

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año VI

Agosto de 1930

Núm. 68

La prescripción de los intereses

(Continuación.)

Según la doctrina más generalizada, esta prescripción no puede correr tratándose de intereses ilíquidos, como son aquellos que proceden en los casos en que el crédito principal está sin liquidar (88); pero Baudry-Lacantinerie y Tissier, aun aceptándola en principio, hablan no sólo de no ser líquido el crédito, sino, además, de no poderse aún liquidar (89), y Pugliese se rebela contra ella abiertamente (90). Reconocemos que en un orden teórico hay buenos argumentos para impugnarla, pero entendemos que en nuestro Derecho está impuesta legislativamente, en toda su extensión, por el artículo 1.972; ciertamente que la literalidad del artículo sólo se refiere a acciones para exigir rendición de cuentas, por cesar en sus cargos los que debían rendirlas; pero esto basta para indicar el criterio del legislador, toda vez que, como dice Manresa (91), las disposiciones que dicta el Código después de la regla general del 1.969 constituyen, más que verdaderas excepciones de la misma, aclaraciones particulares de su norma y aplicaciones concretas de dicha regla a determinados casos, que pudieran parecer dudosos sin esa expresa regulación hecha por la ley. De modo que la doctrina

(88) Aubry y Rau, pág. 437; Laurent, pág. 493; Giorgi, pág. 455; Matabelli, pág. 242; Machado, pág. 295.

(89) Ved págs. 623, 626 y 628.

(90) Página 388.

(91) Tomo XII, 3.^a ed., pág. 931.

no sólo será aplicable a aquellos casos claramente comprendidos en el artículo 1.972, como son los intereses debidos por el tutor desde que expira el término legal para rendir cuentas (artículo 286), y los que debe el mandatario de las cantidades que aplicó a usos propios desde el día en que lo hizo (artículo 1.724) (92), sino a aquellos no comprendidos en su literalidad, como sucede con los intereses que, según el artículo 1.501, debe el comprador por el tiempo que medie entre la entrega de la cosa y el pago del precio, si la cosa vendida y entregada produce fruto o renta (intereses que pueden referirse a cantidad ilíquida, dados los preceptos de los artículos 1.447 y 1.448) (93), toda vez que el legislador separa netamente la acción para exigir la liquidación de la acción preferente al resultado de la misma. No habiéndose realizado la liquidación, cabrá que prescriba la acción para liquidar y el crédito principal, pero no puede correr

(92) Hace aplicación del art. 1.972 al mandato la Sentencia de 30 de Octubre de 1917 (*Jurisprudencia civil*, t. 141, pág. 537).

(93) La observación de que el precio puede ser ilíquido da al precepto del núm. 2.^º del art. 1.501 una especificidad, que no encuentra Scaevara, una vez rechazada, su aplicación (contra el criterio de Manresa, t. X, 3.^a edición, pág. 279) a los casos de precio aplazado; en efecto, la naturaleza de correlativos de estos intereses (que les asignan Baudry-Lacantine y Tissier, pág. 615; Crome, pág. 92; Pugliese, pág. 374; De Ruggiero, t. II, página 48 e implícitamente la doctrina patria: así Manresa, t. X, 3.^a edición, pág. 278, habrá de «compensación debida al vendedor y de enriquecimiento torticero por parte del comprador»; De Diego, *Curso elemental de derecho civil español común y foral*, pág. 499, t. V, dice: «que se deben, para evitar el enriquecimiento injusto del comprador disfrutando de la cosa y del precio al mismo tiempo»; Castán, t. II, pág. 355, «que estos intereses vienen a compensar los beneficios que al comprador reportan los frutos o rentas»; y Scaevara, t. XXIII, pág. 705, que «el Código no atiende al llegar aquí a la responsabilidad civil del comprador, por doble o por morosidad, sino simplemente a la circunstancia de que, por haber recibido la cosa vendida y no haberse pagado el precio, obtiene utilidades que no le corresponden»; aunque en la pág. 400 del t. XIX había atribuido a estos intereses la naturaleza de moratorios comprendidos en el número 1.^º del artículo 1.100) hace que se deban, aun respecto de precio ilíquido (véase en este sentido la Sentencia de 3 de Julio de 1897) a diferencia de los moratorios a que se refiere el número 3.^º del mismo artículo en relación con el 1.100, que sólo se deben siendo la cantidad líquida, por ser la liquidez uno de los requisitos necesarios para que exista mora, según la doctrina de que luego hablaremos.

la prescripción especial contra los intereses ilíquidos (94). Lo que sucede es que la aplicación de estos principios tiene un campo muy limitado para desarrollarse en materia de intereses, dada la doctrina del Supremo de que no existe mora, y, en consecuencia, no proceden intereses moratorios mientras que la cantidad principal que deba pagarse sea ilíquida; en este sentido tiene declarado en Sentencia de 22 de Febrero de 1901 (95), «que combinados o puestos en relación los artículos 1.108 y 1.110 del Código, no puede afirmarse que el deudor se constitúa en mora cuando la determinación de la cantidad pedida depende de un juicio previo encaminado a precisarla, ya que por entonces no cabe estimar dicha cantidad como líquida, ya porque en tal supuesto los perjuicios que al acreedor se ocasionen por la falta de pago no son imputables al deudor que de buena fe puede entender le asiste razón derecha para negarse a las exigencias de su adversario, y encontrándose en este caso la cantidad que en concepto de honorarios fué pedida en la demanda, la cual, además, sólo en parte ha sido estimada, es visto que al condenar la Sala a la recurrente a los intereses moratorios, ha infringido la doctrina establecida en aquellos artículos» (96), y en Sentencia de 13 de Julio de 1904 (97), «que no habiendo estado liquidada la cantidad que por razón de perjuicios debe abonarse, no puede estimarse que se incurriera en mora mientras no tuviera conocimiento en virtud de requerimiento por reclamación judicial o extrajudicial de la cantidad que debía abonar, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.100 del Código civil» (98).

(94) Pero recuérdese que la acción para exigir la rendición de cuentas al tutor prescribe también por el transcurso de cinco años (art. 287).

(95) *Jurisprudencia civil*, t. 91, pág. 280.

(96) Se la condenaba al pago de intereses por demora, desde la interposición de la demanda.

(97) *Jurisprudencia civil*, t. 98, pág. 890.

(98) La misma posición adopta la doctrina patria: así, Scaveola, tomo XIX, pág. 466; Manresa, t. VIII, 3.^a ed., pág. 106; Valverde, t. III, página 100; De Diego, t. V, pág. 71; Castán, t. II, pág. 15; y en la doctrina extranjera moderna, De Ruggiero, t. II, págs. 48 y 125, nota 1.^a, y Salvat, pág. 199. Pero ya Windscheid (*Diritto delle Pandette*, Torino 1904, vol. II, parte primera, pág. 90) pareció no admitir la necesidad de liquidez en el crédito para que exista mora; y contra ella se manifiestan en términos más o menos absolutos Giorgi (t. II, pág. 181). Segrè (*Rivista del*

En cuanto a la interrupción de esta prescripción, según algunos autores (99) y jurisprudencia (100), la demanda del capital interrumpe la prescripción de los intereses, como accesorios que son de aquél; pero nosotros entendemos, con Mirabelli (101) y Pugliese (102), que hay que rechazar tal solución (103). Los intereses presuponen un capital que los produce, y de aquí que la interrupción respecto de la prescripción de los primeros afecte a la del segundo; pero en cambio, el capital puede no producir intereses, y de aquí que no es exacto que el que demanda un capital demande, necesariamente, también los intereses. «La falta de expresa reclamación de los intereses—dice Pugliese—debe ser interpretada contra el demandante como reconocimiento de haber sido satisfechos o como renuncia, y esta solución parece desprenderse del párrafo primero de nuestro artículo 1.110» (104).

Después de la interrupción de la prescripción de los intereses, la prescripción que comienza nuevamente a correr es de la misma naturaleza que la anterior; así hay que admitirlo, aunque se trate de interrupción por reconocimiento de deuda. Lo que puede suceder es que haya no sólo un mero reconocimiento, sino novación de la

diritto commerciale, año 1917, vol. II, pág. 486); Pugliese (pág. 388); Coimo (pág. 309); el Tribunal federal suizo, que tiene declarado que la liquidez no es una condición necesaria de la mora; reciente jurisprudencia italiana (citas en Pugliese, pág. 389, notas 1 y 2) y de la Suprema Corte nacional argentina y Cámara comercial, las cuales han resuelto invariablemente que en las demandas por cantidad ilíquida los intereses se deben desde el día de su notificación, porque desde entonces existe la mora del deudor (citas en Salvat, pág. 199, notas 181 y 182).

(99) Laurent, pág. 140; Baudry-Lacantinerie y Tissier, pág. 427.

(100) Casación belga citada por Baudry-Lacantinerie y Tissier, pág. 427, nota 1; Cámara comercial argentina citada por Coimo, pág. 655.

(101) Página 166.

(102) Página 236, nota 3.

(103) Puede encontrarse también apoyo para ello en el criterio manifestado en el primer considerando de la Sentencia de 5 de Julio de 1904 (*Jurisprudencia civil*, t. 98, pág. 773).

(104) Ved, no obstante, las consideraciones de Crome, en pág. 79.—Según la Sentencia de 17 de Octubre de 1925, el párrafo segundo del art. 1.110 se limita a las obligaciones de capital con intereses, por su texto clarísimo y por el lugar que ocupaba el párrafo primero en el proyecto de 1851, que era el tratar del simple préstamo.

deuda, en cuyo caso, desaparecida la primera obligación, la única prescripción que hay que tener en cuenta es la correspondiente a la naturaleza de la nueva obligación (105). En este sentido hay que interpretar la declaración hecha por el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de Octubre de 1904 (106), de que para los efectos de la prescripción del artículo 1.966, «no puede servir de base el origen, causa o razón del reconocimiento de la deuda, sino la naturaleza de la obligación contraída por razón de este mismo reconocimiento» (107).

En último lugar, como ya indicamos, vamos a ocuparnos del problema que suscitan los intereses hipotecarios. En efecto, los intereses pueden estar garantidos hipotecariamente; según la ley Hipotecaria, con perjuicio de tercero, la hipoteca no asegura sino que los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente (artículo 114), y siempre que la estipulación y cuantía de dicho interés resulten de la inscripción misma (artículo 145) (108); no existiendo tercero que pueda resultar perjudicado, es extensiva la hipoteca a la seguridad de todos los intereses (109); y puede dudarse de si la prescripción que estamos estudiando será aplicable también cuando se proceda por acción

(105) Laurent, págs. 177 y 502; Baudry-Lacantinerie y Tissier, páginas 397, 408 y 632; Giorgi, pág. 415; Mirabelli, pág. 148; Pugliese, página 196.

(106) *Jurisprudencia civil*, t. 99, pág. 237.

(107) Ved con relación al asunto: Manresa, t. XII, 3.^a ed., pág. 921; Alas, De Buen y Ramos, pág. 305; los artículos 137 del Código suizo de las obligaciones y 218 del Código civil alemán; y la jurisprudencia argentina citada por Colmo, pág. 650.

(108) Sobre si asegura los intereses legales moratorios, ved en sentido afirmativo Barrachina (*Derecho hipotecario y notarial*, t. III, pág. 87) y Morell (*Comentarios a la legislación hipotecaria*, 2.^a ed., t. III, pág. 746) y negativo, Cruzado (el art. 114 de la ley Hipotecaria, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, t. 124, pág. 253) y Beraud (*Tratado de Derecho Inmobiliario*, t. II, pág. 237, nota 1.—Respecto a si los intereses están también asegurados sobre el máximo, en la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito, ved, en sentido negativo, Morell (ob. cit., 1.^a ed., t. IV, página 245) y afirmativo, Parés (*Revista de Derecho Privado*, t. V., pág. 11, «Hipoteca en garantía de cuentas corrientes») y Ribo (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 1925, pág. 420, «La hipoteca de máximo»).

(109) «Exposición de motivos de la ley de 1861», párrafo 131.

real, tal como la hipotecaria (110), o solamente cuando se proceda por acción personal. El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 31 de Enero de 1903, ya citada, pareció partir del supuesto de que la prescripción del número 3 del artículo 1.966 es sólo aplicable tratándose de acciones personales, como se deduce de que para fundar la aplicabilidad de esta prescripción a las pensiones censales se alegase que «prescriben a los cinco años, porque siendo personales (las acciones para su cobro), a tenor del artículo 1.623 y de la doctrina legal establecida, entre otras Sentencias, en la de 17 de Noviembre de 1896, hay que atenerse al número 3 del artículo 1.966». Pero frente a esta tendencia, la doctrina representada por Manresa (111), Mucius Scaevola (112), Morell (113) y Castán (114), entiende (115) que, dada la generalidad del número 3 del artículo 1.966, no hay base para esta distinción (116). A la misma solución conducen los antecedentes expuestos acerca del origen y finalidad de esta

(110) Artículo 147 de la ley Hipotecaria y Resolución de 5 de Julio de 1922.

(111) Tomo XI, 3.^a ed., págs. 82 y 92.

(112) Tomo XXIV, pág. 380.

(113) Tomo III, pág. 752, 2.^a ed.

(114) Tomo II, pág. 493.

(115) Sánchez Román lo entendió de otro modo, y refiriéndose en general a las pensiones censales, dice respecto de su prescripción (t. III, página 748) que, según el art. 1.963 las acciones reales sobre bienes inmuebles prescriben a los treinta años y esta consideración tienen, conforme al número 10 del art. 334 y al art. 336, los derechos reales o las mismas pensiones que graven con carga real una cosa inmueble.

(116) La afirmación que se hace en términos absolutos en esta Sentencia y en la de 17 de Noviembre de 1896 que cita, de que la acción que se ejercita para el pago de las pensiones es personal, es, además, en sí, errónea, como pusieron de relieve Manresa (t. XI, pág. 94) y Scaevoła (t. XXIV, página 379) y ha sido reconocido por el mismo Tribunal Supremo, que en Sentencia de 1 de Mayo de 1914 (*Jurisprudencia civil*, t. CXXX, pág. 245) ha declarado «que, a tenor del art. 1.623 del Código civil, los censos producen acción real sobre las fincas gravadas, que puede ser utilizada, además de la personal para el cobro de las pensiones atrasadas y de los daños e intereses, confirmándolo el precepto del art. 1.659 y sus concordantes al regular consecuencias procesales del ejercicio de dicha acción; sin que contra tal doctrina sea de apreciar la cita hecha por recurrente de Sentencias dictadas sobre cuestiones de competencia de jurisdicción y prescripción de acciones personales, que no resuelven directa y principalmente el punto de que se trata».

prescripción, toda vez que se originó precisamente respecto de acciones reales, y existe el mismo peligro de aplastamiento por acumulación de los atrasos (117).

Pero al tratar en concreto de la prescripción de la acción para reclamar intereses garantidos hipotecariamente, se presenta en contra un argumento particular, y es el de que la acción hipotecaria es objeto de una prescripción especial consignada en el artículo 1.964 del Código civil y en el artículo 128 de la ley Hipotecaria, y dadas estas disposiciones, podría sostenerse que esta prescripción es de preferente aplicación por ser de mayor especialidad, toda vez que se refiere concretamente a una sola acción: a la acción hipotecaria (118). Así parece entenderlo Barrachina (119) (aunque su idea está obscura), refiriéndose a los intereses moratorios. Morell, en cambio, decide claramente lo contrario: «Mientras la finca hipotecada continúe en poder del deudor y no existan terceros interesados—dice (120)—, el acreedor puede exigir todos los créditos atrasados y cobrarse de ellos con el valor de lo que se le hipotecó, sin más límite que el derivado de la prescripción de cinco años, reconocida en el artículo 1.966 del Código, número 3, en cuanto a todo pago que deba verificarse por años o en plazos más breves, o la que pueda resultar de la aplicación de las disposiciones del artículo 1.110 con relación a la mora en el cumplimiento de las obligaciones.»

Nos inclinamos resueltamente a esta última solución, en favor de la cual, a más de las razones antes indicadas respecto a la aplicabilidad a las acciones reales, creemos que puede aducirse con-

(117) La doctrina aparece explícitamente consagrada por el art. 1.162 del *Novísimo Código civil mexicano*, al declarar aplicable esta prescripción de cinco años a las prestaciones periódicas «ya se haga el cobro en virtud de acción real o de acción personal».

(118) Aun cuando partiendo de la consideración opuesta (de atribuir carácter de ordinaria a esta prescripción) la misma idea de una amplia aplicación reflejan las siguientes palabras de Alas, De Buen y Ramos (página 361, nota 1): «En realidad—escriben—puede decirse que hay cuatro tipos de prescripciones ordinarias, pues el art. 1.964 dice que la acción hipotecaria prescribe a los treinta años, y dada la generalidad de este precepto y el lugar en que está colocado, parece indicar que el legislador considera esta prescripción como una de las ordinarias.»

(119) Tomo III, pág. 88.

(120) Tomo III, 2.^a ed., pág. 738.

cretamente : que ante la falta de un fundamento claro del precepto, su interpretación debe ser restrictiva, y tanto más en contraste con otro de fundamento tan vigoroso como el referente a las prestaciones periódicas de que tratamos, y que a la misma solución de predominio del número 3 del artículo 1.966 conduce el fundamento que más adecuadamente puede asignarse al precepto que consagra esta prescripción especial para la acción hipotecaria. Nos explicaremos.

Decimos que falta un fundamento claro al precepto, porque es es de sospechar que la adopción de este término especial por el Código, más que a una idea meditada (compensación de la garantía hipotecaria ofrecida, según Manresa (121), proceda de haberse limitado el Código a reproducir el precepto de la ley Hipotecaria que fijaba este plazo. Si se hubiera examinado detenidamente el asunto, creemos más probable que se hubiera rebajado el plazo a los quince años que se fijan para las acciones personales, como lo exigía el espíritu del proyecto de 1851 y de la ley Hipotecaria ; en efecto, Goyena (122), fundamentando el artículo 1.967 del proyecto de 1851, que fijaba la prescripción de toda obligación personal por deuda exigible por diez años entre presentes y veinte entre ausentes, aunque subsidiariamente haya hipoteca (123), decía : «El señor conde de la Cañada, citando a Gómez, defiende la Ley 63 de Toro en cuanto hace durar esta acción por treinta años. Pero la hipoteca en las obligaciones o deudas exigibles no es más que un accesorio, un subsidio : ¿cómo, pues, ha de atraer y desnaturalizar lo principal ? : y la exposición de motivos de la primitiva ley Hipotecaria (124), después de poner de relieve las dudas que había suscitado el derecho anterior, según el cual, siendo el plazo de prescripción de las obligaciones de veinte años, estaba dispuesto que cuando en la obligación hubiera hipoteca, la deuda se prescribiera por treinta años y no menos (ley 63 de Toro), y se sostenía por algunos jurisconsultos que la acción hipotecaria podía tener mayor duración conforme a lo dispuesto en las Partidas, declara : «Necesario era poner límite a estas diferentes interpretaciones y fijar el tiempo que debe durar

(121) Tomo XII, 3.^a ed., pág. 925.

(122) Tomo IV, pág. 325.

(123) El Código argentino lo reproduce en su art. 4.023.

(124) Párrafo 143.

la acción hipotecaria ; la Comisión propone el de veinte años, porque siendo éste el señalado para la prescripción de las acciones personales a que está adherida la hipoteca, perdiendo éstas su fuerza, no debe conservarla la hipotecaria, pues que, extinguido el crédito, no puede menos de considerarse extinguida su garantía..» Pues bien, la ley de Bases, en su base primera, disponía que el Código tomara como base el proyecto de 1851 en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento del derecho histórico patrio y la base vigésimasexta (que aunque no menciona expresamente la prescripción, su colocación y su expresión de que en cuanto a «las formas, requisitos y condiciones de cada contrato en particular se desenvolverán y definirán con sujeción al cuadro general de las obligaciones y sus efectos», indican su amplio alcance) imponía el criterio de inspirarse en los desenvolvimientos que exija la incorporación al Código de las doctrinas propias de la ley Hipotecaria debidamente aclaradas en lo que haya sido materia de dudas para los Tribunales de Justicia y de seguridad para el crédito territorial, y ante estas indicaciones no creemos que sea necesario insistir acerca de la solución que se imponía.

Y hemos dicho que a la misma solución de predominio del número tercero del artículo 1.966 conduce el fundamento que más adecuadamente puede asignarse al precepto que consagra esta prescripción especial, porque, a nuestro juicio, aunque no es probable que en ello pensaran nuestros legisladores, considerando objetivamente el sistema del Código, el fundamento más sólido que puede encontrarse para esta especial prescripción está en la modificación introducida en el artículo 1.875, al atribuir a la inscripción, respecto de la hipoteca, el carácter de ser siempre constitutiva (125), toda vez que la inscripción en el registro (126), por la crítica a que están sometidos sus presupuestos necesarios (principio de legalidad) y por la publicidad y presunción de verdad (*juris et de jure o juris*

(125) Sobre la distinción de las inscripciones en constitutivas y declarativas, ved D. Jerónimo González: «El principio de inscripción», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1925, págs. 771 y siguientes, y sus «Estudios de Derecho Hipotecario», pág. 206.

(126) No mediando inscripción hay que entender que las acciones derivadas de la obligación de constituirla y del acuerdo abstracto prescriben a los quince años. Ved en este sentido, C. López de Haro, *Tratado de Legislación hipotecaria*, pág. 1.188, y para orientarse sobre el asunto, el análisis

tantum, según los casos) a ella inherentes, es algo antitético a la incertidumbre del derecho que constituye la base de la prescripción (127). En este sentido, el Código civil suizo (128), en su artículo 807, ha llegado a sentar el principio de que : «La inscripción de una hipoteca hace el crédito imprescriptible.»

Pues bien, admitido tal fundamento, la consecuencia debe ser también excluir de su aplicación a los intereses, como vamos a ver.

Respecto al derecho suizo, en los Comentarios de Schneider y Fick (129) se dice que : «La cuestión de saber si los intereses de capitales garantizados con hipoteca prescriben por cinco años, conforme al artículo 128 del Código de las obligaciones, o son, por el contrario, imprescriptibles, a tenor del artículo 807 del Código civil, no está dilucidada netamente. El artículo 128 está basado sobre la idea de que los intereses deben ser reglados al fin de cinco años, y esto nos hace admitir que los intereses de este género son prescriptibles. La inscripción en el registro inmobiliario no tiene lugar más que para el tipo de interés ; se puede, pues, decir que después de los tres años previstos en el artículo 818, no hay ninguna reserva hecha en favor de los intereses.» Tal solución parece, en efecto, indudable ante el precepto del número tercero del artículo 818, al fijar un límite de carácter absoluto a la garantía de los intereses, como lo confirman las palabras de la exposición de motivos a él referentes (130), y prueba de ello es que habiéndose llevado a cabo la revisión procedente para agregar el Código de las obligaciones al Código civil,

que hace D. Jerónimo González en su estudio «Valor hipotecario del consentimiento», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1926, páginas 525 y 526.

(127) La Sentencia de 8 de Mayo de 1903 (ya citada) señala el fundamento de la prescripción considerándola «encaminada, principalmente, a dar fijeza y certidumbre a la propiedad y a toda clase de derechos emanados de las relaciones sociales y de las condiciones en que se desarrolla la vida, aun cuando éstas no se ajusten siempre a principios de estricta justicia, que hay que subordinar, como mal meno, al que resultaría de una instabilidad indefinida».

(128) Edición trilingüe, A. Francke, Berne, 1908.

(129) *Commentaire du Code federal des Obligations*, por A. Schneider y H. Fick; t. I, revisado por F. Fick con la colaboración de A. de Morlot; traducción francesa de Max-E. Porret. Neuchatel, 1911. Pág. 265, núm. 15.

(130) *Exposé des motifs de l'avant projet du Département fédéral de Justice et Police*. Berne, 1901. T. III, pág. 205.

como libro V (Ley de 30 de Marzo de 1911), no se creyó necesaria aclaración alguna.

En el sistema del Código civil alemán, la solución de la cuestión era más necesaria, porque no se limita, en general (131), la responsabilidad respecto a los intereses (132); de aquí que se consigne explícitamente y con insistencia. El Código civil alemán parte de la independencia entre el crédito y el derecho real de hipoteca, y, a diferencia de nuestra legislación, en donde, como dice don Jerónimo González (133), «lo que propiamente prescribe es el crédito que arrastra consigo al derecho real», admite que el segundo sobreviva a la prescripción del primero; así, su artículo 223 establece que la prescripción del crédito garantido con hipoteca no impide a su titular exigir el pago sobre el objeto afectado; y en cuanto al derecho real de hipoteca, el artículo 902 dispone que las acciones derivadas de derechos inscritos no prescriben. Pero en ambos artículos cuida de consignar la excepción relativa a la prescripción de los intereses; según el artículo 223, la disposición antedicha no es aplicable a la prescripción de los atrasos de intereses o de otras prestaciones periódicas, y según el artículo 902, la imprescriptibilidad no es aplicable a las acciones que tienen por objeto los atrasos de prestaciones periódicas. Todavía el artículo 1.171, al regular un procedimiento provocatorioconsignatorio, mediante el cual puede privarse al acreedor desconocido de su derecho hipotecario, establece que la consignación de los intereses sólo es necesaria en el caso de que su tipo esté inscrito en el Registro y que los intereses anteriores a los cuatro años precedentes al pronunciamiento de la sentencia de desposesión no deben ser consignados. Según Nussbaum (134), alcanzan los plazos ordinarios de prescripción a las reclamaciones de atrasos de intereses hipotecarios, porque éstos no gozan de los beneficios de la publicidad, pues en la inscripción sólo se indica el tipo de interés.

Ahora bien, este fundamento es perfectamente aplicable a nues-

(131) La excepción en el artículo 1.190.

(132) Ved sobre ello, Nussbaum: *Tratado de Derecho Hipotecario alemán*, página 93 y siguientes.

(133) «La reforma de la Ley Hipotecaria en sus artículos 41, 399 y 400», REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1927, pág. 767.

(134) Pág. 45.

tro Derecho, y él nos lleva necesariamente a concluir que la prescripción de los intereses hipotecarios se rige por el número tercero del artículo 1.966. El hecho de fijar determinada asección hipotecaria en garantía de los intereses y costas—como es frecuente en la práctica—no creemos que pueda alterar los términos del problema, toda vez que en estos casos la hipoteca constituida tiene el carácter de hipoteca de maximum (135), quedando, en consecuencia, supeditada su efectividad a la prueba de la existencia del crédito (136), que es lo que prescribe en nuestro Derecho.

JOSÉ M.^a CASADO PALLARÉS,

Abogado del Estado.

(135) Ved D. Jerónimo González: «Prelación de costas procesales», en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1926, pág. 35.

(136) Ved el segundo considerando de la resolución de 31 de Enero de 1925 y el primero de la sentencia de 2 de Enero de 1928 (*Gaceta* de 20 de Febrero de 1930, pág. 3). Ved también las conferencias de D. Jerónimo González sobre «La Hipoteca de Seguridad», publicadas en *Revista de Derecho Privado*, t. VII; especialmente págs. 132 y 181.

Métodos jurídicos⁽¹⁾

Ignoro a quién habrá hecho más flaco servicio la Sección de Ciencias Morales y Políticas al traerme aquí a inaugurar este cursillo de materias algo fuera de su competencia; no sé si saldrá perdiendo más el respetable auditorio que los colaboradores que han de seguir a un portaestandarte de tan menguada prestancia, o si quedaré en el peor lugar yo que no estoy ahora en condiciones de salud, ni espirituales, para encargarme de la tarea de inaugurar éstas, tan gratas para todos desde otro punto de vista.

Voy a formular algunas observaciones que me han preocupado, especialmente en estos últimos tiempos, sobre los llamados métodos jurídicos.

Como natural de un distrito minero en donde la explotación de las capas, la preparación y beneficio de los minerales y los problemas del transporte absorbían la atención de los intelectuales, y donde el contacto con los Juzgados parecía, en cierta manera, bochornoso, y acaso por una disposición especial para las ciencias exactas, que contrastaba con la poquíssima afición a las jurídicas, siempre fui fácil a los entusiasmos matemáticos e inclinado a hacer comparaciones entre los alentadores resultados a que conducen los cálculos aritméticos y la confusión que en el ánimo producen las investigaciones sobre cualquier punto de derecho.

De vuelta a mi pueblo en las vacaciones académicas, debía conceder beligerancia en el casino de la botica a ingenieros, médicos, farmacéuticos y personas letradas, que discutían sobre cuestiones de Estado con una suficiencia muy superior a la mía, y me

(1) Se han aprovechado para desenvolver el tema las cuartillas taquigráficas de una conferencia dada por el autor en el Ateneo de Madrid.

encontraba hostigado y acorralado por los argumentos de quienes, sin tener ni siquiera las escasas ideas que yo me figuraba haber recogido de Aristóteles, Platón, San Agustín, Santo Tomás, Moro, Campanella, Wolff y Krause, sacaban del fondo de su buen sentido más fruto que yo de mis clásicos.

Era inútil que buscase las resoluciones jurídicas siguiendo el camino por donde, casi niño, llegaba a descubrir un teorema que si como el Mediterráneo estaba ya descubierto hacía siglos, representaba para mí una conquista del razonamiento propio. Cuanto de precisión y seguridad encontraba en el procedimiento matemático, se traducía en obscuridad y vacilación ante cualquier cuestión jurídica.

Voy a condensar en ejemplos el estado de mi conciencia de estudiante.

En una sala de billar, después de comer, me indicó un amigo, no sé si por plantearme un problema, que un abuelo suyo, herrero, pesaba en su taller la mercancía que vendía, hasta 40 libras, con una balanza ordinaria, en que empleaba cuatro pesas tan solo, es decir, que todos los números enteros entre 1 y 40 los obtenía colocando en uno u otro platillo las pesas en cuestión. Esta es de las más sencillas, y pronto hallamos que se trataba de piezas que pesaban 1, 3, 9 y 27 libras. Un peso de 2 libras, por ejemplo, se obtiene colocando la de 3 a un lado y la de 1 en el otro platillo, y así sucesivamente. El pasatiempo no encerraba grandes dificultades, y sólo me permitió citarlo para presentar a vuestra vista el camino seguido en la investigación de una verdad, sabida por cuantos hayan profundizado un poco en sistemas de numeración, pero, quizás, desconocida para alguno de vosotros, ajeno a estos estudios.

Dando vueltas en mi cabeza a los números apuntados, llamó mi atención la particularidad de que todos eran potencias de 3.

$27 = 3^3$, $9 = 3^2$, $3 = 3^1$ y $1 = 3^0$, ya que la potencia cero de un número tiene por símbolo la unidad. E inmediatamente se me ocurrió ensayar la potencia inmediata $3^4 = 81$, comprobando que funcionaba en el problema como las anteriores. La cuestión propuesta era, por lo tanto, un caso particular de un principio general, y como el poner las pesas en un platillo es una operación que puede representarse con el signo más (+), mientras el colo-

carlas en el otro lado equivale a sustraer o emplear el signo menos ($-$), llegué fácilmente a la conclusión de que todo número entero puede ser consignado en potencias de 3, empleadas una sola vez con el signo más o menos.

$$\text{Así: } 297 = 3^5 + 3^4 - 3^3.$$

Al mismo resultado fuí conducido pensando en que si todos los números pueden ser escritos en potencias de 2, empleadas una sola vez y con signo positivo,

$$N = 2^n + 2^{n-1} + 2^{n-2} 2^1 + 1,$$

bastaba colocar, en vez de 2^n , su equivalencia $(3 - 1)^n$, para que en el resultado aparecieran solamente estas dos cifras. En cuanto a la condición de que no saliesen repetidas las potencias, quedaba también justificada, porque el coeficiente 2 se transformaba, a su vez, en $(3 - 1)$.

Como veis, lhabía yo empleado en este razonamiento *la analogía*: el hecho de ser todos los números potencias de 3, me llevó inmediatamente a ensayar la potencia superior inmediata, y al comprobar que desempeñaba el mismo papel que las otras formulé el principio general por *inducción*. Después deduje de un teorema sobre el sistema de numeración binario, que me era conocido, la misma regla.

En cambio, el planteamiento del problema jurídico más sencillo me sumía en el más profundo desconcierto. Las armas del discurso se embotaban en los complejos tejidos de la vida social, y lo mismo cuando debatía con los socialistas de mi pueblo la intervención de los Estados Unidos en la guerra de Cuba, que cuando en 1906 leía las enérgicas disposiciones del Gobierno francés sobre asociaciones culturales, sentía vacilar mi espíritu, cuando no me dejaba arrastrar por un entusiasmo pasajero, que cubría los defectos del razonamiento.

Sin embargo, yo oía que en el fondo de la conciencia tenemos un maestro infalible, que para cada situación hay una ley, grabada con caracteres indelebles y claros en el corazón humano, y que el derecho natural estaba escrito con letras de oro en un libro siempre abierto ante nuestros ojos.

Con un cierto desdén por los estudios salía de las cátedras de

derecho convencido de que, cuando no se me recitaban vulgaridades, se me exponían teorías en cuyo contenido y alcance discrepaban cuantos las abordaban.

¿ Podrían salvarse estas dudas y encauzarse tales investigaciones resolviendo previamente la cuestión del *método jurídico* ?

La palabra *método*, derivada de otra griega, que significa *camino*, designa el procedimiento, la vía espiritual que hemos de seguir para alcanzar el conocimiento científico en una materia. ¿ Se presta el derecho, lo mismo que las matemáticas, a un seguro laboreo, a una investigación firme, a un razonamiento indestructible que permita los avances científicos sin temor a que las conmociones de la opinión derrumben las penosas edificaciones elevadas ? ¿ O estamos en un campo abierto a todos los pareceres y hemos de luchar en iguales condiciones con los ingenieros y los médicos, con los literatos y los periodistas ? Ante la idea de que la especialización, adquirida tras largos años de estudio, de nada sirviera, momentos hubo en que me parecía un verdadero deber el aconsejar a mis compañeros que no gastasen el tiempo en perfeccionar su técnica y que se dedicasen al estudio de la apertura del juego de ajedrez o del gambito de Evans.

Al elegir un tema enfocado sobre los métodos jurídicos, os doy, sin embargo, la prueba de que no desconfío, o, mejor dicho, no desespero de hallar la vía. Lejos de mí la pretensión de sentar las líneas por donde ha de marchar el espíritu humano, si quiere llegar a la adquisición de la verdad jurídica. Ni siquiera intento presentaros la cuestión del método en los momentos actuales. Tan sólo haré algunas observaciones sobre las conquistas de la doctrina.

* * *

Acaso la prueba más elocuente del fracaso de los juristas, en el asunto que nos preocupa, se encuentre en una serie de conferencias o lecciones dadas en el *Collège Libre de Sciences Sociales*, de París, a fines de 1909 y principios de 1910, bajo la presidencia de M. Paul Deschanel, y que fueron inauguradas por el gran Saleilles.

En la oración inaugural este ilustre profesor, después de indicar que un cuarto de siglo antes apenas si se hablaba de la cues-

tión de método, alude a la vejez de los Códigos, a las profundas transformaciones económicas, al estado de dispersión en que se encuentran las leyes administrativas, al papel del Consejo de Estado, que primero valiéndose de la equidad y luego del método constructivo había creado al lado de las *leges* un verdadero *jus...* para plantear el problema de mayor agudeza en los siguientes términos: ¿Cómo negarse a interpretar el derecho mismo en el sentido de las concepciones sociales que tienden a generalizarse y a imponerse?

Y la cuestión que preocupa al maestro es la relativa al poder arbitrario que se quiere conceder a los Jueces para reformar la ley por medio de subterfugios.

Dentro de este marco, tan desproporcionado por su mezquindad con las extraordinarias facultades del jurista francés, a quien Bonnecase acusa de revolucionario, se mueven los conferenciantes, al desenvolver los métodos jurídicos.

Ciertamente, la lección de M. Larnaude sobre «El derecho público, su concepción y su método», ni hará palidecer, como él mismo reconoce, al inmortal *Discurso* de Descartes, ni elevará el concepto que tenemos de las Facultades de Derecho, a quienes separa, al menos formalmente, de las Escuelas profesionales. Pisen sus afirmaciones, acaso un poco anticuadas, sobre la necesidad de que la teoría del Estado, que está muy lejos de la negra suerte que la augura M. Duguit, así como su organización y sus funciones, y sus relaciones con los individuos y los grupos, sean construidas jurídicamente; pero suponer que por el solo hecho de clasificar el derecho público como disciplina jurídica la cuestión del método se halla resuelta, parece infantil. Y más la exposición de este método, compuesto de *inducción* (que consiste esencialmente en investigar los principios en las Constituciones, Códigos, leyes..., en la *práctica* y en las manifestaciones de la vida jurídica) y de *deducción* (sacar las consecuencias de los principios encontrados para las variadísimas hipótesis que la realidad nos presenta). Bien es verdad que el profesor de derecho público no puede limitarse a este método estrictamente jurídico, por lo que M. Larnaude le aconseja que interrogué a la historia y a la legislación extranjera y que no desdenne el derecho ideal *a priorista*. Pero ¡qué hemos de esperar de quien, refiriéndose a la adaptación del derecho a los

hechos, exclama: «La cuestión tiene poca importancia para el legislador, cuya acción es libre».

Berthélémy, a quien correspondió «El método aplicable en el estudio del Derecho administrativo», relega al terreno filosófico la cuestión del origen de la autoridad, al derecho constitucional sus formas y a la economía política o a la social su alcance, para centrar el derecho administrativo en el funcionamiento de los servicios públicos, y señala como características la extrema diversidad de su objeto, la gran movilidad de sus disposiciones y la ausencia de codificación. Estos tres caracteres imponen, en la cuestión de método, conclusiones negativas. Las verdades fundamentales en que se apoya la máquina administrativa y las precauciones que conviene adoptar para ponerla en marcha nos serán reveladas por el conocimiento de la situación política y económica, por la observación histórica, por las experiencias del pasado, por los ejemplos de la vecindad y por el estudio minucioso de las necesidades cuya satisfacción exija la voluntad general.

Dado el papel importantísimo que a la materia económica se concede en el estudio del derecho, era natural que se tratara también en estas conferencias de los métodos en Economía política, y en el desempeño de esta tarea, M. Truchy comienza affirmando que las vivas querellas de los economistas se han amortiguado en la actualidad, y concluye recordando, con Pareto, que las discusiones sobre el método en Economía política carecen de utilidad. En realidad, la existencia de dos métodos, el *inductivo*, que observa los hechos, los clasifica e infiere sus relaciones, y el *deductivo*, que parte de los principios generales obtenidos de otras ciencias, responde a dos concepciones de la Economía política y tiene sus títulos de legitimidad. La escuela clásica, después de haber proclamado la necesidad de ambos procedimientos, se dejó seducir bajo la influencia de Ricardo por el razonamiento abstracto y provocó la réplica de la escuela histórica, que estudiaba los hechos económicos en sus caracteres concretos. El atento estudio de los materiales disponibles condujo a las monografías de la escuela de La Play y a los procedimientos estadísticos y, como natural reacción, al reconocimiento del método deductivo en dos escuelas que intentan reconstruir las teorías de la Economía pura: la psicológica y la matemática. En la exposición de M. Truchy

apenas si se concede importancia a la evolución de los métodos estadísticos, que antes de pasar tres lustros había de culminar en la creación de un Instituto de estadística, unido a la Universidad de París, donde se desarrollan en el actual momento los trabajos de Galton, el fundador de la escuela biométrica inglesa ; Pearson, el autor de la Gramática de la ciencia ; Bortkiewicz, el aplicador del cálculo de probabilidades a la estadística ; Jule, el vulgarizador de la teoría, cuya introducción será pronto traducida al castellano ; Charlier, el jefe de la escuela escandinava ; Keynes, Julin, Bowley, Kelley, Darmois... y tantos otros conocidos en España por los trabajos y discípulos de Flores de Lemus. Esta invasión del álgebra superior, la geometría analítica y el cálculo diferencial e integral en las facultades de Derecho no ha sido ni entrevista por M. Truchy en la reseñada conferencia.

De la lección que en la misma serie ha dado M. Tissier anotaremos como puntos culminantes, dentro de una planicie de vulgaridades sobre el abandono de los estudios procesales, la impopularidad del procedimiento civil, sus funciones características y su papel social y económico, como factor de progreso y riqueza, unos cuantos *descubrimientos* que se le ocurrirían al tendero de ultramarinos de la esquina si se dedicara durante cinco minutos a pensar sobre las condiciones de una balanza ideal : las formas procesales deben ser simples, rápidas, baratas, adecuadas a los avances de la civilización, seguras, justas... : Los abogados no deben enredar los procesos, ni los jueces ir a remolque de las partes interesadas, ni éstas conducirse con deslealtad...

Más ajustado a su tema «El método en Derecho mercantil», desenvuelve Thaller las modificaciones que a los antiguos métodos, inflexibles y teológicos, han aportado el llamado de *observación*, que, sobre todo en el Derecho mercantil, parte de las condiciones a que ha llegado la Economía política en los problemas de producción, circulación y reparto de las riquezas y recoge la materia viva que diariamente le suministran los empleados, empresarios y comerciantes ; el método *constructivo*, verdadero puente echado entre la observación y la escolástica, con el objeto de dar un cuerpo jurídico a las funciones humanas y sociales de cualquier institución, método que no se confunde con los sistemas de *interpretación de textos*, ni se pierde entre las nubes de la fanta-

sía, sino que intenta sintetizar los servicios y las finalidades de las instituciones y construye los conceptos y las relaciones sobre las que ha de apoyarse la demostración jurídica ; y en fin, el método *interpretativo* de los textos, que obliga al profesional a investigar la significación de los artículos y la cadena que los une en la letra de los códigos, en los trabajos preparatorios que los iluminan y en los decretos judiciales que los aplican.

Confiesa Pillet, al tratar del método en Derecho internacional privado, que la palabra «método» encierra diversos sentidos : orden, arreglo, primeros principios de una disciplina, elemento de una rama científica y camino que ha de seguirse. En el campo propio de sus investigaciones se impone, ante todo, la necesidad absoluta de una doctrina coherente, y el método que haya de conducir a ella debe ser independiente de las legislaciones positivas y superior a las normas de competencia ordinaria, e investigar las relaciones entre las soberanías.

Un puesto especial ocupa en la serie de conferencias examinadas la que M. Geny dió bajo el título «Procedimientos de elaboración del Derecho civil», y que pone de relieve las originales ideas apuntadas en *Fuentes de Derecho privado positivo* y desenvueltas posteriormente en los cuatro volúmenes de *Science et technique en Droit privé positif*. De la teoría constitucional de separación de los poderes, y en especial de la idea del *Contrato social*, nació el fetichismo de la ley escrita. La legislación es libre, porque depende de una soberanía sin límites ; la interpretación está esclavizada al texto legal. Hoy existe una poderosa corriente que concede al jurisconsulto la tarea de colmar las lagunas de la ley y hasta de contribuir a la creación del Derecho. La interpretación del Derecho positivo y su constitución legislativa son más bien dos aspectos del mismo fenómeno social de formación bajo el ideal supremo de lo *justo objetivo*. Para realizar una disciplina social, sancionada por el Estado, como el Derecho civil, la actividad del jurista oscila entre dos polos : el *dato (donné)*, que revela la naturaleza social, interpretada según sus condiciones propias y con la vista puesta en el *ideal superior*, y la *constitución (construit)*, que transforma, por medio de artificios, la *regla bruta* en *precepto* capaz de infiltrar en la vida los fines supremos del orden jurídico. Uno y otro caracterizan las ramas del saber que

podemos designar, respectivamente, con los nombres de *ciencia* y *técnica* del Derecho. Si las dos son igualmente necesarias para el total desenvolvimiento del Derecho positivo, y si la *ciencia* puede ser estimada como más fundamental, sólo la *técnica* ofrece al jurisconsulto un campo de acción donde automáticamente pueda crear y renovar el Derecho postulado por la hora presente. Aun aceptando como base fundamental la noción irreductible del Derecho natural, que ahora renace, hay que reconocer que nos niega sus servicios en el momento en que está a punto de sernos útil. Y esta debilidad de la elaboración científica ha de ser suplida por la actividad técnica, que trabaja sobre la materia jurídica, adaptando los medios al fin con el criterio infalible de la comodidad, oportunidad y necesidad práctica. La obra capital de la metodología jurídica es, pues, en el momento actual, edificar una teoría de la técnica del Derecho.

En fin, M. Garçon, que cerró las dos aludidas tareas con un discurso sobre el «Método del Derecho penal», afirma que, como dicha disciplina puede ser contemplada desde puntos de vista diferentes, cabe hablar de dos métodos distintos. Como Derecho positivo, el penal forma parte del Derecho público, y exige del Estado, a quien confiere la facultad de castigar, una protección eficaz de los derechos individuales y de la libertad del ciudadano: nadie puede ser castigado si la ley no ha precisado el delito y establecido la pena. El juez no puede ni debe llenar las lagunas de la ley, y ni aun bajo el pretexto de progreso debemos aceptar como principio el poder arbitrario del juez, de la administración o de los psiquiatras. Pero, por otra parte, se impone el estudio de la psicología, criminología o sociología criminal, cuyo objeto inmediato es investigar las causas reales del delito mediante el estudio de la estadística. Para obtener resultados positivos será necesario emplear las reglas rigurosas del método experimental y poner de relieve el papel que corresponde a la naturaleza misma del delincuente: sus malos instintos, su brutalidad y crueldad, la influencia que sobre él ejercen la miseria, la pereza, el relajamiento, el juego, la educación, el alcoholismo...

En esta serie de conferencias, que parecen encerrar la quinta esencia del derecho científico francés en vísperas de la Gran Guerra,

rra, el afán de vulgarización está, indudablemente, equilibrado por la vulgaridad del contenido.

* * *

A fines del siglo XVIII se plantean ya con decisión los jurisconsultos alemanes la cuestión del método. Thibaut publica su *Teoría de la interpretación lógica del Derecho romano* en 1799, y tras él estudian el problema Hufeland en su *Espríitu del Derecho romano*; Langen las *Contribuciones a la hermenéutica*, y Savigny, en su célebre *Sistema*, donde aparece la interpretación de la ley subordinada a los cuatro elementos: gramatical, lógico, histórico y sistemático. La posición adoptada por este maestro en su, por más de un concepto, histórico programa sobre la capacitación o vocación de su época para las empresas legislativas (1814) había de llevarle a elevar el Derecho a la categoría de ciencia compleja, en la que las leyes figuran en igual plano que el Derecho consuetudinario. Pero si, al negar a su época la vocación codificadora, presuponía y esperaba que una vez llegado a su plenitud el derecho científico, la ciencia podía convertirse en ley y quedar los métodos jurídicos reducidos al campo de la hermenéutica, su visión no alcanzaba el radical desenvolvimiento que frente al texto legislativo adquieren en el siglo XX las teorías del derecho libre, justo y científico.

Ihering, en su *Espríitu del Derecho romano*, abre con entusiasmo el camino a la jurisprudencia conceptual, que más tarde habrá de vituperar por sus abusos y de substituir por las orientaciones teleológicas. Windscheid imprime un vigoroso impulso a las *construcciones técnicas*, cuya finalidad es reducir una relación jurídica a sus conceptos fundamentales. La investigación científica del Derecho no queda recluida en los límites de la interpretación. Cuando ésta ha cumplido su tarea han de desenvolverse los conceptos con la misma adquiridos. El pensamiento específico de la norma jurídica se presenta en conceptos, en agregaciones de elementos que deben ser analizados: la compraventa es un contrato; el contrato, un negocio jurídico; el *negotium*, una declaración de voluntad, etc....

Pero los problemas de método se han exacerbado en los últimos

veinte años, y como posteriores a las aludidas conferencias francesas podemos citar, en Alemania, los trabajos de Heck, *El problema de las conquistas jurídicas*; Danz, *Introducción a la jurisprudencia*; E. Fuchs, *La lucha por la cultura jurídica*; Gareis, *Corrientes modernas en la ciencia del derecho privado germánico*; Heule, *La buena fe en el comercio jurídico*; Heerwagen, *Los deberes como base de los derechos*; Reichert, *El Juez alemán en lo futuro*; Treuk, *Juicios con energía creadora*; Pattai, *La lucha por la ciencia jurídica y el movimiento a favor del derecho libre*; Perehakowiez, *Cuestiones sobre el método en la ciencia*; Spiegel, *Ley y derecho*; Bendix, *El problema de la seguridad jurídica...*

Para dar una idea de la altura a que se elevan las discusiones y de la extensión con que el asunto es tratado, me limitaré a recordar que la obra, de Baumgarten, que lleva por título *La ciencia del Derecho y sus métodos*, consta de dos tomos en cuarto, publicados en 1920 y 1922, y desenvuelve en una primera parte los fundamentos teóricos: *Concepto del Derecho y misión de la ciencia jurídica «de lege lata y de lege ferenda»*; en la segunda, la casuística de la doctrina, con especial referencia a los métodos del positivismo jurídico, y en la tercera resume los deberes de la filosofía del Derecho, compara los dos *leit motiv* de la ciencia del derecho positivo: la teología (jurisprudencia de fines o intereses) y el positivismo jurídico (jurisprudencia conceptual), valora la nueva investigación libre y termina con la crítica del método constructivo (conceptos fecundos, esquematismo y ficcionalismo).

Con Baumgarten hemos de reconocer que nuestra época es la *melódica* por excelencia, y con Hegel, a quien cita para concluir, hemos de recordar que el ave de Minerva no tiende su vuelo en la alegre claridad de la mañana ni bajo el brillante sol meridiano, sino al comenzar las sombras del crepúsculo.

A medida que la discusión se eleva y se coloca en las cimas de la abstracción, falta el aire respirable, se dan los pasos con un esfuerzo desproporcionado al resultado, y más bien que el interés práctico de la cuestión se ponen de relieve sus raíces filosóficas.

* * *

¿Cuáles son las causas de esta confusión y diversidad que multiplica las designaciones de los métodos y altera la dirección de la

brújula con que intentamos orientarnos, permitiendo al primer venido de la calle, aunque ignore la distinción clásica entre derechos reales y de obligación, colocarse frente a los especialistas y medir con ellos las armas de su dialéctica?

Voy a indicar las que, a mi parecer, son dificultades, si no invencibles, invictas, en que tropieza el investigador de la verdad jurídica.

Figura en primer lugar la imposibilidad de contrastar las conquistas de nuestra inteligencia con la realidad jurídica. Pongamos algunos ejemplos para aclarar estas obscuras palabras. Si necesitara, para convencer a un obstinado, demostrar que la diagonal de un cuadrado existente en la realidad es la raíz cuadrada del doble de un lado, sacaría el metro, verificaría las operaciones y le haría tocar la evidencia. Si preguntan a un ferretero qué tuerca servirá para un vástago a rosca que le presentan, determinará su sección, precisará el paso de la rosca y la dirección de la hélice e inmediatamente escogerá en el catálogo la tuerca adecuada. Las dudas que el comprador pudiera formular quedarán inmediatamente desvanecidas por el sencillo procedimiento de atornillar el vástago en la rosca. El fenómeno se realizará tal y como se había previsto. La adecuación de la inteligencia a la realidad, la afirmación de que la tuerca viene *justa* al tornillo, se demuestra sencillamente y de un modo incontrovertible.

Pero frente a estos problemas que se refieren a la realidad física, encadenada por el principio de causalidad en cuanto cognoscible, se encuentran los problemas del Derecho, de la finalidad, del *telos*, de *lo que debe ser*, en contraposición a *lo que es*. Aquí no basta con observar lo que pasa en el mundo, sino que, remontándonos a consideraciones superiores, hemos de enjuiciar a la existencia y censurar los acontecimientos, lo que en las investigaciones biológicas o físicas sería una insensatez o una bufonada. Recuerdo, a este propósito, que en una de las obras de Voltaire un médico, después de haber asegurado a su cliente que perdería un ojo, comprueba que, efectivamente, lo conserva tan sano, y escribe una obra para demostrar que la Naturaleza se había equivocado. Esta situación ridícula del biólogo que se niega a reconocer las realidades del mundo exterior, es la posición natural de todo jurista que trata de indagar en un momento dado la exis-

tencia de normas reguladoras aplicables a las relaciones sociales. ¿Se equivocan la historia, el pueblo, las multitudes..., la Naturaleza?

No basta con atestiguar que una institución se encuentra en varios países y durante muchos siglos para admitir su justicia. Ninguno de vosotros vacilará en negar la legitimidad de la esclavitud y en excluirla de lo que para muchos constituye el derecho natural, a pesar de que no hace siglos era una institución universal y en la actualidad todavía se halla arraigada en el continente negro. ¿Por qué decimos que las antiguas civilizaciones se han equivocado?... ¿Que las tribus africanas no conocen los dictados de la razón jurídica? ¿Acaso en aquellas centurias, y en esos países no era derecho lo reconocido por tal? ¿Es que hay cosas que no pueden ser *justas* y ordenamientos que no pueden ser *derecho* en ningún tiempo?

Stammler, que distingue lo absolutamente justo (ordenación mediante las formas puras que se sobreponen a toda posible sensación concreta) de lo objetivamente justo (elaboración de la materia social con aquel criterio ordenador), declara que una doctrina que en sus características decisivas cae fuera del plano de las formas puras de ordenación es en absoluto infundada, y cita, para las ciencias naturales, la creencia en la brujería y, desde el punto de vista social, la defensa de la esclavitud. ¿Y admitiremos que sobre una serie de fenómenos de origen dudoso se construya un derecho, como el de los siglos xv, xvi y xvii, que persigue y destruye, más que castiga, a los hechiceros, brujos, íncubos y súcubos?... Sin necesidad de estudiar las obras de un Eymerich o de un Sprenger, tropezaremos, al repasar las colecciones legales o canónicas, con cientos de bulas, leyes y pragmáticas sobre la brujería. Estamos bastante alejados de estos siglos para que el problema jurídico no lo sea, es decir, para relegar a los tratados de Medicina y Psiquiatría lo que antes llenaba los de Derecho; pero tenemos planteados otros nuevos, en que la actual posición jurídica será superada por la evolución constante de la humanidad. ¿Y cuáles son éstos y en qué sentido quedará desplazada la norma social?

Casi podemos afirmar que la pena de muerte desaparecerá de los códigos antes de terminar el siglo y que el Derecho penal, en

líneas generales, se dulcificará : pero el magistrado que firma hoy una sentencia de muerte cree y parece hallarse en un puesto elevadísimo respecto del patrício que mandaba crucificar a un esclavo, aunque en lo porvenir los dos sean proyectados en el mismo plano.

Lo que en la actualidad nos parece derecho justo no sólo será a veces contradictorio de la norma ideal, sino que acaso será tenido en lo futuro por solución injusta. Y las conclusiones del jurista que en el siglo xxx someta al crisol de su juicio nuestro propio criterio serán quizás juzgadas con rigor por el filósofo del siglo XL.

Es inútil acudir al «honrado sentir del hombre justo», principio que reproduce el dicho de Protágores, «el hombre es la medida de todas las cosas» ; ni dejarnos llevar por las grandes corrientes sociales para buscar en la armonía con el medio ambiente la regla inflexible de la justicia. La filosofía del Derecho niega al sentimiento de lo justo la potestad de consignar como solución jurídica la decisión del caso concreto, sin perjuicio de afirmar, con Kant, que un patán distingue lo bueno de lo malo.

Concretemos, pues, la primera dificultad con que nuestro estudio tropieza : la verdad jurídica no es una adecuación de la inteligencia con la realidad social, sino con un ideal ético, que ni siquiera puede reconocerse por las resonancias que provoca en la conciencia humana.

JERÓNIMO GONZÁLEZ.

(Concluirá en el número próximo.)

La reserva llamada tradicional u ordinaria.— Su evolución

INTRODUCCION

En mis trabajos preparatorios para oposiciones, primero directas y después entre Notarios, para poder retener mejor lo estudiado, dado que no basta en ellas saber de una materia, sino que se precisa, en las peores condiciones de calma y tranquilidad, sin tener ni un corto plazo previo para la necesaria ordenación mental, empezar a exponer los temas ; ante la debilitación natural, con la edad, de la memoria retentiva, si no de conceptos, sí de datos concretos, que son precisamente los que, acompañando a una exposición, más la abrillantan, impresionan y dan el triunfo, me vi precisado a una labor pesada e ingrata y de poco valor en sí, cual es la de busca y acumulación de materiales en unos apuntes que fui escribiendo, por serme más útil para recordar lo buscado y escrito por mí que lo repetido una y otra vez de un trabajo ajeno.

De estos apuntes, a los que la misma extensión de los programas hace ganar, en tal sentido, lo que pierden en profundidad, sin valorar mi trabajo, a pesar de su volumen, más que como de acarreo, pudiera decir, sin pretender, por lo tanto, en modo alguno haber hecho la propia y útil labor del jurista, la de creación o elaboración, al menos, que mi escasa preparación, unida a la premura en querer abarcar pronto tan diversas materias, me ha impedido no ya lograr, sino ni emprender siquiera ; de estos apuntes, digo, he querido sacar unas notas y publicarlas algo ampliadas sobre la reserva ordinaria, que por haber sido, en parte, tema

del ejercicio escrito de las últimas oposiciones entre Notarios en que tomé parte, ha fijado más mi atención con el recuerdo de las horas de lucha y forcejeo con la memoria y con la pluma, ambas rebeldes a unos nervios desquiciados, y por ello lo he ampliado, más buscando los defectos que los pequeños aciertos de mi ejercicio escrito.

Con mayor motivo debo hacer resaltar la causa accidental de este trabajo y sus mínimas pretensiones, cuando en modo alguno su autor puede considerarse aludido ni llamado a la labor, tan necesaria en este campo, y que expone muy bien el Sr. Capó Bonnafons en un trabajo, sobre esta materia, publicado en el número 42 de esta Revista, cuando dice :

«Es la institución jurídica de que tratamos una de las más estudiadas y más trabajosamente configuradas por la doctrina patria. Mas siendo ciertamente esta reserva tema tan obsesionante por las dificultades que encierra su estudio, al que casi ningún autor patrio ha podido resistir, no parece sino que el descontento que generalmente produce su existencia en nuestro Derecho civil impide a no penetrar íntimamente la esencia de los fenómenos jurídicos a que la institución da lugar. Por ello, si bien es innegable que existen en la literatura jurídica española páginas verdaderamente magistrales sobre el asunto, no es menos cierto que éstas se refieren casi únicamente a aspectos parciales, y que la totalidad de la reserva aparece muchas veces desdibujada, borrosa, hasta el punto de que en algunas cuestiones (posición del reservatario, por ejemplo), parece que la doctrina patria no ha podido ocuparse del problema. Ciento que la empresa no es fácil; los defectos de algunas de las construcciones intentadas así lo prueban. Por esto me limito a dar a las líneas que siguen el solo título de llamamiento a los juristas españoles para un mejor estudio de la institución.»

Repetiendo, pues, que no me considero incluído en este llamamiento, ni ésta pasa de ser obra de un estudiante sin pretensión alguna, contento y más que pagado si algún dato es útil a futuros opositores, quiero, ya que no resolver, al menos ayudar algo al planteamiento del problema, cuestión que no deja de ser importante, no sólo por el tan conocido adagio de que «plantear bien un problema es medio resolverlo», sino porque entiendo que

el problema en sí puede serlo de diversos modos, según el peculiar carácter u orden de estudios del que se lo proponga: así, un especializado en filosofía del derecho, «¿Qué es la reserva? Su naturaleza», un jurista positivo sería más modesto: «La reserva. Su naturaleza, según las disposiciones del Código civil.» Así planteado el problema, aun siendo el mismo, vemos la amplitud de la primera pregunta frente a lo concreto de la segunda. Seguramente a dos distintas interrogaciones, a dos modos diferentes de considerar el problema, han de responder respuestas dispares, quizás hasta contradictorias. Por eso queremos delimitar claramente el alcance y la finalidad de este trabajo: no se trata de considerar la reserva en sí como institución abstracta, ni la reserva tan sólo en el mandato legislativo; se trata de estudiarla como una figura viva, y por ello ver no lo que sea en sí, ni lo que deba ser, aislando en un determinado aspecto de su existencia, sino como algo vivo, y preguntarnos: ¿Cómo ha llegado a ser lo que hoy sea? O mejor aún: ¿En qué sentido tiende a realizar la idea de sí misma?

No creemos sea el problema del momento estudiarla de otro modo que siguiendo su desarrollo histórico, y mucho se habrá adelantado en la resolución del problema de su naturaleza cuando hayamos resuelto el, a nuestro juicio, problema previo de ¿por qué se ha roto con la tradición jurídica, que construía la reserva sobre la distinción y coexistencia de un usufructuario, el reservista, y unos nudopropietarios actuales, los reservatarios?

Sigamos, pues, la figura, en su vida y evolución, sin querer someterla de antemano a nuestros conceptos y construcciones apriorísticas. La reserva en nuestro Código civil es algo, a nuestro juicio, muy distinto de la reserva del derecho romano imperial, cuya construcción ha perdurado hasta fines del siglo XVIII y principios del siglo pasado en Francia, hasta la segunda mitad del siglo XIX en España. ¿Por qué y cómo se ha producido esta variación?

A tal pregunta, que formulamos en nuestro ejercicio escrito, intenta responder este trabajo.

LA RESERVA ROMANA

Es indudable, a nuestro juicio, que la reserva de que tratamos no habría podido surgir en los derechos orientales ni en el genuino

derecho romano del *ius civile*, pues tanto en los unos como en el otro su similar en tantas materias, y hasta continuador e imitador en algunas (1), la antigua constitución familiar impedía su planteamiento.

En unas relaciones familiares, por ejemplo, entre los antiguos hebreos, donde era frecuente, como en Egipto, el matrimonio entre hermanos, en que los hijos del esposo, con una sierva de la mujer, se consideraban hijos legítimos de ésta, como vemos en los casos de Agar y Sara, esposa de Abraham (2), y de Bilha y Raquel, esposa de Jacob (3), y de tal modo que era precisa una formal desheredación para que no heredasen como tales (4); en familias en que perduran, como recuerdo de antiquísimos matrimonios colectivos, los derechos sobre la viuda de parientes del cónyuge difunto (5) no podía plantearse el problema.

No obstante, se ha hecho resaltar modernamente la importancia de la influencia egipcia en el derecho del bajo imperio (6) e indicado ésta como influyente en la construcción de la reserva (7)

(1) E. Revillout: *Les rapports historiques ou legaux des qurites et des egyptiens depuis le fondation de Rome jusqu'aux emprunts faits par la loi des XII Tables au code d'Amasis*. París, 1902.

Idem: *Précis du droit égyptien, comparé aux autres droits de l'antiquité*. París, 1903, 2 v.

(2) *Génesis*, 16-2.

(3) Idem, 30-5.

(4) Idem, 21-10.

(5) Libro de Ruth, 3-10 y 4-5, sobre los hebreos en general. Véase Levy: *La famille dans l'antiquité israélite*. París, 1905. V Letelier: *Génesis del derecho y de las instituciones civiles fundamentales*. Santiago de Chile, 1919, cap. I.

(6) E. Revillout: *Précis du droit égyptien*, tomo I, págs. 464: «3.^o La période du Bas-empire commençant à Constantin et pendant laquelle l'idéal fut de nouveau l'ancienne Egypte, dont on pouvait encore étudier à l'aïse les institutions traditionnelles.»

(7) R. von Mayr: *Historia del Derecho romano*, 2 t. Barcelona, 1926, págs. 324, tomo II.

«El derecho hereditario nacional de Egipto, sobre el que tenemos los materiales de información relativamente mejores, se mantuvo en vigor bajo la era de la dominación romana. Se hallaba caracterizado, al parecer, por la vinculación familiar del patrimonio, por la vinculación de los bienes en favor de los que tenían la *expectativa de heredarlos* (los hijos), de tal modo que los padres casi quedaban reducidos a simples *usufructuarios* del patrimonio...»

por la especie de seudopropiedad familiar egipcia (8), creadora de retractos familiares y permisiva de renuncias de sucesiones en vida del causante (9).

Sin embargo, no creo influyese en la construcción romana de la reserva, desconocida en aquel derecho, y el influjo del mismo fué, a mi juicio, indirecto, al coadyuvar con el cristianismo en la elevación e independencia de la mujer, las tradiciones de las libertades de la mujer egipcia, la más libre de la antigüedad (10), como lo prueba el que la influencia de los conquistadores macedónicos señaló un retroceso en el estado y consideración jurídica de la mujer en Egipto desde la célebre *προταγμένη* de Filopator.

La reserva, a causa de las segundas nupcias, no podía surgir sino en un estado muy adelantado de propiedad individual y de constitución familiar monógama; en Roma, pues, no surge sino en el Imperio, y después del triunfo del Cristianismo se desarrolla.

No es creación justiniana; la ley 5, Codex V-9, tiene su antecedente en la 29 *eodem* del Codex Teodosiano. En el prefacio de la Nov. 22, IV-1 (año 536), de Justiniano, éste dice expresamente (10 bis) que las segundas nupcias habían sido ya preocupación de los Emperadores, desde Teodosio a León I, y que él solo ordena, corrigiendo aún más las disposiciones de éstos, *nec ab aliis expectare corrigi legum.*

Era, en efecto, preocupación de los Emperadores y asunto de

(8) Revillout: *Précis...*, pág. 594, tomo I: «en souvenir des vieilles traditions, celui-ci (le mari) ent toujours le droit de transier ses biens à sa femme, soit seulement, ou un-propriété, soit en propriété pleine et entière.

Quand tous les enfants étaient communs, ils ne devaient pas se trouver lésés par des arrangements de ce genre entre parents dont ils héritaient également et au même titre. Mais la question devenait autre quand le mari avait des enfants d'un premier lit. Il fallait alors que ces enfants, intervus-sent par une adhésion au bas de l'acte de mancipation au moyen duquel il cédaient la propriété de ces biens à sa nouvelle femme», y pág. 257-419-453-791, tomo I, 1.097, tomo II.

(9) Idem id., págs. 236-706, tomo I.

(10) Mucho más que la romana, de cuyo estado decía Papiniano (9, Digesto, II-IV): «In multis juris nostri articulis deterior est conditio feminarum quam masculorum.»

(10 bis) Después de exaltar la importancia del matrimonio: «Si enim matrimonium sic et honestum ut humano generi videatur immortalitatem artificioscere introducere.»

controversias de los teólogos, que condenaban la flaqueza de la carne, que así ofendía la santidad de un lazo indisoluble y al espíritu inmortal del cónyuge difunto. Algunos Concilios, entre ellos el Neocesarense, imponían penitencias al que las contraía; algunos teólogos, de tal modo consideraban que la muerte no podía romper la unión, más espiritual que corporal, creada por el matrimonio, que llegaron a inculpar de bigamia al que contraía un segundo matrimonio, y esta idea tiene tal fuerza que en épocas de herejía, de pretendida vuelta a la pureza y sencillez evangélica, se recae en ella; así sabemos que los herejes, llamados catharos o pobres de Lyon, consideraban adultera a la viuda que contraía segundas nupcias (11), dando por existente el lazo sacramental con su primer marido, que, como espiritual, no podía ser roto por la muerte.

Pero aún se llegó a más, y algunos consideraron como herética la afirmación de que pudiese contraerse un segundo matrimonio válido, pues siendo el matrimonio sacramento representativo de la unión de Cristo con su Iglesia, no podía sostenerse válidamente la existencia del sacramento en unas segundas nupcias, duramente combatidas, como prueba de pobreza de espíritu y caída ante el apetito carnal, llamándolas San Juan Crisóstomo *honestam fornicationem*.

Unanse, pues, los escrúpulos y condenaciones teológicas a la preocupación por la suerte de los hijos del primer matrimonio, de los juristas, y así comprenderemos el espíritu de la legislación del Imperio sobre las mismas, obstáculos a su celebración, medidas de protección a los hijos y descendientes del primer matrimonio y penas para la contrayente, con alcance extraordinario de prohibiciones sobre disposición por ésta de ciertos bienes, como veremos.

Aun en tiempos de la República, la mujer que se mantenía viuda era honrada por ello y el título de «univira» aparecía en las

(11) Esto a pesar de la tradición permisiva de la Iglesia.

San Pablo: Epístola a los romanos, 7-3.

Epístola primera a los corintios, 7-8-9-39-40.

Epístola primera a Timoteo, 5-14.

inscripciones funerarias como timbre de honor (12); pero es innegable la existencia en la legislación imperial de una fuerte presión eclesiástica (13) para poder explicar que se diesen tales disposiciones en un estado que desde el principio del Imperio venía luchando con el pavoroso problema del descenso de la natalidad (14) y después contra el concubinato (15), y que, no obstante, dicta contra el *parens binubus* las llamadas *poenae secundarum nuptiarum*.

A) *Bienes adquiridos del cónyuge premuerto.*

En estas penas precisa distinguir el caso de casarse la viuda dentro o después del año (16) de la muerte de su esposo; si se casa dentro del año de luto, salvo en honor a la majestad y al poder imperial, si lo hace con licencia del príncipe (17), incurría en la pérdida de la nuda propiedad de los *lucra nuptiala*; en pena de infamia (18), prohibición de aportar dote a su marido, prohibición de poder testar a favor de éste de más de un tercio de sus bienes (un cuarto en Novelas. 2 y 22) y en incapacidad para ser heredera *ex testamento*, y abinestato sólo de parientes hasta el tercer grado (19).

Se hace, con la nueva unión, injuria al sentimiento religioso,

(12) E. Serafini: *Instituciones de Derecho romano*. 2 t. Barcelona, séptima edic., página 279, tomo II.

(13) Mayr: Obra citada, pág. 382, tomo II.

(14) Que obligó en el año 762 a las leyes Julia y P. Poppaea a instar el casamiento de las viudas a los dos años del fallecimiento del marido.

(15) Mayr: Obra citada, pág. 380, tomo II.

(16) El tiempo antiguo de luto era de diez meses; la influencia de la Iglesia al hacer pesar nuevas consideraciones, hizo ampliar el plazo, antes señalado sólo en atención al tiempo máximo de gestación. Ya se fijó en un año en 2, Codex V-9 de Teodosio y después en la Novela 22, cap. 22.

(17) Ley 1, Codex V-9.

(18) Aunque el edicto del Pretor no la declaró expresamente, siempre se ha creído que del mismo modo que para el nuevo esposo si era *pater*, para el padre de éste si era *filius familiæ*, como para el padre de la mujer en su potestad si la autorizó para hacerlo, el nuevo matrimonio de ésta antes de cumplirse el plazo de luto implicaba infamia, y para la mujer acarreaba igual pena. 3, Dig., III. 2 de his qui not. inf., y Vat. Fragm. 230.

Sobre la infamia y sus efectos para la mujer después de la lex Julia y las Constituciones imperiales, véase Savigny: *Sistema del Derecho romano actual*. Madrid, 2.^a edición. 6 t. Apéndice 1.^o del tomo II.

(19) Leyes 1 y 2, Codex V-9. Novela 12, cap. 23.

por la precipitación en ceder a los apetitos carnales; se hiere la base de la familia, de la legitimidad de la misma, que exige *ne semen a sanguis commisceatur* y que se evite la *sanguinis turbatio* (20). La mujer que así ofende los sentimientos públicos queda contaminada por su unión posterior: *funestata* se la llama, debiendo ser mirada con horror (21).

La ley principal del Codex Justinianeo es la célebre «Foemina quae ...», del año 382, ley 3.^a, Codex V-9, *De secundis nuptiis*, que establece la reserva de los *lucra nuptiala*, o de aquello recibido por la mujer que contrae segundas nupcias, de su primer marido, por cualquier título lucrativo, institución, legado, fideicomiso, donación espousalicia o *mortis causa* a favor de los hijos del primer matrimonio, implicando prohibición de disponer de los mismos: *Possidendi tantum atque fruendi in diem vita, non etiam alienandi facultate concessa...*, cuya nuda propiedad pasaba a los reservatarios desde el momento mismo del segundo matrimonio, quedando ella como sólo usufructuaria (22), de tal modo que, de premorirle los reservatarios, se daba transmisión de los derechos de éstos a sus herederos. La madre binuba no podía tampoco ser dispensada de prestar caución para asegurar un fideicomiso universal a favor de sus hijos reservatarios.

Dicha ley 3.^a era una *lex unius quam perfectae*. Por influjo posterior del derecho canónico desaparecieron del derecho común las penas, pasando a ser una *lex imperfecta*, aunque según Cuyacio, comentando la ley 1.^a, Codex V-9, el derecho canónico suprimió de las penas sólo la de la infamia (23), pero no las demás penas civiles. Mas precisamente en no considerar éstas como penas estaba el sentido del derecho nuevo; así González, comentando las Decretales, cap. V: *De secundis nuptiis*, las separa del caso de privación de un beneficio por igual causa, sosteniendo que no son propiamente penas, sino dictados de equidad para proteger a los

(20) Ulpiano, II, § 1, Dig., III. 2 de his qui not. inf., «Pretor enim ad id tempus se retulit, quo vir elugeretur qui solet elugeri, propter turbationem sanguinis.»

(21) Novela 22, cap. 22

(22) Ley 3, § último, Codex V-9.

(23) C. 4.^a y 5.^a. X. De sec. nupt., IV 21

hijos del primer matrimonio y que su fundamento está en el respeto a una presunta voluntad del cónyuge premuerto.

De no casarse, aunque se ha discutido posteriormente la validez de las enajenaciones anteriores al segundo matrimonio, tenía la quasi plena propiedad (24); pero, al casarse, en el mismo momento pasaba a ser mera usufructuaria y la nuda propiedad se adquiría *ipso jure* por los hijos o descendientes legítimos de su primer matrimonio.

Conservaba, pues, el usufructo, aunque la ley única, Codex V-10, disponía que la mujer que pasase a segundas nupcias perdería el usufructo de los bienes que le hubiese dejado su primer marido (el cual pasaría a los hijos de la primera unión en el momento de celebrarse la segunda); pero esta ley fué aclarada por la Novela 22: *De nuptiis*, que limitó el alcance de la disposición a aquellos bienes que hubiese habido de su difunto cónyuge, con la condición de su permanencia en estado de viudez *sin uxor non nubserit*.

Los reservatarios tenían una hipoteca tácita a su favor (25).

En el año 422 fué ampliada la reserva al viudo por la ley «Generaliter...» (26), y en los bienes muebles, que no podían quedar sujetos a la prohibición de enajenar (que implicaba en los inmuebles la pérdida de la nuda propiedad), se permitió su enajenación, pero previa tasación obligatoria de los mismos y responsabilidad por su precio o por su valor en enajenaciones a título lucrativo, dando caución de ello, y se limitó lo que de ella podía recibir su nuevo cónyuge en la célebre ley «Hac edictali...», del año 469, Constitución del emperador León (27).

Pero, a pesar de que antes de las segundas nupcias el viudo o viuda conservaba el dominio en los bienes reservables y que sólo por el segundo matrimonio perdía la nuda propiedad, se daba a tal pérdida efecto retroactivo, afectando a las enajenaciones hechas por ellos antes de su segundo matrimonio, o sea cuando era dueño el que enajenó, y nada podía presumir del futuro aquel que había adquirido, y, en consecuencia, toda enajenación hecha por viudo o viuda con hijos de su primer matrimonio, de bienes

(24) Ley 5, § 2, Codex V-9.

(25) Ley 8, § 4, Codex V-9, Novela 98, cap. 1º.

(26) Ley 5, Codex V-9.

(27) Ley 6, Codex V-9.

reservables, antes de su segundo matrimonio, al nacer la reserva por la celebración de éste era afectada y los adquirentes anteriores pospuestos a los reservatarios (28).

Las leyes 3.^a y 5.^a del Codex permitieron la distribución por el padre o madre o madre reservista entre los reservatarios, aunque fuese desigualmente; pero pronto fué suprimida tal facultad, sustituyéndola una atribución legal de partes iguales (29), siendo así que por la segunda unión todos habían sido desheredados igualmente (30) y tenían un derecho igual. *Lucrum hoc aequaliter inter liberos lege distribuitur, non arbitrio parentis permittitur* (31).

De igual modo la disposición de la ley Julia, permitiendo a la viuda la segunda unión, aun habiéndola prohibido el premuerto, con juramento previo de que no era impulsada por otro móvil que el de tener sucesión, fué abrogada (32).

Las Novelas refuerzan, pues, las medidas protectoras y mantienen la misma construcción doctrinal de la figura: el viudo que teniendo hijos de su primer matrimonio contrae otro pasado el año de viudez, tendrá en los *lucra nuptiala* sólo el usufructo, siendo los hijos o descendientes de su primera unión dueños de la nuda propiedad de dichos bienes inmediatamente al momento de unirse su padre o madre a otro (33), no pudiendo el binubo o bínuba disponer de los mismos (34).

De no casarse el cónyuge viudo, tenía el quasi pleno dominio por no poder disponer de tales bienes por testamento a favor de terceros (35).

El derecho de los reservatarios se perdía por ser alguno ingrato, acreciendo a los demás, puesto que, apesar de la segunda unión, seguían obligados a honrar a sus padres (36), y si el infortunio del padre o madre era tal que todos los hijos eran ingratos, los bienes pasaban a los herederos del cónyuge premuerto.

(28) Ley 6, § 2, Codex V-9, y Novela 22, cap. 26.

(29) Novela 2, cap. 1.

(30) Novela 22, cap. 20.

(31) Novela 22, cap. 25.

(32) Novela 22, cap. 43.

(33) Novela 22, cap. 23.

(34) Novela 22, cap. 31.

(35) Novela 22, cap. 20, § 1.

(36) Novela 22, cap. 21.

La Novela 98 (37) alteró tanto la ley 5, Codex V-9, como la Novela 22, al disponer que, tanto casándose segunda o ulterior vez, como permaneciendo en estado de viudez, tenía que reservar el marido la propiedad de los bienes dotales, y la mujer, la de las donaciones *propter nupcias*, en cuyos bienes sólo tendrían el usufructo, sin poder disponer de los mismos.

Disposición alterada, a su vez, por la Novela 127 (38), que dispuso que el sobreviviente que se conservase viudo percibiría en la dote o en la donación *propter nupcias*, según su sexo, una parte viril, concurriendo con sus hijos, conservando al par el usufructo de las partes restantes.

Hubo, pues, variaciones en el efecto económico-patrimonial de la reserva, pero en la construcción jurídica de la misma, que era de pérdida *ipso jure* de la nuda propiedad de los bienes por el reservista y adquisición inmediata por disposición legal, *lege distribuitur*, por los reservatorios desde que aquél se unió a otro (39), de tal suerte, que muerto el hijo reservatario sin descendientes, pasaban los bienes a sus herederos, aun siendo extraños (40). No olvidemos esta disposición, que tanto habrá de aclararnos la construcción de la reserva en el moderno Derecho español. Para la doctrina tradicional basada en el Derecho romano, los reservatarios adquirían inmediatamente y transmitían su derecho aun a extraños; hoy, ni adquieren en vida del reservista, ni, como es natural, transmiten lo no adquirido, aunque la jurisprudencia patria no pueda ser alabada sobre este punto, como veremos, cuando, sin una previa construcción teórica adecuada, parece desconocer la realidad del profundo cambio jurídico acaecido.

B) *Bienes adquiridos de los hijos del primer matrimonio.*

La ley «*Foemina quae...*» (41) obligaba a la madre binuba a reservar lo adquirido por ella de algún hermano o descendiente de los hijos o de algún hijo de su primer matrimonio, tanto abintestato como si hubiera sido instituida heredera testamentaria, y si concurría a heredar a un hijo del primer matrimonio con herma-

(37) Novela 98, cap. 1.

(38) Novela 127, cap. 3.

(39) Novela 22, cap. 23.

(40) Novela 22, cap. 26.

(41) Ley 3, Codex V-9.

nos del mismo, sólo adquiría el usufructo, debiendo reservar la nuda propiedad a los hermanos.

Posteriormente, se exceptuó de la reserva lo adquirido del hijo *ex testamento* (42); según esta última disposición (42), instituída heredera por su hijo, adquiría el pleno dominio, aun siendo los bienes heredados profecticios *ibi sive ex rebus quae extrinsecus advenerunt, sive ex paternis*. Si era herencia abintestato del hijo, se distinguía: A), que el hijo había dejado descendientes, heredaban éstos (43); B), que el hijo no había dejado descendientes, pero sí hermanos o hermanas, entonces se distinguía: a), herencia intestada en bienes nupciales, tenían preferencia los hermanos (44), y la madre tenía sólo, en todo caso, el usufructo de la donación *propter nupcias*; b), herencia intestada en bienes no nupciales, podían ocurrir tres casos: primero, la madre continuaba viuda, concurría con los hermanos por partes iguales; segundo, la madre contraía segundas nupcias antes de morir el hijo de cuya sucesión abintestato se trataba, la madre sucedía en el usufructo de una parte viril, sean bienes adventicios o profecticos (45), y tercero, la madre contraía segundas nupcias después de morir el hijo, entonces, en los adventicios sucedía en una cuota viril en propiedad plena, y en los profecticos, una en usufructo, debiendo reservar a los hermanos de aquél.

La Novela 2, capítulo III, prescindió de la distinción entre bienes adventicios y profecticos o de substancia paterna, *quae ex paterna substantia ad filium pervenerunt*, y también de la distinción de que el nuevo matrimonio se hubiese contraído antes o después de la muerte del hijo causante.

La Novela 22 (46) no estableció tampoco diferencias según la época de celebración del segundo matrimonio, pero sí entre herencia testada o intestada, y en ésta, entre bienes adventicios y profecticos; así que instituída heredera testamentaria la madre, fuese antes o después de casada segunda vez, adquiría en pleno dominio, y abintestato en bienes adventicios; adquiría igualmente

(42) Novela 22, cap. 46, § 1º.

(43) Ley 7, Codex V-9. Novela 2, cap. 3.

(44) Novela 2, cap. 3. Novela 22, cap. 26.

(45) Ley 3, § últ. Codex V-9.

(46) Novela 22, cap. 46, § 2.

el pleno dominio, estuviese o no segunda vez casada, y en los bienes profecticios, si permanecía viuda, heredaba en pleno dominio, y si contraía nuevas nupcias o había contraído éstas antes, sólo tenía el usufructo, y surgía la reserva.

Vemos, pues, que la reserva, amplísima en Roma, tratándose de bienes procedentes del marido, tenía, cuando los bienes procediesen de un hijo del primero o anterior matrimonio, alcance muy limitado. Por ello no es cierto que nuestro Código civil mantenga la reserva romana del derecho común en bienes heredados de los hijos, reserva que habían silenciado nuestras compilaciones, sino que le ha dado una amplitud y extensión mayor que la del derecho justinianeo, que, como veremos en los comentaristas de las leyes de Toro, era el admitido y aplicado en nuestra patria.

COMPILACIONES ANTERIORES A LAS LEYES DE TORO

Estas repiten la disposición del Fuero Juzgo sobre la pérdida de la patria potestad, así como de la guarda de los hijos por la madre binuba (47), pero la reserva propiamente dicha no tiene en el Fuero Juzgo el desarrollo y extensión que en el Derecho romano, seguramente porque la crecida legítima de los hijos, peculiar al Derecho germano, dejaba poco margen para que la influencia del nuevo cónyuge sobre la madre pudiese manifestarse en grave daño para los hijos de la primera unión de aquélla.

Sólo encontramos para el padre binubo deberes especiales, en su carácter de administrador de bienes de sus hijos (48), superio-

(47) Ley 3, tít. 3, libro 4. F. J.

(48) Ley 14, tít. 2, libro 4. F. J. «... El marido que se casar, después de la muerte de la mujer, si oviere fiios della, sean en poder del padre con todas sus cosas, después de la muerte de la madre, con las cosas que les pertenezcan de parte de la madre, assi cuemo es dicho en la ley de suso. E mandamos que faga escrito por su mano de las cosas de los fiios antel iuez o ante los parientes de la madre, e de recabdo en mano de los herederos que avien a aver el fio en guarda, si el padre fuese muerto, que nenguna cosa non pare mal... E si alguno de los fiios se casare, denle su parte de la buena de su madre, assi que el padre retenga para si la tercia parte por uso del fructo. E si el fio o la fia, oviese XX annos cumplidos, maguer que se non case; aya la meetad de quantol pertenesce de la buena de su madre y el otra meetad tenga el padre en su vida é despues de su muerte deve fincar a los fiios entregamiente...»

res a los que tendría en igual caso, de haber permanecido viudo (49).

Para la madre viuda establece penas por contraer nuevo matrimonio dentro del año de viudez (50), y caso de casarse pasado el año de luto, establece a favor de los hijos o nietos del primer matrimonio la reserva de las arras y donaciones. Se restringe, pues, a éstas la reserva romana, más amplia, pero repitiéndose la doctrina de la ley «*Cum aliis*», C. V-9, de Honorio y Teodosio, en la ley 2, título 5, libro 4 (51), añadiéndose que la viuda perdería, por su segundo matrimonio, el usufructo de una parte viril en que, concurriendo con hijos, había heredado a aquél (52), así como que por su vida deshonesta o si «*se casa cuemo non deve*», perdería todas las donaciones que le hubiese hecho su marido (53).

Lo heredado de un hijo por el padre o madre viudo que hereda su parte en la herencia del premuerto ha de reservarlo el viudo o viuda, para que a su muerte pasen dichos bienes a los hijos o nietos del padre o madre premuerto de quien procedían los bienes, no pudiendo disponer más que de una quinta parte de los mismos (53).

El Fuero Real establece igualmente la reserva de lo recibido por arras del primer marido, y como la ley 2.^a, título V, libro IV del Fuero Juzgo establece también que, caso de concurrencia de hijos de varios matrimonios anteriores, las arras pasarían, las de cada marido, a los hijos del mismo (54). También repite las penas

(49) Ley 13, tít. 2, libro 4. F. J.

(50) Ley 1, tít. 2, libro 3. F. J.

(51) Ley 2, tít. 5, libro 4. F. J. «E la mujer que ovo dos maridos ó mas é ovo fillos dellos, las arras que ovo del un marido, non puede dejar á los fiilos del otro; mas cada un fiilo ó fia ó nieto ó nieta, deue auer las arras quel dio su padre ó su avuelo á su madre...»

(52) Ley 15, tít. 2, libro 4. F. J. «E si la madre se casar despues de la muerte de su marido *desde aquel dia* adelante deuen auer sus fiilos la parte que ella devia auer de la buena de su marido si se non casare...»

(53) Ley 5, tít. 2, libro 5. F. J.

(54) Ley 1, tít. 2, libro 3. F. R. «E si la mujer ouiere fijos de dos maridos ó de mas, cada uno de los fiijos hereden las arras que dio su padre; de guisa que los fiijos de un padre, non partan en las arras que dio el padre de los otros; y si el padre ó la madre quisiere dar arras por su hijo, no pueda dar mas del diezmo de lo que puede heredar dellos.»

para la viuda que se casa antes de finalizar el año de luto (55), así como que el segundo matrimonio la hace perder la guarda de sus hijos (56) y la vida deshonesta perder todo lo recibido del mismo: «Si por aventura, despues de muerte de su marido, no fiziere buena vida, pierdalo todo quanto le dexo el marido.»

En el Fuero Viejo se contiene sólo una disposición sobre imprecriptibilidad de los derechos de los hijos en caso de segundas nupcias de su padre o madre viudos, sin antes haber liquidado el consorcio anterior (57).

Las Partidas establecen penalidades para la mujer que se casa dentro del año de viudez (58), y teniendo hijos, en la dote y donaciones, sólo conservará el usufructo, correspondiendo la nuda propiedad a los hijos (59), aun conservándose viuda. También de igual modo que en el caso del padre administrador (60) establecen en garantía de la reserva, hipoteca tácita general a favor de los hijos del primer matrimonio.

La innovación principal está en que la reserva se extiende, además de a las arras, a las donaciones, y en que la hipoteca pesa no sólo sobre los bienes de la madre, sino, como luego repetirán nuestras primeras leyes hipotecarias, también sobre los bienes de su nuevo marido (61), ley 26, título XIII, Partida 5.^a

Gregorio López, comentando esta ley, dice en su segunda glosa que ha de entenderse que, no casando la mujer segunda vez,

(55) Ley 13, tít. 1, libro 3. F. R.

(56) Ley 3, tít. 7, libro 3. F. R.

(57) Ley 9, tít. 3, libro V. F. V.

(58) Leyes 4 y 5, tít. 3, Partida 6.^a y ley 13, tít. 13, Partida 4.^a.

(59) Ley 23, tít. 11, Partida 4.^a. «... E lo que se dize en esta ley, de ganar el marido ó la mujer la dote ó la donación que es fecha por el casamiento por alguna de las tres razones sobredichas (eran éstas pleito o pacto, adulterio y costumbre) entiendese, si non ouiesen hijos de consumo. Ca si los ouiesen, estonce deuen auer los hijos la propiedad de la donación ó de la dote; é el padre ó la madre, el que fincaré biuo, ó el que no entrare en orden, ó que non fiziere adulterio deue auer en su vida el fructo della ...»

(60) Ley 24, tít. 13, Partida 5.^a.

(61) Ley 26, tít. 13, Partida 5.^a. «Marido de alguna mujer finando, si casasse ella despues con otro, las arras e las donaciones que el marido finado le ouiesse dado, en saluo fincan á sus hijos del primer marido, é deuenlas cobrar é auer despues de la muerte de su madre: é para ser seguros desto los hijos, fincanles por ende obligados é empeñados calladamente todos los bie-

no surgía la reserva, con cuya opinión coincide Llamas y Molina, que igualmente sostiene que, dado por la ley 23, título XI, Partida 4.^a, no distinguía, debe entenderse generalizada la ley 26 antes dicha, y que sólo en el caso de casarse segunda vez la viuda surgió la reserva.

Expuesto lo más sumariamente posible el estado legal anterior a la obra de los legisladores de Toro, tenemos que observar que éste no nos da el estado jurídico. Hemos visto que la reserva tiene un alcance muy limitado en las compilaciones anteriores a las Partidas, y aun en éstas, que si bien amplían algo más que los Fueros, rompiendo, sin embargo, con su carácter de restauradoras de principios del Derecho romano, en la reserva no repiten las disposiciones del mismo. Por eso no alcanza en ellas la reserva al viudo, ni se comprenden entre los bienes reservables los recibidos del marido difunto *ex testamento*, ni lo heredado ab-intestato de un hijo del primer matrimonio.

A causa de tal limitación y de la influencia general entre los doctos del Derecho romano, de técnica superior a las compilaciones nacionales, se fueron en la práctica introduciendo sus disposiciones, ante el silencio de nuestras leyes; por ejemplo, en caso de bienes heredados por la madre binuba de hijos de su primer matrimonio, resuelve J. L. de Palacios Ruvios que tendría en ellos la madre el pleno dominio en los adventicios, y el usufructo tan sólo en los profecticios, y A. Gómez, sobre igual caso de bienes heredados del hijo, que instituída heredera por éste, no tiene la madre que reservar, pero sí lo heredado del mismo ab-intestato, y que entonces tendría en los adventicios el pleno dominio, y en los profecticios sólo el usufructo, surgiendo la reserva.

Casi unánimemente reconocen los comentaristas de Toro que antes de publicarse dichas leyes, en la regulación de la reserva se aplicaba el Derecho romano, para completar con sus disposiciones lo silenciado en las leyes patrias.

nes de la madre. Esso mismo dezimos que seria, si muriese el marido de alguna mujer, de quien ouiesse hijos, é teniendo ella en guarda á ellos é á sus bienes, se casasse otra vez; que fincan estoncse todos los bienes de la madre obligados á sus hijos, é aun los de aquel con quien casan . »

LEYES DE TORO Y COMENTARISTAS

Desconocidos los gananciales en el Derecho romano, formaban éstos una agrupación patrimonial, a la que no podía encuadrarse en ninguno de los casos resueltos por dicho Derecho. Había que disponer sobre ellos, porque aunque la mayoría de los tratadistas, remontándose a la causa determinante de los bienes reservables, como aumento patrimonial debido a la voluntad del marido o una disposición legal que benefició a la mujer, sostenían, con razón, que nada recibía la mujer similar al atribuirla sus gananciales (pues se le adjudicaba al partirlos tras su liquidación, lo que ya era suyo anteriormente, y, por lo tanto, no tenía la mujer que reservarlos); no faltaron, sin embargo, algunos que quisieron someterlos a la reserva. Cifuentes, entre otros, a los que respetuosamente alude Palacios Ruvios, *non levis auctoratis doctores*.

Como dice García Goyena en sus *Comentarios al proyecto de 1851*, la duda sobre si, en defecto de disposición especial, debían ser o no reservables los bienes gananciales, puso de manifiesto la necesidad de una disposición legal que resolviese la cuestión, y ésta fué la ley 14 de Toro (62), que resolvió que no eran reservables: «Mandamos que el marido y la mujer, suelto el matrimonio, aunque casen segunda o tercera vez, o mas, puedan disponer libremente de los bienes multiplicados durante el primero o segundo, o tercero matrimonio, aunque haya habido hijos de los tales matrimonios, o de algunos de ellos, durante los cuales matrimonios los dichos bienes se multiplicaron, como de los otros sus bienes propios que no oviesen sido de ganancia, *sin ser obligados a reservar a los tales hijos propiedad ni usofructo de los tales bienes.*»

Triunfó, pues, la opinión que encarnaba la tradición patria (63) contra la doctrina romanocanonista de presunciones a favor de

(62) Ley 6, tít. 9, libro 5 de la Nueva Recopilación. Ley 6, tít. 4, libro 10 de la Novísima.

(63) Leyes 1 y 3, tít. 3, libro 3 del F. Real. Ley 203 de Estilo. Ley 14 de Toro.

la propiedad del marido, y se consideró adquisición onerosa la de los gananciales por la mujer (Covarrubias, L. de Palacios Ruvios, Avendaño, Acevedo, Llamas y Molina), excluyéndoseles de la reserva, sosteniendo Llamas y Molina, contra Vázquez Menchaca, que la ley de Toro no implicaba alteración alguna de las 3.^a y 5.^a, Codex V-9, que en modo alguno comprendían ni se referían a los gananciales.

Los comentaristas partidarios de la exclusión la fundamentaban de diverso modo: para J. López Palacios Ruvios y A. Gómez, la exclusión de los bienes gananciales de la reserva se fundaba en que los gananciales eran adquiridos por ministerio de la ley; Avendaño, por el contrario, la fundamenta en que son provenientes del trabajo de la mujer, puesto que en el supuesto de su cooperación se funda toda la reglamentación de los mismos; Llamas y Molina (64) combate a los primeros: no es razón el que unos bienes sean *lege delata* para que no sean reservables, poniendo como ejemplo aquellos que adquiriese el cónyuge pobre del premuerto rico, a virtud de la Auténtica *Præteræ... Codex. unde vir et uxor* (65), siendo, a su juicio, bastante para justificar la disposición de la ley de Toro el que los gananciales, como adquisición onerosa, no están comprendidos en la reserva romana, aunque tales bienes fuesen desconocidos en su ordenamiento patrimonial-familiar.

Ya indicamos el silencio de los Fueros y las leyes de Partidas sobre la reserva de bienes heredados de hijos del primer matrimonio y la reserva por el viudo, y cómo la doctrina sostenía la aplicación de las disposiciones romanas sobre el caso. Resolviendo, pues, este punto con el sentido práctico de los legisladores de Toro, se dictó la ley 15 (66): «En todos los casos que las mujeres casando segunda vez son obligadas a reservar a los hijos del primer matrimonio la *propiedad* de lo que obiere del primer marido o *heredase de los hijos del primer matrimonio*; en los mismos casos el varón que casare segunda o tercera vez, sea obligado a reservar la *propiedad* dello a los hijos del primero matrimonio;

(64) Comentario 14

(65) Codex VI-18.

(66) Ley 4, tít. 1, libro 5 de la Nueva Recopilación. Ley 7, tit. 4, libro 10 de la Novísima.

de manera que lo establecido cerca de este caso en las mujeres que casaren segunda vez, aya lugar en los varones que pasaren a segundo o tercero matrimonio.»

La ley, claramente, más que estatuir, reconoce, como dice García Goyena, la aplicación de las disposiciones romanas a los bienes heredados por la viuda, de los hijos de su unión anterior, y aplicación igual al viudo, pues vemos se refiere a los casos en que las mujeres «son obligadas» a reservar y a «lo establecido cerca de este caso», es decir, a un estado jurídico anterior a dicha ley, cuyo principal objeto, a juzgar por sus términos, era resolver la controversia sobre si se debía aplicar en ambos casos el derecho romano, como preconizaban los doctos, y se hacía en la práctica, más que regular la reserva en ambos casos, para cuya reglamentación expresamente se remite a «lo establecido».

No es, pues, rigurosamente cierto, como se ha dicho por nuestra jurisprudencia (67), que la reserva se rigiese por la ley 15 de Toro, la cual se limita a dar estado legal, con su referencia, a la práctica de la reserva en nuestro país, aplicando ante el silencio de nuestras fuentes las disposiciones pertinentes del Derecho romano, al cual, aun después de publicada dicha ley, hay que seguir recurriendo.

Así, en el caso de la reserva de bienes adquiridos por la viuda de un hijo de su primer matrimonio, A. Gómez resuelve que se aplicará el Derecho romano y su distinción de herencia, testada e intestada, y dentro de ésta, de bienes adventicios y profecticios, aunque tanto él como Llamas sostienen que las disposiciones del Derecho romano habían de modificarse en parte después de publicadas las leyes de Toro, en el caso de herencia por el padre o madre *ex testamento* de bienes profecticios del hijo, porque habiéndose establecido en dichas leyes (68) la legítima de dos tercios (69) a favor de los padres legítimos hasta tal cuantía, la adquisición por éstos era impuesta legalmente, no libremente atri-

(67) Res. de 6 de Diciembre de 1926. La reserva del cónyuge binubo regida antes por la ley 15 de Toro y hoy por los artículos 968 y siguientes del Código civil.

(68) Ley 6 de Toro (ley 1, tít. 8, libro 5 de la Nueva Recopilación, y 1.^a, tít. 20, libro 10 de la Novísima).

(69) Ya de un tercio en ley 8, tít. 13, Partida 6.^a.

buida por el hijo, y, por lo tanto, alterando el Derecho romano, aun adquiridos *ex testamento* en bienes profecticios del hijo, el padre o madre heredero y segunda vez casado, debía reservar las dos terceras partes de los mismos.

Enumerar las cuestiones y distingos que se planteaban los comentaristas sobre la reserva, es empresa que excede nuestras fuerzas y cansaría por su extensión, a pesar de la galanura de estilo y sutileza de ingenio que sus respuestas revelan, poniendo de relieve, dentro de la tendencia al casuismo, un vivo y alerta sentido jurídico y la existencia de ingenios más dignos de nuestro recuerdo que del olvido en que hoy injustamente se les tiene.

Indicaremos algunas cuestiones. ¿Estará libre de la obligación de reservar la mujer que fué expresamente autorizada por su anterior marido para contraer nuevo matrimonio? ¿Y si se casa con acuerdo y aprobación de los hijos? ¿Será reservable aquello que le fué dado por un hijo, y que éste heredó a su vez de un pariente paterno? ¿Y de su abuelo? ¿Estará obligado a reservar la viuda que se casa con licencia Real? ¿Y si la viuda es al casarse segunda vez menor de edad? ¿Y si el segundo matrimonio no es consumado? ¿Debe reservar la viuda que, aunque no se case, lleve vida lujuriosa? ¿Serán reservables los bienes heredados por la mujer instituida heredera de un tercero, mediante su marido, nombrado comisario por aquél? ¿Serán reservables los bienes que un abuelo binubo hubiese adquirido de su nieto? ¿Serán reservables los bienes que, como fideicomisaria, hubiese recibido la mujer de su marido, heredero fiduciario? ¿Será reservable lo heredado por la madre binuba como sustituta pupilar de un hijo, nombrada por su primer marido? ¿Serán reservables los bienes donados por el marido en atención a la nobleza de la mujer? ¿Y en premio a su virginidad? ¿Podrá el reservista distribuir desigualmente entre los reservatarios? ¿Serán reservables los bienes recibidos de parientes del marido en consideración a éste? Etcétera.

Así, muchas más, que servían de piedra de toque de la sutileza y erudición de los doctos y que han servido de aclaraciones e indicaciones para nuestra codificación, que ha resuelto algunas.

ANTONIO MARÍN MONROY,

Notario

Por folletos y revistas

LAŚCA (VIRGILIO A.): «Rectificación de la fecha de cesación de pagos en la quiebra». *Gaceta del Foro*, de Buenos Aires, pág. 33.

Nuestra ley 4.156, si bien establece en el artículo 44 que el Juzgado, al decretar la quiebra, «fijará la fecha de cesación de pagos, que deberá ser el día de la primera presentación del deudor, cuando la cesación efectiva hubiera sido posterior», es evidente que ella tiene sólo carácter provisorio, y que no se ha previsto ni la forma, ni el modo ni las personas a quienes se les conceda el derecho de rectificar esa fecha; ante esta laguna, los Jueces deben atender a los principios de leyes análogas.

Es sabido que la legislación de quiebra está dividida en tres grupos: el francés, el germánico y el anglosajón, perteneciendo los países suramericanos al primer grupo.

El autor trata de examinar algunas de las leyes belgas, italianas, rumanas y demás, correspondientes también al grupo francés, para deducir el régimen que es más conveniente aplicar para llenar el mencionado vacío de la ley 4.156.

Del análisis de ellas resulta:

1.^º Que fijan la fecha de cesación de pagos con carácter provisorio las leyes francesa, española, turca, belga y luxemburguesa, egipcia mixta, egipcia indígena, italiana, portuguesa, rumana, chilena, colombiana, peruana, ecuatoriana, uruguaya, venezolana y boliviana.

2.^º El fallido puede pedir la rectificación de la fecha provisoria:

a) Dentro de los tres días de notificado o publicados los edictos, según la legislación ecuatoriana y venezolana.

b) Dentro de los ocho días, según las leyes francesas, turcas, belgas y luxemburguesas, egipcias, mixta e indígena; chilenas, españolas, colombianas y bolivianas.

c) Dentro de los treinta días, según la ley uruguaya; y

d) Dentro de los ocho días de celebrada la junta de verificación de créditos, según la italiana y rumana.

3.^º Los interesados en que no se traslade la fecha a una época anterior pueden hacerlo :

a) Por oposición, dentro de los quince días de la publicación de edictos, Bélgica y Luxemburgo.

b) Idem, dentro de los treinta días, Francia, Turquía, Egipto, mixta e indígena, y Chile.

c) Por reposición, dentro de los treinta días, Uruguay.

d) Por oposición, hasta terminar con el examen y reconocimiento de los créditos, España, Colombia y Bolivia.

e) Idem, dentro de los ocho días posteriores al reconocimiento de los créditos, Italia y Rumania ; y

f) Siempre que se quiera hacer valer contra ellos, Ecuador y Venezuela.

4.^º Los acreedores del fallido sólo pueden solicitar la rectificación :

a) Los domiciliados en el lugar del juicio, dentro de tres días después de expedido el auto o publicado, Ecuador y Venezuela.

b) Sin distinción, dentro de los quince días, a partir de la inserción de la sentencia en el diario más próximo a su domicilio, Bélgica y Luxemburgo.

c) Idem, dentro de los treinta días de publicada la sentencia por edictos, Egipto, mixta e indígena ; Chile y Uruguay.

d) Idem, dentro de un mes, Turquía.

e) Hasta la junta de verificación y reconocimiento de créditos : Francia, Egipto, mixta e indígena ; Perú, Chile, España, Colombia y Bolivia ; y los domiciliados fuera del lugar del juicio, Ecuador y Venezuela ; y

f) Sin distinción, dentro de los ocho días posteriores al reconocimiento de los créditos, Italia y Rumania.

En la legislación argentina, durante la vigencia del Código de 1857, se seguía un régimen análogo al francés, pues se establecía que, cuando no fuera posible fijar la fecha, se fijara posteriormente, después de oír el informe del Juez-Comisario ; es indudable que, siendo el artículo 441 del Código francés fuente del 1.532 argentino, y no habiéndose establecido la rectificación de la fecha de cesación de pagos, se regirá por la legislación francesa.

En el Código de 1889 se previó que el auto de quiebra contendría la fijación provisoria del día de la cesación de pagos, sin perjuicio de que el Tribunal fije, en su día, la época efectiva, después de conocer el informe del síndico al aprobar el estado de verificación y graduación de créditos.

Si en el sistema seguido por la ley 4.156 se fija provisoriamente la fecha de cesación de pagos, la cual se publica en el Boletín judicial y en otro diario designado por el Juez, teniendo en cuenta la legislación vigente en otros países, sólo debe permitirse la rectificación de esa fecha :

1.º Al fallido, dentro de los cinco días de notificado o publicado el auto ; y

2.º A los acreedores y al Ministerio Fiscal, dentro de los ocho días siguientes al en que se haya celebrado la junta de acreedores para la verificación de créditos.

El autor sigue los preceptos de la legislación italiana y rumana sobre el particular :

a) Porque la legislación argentina, a semejanza de aquéllas, celebra junta de acreedores, durante la cual podrá conocerse la situación del fallido y el desarrollo de sus negocios.

b) Porque entonces puede conocerse el hecho de la efectiva cesación de pagos, examinándose el informe del contador y el de los acreedores interventores, debiendo concederse al Fiscal y a los acreedores un tiempo prudencial para formular la impugnación ; y

c) Porque es término suficiente y concuerda con el que fija el artículo 23 de la ley 4.156 para que los acreedores, que no hubieren concurrido a la junta o hubiesen votado contra la aceptación del acuerdo, puedan impugnarlo.

3.º A los terceros interesados, cuando se pretende hacer valer contra ellos la fecha fijada ; pues si bien pudiera sostenerse que la fecha de la cesación de pagos, por tratarse de un juicio universal, obliga *erga omnes*, no se debe olvidar que eso atentaría contra los principios de cosa juzgada y de la defensa en juicio de los derechos, garantizada por la constitución ; en la práctica sería preciso que todos los que celebraren algún contrato con un fallido asistiesen a la junta de acreedores, o que se publicase la sentencia rectificadora de la fecha, para que los terceros pudiesen formular sus reparos, dentro de algún término, si resultan perjudicados ;

una tesis contraria implicaría desconfianza por tales operaciones, dada la inseguridad que se les crearía con la posibilidad de caer en el peligro de sospecha.

Las leyes extranjeras citadas no permiten que el Juez pueda revocar la fecha vencidos los plazos dentro de los cuales los acreedores pueden formular reparos; su fundamento consiste en que, si bien es cierto que la misión del Juez es reprimir el fraude, pasado el plazo tendría que tolerarlo, porque el espíritu de la legislación es restringir las atribuciones de los Jueces en materia de intereses privados, no debiendo proceder sino a instancia de parte interesada; dicha fecha afecta sólo a los acreedores, y, cuando éstos se conforman con ella, no deben alterarla los Jueces; y, teniendo en cuenta que, según el informe de la Comisión que redactó la ley 4.156, «los derechos de los acreedores quedan entregados a ellos mismos, a la honorabilidad, al celo y a la energía que desplieguen en la defensa de sus propios intereses, y sólo podrán culparse a sí mismos si la desidia y el abandono convierten nuevamente los juicios de quiebras en una liquidación de bienes mostrencos», es evidente que los Fiscales y Jueces carecen de atribuciones para actuar de oficio fuera de término.

LEÓN BARANDIARÁN (JOSÉ).—«Promesa de obligación».—*Gaceta del Notariado*, pág. 36 y siguientes.

Antes de obligarse la voluntad hay una serie de antecedentes que suscitan problemas jurídicos; la ley no considera los simples tratos (*punktaktion*) en que no hay determinación de comprometerse; sólo pueden originar responsabilidad por la culpa *in contrahendo*; pero entre la obligación y la *punktaktion* se interpone la promesa, antecontrato, o mejor anteacto, porque incide en todas las obligaciones, sean o no contractuales.

La *punktaktion* sólo comprende indicaciones revocables, sin implicar obligatoriedad; al discutirse el Código alemán se insinuó lo contrario; mas no prosperó por ser peligroso, quedando reducida a un medio de prueba o como elemento para constatar la generación del consentimiento.

La oferta, por su carácter unilateral, no crea vínculo jurídico, siendo revocable hasta que llegue al conocimiento del promisario,

hasta que éste acepte, según las distintas teorías, a no ser que el oferente se obligue a mantenerla durante cierto plazo, constituyendo entonces un caso de declaración unilateral de voluntad que no es intrínseco a la *pollicitatio*; no sucede lo mismo con la promesa, la cual, aunque la distingamos en bilateral y unilateral, no quiere decir que una cree vínculos jurídicos y la otra no, sino que en la bilateral se constituyen derechos y obligaciones para ambas partes, mientras que en la unilateral hay derecho para una y prestación para la otra. Por lo demás, la aceptación a la oferta de promesa ha de ser completa; en otro caso sólo habría *puntaktion*.

La promesa suele confundirse con el acto condicional o a término, pero se diferencia de uno y otro; del primero, porque éste tiene, desde luego, completos sus elementos constitutivos, y si no es eficaz es porque la obligación se aplaza por motivos que no tienen relación intrínseca con ella, mientras que la promesa carece de algún elemento, ya sea éste el objeto de la prestación, como en los negocios sobre cosa futura; ya de causa u obligación correlativa, como en los contratos de opción; bien del motivo determinante, como en las donaciones sobre hechos futuros; bien de un elemento propio del acto, como la indeterminación en el precio, fianza sobre obligación aún no existente o contrato sin la solemnidad requerida; del segundo, en que éste posee todos los elementos necesarios para su existencia desde su constitución, aunque se le haga depender de un hecho extraño a esos elementos; en cambio, la promesa carece de uno de tales elementos.

La promesa o anteacto y el acto puro se diferencian en que la exigibilidad de éste es presente y cierta, y la de aquél, incierta. Se ha creído que el acuerdo sobre contrato real sin tradición es promesa; pero entonces, ¿qué diferencia existirá entre la promesa y el contrato? Como con los dos se puede pedir la entrega de la cosa, producirán los mismos efectos.

La dificultad desaparecerá si consideramos los contratos reales sólo perfeccionados con la tradición, criterio clásico, según el cual el contrato es real y unilateral, o desde que hubo acuerdo aun sin tradición, criterio moderno que imprime al contrato carácter consensual y sinalagmático.

Según el primer criterio, el nuevo acuerdo sin tradición constituye promesa, pero la exigencia de la tradición no implica eje-

cución del contrato, sino su perfección ; se exige la tradición para que, perfeccionada la promesa, se pueda demandar la obligación, pero no se exige la obligación, imposible sin previa tradición.

Según el otro criterio, el contrato se descompone en dos fases : tradición de la cosa y su restitución ; el acuerdo perfeccionó el contrato que se ejecuta en su primera fase mediante la tradición ; así, el acuerdo no es promesa ; es un verdadero contrato ; luego con cualquiera de los dos criterios subsiste la distinción entre anteacto y acto y contrato.

Por lo tanto, producido un acuerdo sobre contrato solemne, sin haberse realizado, no se puede exigir la obligación misma, sino el cumplimiento de tal requisito, tratándose de una promesa, no de un contrato ; mas en cuanto se cumple, queda perfeccionado el contrato y son ya exigibles las obligaciones del contrato solemne concertado.

RIAZA (NARCISO).—«De plusvalía.»—*Revista de los Tribunales*, página 162.—¿ Sobre quién debe recaer el impuesto, sobre el que enajena o sobre el que adquiere ?

El Real decreto de 13 de Marzo de 1919, que hizo realidad legislativa de los proyectos de 1910, 1915 y 1918, consignó en el apartado F) de su artículo único que la obligación de pago correspondía al adquirente, sin decir de un modo expreso quién fuera el contribuyente. Estas vacilaciones desaparecieron en el Estatuto municipal, que distingue entre el sujeto pasivo del gravamen y el pagador actual, vertiendo el primer concepto en el artículo 428 con la expresiva fórmula : «El arbitrio recaerá», y el segundo ; en el 429, con la frase : «Están obligados al pago del arbitrio», como el Decreto de 1919 omitía toda referencia directa al enajenante, y sólo por deducción podía sostenerse que éste llegara a sufrirlo, si el adquirente usaba de la facultad de descontar del precio el importe del arbitrio, el Tribunal Supremo, en sus sentencias de 17 de Marzo de 1925 y 17 de Octubre de 1927, estimó que en vista de sujeto pasivo inconcretado, el único momento para el descuento era el de la celebración del contrato, pues por ser un privilegio para el adquirente necesitaba interpretación restrictiva. Pero después del Estatuto, tan claro y concreto, ya no es aplicable

ble tal jurisprudencia interpretativa del derecho anterior expresamente derogado.

Adviértase, ante todo, que este arbitrio es un impuesto fiscal, con sus características de inexorabilidad y garantizada realización, y el Estatuto distingue su aspecto sustantivo del utilitario o de ingreso efectivo, resolviendo el primero con la atribución del impuesto al beneficiario del incremento, y ante el temor de que en sus relaciones con él se malogren sus intereses, cambia la orientación y se dirige al que ofrece garantías con la tenencia del valor incrementado; esta es la única interpretación correcta de los artículos 428 y 429, y tan cierto es esto, que el artículo 426, en su último párrafo, preceptúa: «con total abstracción de la persona o entidad obligada al pago»; porque el adquirente asegura el ingreso, pero su acto no desnaturaliza la obligación del verdadero contribuyente.

Así lo establece la Ley, y es justo, porque este impuesto grava un aumento de valor sin esfuerzo ni aportación alguna del interesado; lo contrario que ocurre con las mejoras permanentes, o incrementos debidos a la obra propia del dueño o poseedor de que se ocupa el apartado *a*) del artículo 422 del mismo, las cuales son deducidas del valor corriente.

Si esto es así, no cabe duda que del precio obtenido, expresión del valor incrementado, debe salir la cuota proporcional en que consiste tal gravamen, participando del beneficio y concurrendo con el dueño al disfrute del aumento la representación administrativa de quienes, tal vez involuntariamente, han cooperado al aumento.

Además, cuando se trata de solares, los cuales, generalmente, no producen frutos naturales ni industriales, sólo la enajenación onerosa determina la realización de la plusvalía, mientras que el adquirente paga su justo valor, sin beneficiarse para nada del incremento; luego, si no tiene lucro, no debe pagar el impuesto.

Si no queremos agraviar al legislador, imputándole la grave falta de originar confusiones con el artículo 428, no puede sostenerse que el apartado *b*) del artículo 429 consigne sólo el momento del contrato para que la carga grave al enajenante, pues sin una declaración expresa no puede prescindirse de la atribución taxativa que establece el 428; pudo sostenerse esta tesis,

como lo hizo el Tribunal Supremo en las mencionadas Sentencias, cuando, en vigor el Real decreto de 1929, no existía disposición igual ni análoga ; pero cuando el artículo 428 lo transfiere al enajenante, no es lícita ni satisfactoria otra interpretación que ésta ; en el artículo 429, descartado ya el tema que agota en el 428, el legislador se preocupa sólo del ingreso de la cuota, y al obligar al adquirente a un pago que ningún beneficio le reporta, le concede ya en el mismo contrato, salvo pacto en contrario, un derecho de retención, pero proclamando de nuevo que el gravamen recae legalmente sobre el enajenante, y sin merma del derecho de repetición, si por cualquier causa no retuvo el impuesto.

Otra razón de índole interpretativa abona esta tesis, esto es, el artículo 419 del mismo Estatuto, que atribuye el arbitrio sobre terrenos incultos al propietario o al poseedor en concepto de dueño, y el 420, con el mismo criterio diferencial que el 428 y el 429, obliga al pago a otras personas distintas, sin perjudicar su derecho a retener, o en su caso, reclamar el importe de quien debe soportar el tributo ; luego el artículo 429, al recoger la doctrina del Real decreto de 1919, padeció el olvido de especificar el derecho de repetición tan explícitamente como lo hace el 420 ; mas al no existir diferencia entre los respectivos supuestos, debe aplicarse la misma solución si la razón en los dos es idéntica.

¿Qué papel desempeña el adquirente con su intervención tan directa en la realización del tributo ?

Se dice que puede considerarse como pago hecho por un tercero extraño a la obligación, como subrogación en lugar del que enajena o como un quasi-contrato de gestión ; no parece lo primero, porque, según el artículo 1.158 del Código civil, el pagador cumple una obligación que no le atañe, y en nuestro caso, el adquirente, por precepto del artículo 429 del Estatuto, es el término personal en quien radica el ingreso, sin perjuicio de su derecho de repetición ; no parece lo segundo, porque el artículo 1.209 del mismo Código responde a una forma de novación de las obligaciones, y ésta no las extingue, sino que las cambia, mientras que en la doctrina discutida, con el ingreso verificado por el adquirente se extingue absolutamente la obligación administrativa, lo cual no obsta para que subsista otra civil pura entre el pagador y el enajenante, que es consecuencia legal de la obli-

gación administrativa extinguida; no parece lo tercero, ni por el concepto general del quasi-contrato de gestión del artículo 1.887, ni por el especial del 1.888 del mismo Código, pues el primero exige voluntariedad, lo que no sucede aquí, donde se llega hasta el procedimiento de apremio; el segundo, además de voluntariedad, abandono remediado o negligencia sustituida, circunstancias que no concurren tampoco en el impuesto de que tratamos.

Si ninguna de estas figuras jurídicas le es aplicable al adquirente-pagador, se le amolda exactamente la de la representación del enajenante, pero impuesta por la Ley, obligatoria para ambos, y como supone la realización de una cosa por cuenta de otro, cae dentro del artículo 1.709 del Código civil, en vista de que por el vínculo y su contenido de comitente y comisionado, entraron en la esfera civil con nexo de esta clase, una vez terminado el administrativo del adquirente-representante con el Municipio; esto ocurre porque no hay representación sin mandato, aunque en la representación legal el consentimiento del representado sea suplido por la Ley.

Si esta doctrina, sacada, entre otras fuentes, del artículo 248 del Código de Comercio, es cierta, también lo será, partiendo de que el gravamen pesa sobre el enajenante, que la forzosa intervención del adquirente tiene que ser representativa; la imposición de la Ley lo hace todo; no puede hablarse de tácito ni presunto consentimiento del representado; la Ley produce el estado de derecho como inherente al mandato legal, especial y gratuito, encuadrado en el artículo 1.717 del Código civil, porque así lo impone la obligación personal de desembolso; luego si la conducta del mandatario es correcta, tendrá derecho al reembolso, tanto porque si no el impuesto no recaería en quien dispone el artículo 428 del Estatuto, como porque debiendo reputarse el ingreso a calidad de anticipo o reintegro, debe aplicarse el párrafo segundo del artículo 1.728.

Aunque se hayan entablado recursos contra el impuesto, la acción de reintegro se hace actual desde el momento del pago, pues consumada la gestión, son indiferentes las derivaciones que hayan sobrevenido, y la resolución de los recursos en nada afecta a la devolución de lo pagado, pues nada se opone a que el enajenante recogiera directamente los resultados de los procedimien-

'tos que obtuvieran éxito. Y como la cantidad consiste en lo ingresado por el representante, parece que se deben intereses por ella desde el momento en que se verificó el anticipo, sustituyendo este momento al requerimiento judicial o extrajudicial determinante de la mora, según el artículo 1.101 y concordantes del mismo Código.

Si, por exceso en la liquidación girada o por otra causa cualquiera, fueran necesarios recursos contra aquélla, a la devolución de lo pagado debe añadirse los gastos que se hayan producido como consecuencia de la gestión, no como retribución de un servicio o indemnización de desembolsos, sino como reintegro consecuencia del mandato, porque la personalidad para impugnar el arbitrio o su cuantía radica exclusivamente en el mandatario.

ASENSIO (Luis).—«Juegos de envite y azar».—*Revista de los Tribunales*, pág. 171 y siguientes.

Constituye el juego una figura jurídica compleja. Tanto el Código penal de 1870 como el de 1928, incluyen los juegos prohibidos como una figura de delito, aunque con alguna diferencia, siendo, por lo tanto, nulas las relaciones jurídicas entre los jugadores y cayendo en comiso el dinero y demás útiles del juego. De otra parte, las facultades administrativas de autorizar rifas, loterías, tómbolas, etc., dan a este delito un carácter artifioso. Además, el hallarse contenido en el artículo 1.798 del Código civil entre las obligaciones y contratos que no nazcan de delitos o faltas, según el artículo 1.092 del mismo, parece indicar que al referirse a juegos prohibidos el artículo 1.799, se trata sólo de una prohibición civil; lo que ocurre es que estas relaciones jurídicas unas veces se prohíben sólo civilmente, y otras según el lugar donde se juega, se les atribuye carácter delictual, dándoseles una constitución hermafrodita. Por último, si deben considerarse como delictivos los actos contrarios a una moral media, no a una moral mínima, el juego en España, sólo por ser de suerte, envite o azar, no debería haber sido declarado delito.

A la moral media repugna el juego de la banca, en que reservándose el banquero una ventaja dando el volumen de las jugadas, obtiene resultados beneficiosos matemáticamente; pero los juegos de envite, suerte o azar, jugados en partidas reservadas

entre un número reducido de jugadores conocidos entre sí, se practican en España en todos los lugares y por todas las clases sociales, siendo imposible su persecución, porque sus autores encuentran protección, por suponerse que se les persigue arbitrariamente. La solución tal vez consistiría en la determinada para los no prohibidos en el párrafo segundo del artículo 1.801 del Código civil, y en concederle a la mujer, con autorización judicial, acción restitutoria, puesto que tales pérdidas afectan a los gananciales.

El vigente Código penal continúa dándoles carácter criminoso, sin distinguir entre los de banca y practicados en partidas reservadas, y si bien es superior al de 1870 al exigir que medie interés, lo que no estaba tan claro en éste, aunque al usar medios fraudulentos se incurría en el delito de estafa, lo que no podía suceder sin mediar interés, en otros puntos es inferior al antiguo, como veremos.

Efectivamente, según el artículo 743, se consideran juegos de azar todos aquellos en que, mediando interés, la ganancia o la pérdida dependan totalmente o casi totalmente de la suerte, sin que influya en ellas la natural y lícita habilidad del jugador.

No necesitando de explicación el elemento «de que decida totalmente la suerte», examinemos el que decida la suerte casi totalmente. En los juegos de azar sólo pueden intervenir la suerte y la habilidad, pudiendo ser ésta ilícita, y entonces constituirá delito, o lícita y natural, y entonces no lo constituirá; pero el Código admite la posibilidad de delito cuando ésta sea escasa, y, en contra de la conclusión anterior, existirá delito y será preciso examinarlo.

Discurriendo sobre tal supuesto, observaremos cierta ambigüedad, pues si bien la suerte contribuye en la mayor parte, y la habilidad en la menor, no se determina cuantitativamente, quedando forzosamente sujeta su determinación al arbitrio judicial, el cual, aunque consubstancial a la justicia, debe reducirse a apreciar el caso concreto que se juzga, pero no concurrir directamente a la definición del delito, que ha de tener carácter genérico; y como los Tribunales juzgan respecto a un hecho, el jugador puede resultar condenado por un acto que no podía saber si era o no delictivo; y como estos Tribunales pueden tener diverso criterio sobre el alcance de la frase «casi totalmente» o sobre el porcentaje

de azar de un juego, resulte un mismo jugador condenado y absuelto por el mismo acto en diversos lugares de España, dejando así sometida la libertad u honorabilidad de los ciudadanos a circunstancias de lugar y tiempo.

Estos inconvenientes se salvarían reduciendo los juegos delictivos a aquellos en que la pérdida o ganancia dependa totalmente de la suerte, o insertando como Apéndice del Código, nominalmente, todos los juegos prohibidos, facultando al Gobierno para adicionar los que a su juicio lo merezcan.

El Código señala como delincuentes : a los dueños de casas de juego de suerte o azar, a los que las instalaren, a los que las sostuvieren y a los que habitualmente concurran a casas o departamentos de sociedades que se dediquen a juegos de azar. Los dueños de las casas de juego parece que han de ser castigados ; pero si viven distantes, tienen un administrador e ignoran el destino que se da al inmueble, resultarán demasiado absolutos los términos del artículo 744, triunfando el artículo 26 ; no serán castigados ni el administrador, ni el arrendatario que subarrienda para este objeto, ni cualqu'er poseedor que no sea el dueño, ya que sólo se habla de éste y no deben hacerse interpretaciones extensivas, según el artículo 2.^º. Serán también condenados los que instalaren el negocio, entendiéndose por tales el dueño del negocio, no el de la casa, porque éste no sería castigado como instalador, sino como dueño del inmueble ; los obreros sólo podrán serlo en el caso de que la instalación fuere específica para juegos prohibidos. Se entiende por sostenedores de las casas de juego los que facilitan el capital, pero también podrán considerarse como tales los puntos, pues contribuyen al negocio con sus actos y dinero ; mas como el negocio puede sostenerse sin ellos, aunque sería ruinoso, y las leyes penales se han de interpretar benignamente, podrá considerarse al punto como un asistente a la casa en cualquier departamento ; claro que si asisten habitualmente a las casas o departamentos de sociedades que se dedican a esta industria, serán castigados. Como se ve, el Código se ensaña con los mirones.

FEDERICO BRAVO LÓPEZ,
Del Cuerpo de Letrados de Gracia y Justicia.

Jurisprudencia de la Dirección de los Registros y del Notariado

COMPRA DE FINCA POR MUJER CASADA. PROCEDE INSCRIBIR A FAVOR DE LA MISMA, SIN CONDICIÓN RELATIVA A LO QUE HAYA DE OCURRIR EN EL DÍA DEL PAGO DE LOS CRÉDITOS HIPOTECARIOS, LA HECHA POR MUJER CASADA QUE, CON ASISTENCIA DE SU ESPOSO, ENTREGA EN EL ACTO, JUSTIFICÁNDOSE SU PROCEDENCIA PARAFORENAL, PARTE DEL PRECIO, OBLIGÁNDOSE A SALDAR CON DINERO PROPIO DOS CRÉDITOS HIPOTECARIOS QUE GRAVAN LA FINCA VENDIDA, Y CUYO IMPORTE ES EL RESTO DEL PRECIO DE LA COMPRA.

5

Resolución de 21 de Abril de 1930. (Gaceta de 23 de Mayo de 1930.)

El Notario de Lorca, D. Antonio Moxó Ruano, el 26 de Octubre de 1929, autorizó una escritura por la que D.^a Ana Segura Sánchez, asistida de su esposo, compró en 26.000 pesetas una finca, entregando en el acto 6.000 pesetas, que recibió de una hipoteca constituida sobre finca por ella heredada, al vendedor, y reservándose el resto para pagar dos hipotecas que gravan el inmueble adquirido. En otra escritura de aclaración, ante el propio Notario, se contiene lo que sigue: «b) Doña Ana Segura Sánchez, con el consentimiento de su marido, D. Angel Garro Miras, solicita del señor Registrador de la Propiedad del partido que las 6.000 pesetas entregadas como parte del precio de la repetida compraventa, cuya procedencia paraforenal se acreditó en forma debida, se inscriban, desde luego y definitivamente, con tal ca-

rácter al hacer la inscripción de la finca de que se trata, quedando la inscripción siempre a nombre de la compradora en cuanto a las 20.000 pesetas restantes, y en cuanto a si dicha cantidad se ha de entender de la sociedad de gananciales o de D.^a Ana Segura Sánchez como parafernial, pendiente de la condición de que dicha señora, al hacer efectivos los créditos aludidos a que se ha obligado, acredite o no, en forma fehaciente, la procedencia parafernial de la cantidad que importa.»

Presentadas ambas escrituras en el Registro de la Propiedad de Lorca, por el Registrador, se calificó así: «Inscrito el precedente documento juntamente con la escritura de aclaración y sólo en cuanto a la parte correspondiente a 6.000 pesetas con el carácter de parafernial, y *denegada* la inscripción con respecto al resto de la finca, o sea a las 20.000 pesetas, cuya procedencia no se acredita, a favor de la compradora, porque siendo doctrina derivada del Código civil, de las Sentencias del Tribunal Supremo y de la jurisprudencia de la Dirección general, que no acreditándose por documento auténtico la época y forma en que la mujer casada, otorgante de las escrituras que se califican, adquirió el dinero invertido en la compra, ni otro alguno en que conste su aportación al matrimonio; antes bien, de la lectura de ambas escrituras resulta todo lo contrario, ha de estarse a la presunción que establece el artículo 1.407 de aquel Cuerpo legal, a saber: que dichos bienes han de reputarse gananciales, no siendo, por consiguiente, admisible lo consignado en la cláusula b) de la escritura de aclaración, lo que daría lugar a una situación ambigua, que desde luego debe resolverse a favor de la sociedad conyugal.»

En el recurso interpuesto por la representación de la compradora, el Presidente de la Audiencia de Albacete confirmó la nota del Registrador, y la Dirección general desestima dicha nota y declara inscribibles las escrituras sin la condición relativa a las consecuencias que haya de provocar en su día el pago de los créditos hipotecarios con los siguientes considerandos:

Por el contrato de compraventa de una finca hipotecada el vendedor se compromete a transmitir al comprador el derecho de gozar y disponer del inmueble sin más limitaciones que las establecidas, tanto en las leyes como en el Registro de la Propiedad, y el requirente, una vez cumplido el requisito de la inscripción,

asume la plena potestad de la cosa y puede ejercitar la acción reivindicatoria contra el tenedor o poseedor para acoplar el señorío de hecho al dominio jurídico.

La existencia del gravamen hipotecario, por elevado que sea el crédito correspondiente, no es obstáculo para que la transferencia se realice, como tampoco lo sería la existencia de una servidumbre pasiva que agotase la potencialidad económica de la finca, y únicamente subordina el derecho de propiedad adquirido a las consecuencias de la obligación para cuya seguridad se ha constituido la hipoteca.

En virtud de estos elementales principios del derecho hipotecario puede sostenerse sin vacilación que D.^a Ana Segura Sánchez, asistida de su esposo, D. Angel Garro, tenía capacidad para comprar la finca denominada «La Torre», radicante en la Diputación de Puerto Lumbreras, por el precio de 6.000 pesetas, más la obligación de pagar los dos créditos que sobre la misma pesaban, subrogándose totalmente en las obligaciones de D. Alejandro Artiz Massa, según se especifica en la escritura de aclaración, otorgada en 4 de Noviembre de 1929.

Los resultados de esta subrogación, ya se perfeccione y complete mediante el consentimiento del acreedor y la extensión de los asientos exigidos por el régimen hipotecario, ya permanezca en la esfera de los derechos de obligación, y, sin llegar a sustituir un nuevo deudor en lugar del primitivo, coloque al adquirente en la posición de quien se obliga a pagar por otro, en nada influye sobre el carácter de la adquisición, ni sobre la calificación del inmueble, que deberá incluirse entre los bienes parafernales de la mujer, si las 6.000 pesetas satisfechas son de su exclusiva pertenencia, como se reconoce por todos, y si ella sola asume la obligación de pagar al acreedor hipotecario los reseñados créditos.

Las futuras contingencias del crédito y los derechos que puedan corresponder al marido o a la sociedad de gananciales cuando la deuda se extinga por el pago, condonación, confusión, compensación, novación o mutuo disenso, o cuando el crédito caduque por prescripción de las acciones, o cuando la ejecución sea dirigida contra la finca o el patrimonio de la mujer, son tan complejas como independientes de la cuestión que ahora se discute,

y no impiden, antes al contrario, imponen que la inscripción se extienda sin condición, mención ni alusiones relativas a los efectos de actos y relaciones futuras, que en su día provocarán los asientos correspondientes.

La hipótesis de que el precio ofrecido por D.^a Ana Segura se descomponga en dos partes, como si fuera satisfecho por dos personas jurídicas, es insostenible, puesto que no hay varios adquientes del derecho de propiedad, sino uno solo: la mujer casada que, con licencia de su marido, adquiere para el patrimonio extradotal; e igualmente ha de desecharse el supuesto de que una cuota proindiviso de la finca corresponda a los bienes parafernales y otra quede sujeta al juego de una condición (la de que en su día los créditos sean pagados o no con dinero procedente de la sociedad de gananciales), porque la finca es adquirida desde luego y definitivamente por la indicada señora, mediante la contraprestación de un precio de 6.000 pesetas y la asunción de la deuda garantizada con los créditos hipotecarios, cuya licitud no aparece contradicha por el Registrador, y tenía en el artículo 165 del derogado Reglamento hipotecario un antecedente explicativo.

RECURSO GUBERNATIVO. PERSONALIDAD DEL NOTARIO. LA TIENE CUANDO LA NOTA DENEGATORIA DE INSCRIPCIÓN DE UNA ESCRITURA SE FUNDA EN APARECER CONTRADICTORIO EL CERTIFICADO NEGATIVO QUE SE INSERTA DEL REGISTRO DE ÚLTIMAS VOLUNTADES Y EL TESTAMENTO QUE EL NOTARIO TIENE EN CUENTA PARA REDACTAR EL DOCUMENTO.

Resolución de 5 de Mayo de 1930. (Gaceta de 26 de Mayo de 1930.)

El Notario de Sevilla, D. Francisco Monedero Ruiz, autorizó escritura de manifestación y adjudicación de bienes, a la que quedó unida una primera copia del testamento otorgado por la causante de dicha sucesión y hermana de la única heredera, que se decía era el único otorgado, aunque la certificación expedida por el Jefe del Registro de Actos de última voluntad resultaba ser negativa.

En dicha escritura el Registrador de la Propiedad de Alcalá

de Guadaira puso nota no admitiendo la inscripción en cuanto a la mitad de una casa radicante en dicho distrito hipotecario, «por notarse el defecto de resultar contradictorio el certificado negativo del Registro general de Actos de última voluntad, del testamento que se inserta, como único otorgado por el causante, y haber transcurrido treinra días hábiles desde la presentación sin haberse subsanado dicho defecto ni pedido anotación preventiva».

Interpuesto recurso por el Notario, alegó el Registrador la carencia en el recurrente de personalidad, lo que así declaró el Presidente de la Audiencia de Sevilla, auto que revoca la Dirección general por las siguientes razones :

La nota recurrida se apoya en documentos que no sólo han sido tenidos en cuenta por el Notario, Sr. Monedero Ruiz, sino que han sido insertados en la escritura por aquél autorizada a 26 de Marzo de 1929, y, en su virtud, el prestigio profesional del recurrente queda afectado por la afirmación de que las contradictorias indicaciones contenidas en el título inscribible son un obstáculo para que éste produzca sus normales efectos.

Según constante doctrina de este Centro directivo, el artículo 121 del Reglamento hipotecario concede al Notario autorizante de un instrumento público, calificado por el Registrador de la Propiedad, la facultad de entablar el recurso gubernativo cuando la calificación se apoya en motivos que por haber sido conocidos y tenidos en cuenta, como en el caso objeto de este recurso, pudieran dar lugar a la creencia de que dicho fedatario no sabía apreciar el alcance de las relaciones o particularidades jurídicas en cuestión, al proveer a las dificultades y tratar de obviar los inconvenientes que en realidad se opusieran al natural desenvolvimiento de la voluntad de los otorgantes.

El problema relativo a los efectos que deba producir la existencia de un certificado de actos de última voluntad, contradictorio de la realidad jurídica, afecta de tal modo al Notariado y es de tan grave actualidad, que precisamente el tema de las Memorias que este año deben remitir los Registradores, con los estados a que se refiere el artículo 514 del Reglamento hipotecario, versa sobre las modificaciones últimamente introducidas en esta materia por el Reglamento notarial.

INSCRIPCIÓN. PRINCIPIO DE SU INATACABILIDAD. UNA VEZ EXTENDIDA LA EN QUE SE ADJUDICÓ UNA FINCA COMO CONSECUENCIA DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA FIRME DICTADA EN MENOR CUANTÍA. CONTRA AUSENTES, EN IGNORADO PARADERO, NO PROcede CONTRA ELLA EL RECURSO GUBERNATIVO, AUNQUE EL REGISTRADOR DEJE A SALVO EN LA NOTA LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 777 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL (RECURSO DE AUDIENCIA).

Resolución de 13 de Mayo de 1930. (Gaceta de 8 de Junio de 1930.)

El Registrador de la Propiedad de Pamplona, en testimonio de auto de adjudicación de varias partes de la nuda propiedad de una finca al mejor postor, ejecutando sentencia en juicio declarativo de menor cuantía contra ausentes, en ignorado paradero, puso la nota que sigue: «Hecha la adjudicación y cancelaciones que se ordenan en el precedente documento, dejando a salvo lo dispuesto en el artículo 777 de la ley de Enjuiciamiento civil, en el tomo....»

Interpuesto por el adjudicatario recurso gubernativo, el Juez, en su informe, manifiesta que la nota recurrida, al someter la adjudicación a una limitación no impuesta en el título, equivalía a una denegación de la inscripción que se solicitaba en concepto de libre y sin reservas, en cuyo sentido procedía la admisión del recurso. Lo declaró improcedente el Presidente de la Audiencia, y la Dirección general confirma el auto apelado con los siguientes considerandos:

El principio de la inatacabilidad de la inscripción por los procedimientos gubernativos, puesto de relieve por la doctrina hipotecaria y confirmado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y las Resoluciones de este Centro directivo, ha encontrado una consagración expresa en el artículo 51 del Reglamento hipotecario, a cuyo tenor los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su nulidad, sin perjuicio de las facultades concedidas a los Registradores en el título VII de la ley.

Como consecuencia de tal principio, una vez extendidos los asientos relativos al título inscribible, no cabe solicitar su reforma o rectificación en el procedimiento gubernativo cuando la cues-

tión que así se suscita, lejos de ser independiente de las comprendidas en la calificación previa a toda inscripción en el Registro, vuelve a plantear un extremo ya resuelto en el procedimiento hipotecario y no puede ser discutida de nuevo sin atacar la sustantividad del asiento practicado.

La inscripción de la adjudicación y cancelaciones ordenadas en el documento origen de este recurso plantea el problema relativo a la posible aplicación de los artículos 777 y 787 de la ley de Enjuiciamiento civil, que el Registrador de la Propiedad, en uso de las facultades que le confiere el artículo 18 de la ley Hipotecaria, resolvió con arreglo a su criterio, sin que los interesados, que podían exigir la minuta del asiento, con arreglo al artículo 252 del mismo Cuerpo legal, hubieran hecho uso de tal derecho.

LEGADOS. SU REPUDIACIÓN. AUTORIZACIÓN JUDICIAL. NO ES NECESARIA ESTA ÚLTIMA EN LA REPUDIACIÓN DE LEGADO HECHA POR LA MADRE Y LEGAL REPRESENTANTE DEL HIJO MENOR NO EMANCIPADO RESPECTO DE FINCA SUJETA ADÉMÁS A CONDICIÓN RESOLUTORIA, PORQUE NO HABIENDO SIDO ACEPTADO EL LEGADO NO ESTÁ EN EL PATRIMONIO DEL LEGATARIO, SE HALLA PENDIENTE SU DOMINIO DE LA LIQUIDACIÓN DE LA MASA HEREDITARIA, Y SE IGNORA SI EN DEFINITIVA HA DE CORRESPONDER A LA MADRE LA ADMINISTRACIÓN O USUFRUCTO. TAMPoco ES NECESARIA DICHA AUTORIZACIÓN EN LA REPUDIACIÓN FORMALIZADA POR LA PRESIDENTA DE UNA JUNTA DE SEÑORAS DE LAS CONFERENCIAS DE SAN VICENTE DE PAÚL.

Resolución de 24 de Mayo de 1930. (Gaceta de 15 de Junio de 1930.)

Ante el Notario de Barcelona, D. Guillermo Alcover, compareció D. Ramón Puig Ramón a otorgar escritura de inventario de los bienes relictos por su esposa, D.^a Clementina Colobardas, la que en su testamento, después de instituir usufructuario a su citado esposo, determina que finido que sea dicho usufructo lega una parte de una casa a su sobrino Mariano Colobardas; si éste llegare a tener uno o más hijos legítimos, podrá disponer libremente, y, en caso contrario, lo sustituye por las Conferencias de San Vicente de Paúl, de Barcelona, a disposición de su Consejo de señoras.

Por otras dos escrituras, autorizadas por el mismo Notario, D.^a María Durán, madre y legal representante del legatario nombrado, D. Mariano, repudia el legado constituido a favor de éste, y análogo acto realiza la Presidenta de la Junta de señoras de San Vicente de Paúl.

Presentadas en el Registro de la Propiedad de Oriente, de Barcelona, las escrituras mencionadas, por el Registrador se puso nota denegando la inscripción de la escritura de inventario por constar ya inscrita. Denegó, asimismo, la inscripción de la nuda propiedad, pedida verbalmente a favor del usufructuario, porque las repudiaciones hechas no se han obtenido con la correspondiente autorización judicial. Defecto insubsanable.

Interpuesto por el Notario el correspondiente recurso, el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador, y la Dirección general, con revocación del auto apelado, declara bien extendidas las escrituras, fundamentándolo así:

Para resolver las cuestiones planteadas en este recurso ha de tenerse en cuenta que la doctrina relativa a la aceptación y repudiación de legados, tanto por lo que respecta a la capacidad de las personas otorgantes como a la forma y efectos del acto jurídico, se apoya en el Derecho francés, italiano y español, más en las normas que regulan las adquisiciones a título lucrativo de naturaleza singular que no en las directamente aplicables, cuando se trata de la aceptación y repudiación de la herencia, entendida como conjunto de los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte.

En lo tocante a la repudiación formulada por D.^a María Durán y Falt, como madre y representante legal de su hijo menor, no emancipado, D. Mariano Colobardas y Durán, procede sostener la opinión del Notario recurrente, en primer término, porque el legado todavía no aceptado no puede equipararse a una finca que forma parte del patrimonio del menor, ya que el legatario no puede apoderarse de la cosa legada, aunque fuera específica y propia del testador, ni está autorizado para pedir la inscripción a su nombre fuera de casos excepcionales, cuyo análisis sería ahora inoportuno, ni adquiere en absoluto el dominio cuando el *dies cedit*, sino que es titular de un derecho subordinado a la liquidación de la masa hereditaria; en segundo lugar, porque

tampoco puede afirmarse que corresponda o haya de corresponder a la madre la administración o el usufructo de dicho inmueble, en la actualidad usufructuado por D. Ramón Puig, sobre todo si se tiene en cuenta que, según la cláusula testamentaria, la adquisición de la nuda propiedad se halla sometida a una condición résolutoria; en tercer lugar, porque, mientras las leyes no dispongan lo contrario, las facultades del titular de la patria potestad deben ser tan amplias como las atribuidas al tutor con la intervención del Consejo de familia, y, en fin, porque así como no se ha discutido la suficiencia de la representación paterna en todos los incidentes de partición hereditaria, ha parecido a algunos civilistas que la autorización concedida al tutor para proceder a la división de la herencia no equivale a un suplemento de capacidad para aprobar las operaciones partitacionales, razones todas que abonan la pretensión del Notario recurrente.

Por lo que atañe a la repudiación formulada por D.^a Carmen Gil Llapart, en calidad de Presidenta de la Junta de señoras de las Conferencias de San Vicente de Paúl, de la misma ciudad de Barcelona, sin entrar en el examen de la personalidad jurídica de dichas Conferencias, ni en la particularidad de ser puesto el legado a disposición de su Consejo de señoras, por no haberse discutido tales extremos en este recurso gubernativo, ha de resolverse únicamente sobre la aplicación al caso examinado del artículo 993 del Código civil.

A tenor del expresado artículo, los legítimos representantes de las Asociaciones, Corporaciones y Fundaciones, capaces de adquirir, podrán aceptar la *herencia* que a las mismas se dejaren; mas para repudiarla necesitan la aprobación judicial, con audiencia del Ministerio público, y, aparte de la capital cuestión de la capacidad para adquirir, que ahora no ha sido planteada, ha de desestimarse la nota recurrida en el último punto: primero, porque la repudiación de los legados se ha desenvuelto constantemente sobre bases distintas a las aplicables en la repudiación de la herencia; segundo, porque es principio de derecho que en los casos dudosos ha de favorecerse el libre desenvolvimiento de la personalidad jurídica; tercero, porque los civilistas españoles duidan de que las Asociaciones, Corporaciones y Fundaciones a que se refiere el artículo sean otras que las de interés público y reco-

nocidas por la ley ; cuarto, porque, en el supuesto de que se tratase de una persona moral eclesiástica también podría discutirse la necesidad del expresado requisito ; y quinto, porque las leyes prohibitivas no pueden extenderse ni ampliarse a otros casos y personas que a los comprendidos en ellas, conforme lo ha declarado repetidamente el Tribunal Supremo.

AUTOCONTRATO. LA ESCRITURA DE APROBACIÓN Y PROTOCOLIZACIÓN DE OPERACIONES PARTICIONALES HECHAS POR UNO SOLO DE LOS HIJOS Y HEREDEROS ABINTESTATO DE SUS PADRES COMO TAL HEREDERO, COMO CESIONARIO DE DOS DE SUS HERMANOS Y COMO APODERADO DE SUS OTROS RESTANTES HERMANOS, NO ES INSCRIBIBLE, PORQUE EL MANDATARIO, EN NOMBRE DEL MANDANTE, TRATA Y CONTRATA CONSIGO MISMO, FALTANDO, POR TANTO, EL TERCERO, NECESARIO PARA QUE EXISTA EL MANDADO ; PORQUE DE CALIFICAR LA ESCRITURA DE DECISIÓN ARBITRAL CARECE, TRATÁNDOSE DE COMPROMISO, DEL ACUERDO DE LOS HEREDEROS, NECESSITÁNDOSE, EN OTRO CASO, LA EXISTENCIA DE LA CONVICIÓN OBLIGATORIA, ADEMÁS DEL OBSTÁCULO QUE OFRECEN LOS ARTÍCULOS 1.057 Y 1.449 DEL CÓDIGO CIVIL A UNO SOLO DE LOS HEREDEROS PARA ACTUAR SIN LA RATIFICACIÓN DE LOS DEMÁS Y DE QUE EL HECHO DE SER JUEZ Y PARTE ANULARÍA LAS DECISIONES ARBITRALES QUE TRATARÁ DE IMPONER.

Resolución de 30 de Mayo de 1930. (Gaceta de 15 de Julio de 1930.)

Ante el Notario de Santander, D. Ignacio Alonso Linares, compareció D. Gonzalo Muñoz Palazuelos, heredero, como sus hermanos, abintestato de sus padres, a formalizar escritura de aprobación y protocolización de operaciones particionales, actuando en ellas en nombre propio, como cesionario de dos de sus hermanos y como apoderado de los restantes hermanos y herederos.

El Registrador de la Propiedad de Santander puso en dicha escritura la nota que sigue : «No admitida la inscripción de este documento en cuanto a las fincas 3 al 8, 10, 11, 13 al 16, cuya transmisión se solicita inscribir : primero, porque la partición de herencia que contiene dicho documento se ha practicado por uno de los herederos ; segundo, si se entendiera que la prohibición de darles ese encargo, impuesta al testador en el artículo 1.057 del

Código civil, no tiene legítima extensión al caso en que el partidor sea nombrado por todos los que tienen interés en la herencia, todavía queda el defecto subsanable de la insuficiencia de los poderes que D. Gonzalo Muñoz invoca para representar a sus hermanos ausentes, cuyos mandatos, concebidos en los términos usuales y corrientes para esa clase de documentos, no contiene nada de extraordinario, y, desde luego, no aparece en ninguno de un modo expreso, claro e inequívoco, como sería preciso, la importante y peligrosa facultad de hacer personal y exclusivamente la división del caudal hereditario de los padres comunes; y como los poderes son de interpretación estricta, no es permitido acudir a suposiciones, más o menos fundadas, para demostrar que estaba en la voluntad de los mandantes el conferir a su hermano la indicada facultad, tanto menos cuanto que todas las conjeturas que se formen conducen, a juicio del Registrador que suscribe, a la solución contraria. No procede la anotación preventiva por causa del primer defecto apuntado.»

En el recurso interpuesto por el Notario, el Presidente de la Audiencia confirmó en lo esencial la nota del Registrador, y la Dirección general confirma el auto apelado por las siguientes razones:

Por haber interpuesto tan sólo el Notario recurrente la apelación contra el auto presidencial debe limitarse la resolución al defecto basado sobre la insuficiencia de los poderes que D. Gonzalo Muñoz invocó para representar a las personas ausentes, por no aparecer en ellos, de un modo expreso, claro e inequívoco, la facultad de hacer personal y exclusivamente la división del caudal hereditario de los padres comunes.

La escritura otorgada ante dicho Notario por D. Gonzalo Muñoz Palazuelos, en 14 de Noviembre de 1929, para la aprobación de las operaciones particionales de sus padres, en su propio nombre, como heredero de una porción y cesionario de otras dos, y en nombre ajeno, como representante de sus hermanos D. Daniel, D.^a María, D. Angel y D. Lorenzo, cae dentro de la figura jurídica llamada autocontrato, y si bien ni la palabra ni el concepto se encuentran en el Código civil ni en el Mercantil, es necesario llenar esta laguna con el criterio que pudiera obtenerse de los artículos 165, 236 en su número 2.^º, 275 en su número 4.^º y 1.459

del primer texto citado, y los artículos 135, 136 y 267 del segundo, así como de los principios generales de derecho y de la doctrina sentada por este Centro directivo en la Resolución de 29 de Diciembre de 1922.

Los mencionados artículos, orientados hacia la máxima imparcialidad del representante, privan al padre, al tutor, al socio y al mandatario, cuyos intereses aparecen en oposición con los del representado, de la representación normal que la ley les confiere, en cuanto puede provocarse el conflicto, y, aun en el supuesto de la comisión mercantil, se exige una licencia especial del comitente para que el comisionista pueda comprar lo que se le haya ordenado vender, o vender lo que se le haya ordenado comprar.

En la doctrina moderna pueden distinguirse cuatro grupos de teorías que intentan resolver el problema planteado cuando el representante de una persona, física o jurídica, cierra consigo mismo en nombre propio o en representación también de otras personas, físicas o jurídicas, un convenio que tenga por objeto obligar a uno o varios respecto de otro u otros a dar, hacer o prestar alguna cosa: 1.^o, las que niegan la posibilidad de la figura contractual; 2.^o, las que admiten la licitud de que una sola persona pueda otorgar un contrato mediante la manifestación de un doble consentimiento; 3.^o, las que, reconociendo que en el negocio jurídico de referencia existe tan solamente una declaración de voluntad, le conceden efectos jurídicos contractuales, y 4.^o, las que colocan el acto completamente fuera de la categoría de los bilaterales para atribuirle efectos específicos.

Para los juristas que exigen como elementos esenciales de todo contrato la existencia de dos voluntades independientes y de dos declaraciones recíprocas, adolecería de un vicio insubsanable el documento calificado, en cuyo apartado 5.^o D. Gonzalo Muñoz Palazuelos declara, con el triple carácter de heredero, cesionario y representante, que aprueba y ratifica las operaciones participiales de la herencia relictiva por sus padres, D. Francisco Muñoz Torcida y D.^a Josefa Palazuelos Herrera.

Aun para los escritores que admiten el contrato del representante consigo mismo, por no existir una imposibilidad jurídica natural en que el apoderado manifieste una voluntad suya y otra del representado, surge como dificultad insorteable la exigencia

de que el acuerdo de voluntades enlace intereses discordantes, y como el representante no puede atender al interés propio y tutelar a la vez el interés contrario del representado, solamente conceden cartas de naturaleza a las convenciones en que el conflicto de intereses no se presenta con los agudos caracteres del caso discutido en este recurso.

Los civilistas, que reputan el acto discutido como unilateral, con efectos contractuales, se basan en que la voluntad del mandante lleva implícita la posibilidad de que el mandatario haga de contraparte en la convención, bien cuando así lo expresa con claridad, bien cuando esta consecuencia aparece como necesaria, dado el contenido del apoderamiento, o como lógica derivación de sus cláusulas, bien cuando el mandante ha conferido el poder ignorando hechos o sin calcular probabilidades, que, de haber sido tenidos en cuenta, hubiesen influido sobre el alcance de su voluntad; pero excluyen expresamente los negocios de carácter transaccional: compromisos, composiciones, particiones hereditarias, divisiones patrimoniales, etc.

En el supuesto de que no se califique la escritura discutida de acto contractual, sino de decisión arbitral o de natural resultado del nombramiento común hecho en los poderes presentados a favor de D. Gonzalo Muñoz Palazuelos para que realizara las operaciones particionales, tampoco podría llegarse a la declaración solicitada por el Notario recurrente: 1.^o, porque si se tratara de un verdadero compromiso debería constar el acuerdo de todos los herederos en la forma y con los requisitos exigidos en la ley de Enjuiciamiento civil; 2.^o, porque si no se tratara de un verdadero compromiso, como en el caso de las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de Diciembre de 1908 y 27 de Mayo de 1915, sería necesario presentar la convención obligatoria primordial; 3.^o, porque los artículos 1.057 y 1.449 del Código civil son un obstáculo insuperable para que se pueda conceder a uno de los coherederos la facultad de decidir por sí solo cuanto se refiera a la distribución del caudal relicto sin la ratificación de sus coherederos, y 4.^o, porque la circunstancia de ser el otorgante juez y parte anularía los pronunciamientos arbitrales que tratase de imponer.

Por último, tampoco puede alegarse el precedente establecido en el artículo 267 del Código de Comercio, ni la explicación de

que en tales casos el apoderamiento contiene, al lado de la escritura de mandato, una oferta subsidiaria que el mandatario pueda aceptar en nombre propio, porque en el caso presente no se trata de cosas que puedan ser adquiridas por un precio corriente de feria, mercado, plaza o Bolsa, ni consta que los herederos ausentes hayan autorizado especialmente al otorgante para realizar por sí mismo, sin intervención de nadie, las operaciones participiales, y, antes bien, en los poderes reseñados se emplean frases como las de adoptar «con los demás coherederos los convenios que a bien tuviesen» y la de liquidar y dividir «en concurrencia con los demás coherederos», que justifican el apartado segundo de la nota recurrida.

LUIS R. LUESO,

Registrador de la Propiedad.

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

Sucursales en España y Marruecos

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

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

CONSIGNACIONES A VENCIMIENTO FIJO

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

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

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

Jurisprudencia administrativa del impuesto de Derechos reales

XXXVII

Consolidación de dominio. Cumplimiento de condición. El momento en que se cumplen las suspensivas es el que determina la liquidación del impuesto, y por ello a la tarifa vigente en tal momento se ha de sujetar la liquidación y no a la que rigiese al fallecimiento del causante ni a la de la transmisión de los bienes en usufructo.

Caso.—Una testadora dispuso fuese su heredero usufructuario vitalicio su marido, y al fallecimiento del mismo, un hermano de aquélla, y al de éste, cuatro hijos del mismo, y que al cumplirse treinta años del fallecimiento se convirtiese el usufructuario que entonces lo fuese en propietario, y si antes de esa consolidación muriesen todos los usufructuarios sería su heredero en plena propiedad el hermano referido o el hijo mayor de éste, en usufructo, hasta casarse y tener hijos, consolidando entonces el pleno dominio; falleció la testadora en 1902 y su viudo en 1914, adquiriendo la herencia en usufructo el mayor de los sobrinos, por haber premuerto su padre, verificándose comprobación de valores, que fué impugnada en razón a que no era dable someter los bienes a aquélla, ya que lo fueron al liquidarse el primer usufructo, y así se decidió POR ACUERDO DEL TRIBUNAL GUBERNATIVO DE HACIENDA EN 21 DE OCTUBRE DE 1915: verificada la liquidación por herencia a cargo del sobrino, también fué impugnada, y el Tribunal de Hacienda, en 16 de Marzo de 1916, anuló aquélla y dispuso se

girase sobre la base del 75 por 100 del valor de los bienes hereditarios fijado al exigir el pago del primer usufructo y sujeción a la TARIFA vigente en 1902, al morir la causante. Dos de los sobrinos renunciaron pura y simplemente a la herencia de su tía, la causante, y no pudiendo ya substituir en el goce del usufructo a su hermano, éste acudió al Juzgado de primera instancia, que dictó auto disponiendo se equiparase la situación a la de premoriencia de los sobrinos a su hermano y que éste era el heredero único y pleno. Presentada a liquidación conforme a la tarifa de 1927, la impugnó el heredero por creer de aplicación la disposición transitoria segunda de la Ley de 28 de Febrero de 1927 en cuanto dispone que las disposiciones referentes a las condiciones del artículo 6.^º, en cuanto modifiquen las anteriores, no serán aplicables a las herencias que se hubieren presentado a tiempo, y como ello lo fué en el caso actual, la base y el tipo no son los actuales, sino los que regían al morir la causante, y ello lo corroboran los dos acuerdos del Tribunal Gubernativo de Hacienda, invocando además el artículo 51 del Reglamento.

La reclamación es desestimada :

De las condiciones del testamento se deduce que al transmitirse el usufructo al viudo y después al sobrino no adquirió nadie la nuda propiedad, puesto que ésta, según la voluntad de la testadora, no se transmitió puramente, sino subordinada a la condición, respecto al primer sobrino, de vivir treinta años a contar desde el fallecimiento del viudo, o premorir antes de ese plazo sus hermanos teniendo hijos aquél sobrino ; y en cuanto a estos últimos, al hecho de morir su hermano antes que ellos o que uno de ellos muriese antes que el otro, antes de ese término ; y tales hechos futuros e inciertos reúnen los caracteres señalados a las condiciones en los artículos 1.113, 1.114 y 791 del Código civil : por lo tanto, el derecho del sobrino que ha adquirido la totalidad de la herencia no ha nacido hasta que por el auto del Juzgado se tuvo por hecha la renuncia de los derechos eventuales de los dos hermanos a aquélla y entonces es cuando se cumplió la condición suspensiva de que dependía la consolidación del usufructo, y a la tarifa vigente en esa fecha, esto es, a la de 1926, es preciso atenerse conforme a lo dispuesto en los artículos 41 y 56 del Reglamento de 20 de Abril de 1911, concordantes con los 42 y 57 del actual, y a

la doctrina fija en constante jurisprudencia (acuerdos de 16 de Marzo y 13 de Abril de 1926, 2 de Octubre de 1928 y 2 de Enero de 1929, y sentencias del Supremo de 15 de Noviembre de 1927 y 26 de Junio de 1928 referentes a los dos primeros casos), expresivas de que las adquisiciones sometidas a un hecho futuro e incierto se liquidan conforme a la tarifa vigente al cumplirse la condición, sin que obste a ello el artículo 52 del Reglamento y 657 del Código civil, referentes sólo a los casos en que la adquisición es pura y sin condición. Por todos estos motivos no son aplicables ni la disposición segunda transitoria de la Ley de 28 de Febrero de 1927, ya que la presente resolución no nace de modificaciones de la nueva Ley, sino de interpretación de la Ley y Reglamento anterior, no modificados en cuanto su efectividad depende de una modificación; ni los dos acuerdos del Tribunal gubernativo citados, toda vez que su parte dispositiva, única que obliga, se contraíó al usufructo y no a la nuda propiedad de que se trata ahora. (Acuerdo del Tribunal Central de 11 de Diciembre de 1929.)

142-1929.

XXXVIII

Fianza. Celebrado un contrato por la Compañía del canal X (vendedora) y el Sindicato de Z y el Estado, por el cual la primera vende al segundo el canal por precio que han de pagar por mitad el Estado y el Sindicato, garantizándose el precio total por el Estado, conforme al artículo 4.^º del Real decreto de 1.^º de Abril de 1927, ha de girarse liquidación por fianza, tomando como base la mitad del precio de venta estipulado.

Aunque por Real orden de Hacienda se declaró que la Comunidad tiene carácter de Sindicato, y como tal goza de las exenciones dispuestas por la Ley de 28 de Enero de 1906 en cuanto a la escritura de adquisición del canal, tal exención sólo es de tener en cuenta respecto a los casos en que el Sindicato sea el obligado al pago según el artículo 3.^º, número 9, de la ley del Impuesto, precepto que no es aplicable al caso actual porque la fianza se ha constituido a favor de la Compañía del canal de X, que no goza de exención: según los artículos 4.^º y 9.^º del Real decreto de

1.^o de Abril de 1927 (*Gaceta del 3*), el importe del canal de X se abona a sus propietarios, si están conformes, en veinticinco anualidades, con interés de 5 por 100, a contar de la fecha de la escritura, por el Estado y la Comunidad, por mitad, garantizando la parte de ésta aquél, el cual fué a su vez garantizado con sujeción a los preceptos de la Ley de 7 de Julio de 1911 y Real decreto de 16 de Mayo de 1925, es, por lo tanto, bien claro que al garantizar el Estado el pago que debe hacer a la Comunidad se constituye una fianza a favor de la Sociedad del canal de X, por virtud de la cual el Estado adquiere la obligación de abonar la mitad del precio de la venta correspondiente a aquélla si la misma no se lo abona a la Sociedad, conforme al artículo 4.^o citado; y tal garantía es una fianza sujeta al impuesto según los artículos 2.^o, número X de la Ley, y 5.^o, número X del Reglamento del Impuesto: según los cuales tributan por tal concepto la constitución de las fianzas, aunque sean personales, voluntarias o administrativas, cualquiera que sea la obligación garantizada y el documento en que conste, con excepción de la que indica el mismo, que no es la actual: la mitad que adeuda el Estado no tiene otra garantía que su notoria solvencia, y la prevención del artículo 8.^o del citado Real decreto de 1927, de que se consigne, como forma especial de pago, la cantidad correspondiente en el Presupuesto de Fomento, lo cual excluye la idea de que haya un tercero responsable (según el artículo 1.882 del Código civil) en defecto del deudor, y por ello en esa mitad no hay fianza sujeta al impuesto. (Acuerdo del Tribunal Central de 10 de Diciembre de 1929.) 144.

XXXIX

Suministros. La compra de vestuario para el Ejército mediante pliego de condiciones y adjudicación provisional primero y definitiva después ha de calificarse como de ejecución de obras con suministro de materiales, o sea de compraventa, a cargo total del contratista, no estando exento como verbal, sino sujeto.

El párrafo tercero del artículo 18 del Reglamento del Impuesto preceptúa que es contrato de ejecución de obras aquel en que el trabajo contratado queda incorporado a una cosa, creándola, modificándola o reparándola, y no cabe dudar que al adjudicarse

de la confección de su suministro de prendas y efectos para el Ejército a cierta Sociedad hay contrato de ejecución de obras, puesto que el contratista ha de incorporar su trabajo a materiales fabricados por él o que él ha de proporcionarse; y aunque según el mismo artículo, en su párrafo cuarto, si el arrendatario se compromete a dar parte o todos los materiales, se apreciará una compraventa o un suministro, cuyo valor, cuando no se especifique, se presumirá igual a los dos tercios del precio convenido, liquidándose dos tercios como muebles y un tercio como obras, de esta regla se exceptúan los contratos de arriendo de obras que se liquidan como compraventa íntegramente si el arrendatario pone la totalidad de los materiales y se dedica habitualmente a la confección de obras o productos análogos al del encargo, circunstancia propia del caso en cuestión, debe prescindirse por ello de si la adquisición se hace por gestión directa, subasta o concurso, pues ello afecta a las solemnidades, pero no a la esencia jurídica, según ya se dijo en acuerdos de la Dirección de lo Contencioso de 8 de Marzo de 1915, y del Central de 20 de Enero de 1925 y 13 de Abril de 1926: tampoco es aplicable la exención de los contratos verbales (número cinco del artículo del Reglamento), porque se publicó el pliego de condiciones, se hicieron proposiciones y se adjudicó el contrato en acta circunstanciada y firmada por los rematantes, y después se hizo la adjudicación definitiva y depósito, lo cual evidencia no fué verbal; que tampoco es el soldado el comprador de los efectos, ya que no es parte ni tiene la menor representación en el contrato, y aunque lo fuera, al disponer el artículo 57 del Reglamento que en los contratos de ejecución de obras pague el impuesto el contratista, establece una excepción al precepto de que lo abone el adquirente de los bienes, siendo aquí el adquirente del precio, o sea el contratista, quien paga; y, finalmente, carece de base el ejemplo de adquisición de carbón para la Marina de Guerra, o útiles para comunicaciones, o acumuladores, porque en ellos la causa de las decisiones del Tribunal fué la falta de documento escrito, al contrario de lo que aquí ocurre. (Acuerdos del Tribunal Central de 7 de Mayo y 10 de Diciembre de 1929.) 87-53-1929.

XL

Hechos y derecho. Errores en unos y en otro. La base de comprobación adoptada conforme a la determinación de un contribuyente ha de mantenerse, sin que sea admisible que constituya error de hecho el haber adoptado lo fijado por él sumando los bienes ; sin embargo, debe, si no se le notificó en forma, por haberse estado tramitando la reclamación sobre ese error, el acuerdo administrativo, dársele plazo para formular reclamación económicoadministrativa.

Para que la devolución del ingreso indebido, formulada ante el Delegado de Hacienda, prosperara era inexcusable aparecieran demostrados los supuestos errores de hecho ; éstos se fundaban en que en una de las fincas se sumaron los valores de las parcelas de otros poseedores y el adquirido por el titular por otra herencia distinta de la que se trataba ; y en cuanto a otra finca, en que figuraba englobada en un solo recibo de contribución con otra finca ; pero el error de la primera finca aparece desvirtuado con la certificación pericial aportada, en la que se ve que el líquido imponible y renta líquida es de esa finca y no de otras, siendo de notar que el valor fijado a la primera parcela no corresponde a la capitalización del líquido, y el de la segunda (ambas de la primera finca) es el señalado en la herencia de los padres ; y por todo ello se infiere que la valoración se fijó conforme a normas aceptadas por el contribuyente, y no son consecuencia de evidentes errores de hecho, sino efecto de cambio de criterio en la valoración de las fincas por conveniencia de los interesados, ajustándose a la capitalización de la renta líquida ; y en cuanto a la segunda finca, tampoco aparece demostrado el error patente o numérico al realizar la estimación de su valor ; no es admisible, pues, ninguno de esos errores ; pero al constituir la calificación de la escritura un acto económicoadministrativo, como lo es la elevación a definitiva de la liquidación provisional, debe notificarse, para que formulen reclamación económicoadministrativa, si lo quieren, en defensa de sus derechos, conforme a los artículos 62 del Reglamento de Procedimiento y 200 del

de Derechos reales, ya que, si no se formuló tal reclamación, fué por estar pendiente el recurso referente al supuesto error de hecho. (Acuerdo del Tribunal Central de 29 de Abril de 1930.) 123 de 1929.

XLI

Ensanche de Madrid. 1.^º El error por no aplicación de la base reducida correspondiente al mismo es error de hecho y no de derecho. 2.^º La liquidación de las fincas del Ensanche de Madrid y Barcelona deben pagar durante los seis primeros años desde su construcción la mitad de los derechos que correspondan por disposición general. 3.^º No es aplicable el Real decreto de 23 de Febrero de 1924, que sólo tiene eficacia para contribución territorial y arbitrios municipales y no para el impuesto de derechos reales.

La reclamación debió ser desestimada, ante todo, por referirse a un error de concepto y haberse formulado después de los quince días de liquidado el contrato, conforme al artículo 62 del Reglamento de 29 de Julio de 1924 y 166 y 170 del de Derechos reales de 1911; además, la oficina liquidadora tomó como base la mitad de la cantidad a que ascendía la capitalización al 5 por 100 de la renta líquida asignada a la finca en la declaración de los interesados, aplicándoles el artículo 26 de la ley de 26 de Julio de 1892, referente a los ensanches de Madrid y Barcelona, que concede se pague por las transmisiones de las casas sitas en ellos la mitad de los derechos fijados por las disposiciones generales, y así se debió liquidar; y, por último, que la bonificación concedida por Real decreto de 23 de Febrero de 1924 se refiere exclusivamente a la contribución territorial de los edificios cuya construcción concluya en los tres años siguientes a 1 de Abril de 1924 y que paguen, en poblaciones de más de 100.000 habitantes, un alquiler superior a 125 pesetas mensuales, y a los arbitrios municipales, y, por tanto, no es aplicable al impuesto de derechos reales, en el cual hay que partir de la totalidad del líquido imponible, aunque reducido a la mitad, por tratarse del Ensanche de Madrid. (Acuerdo del Central de 23 de Julio de 1929.) 160 de 1929.

XLII

El plazo para reclamar es el de quince días, a contar desde la notificación o desde la fecha en que se realiza el ingreso, fecha desde la cual ha de entenderse al particular con pleno conocimiento de todos los elementos integrantes de la liquidación, o sea concepto y tipo aplicado y base de la comprobación, por lo que, transcurrido más de dicho plazo desde ese día sin formular reclamación económicoadministrativa, ha de entenderse que el Acuerdo recurrido es firme (doctrina fijada en vista de los artículos 200 del Reglamento del impuesto, 62 del de Procedimiento de 29 de Julio de 1924, Acuerdos del Central de 13 de Septiembre de 1927, 28 de Mayo y 25 de Junio de 1929 y Sentencia del Supremo de 4 de Julio de 1923) (Acuerdo del Central de 23 de Julio de 1929), 161 de 1929; pero siendo la Administración una, si una instancia reclamando contra un acuerdo administrativo se presenta en oficinas relacionadas con el ramo a que se refiera el asunto, debe entenderse presentada en tiempo y forma hábil; por ejemplo, si de un acuerdo del Delegado de Hacienda se presenta escrito ante las oficinas del Catastro, pero dirigido al Presidente del Tribunal Económico, pues esta doctrina está ya fijada por Acuerdo del Tribunal Central de 29 de Septiembre de 1925. (Acuerdo de 26 de Noviembre de 1929.) 165 de 1929.

GABRIEL MAÑUECO,

Abogado del Estado