilustre maestro presenta y resuelve de modo perfecto, vamos a permitirnos algún pequeño comentario sobre varias de las materias tratadas, quizás las más externas, las menos fundamentales, pero que hacen relación a la práctica de la Oficina.

El hecho de que en algún o en algunos Registros Mercantiles se hayan inscrito actos o contratos que no son de los legalmente determinados, constituye, según el articulista, un grave cargo contra los Registradores, quienes, «desentendiéndose del Reglamento del Registro Mercantil, practican todas las inscripciones que solicitan los comerciantes con tal de que tengan alguna relación, aun muy remota, con las operaciones del negocio», pero para juzgar con esa severidad quizás fuera oportuno averiguar si los preceptos legales no son ya un poco estrechos, si alguno de los actos o contratos que cita no deben necesariamente ser inscritos si el Registro Mercantil ha de servir para algo, aunque no sean de los expresamente autorizados, y además las condiciones en que se creó esa Oficina y en las que pudo desenvolverse hasta el Reglamento de 1919.

En cuanto al primer punto, nuestra modesta opinión es que efectivamente los actos y contratos comprendidos en las disposiciones citadas no son todos los que deben constar en el Registro Mercantil, y que esa es la razón de que aplicando un criterio de extensión o analogía hayan podido registrarse algunos, como el de constitución de prenda sobre el establecimiento, del mayor interés, por lo demás, para cuantos contraten con el comerciante. Respecto del segundo, y refiriéndonos a los casos citados en el estudio en cuestión, no nos ofrece duda alguna que si conforme al número 5.^º del artículo 93 del Reglamento es preciso constar en la solicitud del comerciante y luego en la inscripción—artículo 97—el título o nombre del establecimiento, es absolutamente necesario inscribir el cambio de ese nombre siempre que tenga

lugar; que también es preciso inscribir el cambio de apellidos del comerciante, toda vez que no ha de seguir figurando con los que antes tuviera y ya no son los suyos, y lo mismo pudiera decirse de alguno de los otros ejemplos citados.

Cuando el Código de Comercio creó el Registro Mercantil y le organizó el Reglamento interino de 21 de Diciembre de 1885, se encomendaron esas Oficinas *interinamente* a los Registradores de la Propiedad, los cuales hubieron de sufragar todos los gastos precisos para que comenzaran a funcionar, y todo ello con un Arancel que en los tres o cuatro Registros Mercantiles de importancia permitió pagar los gastos de personal y material necesarios para su sostenimiento, y que en los demás fué para los titulares una carga análoga a la que hoy representa el Registro de Arrendamientos. Si a ello se agrega que la institución se desenvolvió de una manera precaria, se podrá explicar muchas cosas. El que esto escribe recuerda que cuando para hacer sus oposiciones practicó unos meses en una capital de provincia próxima a la Corte, no pudo conseguir ver los libros del Registro Mercantil, que dormían llenos de polvo en lo alto de un estante, de donde no había habido precisión de bajarlos desde mucho tiempo antes.

No cabe duda que para cuanto afecta al Registro Mercantil propiamente dicho—comerciantes y Sociedades—, es en general innecesario, como afirma muy bien el señor Garrigues, el Diario de presentación, las anotaciones preventivas, el tracto sucesivo, etcétera, pero no creemos que esto sea tan absoluto que permita suprimirlos por completo, pues puede haber y hay de hecho casos en que deben ser precisos. Porque tratándose de anotaciones preventivas, claro es que no son aquí de aplicación ninguno de los números 1 al 8 del artículo 42 de la ley Hipotecaria, pero como sí puede ser necesaria la anotación por defectos (número 9), no cabe prescindir de ellas en absoluto. Y no se diga, como afirma el ilustre catedrático, que esa anotación no recibe aplicación en la práctica, y que el título que tiene algún defecto se devuelve al presentante, porque lo primero no creemos que pueda afirmarse en absoluto, y lo segundo ni es garantía para el interesado, ni es conforme al deber de un funcionario técnico que debe decir bajo su firma la razón que le impida despachar un documento, para que se entable el recurso que proceda o el defecto se subsane.

Vaya un caso. Una Sociedad solicita una concesión administrativa para la que el Estado exige, como es lógico, que aquélla presente su escritura de constitución inscrita en el Registro Mercantil. Presentado el título a inscripción con el plazo para solicitar ya muy apurado, observa el Registrador que falta un documento complementario—un poder—, y así lo dice al presentante. ¡El poder olvidado ha de venir de lejos y ya no podrá hacerse la inscripción dentro del término preciso para presentar la escritura y solicitar la concesión. ¿Qué hacer? El Registrador aconseja que se solicite la anotación preventiva por ese defecto subsanable; se toma, se presenta la escritura dentro de plazo en donde debía serlo, y poco después, traído el documento que faltaba, la anotación queda convertida en inscripción y puesta en la escritura la nota correspondiente.

Quizás pudiera alegarse que si bastó con la anotación preventiva para que la escritura produjera sus efectos, lo mismo hubiera sido acreditar que había sido presentada en el Registro, pero no debe olvidarse que la presentación ni en el Mercantil ni en el de la Propiedad prejuzga nada con respecto a la validez o suficiencia del título, y, en cambio, al tomarse anotación preventiva ya se dice en la nota que tiene tal o cual defecto y sólo ese, y que ese defecto es de los que se pueden subsanar dentro del plazo legal, que en este caso es mayor que el del simple asiento del Diario.

Con este punto está muy ligado el de la calificación: si en absoluto no ha de ser precisa, el titular habrá de limitarse a inscribir cuantos documentos le sean presentados, cualesquiera que ellos sean, y si ha de examinarlos y tiene facultad para no inscribirlos, entonces ya califica. Tratándose de documentos que afecten a comerciantes y Sociedades (personas), no es la calificación tan complicada como los correspondientes a fincas o buques (cosas), pero es imposible negar la necesidad y la facultad del Registrador para examinar y juzgar sobre la capacidad de los otorgantes y la legalidad de las formas extrínsecas de los títulos. De no ser así, ¿para qué quiere el sabio maestro esos funcionarios aún más técnicos y más competentes que los Registradores de la Propiedad a quienes encomendar los Registros Mercantiles? ¿Es que puede inscribirse un poder hecho por documento privado, o conferido por el gerente de una Sociedad sin facultades para ello, o

una escritura en que el Notario no dé fe del conocimiento de los otorgantes? ¿En qué varía, en esos y otros casos análogos, la clasificación hecha para el Registro de la Propiedad o para el Mercantil?

¿Y el trato sucesivo? No puede inscribirse en el Registro de la Propiedad la venta de un inmueble más que si está hecha por quien es dueño según la inscripción; sólo éste puede gravarla, sólo él puede transmitirla por testamento, pero en el Registro Mercantil sólo se puede registrar el poder otorgado por un comerciante o por una Sociedad, si ésta o aquél constan ya previamente inscritos. ¿Cómo ha de ser una inútil restricción, cual se afirma en el trabajo que glosamos, este principio necesario de orden? ¿Es que sería natural inscribir primero el poder, o la modificación de la escritura social, y después el poderdante o la escritura de constitución? Eso, y perdón el señor Garrigues, sería un lío formidable, que en una hoja en que hubiera muchas inscripciones impediría entenderse ni descifrarlas.

Desde luego, el Reglamento vigente tiene todos los defectos que en el trabajo se señalan, y algunos más, pero es imposible negar que representa un enorme progreso sobre el anterior, aun en muchas de las cosas que no son del agrado del articulista, cuya opinión en esto no compartimos. Ese Reglamento necesita revisión porque no es perfecto, pero las personas que le redactaron no eran de las que «sólo pudieran percibir vagamente la diferencia entre el Registro Mercantil y el de la Propiedad». En aquella Comisión figuraban oficiales técnicos de la Dirección general, a los que nadie podrá tachar de incompetentes o indocumentados, y Registradores de la altura de Diego Pazos y de Martínez Alonso, éste que a más de proceder de aquel Centro tenía a su cargo, desde muchos años antes, uno de los Registros Mercantiles de más importancia de España, el de Bilbao. Todos ellos eran personas muy capaces de algo más que tener una idea vaga de esas cosas.

Quiere el señor Garrigues para el desempeño de los Registros Mercantiles personas especialmente competentes; porque, según él, «los Registradores de la Propiedad no reúnen todas las condiciones deseables a este efecto y tienen, además, el inconveniente de estar especialmente preparados en materia hipotecaria».

A los términos en que conforme al trabajo comentado queda

reducida la misión del Registrador Mercantil, bastaría para desempeñarle cualquier amanuense, pero, aparte de ello, no se nos alcanzan las razones por las que no considera competentes para el cargo a los que ahora le desempeñan, que hacen oposiciones en las que ya se tiene en cuenta esa especialidad, y que gozan de la reputación y del aprecio que le son debidos, no sólo en su Centro, sino en alguno otro cuyo radio de acción tiene grandes concomitancias con el Registro Mercantil. Esa especialización hipotecaria no impide ni estorba para la otra misión, como no es obstáculo para llevar, y llevar muy bien, las Oficinas liquidadoras del Impuesto de Derechos reales, Oficinas de las más complicadas y de mayor responsabilidad de España. Esa especialización, necesaria en el catedrático, es quizás la causa de este juicio.

Por lo demás, si esos cargos hubieran de ser algo así como una cátedra, si tuvieran que ser desempeñados por personas sólo dedicadas a ellos, por un lado esos titulares se iban a aburrir mucho cuando en un año hicieran tres o cuatro inscripciones, como en Avila, Teruel, Soria..., y cuando por su trabajo cobraran sus buenas trescientas o cuatrocientas pesetas anuales en bruto. Porque conforme al último Anuario de la Dirección General, son 21 los Registros cuyo ingreso anual no llega a 1.000 pesetas, 14 los que pasan de esa suma y no llegan a la de 2.500 y sólo siete los que pasan de 10.000.

El autor del notable trabajo ha descubierto algunos gazapos, muchos si quiere, en uno o varios Registros Mercantiles. Si se dedicara a ello los descubriría también en los de la Propiedad (un compañero tenía una lista de cosas raras y absurdas inscritas en varios Registros), y en las Notarías, y en los Juzgados, y como es catedrático, y de los buenos, no necesitaría buscar muy lejos para encontrarlos también. Gazapos los hay en todas partes por causas que a todos se nos alcanzan; lo difícil es elevar los hechos aislados a conceptos generales que pueden causar una molestia o significar una injusticia.

Faltan, desde luego, en el Reglamento varias cosas, algunas de las cuales quizás debieran estar en el Código mismo. Faltan disposiciones complementarias con respecto al libro de estadística, cuyo modelo oficial no se ha dado, como tampoco el del Diario, omisión esta última que da lugar a que en alguna Oficina en vez

del antiguo talonario se lleve un libro a imitación del Diario del Registro de la Propiedad, pero la omisión más importante, en nuestro sentir, es la de un precepto que establezca sanción para las Sociedades o dueños de buques que no cumplan con lo dispuesto en el artículo 17 del Código de Comercio, por cuya virtud la inscripción de aquéllas y de éstos es obligatoria.

Ese precepto, extendido a las Sociedades extranjeras que quieran establecerse o crear sucursales en España por el párrafo segundo del número 12 del artículo 21 de dicho Código, es absolutamente letra muerta sin que a los Registradores Mercantiles, alguno de los cuales ha dado cuenta de ello particular y oficialmente a las dos Direcciones generales a quienes el asunto puede afectar, les quepa hacer nada para evitarlo. De las Sociedades puede afirmarse que las españolas inscritas no pasan del 75 por 100; las extranjeras no llegan al 50 por 100 y entre las no inscritas las hay de extraordinaria importancia, y en ese estado de ilegalidad operan, litigan, entablan recursos administrativos sin que se les ponga en las oficinas obstáculo alguno.

Las estadísticas que con relación al movimiento de Sociedades en España ha publicado la Dirección de Comercio, tomando sus datos de los facilitados por los Registros Mercantiles, resultan tan bien confeccionadas y editadas como inútiles, puesto que en los diversos estados que comprenden faltan las cantidades correspondientes a las numerosas Sociedades no inscritas.

En cuanto a los buques, fuera de los grandes que hacen comercio de altura, los pequeños de cabotaje, vapores pesqueros y demás sólo se inscriben en porcentaje pequeñísimo, y cuando acuden al Registro es casi siempre con la perspectiva de un embargo o una hipoteca naval.

Y hacemos aquí punto, insistiendo de nuevo en que, salvo en cuanto a los pequeños detalles del estudio comentado, a que hemos hecho referencia, estamos en absoluto conformes con él y creemos que sus sutiles observaciones y sus atinados juicios serán guía segura para cuando se intente una reforma en la materia.

JULIÁN ABEJÓN,
Registrador de la Propiedad

A propósito del artículo “La Dictadura y los derechos adquiridos”, del Registrador de la Propiedad D. Manuel Lezón

En el artículo publicado en el número de REVISTA CRÍTICA correspondiente al mes de Diciembre último, titulado «La Dictadura y los derechos adquiridos», su autor, el distinguido y culto compañero D. Manuel Lezón, ataca, de una manera franca y decidida, con argumentos de solidez incontrastable, la dudosa e ilícita eficacia de las disposiciones emanadas de la Dictadura militar y civil, negándoles la condición de fuentes de derecho, enfocando sus razonamientos al mal llamado (como tantos otros) decreto-ley de foros, y dentro de él, al angustioso plazo de cinco años, prontos a expirar, concedidos a los foreros para redimir, por la que pudiéramos calificar de famosísima disposición.

Comentar ese trabajo del Sr. Lezón, tan perfectamente enterrado de la trascendental cuestión foral, y hasta de ciertas íntimas interioridades de la gestación de dicho decreto, sería parafrasearlo, con lo cual ni se le presta más firmeza a la sólida razón que le informa, ni a lo por él dicho añadiríamos nada nuevo que pudiera corroborar su aserto. Mas, porque no crea (no puede creerlo, tratándose de compañeros de profesión) que está solo, tanto en la protesta como en la petición que formula, entiendo, y porque así lo entiendo lo practico, que a todos los que con él opinamos nos alcanza el deber de demostrarlo tan públicamente como él lo hace, acudiendo a la Prensa, sea profesional o libre.

No tiene en Asturias, hasta ahora, esta magna cuestión foral la trascendencia que tiene en Galicia, porque los dominios directo y útil no se hallan disociados, y menos en pugna, como acaso lo estén en aquella región; antes al contrario, parece que viven armónicamente, sin estorbase uno al otro, y hasta ahora, armónicamente se vienen practicando redenciones, pues, como vocal nato del no menos famosísimo Tribunal de foros, inventado por el decreto, puedo decir que sólo dos juicios se han celebrado y fallado desde la vigencia de tan peregrina disposición.

El mezquino y caprichoso plazo dado a los foreros, con tanta temeridad como desconocimiento de la entraña del problema, y de las consecuencias trastornadoras y peligrosas de carácter agro-social que tal perentoriedad puede producir, termina dentro de muy pocos meses; y, entonces, cuando el derecho a redimir, concedido al pagador de rentas forales, se le escape de las manos con que labora la tierra, de la que vive en penuria constante, agobiado de impuestos y amenazado de otros nuevos; cuando vea que su *derecho*, tan restringidamente otorgado, se convierte en *deber*, porque esa metamorfosis la sufrió al pasar al poder del perceptor de las rentas; cuando las angustias de la carga, satisfecha a costa de privaciones, se hagan mayores por la situación de inferioridad en que ese decreto le coloca enfrente del señor del directo, entonces, acaso, aquí como en Galicia, revista el problema los agudos caracteres que, con razón sobrada, vaticina y teme el Sr. Lezón.

Sobrevenga o no el presentido conflicto, es, desde luego, inquestionable el defecto intrínseco de inconstitucionalidad de que adolece ese decreto, y tantos otros dictados durante el larguísimo y funesto período dictatorial, y, si nuestro país no ha caído en el envilecimiento de un marasmo definitivo, por indiferencia, por encogimiento de hombros mal entendido, y algún día, en un movimiento de ciudadanía y de civilidad, vuelve por sus derechos públicos y privados y por sus libertades, su primera, indudable labor, habrá de ser la total revisión de la mal llamada obra legislativa, sometiéndola a las deliberaciones del Parlamento, como encarnación legítima de la soberanía nacional. Pero, por de pronto, debe pedirse, con el Sr. Lezón, la *suspensión* de la aplicación de ese decreto de foros, no sólo en el particular que señala, sino íntegramente.

- Al amparo de una disposición que adolece del original pecado de haber sido fraguada y dictada a espaldas de la ley fundamental del Estado, más aún, con desprecio de ella, sin audiencia del país y, por lo tanto, de los afectados por la perturbación de orden jurídico, social y económico que es su secuela ; al amparo de disposiciones de esa índole, tan profundamente antijurídica, no pueden alegarse jamás derechos adquiridos, mientras un *bill* de indemnidad no los legitime y purifique con su refrendo supremo.

Por eso, pasado el período de fuerza ; hundidos en el montón de los siglos los años en que esa fuerza invadió todos los órdenes de la vida pública, fuerza que sólo puede ser llamada para resolver problemas de violencia planteados en una nación, pero nunca problemas de moral y de justicia, que requieren discusión serena a la faz del país ; al solicitar de los altos Poderes la reintegración de los derechos consagrados en plena normalidad legislativa, normalidad que el mismo actual Gobierno propugna y considera lema primordial de su misión, sólo se pide lo que el propio Gobierno desea, y se le tiende el cable auxiliar y mediador al solicitar, como primera medida, la suspensión de la vigencia del tan repetido decreto, que, aparte el peligro señalado tan certeramente, contiene novedades que nosotros los Registradores, hombres de derecho, tenemos el deber de rechazar.

A pretexto de facilitar la solución de un problema secular y de tan honda raigambre como el de los foros, grave en sí, y más grave aún sólo por el transcurso del tiempo, que lo afirma y lo complica, se llega hasta a dar vigor y eficacia jurídicas a la documentación privada, considerándola apta para la redención, abriendo ancha puerta en la legislación hipotecaria para que tenga libre acceso al Registro de la Propiedad. Nadie piensa en hacer del Registro un coto cerrado ; pero de eso a hacer el elogio de la documentación privada, hay un abismo. Esa su consagración en el decreto de referencia reconoce, acepta y sanciona la deplorable realidad del entronizamiento del documento privado, vergonzoso «salto atrás» que nos coloca en un primitivismo anacrónico inadmisible, erizado de peligros que se tocan y de funestas consecuencias que se palpan, porque el documento público, máxima garantía de autenticidad, fuera de las capitales y de los grandes

núcleos de población, disminuye o se defiende mal, acorralado por el documento privado.

Hay una gran masa de propiedad, una masa enorme, que vive alejada de la documentación pública, pero que, sin embargo, vive, se agita, cambia de dueño, va de mano en mano y de generación en generación, sin otro cuidado que el de no incurrir en las penas fiscales, y por eso acude y se refugia en la documentación privada que el propio Estado fomenta, puesto que ella le satisface, en ocasiones le sobra, y siempre la admite como medio de que no padezca el Tesoro público, y que la recaudación por toda clase de gabelas y de impuestos no disminuya, única finalidad, por lo visto, de nuestras leyes, porque ante la ley fiscal, primordial ley que es preciso cumplir, cede la ley sustantiva, que es la fundamental, porque es la definidora de los derechos civiles, y es la que consagra y sanciona el derecho de propiedad. Allí está también, para corroborar esta apreciación, el nuevo asalto de la ley fiscal a la sustantividad de la ley Hipotecaria, consignado en otro decreto de la Dictadura: el decreto sobre utilidades, de 20 de Mayo de 1925, en su artículo 6.^º. No es éste el momento de hacer su crítica, repitiendo lo que otros compañeros han escrito, y si se cita es sólo por incidencia congruente con lo que acabamos de exponer, a propósito del somero comentario que nos sugiere el artículo 43 del Reglamento de foros.

Más: el decreto sobre redención de foros, puesto en el camino halagüeño (¿para quién?) de dar facilidades, esas facilidades conseguidas a trueque de considerar obstáculos ancestrales lo que son verdaderas garantías de intereses y personas, sagradas por su minoridad, llega a declarar innecesaria la autorización judicial al padre o madre de un menor sometido a la patria potestad, y hasta del tutor, para los casos en que el percepto de la renta sea tal menor. ¿Por qué esta *facilidad*? ¿Es que los foros de los menores, por ser de menores, no necesitan las máximas garantías, y lo que siempre han necesitado, la cuidadosa y verdadera, por ser desinteresada, tutela de las leyes, celosas guardadoras de las personas y bienes de los menores? ¿Es que por ser foros, los padres o las personas que ostenten accidentalmente la representación de los menores que no tengan tutor nombrado y en funciones, se han de considerar purgados de todos los recelos y de todas las

prevenciones que los Códigos de muchos países mantienen, y los nuestros conservan como algo imprescindible, más que por infiligrar agravio a los tutelares por acudir a la defensa y evitación de posibles daños en el patrimonio de los tutelados? ¿Acaso la problemática perseguida gloria de haber dado con la piedra filosofal de la fórmula para resolver el fondoísimo problema foral autoriza para hacer tabla rasa de las solemnidades externas y de la sustantividad de los intereses que llevan aparejado el derecho de garantía, y que no puede ni debe quedar a merced de una voluntad personal, o de la de una Comisión, por respetables que sean sus miembros, pero que obra con poderes que están al margen, cuando no enfrentados, de la ley votada y sancionada en la normalidad de la vida constitucional del Estado?

Pero en el otro platillo de la balanza, montada con todo el paradojismo característico y proverbial de este país, para resolver las cuestiones entre foristas y foreros, todas las cuestiones, lo mismo la fundamental de reconocimiento que la mera de pago de pensiones, se crea un Tribunal, nada menos que de cinco personas, cuantas más mejor, para dar al acto todas las garantías y solemnidades de que para otros respectos se ha prescindido, despojándolos de ellas. El Juez de primera instancia conocerá de estas demandas, asociado del Notario y del Registrador. ¡Cátate, pues, a Periquillo, hecho fraile! A propósito del artículo 6.^o del decreto dictatorial sobre utilidades, antes citado, no resisto a la tentación de copiar el siguiente párrafo de un concienzudo artículo de nuestro compañero Sr. Martínez Mora, publicado también en *REVISTA CRÍTICA*, a raíz de la publicación de dicho decreto, porque es como el dedo índice, que marca el camino del actual comentario nuestro. Dice así: «A pesar del poco calor que presta el Estado a las garantías nacidas de la inscripción, a ella se acoge cuando de asegurar sus intereses rentísticos se trata, y uno y otro día va recargando tanto de obra muerta la averiada nave del Registro, que cada vez son mayores sus cabeceos, y no sería raro verla zozobrar cuando menos se piense, si no se restablece su equilibrio, en la actualidad por demás inestable.»

Hasta que uno de esos tumbos sea el definitivo, la nave del Registro y su zarandeado piloto han de soportar estoicamente, como se soporta lo que es irremediable y fatal, cuanta carga se

meta en sus bodegas, ya abarrotadas, sea mercancía limpia o averiada, sea carga lícita o de contrabando, sea quien sea el cargador y tenga éste o no tenga derecho para cargar. Del Registrador, convertido, no precisamente en paño de lágrimas, sino en rodete o rodilla utilizable para toda clase de menesteres, se echa mano para todo, así sea lo más incongruente y dispar con su función, lo mismo que el Estado edha mano del Registro, trátese o no de materia registrable, de derechos inmobiliarios. El Registrador, aparte ser liquidador del Impuesto de derechos reales, porque eso ya es muy viejo, y por serlo parece que se considera consustancial con estas oficinas (no hablamos de su punto vulnerable, del aspecto económico ; pero conste que estamos dispuestos a contestar a cuantos por todo comentario esbocen una sonrisa de malicia), el Registrador ha sido y es una porción de cosas que no hay para qué enumerar. Ministro hubo que, con una originalidad nunca bastante agradecida, nos dispensó la gracia y el honor de convertirnos en Notarios en cierto período electoral. Hoy, según la Prensa periódica, intétase hacer lo mismo, extendiendo la fe pública a Magistrados, Secretarios judiciales, miembros del Cuerpo Jurídico... ¿No hay más funcionarios a quién acudir?... Olvidando, sin duda, aquel, más que discreto, sabio dicho vulgar de «Zapatero, a tus zapatos», y reiterando, en cambio, por enésima vez, el otro dicho que está en los labios de todos: «Todos los españoles servimos para todo.» Continúa actualmente el Registrador formalizando los Libros de ventas de los comerciantes y de los que no lo son ; por cierto que, cuando se circuló semejante orden, ocurrió algo que al propio tiempo sonrojaba de indignación y de pena : ver asaltadas nuestras oficinas, desnaturalizadas, convertidas en pintoresco zoco o en fielato chocarrero, por cientos de personas de toda condición, con sendos libros o con manojos de ellos, no sólo para su reintegro, sino para que se les llenase la diligencia de apertura y para que se les dieran instrucciones, que mal podíamos darles, porque ni se nos habían comunicado a nosotros, ni recordábamos que esta materia hubiera sido objeto de un tema del programa de nuestras oposiciones. Aquella multitud (hubo días que era una verdadera multitud) invadió nuestros despachos y archivos, entorpeció e impidió el cumplimiento de nuestro verdadero deber y el ejercicio de nuestra función, harto más

seria, delicada y trascendental, digan lo que quieran los que la desconocen o fingen desconocerla, que la de la formalización y reintegro de tales Libros, y hubimos de soportar, cruzados de brazos, discusiones y protestas contra personas y cosas absolutamente ajenas a nuestro cargo. Y ahora (perdónesenos la anterior digresión), para colmo, el nunca bastante ponderado decreto de foros nos enfundó en la flamante vestidura de asociados de los Jueces.

Arguye tal absurdo una evidente involucración de funciones, extrañas, por completo, a los deberes que nos impone nuestra ley, que no es otra que la Hipotecaria; involucración que, por otra parte, si no significa mediatización de las funciones de los Jueces, puede argüir desconfianza en su capacidad y competencia para resolver sin auxilio de nadie, por sí mismos, ellos solos, como es su deber, cuanto en materia de foros surja con carácter de contención; ellos que, según sus leyes, y la prueba, no floja, de la oposición, han probado, cumplidamente, que esa capacidad la tienen perfecta y completa para fallar todo y resolver todo, y en cuyas manos están la honra, la vida y la hacienda de los ciudadanos, que importan, aquéllas, algo más de lo que puedan importar los foros. ¿A título de qué se nos ha impuesto esta intervención? ¿A título de especializados? Según eso, resulta clara la falta de confianza en los Jueces, y eso tienen que agradecerle tan dignos compañeros al decreto; ahí está clara la duda acerca de su capacidad y hasta de la rectitud y sabiduría de su fallo, y no menos evidente nuestro papel mediatizador. Según esa especialización nuestra, también debiéramos ser asociados de los Jueces en todos los pleitos de propiedad, con notoria infracción de preceptos civiles; y, según esa especialización, no debiera resolverse ningún litigio sobre aguas, sobre minas, sobre materia mercantil que al Juez no se le colocara al lado, como una sombra madgyar, un especializado.

Nuestra condición de adjuntos de la Justicia, porque así le plugo al autor del decreto, nos expone, sin razón ni motivo, antes bien contra toda razón y toda ley, a la responsabilidad de una función que no es la propia nuestra y a la que no nos hemos adscrito, como se han adscrito los Jueces, pues si hubiera sido nuestra vocación o nuestra conveniencia no seríamos Registradores,

sino Jueces, y arrostraríamos todas las consecuencias de serlo, lo mismo las buenas y honrosas que las ingratas inherentes al cargo, no por el cargo en sí, sino por incomprendión o cerrilidad de las gentes, que al someter sus diferencias a los Tribunales, si el fallo les es adverso, rodean al Juzgador de recelos, se alejan de su trato y hasta le hacen víctima de sus odios.

Y no se contenta el decreto con circunscribir nuestra actuación a la cabeza de partido; según el artículo 24 de su Reglamento, hemos de sustituir al compañero del partido limítrofe. Y allá va el Registrador a administrar justicia, del brazo del Notario, teniendo que sufragar de su peculio particular (y si no lo tiene, que lo busque) todos los gastos que se le originen, expuesto a todas las contingencias y a todos los sinsabores de una función, que para algunos tiene que ser hostil, y que no es indeclinable consecuencia de su cargo propio...

«La salvación de España está en la ley; y mientras no exista otra, la ley es la escrita en los Códigos y promulgada por las Cortes», ha dicho y sostiene en reiterada y tenaz campaña un importante y nada sospechoso diario español. «Perfectamente»—contesta un ilustre jurisconsulto, en un artículo que tengo a la vista—; «pero es el caso que durante casi siete años unos señores colocados en las alturas vienen obcecados en lograr que los españoles acañemos cuantas lucubraciones y absurdos se les ocurre llevar a la *Gaceta*, aunque nada de ello aparece escrito en los Códigos ni votado por las Cortes.» Hace seguidamente relación de lo que tenemos y nos han quitado, relación que no hay para qué transcribir, pero en la cual implícitamente se comprende como abuso de poder, este decreto inconstitucional, cuya total suspensión suplicamos respetuosamente al actual ilustre Ministro de Gracia y Justicia, uniendo nuestra voz a la más autorizada del distinguido compañero Sr. Lezón.

No es fuente de derecho, no puede serlo, una disposición nacida en ambiente de fuerza conculcadora de todas las leyes, incluso de la magna constitutiva del Estado, y propicia y fácil al abuso arrollador de todo lo que es poder personal. Al amparo de decretos de esa índole, viciada por la anormalidad (desgraciadamente, espigando en el campo de actuación de la llamada vieja política, no es difícil encontrar decretos que, a pesar de los años

transcurridos desde su publicación, se cumplen, porque se consideran vigentes, sin haber obtenido el *bill* de indemnidad), y que llevan en sí el germen de su incumplimiento y de su inobediecia, no puede decirse, con razón, que se han *adquirido derechos* (sólo cabe decir); lo que no se puede sostener sin que una posterior revisión los depure y legitime; sólo podrá hablarse de «intereses creados», de idéntica formación, de traza semejante y de igual modalidad que los inmortalizados en la insigne comedia benaventina.

C. GARCÍA DE LA CRUZ,

Registrador de la Propiedad.

La renuncia en el Derecho inmobiliario

Si concebimos el derecho subjetivo como una delegación de la soberanía del Estado que nos hace árbitros de una situación jurídica, o, con un criterio más individualista, como una específica facultad de actuar en la dirección que nuestra voluntad escoja, siempre que no quebrante alguna prohibición legal, nos vemos lógicamente conducidos a la conveniencia de admitir su dejación o renuncia, cuando no implique transgresión o culpa. En realidad, lo que distingue al deber del derecho no es la necesidad o la posibilidad jurídica de una línea de conducta, sino que en ambos supuestos se parte de la posibilidad del acto (prestación obligatoria o ejercicio de una acción) para centrar la diferencia específica en la coactividad o arbitrariedad de la opción. Así se distingue netamente el derecho de cumplir un deber, colocado en el primer plano por Augusto Comte, del derecho a imponer la propia voluntad en un momento determinado, aunque sea en prosecución de un ideal tan caballeresco como el de D. Quijote.

Resalta esta diferencia específica cuando contemplamos ambas figuras desde el punto de vista del abandono de una pretensión jurídica: ilícito si la potestad se nos ha conferido para cumplir un deber; lícito si la norma jurídica no nos impone una línea de conducta y deja a nuestra libre decisión el camino que hemos de seguir y aun el permanecer quietos.

Sin necesidad de discutir la valoración de estos conceptos en los múltiples casos de una vida social compleja que presenta el derecho y el deber, cada vez más amalgamados, cuando no fundidos, basta para nuestro estudio sentar que en el actual estado de la técnica

hipotecaria, los derechos reales aparecen como plexos o redes de facultades cuyo libre ejercicio culmina en su renuncia. La misma propiedad, cualquiera que sea su función social, no es en ningún utópico desvarío la túnica de Neso, que se adhiere a la piel y abraza las entrañas del titular sin permitirle soñar en despojarse, ni una cruz de que sólo pueda liberarse traspasándola a otro incauto o extraviado como en la nórdica procesión de la *huestia* o *mari compaña*.

Y, sin embargo, veremos vacilar estos conceptos fundamentales en el curso de nuestra exposición.

I

Puede entenderse por renuncia la voluntaria dejación o abandono de una situación, facultad, ventaja o expectativa tuteladas por el ordenamiento jurídico. Con estas palabras aspiramos a poner de relieve: primero, el carácter negativo de la renuncia, y segundo, el extenso campo en que se desenvuelve.

La función negativa de una manifestación más o menos explícita de la voluntad del titular será en ocasiones el resultado de una declaración dirigida a reconocer el derecho ajeno, otras veces el presupuesto de una transferencia o cesión del propio y aún cabe idear variadas reacciones de la causa jurídica o de la finalidad perseguida sobre el acto abdicativo (1); pero sin olvidar el carácter negativo de toda limitación, modificación o traspaso, vamos por exigencias del tema a centrar su desenvolvimiento sobre el no-nacimiento o la extinción de derechos en el amplio sentido, como si estudiásemos las llamadas renuncias *preventivas* y *extintivas*, no las *declarativas* o *traslativas*.

Por otro lado, la investigación debe comprender el abandono de cosas y situaciones, sea que aparezcan garantizadas por la inscripción concordante con la realidad jurídica, sea que vivan sólo formalmente en el Registro (como la hipoteca en garantía de un crédito

(1) Véase sobre la noción y clases de renuncia el artículo publicado por el Sr. Traviesas en la *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, t. 155, número VI, pág. 554.

pagado) o en el ordenamiento civil (servidumbre equivocadamente cancelada), sea que estén afectas a condición o en mera potencia, sean expectativas de graduación variada, sean, en fin, estados procesales garantizados por el Registro.

Unicamente para algún profano podrá parecer la materia carente de interés o de escasa importancia, porque el especialista no solamente habrá tropezado con múltiples casos de abandono más o menos explícito por impago de contribuciones, sobrecarga hipotecaria de las fincas, ruina de edificios, ausencia, incapacidad o muerte del titular, etc., sino que considerará a la renuncia como una de las formas más usuales y fecundas del sistema inmobiliario, a cuyas líneas se adapta con sencillez, claridad y vigor.

II

Al aplicar las conclusiones un tanto vacilantes de la técnica jurídica al régimen hipotecario, el juego de los principios en que éste descansa, para nosotros conocido (1), impone soluciones concretas respecto a la naturaleza de la renuncia, formas legales, personas que pueden renunciar, cosas renunciables, especies admitidas y efectos jurídicos, que vamos a repasar brevemente.

* * *

a) Las discusiones que agitan a los civilistas sobre si la renuncia es un acto jurídico (ya que en ocasiones es un mero resultado presupuesto por la ley) de carácter unilateral, que no necesita del concurso de ninguna voluntad ajena a la del renunciante, o requiere como elemento indispensable la recepción por otra persona a quien va dirigida la declaración fundamental, o aparece a veces como verdadero contrato, quedan, en primer término, subordinadas al principio de *inscripción*, que no confiere validez a los títulos no presentados y, en segundo lugar, al principio del *consentimiento formal*, que centra las operaciones del Registro sobre la manifestación de voluntad emitida por el titular en orden a la modificación o extinción del derecho inscripto a su nombre.

(1) Véanse los números 11, 14, 19, 24, 25 y 26 de esta Revista.

Título inscribible y cancelación total o parcial, son los dos polos sobre que ha de girar la doctrina hipotecaria para decidir sobre la validez de una renuncia. El problema civil quedará, en cierto modo, resuelto cuando se presente en el Registro un documento del cual resulte auténticamente el consentimiento del titular para que se practique el asiento cancelatorio.

* * *

b) Por regla general, el acto abdicativo será un instrumento público en el que manifestará su consentimiento el titular, sin necesidad de exponer la causa jurídica precedente, si existe, o en el que se hará constar el acuerdo bilateral, cuando se trate de un nexo contractual; pero hay renuncias que pueden hacerse por medio de escrito presentado ante Juez competente (art. 1.008 del C. c.), o que son decretadas por los Tribunales que han conocido de un juicio declarativo y al ejecutarlo actúan en nombre del condenado. La materia se halla íntimamente ligada con la doctrina de la cancelación, que es la consecuencia hipotecaria de la renuncia. No obstante, las renuncias preventivas, que sirven de base a las adquisiciones posteriores de los llamados por la ley en segundo término, figuran como menciones o antecedentes de la inscripción correspondiente, sin provocar una especial o primordial.

El artículo 875 del Código civil alemán exige que la declaración extintiva de un derecho sobre una finca sea hecha ante el Registrador o la persona que haya de resultar favorecida, y el 928, con referencia al dominio, requiere el abandono formal ante el Registrador. Nuestro sistema, sólo por excepción admite las declaraciones ante el encargado del Registro. De aquí que no vacilemos en considerar el acto como notarial, sin perjuicio de discutir más tarde sus requisitos y efectos.

Los juristas alemanes, que permiten el sometimiento a condición de la renuncia, en general, vacilan cuando se trata del abandono de una propiedad. Sostienen la opinión negativa, que Biermann dice ser la común, con el mismo autor, Predari, Wolf, Kober, Kretzschmann, Gúthe y Bruck. Contra ellos afirman la posibilidad varios especialistas y Crome, para quien ésta es la *communis opinión*. Los razonamientos de los primeros son: que la cuestión de sa-

ber a quién pertenece una finca es de una importancia máxima para el derecho privado y público ; que el comercio y el interés general exigen de consumo la claridad y la certeza a fin de que cualquiera pueda fácilmente averiguar quién es el propietario en un momento dado ; que estos son los fines principales del Registro y quedarían desvirtuados si el dominio pudiera quedar *in pendingi* ; que los libros inmobiliarios nada dicen sobre si una condición está o no cumplida y los interesados deben consagrarse a averiguaciones difíciles y engañosas ; que la renuncia bajo condición suspensiva apenas si respondería a necesidades prácticas y la hecha bajo condición resolutoria abriría las puertas a la confusión y a la inseguridad, y, en fin, que las precauciones y dispositivos adoptados por la ley para que las cosas no quedasen, por abandono, fuera del comercio, resultarían inútiles y burladas.

La opinión afirmativa, defendida por Fuchs, Turnau-Förster, Oberneck y aun por Plauck y Biermann en las primeras ediciones de sus Comentarios al Código civil alemán, partía de la no aplicabilidad al supuesto párrafo segundo del artículo 925 del mismo texto, a cuyo tenor la transmisión de dominio (*Auflassung*) sometida a condición o plazo es ineficaz.

Para desenvolver la materia en nuestro Derecho, debemos distinguir la renuncia de situaciones o facultades cuya caducidad repercute por vía de acrecimiento sobre el patrimonio ajeno, del abandono de fincas, y dentro del primer grupo separar como excepciones los casos en que la ley no permite la repudiación bajo término o condición (art. 990 del C. c.), para dejar como regla general la posibilidad, no de cancelar, puesto que la cancelación en nuestra legislación hipotecaria es de *forma pura*, sino de modificar un derecho sujetándolo a una renuncia bajo término o condición.

En cuanto al abandono de cosa inmueble, el problema es más complejo, y será discutido en la parte especial de este estudio.

* * *

c) La facultad de renunciar corresponde, ante todo, al titular inscrito o a su representante legal, judicial o voluntario ; pero en los casos de inexactitud del Registro, puede renunciar el

verdadero derechohabiente, y sus manifestaciones producirían efectos hipotecarios en cuanto se rectifique la inscripción y se presente el acto abdicativo. A veces, éste será otorgado de consuno por el titular aparente y el titular real, quedando en todo caso la renuncia sometida a los preceptos del artículo 20 de la Ley hipotecaria.

El renunciante (1) ha de tener plena capacidad para el acto, así como la facultad de disponer sin limitación, y no debe obrar contra las prohibiciones legales (2). A primera vista, parece que las prohibiciones de enajenar testamentarias contractuales imposibilitan la renuncia; pero no hay inconveniente en que la persona a quien se ha dejado una finca, de cuya propiedad sólo puede disponer con autorización judicial, renuncie el limitado derecho que le corresponde.

Si existiese alguna anotación preventiva que implicase prohibición de disponer absoluta (p. ej.: declaración de quiebra), no será inscribible la renuncia. La anotación sujeta al artículo 71 de la ley no impide la renuncia posterior, pero los efectos de ésta serán muy relativos, como veremos, y no pueden denominarse propiamente cancelatorios.

No existe en nuestra legislación un precepto que, como el artículo 876 del Código civil alemán, exija para la renuncia de un derecho gravado con otro, la aprobación del titular de este último, y aun la del titular del derecho que grava al predio dominante para que surta efectos la renuncia de la servidumbre o de la facultad que corresponda al dueño de aquel predio. Sin embargo, este racional precepto ha de concluir por imponerse en nuestro sistema por tres razones: 1.^a, porque el gravar un derecho con otro derecho, figura que en Alemania sólo se admite para el caso de un derecho susceptible de hipoteca o usufructo, ha recibido en España, consciente o inconscientemente, unos desenvolvimientos

(1) Alargaría mucho este trabajo la discusión de la capacidad de los menores, interdictos o incapacitados y las facultades de sus órganos de representación (patria potestad, defensores judiciales, tutela). El Reglamento hipotecario equipara al caso del artículo 164 del Código civil la renuncia de derechos reales, para los efectos de exigir autorización judicial, previa audiencia del Ministerio fiscal, cuando se trate de menores sujetos a patria potestad.

(2) Véanse los artículos 4.^o, 646, 652, 655, 816, 1.271 del Código civil •

considerables; 2.^a, porque la cancelación condicional ha sido rechazada con energía por el Centro directivo, y la renuncia inscrita no puede dejarse pendiente de la aprobación de las personas a quienes, según el Registro, afecte directamente, y 3.^a, porque en el caso de usufructo gravado con hipoteca, si aquél concluyese por voluntad del usufructuario, subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligación asegurada o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habrá naturalmente concluído, a no mediar el hecho que le pone fin (art. 107, núm. 2.^o de la L. h.), y esta excepcionalísima situación no puede generalizarse ni apenas sostenerse en rigor lógico.

* * *

d) Sin necesidad de admitir la teoría de los derechos reales universales, discutida en la actualidad por los juristas de la vecina República, no vemos ningún inconveniente en reconocer que la renuncia puede referirse, en primer término, a un patrimonio (herencia, gananciales, reservables, etc.), y como la invasión del Registro por tales títulos es un fenómeno que cada día pone más en crisis la *individualidad* de la cosa sujeta a un derecho real, tendremos, como inmediata consecuencia, que colocar a la cabeza de las renuncias inscribibles los supuestos regulados por los artículos 1.008, 1.394, 970 y concordantes del Código civil. Fuerza es confesar que el derecho hereditario, la cuota en la sociedad de gananciales, la masa reservable y tantas otras entidades de tipo patrimonial chocan directamente con el concepto de finca, la organización de la publicidad, la especialidad de la inscripción y, en general, con los postulados característicos del sistema. Pero la vida jurídica no se para en barras conceptuales, o mejor, es una ineludible misión de la técnica acomodar las normas a la realidad.

La renuncia que pudiéramos llamar *normal* se refiere directamente a derechos inscritos en perfecta concordancia con los presupuestos civiles: un usufructo vigente, una servidumbre que se disfruta, etc. Sin embargo, no podemos calificar de *anormal* a la renuncia que tenga por objeto extinguir hipotecariamente una carga ya caducada, porque admitiendo que la voluntad del titular, según el Registro, es decisiva para la cancelación, sin necesidad de que conste la causa jurídica (art. 82 de la L. h.), la re-

nuncia abstracta se coloca al amparo del principio denominado del *consentimiento formal*, y al Registrador le es indiferente que el acto abdicativo responda a una situación preexistente o a una decisión simultánea, siempre que sea otorgado por quien tiene capacidad y poder dispositivo.

Cuando la situación jurídica se halla afectada por una condición, la renuncia puede ir dirigida, ya a estimar cumplida la *suspensiva*, ya a levantar la contingencia de la *resolutoria*. En verdad, la realización de un acontecimiento no depende siempre de la voluntad de los interesados, y no estamos autorizados para confundir el hecho condicionante con el derecho condicionado; pero en muchos casos las facultades están netamente conjugadas y corresponden a titulares perfectamente determinados que renuncian, no a que el acontecimiento se realice, sino a los derechos que su realización provoca o purifica. Lo que en estos casos debe preocupar a la técnica inmobiliaria es que la integridad de facultades corresponda a los renunciantes y que éstos no vayan contra una prohibición de disponer con fuerza real.

En las modernas discusiones sobre los derechos subjetivos, se colocan al lado de los llamados de señorío y de crédito aquellos tipos en que la voluntad es decisiva para crear, modificar o extinguir un derecho primario. Especificados por Winscheid y denominados por Zitelmann derechos de potestad (*Rechte des rechlichen Könnens*); por Seckel, derechos de configuración o conformación (*Gestaltungsrechte*); por v. Thur, derechos secundarios (*Secundäre Rechte*), y por otros, simplemente *facultades*, no confieren un poder inmediato sobre las cosas o las personas, sino la facultad de configurar una situación jurídica; no aparecen desde el primer momento como derechos de naturaleza real o personal, sino como meras potestades jurídicas, cuyo desenvolvimiento por medio de una manifestación de voluntad dirigida a cierto interesado o a una oficina o Tribunal engendra, altera o mata un derecho subjetivo (retracto, elección de prestación en las obligaciones alternativas, denuncia de arrendamiento, etc.). En el sistema hipotecario español que admite la condicionalidad de la propiedad y de los derechos reales, y que apenas ha desflorado la discusión, un poco más aparatoso que práctica, sobre la naturaleza del derecho subjetivo, estos derechos secundarios han ingresado, con li-

bertad acaso excesiva, a disfrutar las ventajas del Registro como partes integrantes de los derechos reales inscribibles, como tipos independientes de valor positivo o como facultad de extinguir una relación jurídica (derechos negativos de Bekker). Todos ellos pueden ser renunciados por los respectivos titulares con arreglo al artículo 4.º del Código civil, pero aquí los roces con el orden público cuando se trate de desarticular el derecho real primitivo serán más frecuentes. No basta la afirmación de que el simple desprendimiento de una facultad acrece a la contraparte o al derecho conjugado para legitimar tales renuncias, porque la confusión que se introduciría en ocasiones constituiría un verdadero defecto insubsanable. Así, la renuncia hecha por el acreedor hipotecario del *jus vendendi* transformaría su derecho real en un tipo de regulación imposible dentro del sistema.

El problema de la renuncia de *expectativas* se halla, como es natural, íntimamente ligado con las delimitaciones de este concepto, que sólo puede ser tratado aquí de un modo superficial. Las entidades jurídicas (personas, cosas, actos) llegan a su integridad mediante un desarrollo de variada complejidad, que provoca situaciones tanto más protegidas por el ordenamiento jurídico cuanto más claros y definidos se presenten sus elementos constitutivos. Fácil de seguir la evolución de los que pudiéramos llamar gérmenes jurídicos, resulta de gran dificultad, en cambio, la fijación del momento en que nos encontramos frente a un derecho subjetivo provisto de acción, transmisible, pignorable, renunciable y que pueda ser atribuido a una persona cierta. Precisamente por esta indeterminación, el criterio de libertad en que se inspiran las legislaciones modernas sufre un eclipse cuando se discute la posibilidad de renunciar a ventajas tan vagas como poco probables o posibles, a esperanzas que han de realizarse en un sector específico, a previsiones fundadas en hechos e en relaciones jurídicas ya existentes o en actos jurídicos ya otorgados, pero que pueden extinguirse o ser revocados por la voluntad ajena o necesitar de ella para nacer a la vida del derecho con característicos efectos.

El principio de previa inscripción que pone en el Derecho inmobiliario de relieve las exigencias del trámite sucesivo, no permite que se lleven al Registro renuncias formuladas por quien carece de la condición de titular; pero en algunos asientos, dado

nuestro régimen de menciones, pueden aparecer protegidas personas en expectativa o inciertas como el *nasciturus*, la asociación no constituida formalmente, los reservatarios, los herederos de una persona viva, los beneficiarios para el caso de extinguirse una fundación, los parientes que tenga un individuo determinado, cierto día, los pobres de tal parroquia... Aparte de las dificultades que la cuestión de representación presenta en cada uno de estos supuestos, será necesario resolver el problema de la licitud de la renuncia.

Aun si consta con precisión el nombre del titular, puede figurar el derecho en un estado de escasa potencialidad para que la renuncia sea inscribible. No nos referimos a las transmisiones a término, porque si bien para Winscheid, Bekker, Regelsberger y Dernburg las transferencias aplazadas de propiedad son *expectativas*, en nuestra técnica el respectivo titular actúa como si lo fuera de un derecho limitado, pero perfecto. La misma norma nos hemos atrevido a postular más arriba en orden a la renuncia de derechos condicionales, aunque la opinión que los incluye entre las expectativas es unánime.

Aludimos a las menciones que favorezcan a personas ciertas, como los reservatarios del artículo 811 que hubieran justificado su posición jurídica y obtenido la nota marginal reglamentaria. La renuncia que de sus respectivas facultades hicieron, no debiera producir (salvo el caso del artículo 970) más que efectos obligatorios o, por lo menos, no debiera ser inscribible, para evitar confusiones a los terceros interesados en la adquisición de las fincas. No obstante, sabemos que el Banco Hipotecario, aun en el caso de no estar justificada la reserva, exige la comparecencia de los presuntos reservatarios para extinguir las consecuencias de una *expectativa* todavía no protegida por la ley.

Por odio a los pactos corvinos más que por no lanzar al comercio humano derechos imperfectos, contienen las legislaciones civiles una serie de prohibiciones relativas a la herencia futura (arts. 991 y 1.271 del C. c.), que son de capital importancia en nuestro estudio, porque producen la nulidad del acto otorgado en su contravención. Se halla esta cuestión íntimamente enlazada con la sucesión contractual, que tan variados tipos presenta en nuestro Derecho común y foral, y en especial con la adopción,

las mejoras, los contratos prenupciales, los heredamientos y los anticipos de legítima, en donde las renuncias adoptan formas específicas y actúan sobre derechos expectantes.

Un asiento cualquiera del Registro de la Propiedad puede hallarse pendiente de un procedimiento judicial o subordinado al ejercicio de una acción en marcha. La renuncia procesal (desistimiento, allanamiento) decide el resultado del pleito y reacciona sobre el contenido hipotecario. Si la naturaleza de tal acto ha de permitir incluirlo entre las declaraciones de voluntad, ya como una autorización para que prevalezcan los pedimentos del contrario, ya como un abandono de la acción o de la defensa, ya como una dejación del derecho de probar, ya como un acto dispositivo sobre las protecciones concedidas por la ley Rituaria, o si debe figurar aparte como en la teoría del consentimiento que presupone el de ambos litigantes, más que sobre el fondo del asunto, sobre la voluntad de no litigar (*quita non mouere*), o haya de quedar reducida a la decisión unilateral de no contradecir, es punto que discuten los procesalistas alemanes, y que para el Registro dará resuelto el Juzgado. Como especialidad de gran interés para el Derecho hipotecario, señalaremos aquí el desamparo formalizado por el tercer poseedor con arreglo al artículo 126 de la ley, cuando no quiere responder en el juicio ejecutivo con sus bienes propios.

Al lado de las situaciones perfectas, formales, condicionales, potenciales, expectantes y procesales de los derechos inscribibles debe figurar el estado posesorio, puesto que las informaciones correspondientes motivan asientos en cierto modo asimilables a los de propiedad. No creemos que la doctrina de la renuncia en estos casos deba inspirarse puramente en los preceptos relativos al abandono de la cosa (art. 460, 1.º), porque, como ya hemos expuesto detenidamente en otro lugar (1), la posesión tabular es concepto distinto del clásico de la posesión física. En términos generales, y a reserva de volver sobre el tema, admitiremos, *prima facie*, que la renuncia de derechos inscritos en posesión sigue las vías ordinarias de la cancelación.

Pueden ser objeto de renuncia las partes de cosas o derechos reales, ya hubiese tenido lugar la división descomponiendo el tipo

(1) Véanse los números 30, 34 y 35 de esta Revista.

primitivo en otros distintos entre sí que la integran (usufructo y nuda propiedad), ya distribuyendo entre varios titulares con facultades iguales el contenido único del derecho (copropiedad). En cambio, la posibilidad de renunciar a parte de un derecho cuyo titular único soy se halla sujeta a varios principios y postulados de alcance muy discutible. Ante todo, se presenta el aforismo: «las servidumbres no pueden poseerse o constituirse por partes» y parece que, en su consecuencia, no puedo renunciar a una cuarta parte del camino que conduce a mi predio. Después surge la dificultad de evitar que el derecho filial vuelva a reintegrar el derecho madre. Así, yo no puedo renunciar al usufructo de mi finca sin atribuirlo a otra persona, porque del mismo modo que la renuncia del usufructuario provocaría inmediatamente la transformación de la nuda propiedad en pleno dominio, el abandono que yo hiciera, no de tales o cuales frutos, sino del derecho real, sin atribuirlo a un tercero, redundaría en mi beneficio. Tampoco la exigencia del abandono de la posesión de una parte de la finca, cuyo pleno dominio me corresponda, deja de provocar problemas de difícil solución, como más abajo veremos.

Por último, caen dentro de la técnica hipotecaria las cuestiones relativas a la renuncia del derecho a inscribir y la renuncia al derecho de renunciar.

Complejo es el primer problema, y sólo resoluble si distinguimos el derecho que tenemos a inscribir, rectificando la declaración hipotecaria que no coincide con la realidad jurídica, del derecho a establecer mediante la inscripción el preconstituido a nuestro favor en un título inscribible. Cuando el Registro no responde a la verdad, sea por deficiencia de la causa jurídica del mismo asiento (p. ej.: compra a un incapaz), sea por error en la inscripción, sea por cualquier otro motivo, el derecho de anularla o rectificarla es un accesorio indisolublemente unido al derecho real que nos pertenece y no puede ser renunciado independientemente del mismo y haciendo abstracción de las exigencias del ordenamiento jurídico que la situación impone. Respecto al supuesto de preconstitución de un derecho real o de un cambio o cancelación del mismo, debe tenerse presente que el título en el sistema español encierra corrientemente una causa jurídica de la modificación real y un consentimiento para que la transferencia per-

fecta se lleve a cabo. Cuando la primera es de naturaleza *obligacional* (compromiso de transmitir) y el consentimiento no se manifiesta en una forma pura, sino con sujeción a un plazo o condición (v. g.: si prometo transmitir la finca en que tengo el usufructo actual y la nuda propiedad pendiente de condición, declarando la otra parte que no inscribirá hasta que se verifique la reunión de derechos), las relaciones quedan en la órbita del derecho de créditos y la renuncia, en cierto modo superflua, responde a la naturaleza del contrato; pero si se quiere conceder a la cesión efectos reales inmediatos (transmitiendo el usufructo incondicionadamente y la nuda propiedad bajo condición), la renuncia al derecho de inscribir va directamente contra el contenido sustancial del título. Acaso se replique, recordando el carácter *voluntario* de la inscripción, que el comprador se impone la obligación de no presentar. ¿El derecho real, duplicaremos, no es algo independiente de la obligación? Aunque el presentante falte al compromiso contraído, el título, una vez en el Registro, ha de producir los efectos transmisivos. La renuncia a inscribir la situación real establecida no crea una incapacidad del adquirente ni constituye una prohibición que impida extender el asiento. En la práctica notarial se trata, a veces, de provocar una transferencia real inmediata de los derechos *in pendi*, precaviéndose de la calificación del Registrador con la renuncia del derecho a inscribir (como si en la hipótesis aludida el vendedor transmitiese la plena propiedad de la finca, renunciando el comprador a inscribir hasta que el derecho se hubiese purificado). El título no es inscribible, en un principio, por chocar contra el artículo 20 de la ley Hipotecaria. Si al cumplirse la condición puede o no ser inscrito, depende del alcance que se dé a la teoría de la confirmación o convalecencia.

Respecto a la renuncia del derecho a renunciar y aluento de la buena pipa que saldría de estas renuncias a la renuncia, nos declaramos por su inadmisibilidad en el Registro, no porque dejen de responder, en ocasiones, a situaciones prácticas y a intereses protegidos por la ley (piénsese en el caso de un acreedor que impone a su deudor la renuncia al derecho de repudiar una herencia), sino porque las prohibiciones de disponer convencionales son sospechosas y el titular que renunciase a su derecho de renunciar manifes-

taría su voluntad en forma unilateral o bilateral, como si contrajese una obligación, sin limitar el contenido del derecho real correspondiente, al cual va unido, como la sombra al cuerpo, cuando el artículo 4.^º del Código civil no lo impide, la facultad de renunciarlo. Cabe privar a una persona del derecho de disponer o de comprometer una renta con sus propias deudas (artículo 1.807 del Código civil), no privarla del derecho a renunciar o hacer dejación de este elemento activo de su patrimonio.

JERÓNIMO GONZÁLEZ.

(Se continuará.)

Por folletos y revistas

MARTÍ MIRALLES (J.): «El derecho de acrecer entre los llamados *ex aequis portionibus*». *Revista de Derecho Privado*, págs. 65 y siguientes.

Este es uno de los más difíciles problemas que plantea el *jus crescendi*, tanto por la contraposición de los textos legales como por la diversidad entre la doctrina de los expositores que la sustentan.

Advirtamos que tal cuestión no lo es en los territorios en que rige el Código civil, pues en el artículo 983 declara de una manera terminante que en los llamamientos por partes iguales tiene lugar el derecho de acrecer; y este criterio ha sido también seguido por Italia, Chile, Argentina, Francia y otros países.

Donde, por lo tanto, se mantiene el carácter de discutible, en esta materia, es sólo en Cataluña, donde rige un derecho que, arrancando del romano, ha tenido, en épocas sucesivas, una determinación, en la que han tenido parte importantísima la costumbre y la doctrina, habiéndose planteado el problema algunos romanistas modernos, que niegan a los llamados partes iguales el derecho de acrecer.

Siguiendo la clásica exposición de Cancer, en su famosa obra *Variarum resolutionum*, diremos que existe conjunción verbal cuando varias personas son llamadas en una misma oración a un mismo legado con designación de partes, que no pueden distinguirse con la vista corporal; como cuando el testador lega a Ticio y a Mevio un fundo por partes iguales o los instituye herederos por iguales porciones.

Luego, según Cancer, el verdadero concepto de la conjunción.

verbis tantum no es la de los llamados en una sola oración con diversidad de cosas o de partes corporales de una sola cosa, no tampoco los llamados *in solidum*, pues entonces serían conjuntos *re et verbis*, sino en partes intelectuales distintas.

A esta doctrina clásica, pero vigente todavía, se han opuesto otras, fundadas en textos legales, que, al parecer, la contradicen. El primero de ellos es la ley «Si ita quis haeredes del Digesto De haered». Institut., 28-5 (66), que, traducido, dice: «Si alguno instituye heredero en esta forma, Ticio sea mi heredero; Gayo y Mevio lo sean por iguales partes; aunque la partícula y denota conjunción, si muriese alguno de éstos, no le acrece la parte sólo al otro, sino a todos los herederos por iguales partes; porque no tanto se entiende que hubo conjunción como que lo hizo por causa de mayor brevedad», lo que quiere decir que la partícula fué puesta para decir más compendiosamente lo que sin ella sería más difuso, o, lo que es lo mismo, que en tales casos no se ha querido atribuir el derecho exclusivo de acrecer a los unidos con tal copulativa.

A nuestro parecer la doctrina antigua es la aceptable, pues dicho texto se limitó a negar la prelación de los conjuntos *verbis tantum* sobre el conjunto *in re tantum* en los casos en que media tal conjunción.

Recuérdese que en Derecho romano, cuando no hay herederos conjuntos, el derecho de acrecer existe siempre entre los coherederos; que para evitar la simultaneidad de las dos sucesiones, testada e intestada, si no hay herederos instituídos en la universalidad, existirá entre ellos el derecho de acrecer; que, si este derecho tiene normas que lo regulan entre coherederos, es únicamente para reclamar la prelación que tiene una clase de conjuntos sobre las otras y respecto de los herederos que no tienen conjunción alguna entre sí que los favorezca.

Pues bien: al resolver la citada ley la duda de si los conjuntos *verbis tantum* tenían o no prelación sobre Ticio, que era conjunto con ellos *in re tantum*, lo hace en el sentido de negar tal prelación, interpretando la fórmula concreta del caso resuelto por Jovoleno en el libro XII de sus Epístolas.

Hay en la legislación romana otros textos que sancionan el *jus acrescendi* entre coherederos, colegatarios y fideicomisarios

conjuntos *verbis tantum* y disyuntos en el señalamiento de cuotas intelectuales en la cosa a que son llamados. Uno de ellos es la ley 89, Dig., lib. XXXII de leg., 3, que dice así: «Parecen conjuntos respecto de la cosa, y no con las palabras, cuando a dos se les lega una cosa separadamente, y en las palabras y no en la cosa, si se legó en esta forma: lego tal fundo a Ticio y a Seyo en partes iguales, porque los legatarios siempre tienen su parte. Se prefiere a los demás el conjunto respecto de la cosa y las palabras, pero, si sólo lo fuesen respecto de la cosa, consta que no es de mejor derecho; mas si fuese conjunto por las palabras y no por la cosa, se pregunta si el conjunto será de mejor derecho, y es más cierto que es preferido.

A simple vista se observa que este texto contiene una rectificación del anterior, resolviendo la misma cuestión de preferencia entre conjuntos *verbis tantum* y los *in re tantum*, esto es, la preferencia en favor de los legatarios *aequis portionibus*, sobre los conjuntos únicamente en la cosa. Pero es innegable que los dos textos conceden el derecho de acrecer en favor de los *aequis portionibus*, aunque el primer texto niegue la prelación de los conjuntos *verbis tantum* sobre los conjuntos *in re tantum*, prelación que el segundo les concede expresamente.

No obstante lo expuesto, es innegable que, contra la tesis de que la ley *Re conjuncti* establece un *jus crescendi* en favor de los conjuntos llamados por partes iguales, se ha pronunciado la opinión de los romanistas modernos, fundándose en que la citada ley pasó a la compilación justiniana por un descuido, después de haber sido abolidas por el Emperador las leyes caducarias de las cuales procedían.

Y aun podríamos objetar a tal doctrina que el Derecho romano vigente en Cataluña no es el derecho romano puro, tal como lo explican los modernos teorizadores, sino tal como fué interpretado en los tiempos en que empezó a regir en Cataluña y en la generalidad de los países civilizados, cuando era considerado como base del derecho civil y antes que los Códigos modernos rompiesen este cosmopolitismo jurídico.

Finalmente, con la doctrina defendida por nosotros se llega a identificar el derecho catalán con el que rige en los demás te-

rritorios de España y con las legislaciones extranjeras que están en armonía con la nuestra en este punto.

Antes de terminar es conveniente que recordemos la doctrina de Francisco Antonio Bonfini, cuya relativa modernidad realza su teoría y con la que vino a constituirse en precursor de la que han aceptado los modernos Códigos civiles. En su tratado de fideicomisos defendió la tesis en que, lógicamente pensando, se han inspirado estos Códigos, al declarar que los llamamientos por partes iguales en la sucesión de una cosa no excluye el derecho de acrecer ; tesis, según la cual, aunque los conjuntos llamados por cuotas intelectuales puedan calificarse conjuntos *verbis tantum* y disyuntos en la cosa, son, en realidad, conjuntos *re et verbis* ; y tienen, por lo tanto, el derecho de acrecer que nadie ha negado a estos conjuntos. Toda la dificultad queda reducida a una cuestión de palabras, según el sentido que se atribuya a la frase *conjuncti verbis tantum*, que puede ser doble ; uno, la mera unión en las palabras y disyunción en la cosa, y en este caso los conjuntos no tienen derecho de acrecer, y otro, que se refiere a los llamados por cuotas intelectuales, cuyo llamamiento implicaba, para unos, disyunción real, y para otros, conjunción en la cosa ; teoría ésta que es la que ha llegado a predominar en todo el moderno derecho codificado y aun en la legislación intermedia, que sigue rigiendo en Cataluña.

GARRIGUES (JOAQUÍN) : «Auxiliares del comerciante». Idem, páginas 97 y siguientes.

La relación jurídica que liga al comerciante con el auxiliar es de trato sucesivo, no siendo propiamente auxiliares los que ejecutan prestaciones intermitentemente, ni todos los que prestan algún servicio por cuenta del comerciante ; así se excluyen los servicios técnicos : abogados, arquitectos, ingenieros, obreros. Sólo son auxiliares, en sentido estricto, los que desenvuelven su actividad dentro de la esfera específicamente mercantil que sea de carácter jurídico, o sea que el auxiliar realice, con facultades más o menos limitadas, algunos actos jurídicos, completando el concepto del auxiliar con las notas de permanencia en el negocio y de subordinación al comerciante.

Consecuencia de tal concepto es el decaimiento de la clasificación corriente en auxiliares dependientes e independientes. Auxiliares e independientes son inconciliables: todos son dependientes del comerciante, y donde falte la relación de dependencia que de modo estable ligue a la persona con una Empresa no se puede hablar de auxiliares. El agente mediador, prototipo del auxiliar independiente, no es más auxiliar que el banquero que le facilita los capitales necesarios.

Partiendo de tal distinción estudiemos los términos *principal* y *personal*. El principal puede considerarse, en sentido abstracto, cuando su calidad está unida a la de comerciante o acreedor de servicios, sin tener en cuenta si puede o no ejercitar las facultades que para él emanan del contrato de servicios con los auxiliares, o en sentido concreto, y entonces basta sólo la aptitud para el ejercicio de los derechos de mando.

En nuestro Código de comercio impera el concepto concreto de principal, siendo éste siempre una persona física que ejerce con sus auxiliares los derechos derivados del contrato, y que ejerce el poder de mando; mas no basta este poder para caracterizarlo, porque hay auxiliares que gozan de esa facultad.

Pertenece al personal todo el que presta servicios mercantiles mediante remuneración y está obligado a obedecer al principal.

Mas esta subordinación tiene un matiz especial que vamos a examinar. La doctrina corriente, identificando el mandato con el poder de representación, encuadra esta relación jurídica o en el marco del contrato de mandato o en el de arrendamiento de servicios; pero no es así.

El origen de los servicios mercantiles del auxiliar no hay que buscarlo en la romana *locatio operarum*, sino en el antiguo contrato de servicios del Derecho germano, del cual es propio la sumisión a la potestad ajena, con reserva de la libertad y bajo promesa de protección y manutención, engendrándose una relación jurídica personal, fundada en la recíproca confianza, aunque tenga como parte accesoria los elementos de un contrato de servicio; mas este contrato se transforma, en cuanto constituye el contenido primario del contrato la promesa de prestación del servicio y la contraprestación de la remuneración, con lo cual la subordinación jurídica personal ya no es la causa, sino la consecuencia, de la re-

lación de servicios, y se manifiesta sólo en cuanto va incorporada a ella.

Esta subversión se realiza a impulsos del Derecho romano, que actualmente domina en nuestra legislación civil. El precio se hace esencial, y el aspecto jurídico personal se desvanece por completo.

La figura germana parece haberse refugiado en el Derecho mercantil; en este contrato se destaca el deber de mutuo respeto, de consideración personal, estableciéndose una jerarquía en un régimen familiar y doméstico de mutua lealtad. El Auxiliar no es un arrendador de servicios, es un empleado.

Para completar esta silueta jurídica hay que considerar, además de la relación contractual, el carácter de representante del auxiliar. En efecto, al contrato de empleo se superpone un apoderamiento voluntario o legal, en virtud del cual actúa jurídicamente en nombre del comerciante; tal conclusión parece deducirse de nuestro Código de Comercio y de la jurisprudencia del Supremo.

Sin mencionar por extenso los antecedentes históricos de la figura del factor, nos limitaremos a señalar la figura del institor romano, unida al principio de representación indirecta en Derecho romano, que ha influido en la formación del concepto de factor. El Pretor, modificando el Derecho civil, autorizó, en ciertos casos, a terceros que habían contratado con persona sujeta a potestad ajena para recurrir contra el pater familias. El institor fué, primero, un esclavo o un hijo de familia; más tarde, cualquier persona *sui* o *alieni juris*; la jurisprudencia amplió su concepto; pero siempre tiene por misión procurar una ganancia al comerciante, quedando, por lo tanto, también obligado, y teniendo el tercero dos deudores entre los que debe elegir: el institor y el comerciante.

La figura del institor ha pasado al Derecho moderno, conservando vestigios de su doble aspecto. De un lado, sometimiento como subordinado, no ya como consecuencia de su incapacidad jurídica, sino de la organización del negocio, que impone la necesidad de una jerarquía; de otro, su carácter de apoderado para todo lo relativo al tráfico del establecimiento.

El Código de Comercio, acertadamente, habla de poderes y apoderantes, olvidando que el título de la Sección es: «De otras formas del mandato mercantil»; pero como la Comisión es sinónima

de mandato mercantil, los artículos 285 y 286 hablan del comitente, y, en efecto, en el factor, como en los demás auxiliares, hay un mandato o comisión que rige las relaciones internas entre el principal y el factor y un poder que autoriza a éste para obligar al comerciante frente a terceros.

El Código del Trabajo de 23 de Agosto de 1926 exceptúa a los factores de la calificación de obrero, excepción innecesaria, porque no se caracteriza por la prestación de trabajos manuales, pues si algo hay indiscutible en su calificación legal es su carácter de representante, con características que les separan de todos los demás.

El Código de Comercio español no atribuye ilimitación al poder mercantil; al contrario, el artículo 283 la deja a la conveniencia del propietario; pero esta conclusión se opone a las exigencias del comercio. Al tercero debe bastarle saber por el Registro que el factor tiene un poder general, para que sin reproches de mala fe pueda cerrar con él todos los contratos propios de la negociación del establecimiento.

Parece lo más acertado afirmar que nuestro Código contiene una supervivencia de la acción institoria romana, en cuyo sistema se ligaba al interesado en el contrato concluido por su cuenta, aunque no en su nombre; y la razón era porque el institor no obra en nombre del principal, por no admitir el Derecho romano el principio de la representación directa, obra en nombre propio; pero como lo hacía en interés del principal, obligaba también a éste. Este es el fundamento del artículo 287, reproducción del 179 del Código de 1829; el principal queda obligado no sólo cuando el factor contrata en su nombre y dentro de los límites del poder, sino cuando la ley lo presume o el tercero pruebe que la negociación se hizo por cuenta del principal.

Las necesidades del tráfico obligan a la intervención de apoderados singulares, llamados por nuestro Código dependientes o mandatarios singulares.

Se diferencia de los factores por la naturaleza del poder. 1.º El factor puede contratar sobre todo lo concerniente al establecimiento; los dependientes sólo reciben poder para alguna o algunas gestiones y sólo sobre ellas obligan al principal. 2.º El poder del factor se inscribe en el Registro; el de los dependientes, si se trata de una Compañía, habrá de consignarse en su Reglamento;

si de un particular, habrá de comunicarlo por avisos públicos, por medio de circulares a sus corresponsales. 3.º El poder del factor exige la escritura pública; el del dependiente puede ser escrito o verbal, pudiendo abarcar todo un ramo determinado (poder genérico) o limitarse sólo a algunas operaciones (poder especial o especialísimo).

Paralelamente, el comerciante sólo se obliga por las operaciones a que el poder se extiende, pues sabiendo el tercero que no contrata con un factor debe examinar la extensión de los poderes, si quiere evitar las consecuencias de un exceso de poder.

Nuestro Código conservó la categoría de los mancebos en disposiciones casi idénticas a las del Código anterior; pero la doctrina tiende a considerarlos como simples arrendadores de servicios y el proyecto de reforma mantiene la misma tendencia.

Hay que afirmar que para mantener tal doctrina es preciso volver la espalda al Código vigente. El artículo 294 expresa las funciones específicas del mancebo. Nadie, al leerlas, puede sostener que los mancebos no son apoderados, pues la operación de vender y expedir recibos a nombre de sus principales no es una operación material propia de un arrendamiento de servicios.

CASADO PALLARÉS (JOSÉ MARÍA): «La acción *communi dividundo* y la propiedad sobre pisos y habitaciones». Idem, págs. 132 y siguientes.

Cuando una casa pertenece por pisos y habitaciones a distintos propietarios, se plantea el problema de dilucidar si cada uno de los propietarios podrá ejercitar tal acción para disolver la comunidad. El Tribunal Supremo, Sentencia de 18 de Marzo de 1897, partiendo de que en tal supuesto existe comunidad de bienes, entendió que cualquier propietario tiene derecho a que se disuelva la comunidad.

Los acreditados escritores D. Félix Alvarez Cascos y D. Jerónimo González han puesto de relieve las perjudiciales consecuencias a que esta doctrina conduce y proponen algunas atenuaciones; sin insistir, por lo tanto, en ello, intentaremos demostrar que, aun en el terreno del derecho constituido, puede sostenerse la doctrina contraria, sin más que dar a los preceptos del Código civil su recto

sentido, torcido por la interpretación de la generalidad de la doctrina y del Supremo.

El Código, después de consagrar en el artículo 400 el derecho a pedir la división de la cosa común, añade en el 401 que los copropietarios no podrán exigirla cuando resulte la cosa inservible para el uso a que se destina, y en el 404 que, cuando la cosa fuese esencialmente indivisible y los condueños no convinieren en que se adjudique a uno de ellos, indemnizando a los demás, se vendrá y repartirá su precio.

Mucius Scaevola entiende que el legislador concede a los comuneros tal derecho con arreglo al artículo 404, aun en el caso del 401. Falcón dice que cuando la finca se hiciese inservible por la división, no pudiéndose dividir el predio, se dividirá su valor. Sánchez Román afirma que los artículos 401 y 404 son modificación del principio de la división de la cosa común, pero no excepciones. Según Planas y Casals, el artículo 401 no quiere decir que haya de subsistir perpetuamente la comunidad, pues en este caso se adopta la fórmula de división del precio, si los comuneros no convinieren en que se adjudique a uno de ellos, indemnizando a los demás. Manresa opina que ni la letra ni el fundamento del 401 alcanzan a más que a impedir la división material, no la adjudicación o venta, cuando mediante aquélla no se pudiera seguir utilizando el objeto poseído en común.

No es de extrañar que, ante tan autorizadas opiniones, el Tribunal Supremo, Sentencia de 11 de Noviembre de 1927, resuelva que el artículo 400 es tan absoluto que no admite excepción alguna, y en la Sentencia de 31 de Diciembre de 1927, que en el caso del artículo 401 tiene el comunero el derecho a pedir la venta para que pueda ser repartido el precio a prorrata de la participación de cada uno.

Pero tal interpretación es, a nuestro juicio, errónea, y entendemos, con Covián, que el artículo 401 es una excepción del derecho a pedir la división, que el estado coactivo de indivisión se impone como consecuencia forzosa de la naturaleza de la cosa común y que no procederá el medio de practicar la división que establece el 404, en los casos de necesidad, de conservar la cosa común para el uso a que está destinada, y nos fundamos para sostenerlo en las siguientes consideraciones: 1.^a La afirmación del artícu-

lo 401 de que los copropietarios no podrán exigir la división de la cosa común, cuando de hacerla resulte inservible para el uso a que se destina, sin más adiciones ni desarrollos. 2.^a Que lógicamente no pueden admitirse en el Código dos disposiciones diversas para regular el mismo supuesto, y tanto más cuando al querer verificar la asimilación surgen graves dudas, que expone así Comas, partiendo de la interpretación generalizada en nuestra doctrina: Cualquiera que fuera el propósito del legislador, podía haber sido más clara la redacción, aunque tampoco apareciera el acierto; pues es de suponer que, al resultar por división distribuida la cosa en varias partes, ha querido expresar que esto tendrá lugar solamente cuando esas partes no resulten inservibles para ser utilizadas conforme al uso a que estuviera destinada la cosa al practicar su división; pero ¿es procedente hacer depender la divisibilidad de circunstancia tan contingente como la del uso, cuando puede ser susceptible de diversos usos? ¿Habrá que sacrificar el derecho a utilizarla al destino que accidentalmente haya tenido tal vez durante un estado que va a terminar por la división? ¿Se dirá que el Código no se refiere al uso que se hiciese de la cosa al practicar la división? ¿Se refiere al uso que se le da comúnmente a las cosas de que se trata, al uso local, regional o a cualquier otro que consienta su naturaleza? 3.^a Que, atendiendo al plan del Código, encontramos que el artículo 401 está colocado al tratar de la procedencia del derecho a pedir la división: el artículo 400 sienta la regla general de que ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad, y el 401 establece la excepción al decir: sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, etc. En cambio, el 404 está colocado al tratar de la forma de verificar la división y regula la forma de realizarla mediante división civil, cuando no fuere posible la natural. 4.^a Atendiendo a sus precedentes, observemos que el precepto del artículo 401, que ya aparece en el proyecto de 1882, está tomado del 683 del Código civil italiano, que dice: «La división de la comunidad no puede ser pedida por los copropietarios de cosas que, al dividirse, cesen de servir para el uso a que están destinadas»; siendo conveniente, para comprender su sentido, aducir las siguientes palabras de Pisanielli: «Procede del Código austriaco la división de agrupar en dos títulos los principios generales que rigen la comunidad.» El

Código francés y los italianos en vigor tienen esparcidas las disposiciones referentes a la comunidad. Hay comunidad por mezcla de materias, comunidad de muros, etc.; siguiendo un método lógico, se formulan los principios generales de la comunidad. Dado el carácter general de estas normas aplicables no sólo a la voluntaria, sino a la forzosa, se advertirá que no podía consagrarse de un modo absoluto el derecho a pedir la división que establece el 681, y de ahí la excepción del 683 para los casos de la comunidad forzosa. Remontándonos aún más, en el artículo 792 del Proyecto Cassinis, encontramos la siguiente redacción: «La división de la comunidad no podrá ser pedida por los copropietarios de eras, hornos, pozos u otras cosas que, al dividirse, dejen de servir para el uso a que están destinados»; fórmula que corresponde a las enseñanzas de Cuyaccio y Brunnemaun. Nótese, decía éste, que no se puede verificar la división, según hizo notar Cuyaccio, cuando la cosa se haga inhábil para el uso, refiriéndose especialmente a la indivisión forzosa de edificios, pues antes había puesto el siguiente ejemplo: Si dos casas tienen un solo vestíbulo o entrada por el cual se pasa a las dos, no queriendo uno de los dueños no se admite ni la división ni la subasta, pues si no hay entrada, ¿para qué sirve la casa? Y también Paulo, en el Digesto, dice: «No puede nombrarse árbitro para la división de dos casas oponiéndose uno de los dueños, porque al que se obligue a subastar el vestíbulo tendrá que poner precio a toda la casa, si no tiene entrada por otra parte.»

Luego la aplicación del artículo 401 se impone ineludiblemente a tal especie de comunidad, aplicación fundadísima, pues los autores que admiten que hay copropiedad sostienen que también hay propiedad exclusiva. Ahora bien; respecto de esta propiedad no cabe división; la venta de la casa y reparto del precio representaría no división, sino una expropiación, sin los requisitos legales.

La cuestión de determinar qué es lo principal o accesorio en tal figura jurídica es ociosa después de lo dicho, pues cualesquiera que sean las reglas que dicte el Código, en materia de accesión, no se pueden transportar a regular relaciones diversas de aquellas para que se dictó. Claro está que toda la utilidad de una casa depende de los espacios habitables y todo lo demás será accesorio;

y como aún la posición más extrema admite que esos espacios son de propiedad exclusiva, lo principal será la propiedad separada, lo accesorio la comunidad. Por otra parte, cuando una persona adquiere un piso, ¿qué duda cabe que su intención es adquirir una propiedad independiente? Si acepta la comunidad parcial es obligada por la naturaleza de las cosas, y la acepta, a pesar de sus inconvenientes, porque la creencia de la casa propia se sobrepone y relega a lugar secundario el concepto de comunidad. También nos lo confirma la reciente ley belga de 8 de Julio de 1924, al establecer en el artículo 577 bis, parágrafo 11, «que cuando los diversos pisos de una casa pertenezcan a propietarios distintos, las cosas afectadas al uso común de los diversos pisos o partes de pisos, como el suelo, etc., serán reputadas comunes y regidas por las disposiciones del presente capítulo»; y el párrafo noveno dispone que «los bienes inmuebles indivisos que están afectados a título de accesorios al uso común de dos o varias heredades distintas, pertenecientes a propiedades diferentes, no están sujetos a partición».

FEDERICO BRAVO LÓPEZ,

Del Cuerpo de Letrados de Gracia y Justicia.

Jurisprudencia administrativa del impuesto de Derechos reales

I

Depósitos indistintos. Cuestiones incidentales. 1.^a *El Tribunal Central tiene competencia para resolver las apelaciones que sobre cuestiones incidentales surjan en el procedimiento.* 2.^a *No puede un Tribunal Provincial desechar un recurso de alzada por que esté fuera de plazo, ya que ello sólo compete al Central.* 3.^a *El Tribunal Central puede resolver todas las cuestiones, aunque afecten a un interesado que no interpuso recurso en tiempo oportuno, si hay otros interesados que lo hicieron, y se trata de liquidaciones giradas por el mismo fundamento.* 4.^a *Es nulo el acuerdo de un Tribunal Provincial referente al impuesto de Derechos reales si intervino en él el Administrador de Rentas, que no tiene intervención en él, y si no se oyó a los interesados.* 5.^a *Es asimismo malo el acuerdo referente al timbre, si no hay reclamación separada de la del impuesto de Derechos reales.* 6.^a *Para acreditar la propiedad de los vaiores de un depósito indistinto hecho a nombre del Administrador y del Gerente de una Sociedad, pero que realmente pertenecía a la Sociedad, son suficientes los certificados de los acuerdos de la Sociedad, referentes a la constitución del depósito, unidos a los datos de sus libros de contabilidad, llevados conforme al Código de comercio, y mucho más si coinciden con las amortizaciones o reducciones del depósito tal como consten en el certificado del Banco de España.*

1.^a CUESTIÓN.—Según el artículo 94 del Reglamento de Procedimiento de 29 de Junio de 1924, se consideran como incidentales

todas las cuestiones que se susciten durante la tramitación de cualquiera de las instancias referentes a la personalidad, a admisión de las reclamaciones, etc., y contra los acuerdos en que se resuelvan por el Provincial aquéllas, se da, según el 97 del mismo Reglamento, recurso de alzada ante el Central; pero tales preceptos, en relación al 42 y al 86 del repetido Reglamento, atribuyen al Tribunal Central la competencia para conocer de los recursos superiores a 5.000 pesetas o inestimables, y por ello al mismo le corresponde decidir si procede o no admitir determinados recursos por estar o no en tiempo, no pudiendo hacerlo los Provinciales, a quienes sólo incumbe dar curso a los escritos de apelación por conducto de la Secretaría del Tribunal Central, doctrina acomodada a los buenos principios procesales, según el Real decreto de 6 de Abril de 1911. (*Boletín Oficial de Hacienda* de 1916, página 861.)

2.^a y 4.^a CUESTIÓN.—Es nulo, por lo tanto, el acuerdo de un Tribunal Provincial negando curso a un escrito de apelación a pretexto de no estar interpuesto a tiempo, e igualmente es nulo ese acuerdo por haberse dictado la resolución de la cuestión incidental sin que previamente se oyera a los interesados y sin que estuviese compuesto el Tribunal por las personas a quienes atribuye competencia el artículo 3.^o del Real decreto de 16 de Junio de 1924, esto es, el Delegado, el Interventor y el Abogado del Estado, no pudiendo intervenir el Administrador de Rentas, que ninguna relación tiene con el impuesto de Derechos reales.

Es precepto terminante del artículo 34 y siguientes del Reglamento de Procedimiento que se han de notificar a los interesados las providencias que pongan término a cualquier instancia con los requisitos que señala el artículo 34 citado, es decir, indicándoles plazo para recurrir y ante quién se ha de hacer y el recurso procedente, sin lo cual no surtirán efecto legal ni se tendrán por hechas, a no ser que el interesado se dé por enterado del asunto suficientemente; y, por tanto, si a dos de los reclamantes no se notificó en modo alguno el fallo del Tribunal Provincial, sólo puede estimárseles como notificados desde que ellos, al apelar, se mostraron conocedores del asunto, y por ello el recurso, en cuanto a esos dos interesados, ha de estimarse interpuesto en tiempo; sin que sea exacto el criterio de que, firmado el recurso en unión de otros reclamantes de los que fueron notificados, haya de ad-

mitirse que los reclamantes a quienes no se les notificó, se dan por notificados en la misma fecha en que aquellos a quienes se notificó, pues, de admitirse tal criterio, resultaría que el recurso para los no notificados aparecía presentado fuera de plazo, y habría que rechazarle, lo cual es opuesto al artículo 34, párrafo quinto, según el cual sólo considera subsanados los defectos de la notificación si de ello no resulta perjuicio para el reclamante, es decir, si éste utiliza en tiempo y forma el recurso procedente; y, por lo tanto, admitido el recurso, en cuanto a aquellos a quienes no se notificó, procede entrar en el fondo.

5.^a CUESTIÓN.—Según el artículo 23 del Reglamento de Procedimiento, cada reclamación no puede referirse sino a un solo asunto, y, por ello, deben estar separadas la de Derechos reales y timbre; y debiendo estar compuesto el Tribunal para entender de ésta por el Delegado, el Abogado del Estado y el Jefe de la Dependencia a que afecte el impuesto y el Interventor, si no concurrió el Administrador de Rentas encargado del impuesto de Timbre, es irregular la constitución del Tribunal, según el Real decreto de 21 de Junio de 1914, y por ello el acuerdo es nulo.

3.^a CUESTIÓN.—Es criterio establecido por el Tribunal Central, en sus Acuerdos de 2 de Marzo de 1926, 26 de Marzo de 1929 y 24 de Septiembre del mismo año, referentes al impuesto de Derechos reales, que, conforme al artículo 20 del Reglamento de Procedimiento (que, según su preámbulo, es el que distingue el administrativo del judicial), la Autoridad superior, al conocer de un acto administrativo del inferior, *ha de resolver cuanto con él se relacione, haya sido o no reclamado por todos los interesados*, con tal de que todos estén directamente afectados por el acto administrativo controvertido, y sin que puedan establecerse diferencias por el hecho de que las consecuencias de que la total revisión afecten a la Hacienda o a los particulares, por lo que, en el caso presente, ha de entenderse que la resolución que se dicte ha de afectar a todos los interesados y a todas las liquidaciones giradas, *incluso a los dos contribuyentes que, por haber utilizado el recurso de apelación fuera de plazo, deben considerarse como que han reclamado*, ya que las seis liquidaciones fueron hechas por iguales fundamentos y documentos, y constituyeron un solo acto administrativo, que afecta a todos los contribuyentes sometidos en

su integridad, en virtud del recurso de alzada, al conocimiento del Tribunal Central.

6.^a CUESTIÓN.—El artículo 77 del Reglamento establece la presunción de que los depósitos indistintos en Bancos corresponden en propiedad por mitad a cada partícipe; pero esa presunción puede ser destruida por prueba en contrario que resulte, para los particulares, del documento mismo o de otros fehacientes y adecuados a la naturaleza de los bienes y anteriores a la fecha de abrirse la sucesión, según el párrafo 17 del artículo 31 del Reglamento; es decir, que para ese caso no es preciso documento que lleve aparejada ejecución, como para deducir las deudas en las testamentarías (artículo 101 del Reglamento), sino que es suficiente con que los documentos sean fehacientes y anteriores a la fecha de abrirse la sucesión y adecuados a los bienes; y, por lo tanto, son suficientes para demostrar que unas obligaciones hipotecarias pertenecen a una Sociedad y no al Gerente y Administrador a cuyo nombre indistinto se hallaban en un Banco, y a cuyos herederos se quería cobrar la herencia, las certificaciones expedidas en debida forma, con referencia a los libros sociales, llevadas, según el Código de comercio, a los libros de contabilidad y a los balances de la misma y a la copia cotejada del resguardo del depósito, que se hizo precisamente previo acuerdo de la Sociedad, y conforme a ésta, para facilitar la enajenación y puesta en circulación de los fondos sociales por el Administrador y Gerente, ya que coinciden esas certificaciones y asientos con los balances, con las reducciones del depósito en el Banco de España por amortizaciones y entrega, y todo ello produce el convenimiento de que el depósito no era del titular, sino de la Sociedad de la que aquél era Gerente, y, por lo tanto, no debe pagar la herencia de ese supuesto titular, que sólo era dueño en apariencia (Acuerdo del Tribunal Central de 14 de Enero de 1930, 220-1929).

II

La petición de devolución de una cantidad procedente del impuesto de Derechos reales, y solicitada por un Albacea, basado en que, por transacción posterior al pago de aquéllos, se reco-

noció que los bienes eran del Ayuntamiento, que también satisfizo el impuesto por la herencia, envuelve una cuestión de error de hecho, y no una reclamación económicoadministrativa, y debe ser formulada ante el Delegado de Hacienda, y no ante el Tribunal Provincial.

CASO.—Un Albacea-Legatario pagó el impuesto de Derechos reales por ciertos bienes. Un Ayuntamiento pretendió tener derecho a esos mismos bienes, según el testamento, y satisfizo asimismo el impuesto. Ambos llegaron a una transacción, después de haber pagado el impuesto, por lo cual los bienes quedaron a favor del Ayuntamiento, y éste satisfizo al Legatario una cantidad. El Legatario, con esos antecedentes, pide al Tribunal Provincial la devolución del impuesto satisfecho por él por los bienes que quedaron a favor del Ayuntamiento. El Tribunal Central fija la doctrina del epígrafe. La solicitud inicial no tiene por objeto impugnar una liquidación del impuesto de Derechos reales, sino pedir la devolución parcial de una liquidación firme y consentida por el interesado. El motivo es curioso: una transacción posterior a la liquidación—transacción por la que no se ha pagado el impuesto—ha hecho cambiar, según él, el adquirente de los bienes. La petición, sea cualquiera lo que haya de acordarse, en el fondo no puede estimarse como reclamación económicoadministrativa, porque, en primer término, se basa en el artículo 167, apartado tercero, del Reglamento de 1911 (201, apartado tercero del vigente), referentes a los errores de hecho o duplicación de pago; en segundo término, porque se alegó uno de los motivos del error de hecho, y en tercer lugar, porque se han planteado, no dentro de los quince días del acto, como procedía, de ser reclamación, sino dentro de los cinco años como error de hecho; debe, pues, ser resuelta como tal por el Delegado de Hacienda, a quien compete, como petición de devolución y de ingreso indebido, y no por el Tribunal Económico, incompetente para ello (Acuerdo del Tribunal Central de 29 de Octubre, 1929), 217 de 1929.

III

El desistimiento de las partes interesadas recurrentes (en este caso, la Dirección de lo Contencioso) a virtud del artículo 141 del Reglamento) no existiendo ninguna que sostenga la apelación, y no apareciendo, por tanto, motivo alguno para que el Estado mantenga el recurso, faculta al tribunal para dar por terminado el expediente, según el artículo 26 del Reglamento de 29 de Julio de 1924 (Acuerdo de 29 de Abril de 1930), 215-1929.

IV

Deudas deducibles. Letra de cambio. No son deudas deducibles de una herencia las procedentes de una letra de cambio que fué protestada con fecha posterior al fallecimiento causante, y que, por tanto, no consta en documento que llevase aparejada ejecución en tal momento.

De la herencia se pretendió deducir deudas procedentes de varias letras de cambio de fecha anterior al fallecimiento y aceptadas por el causante, pero cuyo vencimiento era posterior a la muerte de éste, y que fueron protestadas en tiempo oportuno, sin que al hacerlo se opusiese tacha de falsedad. El liquidador no estimó deducible esa deuda porque no constaban en documento que, al morir el causante, llevasen aparejada ejecución.

El Tribunal Provincial, por el contrario, falló que, protestadas las letras después del fallecimiento del causante, tienen fuerza ejecutiva contra los bienes de la herencia, los cuales responden del importe de aquéllas, por hacer el pago los herederos no por sí, sino como continuadores de la persona del difunto. El Central revoca el fallo del Provincial.

Según el artículo 101 del Reglamento, para que las deudas sean deducibles, han de constar en documento que lleve aparejada ejecución, ya que eso significa la referencia al artículo 1.429 de la ley de Enjuiciamiento, y que sean anteriores a la fecha de abrirse

la sucesión, no bastando la existencia indubitable de la deuda (Sentencia de la Sala tercera del Supremo de 31 de Diciembre de 1921); entre los títulos que llevan aparejada ejecución figura la letra de cambio, sin necesidad de reconocimiento judicial respecto del aceptante que no hubiese puesto tacha de falsedad a su aceptación al tiempo de protestar la letra por falta de pago, y, en armonía con tal artículo, el 521 del Código mercantil ordena que la acción para exigir el pago procedente de una letra de cambio es ejecutiva, debiendo despacharse la ejecución sin otro requisito que el reconocimiento judicial que haga de su firma el librador aceptante o endosante demandado; reconocimiento que no será necesario para despachar la ejecución cuando no se hubiese puesto tacha de falsedad en el acto del protesto por falta de pago.

De estos preceptos se deduce que para que las letras tengan fuerza ejecutiva es indispensable que hayan sido protestadas a su vencimiento por falta de pago, y que eso mismo es preciso para que la deuda representada por la letra sea deducible del caudal hereditario, según criterio del Tribunal Central en acuerdo de 25 de Febrero de 1930 (197 del año 1929), en el que se declaró que unas letras no eran deducibles de la herencia, porque no habían sido protestadas en el momento de abrirse la sucesión y no eran en ese momento títulos ejecutivos.

Y como en el caso actual se repite eso mismo, pues si bien las letras fueron protestadas lo fueron muy posteriormente a la muerte del causante, es visto que, al ocurrir el fallecimiento, a cuyo momento se han de retrotraer todos los efectos de la herencia, no eran títulos ejecutivos, y, por lo tanto, no se puede deducir su importe de la herencia, a tenor del artículo 101 del Reglamento, que es de interpretación restrictiva, según Sentencia del Supremo de 26 de Noviembre de 1928 (Acuerdo del Tribunal Central Económico-administrativo de 5 de Agosto de 1930), 214-1929.

V

1.º *Base liquidable de una parte de finca gravada con hipoteca.*

La compra de una finca gravada con hipoteca, mediante escritura pública, en la que no consta que se deduzca cantidad al-

guna del precio para cancelar aquélla, obliga a sumar el importe de la hipoteca al precio para fijar la base de liquidación de la compraventa, sin que sea admisible para desvirtuar esto una escritura posterior a la de compra en que se verifique esa deducción, ni unas cartas particulares, reconocidas por los acreedores, en que se afirme esa misma deducción. 2.º La reclamación por timbre ha de hacerse independientemente de la de derechos reales, en otro escrito, y el Tribunal ha de estar formado por el Delegado, Abogado del Estado, Interventor y Delegado de Rentas, sin todo lo cual es nulo el acuerdo.

1.º La escritura primeramente otorgada y presentada a liquidar era clara, y en ella se vendía la finca por precio que el vendedor confesó haber recibido del comprador en metálico, sin que éste se reservase cantidad alguna para cancelar la hipoteca que gravaba la finca, y que se daba por viva; y a tenor de esa escritura y de lo dispuesto en el artículo 100, párrafo tercero del Reglamento del Impuesto, en esa transmisión, por ser a título oneroso, se ha de presumir, a los efectos fiscales, que todas las cargas han sido ya deducidas por los interesados, y, en consecuencia, se han de aumentar al precio, para fijar la base las que tienen el concepto de no deducibles, según el párrafo primero del mismo artículo, entre las cuales está la hipoteca. No cabe aplicar el supuesto contrario, o sea que los contratantes estipulen expresamente la deducción de cargas del precio fijado, porque en la escritura de compraventa no se cumplió tal requisito; y la subsanación que se pretendió hacer con la escritura adicional, de fecha muy posterior al contrato original, no puede estimarse como aclaratoria de un contrato perfectamente claro, sino como modificativa del mismo, en el extremo esencial de la fijación de la cuantía del precio de la compra, y causado mediante la primera el acto sujeto al impuesto no podía dejarse sin efecto la liquidación girada a virtud de él por un hecho posterior, a no ser que los Tribunales hubieran declarado la nulidad o la rescisión del contrato, según el artículo 58 del Reglamento; por otra parte, los documentos o costas privadas, varios acreedores y del Notario, carecen de eficacia para desvirtuar la escritura primitiva, pues ni han sido reconocidos legalmente, según exige el artículo 1.225 del Código, ni pueden surtir efecto contra

tercero, por ser posteriores a ella, según el 1.230 del mismo; a tenor del artículo 1.219 del Código tampoco podrán producir efecto, por no haberse tomado nota de ellos al margen de la escritura-matríz que se quiere modificar.

2.º En cuanto al timbre, según el artículo 23 del Reglamento de 29 de Julio de 1924 y Real decreto de 21 de Junio de 1924, se reitera la doctrina del epígrafe repetidamente fijado por el Tribunal, por ser indispensable que cada reclamación se refiera a un acto administrativo, y que intervenga en cuanto al Timbre el administrador de Rentas encargado de ese impuesto (Acuerdo del Tribunal Central de 29 de Octubre de 1929), 212-1929.

VI

Las acciones de una Sociedad, representativas de la participación de una finca en el extranjero, adjudicadas a la viuda en pago de sus aportaciones al matrimonio, estando probado con escrituras públicas, anteriores a la muerte del marido, la aportación al matrimonio de la participación de la finca y la sustitución de ésta por acciones de la Sociedad anónima encargada de su explotación, están sujetas al impuesto y deben tributar al 0,25, no siendo admisible goce de exención por el territorio donde se hallan la finca que representan, por ser bienes muebles, según el artículo 335 del Código, y el adquirente español; sin que tampoco puedan estimarse gananciales por haber probado, mediante documentos aportados en el período de vista, la condición de parafernales.

La Dirección de lo Contencioso tiene facultades para interponer recurso administrativo, conforme al artículo 141 del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales, cuanto en todo o en parte se acceda a las peticiones de los interesados, *sea cualquiera la cuantía del asunto*, correspondiendo el fallo al Tribunal, según el artículo 42 del Reglamento de Procedimiento.

Según el artículo 3.º, párrafo primero del Reglamento del Impuesto, en las sucesiones de españoles o a favor de españoles es exigible el impuesto en cuanto a las acciones u obligaciones de

Sociedades constituidas en territorio extranjero, aun cuando aquéllas se hallen fuera de España o depositadas en Bancos no domiciliados en territorio español ; y conforme a ese precepto, unas acciones de un ingenio en Cuba deben estimarse como sujetas al impuesto al ser adjudicadas a la viuda, al morir su marido, de nacionalidad española, en pago de aportaciones hechas por aquélla al matrimonio ; acreditado suficientemente con escrituras notariales, anteriores a la muerte del marido, que se adicionaron a los bienes aportados por la mujer al morir su padre, una participación en un ingenio en Cuba, y que en equivalencia de esa participación se le adjudicaron acciones de la Sociedad constituida para explotarle, se halla probado que la participación mencionada fué adquirida por la viuda a título lucrativo durante el matrimonio, siendo, según el artículo 1.396 del Código Civil, privativa de ella ; y que fué sustituida esa participación por las acciones que después se adjudicaron a la viuda, y, por lo tanto, queda probado que la adjudicación de las acciones lo fué para pago de aportaciones al matrimonio y se hizo tal pago con bienes distintos de los aportados, y que está sujeta al impuesto, según el artículo 5.º, apartado 17, y 22, párrafo segundo, y 28, número 6 del Reglamento, y 1.390 del Código civil, debiendo tributar al 0,25, según el número 62 de la tarifa (Acuerdo del Tribunal Central de 21 de Enero de 1930), 209 de 1929.

GABRIEL MAÑUECO,

Abogado del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

LA HACIENDA COMERCIAL

La Revista de cultura y vida universitaria *Universidad* ha tenido el acierto de publicar un estimable trabajo titulado «La hacienda comercial», debido al malogrado abogado D. Faustino Giménez Arnau, brillantísimo estudiante de la Universidad de Zaragoza y ex pensionado de la de Bolonia.

Observa certeramente el autor en la introducción la importancia del Real decreto de 15 de Julio de 1924, que abrió una información escrita, con el fin de que se propusieran las reformas necesarias sobre los problemas contenidos en un cuestionario que se acompañaba a la disposición legal, relativos a la existencia y ordenamiento jurídico de la casa comercial.

Provocó el decreto indicado discusiones y controversias, no por el tema en sí, sino porque en él se contenía un apartado, que planteaba el problema de la llamada *propiedad mercantil*, que por sí solo explica fácilmente el éxito alcanzado por dicha disposición.

Circunscritos voluntariamente en España a la propiedad mercantil los problemas relacionados con la hacienda comercial, procedía un resumen preliminar de aquélla, entendida como el derecho que tiene el comerciante, una vez terminado el arrendamiento, a recibir del propietario del inmueble una indemnización por la plusvalía adquirida por el establecimiento, debida al arrendatario saliente. Pero, si atentamente se examina la cuestión, pronto se ve que no hay posibilidad para justificar el reconocimiento jurídico y la protección legal a la mal llamada propiedad comercial : 1.º por los inconvenientes económico-sociales de la prolongación mecánica de un contrato de arrendamiento ; 2.º, por los perjuicios

que originan los obstáculos a la circulación de la riqueza, y 3.º, por la imprecisión habida para fijar los daños del arrendatario saliente.

La base de la propiedad comercial no puede encontrarse—afirma el autor—ni en la teoría del enriquecimiento ilícito ni en la doctrina del abuso del derecho, y no es posible tampoco hablar de una particular accesión al inmueble del arrendatario. Además, al admitir esta nueva figura jurídica, tendríase, como consecuencia, un derecho de rescate, atribuído al comerciante, que se asemeja a la expropiación, admitida, en general, sólo por causa de utilidad pública y un *jus praelationis* en caso de venta, que presenta el peligro de una transmutación en el derecho de retracto y crea la consiguiente inseguridad en la contratación, que el legislador debe asegurar.

Por todo ello fracasaron los proyectos legislativos encaminados a su reconocimiento, aun en Francia, donde la ley de 1926 fué más bien una maniobra electoral.

Se estudian en la parte primera del trabajo el concepto y los elementos de la Hacienda, de cuyos tres aspectos, empírico, económico y jurídico, sólo interesan los dos últimos, por lo que la sistemática seguida es: a) Aspecto económico; b) Aspecto jurídico.

Desde el primer punto de vista, la Hacienda es, para unos, actividad económica; para otros, una simple unión de capital y trabajo; pero, sin embargo, su contenido es mayor. Es un organismo formado por la dependencia mutua de sus elementos y su subordinación al fin común.

Téngase en cuenta que el elemento económico, conceptualmente necesario, se halla en toda hacienda comercial y no puede ser sancionado. La simple consideración de una hacienda nos muestra la existencia de bienes económicos (*Wirtschaftsgutern*) y de trabajos (*Arbeitskräfte*), dispuestos por una persona para la consecución de un fin. Es un complejo que produce y hace circular la riqueza. La actividad y el trabajo son la piedra angular de una hacienda comercial.

Los juristas han acentuado la organización ideal de la hacienda sin determinar que en la que llaman *inmaterialgut* está contenido el objeto del derecho sobre ella; quizá se hayan equivo-

cado al haber imaginado este bien inmaterial, la actividad, como elemento de la Hacienda, y no como cualidad, modo de ser de la misma, porque se olvidaban que la actividad no puede existir por sí, ni puede ser objeto, aisladamente, de relaciones jurídicas.

Es necesario convenir, por tanto, en la unidad de la hacienda, ya que todos los bienes y fuerzas que la integran tienden a un fin. Ahora bien; la agregación efectiva, el complejo de factores que integran aquélla forman una unidad tan sólo cuando están dedicados a la consecución de un fin dado. Entre los elementos económicos de la hacienda se distinguen tres categorías: *a)*, personales; *b)*, reales; *c)*, meras relaciones de hecho.

Su concepto económico no es otra cosa que un complejo de bienes (cosas, derechos, meras relaciones de hecho), dispuestos por el propietario de la hacienda (titular), que con sus desarrollos (organismos), merced a la intervención del personal auxiliar y a la unidad de fin (unidad teleológica), forma un todo orgánico con autonomía económica, susceptible como tal de especial valoración económica.

El problema esencial del derecho mercantil en esta materia consiste en posibilitar que el grupo anterior y el de los medios de producción de trabajo y de bienes quede sometido a las normas legales. Todo el resto del estudio que analizamos se endereza precisamente a estudiar la forma de someter al dominio del derecho el organismo hacienda comercial.

b) La Hacienda desde el punto de vista jurídico.

A partir de la mitad del siglo XIX constituye uno de los temas más apasionantes que plantea el Derecho mercantil. Se inicia su estudio en Alemania; pero es Italia la nación que a él más ha contribuido, merced a un trabajo incesante, mientras que Francia y España dedican atención al problema tan sólo en la última época.

Faltan normas legales que reconozcan la organicidad de aquélla y su unidad; pero si la ley calla, la doctrina y la jurisprudencia, en cambio, llenan la gran laguna existente al afirmar que la hacienda comercial puede ser objeto de negocios jurídicos. Así se dió ya el primer paso para llegar a la fusión de lo económico con lo jurídico, sin lo que siempre habría de encontrarse la incertidumbre existente hasta el día.

Por otra parte, el tecnicismo en este tema es bastante oscuro e impreciso: a ello contribuye la complejidad del concepto de hacienda-comercial y el que se ha descuidado el estudio del concepto económico de la misma, sin cuya previa determinación no se puede aclarar su naturaleza jurídica. En Italia, como queda dicho, se ha precisado de manera más acabada el tecnicismo en orden a la materia, empleándose los términos: *azienda commerciale*, *impresa*, *avviamento* (el más gráfico) y *clientela*.

En España se habla de casa, fondo o hacienda comercial, y una Comisión ministerial empleó la frase de acervo comercial.

La palabra *avviamento* es de difícil traducción al español. Quizá su equivalencia más exacta sea: valor de organización, potencialidad vital. Ultimamente se ha introducido en Italia una nueva expresión, *accorsatura*; pero sigue reconociéndose como más expresiva y gráfica la ya citada de *avviamento*. En Francia, el vocabulario empleado es el de *fonds de commerce*, *entreprise*, *achalandage* y *clientèle*. Pero tanto los escritores franceses como los italianos estuvieron poco afortunados al definir el significado preciso de tales palabras.

En Alemania es donde encontramos mayor incertidumbre: *Unternehmen*, *Unternehmung* y *Handelsgeschäft* son términos para asignar lo que los italianos llaman hacienda comercial.

La investigación acerca del tema estudiado no vió que, una vez fijado un concepto económico, real, había que agregar que en la esfera del derecho la hacienda debe permanecer como unidad económica, a la que ha de subordinarse la ordenación jurídica.

La multiplicidad de los aspectos que en la práctica nos ofrece la hacienda comercial sirve para explicar la variedad de teorías que intentan investigar su naturaleza. Sintéticamente trataremos de exponer las principales:

1.^a *Teoría de la personalidad moral*.—Es la defendida por Endeman y la más fácilmente impugnable. Según este autor, a la autonomía económica de la hacienda comercial debe corresponder una autonomía jurídica, tanto más cuanto que la hacienda domina al comerciante, quien no es, con respecto a ella, sino el primer servidor (*Diener des Geschäfts*), su representante. La hacienda tiene un domicilio propio, un patrimonio con energía y órganos propios; la transmisión de aquélla cambia el gerente, el principal,

pero la hacienda subsiste ; cedido el negocio, con él pasan las deudas, que deben ser pagadas con el patrimonio hacendal, en proporción correspondiente a su actividad, con el objeto de que existan tantas clases de deudas como patrimonios se posean.

La imposibilidad de aceptar la tesis expuesta se deduce del hecho de que todas las legislaciones aceptan el principio según el cual los bienes del deudor son la garantía común de los acreedores (artículo 1.949 del Código civil italiano y 1.911 del español). Por otra parte, adolece la tesis citada del grave defecto de pretender que la hacienda, al mismo tiempo, sea sujeto y objeto del derecho. Lo que explica que casi la totalidad de los estudiosos del Derecho mercantil rechacen la teoría de Endeman, y que algunos, como Vivante y Strafa, la califiquen de verdadera herejía jurídica, y sea posible afirmar, no obstante, el haber pretendido revivirla algunos autores alemanes (Nussbaum y Rotthoff, entre ellos) que la teoría de la personalidad moral, aplicada a la hacienda comercial, jamás será reconocida por la ley, que es la única que puede ofrecernos la existencia de una personalidad jurídica, merced a normas especiales.

2.º *La hacienda personal comercial.*—Entre las teorías que elevan la hacienda comercial a la categoría de sujeto de derecho se encuentran las que la consideran patrimonio especial, patrimonio-fin. Sostienen algunos que es una verdadera persona comercial, y por la simple consideración del nombre se comprende ya que entre esta posición y la anterior existen grandes semejanzas.

Von Völderndorff afirma que en el comerciante se encuentran dos personalidades : una civil y otra comercial. El fundamento de esta última se halla en la hacienda comercial. Por ello, el comerciante puede despojarse de su personalidad comercial y transmitirla a otro, siempre que éste adquiera la hacienda y la firma comercial. El cesionario será considerado como sucesor a título universal del cedente en todo lo que se relacione con la hacienda, y el cedente responderá sólo subsidiariamente de las deudas de aquéllas.

En el fondo, la diferencia entre las dos teorías expuestas se encuentra en que la primera propugna la plena autonomía jurídica de la hacienda, y la segunda admite una ingerencia en el patrimonio del titular en los casos de responsabilidad subsidiaria.

Tras lo afirmado acerca de la personalidad moral de la hacienda, fácil resulta refutar una teoría que hace acrobatismos con sutilezas de lenguaje jurídico, y que, enfrentada con aquélla, si opuesta en sus premisas, coincide en los resultados.

3.^a *La hacienda como patrimonio jurídico especializado.*—Se halla formado este tercer grupo por las teorías de cuatro brillantes mercantilistas, diversas en algunos puntos, pero coincidentes en las conclusiones.

a) La llamada del *Zweckvermögen*, formulada por Bekker, sostiene que, jurídicamente, el complejo de bienes que forman una hacienda están unidos, más que por voluntad de sus propietarios, por la finalidad a que se aplican, y de este común destino se ha querido deducir la necesidad de asegurar a la hacienda una vida jurídica independiente. Pronto se advirtió que esta tesis no era más que un disfraz de las ideas de Endemán.

b) Saleilles habla de un patrimonio *d'affection*. Esta teoría no difiere mucho de la anterior: se trata de un conjunto de bienes que forma como un patrimonio diferente, que pertenece menos a aquél que lo posee que al fin al cual ha sido destinado. La posición de Saleilles no logró tampoco gran éxito.

c) Otra teoría es la debida al gran jurista francés Valery, que anticipó la naturaleza fundamental del valor de organización de una hacienda.

Valery distingue la casa de comercio del *fonds de commerce*; la primera formada por las personas, la segunda, por las cosas: ambas constituyen la hacienda comercial, cuyo fin es el lucro. Al exponer su teoría recuerda la tesis de Momsen y cree que *Taberna sine tabernario esse non potest*, y concluye afirmando que si el titular es el propietario de la hacienda, también forma parte de ella. Por ello, dice «que el comerciante sea a la vista de sus acreedores como un gerente al que se confía la administración de un patrimonio con los más amplios poderes».

El patrimonio especial, que pertenece a la casa de comercio, lo constituye el *fonds*; en aquélla, la cualidad fundamental será la clientela, mientras que en éste, lo es el valor de organización. Cree este autor que la hacienda tiene una individualidad propia dentro del patrimonio total del comerciante, y termina por

reconocer de nuevo la individualidad jurídica y la perfecta autonomía de la hacienda comercial.

d) Según Cossack, la hacienda es un negocio íntegro, considerado como un todo indiviso en el patrimonio total del comerciante, individualizado también en su actuación. Es un bien especial (*Sondergut*), aunque reconoce que la realidad legislativa abandona algunas veces esta concepción, y así la quiebra niega la especialidad pretendida.

Las causas motivadoras de la equivocación de juristas tan insignes se hallan en la interpretación convencional de los pasajes del Derecho romano aducidos, y en la comprobación de que la hacienda, como todo, es perfectamente identificable con la totalidad del patrimonio.

4.^a *La hacienda como «universitas juris vel facti».*—La posibilidad de apreciar en la hacienda como complejo de cosas una u otra *universitas*, es la pregunta que se formularon la mayoría de los escritores, sin que en verdad hayan llegado a contestarla de un modo concluyente.

Ligeramente analizaremos este grupo de teorías por su relativa importancia actual, ya que en Alemania los criterios más autorizados han abandonado la cuestión por estimarla insoluble. El concepto de universalidad aplicado a la hacienda sólo puede producir una deformación de ésta o del concepto mismo de *universitas*. Tres son las teorías que han intentado distinguir la universalidad de derecho y la de hecho. La primera reconoce que constituirá la universalidad de hecho las agregaciones de cosas incorporales: el rebaño, la pinacoteca, el medallero, y la universalidad de derecho se integrará por un complejo de derechos de relaciones jurídicas, como la herencia, la dote...

Para la segunda tesis, la universalidad jurídica es el conjunto de bienes, cosas corporales e incorporales (incluso derechos), que el propietario reúne para un especial destino económico y trata como un todo; y universalidad de derecho es el conjunto de relaciones jurídicas, a las que la ley atribuye una unidad jurídica para ciertos efectos.

Para otros, universalidad de hecho es el conjunto de cosas corporales muebles y homogéneas, formando unidad para un fin social y económico, y universalidad de derecho es el conjunto de

relaciones jurídicas, a las que se ha reconocido unidad de derecho.

La mayoría de los autores consideran, inclinándose por la segunda teoría, la hacienda universalidad de hecho, pero hay otros disidentes que rechazan la *universitas juris*, y creen, además, que la universalidad de hecho desmembra el contenido de la hacienda y la destruye económica y jurídicamente.

5.^a *La hacienda, según la tesis de Ferrara.*—Afirma Ferrara en sustancia que se trata de un tipo autónomo que forma una categoría propia y que en la actual sistemática debe agregarse al de las instituciones u organizaciones; que es el resultado de varios elementos que vienen asociados merced a la actividad de personas que producen el funcionamiento de la empresa. Y agrega que en las disposiciones *inter vivos* o *mortis causa*, estas ordenaciones de cosas o de derechos van siempre juntas, si bien, ante la falta de textos legales, se llega al error de disgregar las cualidades esenciales de la hacienda, no obstante ser su posición la que mejor refleja la naturaleza económica de la misma.

Del examen de las anteriores teorías puede formularse—afirma Giménez Arnau—que, económicamente, la hacienda se presenta como un conjunto de bienes originariamente dispuestos por el propietario de la misma, el que, merced a la actividad de las personas que le ayudan y a la unidad de fin, logra formar, con su progresivo desenvolvimiento, un todo orgánico con autonomía y susceptible de valoración patrimonial.

Ahora bien, ¿debe la hacienda comercial ser considerada como un todo único dentro del total patrimonio del titular de la misma?

Si es única en el patrimonio del titular, aparecerá como unidad económica perfectamente identificable en el resto del patrimonio; pero si forma parte del patrimonio de un titular que posee varias, la unidad económica de este conjunto de bienes no explica su eficacia más que en el momento de contratar sobre ella. Así, la quiebra de una de estas unidades llevará consigo la quiebra de todas las demás haciendas.

Y, exponiendo sus propias ideas, reconoce el autor del trabajo frente al problema de la responsabilidad patrimonial, que siendo las deudas partes fundamentales de la unidad del organismo de la hacienda y del valor de organización, que es su prin-

cipal consecuencia, en el silencio de los contratantes, debe tenerse en cuenta que, a ser posible, pasen las deudas al que tome consigo la hacienda comercial; pero como la cesión de deudas es imposible, ha de convenirse en que la cesión de una hacienda produce necesariamente, junto a la actual responsabilidad del cedente, la responsabilidad solidaria del adquirente de la misma, y que ante el silencio del contrato, los terceros podrán dirigirse contra el que la adquiere, a causa de la unidad del bloque de la hacienda patrimonial.

Tal presunción debe considerarse *juris et de jure* frente a terceros, y con relación al cedente y para proteger a la buena fe, se explicará mediante las relaciones existentes entre ellos. Los acreedores, salvo el caso de novación, deben reservarse el derecho de dirigirse contra el cedente, si por primera vez se dirigieron inútilmente, contra el adquirente.

Respecto a los elementos de la hacienda en el aspecto jurídico, hay que distinguir los personales y reales, y en los primeros, las personas y su actividad, de los derechos personales (nombre comercial del titular), los cuales están tan íntimamente ligados a una persona, mientras ésta desarrolla cierta actividad, que si pueden seguirla después de su muerte y subsistir, a pesar del cambio de la condición específica de su titular, desaparecen en cuanto pierde la genérica; así el nombre comercial puede seguir al comerciante que cede su hacienda, pero que se reserva su derecho al nombre y podrá emplearlo en otra clase de comercio, pero se extingue si el titular pierde su calidad de comerciante.

Existen como elementos reales el local, las cosas (de toda especie jurídica) y los derechos impersonales, entre los que hay que destacar el derecho al local, por ser una de las notas connaturales de la hacienda la de estabilidad, centro de referencia comercial.

Finalmente, la unidad teleológica y especialmente la actividad de las personas (titular y auxiliares) sobre los elementos reales de la hacienda, producirán un verdadero organismo, que no es sólo un concepto ideal y abstracto, organización ideal, sino que, en realidad, es un verdadero organismo, organización material.

Dinámicamente considerada, la hacienda ofrece el problema del valor de su organización, que es la actividad misma de la hacienda comercial; es decir, el conjunto de factores que, relacionando el

activo con el pasivo, mediante múltiples relaciones, de hecho constituyen la vida misma del organismo de la hacienda, que, una vez creada, puede llegar a ser independiente de la persona de su creador, y en la que se encuentran como elementos connaturales la clientela y el crédito.

En resumen: una interesantísima aportación para el estudio del Derecho mercantil; un serio trabajo, admirablemente documentado, con valiosas y densas notas y con profusa bibliografía, que resuelve discutidísimos aspectos del tema estudiado, y un motivo más para que deploremos la prematura pérdida del profesor ayudante de la Universidad de Zaragoza.

SEBASTIÁN MORO LEDESMA,

Del Cuerpo de Letrados de Gracia y Justicia.