

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO
DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ESPECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

Año VI

Octubre de 1930

Núm. 70

El Registro mercantil en Derecho español

POR

D. Joaquín Garrigues Díaz-Cañabate

Catedrático de Derecho mercantil en la Universidad Central.

(*Conclusión.*) (1)

LA PUBLICIDAD MATERIAL DEL REGISTRO

3. *Aspecto positivo.*—El aspecto positivo de la publicidad aparece más claramente expresado en el artículo 26, cuando dice que los documentos inscritos producirán efecto legal en perjuicio de tercero desde la fecha de su inscripción, sin que puedan invalidarlos otros, anteriores o posteriores, no registrados. La calificación del registrador es la salvaguardia de que este perjuicio de tercero sólo se producirá en virtud de documentos jurídicamente eficaces.

La posición del tercero en el caso del apartado anterior (falta de inscripción), y en el caso presente (inscripción), puede resumirse diciendo que mientras en el primer caso *no necesita* invocar su ignorancia del hecho no inscrito, porque lo no inscrito no le perjudica, en el segundo caso *no puede* invocar su ignoran-

(1) Véase el número anterior.

cia, porque lo inscrito le perjudica, aunque de hecho lo ignore.

La formulación absoluta del artículo 26 no contiene la salvedad del artículo 15 del Código de comercio alemán: «En cuanto un hecho necesitado de inscripción haya sido efectivamente inscrito y publicado, puede hacerse valer frente a tercero, *a no ser que éste no lo conozca ni deba conocerlo.*» Esta salvedad no sólo hace que se desvanezcan los efectos positivos de la publicidad, sino que engendra, a favor de terceros, los efectos negativos, por cuanto que ese hecho, que no debe ser conocido del tercero, se considera como no inscrito, y, por consecuencia, ya no le puede ser opuesto.

En nuestro Derecho la ficción es completa. Lo inscrito en el Registro, que todo el mundo puede conocerlo, es, en efecto, de todo el mundo conocido. La ficción es, además, doblemente rigurosa, porque los efectos positivos se ligan al solo hecho de la inscripción, sin necesidad de una publicación efectiva en los periódicos oficiales. El único caso de inscripción y publicación en los periódicos es, dentro del Código de comercio, el contenido en el artículo 8.º: revocación de la autorización concedida por el marido a su mujer para comerciar. Esta revocación se consigna en escritura pública, de la que se toma razón en el Registro mercantil, *publicándose, además*, en el periódico oficial del pueblo o de la provincia y anunciándose a los corresponsales por medio de circulares.

El Proyecto de reforma del Código de comercio, comprendiendo lo injusto de la ficción, que considera enterado al público en general de todos los asientos del Registro mercantil, sin necesidad de su material publicación, se informa en el sistema de publicidad doble, que es también el alemán (artículo 56 del Libro I del Proyecto). Pero se olvida decir si los efectos de la publicación material del Registro se reconducen sólo al hecho de la inscripción y de la publicación en el Boletín del Registro, como se declara expresamente para el caso de la venta del establecimiento mercantil (38).

(38) Artículo 325 del libro II del Proyecto, párrafo último: «La compra-venta del establecimiento mercantil constará necesariamente por escrito, y para que surta efectos contra tercero, lo mismo que cualquiera otra transmisión de su propiedad, deberá ser inscrita en el Registro mercantil del domici-

¿Quid en el caso de que el tercero no haya podido materialmente conocer el Registro? Parece equitativo que los efectos de la publicidad positiva desaparezcan si el tercero demuestra que su ignorancia se debe a caso fortuito o de fuerza mayor. La cláusula general del artículo 1.105 del Código civil debe protegerle, evitando la originación de un perjuicio inicuo a quien se encontraba materialmente imposibilitado para acercarse al Registro.

Los artículos 24, 26 y 29 del Código de comercio hablan de perjuicio de tercero. ¿Quiere esto decir que la inscripción en el Registro mercantil implica siempre un perjuicio de tercero, o puede también esa inscripción beneficiarle en algún caso? Dicho de otro modo: Los efectos de la publicidad positiva, ¿se manifiestan necesariamente bajo la forma de un perjuicio de tercero?

Puede afirmarse que la inscripción perjudica siempre a tercero, y que aun en aquellos casos en los que parece que el tercero resulta favorecido al poder invocar la existencia de una inscripción en el Registro, se ve que en el fondo la inscripción no añade nada a la posición, ya favorable, del tercero. Al tercero sólo le favorece la falta de inscripción, o, en otros términos, no le perjudica el hecho no inscrito. Un ejemplo aclarará esta doctrina: Supongamos que el apoderado de un comerciante contrata con un tercero, después de haberle sido revocado el poder, obligándose a la prestación X. Llegado el momento de la ejecución del contrato, el tercero demanda a la sociedad para que cumpla esa prestación. Pueden ocurrir dos casos: 1.º La revocación del poder no se ha inscrito. En tal caso, el comerciante viene obligado a cumplir el contrato, porque el tercero se beneficia de la inscripción. Aun no habiendo realmente apoderado, porque el poder estaba revocado cuando el representante actuaba, el tercero puede afirmar, bajo la fe del Registro, que lo había. No es que le favorezca la anterior inscripción del poder. Es que no le perjudica la no inscripción de la renovación. 2.º La revocación se ha inscrito. En este segundo supuesto, el comerciante no está obligado a cumplir el contrato. La inscripción de la revocación perjudica al tercero,

llo del dueño y publicada en el *Boletín Oficial* de la provincia.» De aquí resulta que el órgano de la publicidad ya no es el *Boletín* del Registro, sino el *Boletín Oficial* de la provincia.

que contrató con el falso apoderado. En definitiva, vemos que el elemento que perjudica al tercero es únicamente el hecho de la inscripción de la revocación.

Si fuese el comerciante poderdante quien demandase al tercero que contrató con el apoderado después de haberse inscrito la revocación del poder, el tercero no vendrá obligado a cumplir el contrato, mas no porque le favorezca la inscripción de la revocación, sino porque, estando revocado el poder, en realidad no contrató con el comerciante y éste no tiene acción alguna contra él. Nótese que, si la revocación del poder no se hubiese inscrito, el efecto sería el mismo. Se ve, por tanto, claro que la inscripción no añade nada a la posición favorable del tercero, salvo la ayuda que pueda suministrarle, a los efectos de la prueba, la aportación de un certificado del Registro donde conste la inscripción de la revocación.

Lo propio ocurre con los pactos sociales no inscritos que el tercero puede invocar en su favor con arreglo al artículo 24 del Código de comercio. Esos pactos sociales favorables a tercero conservan, naturalmente, el propio carácter beneficioso si se inscriben después en el Registro. Pero la inscripción, por eso mismo, no aumenta en nada la situación anterior a la inscripción, que ya era favorable al tercero.

4. *Ámbito objetivo de la publicidad positiva.*—Hemos visto (I, 2, letra b) que en la práctica se inscriben en el Registro mercantil una porción de hechos y relaciones jurídicas no previstos en el Código de comercio ni en el Reglamento del Registro. Los comerciantes, sin tener una idea clara de los efectos del Registro, llevan a él todos los hechos relativos a su comercio, a los que quieren dar mayor fuerza probatoria o robustecerlos de alguna manera. Los registradores, en general, practican la inscripción que se solicita sin atenerse a los preceptos del Código ni del Reglamento. Pero el Tribunal Supremo ha salido al paso de esta corruptela, sentando la doctrina de que los efectos atribuidos por el artículo 26 a la inscripción en el Registro se refieren exclusivamente a aquellos documentos que, conforme a los artículos 21 y 22, son susceptibles de inscripción, y no a cualesquiera otros documentos, aunque de hecho resulten inscritos. Esta es la declaración contenida en la Sentencia de 18 de Febrero de 1899. Se tra-

taba de un juicio de tercería en el que prosperó la demanda, y se entabló recurso de casación contra la sentencia de la audiencia, alegándose la infracción del artículo 26 del Código de comercio con el fundamento de que, inscritos en el Registro mercantil ciertos documentos de préstamo, desde tal fecha debían producir efecto legal en perjuicio del demandante, sin que pudieran ser invalidados por la escritura no inscrita acompañada a la tercería, gozando, por tanto, del privilegio que le da la inscripción con respecto a los bienes dados en garantía. Afirma el Tribunal Supremo, al declarar no haber lugar al recurso, que no puede interpretarse el artículo 26 del Código de comercio aisladamente, sino como parte integrante que es del Título II de dicho Cuerpo legal, donde por regularse el Registro mercantil están contenidos los preceptos que le sirven de complemento y determinan su alcance. Y que la circunstancia de haberse registrado el crédito del recurrente y no el del tercerista carece de todo efecto para dar preferencia al primero sobre el segundo, porque los contratos de préstamo otorgados por los comerciantes en favor de personas determinadas no están comprendidos entre los actos que han de inscribirse en el Registro.

Refiriéndose también a un contrato de préstamo, y sin hacer la declaración general que contiene la sentencia recién citada, el Tribunal Supremo había declarado ya en su sentencia de 15 de Octubre de 1897, dictada también en un pleito de tercería, que la inscripción de la escritura de préstamo en el Registro mercantil en nada modifica los términos del problema jurídico, ya porque este documento no es de los llamados a ser registrados, según el Código de comercio, ya porque la obligación en dicha escritura consignada no varía de naturaleza por la inscripción. Por su parte, la sentencia de 30 de Octubre de 1909 afirma que la inscripción de un crédito en el Registro mercantil no modifica su naturaleza ni mejora su condición para obtener preferencia sobre otro.

La tesis del Tribunal Supremo es bien clara: Los interesados pueden llevar al Registro todos los hechos que tengan por conveniente, pero los enérgicos efectos de la publicidad positiva (perjuicio de tercero desde la fecha de la inscripción) no van unidos más que a la inscripción de los hechos previstos en los artículos 21 y 22 del Código de comercio.

5. *El concepto de tercero.*—Al tratar de los efectos de la publicidad negativa del Registro se ha rozado la cuestión referente al concepto de tercero. El Código de comercio habla de tercero o de tercera persona (artículos 24, 26 y 29), pero no dice qué debe entenderse por tercero a los efectos del Registro mercantil.

La definición de tercero contenida en el artículo 27 de la ley Hipotecaria (39) no puede servirnos, precisamente porque su referencia al acto o contrato inscrito es inadecuada a la materia del Registro mercantil. A falta de un concepto legal, nuestra jurisprudencia, con motivo de la aplicación de los artículos 24 y 29 del Código de comercio, en sucesivos tanteos, ha ido delimitando la figura de tercero, mas sin llegar a un concepto unitario. No se ha servido como criterio diferenciador del dato de la intervención o no en el acto inscrito, ni tampoco de la circunstancia de que el supuesto tercero ignore o no el hecho inscrito. Este último criterio de la ignorancia del hecho inscrito es decisivo en la legislación alemana, ya que sólo puede ampararse en la publicidad negativa del Registro quien efectivamente ignore la existencia del hecho no inscrito (tercero de buena fe). De los artículos 24 y 29, puede deducirse que, en el concepto legal, es tercero tanto el que ignora como el que conoce el hecho no inscrito, ya que aun conociéndolo puede rechazar lo que le sea perjudicial y aceptar lo que le sea favorable, según hemos visto más arriba (II, 2). La sentencia de 20 de Noviembre de 1896 aclara perfectamente la posición de este tercero conocedor del hecho no inscrito. Se trataba del endosatario de un pagaré suscrito por un socio de sociedad no inscrita y no autorizado para llevar la firma social, que, como titular del pagaré, demanda con carácter solidario a los demás socios el cumplimiento del contrato. Al proceder así el demandante se ampara en la existencia del contrato social y la cualidad de socio del suscriptor del pagaré, como datos que le son favorables, y rechaza, en cambio, como perjudicial la cláusula social que reserva exclusivamente a otro socio el uso de la firma de la sociedad. El Tribunal Supremo, en la sentencia citada, sanciona esta tesis del demandante, como ajustada al artículo 24 del Código de comercio,

(39) Para los efectos de esta ley, se considera como tercero a aquel que no haya intervenido en el acto o contrato inscrito.

«puesto que lo favorable en este caso para el actual tercero respecto de la constitución social es la demostración de la existencia de la sociedad y de la cualidad de gestor del demandado, y lo adverso, el pacto expreso de que M. exclusivamente debería llevar la firma de la razón social».

Otras veces el Tribunal Supremo se ha fijado en el dato de que el pretendido tercero ha contratado con Sociedad no inscrita, para negarle por este hecho el concepto de tercero. En este sentido, queda citada más arriba la sentencia de 3 de Enero de 1906, a cuyo tenor no es tercero ni puede, por tanto, invocar a su favor el artículo 24 del Código de comercio aquel que contrata indirectamente con Sociedad aun cuando no esté registrada.

Con motivo de la aplicación del artículo 29 del Código de comercio, la sentencia de 18 de Diciembre de 1901 ha establecido la doctrina de que el tercero a que se refiere el artículo 29 no es cualquier persona que no haya intervenido en el contrato celebrado por un mandatario cuyo poder no se haya registrado, sino el que contrata con éste en relación con el mismo y con su mandante, cual lo patentiza la última parte de dicho artículo. Se trataba en aquel caso resuelto por el Tribunal Supremo de una tercería de dominio a la que se opuso el ejecutante alegando que la supuesta transmisión de dominio realizada a favor del tercerista no podía perjudicarle a él, porque se trataba de una cesión de bienes hecha por un apoderado cuyo poder no estaba inscrito en el Registro mercantil. El Tribunal Supremo negó al demandado el concepto de tercero a los efectos del Registro mercantil, exigiendo para ser incluido en ese concepto la circunstancia de haber contratado con el apoderado cuyo poder no fué inscrito en el Registro.

Vemos así que nuestro Tribunal Supremo se abstiene de formular un concepto general de tercero en relación con el principio general de publicidad material, contenido en el artículo 26 del Código de comercio. Se limita a decir quién es tercero cuando se trata de la aplicación concreta de ese principio general de publicidad en los casos de los artículos 24 y 29 del Código de comercio. El supuesto de este último precepto (poderes no registrados) confirma la inadaptación del concepto de tercero hipotecario a la materia del Registro mercantil.

IV

SIGNIFICACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN RESPECTO DEL HECHO INSCRITO.
EL PROBLEMA DE LA «FIDES PUBLICA».

1. *Los efectos de la inscripción en cuanto al hecho en sí mismo.*—Dentro del tema general de la significación jurídica de la inscripción, parece que es posible distinguir dos clases de problemas: el que se refiere y afecta a la publicidad material del Registro y el relativo al valor de la inscripción respecto del hecho inscrito en sí mismo. La publicidad material supone la existencia jurídica de un hecho y regula las consecuencias frente a tercero de la inscripción o de la falta de inscripción de ese hecho. Pero puede preguntarse también cuáles son los efectos de la inscripción respecto del hecho mismo inscrito. En el primer caso se trata de la oponibilidad o falta de oponibilidad de un hecho frente a tercero, según que esté o no inscrito en el Registro. En el segundo, de la valoración jurídica de un hecho según que esté o no inscrito. En el primer caso, los efectos de la inscripción se miden frente a tercero; en el segundo, frente al hecho mismo. En tal sentido puede hablarse (con la debida reserva, porque el Registro mercantil es fundamentalmente una institución de publicidad orientada hacia los terceros) de efectos externos y efectos internos de la inscripción. La cuestión de si cierto hecho perteneciente al comercio ha de estar inscrito en el Registro mercantil para tener existencia legal, es, ciertamente, independiente de la cuestión relativa a que el tercero sea perjudicado por ese hecho en cuanto esté inscrito. Claro está que mientras ese hecho no se inscriba no podrá perjudicarlo, mas esto no por consecuencia de la publicidad material negativa (efectos externos), sino porque ese hecho, jurídicamente, no existe ni frente a tercero ni frente a nadie (efectos internos).

Hemos tratado de la publicidad material del Registro (apartado III). Corresponde hablar ahora de los efectos de la inscripción respecto del hecho inscrito. Mas, por un fenómeno curioso, esta consideración del lado interno de los efectos de la inscripción desemboca otra vez en el lado externo en cuanto lleva a plantear

el problema de si el tercero puede o no invocar la veracidad de un hecho inscrito sólo por la circunstancia de estar inscrito (FE PÚBLICA del Registro).

En este punto se advierte cómo en el juego de esos dos principios de la seguridad del derecho y de la seguridad del tráfico (40), que integran el sistema de los organismos de publicidad, se sobrepone la exigencia de la seguridad del tráfico a la exigencia de la seguridad del derecho. En efecto, cuando la inscripción en el Registro evita que se ponga en duda la existencia de un acto o de un derecho, o refuerza su veracidad, el Registro protege por este modo la seguridad de los derechos en favor de los interesados mismos, participantes en el acto en cuestión. Pero cuando la inscripción no se limita a conceder estos efectos puramente robustecedores de la posición del interesado, sino que cambiando el ángulo de la protección, concede al tercero la facultad de reputar el hecho inscrito como verdadero, aun cuando no se corresponda con la realidad, entonces el Registro alcanza su más alta expresión como organismo de publicidad protector del tráfico, sacrificando la seguridad de los interesados en beneficio de la seguridad del comercio de buena fe. Sólo en este caso se dice que las inscripciones en el Registro gozan de fe pública.

2. *Clases de inscripciones desde este punto de vista.*—Al apreciar la significación de la inscripción respecto de la existencia o eficacia del hecho inscribible se puede establecer una gradación descendente, proporcionada a la intensidad de esa significación.

a) A veces sin inscripción no nacen ciertas relaciones jurídicas, o, mejor dicho, la inscripción se manifiesta como supuesto legal (*conditio sine qua non*) para los efectos jurídicos pretendidos (41). Este es el caso de las inscripciones llamadas *constitutivas*. Dentro de ellas caben tres posibilidades: Primera. Los efectos jurídicos no se producen en absoluto sin inscripción. Tal ocurre en Derecho alemán con las sociedades anónimas y comanditarias por acciones y las de responsabilidad limitada, las cuales no llegan a

(40) Véase, sobre este punto, los amplios desenvolvimientos contenidos en el trabajo de Ehrenberg, publicado en el tomo 47 de los *Anales*, de Ihering, página 274 y siguientes.

(41) V. Ehrenberg: *Handbuch des ges. Handelsrechts*, Leipzig, 1913, tomo primero, pág. 614 y siguientes.

tener existencia sin la inscripción en el Registro mercantil. En nuestro Derecho no se conocen esta clase de inscripciones. La inscripción de las Sociedades, que según las palabras de la Exposición de motivos parece tener tan decisivo carácter, tiene efectos constitutivos solamente en el aspecto externo, y entra, por tanto, en el supuesto tercero. (V. más abajo.) Segunda. Los efectos jurídicos pueden producirse sin inscripción, pero la falta de inscripción produce la imposibilidad de causar otras inscripciones. En este caso se encuentra la inscripción de la cualidad de comerciante. Se es comerciante, conforme al artículo 1.º, sin necesidad de inscripción, pero la inscripción del comerciante es condición *sine qua non* para pedir la inscripción de cualquier documento o para aprovecharse de los efectos legales del Registro (artículo 18 del Código de comercio). Tercera. Los efectos jurídicos se producen en lo interno, pero no en lo externo sin inscripción. Este es, según hemos dicho, el caso de las sociedades en Derecho español, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 24, 25, 116, 118 y 119 del Código de comercio. Sin inscripción, la Sociedad existe entre las partes contratantes, pero la creación de personalidad jurídica en las relaciones con tercero sólo se consigue mediante la inscripción en el Registro mercantil.

b) Otras veces se dice que la inscripción tiene efectos *sanatorios*. Esto significa que el hecho inscrito, aun cuando le falte un presupuesto legal para la inscripción, es considerado como si este presupuesto legal concurriese efectivamente (42). El ejemplo típico de esta clase de inscripciones lo ofrece el artículo 5.º del Código de comercio alemán. Según este precepto, la inscripción de una firma en el Registro mercantil impide sostener frente a la persona que invoca la inscripción que la industria explotada bajo aquella firma no constituye una industria mercantil o que constituye una industria mercantil de las llamadas menores. La inscripción purifica o sana el defecto de que la industria explotada bajo esa firma no es una industria mercantil o no es una industria mercantil plena. No hay que confundir los efectos sanatorios del Registro con los efectos constitutivos, porque mientras la inscripción constitutiva es una inscripción querida por la Ley, y, por

(42) V. Ehrenberg, ob. cit., pág. 617.

tanto, normal, la inscripción sanatoria no es una inscripción deseada por la Ley; es, por así decirlo, patológica, porque le falta un presupuesto legal (43). La misma inscripción de una firma puede en un caso operar constitutivamente, en otro caso con efectos sanatorios y en un tercer caso, ni sanatoria ni constitutivamente. Así, un industrial cuya empresa no está incluida en el artículo 1.º, párrafo segundo del Código de comercio alemán (que menciona las industrias mercantiles fundamentales), no se convierte sin inscripción en comerciante, aunque explote un negocio comercial (artículo 2.º del Código de comercio alemán), teniendo, por tanto, la inscripción carácter constitutivo; y si su empresa no exige en absoluto la forma de la explotación mercantil (44), entonces la inscripción actúa de un modo sanatorio (artículo 5.º). Por el contrario, un industrial cuya empresa está incluida en el artículo 1.º se hace comerciante sin inscripción y comerciante pleno: la inscripción de la firma, por tanto, no tiene para él fuerza ni constitutiva ni sanatoria. Pero si la empresa consiste en un oficio manual o en una pequeña industria, la inscripción no tendrá para él ciertamente fuerza constitutiva en el sentido del artículo 2.º, porque sería comerciante aun sin ella, mas sí tendrá fuerza purificadora o sanatoria, porque la inscripción le concede la cualidad de comerciante pleno, a pesar del defecto de un presupuesto legal (artículo 5.º).

(43) V. Ehrenberg., ob. cit., pág. 619.

(44) Este es el supuesto del artículo 2.º del Código de comercio alemán, que dice así: «Una empresa industrial que por su género y ámbito exige una explotación organizada de manera mercantil se considera como industria mercantil en el sentido de este Código, aun cuando no concurren los supuestos del artículo 1.º, apartado 2.º, siempre que la firma del empresario haya sido inscrita en el Registro mercantil.» Conviene aclarar en este punto que, con arreglo al Derecho alemán, los comerciantes se dividen en tres clases: comerciante a virtud de la explotación de una industria (comerciante necesario, *Musskaufmann*), que es aquel que explota una industria mercantil de las enumeradas en el artículo 1.º; comerciante a virtud de la inscripción (*Sollkaufmann*), que es aquel que sin explotar ninguna industria del artículo 1.º, ejerce una industria que exige una explotación organizada de manera mercantil, siempre que su firma se inscriba en el Registro; y, finalmente, el comerciante potestativo (*Kannkaufleute*), que es explotador de empresas accesorias de la agricultura, siempre que concurren determinados requisitos legales (artículo 3.º del Código de comercio).

Ni en el Código de comercio, ni en nuestro Reglamento del Registro mercantil encontramos recogida esta figura de inscripción.

c) En todos los demás casos no comprendidos en ninguno de los dos supuestos anteriores puede decirse que la inscripción tiene solamente efectos *documentantes*, o simplemente *declaratorios*. A esta clase de inscripción pertenecen la inmensa mayoría de las inscripciones en nuestro Registro mercantil. Ahora bien; ¿en qué consisten los efectos jurídicos de una inscripción que no tiene fuerza constitutiva ni purificadora? ¿Cuál es el valor jurídico positivo de la inscripción puramente declaratoria respecto del hecho inscrito?

3. *Presunción derivada de la inscripción.*—Por todos los autores alemanes se reconoce que de la inscripción emana una presunción, pero se discute muchísimo sobre si esta presunción se refiere a la veracidad del hecho inscrito o sólo a la legalidad de la inscripción.

La mayoría de los autores estima que la calificación del registrador engendra sólo una presunción de legalidad en favor de la inscripción (Düringer-Hachenburg, Lehmann, Meyer, etc.). Bien se advierte que esta cuestión depende de la extensión que se señale al deber de calificación del registrador. Si el registrador se limita a calificar la declaración que presentan y no el hecho a que se refiere esta declaración, ciertamente que la presunción emanada de la inscripción alcanzará solamente a la legalidad de la inscripción misma y no a la veracidad del hecho inscrito. Es decir, en todo acuerdo de inscripción el registrador exteriorizará su convicción positiva de que concurren todos los supuestos formales y materiales de la inscripción y su convicción negativa de que no ha encontrado ningún motivo para dudar de los restantes supuestos materiales (por ejemplo, capacidad del solicitante). En este caso se limita el registrador a definir si la solicitud cumple las exigencias legales y si los hechos que se pretenden inscribir son susceptibles de inscripción. No necesita examinar la realidad material del hecho que se inscribe (principio de legalidad) (45).

Otros autores estiman, en cambio, que esta limitación de la

(45) V. Wieland, ob. cit., pág. 227.

calificación del registrador y, consiguientemente, de la presunción que de la inscripción derive, no se corresponde con la significación y finalidad del Registro mercantil. Staub defendió primeramente la tesis de que el registrador, cuando tiene conocimiento de la inexactitud de los hechos contenidos en la solicitud, está facultado y obligado para denegar la inscripción (46), porque sería contradictorio a la esencia de una documentación oficial el cubrir a sabiendas con su autoridad un hecho falso. Más tarde, la jurisprudencia alemana ha dado un paso más en este sentido, admitiendo que la inscripción engendra la presunción de que su contenido es de hecho veraz, o sea que el Registro se corresponde con la realidad.

De esta conclusión se muestra, sin embargo, alejada la mayor parte de los autores. Ehrenberg, cuya autoridad en esta materia es primordial, reconoce que la experiencia muestra que en la infinita mayoría de los casos se causan inscripciones exactas y legales. Por eso llega a admitir que la inscripción engendra una «apariencia jurídica», pero sólo con efectos más débiles engendra una presunción de existencia, o de inexistencia en la cancelación, de la relación jurídica declarada; y en tanto que no se afirme lo contrario—y quien lo afirme debe también probarlo—, o en tanto que el registrador no haya adquirido la certeza de lo contrario, esta apariencia jurídica debe ser considerada como verdadera (47). Ciertamente, esta presunción es una presunción de hecho, no una presunción legal. Quiere esto decir que no altera la carga normal de la prueba, sino que se limita a favorecerla mediante la aportación de un certificado del Registro, y corresponderá a la parte contraria el afirmar y demostrar en caso necesario que la inscripción es ilegal.

La doctrina española no se ha enfrentado todavía con este problema de la naturaleza de la presunción derivada de las inscripciones simplemente declarativas. En su planteamiento no habrá que olvidar que como normalmente la inscripción se produce en nuestro Registro mediante la presentación de copia notarial (artículo 23 del Código de comercio y 99 del Reglamento), el documento pre-

(46) V. Staub, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*. Berlín y Leipzig, 1926, tomo primero, pág. 94.

(47) V. Ehrenberg, ob. cit., pág. 622.

sentado goza de la fuerza probatoria que le concede el artículo 1.218 del Código civil (hace prueba del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste), y claro es que estos efectos no pueden en ningún caso ser disminuídos por el hecho de la inscripción en el Registro mercantil. Por este motivo, las inscripciones en nuestro Registro mercantil gozan en estos casos de una verdadera presunción legal de veracidad del hecho inscrito cuando ese hecho ha sido autenticado anteriormente por un notario o empleado público competente con las solemnidades requeridas por la Ley. En los demás casos, las inscripciones no engendrarán más que una presunción de legalidad de la inscripción misma y una apariencia jurídica de veracidad de su contenido, que puede, naturalmente, ser destruída mediante la prueba contraria.

4. *Falla de «fides publica»*.—Estas conclusiones dejan por anticipado resuelto el problema de la *fides publica*. Si la inscripción no llega a crear más que una débil apariencia de veracidad del hecho inscrito, bien se comprende que ningún tercero podrá afirmar que el hecho inscrito es exacto sólo por la circunstancia de estar inscrito. En todas las legislaciones falta el reconocimiento de que las inscripciones en el Registro mercantil gozan de fe pública. Sin embargo, entre los comerciantes está extendida la opinión contraria, y de ahí ese deseo de inscribir hechos, a veces extravagantes, con la ilusión de robustecerlos o de hacerlos inatacables. En el aspecto negativo de la publicidad, ciertamente el Registro mercantil goza de fe pública, puesto que nadie necesita conocer un hecho inscribible mientras no haya sido efectivamente inscrito. Pero en el aspecto positivo, esta opinión vulgar es totalmente equivocada, ya que ningún tercero de buena fe está obligado a considerar como exacto un hecho inexacto por la sola circunstancia de estar inscrito en el Registro mercantil (48).

Desde un punto de vista equitativo, esta ausencia de *fides publica* en el Registro mercantil es, sin duda, censurable, porque si la calificación del registrador sirve de garantía para que no se produzcan injustamente los efectos positivos de la publicidad del Registro, favorables a los interesados y perjudiciales para tercero, lógicamente la calificación debía servir también de fundamento

(48) V. Ehrenberg, ob. cit., pág. 644.

para conceder fe pública a las inscripciones, en el sentido de que todo tercero pudiera apoyarse en el Registro para considerar como verdadero el hecho inscrito. Y esto con mayor motivo si la calificación, como quiere Staub, debe extenderse al examen de la exactitud del hecho cuya inscripción se solicita.

Implica ciertamente una contradicción—que el vulgo no puede llegar a comprender—en el sistema legal del Registro mercantil este hecho de que se puedan oponer a los terceros las modificaciones jurídicas en cuanto se inscriben, pero no pueda el tercero confiarse en la veracidad de los hechos inscritos. El siguiente ejemplo, tomado de J. von Gierke (49), explica las consecuencias de la falta de *fides publica*. Una persona llamada F., mediante un poder falso se inscribe como factor del comerciante C.; F. toma un préstamo de P. en nombre de C.; P. concede el préstamo confiando en el Registro por creer que F. es efectivamente factor de C. Llegado el vencimiento del préstamo, P. reclama el capital de C. La falta de fe pública en la inscripción permite a C., en este caso, excusarse de responsabilidad, alegando con éxito que él no otorgó poder alguno a F., y que el Registro es inexacto.

Tiene, pues, razón Ehrenberg cuando afirma que el Registro mercantil está hecho para proteger al comerciante en primer término. Si estuviese establecido para servir en primera línea al interés del público, todo tercero de buena fe podría invocar también desde el punto de vista positivo los hechos inscritos, y de la misma manera que él no puede alegar ignorancia del hecho inscrito, tampoco podría el adversario invocar la inexactitud de la inscripción.

Pero en Alemania, gracias a la evolución del Derecho consuetudinario, el tráfico de buena fe no queda por completo desamparado (50). Le protegen dos normas jurídicas formadas consuetudinariamente: a) Según la primera, quien en forma mercantil emite una declaración destinada a la publicidad, y, especialmente, quien inscribe en el Registro mercantil una relación de responsabilidad o cualquier otro hecho, debe atenerse al contenido de lo declarado, y frente a tercero de buena fe queda ligado a esa declaración aun-

(49) J. von Gierke, ob. cit., pág. 49.

(50) *Handelsrecht und Schiffahrtsrecht*. Berlín-Leipzig, 1926, pág. 49.

que sea inexacta. Se parte de la idea de que la persona que hace una declaración de voluntad destinada a la generalidad del público debe soportar las consecuencias de sus propios errores e inexactitudes, en vez de descargarlos sobre tercero, el cual se atiene a la resultancia externa de la declaración, documentada oficialmente en un Registro público como es el mercantil. En Alemania, el punto de partida se ofrece en materia de sociedades al establecer la jurisprudencia que quien inscribe una sociedad colectiva o comanditaria en el Registro mercantil no puede invocar frente a los acreedores de la sociedad que el contrato de Sociedad es nulo o impugnabile por causa de error. Después, la nueva jurisprudencia ha generalizado este principio a todos los demás hechos necesitados de inscripción (51). Ejemplo (52): El comerciante C. otorga un poder general a José López, pero por un descuido inscribe en el Registro que ha otorgado poder a Jorge López. Este último, que está empleado como dependiente en el establecimiento de C., se aprovecha del error, del que casualmente se entera, y recibe un préstamo de X. en nombre de C. En tal caso, C. responde a X. por el importe de este préstamo, a no ser que demuestre que X. sabía que Jorge López no ostentaba poder alguno.

b) El segundo principio jurídico afirma que quien de modo culposo omite la cancelación de una inscripción inexacta responde frente a tercero de buena fe a tenor de la inscripción inexacta (53). Refiriéndonos al ejemplo citado más arriba en la letra a), tendremos, aplicando este segundo principio, que el comerciante C. resultaría perjudicado por la inscripción si adopta una actitud pasiva ante la inscripción de un poder que él no ha concedido.

En España, al silencio de la doctrina sobre este problema se corresponde la falta de declaraciones jurisprudenciales. Quizá pudieran señalarse las sentencias ya citadas, de 15 de Octubre de 1897 y 30 de Octubre de 1909, las cuales afirman la tesis de que la inscripción en el Registro no modifica en nada la naturaleza de la obligación o del crédito inscrito.

Pero en nuestro Código de comercio hay un precepto, el ar-

(51) Wieland, ob. cit., pág. 236.

(52) Tomado de J. v. Gierke, ob. cit., pág. 56.

(53) J. v. Gierke, ob. cit., pág. 50.

título 126, que pudiera cobijarse en el principio general de la fe pública. Según el párrafo quinto de este artículo, los que no perteneciendo a la Compañía incluyan su nombre en la razón social, quedarán sujetos a responsabilidad solidaria, sin perjuicio de la penal si a ella hubiere lugar. Significa esto que nuestro legislador, tomando en consideración el interés de tercero de buena fe, sobrepone la apariencia a la realidad jurídica, considerando como socio al que permite que se incluya su nombre en la razón social de una Sociedad colectiva. Ciertamente que puede enfocarse esta disposición de nuestro Código desde el punto de vista penal, considerándola como una sanción del dolo o de la culpa de ese falso socio, pero quizá sea más acertado contemplarlo como un ejemplo genuino en la legislación española de la fe pública del Registro mercantil, ya que siendo requisito esencial la inscripción de la escritura social en el Registro, la razón social se reviste de todos los efectos de la publicidad material del Registro.

V.

LA REFORMA DEL DERECHO VIGENTE.

1. *El Registro mercantil en el proyecto de reforma del Código de comercio.*—La Exposición de motivos de este Proyecto de reforma anuncia «grandes novedades en el Registro mercantil». Estas palabras hacían esperar que los reformadores del Código iban a poner mano en el Reglamento vigente, para acomodarlo a la naturaleza del Registro mercantil, o quizá para derogarlo. Pero la materia del Reglamento se ha dejado intacta, limitándose la reforma a tomar de él los preceptos de carácter sustantivo para llevarlos al cuerpo del Código de comercio. De este modo se consagran nuevamente los desaciertos de nuestro Reglamento, y, por si fuera poco, se reincide en el mismo error fundamental cuando el Proyecto de reforma copia, en su artículo 51, el párrafo segundo de la definición de tercero contenida en el artículo 27 de la ley Hipotecaria. Por su parte, el artículo 48, copiando el 24 de la ley Hipotecaria, dispone que no se podrá ejercitar acción alguna contra el contenido del *derecho inscrito* sin que a la vez se entable el procedi-

miento adecuado para obtener su nulidad. Sirva de crítica a este precepto cuanto hemos dicho en el presente trabajo respecto del objeto de la inscripción en el Registro mercantil y de la inadaptación de los preceptos hipotecarios, dictados para la inscripción de derechos reales.

Las novedades que anuncia la exposición de motivos del proyecto de reforma en materia del Registro mercantil, son las siguientes:

a) La inscripción se hace obligatoria (artículo 33) tanto para los comerciantes individuales como para los colectivos, exceptuándose sólo los buhoneros o comerciantes ambulantes sin establecimiento fijo. El plazo para la inscripción es el de treinta días, incurriendo en multa el que omite el incumplimiento de esta obligación (artículo 37).

b) El ejercicio de los derechos y acciones, petición a las autoridades y contratación por medio de fedatario público se condicionan a la previa inscripción en el Registro mercantil, concediendo así a ésta carácter constitutivo relativo (artículo 36).

c) Se aumenta la lista de actos inscribibles elevando a 17 los 12 números del artículo 21 del Código de comercio (artículo 40 del Proyecto); y se separan los actos inscribibles relativos a los comerciantes individuales de los relativos a las sociedades, ahora confundidos en el artículo 21 del Código de comercio.

d) Se inscribe el facsímil de la razón social y la firma autógrafa del comerciante individual y de los apoderados sociales (artículo 45, número 1.º).

e) Se establece una presunción de exactitud de los asientos del Registro (artículo 48). Esto significa la consagración legislativa de la opinión dominante en la doctrina extranjera respecto de la presunción derivada de las inscripciones en el Registro mercantil, pero no se llega a dotar a éstas de fe pública, puesto que la presunción establecida, al seguir la norma general del artículo 1.251 del Código civil, admite prueba en contrario.

f) Se crea un órgano oficial del Registro mercantil, que realiza la publicidad efectiva de los asientos del Registro (artículo 56), pero sin puntualizar—como antes se ha dicho—si los efectos de la publicidad material se reducen al solo hecho de la inscripción ó al de la publicación del asiento en el Boletín del Registro.

2. *Bases para la reorganización del Registro.*—Parece innecesario decir al final de este trabajo que la reforma del Registro mercantil español, según nuestro punto de vista, debe orientarse en el sentido que se deduce de la crítica hecha al ordenamiento vigente. El Proyecto de reforma contiene aciertos que deben conservarse en el ordenamiento futuro, pero junto a ellos incide en errores fundamentales, derivados todos ellos de esa inexplicable atracción que ejerce sobre nuestros legisladores el Registro inmobiliario cuando se trata de organizar otros Registros en esfera extraña a la propiedad y derechos reales. El Proyecto de reforma debe apartar la vista del Reglamento vigente y de la ley Hipotecaria para inspirarse en los sistemas del Registro mercantil vigentes en el extranjero más acreditados, como son el alemán y el suizo. En ellos se inspiran principalmente las bases que, como resumen del presente trabajo, y sin la pretensión de ofrecer un sistema completo, se enuncian a continuación:

A) Completa separación entre el Registro mercantil y el Registro de buques, reservando para éste los preceptos del ordenamiento hipotecario que sean aplicables.

B) Supresión de toda reminiscencia de carácter hipotecario, tanto en el fondo como en la técnica. Supresión, por consecuencia, de todo lo referente al libro de presentación de documentos, anotaciones preventivas, notas marginales, conceptos de faltas subsanables e insubsanables, etc.

C) Reorganización del Registro mercantil con conceptos propios, adecuados a la índole de esta institución. Puede distinguirse entre:

a) Preceptos que se refieren al organismo del Registro y a su funcionamiento. En este punto deben señalarse los siguientes extremos importantes:

1.º Libros del Registro mercantil distintos de los que preceptúa el Reglamento vigente inspirándose en el Registro de la propiedad. El modelo alemán o el suizo responden completamente a las exigencias del Registro mercantil.

El Registro alemán se divide en dos secciones. En la primera se inscriben las firmas de los comerciantes individuales, las sociedades colectivas y las sociedades en comandita. En la segunda se inscriben las sociedades anónimas, las sociedades en comandita por

acciones, las sociedades de responsabilidad limitada, las personas jurídicas mencionadas en los artículos 33 y 36 del Código de comercio alemán y las sociedades mutuas de seguros. Una hoja de inscripción, correspondiente a la primera de las secciones indicadas, contiene las menciones siguientes: En el casillero horizontal hay ocho divisiones. La primera contiene el número de la inscripción; la segunda, la firma, el lugar del establecimiento o el domicilio de la sociedad; la tercera, la designación del comerciante individual (nombre civil) o de los socios personalmente responsables; la cuarta, los apoderamientos generales; la quinta, las relaciones jurídicas de los comerciantes individuales; la sexta, las relaciones jurídicas de las sociedades que se inscriben en esta sección; la séptima, el número del negocio, día de la inscripción y la firma, y la octava, las observaciones.

Una hoja de inscripción, correspondiente a la segunda de las secciones, contiene, en el casillero horizontal, diez divisiones. En la primera, el número de la inscripción; en la segunda, el domicilio; la tercera, el objeto de la empresa; la cuarta, el fondo capital; la quinta, el Consejo de administración, los socios personalmente responsables, los gestores y los liquidadores; en la sexta, los apoderamientos generales; en la séptima, el contrato de sociedad o los estatutos y la autorización para la representación; en la octava, la disolución, concurso, continuación, nulidad y la cancelación de la firma; en la novena, el número del negocio, el día de la inscripción y la firma, y en la décima, las observaciones (54).

En Suiza, la organización del Registro se regula por el «Reglamento del Registro y la hoja oficial del comercio» de 6 de Mayo de 1890. Según el artículo 12, el Registro de comercio está dividido en tres partes: el Registro principal, el Registro especial y el Registro de poderes no comerciales. El primero de ellos, que es el que a nosotros nos interesa, contiene las inscripciones que se refieren a las razones de comercio individuales, la constitución de apoderamientos generales de casas de comercio, las sociedades colectivas, las sociedades en comandita, las sociedades anónimas, las sociedades en comandita por acciones, las sociedades cooperativas, las aso-

(54) V. R. M. Samter, *Das Handelsregister und seine Rechtsverhältnisse*, Berlín, Julius Springer, 1913, págs. 6, 7, 8 y 9.

ciaciones y, eventualmente, al régimen matrimonial. El Registro principal se divide en dos libros: el diario y el libro analítico. Este último dotado de un repertorio alfabético de las razones comerciales inscritas y de todas las personas incluidas en el libro analítico, con las indicaciones del nombre familiar y de pila, del lugar de origen y del domicilio, así como de la razón comercial de la casa a la cual esa persona pertenece y de la cualidad con que está inscrita (artículo 16). Las inscripciones en el libro diario se hacen siguiendo el orden cronológico (artículo 17). El libro analítico se lleva en forma de cuadro (como en el Registro alemán). Cada razón comercial recibe un folio, al cual el Registrador lleva todas las inscripciones referentes a esta razón de comercio, siguiendo las indicaciones del libro diario. Cuando las inscripciones del libro analítico han de ser tachadas por consecuencia de modificación o de cancelación, se emplea a este efecto tinta roja. Cuando una razón de comercio deja de existir, la inscripción se tacha diagonalmente y se cierra de una manera visible por medio de un trazo horizontal. Además, aparte del número de orden y de la fecha de la inscripción en el libro diario, el registrador menciona sucintamente el motivo de la tachadura (renuncia, disolución, ausencia, quiebra, etc.) e indica, en su caso, a qué establecimiento pasó el activo y el pasivo. En caso de tachadura después del fin de la liquidación, es suficiente con indicar: «Extinguida» (artículo 20).

La inscripción de las sucursales está sometida a las mismas prescripciones que la inscripción del establecimiento principal. Sin embargo, las sucursales no pueden ser inscritas en el Registro de comercio hasta que el establecimiento principal haya sido inscrito, circunstancia que el solicitante debe probar aportando un extracto del Registro del lugar en que se encuentra el establecimiento principal (artículo 22). Las sucursales deben ser inscritas de oficio en el Registro del lugar en que se encuentra el establecimiento principal (artículo 23).

2.º Funcionarios especialmente competentes en materia mercantil. Los registradores de la Propiedad, actualmente encargados del Registro mercantil en España, no reúnen todas las condiciones deseables a este efecto y tienen, además, el inconveniente de estar especialmente preparados en materia hipotecaria.

3.º Publicidad efectiva de las inscripciones causadas en el Re-

gistro, mediante la publicación oficial de los asientos en un periódico, tal como previene el artículo 862 del Código de las Obligaciones suizo, el artículo 10 del Código de comercio alemán y el artículo 56 del Proyecto de reforma español.

b) Preceptos que se refieren al contenido del Registro y a los efectos de la inscripción. Conviene señalar :

1.º La inscripción debe declararse obligatoria para los comerciantes individuales y sociales, otorgando al Registro fuerza constitutiva del estado del comerciante. En este punto hay que reconocer la dificultad que implica el sistema español, derivada de la circunstancia de que en el Derecho español no hay una lista de actos cuyo ejercicio profesional atribuya la cualidad de comerciante. La dificultad puede resolverse o bien encomendando a la calificación del registrador el decidir si una persona es o no comerciante de hecho, es decir, si las operaciones que realiza pertenecen a la clase de las mercantiles, o bien siguiendo el sistema suizo, que consiste en enumerar las empresas cuya explotación obliga, a tenor del artículo 865 del Código de las Obligaciones, a la inscripción en el Registro de comercio (55).

2.º Debe concederse mayor importancia a la inscripción de las firmas mercantiles, haciendo del nombre comercial el centro del Registro mercantil. A este efecto, conviene conservar a la disposición del Proyecto de reforma español, que manda consignar en el Registro el facsímil de la razón social y la firma autógrafa del comerciante individual y de los apoderados sociales.

3.º Debe suprimirse la necesidad de aportar escrituras públicas para causar la correspondiente inscripción en el Registro mercantil. Es suficiente la declaración ante el registrador, a la manera como se hace en el Registro alemán y en el suizo. El artículo 7.º del Reglamento suizo, antes citado, dispone que las inscripciones se realicen sobre la declaración hecha verbalmente ante el registrador o a virtud de una declaración inscrita legalizada por la autoridad de las personas que tienen derecho o que están obligadas a realizar la inscripción.

Quizá las observaciones y las sugerencias contenidas en el pre-

(55) Véase, a este propósito, la *Verordnung über die Einschränkung öffentlicher Bekanntmachungen*, de 14 de Febrero de 1924.

sente trabajo puedan servir alguna vez de estímulo útil para la reforma de nuestro Registro mercantil. Esta fué mi aspiración única al redactarlo.

JOAQUÍN GARRIGUES,

Catedrático de Derecho mercantil en la
Universidad Central.

NOTA. Por una inadvertencia en la corrección de las pruebas de la primera parte de este trabajo, publicada en el número anterior, no fué suprimido el epígrafe *Hechos y relaciones jurídicas*, que aparece después de la letra b) en la página 662. Este epígrafe corresponde a la letra b), como correctamente aparece en la página 663.

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

No lo eran, en un cierto sentido, si se considera que se supone básico en la obra legislativa de las Asambleas y Convención un nuevo principio que podemos enunciar así: «No habrá derechos adquiridos en una sucesión hasta la muerte del causante de la misma», principio cierto hoy (101) y arma formidable contra las vinculaciones. Ahora bien, este principio básico del derecho sucesorio de la sociedad liberal-capitalista implica la ruina del derecho sucesorio de la sociedad feudal y domanial (102), y en él va implícito un nuevo concepto de la reserva, que se considera derecho sucesorio, y una nueva teoría sobre el momento de adquisición de los derechos en la misma.

Pero como toda revolución jurídica implica un cambio en el concepto y extensión de los derechos adquiridos, y fatalmente el legislador revolucionario ha de saltar algunos de los que como tales consideraba la ley antigua, so pena de verse encadenado, como si los antiguos privilegios hubiesen hipotecado el futuro, la nueva legislación trae consigo un nuevo concepto del derecho adquirido, y ello implica una alteración, no ya en la legislación por

(1) Véanse los dos números anteriores.

(101) Savigny: Obra citada, pág. 425, tomo VI: «Todo derecho de sucesión es puramente positivo, y cuando una nueva ley los somete a condiciones y restricciones, esto jamás puede constituir una violación de derechos adquiridos.»

(102) H. See: *Les classes rurales et le régime domanial en France au Moyen-Age*. París, 1901.

que había de regirse la reserva, sino en la naturaleza de la misma.

Esta alteración en su naturaleza hace que en Francia no se la admita en el Código Napoleón, y esta misma alteración se hace sensible en nuestra patria a partir de la publicación de nuestra primera ley hipotecaria, aunque no creo que sus sabios autores fuesen influídos por esta discusión promovida en Francia, sino impulsados en igual dirección por el simple influjo imperativo de los principios inmobiliarios, que con tanto acierto para su época establecieron en España, y que en igual sentido coadyuvaban.

La promulgación de la nueva ley planteó el problema de su retroacción, como hemos visto, y la nueva ley era retroactiva, aunque en modo alguno lo era para sus autores, ni podían éstos reconocerla como tal. Tratemos de explicarlo: una nueva ley puede ser retroactiva de dos maneras: A), de un modo directo, alterando, suprimiendo derechos adquiridos, falseando un acto humano, trastrocando la libertad, imponiendo a un acto libre consecuencias que no fueron ni pudieron ser previstas ni queridas; y B), de un modo indirecto, desconociéndolos, primero alterando el concepto de derecho adquirido y luego aplicando su nuevo criterio, para determinar la adquisición de derechos por hechos acaecidos bajo el imperio de una legislación anterior. La Orden de 18 Vendimiano, año II, no era retroactiva directamente, y por ello escapó a la reacción thermidoriana, pero sí lo era indirectamente.

En esta reserva especial, la adquisición del derecho por el reservatario se producía en el momento de morir el primer cónyuge. En la reserva tradicional romana, la adquisición se producía en el momento de celebrarse el nuevo matrimonio del cónyuge supérstite, y desde este momento el derecho del reservatario era un derecho adquirido. La nueva ley altera el concepto de la reserva, al alterar el de adquisición general de derechos sucesorios, y considera que el derecho del reservatario no es adquirido hasta la muerte del reservista, y aplicando su propio criterio de adquisición, argumenta que si el derecho del reservatario no es adquirido hasta la muerte del reservista, la nueva ley, al suprimirlo en vida de éste, no tiene efecto retroactivo. Esta es la razón de los legisladores y de la jurisprudencia francesa y renana, y a primera vista es convincente. Sin embargo, a poco que meditemos, se nos revelará que al juzgar de la adquisición del derecho por el concepto de de-

recho adquirido de la nueva ley se ha dado a ésta un efecto retroactivo.

Sin embargo, no basta tal afirmación para, en definitiva, resolver la cuestión debatida, sino que precisa distinguir, y a mi juicio lo hizo sabiamente, la ley de 17-21 Nivoso, año II (103), en la cual, según Esmein, se ve la mano poderosa de Merlín, entre derechos de los reservatarios, simplemente adquiridos por la atribución legal a los mismos de la reserva; derechos de los mismos, de que éstos, por actos propios, habían, en cierto modo, tomado posesión, y derechos de terceros adquirentes de los reservatarios, dada la facultad de éstos de disponer de lo adquirido. La ley que desconozca los derechos adquiridos en el segundo caso por los reservatarios, y en el tercero por los causahabientes de éstos, tendrá un injusto efecto retroactivo; por el contrario, la ley que altere, desconozca o suprima los derechos de los reservatarios en el primer caso, a pesar de su apariencia de retroacción indirecta, no tendrá efecto retroactivo, ni podrán ser lícitas inculpaciones de tal hechas a la misma, pues no alterando un acto voluntario libre, variando simplemente atribuciones de derechos por la misma ley concedidas, no lastima derecho alguno que sea lícitamente oponible a su imperio, aunque modernas teorías (104) quieran ampliar el concepto del derecho adquirido, no ya al que lo sea por un acto jurídico, sino al que se deduzca de lo que llaman una situación legal concreta, reconociendo en daño evidente del progreso legislativo, oponibles a la nueva ley como subjetivos, derechos provenientes no de actos, sino de hechos jurídicos extraños a toda voluntad real o presunta (105).

PROYECTOS DE CÓDIGO CIVIL

Enemigo García Goyena, presidente y alma de la Comisión codificadora, de las segundas nupcias, sintiendo, como manifiesta,

(103) Artículos 48 y 50 frente al 45.

(104) Véase Bonnecasse, obra citada.

(105) Como ejemplo de ley con efecto retroactivo indirecto en nuestra patria, podemos señalar la R. Resolución de 14 de Abril de 1804 sobre la aplicación de la R. Resolución de 16 de Junio de 1801, suprimiendo las costumbres cordobesas, que no estudiamos por no alargar más este trabajo.

que se hubiese dictado la ley 4, título 2, libro 10 de la Novísima Recopilación (106), y siendo profundo conocedor de los precedentes romanos y de la tradición jurídica española, había de plasmar sobre ellos el proyecto de 1851 manteniendo la reserva, puesto que la defiende en sus comentarios al mismo, como «decorosa, política y equitativa», y prudentemente recordaba a aquellos que escudados en el precedente de su supresión en el Código Napoleón pretendían excluirla, las sabias palabras de las Partidas (107) «el fazer es muy grave cosa y el desfazer muy ligera, por ende el desatar de las leyes é tollerlas del todo que non valan, no se deve fazer sino con gran consejo» (página 364 de sus Comentarios), añadiendo que era lícito presumir la reserva como condición tácita al dejar o donar, siendo natural preferir la propia sangre a la ajena «máxime de tálamo ultrajado».

Tenía además un precedente legislativo en el Código sardo, que la admitió, aunque pobremente desarrollada en sólo tres artículos, sobre la construcción romana de reserva de la propiedad: artículo 146: «El que teniendo hijos de un primer matrimonio, contrae segundo, está obligado a reservar la propiedad...»; nulidad de renuncia anticipada de la misma: artículo 147: «La propiedad de los bienes antes designados pasa, no obstante toda renuncia general y sin distinción de sexo, a los hijos del primer matrimonio o sus descendientes, con tal que sobrevivan al padre o a la madre binubos...» He aquí el principio nuevo en la adquisición del derecho por el reservatario, el cual no hallaré acabida en nuestro proyecto de 1851, ni desarrollo adecuado en el Código vigente, que quiere encerrar el nuevo espíritu en los moldes del antiguo, casi copiando artículos enteros del proyecto y conservando algunos en pugna absoluta con el mismo, como el 970.

La reserva en el Código sardo no comprendía los bienes adquiridos de los hijos, ni de parientes del esposo, ni tenía lugar si éste había autorizado al sobreviviente para contraer nuevo matrimonio

(106) Ley 4, tít. 2, libro 10 Novísima Recop. «Mandamos que las mujeres viudas puedan libremente, dentro en el año que sus maridos murieren, con quien quisieren sin alguna pena y sin alguna infamia ella ni el que con ella casare...»

(107) Ley 18, título 1, Partida 1.^a.

(108), ni se regulaban los efectos de las enajenaciones hechas por el reservista. Como ante la influencia francesa en Italia y la introducción del Código Napoleón en el Piamonte, el legislador italiano no recoge la institución, pasemos a examinar brevemente nuestro proyecto de Código civil de 1851.

Trata el proyecto de reserva en el libro III, capítulo 1.º, sección 1.ª, artículos 800 a 814.

El principio básico del artículo 800, como la referencia al usufructo del 812, no deja lugar a dudas de que mantiene la doctrina tradicional. Sin embargo, veremos artículos en que la moderna se abre paso. Dice el artículo 800: «El viudo o viuda que pasase a segundo matrimonio (109) estará obligado a reservar a sus hijos y descendientes legítimos del primero la *propiedad* de todos los bienes que haya adquirido de su difunto consorte por testamento, donación u otro cualquier título lucrativo, incluso el de su legítima, pero no su mitad de bienes gananciales.» La reserva se extiende a lo adquirido de los hijos del primer matrimonio por iguales títulos, y de parientes del difunto en consideración a éste (110). La reserva tiene lugar a pesar de contraerse el nuevo matrimonio con autorización del cónyuge premuerto (es la doctrina de los comentaristas, pues las medidas protectoras son más por interés de los hijos que por respeto a su memoria. Pérez-Llamas y Molina) y aunque los hijos consientan en la unión (pues a aquel que consiente en lo que no puede impedir, no puede perjudicarle su consentimiento; Pérez-Sarmiento) (111).

«Cesa la obligación de la reserva cuando los hijos del primer matrimonio mayores de edad renunciaron expresamente a ella y en las cosas que dejaron a su padre o madre, sabiendo que estaban ya segunda vez casados» (112). Es el artículo 970 del Código vigente, borrón del mismo, según veremos, variando el texto del del proyecto. En el proyecto se trata, y claramente se deduce de su lectura, de la renuncia a sus derechos por la obligación de reservar de los padres. Creo no es lo mismo que la de la reserva y que puede dis-

(108) Artículo 148 Código sardo.

(109) O ulterior matrimonio, artículo 813.

(110) Artículo 801.

(111) Artículo 802.

(112) Artículo 803; artículo 979 en el proyecto de 1882.

tinguirse una de otra renuncia ; pero aun entendiendo que el proyecto se refería a la renuncia de la reserva, aunque no fuese en tal caso muy precisa su redacción, nada tendríamos que objetar, pues el hijo mayor de edad y capaz podía renunciar válidamente un derecho adquirido, y la reserva implicaba en la doctrina antigua una adquisición de nuda propiedad, inmediata consecuencia de la celebración del nuevo matrimonio. Si hubiera conservado siquiera tal redacción el Código vigente podría salvarse el precepto de su artículo 970, conciliándolo con la nueva doctrina y entendiendo que la renuncia en él aludida era sólo de los derechos concedidos legalmente al reservatario en garantía de su derecho futuro, pero expresamente altera el precepto para que la renuncia que autoriza sea del derecho del reservatario «a los bienes». Algo inconciliable con la nueva doctrina de no adquisición del derecho hasta la muerte del reservista, e inconciliable también con la doctrina general de la renuncia de derechos, admitiendo, en daño evidente de terceros, renuncia de derechos no adquiridos (113).»

«Cesa, además, la reserva (ahora no es la obligación de reservar, sino la reserva como decíamos antes, son términos perfectamente separables) si al morir el padre o la madre que contrajo segundo matrimonio, no existen hijos ni descendientes legítimos del primero, aunque existan sus herederos» (114). En este artículo, antecedente (115) del también desdichado artículo 971 del vigente Código, repetidor sumiso de sus palabras, como si no pudiesen ser mejoradas, siendo así que introduce una confusión innecesaria, dejando dudoso el momento en que la reserva concluye. Además, tenemos que hacer notar que, salvo esa incomprensible referencia al momento de la muerte del reservista, en la antigua doctrina podía encontrarse justificación al precepto del artículo 804, entendiendo que nacida la reserva en el segundo matrimonio, adquirido un derecho por los hijos, podía hablarse de que cesaría la reserva y tal artículo se referiría a terceros adquirentes de los hijos premuertos a los que la muerte de éstos afectaba, porque cesaba el derecho de su causante ; pero en la nueva doctrina, hablar por copiar de que

(113) Cuando estudiemos el Código ampliaremos y trataremos de justificar nuestras afirmaciones.

(114) Artículo 804.

(115) A través del artículo 980 del proyecto de 1882.

cesa una cosa que no ha empezado y además referir el cese a un momento posterior al verdadero de cesar las obligaciones, es de difícil justificación.

Permitía el proyecto distribución desigual entre los hijos, artículo 805, que vuelve al derecho romano anterior a las Novelas; de dicho artículo copia igualmente, con humildad (116), el artículo 972 vigente hasta la palabra «mejorar», que no es la más adecuada.

«Si el padre o madre no hubiese usado en todo o en parte de la facultad del artículo anterior, los hijos y descendientes del primer matrimonio *sucederán* en los bienes de la reserva, por las reglas prescritas en la sección 1.^a, capítulo II del título anterior, aunque a virtud de testamento hubiesen heredado desigualmente al cónyuge premuerto o hubiesen renunciado o repudiado su herencia» (117). He aquí un artículo en que el nuevo principio se abre paso; los reservatarios *sucederán*, dice; es decir, para el nuevo derecho adquirirán *post mortem* y *sucederán* ¿a quién? Al cónyuge sobreviviente, puesto que tal sucesión especial, no como heredero obligado a respetar los actos de su causante, no es afectada por la renuncia de los mismos a la herencia del premuerto, y si les afecta la desheredación por el sobreviviente, no es porque el ser heredero sea el título para adquirir la reserva, sino porque la ley considera que los casos de justa desheredación lo son de pérdida del derecho, y precisamente ese es el principio de la nueva doctrina de la reserva, sucesión especial por muerte del reservista.

«El hijo desheredado justamente por el padre o por la madre pierde todo su derecho a la reserva, pero si tiene hijos o descendientes legítimos, será representado por ellos» (118).

Este artículo ha pasado al 973 actual, corrigiendo sabiamente la referencia al derecho de representación, pero no puede darse en la reserva actual, sustituyéndole por su referencia final al artículo 857, de que ocuparán el lugar del hijo desheredado sin representarlo.

El viudo o viuda, al contraer matrimonio, debían hacer inven-

(116) Tras el artículo 981 del proyecto de 1882.

(117) Artículo 806, párrafo primero.

(118) Artículo 806, párrafo segundo; artículo 982 del proyecto de 1882.

tario general y avalúo de los bienes muebles (119) con intervención de los interesados (120).

En las enajenaciones, el proyecto no distingue ni en los muebles el tiempo en que se hubiesen hecho, como si retrocediese a la plena retroacción romana. En bienes muebles valdrían hechas antes o después del segundo matrimonio (121); en bienes inmuebles, «las enajenaciones que de los bienes inmuebles sujetos a reserva hubiese hecho el viudo o viuda *antes* o después de contraer segundo matrimonio, subsistirán únicamente si a su muerte no quedan hijos ni descendientes legítimos del primero» (122). El progreso de nuestro Código civil vigente sobre el proyecto es inmenso, aunque el mérito haya de adjudicarse en justicia a los legisladores hipotecarios; gracias a ellos no puede hoy hablarse de enajenaciones de bienes reservables hechas antes de las segundas nupcias, cuando no ya la reserva no ha sido adquirida, sino que ni la obligación de reservar ha nacido.

La facultad de enajenar con posterioridad al segundo matrimonio implicaba en la doctrina antigua venta de cosa ajena en su esencia, aunque pudiese convalidarse. En esta venta, la acción del reservatario contra la misma y sus efectos contra terceros adquirentes del reservista eran lo bastante fuertes para no precisar garantía alguna especial. En el artículo 810 se regulaba la hipoteca legal en garantía: A), de restitución de los bienes muebles existentes; B), del precio de los mismos enajenados a título oneroso; C), del valor de los enajenados a título lucrativo; D), del precio (?) de los consumidos *antes* o después de repetir matrimonio; E), de la buena administración del total patrimonio reservable, y F), de la *devolución del precio al adquirente de los bienes inmuebles que hubiese enajenado* (el viudo o viuda) *antes de repetir matrimonio* (123).

Vemos la completa inversión del sistema de garantías, que nos revela el paso desde una hipoteca a favor del tercer adquirente de los bienes inmuebles, sin que se regulase su especial constitución (aparte de aquella que por los demás conceptos del antedicho artícu-

(119) Artículo 807; artículo 986 del proyecto de 1882.

(120) Artículo 811.

(121) Artículo 809; artículo 985 del proyecto de 1882.

(122) Artículo 808.

(123) Artículo 810, número 4.º.

lo beneficiaba directamente a los reservatarios y que éstos podían exigir) a la hipoteca legal actual. El cambio es completo; hoy no se garantiza al tercer adquirente, sino que se garantiza al reservatario que percibirá el precio de los inmuebles enajenados por el reservista antes de su segundo matrimonio; la adquisición del tercero de buena fe (que ha de presumirse, salvo simulación o fraude, en ventas precipitadas antes de la celebración del matrimonio) es respetada; el reservatario no tiene acción contra el tercero en daño del crédito y la buena fe.

En ventas anteriores al matrimonio, causa del derecho del reservatario, caso en que no ya nuestra lamentable legislación hipotecaria anterior al 1861, sino la misma ley del 61 no podía garantizar una publicidad que impidiera al tercero pedir protección como tal, era imposible en un régimen inmobiliario normal (so pena de trastocar completamente el derecho de propiedad del cónyuge viudo con hijos) conservar la acción retroactiva plena de la reserva sobre enajenaciones anteriores al hecho causante de la misma. El sistema del derecho romano y de nuestra jurisprudencia anterior al Código era inconciliable con unos sanos principios de ordenación inmobiliaria; por ello, con la publicación de nuestra primera ley hipotecaria se restringieron los efectos de la reserva en el tiempo y se invirtió el sentido de las garantías.

La plena retroacción romana de nuestra antigua jurisprudencia y del proyecto de Código de 1851 (124) se convierte, tras la ley Hipotecaria, en una retroacción no jurídica plena, aun en daño de tercero de buena fe, como antes, sino en una retroacción económica, afectando sólo al reservista y respetando la adquisición del tercero; concediendo una garantía de restitución del precio del inmueble enajenado, no al adquirente, a quien justamente se respeta, sino al reservatario privado de acción contra aquél y que con esta retroacción económica de su derecho sobre el patrimonio del reservista obtiene una especie de colación legal a su favor, por las bajas del patrimonio especial afección a su vocación.

La hipoteca, pues, garantizará la entrega en su día al reservatario del valor de los inmuebles que el reservista hubiese enajenado con anterioridad al nacimiento de su obligación de reservar,

(124) Artículos 808 y 814, número 4.º.

y por ello, ante la sabia legislación hipotecaria, se abandona el antiguo sistema del proyecto de 1851, y en el proyecto de Código de 1882, después de declarar la validez de las enajenaciones hechas por el reservista (125), se asegura con hipoteca «el valor de los bienes inmuebles válidamente enajenados» (126), y así perdura en el Código y ley Hipotecaria vigentes.

Si el viudo o viuda no pudiese dar la garantía hipotecaria exigida por el artículo 810, los reservatarios tendrán el derecho de retener los bienes, entregando el producto íntegro de los mismos al USUFRUCTUARIO, previa deducción de los gastos fijados por la administración, por convenio o resolución judicial (127).

«El viudo o viuda que en tal estado tuviese un hijo natural y lo reconociese o se declarase judicialmente ser suyo, en los casos a que esto haya lugar, se tendrá por segunda vez casado para los efectos de la reserva» (128). Este artículo reduce a un caso concreto y de prueba fácil el amplísimo de vida lujuriosa de la viuda como causa de la reserva, que aunque no admitido por A. Gómez, por creer eran bastante las sanciones tradicionales (129) (que llegaron posteriormente hasta implicar para la viuda deshonesta la pérdida de sus gananciales) (130), fué admitida por Acevédo y otros.

Tiene, pues, ventajas prácticas sobre la doctrina anterior en su determinación y fácil prueba, y mayor justicia también, al comprender al viudo. El precepto pasó al proyecto de 1882 (131) con una adición peligrosa, relativa a la retroacción de los efectos de esta reserva al día del nacimiento del hijo natural, y con todo ello, a pesar de la inoportuna innovación, ha pasado con ésta al Código vigente.

(125) Artículo 983 proyecto de 1882.

(126) Artículo 987, número 3.º ídem íd.

(127) Artículos 812 y 450 del proyecto de 1851.

(128) Artículo 814 ídem.

(129) Leyes 5, título 2, libro 5 Fuero Juzgo; 9, título 12, libro 3 F. Real; 3, título 12, Partida 4.ª.

(130) Ley 5, título 4, libro 10 Novísima Recopilación: «...Y otro si mando y ordenó que si la mujer fincare viuda y siendo viuda viviere lujuriosamente, que pierda los bienes que hubo por razon de su mitad de los bienes que fueron ganados y mejorados por su marido y por ella, durante el matrimonio entre ellos.»

(131) Artículo 989.

Como he hecho algunas referencias a artículos del proyecto de Código de 1882, que trata la reserva en su libro 3.º, título 3.º, capítulo II, sección 2.ª, artículos 979 al 989, no voy a insistir sobre él, pues en general se limita a repetir al de 1851, salvo en aquello en que le es impuesta su alteración por la publicación entre ambos de la ley Hipotecaria, y sin que se diesen cuenta los redactores del proyecto, como no se la dieron los del Código vigente, de la evolución que ante su vista se operaba, repitiendo y trasladando preceptos dados para una construcción jurídica que había sido esencialmente modificada. Dejemos, pues, por ahora los modestos repetidores y examinemos la obra de los maestros hipotecarios.

LA LEY HIPOTECARIA Y LAS GARANTÍAS Y EFECTOS DE LA RESERVA

Los legisladores hipotecarios no eran los llamados, evidentemente, al esclarecimiento de la naturaleza del derecho del reservatario ni a la construcción jurídica total de la institución que nos ocupa. Su cometido era muy otro, y bien sabiamente, por cierto, supieron llevarlo a término. De acuerdo con el mismo habían de considerar la reserva tan sólo en cuanto implicaba en el antiguo derecho una hipoteca tácita general y solamente habían de referirse a los derechos que la originaban, en tanto que éstos ofreciesen algún obstáculo a sus pretensiones, de lograr la fijeza y determinación de los gravámenes, requisito indispensable para el porvenir del crédito territorial.

La ley Hipotecaria presentaba, con relación a nuestro estudio, dos cuestiones principales. Primera: Especializar la hipoteca y hacerla expresa. Segunda: Proteger al tercer adquirente fiado en la fe registral, dando para ello medios adecuados, a fin de que las causas de posible alteración de su adquisición constasen en el Registro. La primera cuestión no implicaba alteración sino en la clase de la hipoteca, pero no en el derecho civil, pues para la doctrina antigua, la hipoteca general tácita no nacía sino del segundo matrimonio. La segunda cuestión era la que ponía de relieve la imposibilidad de conciliar la retroacción del derecho romano y nuestra jurisprudencia y proyecto de Código con la protección debida al tercero, y los legisladores hipotecarios no podían olvidar lo que ellos mismos de-

claraban en la sabia Exposición de motivos de la Ley, de que «la condición más esencial de todo sistema hipotecario, cualesquiera que sean las bases en que descansa, es la fijeza, es la seguridad de la propiedad...». Si nada indicaba la inscripción hecha a favor del que había adquirido de un cónyuge viudo con hijos, cuando éste tenía el pleno dominio en lo que disponía, su derecho aparecía libre en el Registro, y nadie podía prever el que, con posterioridad, había, primero, de contraer nuevas nupcias; segundo, que le sobrevivieran sus hijos o descendientes legítimos de su primer matrimonio, y tercero, que éstos accionarían contra el adquirente por una enajenación que fué perfecta y que no adolecía de vicio alguno. Si esta enajenación podía ser atacada a virtud de consecuencias surgidas de hechos posteriores a la misma, era evidente que no había, en modo alguno, firmeza ni seguridad en la propiedad, so pena de negarse civilmente como tal dominio pleno el de todo viudo con hijos, por la posibilidad de que pudiese contraer nuevo matrimonio y premorir a los hijos o descendientes del primero. Esta situación de inseguridad de todos los derechos sobre bienes que pudiesen llegar a ser reservables (132) era inconciliable, en absoluto, con los principios de la reforma, y por ello, lo que en Francia hizo la reforma de la legislación civil sucesoria, en España lo hizo la reforma hipotecaria, o sea limitar los efectos de la reserva en el tiempo, liberar el período anterior a las segundas nupcias de todo efecto para tercero de la reserva surgida con posterioridad, hacer retroceder al segundo período de la reserva los efectos típicos de la antigua reserva en el primero y concentrar en el tercer período (premuerte del reservista) el efecto típico del segundo, en la antigua legislación: el de la adquisición del derecho por el reservatario.

A) *Primera cuestión: Hipoteca por bienes reservables.*

Decía la Exposición de motivos: «Aunque es generalmente conocida por todos la poca expresión de nuestras leyes en lo que concierne a los bienes reservables, no se nota, sin embargo, en ellas la omisión de consignar que los hijos del primer matrimonio tienen

(132) Dice la Exposición: «El dominio del adquirente de los bienes de esta clase se halla en incierto.»

una hipoteca tácita para su restitución en los bienes del consorte que sobrevivió y pasó a segundas nupcias. Pero como la hipoteca es general sobre todos los bienes del cónyuge obligado a restituir, puede conocerse su frecuente ineficacia y la necesidad de armonizarla con los principios que dominan en todo el proyecto. Hay en este caso una razón más; no definido terminantemente en la ley (133) el derecho que después del segundo matrimonio tiene el cónyuge superviviente en los bienes reservables, pareciendo, por una parte, dueño de ellos, y por otra parte un mero usufructuario, *se ha suscitado la duda* de si las enajenaciones que hace deben considerarse y declararse en su caso nulas desde luego, o si ha de esperarse a su fallecimiento (134) para que la declaración de nulidad pueda tener efecto. Esta última opinión es generalmente la seguida, porque no obliga a anular la enajenación cuando aún no puede saberse si ha de llegar el caso de la restitución, puesto que es incierto si los hijos del primer matrimonio han de sobrevivir a su padre o madre. Mas cualquiera que sea la opinión que se adopte, nadie desconocerá que en ninguna de ellas se hallan bien definidos los derechos del padre o madre; que el dominio del adquirente de los bienes de esta clase se halla incierto, porque pende, más que de la Ley, de las opiniones de los jueces (135), *porque la propiedad pierde en tal estado de vacilación e incertidumbre*, y que los hijos pueden encontrarse despojados de sus derechos legítimos a la reserva por falta de hipoteca eficaz o de inscripción que los asegure. Para salir de semejante estado, la Comisión ha establecido reglas... Estas son: hacer constar la cualidad de bienes reservables en las inscripciones respectivas de dominio, para que, apercibidos los adquirentes, sepan la reserva a que están afectos los inmuebles (135 a),

(133) Mejor hubiera sido decir: «en crisis el concepto que tiene la Ley . », pues no es que la Ley no fuera clara, sino que sobre sus preceptos, como sobre los de las ventas, dice la misma exposición «se había suscitado la duda».

(134) Se entiende antes que los reservatarios.

(135) Alusión a las contradicciones de la Jurisprudencia.

(135 a) Parece no significar alteración alguna, y, sin embargo, aquí está todo el nervio de la reforma; si el tercero ha de ser afectado por la cualidad de reservables de los bienes que adquiere, ha de constar tal cualidad en el Registro antes de su adquisición; esta es la esencia de toda la reforma hipotecaria. Ahora bien: no puede hacerse constar dicho carácter de los bienes hasta que éstos lo tengan; por lo tanto, como adquieren tal cualidad por la celebración

o constituir una hipoteca por su valor y por el de los demás bienes sujetos a reserva, sobre los mismos inmuebles y los de la propiedad absoluta del padre o madre que se ofrezcan en garantía (o lo contrario, mencionar o anotar la cualidad de reservables en los inmuebles e hipotecar otros bienes del padre o madre en garantía de las demás responsabilidades), o hacer constar la reserva, su cuantía y la obligación de constituir la hipoteca en los primeros inmuebles que el padre adquiera. Mas si los bienes reservables fuesen raíces, la garantía será hacerlo constar en el Registro de la Propiedad. Lo que se dice del padre comprende también a la madre; pero entonces la obligación de hipoteca será extensiva respecto a los bienes presentes o futuros de aquel con quien se enlace en segundas nupcias.»

Eran, pues, dos las hipotecas por bienes reservables que con carácter legal establecieron las leyes de 1861 y 1869, sobre los bienes del padre o madre supérstite (artículo 168, número 2.º) y sobre los del nuevo cónyuge de ésta (número 3.º), y las desarrollaron en los artículos 194 a 201, dándose a la obligación del padraastro un carácter subsidiario.

La publicación de la ley de Matrimonio civil influyó en la Hipotecaria, porque derogó los artículos 207 al 213, y al dar potestad a la madre (136) y liberar a los padres de su obligación de afianzar como usufructuarios de bienes de sus hijos, hubo de salvar el caso de contraer segundas nupcias (137), alteró los preceptos civiles e hizo preciso reformar las disposiciones de la ley Hipotecaria, como consecuencia de aquéllas.

Publicándose primeramente el Reglamento reformado por la Dirección general, de 27 de Octubre de 1870, reguló la materia en sus artículos 134 a 141, y en el 134, párrafo primero, decía, «alterando la disposición legal»: «Los maridos de la misma en segundo del segundo o ulterior matrimonio, es ineludible la consecuencia de que: los terceros adquirentes de bienes antes de que éstos, por el segundo matrimonio de su causante, adquieran el carácter de reservables, no pueden ser afectados por la reserva posterior a su adquisición, y de aquí la validez y firmeza de las enajenaciones de inmuebles hechas por el viudo antes de su segundo matrimonio, sin peligro de efecto retroactivo para el tercero, lo que significaba la reforma del estado civil anterior.

(136) *Le matrimonio civil*, artículo 64, § 1.

(137) Artículo 69, *ídem id.*

das o ulteriores nupcias no estarán obligados a constituir las hipotecas en los casos respectivos a que se refieren los artículos 200, 201 y número 3.º del 168 de la ley Hipotecaria, en virtud de las alteraciones hechas en lo de Matrimonio», aunque en su artículo 137 se refería al caso de constituir hipoteca la madre, con su segundo esposo.

La Ley sostenía en su artículo 194, párrafo segundo: «Si el Juez o Tribunal estimaren exactas las relaciones y suficiente la hipoteca ofrecida, dictará providencia, mandando extender un acta en el mismo expediente, en la cual se declaren los inmuebles reservables, a fin de hacer constar esta cualidad en sus inscripciones de dominio respectivas, y se constituya la hipoteca por su valor y por el de los demás bienes sujetos a reserva, sobre los mismos inmuebles y los de la propiedad absoluta del padre que se ofrezcan en garantía», precepto que se repite en el artículo 191 de la ley vigente y que no concuerda con el criterio de la Exposición de motivos. Por dos veces decía claramente ésta que en los bienes inmuebles reservables, la garantía sería hacer constar su carácter en la inscripción de los mismos o constituir hipoteca por su valor y por el de los demás bienes sujetos a reserva, sobre los mismos y sobre otros del padre o madre reservista que éstos ofreciesen en garantía. Era, pues, una alternativa: o hacer constar la cualidad de reservables, y era garantía suficiente al advertir de ello a terceros adquirentes, o no hacerlo constar, y entonces constituir hipoteca por su valor sobre los mismos bienes. Claro que esto último implicaba económicamente privar al reservista de disponer de los mismos, y por ello en la práctica la garantía sería sólo hacer constar su carácter garantizándose a sí mismos, sin poder por ello servir como garantía de otros. La realidad era y es anotar o hacer constar el carácter de reservables en los inmuebles e hipotecar otros bienes del reservista por el valor de los muebles y restituciones debidas; de aquí que el sustituir la disyuntiva o de la Exposición de motivos, por la copulativa y de los artículos 194-191, no tiene fácil explicación, pues el Juez no manda anotar el carácter de reservable de un inmueble y luego que quede hipotecado por su valor total en garantía de la restitución de sí mismo, y no se comprende que se mantenga en la ley vigente la redacción del artículo 191, después de publicado el Código civil, cuyo artículo 978, como es natural, no impone al

reservista la obligación de constituir hipoteca por el valor total de los bienes inmuebles existentes, sino tan sólo en éstos la obligación de hacer constar su carácter de reservables (artículo 977); el cual, a pesar de su referencia a la ley Hipotecaria, ha de prevalecer sobre ésta, y ha tenido el Reglamento que saltar sobre el precepto legal (138) y subsanarlo en su artículo 224, que dice: «Aprobada por el Juez el acta en que se declare el carácter reservable de los inmuebles o se constituya la hipoteca que proceda...», aunque quizá estaría mejor diciendo: «Aprobada por el Juez el acta en que se constituye la hipoteca que proceda y se haga constar en su caso el carácter reservable de los inmuebles...»

No siendo nuestro objeto estudiar la hipoteca de los artículos 191 a 198 de la Ley, y 221 al 228 del Reglamento vigentes, pasamos a la

B) Segunda cuestión: Protección a terceros adquirentes de bienes reservables.

Ya hemos indicado cómo la reforma hipotecaria protegió, en primer lugar, a los adquirentes del reservista antes del segundo matrimonio de éste, alterando la doctrina civil al negar (contra la retroacción de esta última) la posibilidad de que tales bienes llegasen, frente a tercero, a ser reservables.

Veamos la cuestión de protección a tercero que adquiere bienes *reservables*, o sea que adquiere del reservista después del segundo matrimonio de éste.

No alteramos con ello el orden cronológico con que vamos refiriendo las fases de la figura, pues aunque las referencias del vigente Código civil a las disposiciones de la ley Hipotecaria (139) parecen imponer el estudio de ésta después del de aquél, la realidad es que el requisito de la Ley de que conste el carácter de los bienes

(138) Ya el Reglamento de 1870 decía, artículo 141: «Cuando todos los bienes reservables fuesen inmuebles, el Registrador se limitará a cumplir lo ordenado en el artículo 139 de este Reglamento.» Que se refiere a la forma de hacer constar en el Registro la calidad de reservables de los inmuebles por nota marginal.

(139) Artículos 975 y 977.

para poder afectar la reserva a tercer adquirente, es básico en la misma (140), y por tanto la cuestión de la protección al tercer adquirente es anterior al Código civil, que sólo hace, en su artículo 975, respetar las disposiciones de aquélla, ya que, desgraciadamente, por obstáculos más que nada políticos y de oportunismo, no fué incorporada al Código, como su naturaleza civil exigía en parte (141).

No olvidemos, ante la completa inversión habida en la reserva, que el derecho antiguo debió plantearse antes que la cuestión que nos ocupa, la de los derechos de un tercer adquirente del reservatario y la de su protección, y si no se planteó después de la promulgación de la ley Hipotecaria el modo de hacer constar en el Registro la calidad especial de revocabilidad de la nuda propiedad del mismo, caso de que premuriese al reservista, se debió sólo a una causa accidental independiente, cual fué la de que en nuestra patria coincidió la inversión y alteración doctrinal de la reserva con el progreso de nuestra legislación inmobiliaria, y por ello el problema planteado a ésta fué el inverso: no en primer lugar el de la protección debida al que había adquirido del reservatario, sino la debida al que ha adquirido del reservista, de buena fe o simplemente basado en la fe registral, según el criterio que sobre el tercero civil se sostenga.

Y como, a pesar de los efectos que se reconocían de pérdida inmediata de la nuda propiedad para el reservista por su segundo matrimonio, las limitaciones de disponer de éste, atenuada la casi imposibilidad romana, no llegaban a impedir sus actos dispositivos, aunque los efectos de los mismos desaparecieran retroactivamente al consolidarse el pleno dominio en el reservatario por premorir aquél, resulta que en el derecho antiguo coexistían dos titulares con poder dispositivo, de efectos contrarios entre sí, y por tanto, a una legislación hipotecaria que en vez de alterar, como ha ocurri-

(140) Exposición de motivos: «El principio general de que los títulos que han dejado de inscribirse no perjudican a tercero es una de las bases de la Ley.» «Otras innovaciones no menos trascendentales introduce el proyecto en el antiguo derecho, respecto a las acciones rescisorias y resolutorias, las cuales, a no violarse el principio adoptado, no se pueden dar contra tercero, ni en su perjuicio, cuando no aparezca la causa de ellas en el Registro.»

(141) En declaración ministerial de 3 de Julio de 1860 se decía que la Ley había de formar en su día un título del futuro Código civil.

do en España, hubiera aceptado en sus plenos efectos el estado jurídico existente, se le hubiese presentado un doble problema, puesto que al coexistir facultades dispositivas en el reservista, e innegablemente también de un derecho real adquirido en el reservatario, podían coexistir terceros que hubiesen adquirido de uno u otro, y aunque, caso de sobrevivir el reservatario causante, era fácil explicar la transmisión de derechos, por consolidación del usufructo con la nuda propiedad transmitida por aquél (142), no era tan fácil explicar en la antigua doctrina, las transmisiones, caso de premorir el reservatario, a favor de terceros adquirentes del reservista, en cuyo caso había que considerar a los terceros como adquirentes del usufructo vitalicio por vida del reservista, mientras viviesen éste y los reservatarios, y respecto al dominio, no siendo admisible consolidación en el usufructuario, estimarlos como adquirentes de un *non dominus*, cuya adquisición se convalidaría por la posterior adquisición del dominio por su transferente, implicando tal adquisición una revocación del derecho de la nuda propiedad de terceros adquirentes de los reservatarios, imposible si no constaba tal carácter en el Registro. Desde luego, podemos afirmar que el haber tenido que considerar el problema en este doble aspecto hubiera contribuido en mucho al más detenido estudio, y con él, a una mejor construcción doctrinal de la reserva.

La evolución en la doctrina, que implica la no facultad dispositiva en el reservatario (143), consecuencia de considerar dueño al reservista y no adquirir aquél hasta la muerte previa de éste, redujo el problema planteado en la ley Hipotecaria al simple de garantizar los derechos de terceros adquirentes del reservista, y por la contracción en los efectos temporales de la reserva, al caso de terceros adquirentes de aquél con posterioridad al segundo matrimonio del mismo.

La doctrina hipotecaria se respeta en el Código civil (artículo 975), el cual marca claro el momento divisorio en el tiempo, no atendiendo más que al de la celebración del matrimonio, aunque sea erróneo el momento que señala de convalidación de la venta ;

(142) Aún sigue sosteniéndose erróneamente, después de la publicación del Código civil. Ver, por ejemplo, Scævola : Comentarios al Código civil, página 160, tomo XVII, y 231 ídem.

(143) A pesar de nuestra moderna Jurisprudencia.

dice: «Las enajenaciones que de los bienes inmuebles sujetos a reserva hubiese hecho el viudo o la viuda, después de contraer segundo matrimonio, subsistirán únicamente si a su muerte no quedan hijos ni descendientes legítimos del primero, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley Hipotecaria»; más claro hubiera sido decir lo contrario; en vez del caso de subsistir como válida la enajenación (supuesto que no afecta a la ley Hipotecaria en el sentido del artículo), más valdría referirse al caso contrario de no subsistir, que es cuando la ley Hipotecaria puede prestar asilo al tercero afectado por la no subsistencia, creemos estaría mejor decir: «Las enajenaciones que de los bienes inmuebles sujetos a reserva hubiere hecho el viudo o la viuda después de contraer segundo matrimonio, no producirán efecto si al enajenante sobreviviere alguno de los reservatarios, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley Hipotecaria a favor de terceros.»

En el derecho antiguo, la venta era nula, pues el reservista no tenía no ya facultad dispositiva, sino propiedad; no era, pues, una prohibición de enajenar, era una imposibilidad de transmitir lo que no se tenía, aunque se pudiera llegar a tener (como igualmente, aunque pueda llegar a ser propietario, es hoy nula la enajenación por el reservatario, en vida del reservista). En el derecho moderno, la venta por el reservista es válida en principio, no ya del derecho de usufructo, sino del dominio pleno (144), no siendo posible sostener que la enajenación es nula en sí (145). Tal sucedía en el antiguo derecho, no hoy en que el reservista es dueño, aunque pueda dejar de serlo, a los efectos de que sus causahabientes puedan prevalecerse del dominio de su transferente.

Hay, pues, para el tercero adquirente del reservista, un efecto legal, en que la transmisión por la Ley del dominio al reservatario sobreviviente le afecta, convirtiendo su dominio en temporal, especie de dominio vitalicio dependiente de la vida del reservista. Esto implica para el tercero de buena fe, jurídicamente, una desnaturalización de su voluntad que no quiso ninguno de estos efectos, no previstos cuando creía adquirir con seguridad un dominio ple-

(144) Sentencia 20 de Diciembre de 1904.

(145) Scaevola: Comentarios, tomo XVII, página 249: «El acto o contrato de enajenación es nulo en sí; este es el principio y la regla. Puede, sin embargo, convalidarse por falta de hijos; esta es la excepción.»

no, y económicamente un grave quebranto patrimonial; de aquí que este tercero deba ser protegido en consideración a la buena fe y a la seguridad en las transacciones.

Si conoce la causa que posiblemente puede afectarle en su día, podrá haber perjuicio, pues su compra viene a ser, en cierto sentido, aleatoria, pero no hay desnaturalización de su acto volitivo, puesto que el conocimiento del riesgo entró a formar parte de su declaración de voluntad.

Si no conoce la causa, ni ésta aparece en el Registro, en cuya fe descansa la confianza en la certeza y permanencia del estado jurídico que manifiesta, éste, si inscribe, le protege contra las acciones civiles que se originan de la posterior adquisición de la reserva por los reservatarios y, como a tercero, le protege el artículo 36 de la Ley (146). La ley Hipotecaria protege al tercero que adquiere del reservista, de los dos peligros a que puede estar expuesto: 1.º De que el reservista (en adquisición de éste por sucesión, que es lo más general) sea sólo heredero aparente; y 2.º De que lleguen a adquirir la reserva los llamados por la ley civil, por premorirles el reservista. El primer caso se relaciona con la doctrina del heredero aparente y efectos de certificados del Registro general de actos de última voluntad; el segundo caso es el que nos ocupa.

La protección para el tercero se funda en el silencio registral (147) sobre las posibles causas que puedan afectar a su adquisición. La garantía del reservatario contra las enajenaciones de bienes a los que tiene una vocación legal (pues siendo en la nueva doctrina dueño el reservista, más que proteger al tercero adquirente de éste, es al reservatario al que hay que proteger contra la protección de aquél), consiste en afectar los inmuebles, a su vocación, en que el llamamiento legal *post mortem* del reservista conste en el Registro (148), se haga público y se presuma conocido.

Esta publicidad registral puede ser expresa y puede ser, en ca-

(146) Artículo 36: «Las acciones rescisorias y resolutorias no se darán contra tercero, que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, conforme a lo prevenido en la Ley.»

(147) Artículo 37: «Se exceptúan de la regla contenida en el artículo anterior: 1.º Las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten *explícitamente* en el Registro...»

(148) Exposición de motivos: «...si los bienes reservables fueren raíces, la garantía será hacerlo constar en el Registro de la Propiedad.» R. 28 agosto 1911.

esos especiales de beneficio, con quebranto de las bases de la institución registral, presunta. La expresa, a su vez, puede ser: expresa en asiento separado, independiente o dependiente de otro principal y expresa por inclusión en otro asiento, pudiéramos decir con dependencia material e independencia jurídica, en parte, del asiento principal o mención.

Es, pues, la primera cuestión a resolver la de si la publicidad en la reserva de la causa posible de ella, para advertencia de terceros y garantía de sus efectos contra ellos a favor del reservatario, debe ser legal, o de presunta publicidad, o registral, o de presunto conocimiento.

Hay casos, como hemos dicho, en que por beneficios que en la mayoría de los mismos no tienen razón alguna, para que quebranten los principios básicos de nuestro sistema inmobiliario, se concede una publicidad presunta legal, resultante paradójica de la falta precisamente de la debida publicidad registral; así sucede, por ejemplo, en las hipotecas legales a favor del Estado y Corporaciones públicas y aseguradores, y con más analogía con el caso de la reserva, el retracto legal (149) y el injusto privilegio del artículo 34, párrafo último (150), sabiamente atenuado por la Jurisprudencia (151).

ANTONIO MARÍN MONROY,

Notario.

(Continuará.)

(149) Artículo 37: «Se exceptúan de la regla contenida en el artículo anterior: . 2.º Las de retracto legal en los casos y términos que las leyes establecen.»

(150) Artículo 30 de la reforma de 1909.

(151) Rs. 8 Julio 1911 y 20 Septiembre 1911. Sent. 3 Enero 1920.

Por folletos y revistas

CÓRDOBA DEL OLMO (ANTONIO): «La reserva del derecho de admisión».—*Revista de Justicia*, pág. 3.

Se ha difundido la costumbre de colocar a la entrada de los establecimientos de recreo anuncios expresivos de que el dueño se reserva el derecho de admisión; estos anuncios pueden engendrar conflictos, poniendo de frente el interés público con el privado, o dos intereses particulares, mediante la transformación del establecimiento público, sometido a un régimen jurídico especial, en un privado—morada—o en una categoría intermedia. ¿Qué eficacia puede tener la reserva aludida? El autor, antes de contestar la pregunta, trata de los siguientes supuestos lógicos:

I. *La inviolabilidad del domicilio*.—Después de definirlo como derecho individual afirma que no aparece en el *bill* de 1688, aunque fuera reconocido en la antigua Constitución del pueblo inglés; tampoco figura en la declaración de los derechos del hombre en la Revolución francesa, no consagrándose por escrito hasta la Constitución del año 8 en Francia y en la nuestra de Bayona de 1808; la vigente Constitución de 1876 lo reconoce en su artículo 6.º, aunque puede ser suspendido temporalmente y limitado en el aspecto sanitario.

II. *El concepto del domicilio*.—Dada la definición de domicilio contenido en los artículos 40 y 41 del Código civil, que no es apropiada para comprender el sentido de este derecho, y sí lo es la del artículo 554 de la ley de Enjuiciamiento criminal, donde se reputa como domicilio el edificio o local cerrado, o la parte de él destinada principalmente a la habitación de cualquier español o extranjero residente en España y de su familia; mas en el

artículo 557 agrega: «Las tabernas, casas de comidas, posadas y fondas no se reputarán como domicilio de los que se encuentren o residan en ellas accidental o temporalmente; y lo serán tan sólo de los taberneros, hosteleros, posaderos y fondistas que se hallen a su frente y habiten allí con sus familias en la parte del edificio a este servicio destinada»; la diferencia del régimen a que están sometidos los edificios públicos y los domicilios, en lo referente a entrada y registro, está determinado en los artículos 546 y 550, por no constituir aquéllos viviendas.

III. *El allanamiento de morada*.—Constituye una agravante de los delitos, y su definición es la misma en el Código actual que en el de 1870, sin más que la adición «o se mantuviese en ella»—la morada—, que no figuraba en éste; pero ni en uno ni en otro tiene aplicación el precepto «en los cafés, tabernas, posadas y demás casas públicas mientras estuvieren abiertas»; lo que quiere decir que sólo estando cerradas se comete en ellas el allanamiento de morada.

Una vez examinados los supuestos anteriores, veamos cuál es la naturaleza y el contenido del derecho de admisión, cuál su origen y qué precepto lo regula. Al hacerse una oferta al público pueden señalarse las condiciones de la misma; ¿pero serán éstas eficaces si se refieren a cualidades determinadas de una persona? ¿Podrá negarse un zapatero o un sastre a calzar o vestir a un cliente pretextando circunstancias especiales en el comprador? ¿Podría una Compañía de ferrocarriles negar el billete a quien no le agradase?

Viniendo al caso concreto, veamos si el dueño de un establecimiento público que ha colocado al frente del mismo el rótulo «Reservado el derecho de admisión», tiene algún derecho para expulsar del lugar a las personas no gratas y qué acción protege ese derecho. En verdad no se puede admitir un arrendamiento de obras o servicios ni un suministro forzosos, salvo en los casos de expropiación forzosa; pero ¿hay allanamiento de morada permaneciendo en un establecimiento contra la voluntad de su dueño? ¿Puede éste expulsarle sin alegar una causa contenida en la ley, como buenas costumbres, escándalo, desorden, embriaguez, etcétera?

Es preciso contestar negativamente teniendo en cuenta los na-

turales efectos de las ofertas hechas al público y los contratos de adhesión. Además, la expulsión puede ser constitutiva de un delito de injurias, pues la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Diciembre de 1902 establece que el expulsar a una joven de un baile de pago, que se verifica en un círculo, implica una verdadera afrenta y constituye un delito de injurias graves, y la de 31 de Diciembre de 1899 dice que el hecho de haberse negado a un negro, por causa de la raza a que pertenecía, el servicio que pidió en un establecimiento abierto sin limitación al público, puede ser considerado menospreciativo y envolver una injuria.

Por consiguiente, si entrar y permanecer en un establecimiento público no constituye allanamiento de morada, y la expulsión de una persona puede ser constitutiva de un delito de injurias, será lógico concluir afirmando que la reserva del derecho de admisión carece en absoluto de eficacia.

CASTRO (FEDERICO DE).—«Cesión del arrendamiento y subarriendo».—*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Página 130 y siguientes.

La falta de acuerdo sobre estos conceptos jurídicos ha sido la causa de que unos autores admitan la cesión del arrendamiento y otros nieguen posibilidad a su aceptación. El fin de este estudio será mostrar el sentido de cada uno de ellos y las consecuencias que se pueden obtener para la dogmática jurídica.

I. *Subarriendo*.—En el arrendamiento de casas, una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto (artículo 1.543 del Código civil), pudiendo gozar o usar la cosa el arrendatario, su familia, sus huéspedes, pasando también a sus herederos. En nuestro Código, de acuerdo con sus precedentes romanos, conserva siempre carácter patrimonial, que permite al arrendatario subarrendar, salvo prohibición expresa, lo contrario de lo que ocurre en derecho alemán, donde se le da carácter de relación personal. En el Real decreto-ley de 21 de Noviembre de 1929 se adopta el criterio de la legislación suiza: se permite el subarriendo de predios urbanos sin previo permiso, mas para el de las rústicas hay que concederlo

expresamente, prohibiéndose bajo pena de nulidad los subarriendos de segundo y ulteriores grados.

La posibilidad de subarrendar implica la facultad de arrendar una cosa de otro, posibilidad igual a la de vender cosa ajena. No sólo puede arrendar el propietario, sino también el usufructuario y enfiteuta, y aun el que no tuvo nunca relación con la cosa puede comprometerse a proporcionar su goce; aun el propietario puede tomar en arrendamiento su cosa propia, cuando no tenga su goce; por ejemplo, cuando sea nudo propietario.

El subarriendo es un segundo arrendamiento con eficacia independiente del primero, sin que se le pueda considerar construído sobre otro arrendamiento, porque si esto se admitiera, habría que considerarle, o como una especie de derecho real con efecto *erga omnes*, o si se le considera como un derecho sobre otro, doctrina más plausible, existiría un derecho del subarrendatario frente al arrendador por todas las obligaciones derivadas del arrendamiento, mientras que el subarrendador no quedaría ligado más que con el arrendador, lo que no es congruente con el concepto del subarriendo; tampoco sería posible alterar los términos del contrato, lo que no sucede en las relaciones de subarriendo. La cesión supone traspaso de los mismos derechos, pudiendo verificarse una transmisión parcial, pero no se podrá transmitir más de lo que se tiene.

El subarriendo es una relación contractual de igual naturaleza que el primer arrendamiento, o sea un arrendamiento hecho en base de otro, no un simple arrendamiento hecho por un arrendatario, pudiendo haberse establecido relaciones que no puedan ser consideradas jurídicamente como subarriendo.

Supuesta la existencia de los dos contratos, puede examinarse la relación existente entre ambos desde distintos puntos de vista:

1.º Si se toma como posición fundamental la del segundo arrendatario, el arrendamiento primitivo será considerado como base; aquél no podría arrendar si el segundo arrendador no tuviese derecho a la cosa.

2.º Si consideramos el primer arrendamiento, será subarriendo todo arrendamiento hecho a favor de un tercero, en cuanto cambia a favor de éste la situación de hecho sobre la cosa arrendada.

Tomando como decisivas cualquiera de las dos situaciones, incluiremos en la primera, como subarriendo, todo arrendamiento celebrado con un arrendatario como arrendador, lo cual no es cierto, porque puede suceder que haya un contrato de arrendamiento de esta clase y no sea subarriendo, como en el caso de que el nuevo arrendatario no llegue a recibir la cosa arrendada, al que se aplicarán las normas del arrendamiento, no las del subarriendo; y en la segunda puede haber arrendamientos, verificados por el arrendatario, que no son subarriendos, como cuando lo hace como propietario o titular de otro derecho real que le confiera un derecho al uso o goce de la cosa arrendada, en que no se aplicarán las normas de los artículos 1.551 y 1.552, sino las referentes al poseedor de buena fe, si creyó que contrataba con el verdadero propietario.

El verdadero carácter del subarriendo se obtiene viendo que nace de un contrato de arrendamiento, idéntico a cualquier otro, con sus naturales efectos entre arrendador y arrendatario y entre éste y tercero, siendo su particularidad el tener como base otro contrato de arrendamiento, creándose una relación jurídica, independiente de la del primero, secundaria, mas no accesorio, y que produce un cambio en la titularidad de la posesión inmediata. A consecuencia de esta relación de segundo grado y alteración de titularidad nace la posibilidad de una acción directa a favor del arrendador, frente al subarrendatario.

II. *Cesión de arrendamiento.*—Para evitar confusiones en esta materia no bastará atenerse a la voluntad de los contratantes, sino que será preciso dibujar con cuidado los fundamentos doctrinales. Cesión supone el traspaso de un crédito por el acreedor a favor de un nuevo acreedor.

1.º *Cesión de derechos y cesión de una relación jurídica.*—Ante todo se presenta esta cuestión de excepcional importancia: ¿Es cedible la relación jurídica total de arrendamiento como conjunto de derechos y obligaciones, o se pueden ceder sólo los derechos?

En la doctrina moderna alemana se trata de transmisión de contrato como todo, o sea comprendiendo los derechos y obligaciones. Las relaciones jurídicas se transmiten como unidad, por el hecho de la herencia, a consecuencia de la organización estable-

cida sobre la base de la sucesión *jure universalis* del Derecho romano; pero no puede extenderse simplemente a los casos de sucesión particular. La doctrina común admite que se transmitan particularmente los créditos, aun los procedentes de una relación jurídica desconocida, para cedente y cesionario; pero no se admite que pueda ser transmitida una relación jurídica como todo. Se pueden ceder las acciones derivadas de los contratos de compra, arrendamiento o sociedad; pero por la cesión no se puede convertir al tercero en comprador, arrendatario o socio.

Unas relaciones jurídicas son de más difícil transmisión que otras; las unilaterales no ofrecen dificultad; si el derechohabiente es la parte activa, habrá cesión de crédito; si pasiva, transmisión de deuda; tampoco la hay en los bilaterales, cuando se han cumplido todas las obligaciones de una parte, transmitiéndose sólo los derechos de ésta; la dificultad surge cuando las partes son a la vez recíprocamente acreedor y deudor; entonces, para la transmisión de deudas, no podrá ser sustituida una parte por otra, exceptuando la sucesión universal, sin acuerdo especial con el deudor. La discrepancia surge en el arrendamiento cuando, al ceder el arrendatario sus créditos a un tercero, y al admitir el arrendador a éste como único deudor, hay sólo un caso de combinación de cesión de créditos y transmisión de deuda, o se llega a una verdadera transmisión de la relación jurídica de arrendamiento.

N. Tuhér y Siber sostienen la posibilidad de la transmisión de la relación jurídica como un todo unitario, fundándose en que, aunque el Código civil alemán no la ha considerado de un modo especial, ésta es posible y tiene distintos fundamentos que la transmisión de derechos, ordenándola la misma ley en la sucesión hereditaria y en la adquisición de un predio arrendado, siendo también admisible la transmisión acordada por las partes; establece diferencia esencial entre la transmisión de relaciones jurídicas y derechos en los derechos futuros (expectativas). Siber dice que la teoría de la separación no muestra el verdadero proceso de la transmisión de un contrato; así no se explican por ella cómo se transmiten derechos que no son créditos ni deudas, como las de conminación, revocación, posibilidad de recibir la prestación, etc.

La teoría dominante hace observar que, al transmitirse estas re-

laciones, las instituciones de deuda y crédito conservan su independencia, sin llegar a formar una construcción unitaria.

Antes de pasar al estudio del derecho español sobre la materia es conveniente estudiar algunas figuras jurídicas distintas, que algunos confunden. Así sucede con la cesión de derechos del arrendatario, que, entre los juristas latinos, para mayor brevedad, se llama cesión de arrendamiento, la cual no presenta dificultades para la transmisión por eliminarse la cuestión de la sucesión en las deudas.

Conviene distinguir la cesión del derecho de arrendamiento de la del uso; ésta no comprende la del arrendamiento, pudiendo ser uso concedido a los servidores o a los huéspedes y parientes, la cual no cae dentro de la esfera regulada por el derecho; es preciso que se constituya un derecho a favor de tercero para que se produzca la figura jurídica de la cesión. Hay algunas otras figuras asimiladas a la cesión, y son las siguientes: La sustitución que se concede en Alemania al deudor para que cumpla por sí o ponga en su lugar otra persona que cumpla por él; el traspaso de industrias o empresas en las que lo principal es la cesión de créditos, sometida a determinadas cargas que puede originar derechos a favor de terceros; pero habrá verdadera cesión de arrendamientos (en España novación de contrato), y no subarriendo, cuando el arrendatario sea sustituido por otro nuevo, de conformidad con el arrendador, quedando el antiguo arrendatario como fiador del nuevo.

2.º *La cesión del arrendamiento en el derecho español.*—Ante todo hay que reconocer que en derecho español lo que existe es una sucesión en los derechos del arrendatario; en esta cesión intervienen sólo el cedente y el cesionario, quedando fuera el arrendador, y si interviene éste, cambia la relación jurídica; no cabe una sucesión en las deudas sin consentimiento del arrendador, pero con ello se produce una novación de contrato; claro que, al celebrarse la cesión, los contratantes entienden que el cesionario queda responsable de todas las obligaciones del contrato frente al arrendador; pero el cedente queda obligado como antes; es sólo un caso de cesión de créditos, en que el cesionario aparece sometido a ciertas cargas.

Esta doctrina no deja de ser controvertida. Fubini no concie-

be una figura híbrida de contrato bilateral en que, por el hecho de la cesión, dejen de ponerse en relación las respectivas prestaciones; pero le replica Scaduto que no se pierde tal carácter por que el derechohabiente a las prestaciones del arrendador sea una tercera persona, distinta de la que continúa obligada como arrendatario; la relación entre ambas prestaciones continúa invariable, produciendo por ello el contrato todos sus efectos.

Una posición contraria a la nuestra se encuentra también en Abello, al admitir una acción directa del arrendador frente al cesionario, fundándose en que el cesionario, al comprometerse a ejecutar las obligaciones del arrendamiento, ha comprado los derechos del cedente, gravados con otras cargas; esto es un error de técnica jurídica, pues no se comprende cómo de un puro contrato de cesión se pueda construir una obligación respecto a tercero, si ésta no forma un pacto del contrato en que se convenga la cesión, pues la afirmación de que ha comprado los derechos del cedente gravados supone que el derecho del arrendamiento sea un derecho real gravable, lo que está en contradicción con el mismo autor, que admite en el arrendamiento carácter obligacional.

La falta de acción del arrendador frente al cesionario es lógica mientras no se establezca una relación obligatoria entre ambos; lo que puede ocurrir es, como indica Bruno, que la notificación de la cesión, como implicadora de un nuevo deudor, produzca una obligación imperfecta o *adpromisio*, que, a diferencia de la *expromisio*, no supone novación. En nuestro Derecho puede darse la hipótesis de una delegación cumulativa en el caso de que el cesionario se obligue con el cedente a cumplir las obligaciones del contrato, pacto que sería válido si lo aceptaba el arrendador, y que no alteraría la relación jurídica del arrendamiento, pues el sujeto pasivo continuaría siendo el arrendatario.

En nuestra legislación podría encontrar fundamento la transmisión de la relación jurídica productora de derechos y obligaciones si se regulara, como en la alemana, la transmisión particular en las deudas; los esfuerzos de De Diego no han tenido éxito, pues en nuestro Derecho, mientras no se modifique, cuando un deudor se sustituye en lugar de otro siempre se verifica novación; lo contrario nos llevaría a acudir, para su regulación, a otras instituciones análogas que nos llevarían a resultados absurdos e in-

justos. Por lo tanto, y apoyándonos en la letra del artículo 1.526, que habla de cesión de crédito, derecho o acción—lo que manifiesta que está muy lejos de su espíritu la cesión de relaciones jurídicas—, al hablar en adelante de la cesión de arrendamiento, se entenderá que sólo nos referimos a la cesión de los derechos del arrendatario.

3.º *Posibilidad de la cesión de arrendamiento.*—Hay gran divergencia en la materia, seguramente por confundirse los conceptos de relación jurídica como conjunto de derechos y obligaciones con el de cesión sólo de los derechos; pero en este último sentido no habrá dificultad teniendo en cuenta el artículo 1.112 del Código civil. Hay, sin embargo, gran número de autores que estiman admisible la cesión del arrendamiento, cuyos argumentos vamos a examinar:

1.º El argumento básico es el artículo 1.550; pero en él no se trata de una cesión total del arrendamiento, sino sólo de los derechos del arrendatario; esto sin tener en cuenta los principios que rigen la transmisión de las deudas, la necesidad de la conformidad del acreedor (artículo 1.257) y que, en el caso de conformidad, nos encontraríamos con una novación (artículo 1.205).

2.º Que la cesión no es más que un subarriendo; esta afirmación es errónea, pues si así fuese no sólo iríamos contra las palabras y la voluntad de los contratantes, sino que se producirían efectos jurídicos absurdos, pues como el subarriendo sólo crea obligaciones entre el subarrendador y el subarrendatario, no se habrá de establecer entre el arrendador y el subarrendatario la situación de acreedor y deudor, y, por lo tanto, no podrá exigirle compensación, lo cual podrá hacer frente al cesionario.

3.º «Contra la cesión—pregunta Planiol—, ¿qué interés hay en crear categorías jurídicas que no tienen interés práctico y que no producen otro efecto que apelmazar la ciencia del derecho y suscitar procesos?»

A esta interrogación pueden hacerse las siguientes observaciones:

a) Con la cesión del arrendamiento no se crea ninguna categoría jurídica nueva; sólo se hace aplicar la cesión de créditos, derechos o acciones; en cambio, su exclusión necesitaría justificarse.

b) La labor del jurista moderno debe consistir en crear el mayor número posible de fórmulas jurídicas que puedan contener las imprevistas modalidades del desarrollo del tráfico económico.

c) El subarriendo, contra la opinión de Planiol, no es el medio más cómodo de traspasar los derechos resultantes de una relación de arrendamiento, pues puede el subarrendador, de acuerdo con el arrendador o incumpliendo el primer contrato, destruir la relación jurídica de subarriendo, volviendo la cosa al propietario, y perdiendo el subarrendatario el derecho al goce de ellos, tiene el subarrendador que responder por un hecho ajeno, al quedar obligado con el subarrendatario por un nuevo contrato, y puede ser también nocivo socialmente, pues da vida a los intermediarios, que pueden convertirse en explotadores de propietarios y arrendatarios. La cesión, en cambio, ofrece las siguientes ventajas: el cedente no podrá hacer inútiles los derechos del cesionario; el cedente responderá al arrendador en los términos que antes, y al cesionario sólo de la *veritas* y, en todo caso, de la *bonitas* del crédito.

4.º También se hace notar que nuestro Código, a diferencia del francés y del proyecto de 1851, trata sólo del subarriendo, no de la cesión, lo cual parece intencionado; no es de valor el argumento, pues ya regula de una manera general la cesión de derechos, créditos y acciones.

Nuestra jurisprudencia está conforme en admitir la cesión del arrendamiento, pues si bien la Sentencia del Tribunal Supremo, fecha 16 de Junio de 1915, frente a las alegaciones que fundaban el recurso en la existencia de un contrato de cesión, y no de un subarriendo, afirma «que las fincas fueran transferidas del modo único que podían traspasarse, o sea en los respectivos conceptos de subarrendador y subarrendatario, no transmitiéndose otros derechos que los reconocidos en la ley a favor del último», el criterio ha sido rectificado por la jurisprudencia posterior; así, la Resolución de la Dirección general de los Registros de 12 de Marzo de 1902 dice: «Considerando que la inscripción del arrendamiento convierte a éste en un derecho real, que puede enajenarse cuando no se ha prohibido expresamente, según declara el artículo 1.550 del Código civil»; resolución de alto significado, pues no fundamenta el carácter de enajenable (esto es, cedible) en el

carácter real que la inscripción le da, sino en el artículo 1.550, que permite el subarriendo, o sea que, en virtud del carácter patrimonial que le asigna el Código, le son aplicables las disposiciones generales de la cesión de derechos; esta tendencia ha sido confirmada por el Reglamento hipotecario de 6 de Agosto de 1915, artículo 20; y por si quedaba duda de que la doctrina se fundara en el carácter real atribuido a los arrendamientos inscritos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Junio de 1927 manifiesta, clara y científicamente razonada, la diferencia entre cesión de arrendamiento y subarriendo, al afirmar que no es posible confundirlos, «porque el subarriendo implica un nuevo contrato de arrendamiento, y las relaciones que este acto jurídico integran son las propias del contrato de arrendamiento, mientras que la cesión significa el traspaso que hace de sus derechos y obligaciones a un tercero, con todas las acciones que le son anejas, en los distintos casos y momentos de su ejercicio, y de aquí que se haya dicho que la cesión del arrendamiento es un derecho de simple tracto, mientras que el subarriendo es un derecho de tracto sucesivo»; esta sentencia, muy plausible, tiene el punto flaco de admitir el traspaso de derechos y obligaciones, pues la cesión sólo es el traspaso de créditos, derechos y acciones, y si se admite el de las obligaciones se extinguirá la obligación principal por la aceptación del nuevo arrendatario, y nos encontraremos ante un caso de novación, como se ha dicho antes; tanto es así, que el mismo Tribunal Supremo se ha visto precisado a admitir que esta cesión tiene caracteres distintos de la regulada en el Código civil, lo que equivale a reconocer que se encuentra ante un fenómeno jurídico distinto.

III. *Efectos de la cesión y del subarriendo.*—Las dos figuras jurídicas producen distintos efectos, luego son diferentes.

Esmein trata de demostrar la tesis contraria. Distingue las relaciones jurídicas que se producen entre los sucesivos detentadores de la cosa arrendada de las que se originan entre estas personas, arrendatario, cedente o subarrendador y cesionario o subarrendatario; respecto a la primera relación se producen los mismos efectos; respecto de los segundos distingue en que el arrendatario tenga intención de transmitir por completo el arrendamiento, liberándose de toda obligación, o entienda continuar como arrendatario. El

arrendador queda siempre obligado con los detentadores de la cosa, y éstos tienen acción directa para hacer cumplir sus obligaciones, lo mismo que el arrendador la tiene con el cesionario o subarrendatario. En la relación entre arrendatario cedente y subarrendador y cesionario o subarrendatario, distingue; el arrendatario está obligado a mantener al subarrendatario en el goce de la cosa, mientras que el cedente sólo está obligado a garantizar la existencia del derecho cedido.

Esta doctrina, muy semejante a las de Laurent y Planiol, es muy sugestiva, porque no se puede negar que las dos figuras jurídicas tienen un elemento común único—el referirse a un arrendamiento anterior y el producir una relación nueva de posesión—, por eso se señalarán claramente los argumentos que se puedan presentar contra ella y de paso se irán señalando los distintos efectos de una y otra.

1.º La pretendida acción directa del arrendador frente al cesionario. Esmein entiende que de la misma manera que el arrendador posee una acción frente al subarrendatario, también la tiene frente al cesionario, pues el cedente entiende que éste, con la cesión, se libera de sus obligaciones; pero esto no es siempre así, como se ha demostrado contra Planiol, y si existe y con ella está conforme el arrendador, no habrá cesión, sino novación.

Esta pretendida acción directa es resultado de las teorías expuestas, que ven en la cesión una transmisión de obligaciones; aquí hemos refutado ya estas teorías, luego...; y no se diga que al no admitirla, el cesionario puede violar los derechos del arrendador, pues como sólo se le han cedido los derechos del arrendatario, sólo podrá ejercitar estos derechos, y en cuanto se extralimite el arrendatario tendrá, no una acción nueva, sino la primitiva del contrato de arrendamiento para impedir que use derechos que no le fueran cedidos.

2.º La pretendida acción directa del cedente frente al arrendador. Se ha sostenido que el cesionario no obtiene la situación que corresponde al arrendatario, sino que el cedente conserva acciones frente al arrendador después de la cesión. Admitir esto sería negar la cesión, o concederle efectos limitados. En la cesión se traspasan todos los derechos del arrendatario, con excepción de la cesión parcial, pero entonces no sería cesión de arrendatario, sino de tal

derecho del arrendatario, o sea que el cesionario es el sujeto activo de la relación de arrendamiento, quedando el arrendatario sólo como sujeto pasivo de dicha relación, conservando el único derecho de cumplir las obligaciones arrendaticias y si se le impide su cumplimiento, ya por el arrendador o por el cesionario, quedará libre de los efectos de culpa o mora; por lo tanto, no hay peligro de que el cedente sea víctima de una conspiración tramada entre el arrendador y el cesionario.

Abello, contra lo expuesto, presenta la hipótesis de que el cesionario no haga las reparaciones y el arrendador no las pida; al fin del arrendamiento, el propietario tendrá derecho a exigir las del arrendatario; ninguna consideración puede inducirnos a conceder al cedente una acción directa frente al arrendador, como pretende Abello, pues no se impide que el arrendatario denuncie la necesidad de las obras; por el contrario, no sería equitativo aumentar las personas que puedan ostentar acciones contra el arrendador y si sería absurdo que un derecho totalmente transmitido continuase existiendo a favor de la persona que lo transmitió.

3.º Naturaleza de la acción directa del arrendador frente al subarrendatario. Las disposiciones que han producido mayor número de divergencias son las que regulan las relaciones jurídicas entre arrendador y arrendatario, contenidas en los artículos 1.551 y 1.552 de nuestro Código.

Para explicar estas normas se han inventado diversas teorías sin sólidos fundamentos. Se ha dicho que la relación existente entre el arrendador y el subarrendatario se deriva de un mandato tácito que aquél concede al subarrendador en el momento del subarriendo; tal explicación no justifica la intervención del arrendador en el contrato de subarriendo; existe, a lo sumo, una autorización que el arrendatario puede o no utilizar, sin que se le siga ninguna responsabilidad al no hacerlo; además, si el arrendador se opone, como no se podría admitir la existencia del mandato tácito, habrá que negar la acción del arrendador.

Es semejante a la anterior la llamada de representación indirecta, pero es difícil concebir cómo el subarrendador representa al arrendador cuando contrata en su exclusivo interés, observación también aplicable a los que ven en el subarriendo un contrato a favor de tercero, el arrendador, cuando éste no puede ejercer ningún

derecho sino después de la intimación, correspondiendo todos antes de ella al subarrendador.

Para obtener una solución cada vez más difícil ateniéndose sólo a las disposiciones legales, han estudiado los autores la historia de la disposición, la manera de surgir y las causas que la originaron.

En el derecho francés, ha entendido su jurisprudencia que el artículo 1.753, análogo a nuestro 1.552, concede al arrendador una acción directa frente al subarrendatario, hasta el punto de poderle exigir indemnización que deba el subarrendador por causa de incendio. Fundándose en el derecho histórico francés ha hecho patente Laurent la imposibilidad de una acción directa por un contrato en el que no ha intervenido, pero ha querido ver en la acción del arrendador el resultado de la acción real que le corresponde sobre todos los muebles de la casa, derecho que no desaparece y que podrá hacerse efectivo aun contra tercero; mas el artículo 1.750 del Código francés lo que hace es resolver la situación injusta en que podría hallarse el subarrendatario si respondiera con sus muebles de una deuda que no era suya; es, como resume Planiol, una disposición restrictiva que limita el derecho de prenda del arrendador. Esta teoría es inaplicable a nuestro Derecho, pues en el número 7 del artículo 1.922 sólo concede preferencia a los créditos por alquileres y renta de un año, sobre los bienes muebles del arrendatario existentes en la finca arrendada y sobre los frutos de la misma; luego quedan excluidos todos los muebles introducidos en la finca, aunque lo sepa el dueño, y los muebles de ésta que no se hallen en ella; otra solución pugnaría con nuestro ordenamiento jurídico, que no admite el establecimiento del derecho de prenda por débitos ajenos, sin consentimiento del interesado, sin contar que se falsearía el artículo 1.552, pues el dueño de una cosa dada en prenda por débito ajeno no debe nada, sólo tiene constituido un derecho real sobre su cosa, cuya propiedad puede llegar a perder, pero no responderá con su restante patrimonio, que es lo contrario de lo que le ocurre al subarrendatario, según el artículo 1.552.

La jurisprudencia francesa no ha seguido esta teoría, sino que funda la acción directa del arrendador en *le contrato de bail et le fait de l'habitation*, creando una especie de cuasi contrato fundado en la ocupación no reconocida por la ley o transformando

arbitrariamente una obligación personal con otra *propter rem*. Ante estas dificultades se ha pretendido mostrar esta norma como consecuencia de otra más general y amplia; así se la ha reducido a la acción subrogatoria, pero no ha sido posible, porque el subarrendatario no puede oponer al arrendador los pagos adelantados hechos al subarrendador, y, además, la norma del artículo 1.552 se refiere a una obligación directa, distinta de la establecida en el artículo 1.111, como se ve por la no necesidad de exención.

Los romanistas han hecho base de discusión el fragmento 11, número 5 D. 13, 7 de Ulpiano, libro 28 *ad edictum*. Scaduto, después de afirmar que el texto está interpolado y es fruto de una concentración sobre un texto más amplio, debió a los compiladores, que además los modificaron esencialmente, llega a determinar que el subarrendatario tenía la facultad de pagar al arrendador *poe exceptionis* en el derecho clásico e *ipso jure* en el justiniano, que sólo el arrendador tenía derecho de prenda sobre los *invecta et illata* del arrendatario, y sólo el arrendador sobre los del subarrendatario, no el arrendador sobre los de éste. Sobre esta base sostiene que el contenido del artículo 1.574 (1.552 de nuestro Código) no se extiende más allá del pago de las sumas debidas, y que la obligación del subarrendatario de pagar al arrendador no es consecuencia inmediata ni del contrato del arrendamiento ni del de subarriendo; no del primero, porque el arrendador se dirigirá en primer lugar al arrendatario, y sólo cuando éste no pague, o tenga el temor racional de que no ha de hacerlo, podrá dirigirse al subarrendatario; no del segundo, porque el subarrendatario sólo debe pagar después de justificada la intimación al arrendatario.

Este razonamiento es aplicable a nuestro Derecho, pero no en todas sus consecuencias. Según la forma de redacción del artículo 1.551, se estima como natural al subarriendo la obligación del subarrendatario respecto del subarrendador, mientras que de manera expresa se crea un vínculo a favor del arrendador por todos los actos que se refieran al uso y conservación de la cosa arrendada en la forma pactada entre el arrendador y el arrendatario; esto unido a la manera de expresión hace creer que se quiso crear una obligación legal derivada de razones de equidad, y entonces sería preciso adjudicarle el carácter de no presunción, que atribuye el artículo 1.090 a las obligaciones legales; pero no hay necesidad de recurrir a esta presunción, pues al fundarse la relación jurídica

de subarriendo en la primaria de arrendamiento no puede exceder de los límites que determina el arrendamiento.

El artículo 1.551 no crea ningún derecho a favor del arrendador; es un derecho latente en el contrato de arrendamiento; éste sí los crea a favor del arrendatario, pero limitados, y sólo en base de ellos puede crear relaciones jurídicas de segundo grado; podrá decirse que el derecho concedido al arrendador por el artículo 1.551 para obligar al subarrendatario a que use y conserve la cosa en la forma pactada, más que nacer del subarriendo, se manifiesta por el hecho del subarriendo.

El artículo 1.552 presenta máximas dificultades, pero intentaremos hallar una justificación a esta norma y mostraremos a la vez su enlace y alcance dentro del sistema jurídico español.

En contra de lo sostenido por Scaduto, parece que este artículo no concede un verdadero *jus singulare*, sino que es una consecuencia de los derechos creados por la relación de arrendamiento, que se hace patente por el hecho del subarriendo. Debe tenerse en cuenta, al averiguar el alcance del artículo, el 1.992 en su número 7; si se investigan los derechos que se derivan de este último a favor del arrendador, se observa que se le concede una preferencia sobre los frutos que produzca la finca, y como no puede pensarse que haya sido redactado sólo para las fincas rústicas, hay que entender la preferencia sobre toda clase de frutos enumerados en el artículo 354, que en las urbanas será normalmente civil. Veamos la situación del arrendador, cuyo arrendatario haya subarrendado, si se entienden por frutos sólo los naturales; los muebles y los frutos naturales serán de un tercero, el subarrendatario, que en virtud del subarriendo adquirió derechos sobre ellos; pero si, como parece la interpretación correcta, se entienden también por frutos los civiles, éstos, o sea el alquiler, pertenecen ya al arrendatario, y sobre ellos debe constituirse la preferencia, a favor del arrendador, concedida por el número 7 del artículo 1.922. Con esta interpretación, el artículo 1.552 será una consecuencia natural del 1.922, pudiendo tener el subarrendatario en su poder los frutos que corresponden al arrendatario por estar obligado a pagar el alquiler del subarrendador.

El párrafo último del artículo 1.922 establece el derecho a favor del arrendador de reclamar los bienes muebles que hubiesen sido sustraídos o que por cualquier causa no estén en poder del deudor

y sobre los que tenga un derecho de preferencia ; el artículo 1.552 ofrecerá el aspecto pasivo de esta disposición ; el subarrendatario quedará obligado, desde el momento del requerimiento, por el importe del precio que se halla debiendo, o sea, de los frutos civiles pertenecientes al arrendatario que tenga en su poder ; las últimas palabras de este artículo manifiestan el temor de que el arrendador quede defraudado en sus derechos y la consideración de que en todo pago adelantado hay algo de gratuito e indicio de posible fraude. También parece aportar una prueba a la teoría de que el arrendador no ejercita acción del subarrendador la consideración de la situación en que se hallan las obligaciones accesorias, pues los fiadores del subarrendatario quedarán liberados por el pago adelantado, pues no garantizan la deuda con el arrendador, sino con el subarrendador, mientras que la deuda con el arrendador tiene por causa el tener el subarrendatario en su poder los frutos civiles pertenecientes al arrendatario, y sólo en esta última relación puede surgir la sospecha de fraude.

Esta doctrina parece un eco de la francesa, que quiere derivar la acción del arrendador frente al subarrendatario del derecho de prenda que aquél tiene sobre los objetos que se encuentran en la cosa arrendada ; mas se diferencian radicalmente, pues no se parte del privilegio del arrendador sobre los muebles, sino de la preferencia sobre los frutos, se extiende el concepto de fruto también a los civiles y se funda la obligación del subarrendatario en el derecho que concede el último párrafo del artículo 1.922 al acreedor para reclamar los bienes muebles sustraídos, o sea, en el deber de la persona que tenga esos muebles, incluyendo en este concepto el de frutos civiles, de entregarlos, cuando éste lo requiera a ello.

En contraposición de los efectos de la cesión y del subarriendo, además de los señalados, hay otros que no son más que derivaciones de los preceptos ya expresados, siendo los principales los siguientes : 1.º El subarrendador tiene un derecho de preferencia sobre los bienes muebles y los frutos de la finca arrendada ; el cedente no goza de ninguna preferencia. 2.º El subarrendador tiene obligaciones frente al arrendador por el importe del subarriendo que se halle debiendo al tiempo del requerimiento ; el concesionario no tiene ninguna obligación ; sólo podría darse la acción subrogatoria del artículo 1.111 del Código civil. 3.º El subarrendatario tiene frente al subarrendador todos los derechos que se deriven del contrato de

subarriendo y los que el Código civil otorga al arrendatario; el cedente, en cambio, no responde más que de la existencia y legitimidad de los derechos cedidos al tiempo de la cesión. 4.º La cesión significa el traspaso de un derecho que tiene el carácter de definitivo; el subarriendo es la creación de un derecho de obligación con carácter temporal. 5.º La cesión comprende todos los derechos de uso o goce; el subarriendo comprende sólo los que se estipulan en el contrato. 6.º La cesión no altera el contenido de los derechos cedidos; en el subarriendo se crean nuevos derechos. 7.º Al terminarse la cesión, si no fué condicional o a plazo, sólo podrá pedir la entrega de la cosa el titular del derecho real en la cosa; al terminar el subarriendo puede pedirla el arrendatario si continúa siéndolo. 8.º El subarriendo termina no sólo por el término normal del contrato, sino por convenio entre arrendador y arrendatario de dar por terminado el arrendamiento; en la cesión este derecho sólo pertenecerá al cesionario. 9.º El arrendador y el arrendatario podrán cambiar la forma o modo del uso, goce y conservación de la cosa, cambio que obligará al subarrendatario si le es conocido; esto no se podrá hacer entre el cedente y el arrendador. 10. El cesionario tiene interés en que se notifique al arrendador el hecho de la cesión para evitar los perjuicios que pudieran derivarse contra él; esto nada le interesa al subarrendatario, porque ningún efecto se produce con ello en su favor. 11. Para que el subarrendatario pueda exigir la inscripción de su derecho en el Registro, se precisan las condiciones del artículo 20 del Reglamento Hipotecario, y artículo 2.º, número 5.º de la ley, que son las mismas que para el arrendamiento, aunque los efectos de la inscripción serán más reducidos, pues sólo tendrán toda su eficacia frente al causante y personas que de él deriven derechos, y frente a terceros, sólo los derivados de la publicidad del Registro; en la cesión de derechos se exigen las mismas condiciones que en el precitado artículo 20 del Reglamento, pero el autor opina que hay que dar un valor superior a las palabras al sentido jurídico que la ley Hipotecaria da a la inscripción en todo su sistema. Y efectivamente, si la cesión se hace, como es lo normal, por un precio cierto y determinado y de manera definitiva, no habrá posibilidad de que se cumplan las condiciones de cesión por seis años, ni de que se hayan adelantado las rentas de tres o más años; por lo tanto, sólo se podrá inscribir la cesión en el Registro cuando hubiere conve-

nio entre las partes. A pesar del sentido literal del mencionado artículo 20, el autor opina que es inscribible la cesión de un arrendamiento inscrito, por interesar al orden jurídico que se manifiesta en el Registro quiénes son los titulares de los derechos inscritos; de lo contrario, podrá aparecer como sujeto de un derecho de arrendamiento el que ya lo haya cedido, el cual podrá hasta subarrendar y hacer inscribir el subarriendo, sin que lo pueda impedir el cesionario. Además, si, como hace la ley, se asimila el arrendamiento a los derechos reales, tendremos que atenernos a lo dispuesto en el artículo 14 del mismo Reglamento, y será también inscribible la cesión, por implicar modificación subjetiva del derecho inscribible o inscrito de arrendamiento, por el cambio de titular que supone.

12. Permitiéndose el subarriendo, se darán a favor de los arrendatarios, frente al subarrendador, todas las ventajas otorgadas por el Real decreto-ley de 21 de Diciembre de 1925 y por el de 21 de Noviembre de 1929 a los arrendatarios; los cesionarios, en cambio, no podrán pedir al cedente la prórroga de los derechos cedidos.

13. El cesionario, por actuar derechos del arrendatario, podrá exigir *per se* la prórroga del arrendamiento y demás derechos, concedidos en los Reales decretos-leyes; esto no lo podrá realizar el subarrendatario, por no tener ninguna relación contractual con el arrendador.

Sin embargo, hay un caso en que se le deben conceder los mismos efectos a la mención aislada del subarriendo o de la cesión. En efecto, cuando se prohíbe el subarriendo, debe entenderse que se prohíbe también la cesión, y la causa es que el arrendamiento se puede considerar, o en la forma simplemente patrimonial de entregar una cosa por un precio, sin importar quién sea el arrendatario, o dándole un carácter personal, o sea arrendar la finca sólo a tal persona. Al prohibirse el subarriendo, se quiere significar que se le otorga al arrendamiento un carácter personal incompatible con la cesión; por consiguiente, si en algún contrato o disposición legal se prohíbe el subarriendo, debe considerarse también prohibida la cesión de él. Abona esta doctrina la autoridad de D. Jerónimo González, en su artículo *Arrendamientos urbanos*, publicado en esta misma Revista, año 1926, página 720.

FEDERICO BRAVO LÓPEZ,

Del Cuerpo de Letrados de Gracia y Justicia.

Jurisprudencia de la Dirección de los Registros y del Notariado

PARTICIÓN DE HERENCIA. BIENES RESERVABLES. SON DEFECTOS QUE IMPIDEN LA INSCRIPCIÓN LA NO CONCURRENCIA DE LA VIUDA A LA PRÁCTICA DE LAS OPERACIONES PARTICIONALES Y NO HABERSE LIQUIDADO UN DOCUMENTO COMPLEMENTARIO. LOS HEREDEROS AUTORIZADOS PARA DISPONER DEL CAUDAL TIENEN PRESUNTA FACULTAD PARA SEÑALAR LOS RESERVATARIOS, SIEMPRE QUE DEL REGISTRO NO RESULTEN TERCEROS PROTEGIDOS Y NO CONTRADIGAN ABIERTAMENTE EN LA DESIGNACIÓN LOS PRECEPTOS LEGALES EN LA MATERIA. AUNQUE EN LA ADJUDICACIÓN NO SE CONSIGNE DE MODO EXPRESO EL CARÁCTER DE RESERVABLES DE UNOS BIENES, QUEDA SUPLIDA ESTA FALTA SI EN UNO DE LOS SUPUESTOS Y EN UNA DE LAS DECLARACIONES FINALES SE HACE CONSTAR TAL DECLARACIÓN. NO PUEDE EXTENDERSE LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR COMO TAL AL TIMBRE EN QUE DEBAN HALLARSE EXTENDIDOS LOS DOCUMENTOS QUE EL NOTARIO TRASLADÉ—SIN EXAMINAR SUS FACULTADES EN ESTE ORDEN—DE UNA ESCRITURA MATRIZ A OTRA DE IGUAL CLASE.

Resolución de 12 de Junio de 1930. (Gaceta de 17 de Julio de 1930.)

En el Registro de la propiedad de Ayamonte se presentó, para su inscripción, escritura otorgada en 3 de Mayo de 1928, por el Notario de Gibraleón, D. Abelardo Carpintero, y en ella, por incompatibilidad del Registrador, el Letrado representante del Ministerio fiscal puso la siguiente nota :

«Denegada la inscripción del presente documento por los siguientes defectos : 1.º No aparecer declarada heredera de D. Manuel de Jesús Prieto Fernández su esposa, D.ª Encarnación Muriel González, en la cuota usufructuaria, conforme al derecho que le reconoce el párrafo segundo del artículo 834 del Código civil, sin que conste que dicha interesada haya renunciado del expresado derecho, la que aparece eliminada de las operaciones particionales de la herencia de D. Manuel de Jesús Prieto Feria, a que se

refiere el documento, del que aparece declarado heredero, en unión de sus hermanos, el fallecido marido de la citada Encarnación, como hijo del mismo. 2.º Presentarse como documento justificativo de la transmisión, a favor de D.ª María Bella Fernández Ortiz, de los derechos reservables que en la herencia de D. Manuel de Jesús Prieto Feria correspondían a D. Antonio González Muriel una primera copia de escritura, llamada de transacción, otorgada en Cartaya el 7 de Julio de 1927, ante el Notario D. Abelardo Carpintero, en la que se sostiene que dichos bienes reservables corresponden a la citada D.ª María Bella Fernández, como abuela materna de Bella González Prieto, hija del expresado Antonio González Muriel, sin tener en cuenta que el artículo 811 del Código civil establece la reserva a favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y que pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden, cuyos requisitos no concurren en D.ª María Bella Fernández para considerarla reservataria de unos bienes que proceden en línea de su fallecido esposo. Además, con respecto a la citada copia, no se presenta la declaración del Juzgado competente determinando los herederos de dichos bienes reservables o los documentos justificativos de los que resulten los parientes a quienes dichos bienes correspondan por fallecimiento del reservista, y no figurar en la citada copia de la escritura llamada de transacción la nota del pago del impuesto de Derechos reales en la forma que determina el artículo 28 de la ley de 28 de Febrero de 1927 para que la misma se admita y surta efecto, y hacer en dicha escritura D. Manuel Ruiz Prieto, en nombre de su hijo menor, D. Manuel González Ruiz, reconocimiento de propiedad de inmuebles a favor de D.ª María Bella Fernández, sin la autorización judicial que determina el artículo 164 del Código civil. 3.º Concurrir D.ª María Bella Fernández Ortiz como adjudicataria de los derechos reservables, con arreglo al artículo 811 del Código civil, que corresponden a D.ª Encarnación Muriel González en la herencia de don Manuel de Jesús Prieto Feria, como heredera de su hijo Manuel Prieto Muriel, el cual lo fué de su padre, marido de la citada doña Encarnación, hijo y heredero del citado D. Manuel de Jesús Prieto Feria, cuya adjudicación, que se llevó a efecto en ejecución de sentencia dictada en juicio verbal, en ningún caso puede privarle de la cualidad de heredera, y, en su consecuencia, no debió pres-

cindirse, como se hace en el documento, de la intervención de la misma en las operaciones particionales en que figura como heredera. 4.º Adjudicarse a D.^a María Bella Fernández, como adjudicataria de los expresados derechos, varias fincas, sin hacer constar, respecto de las mismas, su cualidad de reservables ; y 5.º Aparecer en el documento, testimoniados, una copia de poder, un auto de adjudicación y otro de declaración de herederos, cuyos documentos están sujetos a impuesto de Timbre, según la regla séptima del artículo 20 y artículos 108 y 114 de la ley de 11 de Mayo de 1926, sin hacer constar en el testimonio, en la forma que determina el artículo 223 de la citada ley, si está satisfecho el timbre por dichos documentos y en qué forma, no siendo admisibles dichos testimonios, conforme al artículo 219 de la citada ley ; siendo insubsanables los defectos expresados bajo los tres primeros números y subsanables los expresados en los dos siguientes, no procede tomar anotación preventiva.»

En el recurso que interpuso el Notario, el Presidente de la Audiencia declaró hallarse la escritura extendida con arreglo a las formalidades legales, y la Dirección general declara, revocando en parte el auto apelado, la existencia de los dos defectos : de falta de concurrencia a la escritura de la viuda y falta de presentación a liquidación del impuesto de otra escritura, fundamento de aquélla, razonándolo así :

En cuanto al primer defecto, a la herencia de D. Manuel de Jesús Prieto Fernández aparecían llamados su hijo D. Manuel Prieto Muriel y su esposa, D.^a Encarnación Muriel González, por la cuota usufructuaria que le reconoce el párrafo segundo del artículo 834 del Código civil, y como esta señora ha sido eliminada de las operaciones particionales de la herencia de D. Manuel de Jesús Prieto Feria, padre de su esposo, no obstante haber fallecido éste con posterioridad, es indudable que el documento origen de este recurso no se ha otorgado por todos los causahabientes de uno de los herederos ; y que, por grande que sea la tolerancia con que se proceda corrientemente en esta materia, no puede autorizarse como práctica correcta el que no sólo deje de declararse el derecho de la viuda a la cuota usufructuaria legal, sino que se realice la partición en que ella aparece interesada sin su concurso ni representación.

Respecto del segundo defecto, por no existir ni en el Código

civil ni en la ley de Enjuiciamiento de igual carácter un procedimiento adecuado para determinar las personas llamadas en cada caso a la reserva, ni para fijar la cuantía de los bienes reservables y hacer las oportunas adjudicaciones, ha de partirse, cuando del Registro no aparezcan protegidas terceras personas, de la presunción que atribuye a los herederos autorizados, según las normas civiles e hipotecarias, para disponer de la masa relictas, la facultad de señalar los reservatarios y de especificar los inmuebles o derechos reservables, siempre que no se pongan por tales declaraciones en abierta contradicción con los preceptos que regulan la materia, o no sean aquéllas impugnadas ante los Tribunales de Justicia por los presuntos perjudicados.

La transacción otorgada en Cartaya a 7 de Julio de 1927 por los herederos del reservista D. Antonio González Muriel, a quienes corresponderían los bienes objeto de la misma, si no hubiesen reconocido hallarse sujetos a reserva por los parientes en primer grado de D. Manuel de Jesús Prieto Ferra y en tercero de doña Bella González, parte del supuesto y afirmó la conclusión de ser la verdadera reservataria D.^a María Bella Fernández Ortiz, y aunque el argumento de que la nieta Bella González Prieto, origen de la reserva, haya heredado de su abuelo y no de su madre, unido a la afirmación de que los representantes heredan por derecho propio no al representado, sino al postmuerto, sirva para apoyar la opinión del Registrador, se halla coonestada la opinión contraria: primero, porque el Código civil, en sus artículos 933 y 934, contrapone el *derecho propio* a la *representación*; segundo, porque la línea ascendiente ha de ser paterna o materna, y la abuela pertenece, en el caso discutido, a la línea materna; tercero, porque los motivos que el legislador ha tenido para introducir en el régimen hereditario el artículo 811 quedan atendidos desde el momento en que los bienes, en vez de seguir en la familia de don Antonio González Muriel, vuelven a la de su esposa, D.^a Isabel Prieto y Fernández, y cuarto, porque, según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, no procede indagar el origen de los bienes más allá de la persona de quien los hubo la descendiente D.^a Bella González Prieto, y aunque en rigor de derecho ésta no los ha heredado de su madre, D.^a Isabel, sino de su abuelo materno, la Sentencia del mismo Tribunal de 8 de Noviembre de 1894

ha declarado que el representante hereda como si los bienes procediesen del representado.

La primera copia de la aludida escritura de transacción, autorizada en Cartaya por el Notario recurrente, que ha sido presentada como documento complementario, según la nota puesta por el Registrador al final de la misma, no consta haya sido presentada en la oficina competente para liquidar el impuesto de Derechos reales, y aun en la hipótesis de que el Notario tuviese capacidad para recurrir contra este defecto, ha de reconocerse que falta la nota de pago preceptuada por el artículo 28 de la ley de 28 de Febrero de 1927, reservando al mismo funcionario las acciones que pudieran corresponderle para exigir responsabilidad al Registrador por la omisión que le imputa y las facultades que las disposiciones del Ramo pueden atribuirle para poner el hecho en conocimiento de las Autoridades fiscales.

El hecho de concurrir al otorgamiento de las operaciones particionales D.^a María Bella Fernández Ortiz, en el concepto de adjudataria de los derechos reservables que corresponden a doña Encarnación Muriel González, como heredera de su hijo D. Manuel Prieto Muriel, a que se refiere el tercer defecto de la nota recurrida, no puede alegarse para privar a la misma D.^a Encarnación de la cualidad de heredera usufructuaria, porque, tanto en el embargo trabado como consecuencia del juicio verbal civil seguido por D.^a María Bella Fernández Ortiz contra su hija política, como en la adjudicación hecha en consecuencia de dichas actuaciones, se hace referencia únicamente a los derechos que a la deudora corresponden en la herencia relicta por D. Manuel de Jesús Prieto Fera «como heredera que la ejecutada es de su hijo Manuel Prieto Muriel», y se indica que los expresados derechos tienen el carácter de reservables a favor de los parientes que estén dentro del tercer grado.

Frente al razonamiento de que el usufructo se había reunido a la propiedad condicionada que correspondía a la reservista doña Encarnación ha de concederse valor decisivo al criterio del Registrador, porque en los autos de referencia no se han embargado ni adjudicado bienes reservables determinados, sino los derechos que a D.^a Encarnación correspondían como heredera de su hijo, frase precisa que no puede extenderse a los derechos que en el concepto

de legitimaria podía ostentar en la herencia de su marido, D. Manuel de Jesús Prieto Fernández, y, además, porque la extinción del usufructo por confusión o absorción, cuando recae con la propiedad en una misma persona, presuponen que ambos derechos tienen por objeto una cosa cierta y adjudicada, y no es completa, sino que meramente produce la suspensión o parálisis del derecho real cuando la propiedad se halla sujeta a una condición resolutoria.

En cuanto al cuarto defecto, en el supuesto cuarto de las operaciones particionales, que lleva el epígrafe «Liquidación de la herencia», se hace constar, con arreglo a los antecedentes indicados, que D.^a Encarnación Muriel González había adquirido los bienes que debían adjudicarse a su derechohabiente, «por ministerio de la ley, de su hijo, y éste los había heredado de otro ascendiente», por lo cual se afirma «que tienen el carácter de reservables a favor de los parientes que se hallen dentro de tercer grado con el hijo de dicha D.^a Encarnación Muriel, sean parientes de él por línea paterna y vivan al fallecer la repetida Encarnación Muriel González»; declaración que se reproduce en la tercera de las finales del documento calificado, y, en su virtud, aunque en la adjudicación no se haya consignado de una manera explícita el carácter reservable de las fincas adjudicadas, contiene el mismo documento los elementos de juicio suficientes para suplir la manifestación que la nota calificadora echa de menos.

Sin entrar en el examen de las facultades que al Notario corresponden para hacer traslados desde una escritura matriz a otra de igual carácter por no haber sido planteado este problema en el extremo quinto de la nota recurrida, ha de repetirse, con las Resoluciones de 25 de Enero de 1927 y 16 de Abril de 1928, que la calificación del documento presentado no puede extenderse al cálculo del timbre que debió de haberse empleado en el poder y autos de adjudicación y de declaración de herederos insertos en la hijuela de referencia, si bien han de reservarse al Registrador las facultades que en el ordenamiento fiscal, y como funcionario público, le correspondan para denunciar y perseguir las infracciones de la ley del Timbre.

LUIS R. LUESO,

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia administrativa del impuesto de Derechos reales

XLIII

Aportaciones matrimoniales. La declaración hecha en un testamento por la mujer de que el marido aportó al matrimonio determinadas cantidades es insuficiente como prueba de la aportación, y deben reputarse gananciales y liquidarse como tales.

Según los artículos 22 del Reglamento del impuesto, pagarán el 0,25 por 100 las adjudicaciones que en pago de las aportaciones matrimoniales se hagan a los cónyuges, si se hacen en los mismos bienes aportados, debiendo probarse las aportaciones por los medios admisibles en derecho; no tiene tal carácter la manifestación hecha por una señora en su testamento respecto de la aportación del marido, sino el de mera manifestación de parte interesada, que puede hacerse, en la generalidad de los casos, con perjuicio del Tesoro; tampoco es eficaz la declaración de tres testigos posteriormente al fallecimiento de la causante, a tenor de los artículos 1.248 del Código y 659 de la ley de Enjuiciamiento, que prohíben que por la simple coincidencia de testigos, a menos que su veracidad sea evidente, se decidan negocios en que suelen mediar documentos, ya que es carácter propio de las aportaciones que se hagan constar en documento público o privado; el mismo Reglamento del impuesto prohíbe se excluyan del caudal hereditario determinados bienes por la manifestación del testamento, por el testador o por los herederos, de que son de otra persona (artículo 31,

párrafo 17), a menos de que se justifique con documento fehaciente y adecuado a la naturaleza de los bienes; no hecho así, deben reputarse gananciales y liquidarse como tales (artículo 1.407 del Código civil). Acuerdo del Tribunal Central de 2 de Julio de 1929. 163 de 1929.

XLIV

Renuncia de reserva troncal. El reservatario no adquiere, al morir el causante, más que una esperanza de derecho para el caso de que sobreviva al reservista; por lo que si renuncia el reservatario a favor del reservista sus derechos hipotéticos o de esperanza, no es posible liquidar la herencia al reservatario, como si ya la hubiese adquirido, cuando no se abonó la liquidación correspondiente al morir el causante.

Hechos.—A fallece en 1922, y es declarada heredera abintestato su madre, B, girándose las correspondientes liquidaciones. En 1923 B y C—tía carnal del causante A—otorgaron escritura por la que declararon que entre los bienes de A existían algunos procedentes de su abuelo, E, que adquirirían ahora la calidad de reservables a favor de C (hija de E), según el artículo 811 del Código; y a fin de que B reciba esos bienes, como libres, en pleno dominio, C renuncia pura y simplemente el derecho de reserva a favor de B, a cambio de 25.000 pesetas en bienes muebles e inmuebles. La oficina liquidadora liquidó, como cesión onerosa, según el número 14 de la tarifa, al 4 por 100, y aplazó las transmisiones de herencia, afectando al pago de ésta los bienes y poniendo nota en el documento; la Dirección de lo Contencioso acordó la revisión, ordenando se exigiese el impuesto por la nuda propiedad de los bienes reservables, según el artículo 34 del Reglamento, y además que, en vez de la liquidación por honorarios y herencia aplazada, se liquidase como permuta de inmuebles la renuncia de la reserva (aplicando el concepto de muebles e inmuebles, según los adquiridos por la renunciante de esa reserva); la oficina liquidadora *liquidó como herencia sobre la base los bienes adquiridos* y además multa de 30 por 100 y demora de dos años y medio. El Tribunal Provincial desestimó la reclamación, por entender se ajustaba al Acuerdo de la Dirección de lo Contencioso; PERO EL CENTRAL, EN 16 DE OCTUBRE DE 1928, revocó el fallo de aquél, ordenando decidiese,

en cuanto al fondo, porque la Dirección lo único que resolvió es que se girase la liquidación que procediera, sin decidir cuál; confirmada la liquidación de permuta por el Provincial, ES REVOCADA POR EL CENTRAL.

C era reservataria de los bienes del causante heredados del abuelo de éste, según el artículo 811 del Código civil, y la renuncia de sus derechos en favor de la reservista B por bienes muebles e inmuebles en escritura pública satisfizo oportunamente el impuesto según la calificación del liquidador, con lo cual el particular cumplió sus deberes tributarios; y en cuanto a la nueva liquidación, girada a cargo de la reservataria C por adquisición como herencia, ha de tenerse en cuenta que, según Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de Enero de 1911, 21 de Marzo, 7 de Noviembre y 30 de Diciembre de 1912, si bien el derecho de reserva nace en el momento en que un ascendiente hereda de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido a título lucrativo de otro ascendiente o de un hermano, no puede afirmarse que hasta el fallecimiento del reservista asista al reservatario otra cosa que una expectativa de derecho, y hasta ese momento no es, pues, éste heredero de los bienes; y, por lo tanto, a C no puede tenérsela por heredera de A, y por ello los bienes a que se refiere la escritura de renuncia no los ha recibido aquélla a título de herencia, sino que lo que adquirió C, al morir A, fué sólo una esperanza de derecho a heredar esos bienes, esperanza subordinada a que C sobreviviese a la reservista B, sin lo cual no se haría efectivo ese derecho; y como no sólo B vive aún, sino que, por la renuncia de C a favor de B, a cambio de los bienes, ha quedado extinguida la obligación de reservar, y los bienes fueron transmitidos en pleno dominio, y por esa transmisión ya se pagó el impuesto, es improcedente la nueva liquidación girada en concepto de herencia. (Acuerdo del Central de 26 de Noviembre de 1929.) 169 de 1929.

XLV

Competencia para liquidar. Personalidad de los liquidadores para reclamar.

Fallecido un causante en la capital del partido judicial, y otorgado el documento particional en la capital de la provincia, prac-

ticó las liquidaciones oportunas el Abogado del Estado. El Liquidador suscitó competencia, por entender que no radicando en dicha capital la quinta parte de los bienes, según el artículo 104 del Reglamento, carecía de competencia el Abogado del Estado. *La Dirección de lo Contencioso decidió la competencia a favor de éste*, fundándose en que el Reglamento hace la distinción de oficinas de capital de provincia o Subdelegación y las demás; y que el artículo 98 del Reglamento de 1911, reformado por Real orden de 25 de Mayo de 1920, se refiere solamente, al establecer el derecho de opción para liquidar, a las oficinas que se hallan a cargo de Registradores, pero no a las de capital de provincia, por la que pudo el contribuyente presentar el documento donde se otorgó, y no donde murió el causante, aunque allí no radicaran los bienes.

El Liquidador apeló ese acuerdo.

El Central le niega personalidad, porque si bien el artículo 15 del Reglamento de Procedimiento la reconoce, en general, a todos los interesados, el 9.º del mismo exceptúa a los funcionarios, a menos que el acuerdo apelado lesione un derecho particularísimo suyo, y entre esos derechos no está comprendido la decisión de una competencia, sin que a esto se oponga el artículo 105 del Reglamento del Impuesto, puesto que al determinar que los acuerdos de la Dirección son reclamables, se limita a indicar su índole general, y por ello, según ambos Reglamentos, los interesados pueden reclamar, en cuestiones de competencia, en cuanto afecten a sus intereses, pero no los funcionarios, que no pueden alegar un derecho particular afectado por la competencia, como tampoco pueden hacerlo por aplicación de exenciones, disminución de valor comprobado, aplicación de tipo más bajo para liquidar, revocación o anulación de multas, y únicamente se les reconoce derecho para discutir la participación que les corresponda en las multas impuestas; esta doctrina está confirmada por Sentencias del Supremo de 9 de Marzo de 1917, 6 y 8 de Marzo y 15 de Abril de 1919, auto de 9 de Junio de 1909 y 3 de Abril de 1915, y en los artículos 13 de la ley de 2 de Abril de 1900 y 135 del Reglamento de 1911 (hoy 33 y 149 de la ley y Reglamento vigentes). (Acuerdo del Central de 6 de Agosto de 1929.) 173 de 1929.

XLVI

Denuncias y comprobación. Las diligencias instruidas por la Abogacía del Estado, a consecuencia de una denuncia por ocultación del valor de los bienes de una herencia, ya comprobada y liquidada, tienen el mero carácter de actos preparatorios de la revisión de la comprobación y liquidación efectuadas, la cual compete exclusivamente a la Dirección de lo Contencioso, careciendo la Abogacía, en tanto que aquélla no dicte acuerdo sobre la revisión, de competencia para fijar la base liquidable y para ningún otro fin que no sean los preparatorios de esa misma revisión.

Dejada una herencia a una persona se presentó la escritura a liquidación, se comprobaron los valores conforme al catastro y se liquidaron las transmisiones y se ingresó su importe. Antes de los dos años se presentó una denuncia, alegando que el heredero había anunciado una subasta voluntaria de las fincas heredadas por mayor valor del comprobado, y que, en efecto, las fincas valían mucho más, como podía comprobarse con los contratos de arriendo y los de seguros.

La Abogacía elevó el expediente a la Dirección de lo Contencioso, a los efectos de la revisión; pero dicho Centro resolvió *que competía* exclusivamente a la Abogacía la tramitación de la denuncia, según los artículos 168 y 147, número 14 del Reglamento, sin perjuicio de que la Dirección, en momento oportuno, resolviera acerca de la revisión de las liquidaciones; se aportó como única prueba el acta notarial de venta de las fincas, de la que resultó que se habían vendido por valor superior al doble del comprobado; se dió vista al denunciante y al denunciado y se verificó la tasación pericial, que arrojó un valor muy superior al comprobado; la Abogacía dictó acuerdo, fijando, en su virtud, la base liquidable en 23 de Octubre de 1928; el denunciado interpuso recurso de alzada contra ese acuerdo ante el Tribunal Provincial, y, hallándose pendiente ese recurso, la Abogacía dictó nuevo acuerdo en 4 de Enero de 1929 admitiendo la denuncia y ratificando el señalamiento de

la base, contra el cual también interpuso recurso, acumulándose ambos. El Tribunal Provincial desestimó los recursos, declarando que no se daban los vicios de nulidad que invocaba el denunciado y que procedía admitir la denuncia, remitiendo el expediente a la Dirección de lo Contencioso para que dicho Centro resolviese si, una vez admitida la denuncia, procedía la revisión de las liquidaciones giradas.

En Central revoca el acuerdo del Provincial y fija la doctrina del epígrafe.

Las cuestiones planteadas son: 1.ª Si por haberse comprobado legalmente los valores de los bienes cuando se solicitó la liquidación de la herencia procede desestimarse la denuncia. 2.ª Si es improcedente revisar el primer expediente de comprobación de valores y las liquidaciones giradas sobre esa base. 3.ª Improcedencia de la base señalada como consecuencia de la tasación pericial. 4.ª Nulidad del acuerdo de la Abogacía, de 4 de Enero, dictado cuando el asunto estaba sometido ya al Tribunal.

En cuanto a la primera, la desestimación de la denuncia sólo sería procedente si los hechos no resultasen justificados, es decir, si no hay ocultación superior al 10 por 100, pues en otro caso no puede serlo, conforme al último párrafo del número 6.º del artículo 168 del Reglamento, aunque los actos sean conocidos de la Administración, y por ello la Abogacía debe realizar diligencias de comprobación para depurar la denuncia, ya que utilizada la tasación pericial, ha dado como valor el doble de lo declarado por el contribuyente cuando solicitó la liquidación.

Pero la intervención de la Abogacía del Estado en ese expediente está limitada a la tramitación de la denuncia, practicando las diligencias que permitan acreditar ésta, no siéndole lícito ni permitido adoptar acuerdos que suponen la preexistencia de otros que no le incumben a la misma, sino a la Dirección, y por ello cae fuera de su campo de acción el señalamiento de la base liquidable, pues ello acarrearía la consecuencia fiscal de practicar la liquidación sobre esa base, y tal acto no puede realizarse sin la previa revisión por la Dirección, conforme al número 4 del artículo 140 del Reglamento del Impuesto; y por ello mismo la tramitación del expediente de denuncia y la realización de los medios de comprobación no son sino gestiones preparatorias de la reso-

lución de revisión que dicte la Dirección, para lo cual ha de elevarse a la misma el expediente, una vez preparado, sin resolución de la Abogacía ; de ahí que ninguno de los resultados, ni aun la tasación pericial, pueden ser impugnados por el contribuyente, al que no le afectan, en tanto que la Dirección no resuelva sobre la revisión, pues tales actos no envuelven consecuencia fiscal para el contribuyente en tanto no se llegue a aquélla y carecen de los requisitos que deben reunir los administrativos para que sean reclamables ; por último, las liquidaciones primitivas son firmes en tanto no se llegue al indicado período de revisión, no habiendo la Administración, por de pronto, anulado ni modificado aquéllas, sino meramente iniciado o ejercitado la acción de revisión de la comprobación dentro de los dos años señalados en el artículo 82 del Reglamento ; por todo ello, se revoca y anulan los acuerdos recurridos y se repone el expediente al momento de terminar la tasación para que sea elevado a la Dirección y ésta resuelva lo procedente sobre la revisión. (Acuerdo de 10 de Diciembre de 1929.) 175 de 1929.

XLVII

Personas jurídicas. El Tribunal Central carece de competencia para conocer de apelaciones contra fallos de los Provinciales cuando la cuantía de las cuotas liquidadas sobre que verse la reclamación sea menor de 5.000 pesetas, según preceptos aplicables al impuesto de los bienes de las personas jurídicas, y ello, aun cuando en la notificación se indicase que procedía la alzada.

(Acuerdo del Central de 29 de Diciembre de 1929.) 177 de 1929.

XLVIII

Formulada una reclamación contra la imposición de una multa impuesta por demora en la presentación de documento público de arriendo de fincas, en razón a sostener el contribuyente que se presentó en tiempo oportuno por deber ser descontado como inhábil la fiesta del Patrón del pueblo, criterio que rechazaba el li-

quidador, no procede tramitar aquélla como petición de condonación (sobre lo cual nada ha pedido el contribuyente), sino como verdadera reclamación económico-administrativa. (Acuerdo de 15 de Octubre de 1929.) 194 de 1929.

XLIX

Deducción de deudas de un caudal hereditario. No procede deducir una deuda con garantía de valores a favor de una Caja de Ahorros, ni el importe de unas letras negociadas por corredor de comercio, en cuanto a la primera porque las Cajas de Ahorro no son establecimientos comprendidos en el régimen de la ordenación bancaria, como exige el Reglamento del Impuesto, y en cuanto a las segundas, porque no fueron protestadas ni llevan consigo ejecución, requisito preceptivo de aquél.

En una herencia se dedujeron las siguientes deudas del acusante: una, a favor de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad, con garantía de valores inventariados en la misma herencia; otra, por el importe de unas letras a favor del Banco de España, endosadas a éste y aceptadas por el causante.

Se presentaron como pruebas certificados del Banco de España referentes a la operación de descuento de las letras, de un corredor de comercio referentes a la negociación de las mismas y certificación del Director-gerente del Monte de Piedad referente a la deuda a favor del mismo, intervenida por corredor de comercio. Admitida la reclamación por el Tribunal Provincial porque estaban justificadas las deudas con documentos intervenidos por corredor de comercio, y de esa forma fueron aceptadas las letras, lo cual les daba carácter ejecutivo, interpuso recurso la Dirección de lo Contencioso, a la que fué enviado el fallo, a tenor del artículo 141 del Reglamento del Impuesto. El acuerdo *es revocado* por el Tribunal Central.

El artículo 141 del Reglamento autoriza a la Dirección de lo Contencioso para interponer ante el Tribunal Central recurso de alzada, cualquiera que sea la cuantía del asunto, cuando en todo o en parte se acceda a las peticiones de los reclamantes. En cuanto

a la deuda a favor de la Caja de Ahorros, el artículo 101 del Reglamento del Impuesto dispone que es necesario, para que en las transmisiones por causa de muerte sean deducibles las deudas contra el causante, derivadas de préstamos personales o con garantía, sean o no en forma de cuenta de crédito, que hayan sido otorgadas por Bancos con carácter oficial o inscritas en la Comisaría de Ordenación de la Banca Privada, carácter de que carece la Caja de Ahorros, y tanto más cuanto que según el artículo 1.º de los Reglamentos de 13 de Junio de 1922 y 8 de Febrero de 1927 las Cajas de Ahorro no forman parte de la Banca española, y, por el contrario, tienen el carácter de Instituciones de protectorado oficial, según el Real decreto de 21 de Noviembre de 1929, y, por tanto, la póliza intervenida por corredor de comercio de un préstamo a favor de dicha Caja de Ahorros no puede surtir efecto de que se deduzca su importe del caudal hereditario a los efectos de liquidar el impuesto; dicho principio es una excepción del consignado en el mismo artículo de que para deducir las deudas basta estén consignadas en título que lleve aparejada su ejecución; en cuanto a las dos letras a favor del Banco de España, tampoco son deducibles, porque no consta que hayan sido protestadas por falta de pago, como sería indispensable para que constituyeran título con fuerza ejecutiva, según el artículo 1.429, número 4.º de la ley de Enjuiciamiento civil, y 521 del Código de Comercio, ni consta la deuda en póliza original intervenida por Agente de Bolsa o corredor de comercio con los requisitos que exige el mismo artículo; por otra parte, es doctrina legal de la Sentencia de 26 de Mayo de 1928 (*Gaceta* de 3 de Noviembre de 1929), al aplicar el artículo 95 del Reglamento de 1911, idéntico al 101, párrafo primero del actual, que lo que se trata de aplicar es un precepto esencialmente fiscal de ineludible observancia, por extremado y riguroso que sea. (Acuerdo del Tribunal Central de 25 de Febrero de 1930.) 197 de 1929.

L

El contrato por el cual un industrial dedicado habitualmente a la construcción y venta de muebles se compromete a vender y vende muebles determinados para una oficina del Estado, previa formación de presupuesto y su aprobación, presenta califi-

cación de contrato de obras con suministro de materiales ; pero precisamente por esa circunstancia ha de liquidarse íntegramente como compraventa por ser el contratista comerciante habitual del género contratado y dar todos los materiales.

El párrafo tercero del artículo 18 del Reglamento del Impuesto califica como contrato de obras aquel en que el trabajo contratado haya de quedar incorporado a una cosa, sea cualquiera el propietario de ésta, creándola, modificándola o reparándola ; y de acuerdo con tal definición y con el artículo 1.544 del Código civil, la construcción de muebles para un Centro oficial, previa relación detallada de los mismos, de su forma, número y dimensiones, y previa, asimismo, la adjudicación en concurso público y su aprobación por Real orden, no cabe duda de que es un contrato de ejecución de obras, puesto que lo contratado es una obra que ha de realizar el contratista, incorporando su trabajo a los materiales que él mismo fabrica o se proporciona y construyendo los muebles en la forma estipulada ; y si bien el párrafo cuarto del artículo 18 dispone que si el arrendador se compromete a poner una parte de los materiales, se apreciará existe compraventa o suministro, cuyo valor, cuando no se especifique, se presumirá igual a dos tercios de lo convenido, liquidándose dos tercios como transmisión de muebles y un tercio como contrato de obras, tal regla tiene la excepción consignada en el mismo artículo de que los contratos de arriendo se liquidarán íntegramente como compraventas si el arrendador pone la totalidad de los materiales y se dedica habitualmente a trabajos análogos, lo cual ha de apreciarse que ocurre cuando se acredita con el recibo de la contribución industrial y cuando la cuantía del contrato lo evidencia ; además, según el párrafo sexto del artículo 25 del Reglamento del Impuesto, las ventas de material al Estado, cuando no tenga definidas las características del contrato de suministro en la forma que lo define el mismo artículo, entre ellas la entrega a plazos sucesivos y la indeterminación de la cuantía, tributan como compraventa de inmuebles, siendo el pago del impuesto de cargo del vendedor o contratista, y tales condiciones no concurren en el contrato relacionado, que por ello no puede, a efectos del impuesto, ser calificado de suministro, sino de compraventa de muebles ; el que la adquisición se

haya realizado por concurso o por gestión directa sólo afecta a los requisitos que han de cumplirse con anterioridad a la perfección del contrato, pero no a la naturaleza jurídica del mismo, según acuerdos del Tribunal Central de 20 de Enero de 1925 y 8 de Enero de 1929, ya que ni la ley ni el Reglamento del Impuesto exigen tal forma determinada de contrato; no son aplicables las exenciones del artículo 6.º, números 5.º y 8.º, porque ni el contrato es verbal, ya que, aunque no se haya suscrito un documento único, lo cual es accidental, el contratista presentó su proposición y la Administración la aceptó por Real orden; ni se trata de un contrato privado sobre mercaderías, ni se ha hecho por correspondencia, por lo cual no cabe aplicar dichas exenciones, ni cabe otra calificación que la indicada. (Acuerdo del Central de 11 de Febrero de 1930.) 184 de 1929.

GABRIEL MAÑUECO,

Abogado del Estado.

BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO

Capital autorizado 100.000.000 de pesetas
Capital desembolsado . . . 46.687.000 —
Reservas 48.852.936,16 —

Domicilio social: Alcalá, 14, Madrid

CAJA DE AHORROS

Intereses que se abonan: 4 por 100. Libretas, máximo 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.