

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año VI

Marzo de 1930

Núm. 63

La comunidad de gananciales: destino de éstos en caso de renuncia

La polémica entablada entre Lezón (1) y Castán (2) acerca del problema de los efectos de la renuncia a los gananciales pone de relieve nuevamente, en el orden doctrinal, la interesante cuestión de la naturaleza jurídica de la llamada sociedad de gananciales, además de la fundamental, de la renuncia dicha.

No queremos hacer una crítica detallada de los varios puntos y apreciaciones que tan doctos tratadistas en pro de sus respectivas tesis aportan. Algunas de ellas no resistirían el golpe certero de una serena objeción. Entendemos que si plantear bien las cuestiones es resolverlas, preferible es un buen enfoque, y para esto creemos que debemos partir de las siguientes afirmaciones:

A. *La llamada sociedad de gananciales provoca una situación jurídica de comunidad de bienes de tipo germánico.*

B. *Carácter universal o integral de la sucesión hereditaria.*

C. *Indivisibilidad de la repudiación hereditaria.*

Demostrado esto, surgirá automáticamente la verdadera solución acerca del punto en que discrepan dichos autores, o sea de si los

(1) *La renuncia de los gananciales por los herederos del cónyuge premuerto* (Revista de los Tribunales y de Legislación universal, año 1929, página 409) y *Efectos de la renuncia de gananciales por los herederos de uno de los cónyuges. Insistimos.* (REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año 1929, pág. 896.)

(2) *Efectos de la renuncia a los gananciales efectuada por uno de los cónyuges o sus herederos.* (Biblioteca de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, volumen XLIV.)

- ° gananciales renunciados por los herederos 'del cónyuge premuerto deben ir destinados a sus herederos abintestato (tesis de Lezón) o bien acrecen al cónyuge supérstite (tesis de Castán).

A. La llamada sociedad de gananciales provoca una situación jurídica de comunidad de bienes de tipo germánico.

La situación jurídica de los bienes de la sociedad de gananciales se ha querido encuadrar en alguno de los siguientes tipos :

a) El que atribuye al marido la titularidad de la comunidad, hoy casi abandonado y seguido por los comentaristas antiguos del derecho consuetudinario francés y producto de la adaptación del sistema dotal romano a las comunidades de bienes conyugales de origen germano (1).

b) El que la concibe como una *copropiedad*, que ni es una división ordinaria, ni una persona moral, sino una copropiedad sometida a *reglas propias*, cuyo origen es muy *remoto*, y que contribuyen a hacer de ella una *institución original* (2).

A nuestro entender, no basta decir que es una copropiedad original y *sui géneris*, pues todos los diversos tipos y figuras jurídicas son *sui géneris* y originales, pues precisamente es el algo especial que entrañan lo que las eleva a la categoría de tipo propio. Este especial modo de ver la comunidad matrimonial francesa, al igual que todas las legislaciones, lo produce el hecho de derivarse aquélla del derecho germánico, coincidente en lo esencial con gérmenes indígenas primitivos, aniquilados por el derecho romano, y éste es el *remoto origen* a que aluden y cuyas *reglas propias*, que son las de la comunidad de tipo germánico, por no encajar con los moldes del derecho romano (que tanto esclaviza aún al jurista latino), llamamos *sui géneris*.

c) El que nos presenta la sociedad de gananciales como una comunidad, caracterizada por la *autonomía del patrimonio*. Como una masa de bienes *no personificada y adscrita a un fin*: *patrimonio de destino* (3). Messineo la concibe como un *patrimonio*

(1) Planiol: *Traité élémentaire de droit civil*, tomo III, pág. 57.

(2) Planiol y Ripert: *Traité pratique de droit civil français*, tomo VII, primera parte, núm. 158.

(3) Según Atard, la sociedad de gananciales surge como tal en nuestro derecho cuando la sociedad conyugal está en liquidación, o sea cuando el titular de goce de la sociedad económica conyugal ha desaparecido, presen-

colectivo de destino, dotado de autonomía, si bien no perfecta, no erigido en personalidad jurídica y perteneciente por cuotas intelectuales a cada cónyuge, pero sin el correspondiente derecho de disposición, atribuída la administración exclusiva al marido e indisoluble e indivisible hasta que se extinga.

Ruggiero (1) dice que esta construcción es una híbrida composición de elementos diversos, indefinida en sus líneas y de utilidad discutible.

Castán trata esta teoría de abstracta, complicada y de composición híbrida.

Bonelli (2) considera absurdo admitir la *unidad jurídica* del grupo patrimonial y negarle la *personalidad*.

A nuestro modo de ver, en su fondo, en la teoría del patrimonio de destino late la esencia de la comunidad germánica, sin que sea preciso tanto rodeo para venir a construir lo que en rigor aquélla es.

d) El que la concibe como una *persona jurídica* o *sociedad civil*.

Esta es una de las tesis más difundida entre los tratadistas latinos (3): la que parece inspirar a nuestro Código civil, al llamarla sociedad y no comunidad (4), y adaptarle como supletorias las normas del contrato de sociedad. (Artículo 1.395.)

tándola como una *entidad patrimonial sin persona* (Conferencias dadas en la Universidad de Valencia Ver *Revista de Derecho Privado*, año 1924, página 276). Nosotros creemos que hay falta de tecnicismo en nuestro derecho, en la expresión *sociedad de gananciales*, y que debiera sustituirse por la de *comunidad de adquisiciones* (siguiendo a otras legislaciones), ya que la idea de ganancia debe ser referida al momento de la extinción de la comunidad, pues antes hay un conglomerado patrimonial con su activo y pasivo, mientras que la expresión «comunidad de adquisiciones» indica mejor el fenómeno de comunicación patrimonial constante.

(1) *Istituzioni di diritto civile*, quinta edición, tomo II, pág. 601.

(2) «Rescensión», crítica publicada en la *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni* (Julio-Agosto, 1920).

(3) Bonelli, en el citado trabajo, es quizás el que más ha defendido este aspecto, derivándolo del carácter de la sociedad conyugal, con su patrimonio autónomo, a no aceptarse—dice—la artificiosa construcción de la comunidad germánica.

(4) Los Códigos francés e italiano, al igual que el alemán y el suizo, usan la expresión *comunidad* y no *sociedad*.

No obstante, hay serias razones para rechazar tal equiparación. Ya Sánchez Román (1) reconoce que, si bien es una sociedad, tiene un carácter *excepcional y especialísimo*, caracterizado por su *origen, objeto y régimen* (2).

Para ser una sociedad le falta la *organización corporativa*, pues el asenso de los socios no sólo no aparece en su origen, sino que ni en su régimen, ni en su extinción. Marido y mujer no se ponen en contacto cual socios, decidiendo sobre los asuntos sociales.

No se erige la comunidad en persona jurídica distinta de la del marido y mujer, pues la ley no estima necesaria la creación o reconocimiento de una nueva personalidad y mantiene las respectivas titularidades de ambos cónyuges, sin eliminarlas. La ley sólo ve en ella *un problema patrimonial*, regulando una masa de bienes, adscrita a un fin y atribuida a dos personas físicas. Se trata de un caso de *comunidad* o de ordenamiento de bienes, y no de sociedad o de reglamentación de un *ente moral*.

Como expresa la Resolución de 19 de Octubre de 1927, hay que partir de la especial naturaleza de dicha comunidad, que, *sin constituir una verdadera persona jurídica* distinta de la personalidad del marido y de la mujer, funciona como *masa patrimonial afecta a fines peculiares del matrimonio*; hablándonos, esta misma resolución, de las ambigüedades de una técnica que, por no violentar las instituciones populares y por no quebrantar la unidad de la familia, ve en la sociedad de gananciales *un solo patrimonio que pertenece a los dos cónyuges*, sin ser total ni parcialmente de uno de ellos, *ni pertenecer a una persona jurídica intermedia*.

Además, si fuera una sociedad, así como cada aportación a ella, supondría una transferencia dominical del cónyuge a la sociedad, al extinguirse ésta, la adjudicación de los bienes resultantes de la liquidación supondría también otra transferencia dominical, si bien inversa, y que esto no es así claramente lo declara la Resolución de 12 de Mayo de 1924, al decir que el hecho de liquidar la sociedad de gananciales y asignar a uno de los cónyuges una casa perteneciente a la misma e inscrita con anterior-

(1) *Estudios de derecho civil*, tomo V, pág. 816.

(2) Ver Manresa: *Comentarios al Código civil español*, tomo IX, página 535.

ridad a nombre del adjudicatario, *más que una transferencia de dominio provoca un cambio en la manera de atribuir al titular el derecho en cuestión.*

De tal modo es así, que hasta en el orden hipotecario, donde tal problema se ofrece de una manera aguda, *no existen inscripciones especialmente extendidas a favor de la sociedad de gananciales como persona jurídica* independiente de las personas físicas que la han constituido, sino que los bienes y derechos aparecen inscritos a nombre del marido o de la mujer, con ciertas circunstancias o datos, que permiten su atribución a un grupo patrimonial de fines particulares y régimen característico. (Resolución últimamente citada.)

A pesar de lo dicho, para mayor facilidad en la exposición, seguiremos llamando a la comunidad de gananciales sociedad.

e) El que nos ofrece la sociedad de gananciales como un caso de *comunidad romana o copropiedad.*

Es indudable que no es tal, pues en la copropiedad los varios titulares que participan en la propiedad de una misma cosa están unidos por una *simple relación de comunidad real* (1) o por un *simple hecho* que los hace a todos juntos, cada uno por una cuota-parte, propietarios de una misma cosa (2), y las obligaciones que de la comunidad puedan derivarse les afectan a modo de *obligación real o propter rem*, surgidas exclusivamente de su condición de *tenedores* de la cosa y *exonerables por abandono* o cesación de tenencia (3). En cambio, la reglamentación de los bienes de la sociedad de gananciales no nace de un simple hecho de tenencia, sino de un *estatuto legal o convencional*, que *liga personalmente* a los titulares de un grupo de bienes.

En la copropiedad hay ausencia de una *finalidad común*, que afecte a la cosa a un *destino* o al sostén o consecución de un *objetivo concreto*, pues los copropietarios se portan autónomicamente con ella y con sus cuotas como en las otras cosas de su propiedad exclusiva, sin otras limitaciones que las derivadas de su pertenencia en común (cargas comunes, retracto, etc.), y esto es así precisamente como consecuencia de la *inexistencia de un vínculo*

(1) Wicland: *Les droits réels dans le Code civil suisse*, tomo I, pág. 71.

(2) Rossel et Mentha: *Manuel de droit civil suisse*, tomo II, pág. 308.

(3) Ver artículo 395 del Código civil español.

legal o convencional que les ale personalmente entre sí y de un fin común específico que sostener, haciendo de su condición de copropietarios una cualidad *no personalísima*, lo que permite la negociabilidad de su cuota dar entrada en la copropiedad a cualquier cesionario, durante y extinguida la indivisión, y la exigibilidad en cualquier tiempo de la división.

Por supuesto que no hay que insistir en que nada de esto ocurre en la comunidad de gananciales.

Además, la titularidad de cada copropietario—dice Wieland (1)—recae exclusivamente sobre la cosa considerada como *objeto material*; es decir, que cada uno de ellos tiene derecho a una porción resultante de la partición, sin que sea preciso tener en cuenta las deudas y cargas que pesan sobre la comunidad, y no puede ser obligado el adjudicatario a que las imputen sobre su parte. En cambio, en la sociedad de gananciales, recaen, la titularidad del marido y mujer, sobre el haz de relaciones jurídicas referentes a la masa de bienes de la comunidad, o sea sobre la relación jurídica global y abstracta de pertenencia de *un patrimonio*, cuyo contenido lo forman un conglomerado de derechos y obligaciones, no de cosas, reducido a una unidad sintética al ser centrados a un objeto o finalidad específica. El derecho de cada esposo, mientras dura la comunidad, presenta esta naturaleza, y, aunque puede hablarse de cuotas, es sólo como módulo cuantitativo a los efectos de pesar la parte que en su caso corresponderá a cada esposo o herederos sobre las ganancias, residuo o superávit patrimonial resultante de la liquidación.

f) El que construye la comunidad de gananciales como *comunidad germánica*, o sea como comunidad.

El estudio de eliminación anterior nos dispensaría casi de argumentar en pro del anterior epígrafe. No obstante, creemos necesario insistir sobre ello, por estimar útil cuanto se haga para estudiar esta forma de comunidad de tipo germano, tan olvidada por nuestra doctrina patria, cuya laguna es causa de las serias discusiones que la sociedad de gananciales, la comunidad hereditaria y otras figuras de propiedad común provocan, principalmente en el sector registral, de lo que son prueba palpable las

(1) Ob. cit., tomo I, pág. 75.

numerosas Resoluciones de nuestro Centro directivo que en estos últimos años ha dictado. De desear es dar carta de naturaleza en nuestra dogmática patria a tal tipo de comunidad, y así, a la par que desenterrar y rehabilitar formas tradicionales, destruidas por el romanismo, pero que latén en nuestras leyes (1), llegaríamos al estudio de ciertas instituciones, ya preparados y con materiales definitivos, que facilitarían la labor del jurista y del intérprete.

Dijimos en otra ocasión (2) que la comunidad germánica, propiedad mancomunada o simplemente comunidad (*gesammte hand*), era aquella forma de atribución de un derecho sobre una misma cosa a una pluralidad de sujetos, sin que éstos lleguen a constituir *un nuevo ente*, ni aquél se desintegre en *cuotas*. En ella, al contrario de la romana, los diversos partícipes están unidos por un vínculo *personal*, por relaciones jurídicas, contractuales o legales, de carácter estatutario, que atribuyen a cada uno de ellos una *titularidad personalísima*—dice Wieland (3)—, caracterizada por la atención más considerable que merecen los *factores personales*, como revela el éxito que ha tenido entre los juristas suizos y alemanes la expresión *comunidad personal* (*personenrechtliche Gemeinschaft*), referida a la comunidad germánica, y que él califica de imprecisa (4).

El derecho de los comuneros en la propiedad mancomunada se extiende a la *cosa entera* (singular o universal) y no a una fracción tan sólo, y si bien es preciso la fijación de las participaciones de los titulares bajo forma de cuotas, éstas no recaen sobre el *objeto en sí*, sino sobre su *valor patrimonial*, y significa que cada comunero tiene derecho a una parte de los beneficios o del pro-

(1) El sentir popular en algunas regiones, como Aragón, por ejemplo, es el de la necesidad de la concurrencia de ambos cónyuges en cualquier acto de gestión de los bienes comunes y no a los efectos del derecho expectante de viudedad, sino como derivación del reconocimiento y convencimiento de la *titulandad conjunta* que a ambos corresponde en la comunidad. Igual sucede en las comarcas donde rige el Fuero de Baylío.

(2) Ver mi artículo acerca de la partición hereditaria en el número de esta Revista, correspondiente al mes de Septiembre de 1929, pág. 651.

(3) Ob. cit., tomo I, pág. 111.

(4) «Cuando varias personas—dice el artículo 652 del Código civil suizo—, formando una comunidad en virtud de la ley o de un contrato, son propietarios de una cosa, el derecho de cada uno se extiende a la cosa entera.»

ducto de la liquidación de la comunidad, y no del resultado bruto de la división, pues debe sufrir la previa deducción de las deudas, y esto es interesante a los efectos respecto terceros, pues el acreedor de un partícipe tan sólo puede perseguir la parte de activo que corresponda al comunero en la liquidación, y a ella debe sujetarse el embargo.

Extiéndese el derecho de los comuneros a todas y cada una de las cosas de la masa patrimonial; pero, no consideradas en su singularidad, sino como elementos integrantes de *un todo*, y cada uno de ellos—dice Huber (1)—tiene el derecho de propiedad *completo*, pero limitado, porque otro tiene igual el derecho a la totalidad, y de aquí que deben reducirse en un ejercicio mancomunado y no según sus cuotas. Y, como la titularidad de cada partícipe actúa como *compresión* del derecho al todo de los demás, de aquí que, al eliminarse uno por renuncia de su participación, *acrezca* el valor de la de los otros, no en virtud de un fenómeno adquisitivo, que hace introducir sustancia jurídicopatrimonial en nuestro acervo, actuando como adquirentes, sino de un fenómeno de *incrementación del valor* de nuestra participación, al liberarse de la presión que sobre ella ejercía la concurrencia del renunciante en la comunidad, actuando a modo de una facultad de expansión subjetivamente real. Es el resultado jurídico del *solo concursu partes fiunt, cessante concursu partes cessant*.

En todo caso de mancomunidad—Rossel et Mentha (2)—nos encontramos en presencia de la *noción del patrimonio*, que comprende toda suerte de derechos, y no ante la *noción de la cosa y del derecho real de propiedad*. Los comuneros poseen juntos un patrimonio (que bien puede encerrar tan sólo una cosa, pues esto es indiferente); pero no poseen los diferentes objetos que lo integran según sus cuotas; lo integran según sus participaciones, las cuales no adquieren vigencia y virtualidad hasta la disolución de la mancomunidad, pues antes no se manifiestan.

Lo que la comunidad germánica ofrece de característico—continúa dicho autor—es la constitución de un ente, dueño y señor de la comunidad, que se compone de varias personas unidas ínti-

(1) *Estudios sobre la publicidad en el derecho privado*, pág. 30.

(2) *Ob. cit.*, tomo II, páginas 308 y 317.

mamente entre sí, pero sin formar, no obstante esta unión, una persona moral.

Como el vocablo «mancomunidad» expresa, la gestión de este patrimonio está residenciada en el *mancomún*, o sea en la colectividad de los comuneros, pues en ella se centraliza el poder de disposición—dice Sohm (1)—, de suerte que sólo el mancomún colectivamente puede decidir.

Sin embargo, esto debe entenderse, a falta de otra reglamentación legal o convencional, establecida en cada caso adecuado, en la que se establezca y cree un *órgano de administración y disposición*, con facultades más o menos amplias, sin que esto provoque el nacimiento de un ente social.

De todo lo dicho se deduce, como consecuencia, la *inalienabilidad* de las participaciones respectivas en sí, pues como tales no existen de momento, si bien, salvo prohibiciones especiales, puede enajenarse su *contenido económico*, ya referido al producto líquido periódico o al resultante neto de la liquidación; pero entiéndase bien que esto no es una cesión en sentido técnico, pues no puede subrogarse el cesionario en el lugar del partícipe ni asumir el ejercicio de sus derechos en la comunidad, pues la titularidad de comunero es personalísima, y, por lo tanto, insustituible, ni a título de cesionario, pueden entrar elementos extraños, no ligados personalmente, en la comunidad. Consecuencia de la adscripción de la masa patrimonial a un fin es la de que, mientras éste se realice y subsista, *no cabe pedir la disolución* de la comunidad (2).

En suma: desconócese a una sociedad civil su personalidad jurídica independiente de la de sus socios, reconócese a éstos juntos como asumiendo su titularidad global, y tendremos, en cuanto

(1) *Instituciones de derecho privado romano*, trad. W. de Rocas, pág. 411.

(2) Artículo 653 del Código civil suizo: «Los derechos y deberes de los comuneros están determinados por las reglas de la comunidad legal o convencional que les une.

En defecto de otra regla, los derechos de los comuneros, y en particular el de disponer de la cosa, no pueden ser ejercitados sino en virtud de una *decisión unánime*.

La *partición* y el *derecho de disponer* de una cuota-parte están excluidas mientras dure la comunidad.»

a los bienes que formen su patrimonio, una situación jurídica de comunidad germánica (1).

Expuestos los rasgos característicos de la comunidad, no se precisa grande esfuerzo para ver que encajan perfectamente a la comunidad de bienes que la sociedad de gananciales provoca.

Precisamente por construir previamente las legislaciones suiza y alemana dicha figura de comunidad, no duda la doctrina científica de dichos países en encasillar bajo tal tipo las diversas comunidades matrimoniales de bienes (universales, prolongadas, reducidas y de adquisiciones), sin verse precisada a discutir y argumentar, cual en los países latinos ocurre, con los más opuestos criterios y varia jurisprudencia.

Por lo tanto, en la sociedad de gananciales hay un caso de comunidad germánica en que los titulares están ligados por *vínculos personales*, de origen legal o convencional (según acepten expresa o tácitamente el estatuto legal del Código civil o pacten, modificándolo), que les erige en *titulares personalísimos del patrimonio ganancial*; con partes, tasadas tan sólo a los efectos de la partición del *remanente líquido* o ganancia *inalienables* en sí, cuya titularidad reside *in actu* en la cabeza de cada consorte, si bien el ejercicio puede estar limitado y restringido por la existencia y actuación de un *órgano de gestión*, cuyo cargo lo desempeña ordinariamente el marido (artículo 1.412) y excepcionalmente la mujer o ambos (artículos 1.412 y 1.315) y hasta ambos conjuntamente en lo que exceda de las facultades legales o convencionales residenciadas en dicho órgano de disposición y administración (2), sin que el marido, en tal supuesto normal, tenga en principio más derechos que la mujer en la comunidad, pues las facultades que ejerce lo son por *delegación* y en concepto de *titular del cargo de órgano de gestión*, coincidiendo en su persona *duplicidad de aspectos*, y sin que la existencia del tal órgano (contrariamente a lo que opina Lezón) haga surgir la idea de sociedad (pues hasta en la comuni-

(1) La Resolución del 2 de Diciembre de 1929 reconoce que la sociedad de gananciales participa de los caracteres de una *sociedad sin personalidad*.

(2) Manresa (Ob. cit., tomo IX, pág. 663) opina, en conformidad con la jurisprudencia francesa y en contra de Laurent, que puede el marido donar bienes gananciales con el *assenso* de su mujer, y, en general, todo cuanto al marido, solo, se le prohíba.

dad romana, en virtud del carácter supletorio que a la regulación del Código da el artículo 392, párrafo segundo, cabe que los copropietarios lo estatuyan, sin que por esto se convierta la copropiedad en sociedad) (1); forma un *patrimonio* (considerado como un grupo de bienes sujetos a un régimen especial, *no desgajados* en su titularidad de la de los patrimonios respectivos de los cónyuges); *adscrito a un fin* (el levantamiento de las cargas matrimoniales), y cual fin, mientras subsista, impone forzosamente la *indivisión*, imposibilitando la liquidación hasta que aquél desaparezca, en cuyo caso *cesan* las facultades de gestión residenciadas, por desaparición y atrofia del órgano de gestión, apareciendo los esposos o sus herederos *titulares autónomos y libres*, hasta para *renunciar* las ventajas gananciales, obrándose entonces, por eliminación de un factor de compresión, el incremento del valor de la participación del titular no renunciante.

Ruggiero (2) hace graves cargos al criterio de asimilación de la comunidad conyugal de bienes italiana, o *società universale di guadagni*, fijándose en que en ésta el poder de disposición es atribuido solamente al marido, y no a los comuneros juntos; en que cada esposo tiene una cuota propia, idea excluida en la comunidad germánica; y en que es sólo comunidad de frutos, utilidades y beneficios, o sean elementos patrimoniales secundarios, mientras que aquélla es una comunidad plena, de elementos patrimoniales primarios y de la propiedad de bienes. Según él, una sola nota común queda, y es la imposibilidad de pedir la división, y aun este carácter lo deriva, no de la propiedad mancomunada, sino más bien del carácter perpetuo del vínculo matrimonial e indisolubilidad e inmutabilidad del régimen conyugal preestablecido.

Creemos que, aparte la diferencia que apunta de que la comunidad matrimonial de bienes italiana sólo comprende frutos y ganancias, y que, en rigor, no debe tomarse en consideración, pues la

(1) Así sucede en la propiedad comunal de montes de propiedad privada y heredamientos de aguas, en que la comercialidad de las cuotas y demás características hace que sean verdaderas comunidades romanas, no obstante haber un órgano de administración. Así lo resuelve el Tribunal Supremo en Sentencia de 5 de Julio de 1913 acerca de los heredamientos y comunidades de riegos.

(2) Ob. cit., tomo II, pág. 600.

situación jurídica de mancomunidad es *independiente del origen y calidad de los elementos objetivos sobre que actúa* (1), todo lo demás que opone Ruggiero queda convenientemente refutado con lo antes expuesto.

Con su tecnicismo clarividente y moderna orientación, nuestro Centro directivo ha concluido en calificar de germánica la comunidad de bienes que provoca nuestra mal llamada sociedad de gananciales, declarando que «...entre las distintas construcciones jurídicas con que la técnica moderna trata de explicar la situación jurídica de la llamada sociedad de gananciales parece ajustarse a los dictados de nuestro derecho positivo, la que admite una especie de *mancomunidad de bienes* entre marido y mujer, *sin atribución de cuotas ni facultad de pedir la división* mientras dura la vida común y con atribución de los *poderes de disposición*, a título oneroso y en ocasiones a título lucrativo, al mismo marido, como jefe económico de la familia, y, excepcionalmente, a la mujer», cuya situación «es esencialmente distinta de la *propiedad proindiviso romana*, con cuotas definidas, sujeción al voto de la mayoría y acción para pedir la división de la cosa común» (2); y reconoce la especial naturaleza de la comunidad de gananciales, que, sin constituir persona distinta, «se refiere a bienes que tanto pueden atribuirse privativamente al marido como a la mujer, llegado el momento de la liquidación», haciendo «pensar a muchos autores en una propiedad *in solidum*», y pareciendo «lícita la afirmación de que los bienes gananciales, mientras no sean adjudicados a persona determinada, pertenecen en su totalidad al marido, con reserva de los derechos correspondientes a la mujer, o en su totalidad a la mujer, con las limitaciones impuestas por el derecho correlativo de su marido, y forman un grupo patrimonial de régimen ambiguo» (3); reiterando que los bienes gananciales «pertenecen al marido y a la mujer *en común*, es decir, sin asignación de cuota durante el matrimonio, cualesquiera que sean las facultades que, en orden a su gravamen y enajenación, correspondan a los cónyuges, y al fallecimiento de cualquiera de ellos *entran sus herederos* en posesión de

(1) En Suiza y Alemania no distinguen entre la comunidad universal y la de adquisiciones o ganancias.

(2) Resolución de 30 de Junio de 1927.

(3) Resolución de 19 de Octubre de 1927.

los derechos que sobre la *masa común* pertenecían al muerto, si bien con las alteraciones, en la facultad de disponer, legalmente estatuidas; de suerte que no se transmite a los herederos del marido la potestad dispositiva que a éste correspondía, ni los herederos de la mujer quedan *subordinados*, como ésta se hallaba, a la autoridad e iniciativa del marido», recayendo su participación, aun disuelta la sociedad, no sobre cada cosa de la masa, sino mirando al *remanente líquido* (1), y que «la sociedad de gananciales viene, en cierto modo, tratada por nuestro Código civil como *masa hereditaria*, o al menos *patrimonial*, porque, además, del íntimo enlace que entre sus elementos activos y pasivos establece, preceptúa aquel texto legal los efectos del *acrecentamiento por renuncia*» y otras consecuencias o tratos de naturaleza sucesoria (2); y, por último, que «aunque los bienes de la sociedad conyugal pertenecen al marido y mujer conjuntamente, no es posible confundir la comunidad de gananciales con una *copropiedad de tipo romano*; en primer lugar, porque la *relación personal* de los cónyuges es, en aquel supuesto, tan íntima que modifica su estado civil, mientras que en la copropiedad por cuotas los copartícipes se hallan ligados por la *relación patrimonial*; en segundo término, porque el régimen jurídico del matrimonio impone normas de disposición, uso y administración de los bienes que no tienen razón de ser en la copropiedad ordinaria»... (3).

B. *Carácter universal o integral de la sucesión hereditaria.*

El heredero *continúa la personalidad patrimonial* del difunto. Le *sustituye y se coloca en la misma posición jurídica* que aquél ocuparía, si viviera, en todas las relaciones jurídicas, tanto en su aspecto activo como pasivo, que no fueran de índole personalísima. Le *sucede* en el cargo de titular del patrimonio. Se *subroga* en todos sus derechos y obligaciones. En una palabra, es un *alter ego* del causante, pero sin representarle ni continuar simplemente su personalidad, sino en el sentido de *ocupar su posición jurídica*.

Como consecuencia de ello, el heredero o herederos, conjuntamente, ocupan la posición jurídica *toda* del causante. El patrimonio es pensado como una *totalidad*—dice Enneccerus—, y esta *uni-*

(1) Resolución de 12 de Mayo de 1924.

(2) Resolución de 13 de Noviembre de 1926.

(3) Resolución de 13 de Septiembre de 1922.

dad es la que pasa al heredero. La adquisición del heredero—dice Sohm—es aquí, *en bloque*, como unidad de todos los derechos y obligaciones comprendidas en el patrimonio. En suma, es una sucesión universal, que abarca *íntegramente* toda relación jurídica del difunto. No creemos preciso insistir acerca de esto.

Ahora bien: la consecuencia de este carácter *integral* es que los respectivos derechos, derivados a favor de ambos esposos, de su titularidad en la comunidad de gananciales, hay que situarla, en su caso, en sus respectivas herencias. Liquidada o no la sociedad, y, por lo tanto, en situación determinada y concreta sobre el remanente líquido y bienes específicos, o bien indiferenciada o en estado abstracto sobre la masa, figurarán sus respectivos derechos en el caudal hereditario. Los herederos del cónyuge premuerto ocuparán, respecto a estos derechos, la misma posición jurídica del causante.

No son llamados por la ley, los herederos, a los gananciales, a modo de designación *automática*, como en el caso de que A. llamara por sus herederos a los que lo fueran de B., sino por su derecho propio y único a suceder en una herencia única. Allí hay dos herencias distintas, la de A. y la de B., y aquí, por más masa o grupo patrimonial afecto a fines peculiares o patrimonio—como dice Castán—autónomo o separado que haya, los derechos que el cónyuge difunto tenía en la comunidad no se dislocan de su sucesión y siguen la suerte de ella, estén o no liquidados. Para llegar a lo que Castán quiere sería preciso negar la titularidad de la comunidad a los cónyuges y adjudicarla al vacío, y a esto ni Messineo ha llegado, respecto a su patrimonio de destino, y ni en las sociedades ocurre, pues los herederos del socio recogen lo que a éste pertenecía en el acervo social.

La doctrina y la jurisprudencia admiten esto como verdad inconcusa y sin preguntarse siquiera previamente la naturaleza de la sociedad de gananciales, pues sea comunidad romana o germana, sea una sociedad o patrimonio de destino, ocurriría igual.

C. *Indivisibilidad de la repudiación hereditaria.*

Uno de los requisitos de la repudiación de herencia es su *indivisibilidad*. El artículo 990 del Código civil preceptúa que la aceptación o la repudiación de la herencia no podrá hacerse *en parte*. Su fundamento—dice Manresa—es que el testador o la ley, al con-

ferir la cualidad de heredero, designan un sucesor en *todos* los derechos y obligaciones del causante. El heredero sucede en la titularidad de un patrimonio y en todo él, en su unidad y síntesis, prescindiendo de la singularidad de los bienes y regímenes especiales a que pueden estar afectos un grupo o grupos de bienes que lo integran.

De aquí que es imposible que los herederos del consorte premuerto *accepten* su herencia y simultáneamente *repudien* los gananciales. El artículo 990 lo prohíbe, y el carácter y esencia de la adquisición a título universal lo rechaza.

Dentro del patrimonio relicto puede haber bienes o grupos de bienes sujetos a un régimen y destino sucesorio especial, que puede hasta llegar a que los herederos estén excluidos respecto de ellos, bien por cláusulas de reversión, fideicomisarias, etc.; pero cuando la ley *llama*, precisamente, a los herederos del esposo premuerto a recoger los gananciales, prueba que no establece un régimen sucesorio excepcional en ellos, sino el normal u ordinario.

Y no se nos diga—como Manresa (1)—que los gananciales no forman parte del patrimonio hereditario del cónyuge premuerto, sino tan sólo el derecho que a ése correspondía para aceptar o renunciar los efectos de la sociedad, pues éste no tenía tan sólo este derecho, sino la *titularidad coparticipada* en la comunidad, la que es perfectamente renunciable, si bien no abdicativamente, y así los herederos, siendo tales, al renunciar los gananciales, no implica—y así lo reconoce a continuación el mismo autor—que sólo acepten en parte la sucesión, pues precisamente el hecho de esta renuncia supone la *aceptación total* de la herencia, porque equivale al ejercicio de un derecho que al causante pertenecía y que sólo a *título de herederos* pueden ejercer.

Por lo tanto, o los herederos repudian toda la herencia, o la aceptan toda; pero no pueden aceptar la herencia, menos la proveniente de la comunidad ganancial.

* * *

Cuanto queda dicho nos proporciona elementos suficientes para resolver rápidamente el problema planteado acerca del destino o suerte que cabe a los gananciales renunciados.

(1) Ob. cit., tomo IX, pág. 684.

Es indudable que estamos en un supuesto de una sociedad de gananciales, ya disuelta por la muerte de uno de los cónyuges. En esta situación, lo único que ha sucedido es: que el *órgano de gestión* ha desaparecido, caducando, por lo tanto, sus facultades; ha llegado el caso de *liquidar* la comunidad con sus diversas consecuencias, y, por último, la titularidad *in actu*, libre ya de la rémora que la existencia y actuación de aquel órgano de gestión provocaba, forma parte *integrante*, en su unidad abstracta, del patrimonio del cónyuge sobreviviente y de la herencia del premuerto. Esta es toda la trascendencia jurídica, o la *nueva situación* creada por la muerte de un cónyuge, y no más como López de Haro parece indicar (1).

Con todo, creemos preciso distinguir entre la renuncia de los gananciales hecha por el consorte sobreviviente y la hecha por los herederos del muerto.

Disuelta la sociedad, y titular libre el cónyuge viudo de sus derechos a la comunidad, es indudable que puede renunciarlo, no abdicativamente, pues tal derecho ya había ingresado en su patrimonio; y, entonces, ¿qué sucede? Pues que en la mancomunidad hay un miembro menos, y, cesando el concurso de un comunero, cesa y desaparece su parte, *acreciendo* al otro, o sea a los herederos del premuerto conjuntamente. Como dice la Resolución del 12 de Mayo de 1924, la renuncia de uno de los copartícipes en la comunidad condensa en éste todas las facultades dispositivas, sin necesidad de cambiar la propiedad, por suponerse que se halla el dominio pleno en cada uno de los asociados, con la sola limitación de los derechos que al otro corresponden. Precisamente éste es el fenómeno jurídico de *descompresión* que la eliminación de un comunero provoca en la titularidad al todo de cada partícipe en la comunidad germánica, y es el mismo que se produce en el derecho de acrecer (herederos, legatarios, usufructuarios, albaceas), en los fondos tontinarios, en las renunciaciones extintivas de derechos reales desmembrados del dominio, en virtud del carácter integral de éste, en las Sociedades y hasta en la comunidad romana, según nuestro Código civil en su artículo 395 establece. Este fenómeno

(1) Nota bibliográfica al trabajo de Castán que nos ocupa (*Revista de Derecho Privado*, Enero de 1930, pág. 32).

de *accesión jurídica* (1), que por cierto está bastante poco estudiado, es el modo de adquirir la propiedad en virtud de la ley a que alude el artículo 609 de nuestro Código, y no un modo de adquirir *a título familiar*, del que nos habla Castán. Cuando tal absorción o incrementamiento no se produce, el derecho se extingue en sí y las cosas quedan vacantes o *nullius*.

Disuelta la sociedad de gananciales, los derechos a la comunidad, pertenecientes al consorte difunto, integran su sucesión, pues, como dijimos, por delimitado y cohesionado que esté el patrimonio ganancial no podemos dejar de incluir su titularidad en la parte respectiva del premuerto en la sucesión de éste, en virtud del carácter integral de la sucesión hereditaria. Por lo tanto, los herederos del finado le sucederán también en sus derechos a los gananciales, y, en virtud del principio de la indivisibilidad de la repudiación hereditaria, *no podrán, a la par que repudian aquéllos, aceptar la herencia en cuanto a los demás, ni viceversa*.

Si son herederos testamentarios y repudian la herencia, no habiendo derecho de acrecer, ni sustituto, entonces sí que suceden los herederos abintestato, cual dispone el artículo 986, de que nos habla Lezón; pero, en este caso, los gananciales seguirán la suerte de toda la herencia.

El artículo 1.418, número 1.º, nos habla de los *causahabientes* del esposo premuerto, prescindiendo de que sean testamentarios o abintestato, y, para ser heredero, es preciso haber aceptado.

Ahora bien; una vez aceptada la herencia y admitido el título de sucesores del *de cujus*, se encuentran dichos herederos en la misma posición, en cuanto a la comunidad de gananciales, que el cónyuge superviviente, y, entonces, sí que pueden renunciar sus derechos e intereses en la comunidad, y, entonces también, se produce aquel *fenómeno de acrecentamiento por descompresión*, que hemos explicado respecto a la renuncia del cónyuge sobreviviente, pues, como dice muy bien Castán, sería anómalo aplicar principios y efectos distintos a la renuncia de gananciales, hecha por uno de los cónyuges, y a la efectuada por los herederos.

R A M Ó N M . R O C A ,

Registrador de la Propiedad.

(1) La acción en sí, es más bien, como dice Barassi, un fenómeno de incrementación o ampliación *objetiva y física*.

La servidumbre a favor del propietario ⁽¹⁾

Dr. Walter Schmidt-Rimpler

(Continuación.)

Teorías obligatorias.

Entre los mantenedores de las teorías denominadas «obligatorias» cita nuestro autor, en primer lugar, a *Friedmann*.

Toma este tratadista como punto de partida para su investigación el elemento obligatorio que se encuentra en todo derecho real dirigido contra la propiedad, que por su naturaleza viene a constituir algo así como el vértice del mismo, para contraponerlo a la relación de distinto carácter existente entre el derecho real en cosa ajena y la propiedad, considerada como suma de todos los posibles derechos reales sobre la misma.

El efecto resolutorio que ejerce la confusión como tal tiene para *Friedmann* un doble fundamento: *primero*, el poder absorbente del derecho de propiedad. Admitiendo que este último implica la plenitud de facultades que sobre una cosa pueden atribuirse, no cabe, en modo alguno, conceder separadamente al mismo dueño otra atribución aislada que necesariamente debe hallarse incluida en aquella plenitud de facultades; *segundo*, la relación existente entre el titular dominante y el sirviente, calificado el primero como titular que es del derecho limitado, y el segundo, como dueño del inmueble gravado.

(1) Véase el número anterior

Cuando por virtud de la confusión pueda decirse que coinciden en un mismo titular la obligación y el derecho, deberá extinguirse, según *Friedmann*, el derecho limitado, toda vez que nadie puede quedar obligado para consigo mismo, siempre y cuando esta coincidencia entre obligación y derecho sea perfecta. De no ser así, puede el derecho limitado subsistir en estado latente, después del hecho de la confusión. A título de ejemplo de situación semejante cita dicho autor el caso de aquel derecho, desde luego meramente obligatorio, aunque ciertamente objetivo por naturaleza, reconocido al beneficiado por el legado *PER DAMNATIONEM*, el cual tiene suficiente intensidad para evitar que la cosa en que consiste sea objeto de la confusión que afecta tan sólo de un modo personalísimo al heredero.

En este caso no cabe hablar de una coincidencia perfecta entre el derecho de exigir y la obligación de cumplir una prestación, toda vez que existe otro tercer titular, facultado para exigir la transferencia a su favor, del derecho a obtener la entrega de la cosa legada.

En esta misma coincidencia *IMPERFECTA* del derecho y de la obligación pretende fundamentar *Friedmann* todas aquellas situaciones en las que el *DERECHO LIMITADO* más fuerte logra sobreponerse, de hecho, al menos intenso derecho de propiedad, con relación a otros titulares de derechos reales. (Los acreedores hipotecarios posteriores, quienes podrán, en ciertas condiciones, hasta conseguir que se les adjudique la finca en propiedad, pero que, como tales dueños, deberán respetar las servidumbres existentes sobre la misma, mientras no consigan liberar el inmueble de estos gravámenes.)

Ihering encuentra también el principio realmente eficaz de la confusión, determinante de la extinción del derecho limitado, en la particular relación del propietario de la finca gravada con el beneficiado por la servidumbre. A primera vista no puede imaginarse la figura jurídica del derecho limitado en cosa propia, toda vez que el dueño carecería, en circunstancias semejantes, de acción en que fundar su demanda para hacer valer la efectividad del derecho limitado.

Pero profundizando más el asunto, no puede menos de reconocer *Ihering* que, aun en los casos corrientes de confusión entre

propiedad y derecho limitado, perdura, no obstante, el aspecto pasivo del último, y que en ciertos otros casos, desde luego excepcionales, cabe incluso hablar de la plena subsistencia del derecho limitado.

Caben, pues, dos posibilidades:

a) Que la neutralización o indiferenciación, como consecuencia de la confusión de ambos derechos, sea *total*, de manera que ambos aspectos de la relación jurídica coincidan por completo en la misma persona, subsistiendo, empero, la posibilidad de una posterior desintegración.

b) Que dicha indiferenciación no sea total.

En el caso a) es cuando, según queda expuesto, subsiste para Ihering tan sólo el lado pasivo del derecho limitado, después de su confusión con el de propiedad, perdurando en el caso b) el derecho mismo.

Este punto de vista contrasta abiertamente con el principio antes senado de que no cabe admitir la existencia del derecho limitado a favor del propio dueño de la cosa, por carecer éste, en semejante caso de acción, en qué basar la demanda para lograr la efectividad de aquel derecho.

Según Schmidt-Rimpler, no cabe atribuir ninguna importancia a esta carencia de una acción, cuya subsistencia no es, ni mucho menos, indispensable para la vida del derecho limitado.

El derecho limitado, como derecho real, está dirigido ERGA OMNES, o sea contra la totalidad de los demás, entre los cuales se halla el propietario de la cosa, siempre y cuando no tenga lugar la confusión. Mas habiendo tenido lugar ésta, la circunstancia de no hallarse ya entre el conglomerado de personas distintas del titular, a cuyo favor se ha constituido la servidumbre, el propietario de la finca, no es motivo suficiente para que ésta se extinga, por perder su cualidad de derecho «contra todos».

Teorías llamadas de la absorción.

El conocido civilista *Gierke* califica los derechos que hemos venido denominando LIMITADOS como segmentos o ASTILLAS del derecho de propiedad.

Entendiéndolo así, resulta, a primera vista, incomprensible cómo una sola persona ha de poseer la totalidad del referido derecho y aparte la indicada astilla o segmento desprendido del derecho de propiedad.

Para explicar este fenómeno apela Gierke a la diferenciación entre el aspecto meramente subjetivo y el punto de vista objetivo de la relación jurídica.

La incompatibilidad antes referida entre el derecho sobre la cosa en su totalidad (propiedad) y el derecho de carácter limitado sobre la misma resulta, considerando la relación jurídica desde el punto de vista subjetivo, mas, mirándola en su aspecto objetivo, cabe reconocer, según Gierke, la existencia de un derecho sobre el inmueble separado del de propiedad, como se demuestra recordando el caso de la hipoteca, cuyo contenido aparece extraído tan sólo del de propiedad y constituido como entidad patrimonial independiente.

Frente a estas afirmaciones mantiene Schmidt-Rimpler los siguientes argumentos:

a) Si el contenido del derecho limitado estuviera efectivamente extraído del de propiedad, vendría a ser un fragmento del mismo y no podría concedérsele aquellos efectos diferentes de los del referido derecho, que, indudablemente, ostenta, según la definición que del mismo dimos en lugar oportuno.

b) No se alcanza fácilmente a comprender cómo un derecho que, mirado desde el punto de vista subjetivo, se encuentra *diluido* en el de propiedad, pueda considerarse, en su aspecto objetivo, como distinto de la repetida propiedad.

Otro civilista, *Kretschmar*, procura explicarnos la especial situación originada por la confusión del derecho limitado con el de propiedad en la siguiente forma: «Bajo el aspecto material es como si subsistiera, a pesar del poder extintivo de la confusión, un resto de derecho limitado, no susceptible de ser destruido, difícil de definir jurídicamente, pero al que, por razones de equidad, se le debe reconocer cierta influencia sobre el desenvolvimiento del nuevo estado de derecho»; y agrega a continuación que si, por una parte, puede considerarse al derecho subjetivo como facultad concedida por el legislador sobre la cosa que, puesta en relación con un individuo, queda otorgada (salvo casos especialísimos de

incapacidad) a este sujeto, por otra parte, cabe considerar esta misma situación en su aspecto objetivo, y aparece la interesantísima figura jurídica del PATRIMONIO, síntesis de cuantos derechos pueden corresponder a una persona, considerados teniendo en cuenta su valoración y considerando además el contenido jurídico del derecho al goce de las cosas y el poder de dominio sobre las cosas.

Según la conexión en la que aparece el derecho en cada caso, preponderan en su contenido diversos elementos: unas veces la estructura de carácter individualizador y otras el contenido igualador de la norma jurídica. Cabe, por consiguiente, que un derecho se extinga en cuanto a su aspecto subjetivo, subsistiendo como parte integrante del patrimonio, que es precisamente lo que acontece, según Kretschmar, por consecuencia de la confusión. Queda destruida la estructura fenomenológica del derecho, subjetivamente considerado, pero sin que por ello se altere la relación patrimonial.

A esto contesta nuestro autor que la relación jurídica, bajo cualquiera de ambos aspectos, es siempre una y la misma, y pueden tan sólo existir o no existir; en el segundo caso no puede evidentemente conceder disfrute alguno.

No cabe, por consiguiente, hablar de la subsistencia de una parte integrante del patrimonio en sustitución de un derecho efectivo.

Sólo dedicaremos breves palabras a la doctrina que cabe denominar DEL DERECHO EN ESTADO DE REPOSO, aplicada a la confusión de derechos reales.

Entienden los defensores de dicha teoría que, al consolidarse el DERECHO LIMITADO en manos del dueño de la cosa, dicho derecho aparece *de hecho* como extinguido, para luego volver a revivir por sí mismo en caso de nueva disgregación.

Mas, de considerarse la confusión como motivo de extinción del derecho limitado, es también evidente que la cosa podía ser enajenada a terceros libre de gravámenes, careciendo, por consiguiente, de todo fundamento el hablar de un DERECHO EN ESTADO DE REPOSO.

Tampoco cabe establecer la diferencia, como lo hace Jakubezky, entre el derecho limitado frente al propietario, que se hallaría en estado de reposo, y el mismo derecho frente a todos los

demás, que seguiría en todo su vigor. Esta distinción carece, como ya se indicó en lugar oportuno, de toda razón de ser, desde el momento que no es esencial para la subsistencia del derecho real limitado, la circunstancia que éste vaya dirigido precisamente contra el dueño de la cosa, siendo perfectamente suficiente, por el contrario, que otorgue acción real, con carácter general, CONTRA TODOS.

Teorías de la finalidad práctica.

Existen tratadistas, como BEKKER y HARTMANN, que, aun siendo fundamentalmente defensores de la doctrina llamada DE LA ABSORCIÓN, no pierden ocasión de manifestar que el derecho limitado carece realmente de finalidad, al confundirse con el de dominio en manos del titular de éste, no existiendo, por lo tanto, motivo alguno de índole práctica que aconseje el mantenimiento de aquél. Para poder contestar debidamente a esta interrogación hemos de formular previamente lo siguiente, de cuya respuesta dependerá, a su vez, la que podamos dar a la primera: ¿Existe o puede existir alguna situación en la que las facultades concedidas a un propietario como titular al propio tiempo de un derecho real limitado excederían en algo a las que, en todo caso, le correspondería como mero pleno propietario del inmueble?

A esto contesta *Hartmann* que todo derecho limitado posee su esencial y peculiar FINALIDAD ESPECÍFICA que le imprime su dirección, delimitando al propio tiempo su contenido y amplitud, y, por virtud de esta finalidad, puede darse el caso que un derecho real en cosa ajena no pueda en modo alguno existir en cosa propia; así, por ejemplo, no cabe suponer que un dueño se constituya en arrendatario de sí mismo (considerando a este derecho en su carácter real).

A la luz de estos principios, y para fijar el criterio en forma al cual puede determinarse esta FINALIDAD ESPECÍFICA, divide Schmidt-Rimpler los derechos que denomina de SERVIDUMBRE (incluyendo, naturalmente, a las denominadas personales, en el sentido más amplio de la palabra) en los tres grupos siguientes:

1.º Los que garantizan la exclusiva y efectiva inmisión en la cosa (extracción de arena, etc., derecho de habitación). Dentro de

este lugar no tiene inconveniente nuestro autor en incluir la enfiteusis, el derecho de superficie, así como la figura compleja de enfiteusis y superficie, en otro lugar definida (*Erbbaurecht*), cuyas tres variedades de derechos reales considera Schmidt-Rimpler como SERVITUTES.

2.º Aquellas servidumbres en que el titular beneficiado por este derecho puede prohibir, en su cualidad de tal, determinados actos que, en otro caso, podrían efectuarse con relación a la cosa.

3.º Aquellos casos en los que el título constitutivo de la servidumbre concede al beneficiado por la misma la facultad de prohibir el ejercicio de un derecho emanado de la propiedad del predio sirviente en su relación con el dominante.

También en los dos últimos epígrafes se emplea, no hay que repetirlo, el concepto de SERVIDUMBRE en el sentido amplísimo.

Entiende nuestro autor que, tratándose de los derechos referidos bajo los indicados epígrafes primero y segundo, no existe motivo alguno que haga imposible la subsistencia de los mismos después de verificada la confusión con el derecho del propietario, puesto que dicho fenómeno no es, en modo alguno, suficiente para enervar la peculiar exclusividad que en todo momento ostentan esos derechos limitados, tengan o no tengan por titular al propio dueño de la cosa.

Las dudas pueden surgir respecto al grupo citado en último lugar. ¿Cómo considerar facultado exclusivamente a un propietario para prohibir por sí mismo la efectividad de un derecho que dimana del de propiedad del predio sirviente que a él mismo compete, en relación con el predio dominante también, bajo su pleno dominio?

Habría que precisar antes la verdadera naturaleza del derecho de exclusión, determinando si va dirigido contra el propietario. Como derecho real que es, podemos repetir lo que ya dijimos en otro lugar: que no trae aparejada sino una FACULTAD DE EXCLUSIÓN FRENTE A LOS DEMÁS, en virtud de la cual puede el titular llevar a cabo la prohibición antes referida, y esta facultad de exclusión no va evidentemente dirigida de un modo específico contra el dueño de la cosa (que en el caso concreto de la servidumbre propiamente dicha es el del predio sirviente).

En resumen, puede, pues, afirmarse que no hay obstáculo

para admitir la posibilidad de una servidumbre que se halle en manos del dueño del predio sirviente, y lo que cabe aplicar a esta figura jurídica, entendida en su más amplia acepción, cabe también referirlo, según la ideología de nuestro autor, al derecho de superficie y al de enfiteusis que tengan como titular al dueño de la finca sobre la que se hallen constituidos.

Por lo que respecta a la técnica legislativa, entiende Schmidt-Rimpler que la extinción del derecho limitado, por virtud del fenómeno de la confusión del mismo con el de propiedad, deberá decretarse especialmente por el legislador, siempre que deba regir como regla, en vez de ser señalado negativamente, y haciendo tan sólo resaltar las particulares excepciones a la regla general de la fuerza destructora de la confusión que, por tradición, viene rigiendo, aun en muchas legislaciones que no la reconocen como tal norma general.

Desenvolvimiento de la opinión propia de Schmidt-Rimpler acerca de la confusión de derechos.

Examinado objetivamente el caso de la confusión, vemos que sólo se diferencia de otros casos de transferencia de derechos por la circunstancia de hallarse el titular adquirente y su predecesor relacionados, como propietario y titular del derecho limitado sobre la misma cosa.

Hemos de distinguir, no obstante, la otra clase de confusión, o sea aquella en la que la relación es a la inversa, es decir, que quien hasta entonces era dueño de la cosa pierde su derecho de propiedad, con el que se enriquece el que hasta aquel momento era tan sólo titular del derecho limitado.

En ambos casos cabe esgrimir el argumento en contra de la subsistencia del DERECHO LIMITADO de ser contraria a toda equidad la duplicidad en el contenido del mismo, de facultades que ya se hallan reconocidas en semejantes situaciones al titular, según el criterio tradicionalmente admitido, en virtud del derecho de propiedad que le compete.

Esta consideración nos sirve de punto de partida para intentar resolver el problema.

Es indudable que si llegamos a demostrar que el derecho limi-

tado confiere, por razón de su contenido, al titular alguna facultad que no le correspondiese en su mera calidad de propietario, ya no habría que hablar, al menos en cuanto afectara a esa diferencia de contenido entre ambas relaciones jurídicas, de una extinción del derecho limitado.

No hemos de olvidar en este lugar que, según las definiciones dadas por nuestro autor, se diferencia la propiedad del derecho limitado en una circunstancia de especial interés: el haberse de colocar la primera en rango posterior a todos los demás derechos que pueden suponerse en la misma cosa, habiendo, en cambio, de situarse el denominado derecho limitado con anterioridad a otros determinados derechos que puedan afectar a ésta.

Dejando a un lado los casos excepcionales propios de legislaciones concretas que crean derechos limitados con cualidades especialísimas, puede decirse que el problema estriba en determinar dos cuestiones:

Primera. Por qué motivo está justificado, para todo titular no propietario que tenga a su favor un derecho de exclusión en dirección determinada, una especial intensidad.

Segunda. Por qué las razones justificativas de aquella especial intensidad no son aplicables al propietario de la cosa cuando éste deba poseer dicho derecho de exclusión en todas direcciones.

Schmidt-Rimpler distingue, para los efectos de esta investigación, dos posibilidades:

Primera. Que los derechos contra los cuales se dirige dicha especial intensidad no sean sino derechos considerados como futuros y de aparición meramente posible.

Segunda. Que los indicados derechos se supongan ya existentes en el momento de tener lugar la confusión.

Efectos con relación a derechos futuros.

La especialidad del derecho limitado la hallamos precisamente, conforme a la definición de nuestro autor, en su cualidad de anteponerse, en rango, a otros derechos que puedan afectar a la misma cosa, lo que le diferencia de la propiedad, que ha de posponerse en rango a cuantos otros derechos puedan suponerse en la indicada cosa.

Tiene su fundamento esta especialidad del derecho limitado en la INTENSIDAD peculiar del mismo. Así, por ejemplo, vemos a primera vista que una servidumbre ha de anteponerse en rango a una hipoteca que se constituya más tarde sobre el mismo inmueble, y que la solución inversa nos parecería contraria a los más elementales principios de equidad.

Recordando lo expuesto al comienzo del presente trabajo, hemos de tener muy presente que el titular de un derecho limitado tiene siempre facultad de disposición frente a todos los demás, con excepción de determinadas personas.

Si, por cualquier motivo, ha de cambiar esta situación, habrá que atenderse, para calificar la justicia de estas alteraciones, a la situación existente en el momento de tener lugar éstas.

Si, por ejemplo, A tiene la propiedad de una cosa, y B un derecho limitado sobre la misma, y posteriormente, por cualquier motivo, aparece justo que también C tenga un derecho limitado sobre aquella cosa, resulta evidente que el dueño A será excluido tanto por B como por C, toda vez que estos últimos son titulares de su respectivo derecho limitado, el cual, por naturaleza, ha de anteponerse en rango al de propiedad.

Tan sólo queda a discutir si el titular C ha de ser quien excluya al del otro derecho limitado, B, o si, por el contrario, ha de ser B quien se anteponga a C.

La razón para dicha preferencia la podemos encontrar motivada:

- a) Por un acto de disposición del dueño; y
- b) Por otra circunstancia.

Si el derecho de preferencia se funda en actos de disposición expresa del dueño, es decir, en la exclusividad de sus facultades, deberá tenerse en cuenta que la anteposición, en el caso citado, del derecho de B, en relación con el de C, que tiene como consecuencia la exclusión del último por el anterior, tan sólo podrá llevarse a la práctica en tanto que el ordenamiento jurídico estime justa dicha anteposición. El mismo ordenamiento jurídico puede imponer, empero, por estimarlo más justo, la exclusión de B por el titular C, alterando el rango, y teniendo en cuenta para ello el legislador no tan sólo las facultades dispositivas del dueño A, sino también las particulares circunstancias personales del poseedor del derecho limitado C (como, por ejemplo, la buena fe

que en el mismo concurre, y que merezca ser legalmente protegida).

Mas las situaciones como la enunciada no dejan de revestir carácter excepcional, y, generalmente, puede el legislador establecer la precedencia en rango de todo derecho limitado en relación con cualesquiera otros de esta especie que posteriormente se creen por voluntad del dueño.

Si, no obstante, hubiera que alterar dicho rango por los motivos antes referidos, esta modificación circunstancial no afectaría en lo más mínimo a la cuestión referente a la intensidad del derecho limitado en su relación con el de propiedad.

Denominando genéricamente *derechos constituidos por la ley* a todos aquellos que no lo han sido en virtud de disposición expresa del dueño, podemos examinar la cuestión relativa a la preferencia de rango entre diferentes derechos reales coincidentes en una misma cosa.

De ser justo que un derecho limitado se constituya, por ministerio de la ley, en favor de un titular no propietario, deberá asimismo reconocerse la licitud de que ese mismo propietario venga a ser excluido por el indicado derecho limitado. Si, por consiguiente, concede un ordenamiento jurídico a determinada especie de derecho limitado el privilegio de anteponerse en rango a otros derechos futuros legalmente establecidos, estos últimos no podrán ser sino aquellos que fundadamente se consideren dignos de obtener la exclusión frente al propietario, mas no, en modo alguno, frente al titular del derecho limitado, preferente por su rango.

Para que esto resulte posible deberá, empero, el dueño estar calificado de distinta manera frente al titular del derecho eventual establecido por la ley que con relación al titular del derecho limitado preferente.

Un ejemplo nos aclarará esta diferenciación: El dueño de un inmueble debe dinero a otra persona, y no paga su deuda, por cuyo motivo le demanda el acreedor, obteniendo contra él sentencia ejecutoria, y si el inmueble se hallaba inscrito en el Registro, obtiene la anotación preventiva correspondiente (artículo 42, apartado tercero de la ley Hipotecaria).

El derecho real de tipo hipotecario que obtiene el acreedor, en virtud de esta anotación, es el eventual o futuro establecido por

la ley, del que hablábamos antes, y en nada afecta al derecho limitado preferente, como es el que podría ostentar otra tercera persona dueña de otro inmueble distinto, a cuyo favor se hallase inscrita una servidumbre, sobre el predio objeto de la anotación referida.

El titular del derecho limitado (dueño del predio dominante) se halla tan favorecido, que si más tarde se enajena la finca, en virtud de la ejecución de sentencia, el referido titular de la servidumbre seguirá ostentando su derecho, ante el adjudicatario de la finca, con las mismas facultades con que venía haciéndolo ante el primitivo dueño.

En el primero de los casos citados tenemos un derecho real de embargo de tipo semejante al de hipoteca, que es el denominado por los tratadistas germánicos *Pfaendungspfandrecht* (derecho prendario de embargo). Fácilmente se alcanza a comprender que la verdadera razón de ser de este derecho se halla en una especial *calificación* de la situación jurídica del dueño de la cosa (el haber de considerarse a éste como deudor de otra persona, por ejemplo).

Esta clase de derechos son los llamados por nuestro autor, en forma abreviada, «derechos de calificación» (*Qualifikationsrechte*).

Muy diferente es el caso para el dueño de la servidumbre que ostenta un *derecho de disposición* sobre la cosa, que deberá anteponerse al de propiedad en todo caso, excluyéndolo hasta donde alcance su ámbito como tal derecho limitado. Esta exclusividad, característica de la servidumbre en sí misma, se acentúa en las llamadas legales, y llega a una máxima intensidad en las denominadas servidumbres públicas, hasta el extremo de haber éstas de anteponerse en rango a los derechos existentes sobre la cosa, sin poder ni deber considerar, por regla general, para nada las cualidades ni la situación jurídica personal del dueño del inmueble gravado.

En ambos casos, lo mismo que se trate de derechos de disposición que si el derecho de que se trata es de los abreviadamente denominados por nuestro autor DE CALIFICACIÓN, tiene importancia el hecho de coincidir la persona del respectivo titular con la del dueño del inmueble. Desde el momento que aparece el dueño del inmueble como titular al propio tiempo del derecho limitado, vemos que desaparece la razón de ser de este último, es decir, el

efecto especial producido frente a terceros con preferencia a las facultades del dueño de la cosa.

En el *derecho de disposición*, ni en el caso de obtener el propietario el derecho de exclusión a su favor, ni en el de adquirir el titular del derecho limitado la propiedad, cabe hablar, en situaciones normales, de una exclusión del propietario por sí mismo, supuesto a todas luces innecesario. La intensidad del derecho limitado, frente a derechos de disposición eventuales y futuros, es además exactamente la misma en manos del titular de dicho derecho que en manos del titular pleno propietario de la cosa, en virtud de confusión, y caso de adquirir este último más tarde un derecho de disposición a su favor, es evidente que la exclusión del propietario titular de este último por el pleno dueño sería un verdadero imposible.

Derechos denominados de calificación.

Cuanto queda referido con relación a los derechos de disposición puede aplicarse a esta segunda especie de derechos limitados, cuya característica consiste en tener por fundamento una especial calificación de la situación jurídica del dueño de la cosa. Si se considera a este último como titular al propio tiempo de un derecho limitado, es evidente que como no puede, en principio, excluirse a sí mismo, no podrá tampoco ser calificado, frente a terceros, en su aspecto de titular de dicho derecho limitado de una manera distinta que lo es como propietario.

Precisamente porque estos derechos tienen por fundamento la calificación de las relaciones jurídicas existentes entre el dueño de la cosa y el titular del derecho limitado que recae en la misma, y reconociéndose al DERECHO DE CALIFICACIÓN, en manos del dueño, la misma intensidad que si estuviera en manos de un titular especial, es por lo que resultaría virtualmente imposible que pudiera éste utilizar esta misma intensidad contra sí mismo, en virtud de especiales y exclusivas facultades que le fueren conferidas. Así, por ejemplo, carecería, según lo expuesto, de toda justificación una acción destinada exclusivamente a embargarse a sí mismo.

Podemos, por consiguiente, afirmar que, al menos en el mo-

mento de tener lugar la confusión, no existe tampoco, tratándose de derechos denominados por nuestro autor «de calificación», motivo alguno que justifique un especial reconocimiento en favor del propietario de una exclusiva facultad de disposición en el ámbito del repetido derecho limitado.

Ante estas consideraciones sólo cabe reconocer que, efectivamente, todas aquellas cualidades que diferencian el derecho limitado del de propiedad, en cuanto tienen en cuenta la especial intensidad característica del primero, carecen de toda justificación en el momento de tener lugar la confusión.

Tan sólo cabe formular la objeción de que más tarde, y en virtud de circunstancias especiales que nada tienen que ver de un modo inmediato con el fenómeno de la confusión, pudiera aparecer justificada dicha mayor intensidad del derecho limitado frente a eventuales derechos futuros.

Aparece, por consiguiente, plenamente justificado que se coloque al dueño, también en su cualidad del titular del derecho limitado, en rango posterior a todos los demás derechos que en lo futuro afecten a la cosa, y siendo así, es evidente que tiene lugar la ABSORCIÓN DEL DERECHO LIMITADO, es decir, que este último se extingue.

Por otra parte, se infiere de lo expuesto cuán acertadamente pueden aplicarse a los casos corrientes de confusión los argumentos propios de la doctrina llamada obligatoria y los de la denominada de la absorción, toda vez que en el momento en el que el derecho limitado se DESVIA DE SU DIRECCIÓN CONTRA EL PROPIETARIO, las cualidades características del mismo que le distinguen del de propiedad devienen injustas y deben, por consiguiente, desaparecer.

Por otra parte, resulta que un derecho limitado desprovisto de estas cualidades coincide por completo, dentro de su esfera de acción, con el de propiedad, teniendo, consiguientemente, lugar su ABSORCIÓN por este último. Para que excepcionalmente pudiera subsistir el derecho limitado en su peculiar intensidad debieran darse unas circunstancias especialísimas que justificasen de alguna manera la continuidad en el reconocimiento de un rango preferente al titular del derecho limitado, a pesar de su coincidencia con el de la propiedad.

Estas circunstancias se darán, según dice Stammeler, en su *DOCTRINA DEL DERECHO JUSTO*, siempre que el dueño, titular al propio tiempo del derecho limitado, pueda hacer valer el fundamento de la subsistencia de la intensidad de este último, demostrando que necesita le sea reconocido para cumplir sus deberes como cotitular de un derecho real o condueño, debiendo, en cambio, estimarse injusto dicho reconocimiento si sólo se pretendiese hacer valer arbitrariamente.

Así, pues, puede darse el caso de que alguna legislación positiva prevea en sus preceptos el logro de un determinado resultado que considera justo y conveniente, y probado que éste sólo puede conseguirse haciendo subsistir el derecho limitado (pongamos como ejemplo característico la servidumbre), a pesar de haber tenido lugar su confusión con el de propiedad, quepa hablar, en estos casos excepcionales, de una perdurabilidad del derecho limitado, con la intensidad que le caracteriza, frente a derechos reales futuros, a través del fenómeno de su confusión con el de dominio.

ALFONSO FALKENSTEIN Y HAUSER,

Doctor en Derecho.

(Se continuará.)

EL DEFENSOR JUDICIAL

En varias revistas profesionales ha sido publicada últimamente una sentencia (?) dictada por el Juzgado de San Vicente, de Sevilla, sobre el discernimiento del cargo de *defensor judicial*, caso de existir interés contradictorio entre el mejor hijo de familia y el titular de la patria potestad, que merece un meditado estudio, aunque no una incondicional aprobación.

Solicitado el nombramiento de *defensor judicial*, a favor de una persona para salvar en una partición la contradicción de intereses entre la madre supérstite y sus hijos, fué denegado, por estar nombrado ya el mismo señor válidamente por el padre de dichos menores en su testamento, ordenando, en cambio, que se le diese posesión de su cargo y se le facilitase testimonio de ella.

Fúndase la decisión, redactada con cuídadoso estudio y prudente valoración de las fuentes, en las siguientes consideraciones :

El testamento es la ley que ha de regir no sólo la sucesión del testador, o sea la continuación de su personalidad jurídica en el aspecto patrimonial, sino todas las demás consecuencias que no sean legítimamente rechazables por conculcar el orden público, las buenas costumbres o una prohibición del legislador, pero, sobre todo, aquellas manifestaciones de un querer *efectivo familiar*, porque respecto de ellas los títulos de que el testador está investido por razón de sangre, son garantía más que sobrada de una intención y de una finalidad que no pueda ser equiparada ni suplida ni aun por la autoridad judicial misma, como lo prueban las disposiciones del Código civil en materia de tutela, de partición de bienes, de albaceazgo, de subsistencia de la patria potestad en la esposa viuda...

Del mismo modo, el principio general de derecho, reconocido en Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Marzo de 1903 «a quien puede lo más le está permitido lo menos» conduce con lógica irrefutable a afirmar que si el padre puede designar tutor a sus hijos, con relevación, incluso, de fianza, ha de serle permitido nombrarles el defensor que instauró el artículo 165 del Código civil, porque el carácter y atribuciones de éste son más limitadas, de menor trascendencia, de un uso temporal y concretadas al motivo de la discordia.

Si la facultad de nombramiento se le reconoce en virtud de lo supuesto, al padre testador, habrá de convenirse en que no cabe hacer de nuevo lo que una vez se hizo, como tampoco convalidar o revalidar lo hecho, porque ello argüiría vicios o defectos purgables; pero es, además, que si el artículo 165 se interpretase tan estrechamente como algunos criterios defienden, requiriendo de modo automático y fatal el nombramiento de defensor por el Juez, sistema excesivamente formalista y formulario, la autoridad judicial, en ese caso, tendría que desconocer abiertamente la voluntad manifestada por el padre, y constreñido por el segundo párrafo del mismo artículo, preferir en la designación a los parientes del menor a quienes correspondería su tutela legítima, solución francamente violenta y contraria a las normas fundamentales que rigen la observancia de últimas voluntades.

Admitido que el nombramiento paterno ha de quedar intacto e indiscutido, tampoco puede ser materia de discernimiento, porque la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Febrero de 1897 ha declarado que los artículos de la ley de Enjuiciamiento civil referentes a dicha formalidad para los cargos de tutores y curadores, que serían los de mayor concomitancia con el caso que se ventila, han sido derogados por el Código civil; y no pueden invocarse en contra de esta doctrina los artículos 208 y 209 del mismo Cuerpo legal, en cuanto mientan el discernimiento, para sostener que si lo citan es que lo mantienen, porque este requisito no puede entenderse con el significado que el Derecho antiguo le asignaba, de mandato conferido con las facultades expresas para los actos en que el representante podía suplir al menor o incapacitado, según unos, y según otros, como aprobación del nombramiento por la autoridad judicial, porque, como dicen las

Resoluciones de la Dirección de los Registros de 31 de Octubre de 1892 y 25 de Noviembre de 1893, abolido está el discernimiento por el Código civil y perfecta la representación del tutor cuando le posesiona del cargo el Consejo de familia y en tal sentido ha de entenderse la frase «se le discernirá el cargo» que emplean los artículos invocados; de donde, por interpretación analógica y a falta de organismo familiar que dé posesión al defensor, habrá de ser el Juzgado quien se la otorgue y con ella quedará en condiciones legales para el ejercicio del cargo con que le invistió el testador.

Al adoptar ésta resolución, el Juzgado no olvida la doctrina expuesta por la Dirección de los Registros en la de 27 de Junio de 1924, pero se niega a seguir sus orientaciones porque, en desacuerdo con las antes citadas, da a la intervención que al Juez concede la ley, en determinados casos, más trascendencia e importancia de la que en realidad le corresponde en vista de los artículos y situaciones que cita; aparte de que el juzgador no comparte el criterio de clandestinidad e informalidad en la limitación a la patria potestad de la madre que, según la Dirección, implica el nombramiento de defensor hecho por el padre en testamento auténtico, pues que la disposición testamentaria y la posesión judicial son en verdad títulos más que sobrados de legalidad y publicidad para que la mediatización del cónyuge viudo no padezca más de lo que la ley permite; ni, por último, parece consecuencia correcta que el Juez haga el nombramiento por la inconveniencia o imposibilidad de constituir el Consejo de familia, porque, no estando atribuída al Consejo la facultad de nombrar, no cabe sustituirlo por la autoridad judicial.

En fin, con vista de la finalidad perseguida en dicho expediente, debe entenderse que la parte que la ha promovido ha interesado lo pertinente para que pueda eficazmente realizarse *la partición a que se refiere y demás actos en que los menores tngan intereses opuestos con su madre*, y en su virtud el Juzgado considera pedida la posesión del defensor y la concede.

Como estos razonamientos pasan un poco ligeramente sobre los problemas suscitados por el artículo 163 del Código civil y parecen arrancar de una errónea interpretación del acuerdo adop-

tado en 27 de Junio de 1924 por la Dirección general de los Registros, voy a dedicarles algunas observaciones, partiendo de la naturaleza, extensión y fines de la institución.

I

Aunque nuestro Código civil conserve la expresión *patria potestad* con que en Roma se designaba el omnímodo poder del padre sobre sus hijos y descendientes, la institución ha perdido su carácter autoritario, y el antiguo soberano del pequeño Estado, gran sacerdote del culto de los manes, lares y penates y magistrado doméstico, es hoy cabeza de un grupo familiar, no muy extenso ni duradero, tutor cualificado de su prole, que comparte con la mujer el gobierno y administración de la casa, así como los deberes de cuidar, alimentar, instruir, educar, dirigir y colocar a sus hijos.

Entre las facultades que la ley expresamente confiere al padre, y en su defecto a la madre, está la de representar a los hijos no emancipados «en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho» (artículo 155, número 1.º del Código civil), y para evitar que la determinación del representante, en un punto concreto, pueda ser influida por el interés propio, ordena el artículo 165 del mismo Cuerpo legal que en tales supuestos se nombre a aquéllos un defensor que los represente en juicio y fuera de él.

La naturaleza y facultades de este cargo se acercan en ocasiones a las específicas de la patria potestad, son en otras calificadas de tutela *ad hoc* y también asimiladas a la curatela *ad bona*, *ad litem* o a los tipos análogos. En Francia, donde el Código Napoleón, con sus escasas y raquíticas disposiciones sobre la *puissance paternelle*, apenas prestaba base al nombramiento de un defensor del hijo cuando surgiera entre él y su padre un conflicto de intereses, algunos autores y varias sentencias declaraban que el hijo debía ser provisto de un tutor *ad hoc*, instituido por el Consejo de familia conforme a las reglas de la tutela; otros exigían un protutor, *subrogé tuteur ad hoc* (Duranton) o un curador (Magnin). En el gran tratado teórico-práctico de Derecho

civil que dirigió Baudry-Lacantinerie (1), enuncian Chéneaux y Bonnacarrère la opinión de que el representante especial que ha de darse al menor debería ser calificado de administrador *ad hoc*, verdadero subrogado del padre, que quedará investido de los poderes que éste, momentáneamente, no puede ejercer, sin que sea necesario añadirle un protutor en los casos en que la ley lo exigiera, dentro de la tutela.

El artículo 224 del Código civil italiano se hace cargo del supuesto y preceptúa que, surgiendo un conflicto de intereses entre los hijos sujetos a la misma patria potestad o entre ellos y el padre, será nombrado a los hijos un curador especial. Con más amplia concepción el artículo 1.909 del Código civil alemán prescribe que quien se halle sometido a la patria potestad o a tutela ha de recibir un curador para los asuntos en cuya gestión no pueda intervenir el titular de la patria potestad o el tutor, por existir un impedimento que, según los comentaristas, puede ser de hecho o de derecho.

En el proyecto del Código civil elevado al Ministerio de Gracia y Justicia por la Comisión de Códigos en 5 de Mayo de 1851 aparece ya el artículo 159, a cuyo tenor: «En todos los casos en que el padre tenga un interés opuesto al de sus hijos menores, serán éstos representados en juicio y fuera de él por su *procurador*, que se les nombrará judicialmente.

Para los autores españoles «el defensor es un cargo análogo al de curador *ad litem* de nuestro antiguo derecho» (2) o «tienen un antecedente en la existencia de los llamados curadores *ad litem* o para pleitos», (3) aunque «no hay duda que ambos cargos no son idénticos, pues mientras el curador *ad hoc* lo era sólo para un negocio determinado y ostentaba únicamente la representación judicial, el defensor es un representante excepcional del menor» (4).

La citada Resolución de 27 de Junio de 1924 declara que el defensor judicial es un representante especial de los hijos no emancipados, cuyos poderes terminan con el negocio mismo, y se halla dotado de facultades en el orden judicial y extrajudicial que,

(1) «Tratado de las personas». V. pág. 213 de la tercera edición.

(2) Manresa-Coment. II, 248.

(3) Ge vola, III, 453 de la cuarta edición.

(4) Valverde: «Derecho civil», IV, 478 de la segunda edición.

ya le aproximan al antiguo curador *ad litem* por su actuación procesal, ya parecen más propias de un tutor *ad hoc*, atendida la supresión del cargo de curador en nuestra legislación, ya se caracterizan como funciones administrativas independientes o de fiscalización a modo de protutor, pero que, en todo caso, limitan o suspenden la patria potestad en un sector determinado, sin abrir la tutela del menor.

Estas palabras cierran el camino a toda pretensión que tienda a instituir frente a los titulares de la patria potestad un *antipater* receloso y entrometido que escudriñe la vida doméstica e inspeccione la utilización de los bienes del menor, los compromisos y la solvencia del padre y las menores posibilidades de conflicto entre los intereses familiares. Para nosotros es desconocida la que denominan los alemanes curatela de vigilancia (*Vigilanzpflegschaft*), y en este sentido a los vagos términos de la resolución del Juzgado de Sevilla, que autoriza al defensor para que pueda realizar eficazmente la partición de referencia «y demás actos en que los menores tengan intereses opuestos con su madre», es preferible la doctrina del Centro directivo encaminada a evitar que la potestad del padre o de la madre permanezca compartida, suspendida o subrogada por un tiempo indefinido o de un modo ilimitado. Acaso el supuesto más amplio que podemos imaginar en el Derecho español es el del nombramiento de una persona que, en el caso del artículo 162 del Código civil, haya de administrar los bienes o rentas donados o legados al hijo menor de edad para su educación e instrucción.

El espíritu y la letra del artículo 165 del Código civil nos mueven a colocarle en un campo patrimonial más extenso que el que la jurisprudencia italiana le ha concedido (1), y menos amplio que la órbita circunscrita por el artículo 1.909 del Código civil alemán. No parece lógico incluir bajo la rúbrica *interés opuesto* los casos en que la educación, la alimentación, la carrera y la colocación del menor sean mezquinas o desproporcionadas a su caudal y rentas; pero no habría inconveniente en discernir el cargo de defensor cuando el padre cae en concurso o quiebra, o suspende pagos, si resulta difícil la separación de ambos patrimonios;

(1) V. Fadda, Pono... Giur. sul C. c. I, 779 y sig.

cuando las acciones que al hijo corresponden contra el titular de la patria potestad pueden estar amenazadas de caducidad o prescripción, si no se entabla el oportuno pleito; cuando las relaciones jurídicas de ambos puedan provocar los supuestos llamados de autocontratación; cuando los acreedores defraudados los envuelvan en las consecuencias de la acción pauliana; cuando se trata de constitución o cumplimiento de obligaciones solidarias; cuando un perjudicado por culpa del padre usufructuario o administrador, reclame la indemnización de los daños causados por las cosas o bienes de la propiedad del hijo; cuando el titular de la patria potestad y los hijos *nascituri* aparezcan llamados respectivamente como fiduciario y fideicomisario de una herencia, si se aceptase la idea de que el padre y el defensor pueden representar, como en el derecho italiano, a los *nondum concepti*; cuando el padre asume una obligación y se intenta garantizarla con bienes del menor; cuando el padre o la madre tratan de postergar o posponer la hipoteca constituida sobre sus fincas a favor del hijo, para favorecer a otros acreedores; cuando el titular de la patria potestad y los hijos continúan en común el comercio ejercido por un ascendiente o causante, si son de temer abusos o expoliaciones.

Sin embargo, hemos de hacer aquí dos observaciones interesantes: primera, es necesario distinguir la *concurrencia* del *conflicto*, y segunda, el remedio prescrito por el artículo 165 del Código civil parece tener un carácter subsidiario.

La simple coincidencia de intereses no autoriza para solicitar el nombramiento de un defensor. De otro modo, la inmensa mayoría de las veces, el padre se vería imposibilitado para ejercer las acciones correspondientes al hijo. Bastaría contestarle en el juicio que, como usufructuario, tiene un interés opuesto al del nudo propietario y trata de convertir en *renta* la *substancia*. Podrá ser esto cierto si al exigir daños y perjuicios concluimos por renunciar derechos propios de nuestros hijos para favorecer los particulares nuestros; pero en múltiples supuestos la concurrencia de intereses más bien será una garantía de la gestión paterna que un motivo de recusación.

En cuanto al carácter subsidiario del artículo 165 se halla puesto de relieve en varios artículos del Código civil. Los supuestos de privación o suspensión de la patria potestad se aplicarán de

preferencia, aunque presenten cierto aspecto patrimonial: así, al hijo dedicado a ejercicios peligrosos, o a la vagancia o mendicidad no se le nombrará defensor judicial, ni al que por las órdenes, ejemplos o consejos recibidos, acompaña a su padre en la tarea de fundir los bienes familiares. La cuestión, por su gravedad y trascendencia, motivará entonces remedios más radicales, aunque durante el pleito aparezcan representados o protegidos por un defensor.

De igual manera sucederá en todas las hipótesis de separación judicial de bienes o de transferencia a la mujer de la administración (artículo 1.441 del Código civil), así como en el supuesto de prodigalidad (artículo 225). Tampoco habrá lugar al nombramiento de un defensor en los casos incluidos en el artículo 164 y 1.810 del Código civil, 234 del Código de comercio y 231 del Reglamento hipotecario; por ejemplo, cuando se pida autorización para vender una finca de *gran porvenir*, pero de escasos rendimientos y para colocar el precio en valores industriales de espléndidos dividendos y poca seguridad, el Juez apreciará si la utilidad o necesidad es del hijo o del padre.

No debe, pues, perderse de vista que, en general, el remedio del artículo comentado es pasajero y que la *oposición* ha de ser patrimonial, quedando fuera de aquel ámbito los impedimentos materiales o fisiológicos (enfermedad, ausencia, huida, rebeldía o incapacidad del padre), los de orden moral (antipatía de caracteres, trato severo) y, acaso, las situaciones económicas de cierta continuidad (artículo 162 del Código civil y 5.º del Código de comercio) o de régimen específico (artículo 225 del Código civil).

Veremos, no obstante, cómo el estrecho marco del artículo se ensancha no sólo para dar cabida a los acomodos accidentales provocados por estos supuestos, cuando en la práctica forense había costumbre de nombrar un curador de bienes o para pleitos, sino también para comprender relaciones familiares, que no pueden ser denominados *asuntos económicos*, y *situaciones duraderas* que terminan, en algunas ocasiones, con la menor edad.

JERÓNIMO GONZÁLEZ.

(Se continuará.)

Un caso... soñado ^(a)

Hace unas noches que, impresionado, sin duda, por la lectura del relato que la Prensa ha hecho del reciente triunfo obtenido por el eminente dramaturgo D. Jacinto Benavente con el estreno de su última producción teatral, soñé con *Moraleda*, esa ciudad imaginaria que el insigne maestro elige para campo de acción de su obra, y soñé que en *Moraleda* había Registro de la Propiedad, Juzgado de Primera instancia y tantas otras oficinas públicas como debe de haber en las poblaciones importantes.

Largo fué el sueño; desagradable en sumo grado; pero creo conveniente relatarle porque él me sugirió algunas consideraciones acerca de la actuación de los jueces de Primera instancia en los Registros de la Propiedad, y como éste es asunto del que ya en otra ocasión he tratado (1) y que estimo no conviene echar en olvido, aprovecho la coyuntura que se me ofrece para insistir sobre el tema.

He aquí lo que soñé:

En el Registro de la Propiedad de *Moraleda* se presentó un día un documento comprensivo de gran número de fincas, y para facilitar el trabajo, el Registrador ordenó a sus auxiliares la confrontación de las respectivas inscripciones y el encabezamiento de los asientos, para luego, mediante minuta formulada, terminarlas. En estos preliminares cae gravemente enfermo el Registrador,

(a) Por creer que no ha perdido interés, publicamos hoy este artículo, recibido hace más de un año y no insertado a su debido tiempo, por circunstancias harto conocidas de todos.

(1) «La verdadera situación ilegal». REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, número 1, de Enero de 1925, pág. 71 a 75.

y el Juez de Primera instancia del partido, conocedor del documento que se estaba despachando, y previendo el triste desenlace que la enfermedad de aquel funcionario iba a tener, se persona en la oficina del Registro y le pregunta al sustituto si podría despacharse aquel asunto en un par de días.

El horror que me produjo, aun estando soñando, que haya un ser humano que esté acechando el momento de la muerte de un semejante para beneficiarse con ella en unas cuantas pesetas, me causó tal estremecimiento que me desperté, y di gracias a Dios por haberme librado de tal pesadilla. Pero, aun en sueños, la dicha es fugaz, y no bien me hube dormido de nuevo, la pesadilla continuó.

Ahora eran las primeras horas de una mañana fría de Octubre; la cuarta desde que el documento fué presentado en el Diario, y me encontraba en una capilla ardiente, en la que en un féretro reposaba el cadáver del infortunado compañero, al que velaban piadosamente, entre otras personas el que fué su sustituto. De improviso, irrumpe en la estancia el Juez del partido, y en tono imperativo ordena al ex sustituto que se persone en la oficina del Registro. Cumpliendo la orden y abandonando el cadáver del que fué su jefe, el modesto empleado se presenta en el lugar ordenado, en el que el Juez, que se había posesionado de él, le ofrece el cincuenta por ciento de los honorarios que devengue en el despacho del documento que se tenía entre manos, si trabaja ferozmente y consiguen despacharlo antes de que llegue el Registrador interino. Atemorizado ante el mandato judicial, aquel pobre hombre, rendido de cuerpo y de espíritu por la mala noche y las tristes emociones sufridas, se pone al trabajo; mas la intensidad de éste no satisface a su nuevo y eventual jefe, y lo pone en la calle, llevando a la oficina nuevo e indocto personal, que sin dar paz a la mano y trabajando día y noche, sin respeto a las festividades, da cima, sea como sea, al trabajo emprendido.

Como los sueños no son realidades, nada de extraño tiene que yo viera pasar por mi dormida imaginación, en un breve lapso de tiempo, todos estos hechos sucesivos, que en la realidad hubieran requerido varios días para desarrollarse; y que aún me encontrara allí en el momento (setenta y dos horas después del fallecimiento del Registrador) en que los hijos del difunto com-

parecen en la oficina que fué de su padre, a virtud de una cédula de citación que les acaba de ser entregada y en la que se inserta la providencia dictada por el Juez en el siguiente día de aquel triste suceso, por la que, estimando que el caso puede ser la causa grave y urgente a que alude el artículo 3.º del Real decreto de 7 de Mayo de 1924, se encarga del despacho de los asuntos urgentes del Registro y manda practicar la visita extraordinaria con arreglo al artículo 353 del Reglamento de la ley Hipotecaria, citando a los herederos para la práctica de la misma, y señalando a tal efecto aquel día. Asisto a la desagradable discusión habida entre el Juez y los hijos del difunto, que pretenden retirar el mobiliario que era de su padre, a lo que se opone aquél, alegando que deben probar su derecho a ellos. Nueva discusión, porque el Juez se niega a que en el acta que se está levantando consten los trabajos realizados por el difunto en el despacho del famoso documento, origen de tanto conflicto, y amenaza, por la parte de la autoridad judicial, de hacer llamar a la fuerza pública y meter en la cárcel a los comparecientes, y... aquí me despierto ya definitivamente.

Con la cabeza dolorida, el cuerpo quebrantado y el espíritu asqueado por lo inhumano y repulsivo de las escenas soñadas, tardo bastante tiempo en despejarme y en volver a la normalidad de mi ser, y entonces lanzo un suspiro que desahoga mi pecho, pues comprendo que todo ha sido un sueño, y como sueño, absurdo, porque en la realidad no puede existir, no ya un Juez que por razón de su cargo está obligado a ser humano, justo, equitativo y moral, sino ser alguno que tenga en la cabeza entendimiento y en el pecho corazón, capaz de cometer los hechos que en mi sueño cometió el Juez de *Moraleda*.

* * *

Pasaron horas: volví a mi cotidiano trabajo, pero la obsesión de lo soñado no me abandonaba un momento, y en mis oídos resonaban con incesante martilleo las siguientes palabras: —¿Y si no hubiera sido un sueño? ¿Y si, realmente, en *Moraleda* hubiese ocurrido lo que has soñado?— Fuera de las razones de humanidad, que esas hay que prescindir de ellas para mirar el caso.

desde el punto de vista legal, ya que la ley, o al menos el precepto obligatorio tiene mucho de inhumano en ocasiones (la privación de sueldo, por ejemplo, en caso de enfermedad), ¿tendría razón el Juez para hacer lo que hizo? ¿Era él el llamado a encargarse del Registro?

Y entonces me decidí a considerar el aspecto legal de la cuestión, y concluí afirmando que ni el Juez tenía derecho para encargarse de la oficina hipotecaria, ni se ajustó a los preceptos legales existentes, aplicables al caso, ni se libró de meterse de lleno dentro del campo del Código penal.

¿Qué fundamento, qué precepto legal invocó el Juez de *Moraleda* para la incautación del Registro? La providencia lo dice: el artículo 3.º del Real decreto de 7 de Mayo de 1924. Examinemos tal disposición, y para ello comencemos por consignar su texto. Dice así:

«Artículo 3.º Los Jueces de primera instancia delegados para la inspección de los Registros no podrán en lo sucesivo conceder a los Registradores autorizaciones de ninguna clase para ausentarse, y si éstos se vieran imposibilitados para desempeñar su cargo por enfermedad u otra causa grave y urgente, despachará el Juez los asuntos de urgencia del Registro, poniendo el hecho en conocimiento de la Dirección general por telégrafo, para que ésta resuelva lo procedente.»

«Si los Registradores dejaren de servir el Registro no hallándose en disfrute de licencia, prórroga o comisión, no percibirán honorarios, y declarada la situación ilegal, se les tendrá por renunciantes y se les dará de baja en el escalafón del Cuerpo.»

«Los sustitutos de los Registradores sólo despacharán el Registro cuando el Registrador se halle en uso de licencia, prórroga o comisión, siempre autorizados por el Juez, y entendiéndose que en cualquier otro caso procedieron en representación del propio Juez delegado para la inspección del Registro, debiendo este funcionario encargarse de la oficina y percibir los honorarios correspondientes a los días en que el Registrador esté en situación ilegal.»

Según el apartado primero del transcrito artículo, si el Registrador se viese imposibilitado para desempeñar su cargo por enfermedad u otra causa grave y urgente, despachará el Juez los

asuntos de *urgencia* del Registro; de modo que, para que el Juez despache el Registro, se requieren dos circunstancias indispensables:

1.^a Que el Registrador esté *imposibilitado* de desempeñar el cargo.

2.^a Que en la oficina haya asuntos de *urgencia* que despachar.

Faltando una de esas dos condiciones, el Juez no puede actuar como Registrador.

Ahora bien: en el caso del sueño, ¿estaba el Registrador *imposibilitado* para desempeñar su cargo? ¿Había en el Registro asuntos *urgentes* que despachar? Respecto al primer extremo, afirmamos rotundamente que no, puesto que no existiendo el Registrador mal podía estar imposibilitado para ejercer su función. El Registrador había fallecido: el Registro estaba *vacante*, y en los Registros vacantes el Juez no puede actuar.

No hay más que leer el artículo 379 del Reglamento Hipotecario. Según él, los Registros quedan vacantes por varias causas, entre las que se enumera, en primer lugar, la muerte, y el siguiente artículo establece que tan pronto como sea conocida por el Juez delegado la vacante del Registro, dispondrá que, *provisionalmente*, se haga cargo de la oficina el representante del Ministerio Fiscal en el Juzgado municipal de la localidad en que se hallare situado el Registro, si fuere Letrado, y no siéndolo, un abogado de la misma localidad, y si en ésta no hubiese abogados o no reunieren las condiciones necesarias para desempeñar el Registro, se hará cargo de éste el Secretario del Juzgado, al solo efecto de custodiar los libros, legajos y documentos de la oficina y extender los asientos de presentación.

Vemos, pues, que el Reglamento dispone lo que debe hacerse en caso de vacante y que en ningún momento ni situación llama al Juez al desempeño del Registro.

El artículo 6.º del citado Decreto de 7 de Mayo de 1924, que comprende la cláusula derogatoria, no ha derogado la mencionada disposición reglamentaria, ya que el mismo se ocupa de Registros *servidos*; pero en ninguno de sus artículos lo hace de Registros *vacantes*, y la disposición del Reglamento que hemos traído a colación, sólo de estos últimos se ocupa. No hay, por

consiguiente, oposición entre ambas disposiciones, y, por lo tanto, no hay derogación.

Descartado el primer motivo (imposibilidad del Registrador para el desempeño del cargo) para la actuación del Juez, veamos si existe el segundo (asuntos de urgencia). ¿Cuáles son los asuntos de urgencia que puede haber en un Registro? Tan sólo la extensión de asientos de presentación, expedición de certificaciones de breve plazo y despacho de documentos que estén para vencer su término.

En mi sueño yo no vi que el Juez de *Moraleda* despachase más asuntos que un documento que, teniendo como *mínimum* quince días hábiles para ser despachado, sólo hacía cuatro días naturales que había sido presentado en el Diario, al hacerse el Juez cargo de la oficina. No era, pues, urgente su despacho.

Luego si no había imposibilidad del Registrador, si no era el asunto urgente, el Juez no debió actuar.

Y como el que empieza a rodar por la pendiente por ella sigue rodando, aunque no quiera, el Juez de *Moraleda* así siguió, y después del atropello de incautación de la oficina del Registro, acordó practicar la visita extraordinaria con arreglo al artículo 353 del Reglamento Hipotecario, artículo que no autoriza al Juez para ordenarla, pues reserva esta facultad al Presidente de la Audiencia.

Por otra parte, la visita acordada era contradictoria con la actuación del Juez, pues si esas visitas son *únicamente* para caso de vacante del Registro y el Juez sólo puede actuar, como Registrador, cuando el Registro está servido y el titular imposibilitado para desempeñar el cargo, o estaba de más la actuación del Juez o la visita no podía tener efecto. Son dos cosas completamente opuestas y la una, por necesidad, excluye a la otra. Al acordar ambas el Juez, se contradijo consigo mismo.

Pero tampoco era ésa la visita que procedía. La procedente, en caso de vacante, es la estatuida por el artículo 381 del Reglamento citado, que tendrá lugar cuando el Presidente no haya dispuesto otra cosa, con arreglo al artículo 353, observando lo dispuesto en éste y con citación del Registrador o de sus herederos o personas que, en su caso, deban representarle; y que se ha de practicar *una vez que se haya hecho cargo de la oficina el Fiscal municipal o el abogado* designado por el Juez. Es decir: que

hasta que uno de ellos se haya encargado del Registro, la visita no puede practicarse.

Se ve, pues, que el Juez de mi sueño o no sabía o no quería saber por dónde andaba, y que en brevísimo espacio de tiempo cometió una de desafueros que le metieron de hoz y de coz dentro del articulado del Código penal.

El artículo 369 del mismo establece que incurre en la pena de inhabilitación temporal especial en su grado máximo a inhabilitación perpetua especial, el funcionario público que *a sabiendas* (párrafo 1.º) o por ignorancia inexcusable (párrafo 2.º) dictare providencia injusta en el primer caso, o manifiestamente injusta en el segundo, en negocio administrativo.

Teniendo el carácter de administrativas cuantas actuaciones y diligencias se relacionan con el Registro de la Propiedad, las providencias que por el Juez delegado se dictan para acordar visitas, designar Registradores accidentales, etc., tienen el carácter de administrativas.

La providencia dictada por el Juez de *Moraleda* es *manifiestamente injusta* en cuanto ordena hacerse cargo del Registro por estimar que el caso puede ser el de gravedad y urgencia a que se refiere el artículo 3.º del Real decreto de 7 de Mayo de 1924, y en cuanto acuerda practicar la visita extraordinaria prevenida en el artículo 353 del Reglamento Hipotecario.

Y es injusta tal providencia, porque la justicia exigía atenerse a lo dispuesto en el artículo 380 del Reglamento de la ley Hipotecaria para la designación de la persona que se encargase del Registro, y al 381 del mismo para la práctica de la visita. Y al prescindir de los preceptos legales aplicables al caso y hacer uso de otros inadecuados al mismo, se cometió una *manifiesta* injusticia, ya que ella queda *de manifiesto* por la simple lectura de las diversas disposiciones citadas.

Ahora bien: el Juez de *Moraleda* ¿procedió en la forma en que lo hizo *a sabiendas* de que obraba mal u obró mal por ignorancia inexcusable?

No cabe duda de que procedió *a sabiendas*. Sabía que el Registro había quedado vacante; sabía que en este caso no era de aplicación el Real decreto de 7 de Mayo de 1924; sabía que la visita a que se refiere el artículo 353 del Reglamento Hipotecario

sólo puede acordarla el Presidente de la Audiencia; *sabía* que la visita que había que practicar era la del artículo 381 del citado Reglamento; *sabía* que ésta no podía practicarse hasta que se hubiese encargado del Registro el Fiscal municipal o el abogado designado por el propio juez.

Sabía todo lo que expuesto queda, y *a sabiendas* de que lo que hacía *no lo podía* hacer, lo hizo.

Mas aun suponiendo que no hubiese sabido nada de esto: que hubiese estado *ignorante* de todos los preceptos legales pertinentes (supuesto inadmisibile, puesto que conocía los impertinentes), su ignorancia sería *inexcusable*, ya que por razón de su cargo tenía obligación de conocer las disposiciones legales y reglamentarias al caso aplicables.

Así, pues, ya se considere que procedió a sabiendas, ya se estime que lo hizo con ignorancia, como ésta es, por necesidad inexcusable en él incurrió en el delito de prevaricación previsto y penado en los artículos antes citados del Código.

Mas no sólo cometió este delito, sino también el de nombramiento ilegal para cargo público, al designarse a sí mismo para el de Registrador, por el que incurrió en la pena de suspensión y multa de 125 a 1.250 pesetas, según el artículo 393 del mencionado Código.

Y como los delitos son como las cerezas, que se enredan unas con otras, también asoma la oreja el de usurpación de atribuciones, que por el artículo 388 se castiga con inhabilitación temporal especial y multa de 150 a 1.500 pesetas, y por el 389, con la pena de suspensión.

* * *

Y ahora pasemos a examinar otro aspecto del problema.

¿Qué validez jurídica tienen los asientos practicados en el Registro de la Propiedad de *Moraleda* durante la actuación del Juez como Registrador?

Vamos a examinar los distintos preceptos dictados por el Poder ejecutivo en relación con la materia, para poder contestar a la pregunta formulada.

El primero, en el orden cronológico, es el Real decreto de 12 de Junio de 1922, que en su artículo 19 establece que si el sus-

tituto se hace cargo del Registro y realiza alguna operación sin hallarse el Registrador en una de las situaciones legales de licencia, prórroga, autorización, entrega de fondos, comisión o enfermedad debidamente acreditada, se entenderá que ha procedido en representación del Juez de primera instancia del partido, debiendo encargarse este funcionario de la oficina, pues debe sustituir al Registrador siempre que éste se halle en situación ilegal.

Viene luego el Real decreto de 7 de Mayo de 1924, y en su artículo 3.º reproduce sustancialmente la disposición del que le precedió, ampliándola al caso de imposibilidad del Registrador para desempeñar su cargo por enfermedad u otra causa grave y urgente, aunque limitándola al despacho de los asuntos de urgencia.

La Real orden de 18 de Julio siguiente, al determinar que los honorarios líquidos devengados cuando los Registradores estén en uso de licencia sin derecho a ellos, pasen al Juez delegado, actuando el sustituto bajo la responsabilidad del Juez, extiende la actuación de éste a tal nuevo caso.

Algo confusas resultan todas estas disposiciones en cuanto a la manera en que el Juez deba actuar como Registrador, pues si bien es cierto que en varios pasajes de las mismas se habla de que *se encargarán* de la oficina, no dice en qué forma lo han de hacer, y aun cuando parece que ello ha de ser con las atribuciones propias del Registrador, y entre ellas, la de firmar, en otros lugares se habla de actuación del sustituto bajo la responsabilidad del Juez.

En mi relatado sueño no llegué a ver quién firmaba las inscripciones verificadas durante el tiempo en que el Juez estuvo encargado del Registro, pero necesariamente habían de estarlo por él o por el sustituto del Registrador fallecido.

En el primer caso, y como ya hemos demostrado que el Juez no podía legalmente encargarse del Registro, las inscripciones serán nulas, como hechas por funcionario incompetente. En el segundo supuesto, o sea en el de que estuviesen firmadas por el ex sustituto, también lo serían por idéntico fundamento, pues la sustitución legal se extinguió en el mismo instante de la muerte del Registrador.

El artículo 309 de la ley Hipotecaria establece que luego que

los Registradores tomen posesión del cargo, propondrán al Presidente de la Audiencia el nombramiento de un sustituto que *los reemplace en sus ausencias y enfermedades*.

Como bien claramente se ve por esta disposición, el sustituto lo es *personal* del Registrador; sólo a él puede sustituirle y únicamente en dos casos: ausencia o enfermedad.

Si el Registrador muere (el caso de *Moraleda*), el sustituto deja de serlo *ipso facto*, y, por consiguiente, su firma ya no tiene eficacia, garantía ni responsabilidad en las operaciones oficiales.

De modo que desde cualquier punto de vista que se consideren las inscripciones realizadas en las circunstancias dichas, son nulas de toda nulidad.

Mas con ello surge otro grave problema.

Según el artículo 51 del Reglamento Hipotecario, los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales, y producen todos sus efectos mientras no se declare su nulidad.

Conforme a tal precepto, las inscripciones de referencia no pueden anularse de oficio. Para conseguir su nulidad habría que acudir a un juicio declarativo, con las consiguientes molestias y gastos para quien lo pidiera, y... ¿quién sufragaba en definitiva las costas?

Cuando el Registrador es el culpable de la nulidad, tiene su responsabilidad, que se hace efectiva en la fianza; pero cuando lo es el Juez, ¿con qué responde?

Si mi sueño hubiese sido realidad, no hubiera habido más solución equitativa que la de dictarse una disposición por el Poder público declarando la nulidad de todos los asientos realizados por el Juez, y ordenando practicarlos de nuevo y a su costa.

Y a éste va unido otro punto. Al Registrador que se le impugnan los honorarios y la impugnación prospera totalmente, se le obliga a devolver el duplo del exceso percibido (regla 15 del Arancel, promulgado por Real decreto de 5 de Julio de 1920).

¿Qué penalidad debe aplicarse a quien, sin ser Registrador ni poder legalmente desempeñar la oficina, percibe honorarios por trabajos en ella realizados? ¿La citada, o la establecida en el artículo 386 del Código penal, consistente en la restitución más la multa del diez al cincuenta por ciento?

Tales fueron las consideraciones de orden legal que mi sueño me sugirió, en cuanto al caso concreto objeto del mismo; pero entiendo que ni aun en sueños me hubiese podido ocurrir tal dislate, si no fuera por la obsesión constante que en mí causa la existencia de las disposiciones del Poder ejecutivo, encomendando en ciertos casos a los Jueces de primera instancia el desempeño de los Registros de la Propiedad, no por la parte personal y material del caso, sino por lo que supone de destructor de los principios básicos de la Institución, de los del Derecho administrativo y de los Constitucionales inmanentes.

Que el Real decreto de 12 de Junio de 1922 (madre de la criatura) ataca a todos estos principios, es incuestionable.

La potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey. (Art. 18 de la Constitución.)

Las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores. (Art. 5.º del Código civil.)

El Real decreto de 12 de Junio de 1922 fué dictado por el señor Ministro que en aquella fecha regentaba el Ministerio de Gracia y Justicia, y dicho se está que al no ser hecho por las Cortes con el Rey, no tiene la consideración de ley.

Pues bien: esta disposición es derogatoria de infinidad de artículos de la ley Hipotecaria, entre ellos, los que tratan de la forma y modo de la sustitución de los Registradores de la Propiedad, y como no tiene el carácter de ley, es anticonstitucional.

Como la ley Hipotecaria es un conjunto armónico con el debido engranaje entre sus distintos elementos, el tocar aisladamente a uno de ellos sin atender al conjunto ha de producir, necesariamente, una perturbación enorme en el todo, y ha de hacer que se bambolee el edificio al ser atacado en sus cimientos.

El Registro de la Propiedad es un seguro creado por el Estado en beneficio del particular, que hace público su derecho en él. El Registrador es el asegurador; la fianza que presta, la garantía de su solvencia; los honorarios que percibe, la prima del seguro.

El Estado autoriza al asegurador para que nombre sus agentes (los auxiliares de la oficina); para que designe quien le sustituya en determinados casos, pero siempre bajo su exclusiva responsabilidad, pues él no admite otra que la del Registrador.

Tan es así, que esta responsabilidad no cesa por hechos actuales durante la vida oficial del funcionario más que en los intervalos de cesación en el cargo por traslado, excedencia o jubilación temporal. Desde que se posesiona de un Registro hasta que cesa en él, su responsabilidad es constante, aunque temporalmente se encuentre alejado del despacho en virtud de licencia, enfermedad o comisión del servicio.

Tan consustancial es esto con el sistema, que si esta responsabilidad falta, el edificio se derrumba. Y a esta consecuencia se llega con encargar al Juez del despacho de la oficina, encargo que no puede tener lugar, según las disposiciones antes citadas; más que habiendo Registrador; es decir: durante la permanencia de la responsabilidad de éste.

Otro aspecto de la cuestión es la doble incompatibilidad que en el Juez existe, incompatibilidad nacida tanto de la ley Hipotecaria como de la Orgánica del Poder judicial, que expresamente la declaran.

Si la razón que ha habido para estatuir tal sustitución es la de que el Registrador no debe, ordinariamente, estar ausente de su oficina, ¿cómo va a cumplir el Juez con la asistencia a ella? Carece del don de la ubicuidad, y si ha de estar en el Juzgado durante las horas de audiencia y despacho, no puede estarlo al mismo tiempo en el Registro. Jueces de guardia permanentes los de los partidos, las exigencias de ésta les obligan a salir con gran frecuencia no sólo del local de su oficina, sino de la población y aun del término municipal. Al Registrador propietario no se le consiente tal cosa, en atención al servicio público, que exige su constante permanencia en la oficina. Es, pues, absurdo y contradictorio exigírselo a uno y consentírselo a otro, ya que las razones del público interés no distinguen de personas. Y no se arguya que en los casos en que el Juez no pueda estar en la oficina del Registro (que son los más frecuentes) obra el sustituto, pues sobre que éste no es tal más que para el Registrador, por ser la sustitución personal y no del cargo, mejor puede obrar en representación del Registrador, con quien está identificado en normas y criterio.

Al Registrador no se le consiente que intervenga en asuntos en que tengan interés él, sus deudos, sus clientes, etc. Al Juez

se le permite que lo haga en aquellos en que está interesado por su prestigio, puesto que si un mandamiento por él expedido, por ejemplo, es defectuoso y no debe tener acceso al Registro, como es él quien lo ha ordenado, lo tendrá.

Su calidad de Inspector es otro de los motivos que le inhabilitan para el cargo de Registrador. Hay casos en que los particulares necesitan acudir al Juez en queja contra aquel funcionario. Si este caso se presenta estando encargado de la oficina el Juez, ¿va a ser él juez y parte en la queja? ¿Quién la resuelve?

Si está encargado del Registro, al tener que practicarse una visita ordinaria, ¿quién la practica? ¿Se va a visitar a sí mismo?

Y tantos y tantos otros problemas que se ofrecen y que sería interminable exponer, y basta con los apuntados para que se vea lo desacertado de la innovación traída por el Real decreto de 12 de Junio de 1922.

* * *

Para que los Registradores cumplan con el deber de residencia no hacen falta medidas extraordinarias; con aplicar las contenidas en la ley y en su Reglamento, sobran.

Si ésa y no otra fué la causa de las disposiciones que encomiendan a los Jueces el despacho de los Registros de la Propiedad en determinadas ocasiones, vuélvase a la pureza de la ley en la materia y deróguense esas disposiciones para que no haya ocasión de soñar de nuevo con hechos análogos a los relatados, que si hubiesen tenido realidad, acusarían de imprevisos a los autores del Decreto del 22 y echarían sobre el digno Cuerpo de Jueces de primera instancia, no un baldón, porque su prestigio está muy alto para que pudiese empañarlo la conducta de un compañero, sino un inmerecido bochorno al considerar que uno de los suyos hubiese podido realizar lo que realizó el Juez de mi sueño en *Moraleda*.

J. NAVARRO Y CARBONELL,
Registrador de la Propiedad.

Albayda y Noviembre 1928.

Por folletos y revistas ⁽¹⁾

(Conclusión.)

CASTÁN (José).—*Alrededor de la distinción entre las Sociedades.*

3.^a *Sociedades mineras.* Se consideran civiles, como las agrícolas e inmobiliarias, pero si obtienen la concesión para cederla a otra sociedad, adquieren minerales ajenos para mezclarlos o venderlos como propios o cuando transforman sus productos, se consideran mercantiles.

Marchan por este camino Francia, Bélgica y España, aunque dudosamente, pues si bien el artículo 123 del Código Mercantil sigue ese criterio, de los artículos 1.º, párrafo 2.º, 325 y 326 se desprende que la explotación de las minas no es acto de comercio, y sería ilógico que una explotación minera, efectuada por un propietario individual, fuese civil, y por una compañía, fuese mercantil.

Hay marcada tendencia a comercializar las sociedades mineras fundándose en la especulación que implican, en los grandes capitales, personal numeroso y venta del material que necesitan; así ocurre en Francia, donde la ley de 9 de Septiembre de 1919 y otras complementarias echan por tierra el régimen tradicional; en derecho alemán es una sociedad *sui generis*, que ni puede catalogarse como civil ni como comercial.

4.^a *Sociedades para el suministro de agua, energía eléctrica, etcétera.* Si se constituyen para poner en explotación el agua de una finca, son civiles; pero si se trata del abastecimiento de una población y cuando salen las aguas fuera del predio, o si suministra energía eléctrica producida por procedimientos industriales, es empresa comercial.

5.^a *Sociedades editoriales o de prensa periódica.* Son mercantiles, pues el editor o propietario es intermediario entre el público

(1) Véase el número anterior de esta Revista.

y los autores, siendo, por excepción, civiles las formadas por los periodistas o autores para vender directamente el producto de su trabajo o las constituidas por un autor y un capitalista para la publicación de una obra.

6.^a *Empresas de espectáculos.* Aunque en nuestra patria se han constituido muchas veces como civiles, no cabe duda de que son mercantiles, porque el empresario es intermediario entre el público y los autores, especulando con el trabajo de los artistas.

7.^a *Sociedades de fin instructivo, educativo o recreativo.* Las dos primeras son asociaciones, considerándose como sociedades cuando exigen retribución de los alumnos, pero mejor han de reputarse civiles, aunque realicen actos de comercio aislados, porque la instrucción no es acto mercantil; en cambio, las terceras, si no son asociaciones, son siempre mercantiles.

V. *Consecuencias prácticas de la distinción entre las sociedades civiles y las mercantiles.*—*Puntos que las separan.*—Para algunas legislaciones y autores está la diferencia en que las mercantiles constituyen un ente jurídico, no las civiles, y así ocurrió en España entre los años 1885 y 1889; pero admitida por el Código civil la personalidad jurídica de sus sociedades, no hay nada que las separe, y como no hay jurisdicción mercantil distinta, ya no tiene interés la distinción.

Las únicas diferencias son :

1.^a Las civiles se constituyen en cualquier forma, salvo el caso en que se aporten inmuebles, y las mercantiles siempre se constituirán en escritura pública.

2.^a Las civiles no necesitan publicidad; las mercantiles han de inscribirse en el Registro mercantil: las primeras, cuando no se han constituido legalmente, funcionan de modo irregular; las segundas, no; las mercantiles están obligadas a llevar libros de comercio y no pueden existir sin gestores; en las civiles puede no haber administradores; en las mercantiles la responsabilidad es ilimitada y solidaria o limitada al importe de las aportaciones: en las otras, ilimitada, pero mancomunada simple; las civiles se disuelven por muerte, interdicción o insolvencia de alguno de los socios, no así las mercantiles; en éstas no se admite la prórroga de contrato sino mediante nueva constitución, no así en las civiles; a éstas se aplica el concurso de acreedores, a aquéllas la quie-

bra; la liquidación de las civiles se rige por la partición de herencia; las otras por formas diferentes; finalmente, la prescripción en las civiles se rige por las reglas ordinarias y la de las mercantiles por plazos más rápidos; mas téngase en cuenta que el Reglamento del Registro mercantil ha anulado casi las diferencias de publicidad al someter a ella a las civiles con forma mercantil.

VI. *Tipos de régimen mixto.*

1.º *Sociedades civiles con forma comercial.* La duración del pacto social, la posibilidad de limitar la responsabilidad al importe de las aportaciones y la negación de personalidad a las civiles durante algún tiempo, hizo que éstas adoptasen la forma mercantil. ¿Qué legislación se les aplicará? Al principio, en Francia se las consideró nulas: después, civiles, salvo la limitación de riesgos para los accionistas, y por la ley de 1.º de Agosto de 1893, todas las en comandita o anónimas se clasifican como mercantiles, cualquiera que sea su forma.

En nuestro Derecho la práctica venía admitiéndolas, mas, según el Código de Comercio de 1885, debían registrarse por él; el Código civil modifica el sistema, estableciendo que se les aplicaría las normas del Código de Comercio, en cuanto no se opongan a las de él, y por lo que se refiere a ciertas causas de extinción del contrato, se rigen por las de aquél con preferencia a las suyas.

2.º *¿Pueden las sociedades mercantiles revestir forma civil?* Hay autores patrios que rechazan esta posibilidad, pero siguiendo a Vidari, puede adoptarse esta forma, si no se atacan los derechos de tercero, respecto a solidaridad, jurisdicción, prescripción y quiebra. Claro que esto no podrá hacerse si se aprueba el proyecto de reforma del Código Mercantil, el cual sustituye el vigente régimen de libertad por el de tipos tasados.

VII. *Fisonomías clásicas y modernas de la sociedad civil. Atenuación progresiva de las diferencias que la separan de la mercantil.*—La sociedad civil, en su concepción romana y clásica, tenía las características de fundarse en la consideración de las personas (*intuitu personae*) en el *jus fraternitatis* y en crear sólo relaciones entre los socios, las cuales continúan aún en algunos sectores, sobre todo en Italia; pero ya no tiene razón de ser, máxi-

me cuando ya en Roma aparecieron las de minas y las recaudadoras de impuestos, cuyo fin no era ya la utilización por los socios del fondo social y en que éstos no ejercían tanta influencia; hoy de lo que se trata es de la constitución de un fondo en vista de una ganancia, y si el fin es idéntico, no deben fijarse *a priori* diferencias en su regulación; claro que, en las legislaciones modernas, aún pesa el lastre de la *societas et fraternitas* romana, pero hay también testimonios irrecusables de que por la fuerza de las circunstancias se ha admitido una nueva teoría, en virtud de la cual ya sólo las separan diferencias accidentales, como lo prueba el reconocimiento de su personalidad moral y la admisión de sociedades civiles con forma comercial.

VIII. *¿Debe subsistir la actual diversificación en materia de sociedades?*—El tema de la unificación está ya al margen de la ciencia; así, en Suiza y en Italia, donde se unificaron las legislaciones, hay brotes de mercantilismo; se reconoce la interpenetración, no la fusión. El carácter civil o mercantil de una sociedad debe depender de su objeto, no de su forma, sin que haya necesidad de normas distintas, bastando con el establecimiento de cierto número de tipos neutros, entre los cuales puedan escoger los contratantes, sin perjuicio de que, si la sociedad es mercantil por su objeto, quede sujeta a la jurisdicción mercantil—si existe—, a la quiebra y a las normas de la prescripción mercantil. Finalmente, al extenderse y universalizarse las normas del Derecho mercantil, no sólo a las relaciones de comercio, sino también a las ordinarias, es lógico que entren en el marco del Derecho civil, que representa el Derecho común de la contratación; de lo contrario, se daría el contrasentido de que el Derecho mercantil, que es excepcional, pasara a ser legislación general, ocurriéndole lo contrario al Derecho privado.

Los usos comerciales ante el Derecho. Conferencia pronunciada por Antonio Bravo Correoso, el 10 de Marzo de 1929, en la Escuela elemental de Comercio, en Santiago de Cuba.

Siendo el Derecho mercantil eminentemente consuetudinario, no es de extrañar que los usos comerciales ocupen un puesto preferente al de la legislación civil, cuando sea preciso suplir la deficiencia u oscuridad de las leyes; pero no se deben confundir con

la costumbre, pues ya las Partidas los diferenciaron al decir en la partida 1.^a, ley 1.^a, que «uso es cosa que nace de aquellas cosas que home dice o face et que siguen continuadamente por grant tiempo», y la ley 4.^a define la costumbre como «derecho o fuero que non es escripto, el qual han usado los homes luengo tiempo, ayudándose dél en las cosas et en las razones sobre que lo usaron». El Código civil no define la costumbre, exigiendo la jurisprudencia largo espacio de tiempo para probarla; pero hoy el Código no exige más requisito que el de su observancia; divídese en *secundum legem*, *contra legem* y *practer legem*. Los usos comerciales, según el catalán Gay de Montellá, «están constituídos por la repetición uniforme y constante de actos semejantes, practicados con una convicción jurídica»; se apoyan en el consentimiento de los ciudadanos y deben tener los siguientes requisitos: ser observados durante un cierto tiempo, como regla de Derecho, no contrariar el orden público, ni las leyes comerciales ni los elementos esenciales de los contratos. Como los usos son un hecho, hay que probarlos, y como las leyes mercantiles guardan silencio, es preciso recurrir a los medios de prueba que indica el Código civil.

Los usos pueden ser: generales y particulares, subdividiéndose éstos en locales y especiales; jurídicos, interpretativos y técnicos.

El Código, en su artículo 2.º, establece que los usos que sirven de fuente de derecho en defecto del texto legal, son: los observados generalmente en cada plaza. Sólo a éstos debe atenderse, no a los generales del país o diversos países.

La tendencia generalizada en favor de su codificación hizo que se promulgara el Real decreto de 9 de Abril de 1886, creando las Cámaras de Comercio, en cuyo artículo 2.º, inciso 7.º, se les otorga la facultad de «Procurar la uniformidad de los usos y prácticas mercantiles»; teniendo los usos certificados por dichas Cámaras—como lo ha declarado la jurisprudencia y la doctrina—prueba absoluta *juris et de jure*, cuando es rendida en juicio contradictorio; pero tengamos en cuenta que los usos no son inmutables, y si dejan de practicarse dentro del período que las leyes señalan para la prescripción, se produce su inobservancia.

FEDERICO BRAVO.

Jurisprudencia de la Dirección de los Registros y del Notariado

USUFRUCTO CON FACULTADES DE ENAJENAR. ES INSCRIBIBLE LA VENTA DE LA TERCERA PARTE DE UNA FINCA QUE APARECE INSCRITA, CON FACULTADES DISPOSITIVAS, A FAVOR DE LOS USUFRUCTUARIOS.

Resolución de 6 de Diciembre de 1929. (Gaceta de 26 de Enero de 1930.)

En las operaciones testamentarias de D. Benito de la Cuesta se adjudicó una casa en Valladolid a doña María del Carmen, D. José Antonio y D. José María de la Cuesta y Maura, en nuda propiedad, y el usufructo a doña Margarita Maura Gamazo, finca así inscrita. Por escritura de 4 de Marzo de 1927, doña María del Carmen vende a sus citados hermanos el usufructo que le correspondiese al fallecer la usufructuaria actual de la tercera parte de dicha casa, con facultad, a los compradores, de disponer, invirtiendo, en su caso, el producto en otros bienes sujetos al usufructo, y con condición resolutoria que fué aclarada y ampliada por otra escritura, como la anterior inscrita, autorizada, en 12 de Diciembre de 1928, ante el mismo Notario que la precedente, D. Toribio Gimeno Bayón.

Con estos antecedentes y facultades, por escritura de 4 de Febrero de 1929, ante el Notario de Valladolid D. Luis Ruiz Huidobro, dichos D. José Antonio y D. José María vendieron, con sus dos terceras partes, la otra correspondiente a doña María del Carmen, su hermana.

Presentada esta escritura en el Registro de la Propiedad de Valladolid, por el Registrador se puso nota de inscripción en cuanto

a dos terceras partes, y el usufructo de la porción restante limitado a la vida de la usufructaria, que era lo perteneciente—según la nota—a la vendedora. «No se ha inscrito la nuda propiedad de esta tercera parte que integraría el pleno dominio que se vende, porque este derecho no figura transmitido a los vendedores, apareciendo registrado aún a nombre de doña María del Carmen de la Cuesta Maura en la inscripción al folio 100 del Tomo 686 del Archivo. Y estimando insubsanable el defecto, no procedería la anotación aunque se hubiera solicitado.»

En el recurso interpuesto por los vendedores, el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador, y la Dirección general confirma el auto apelado, por las siguientes razones :

Por corriente que sea en los testamentos la cláusula en cuya virtud se lega el usufructo con facultad de disponer, caso de necesidad, son grandes las dificultades que presenta esta figura jurídica y dudosa la posibilidad de extenderlas a las constituciones de usufructo *intervivos*, por favorecer tal supuesto la escisión del derecho de propiedad en dos porciones, una material o substantiva y otra formal o dispositiva, con grupo de facultades rebeldes a toda precisión técnica, que parecen corresponder al antiguo concedente o transferente, y, al mismo tiempo, pasan a formar parte del patrimonio del concesionario.

Para resolver este recurso gubernativo no se necesita, sin embargo, fijar los contornos de la borrosa figura discutida, porque ya se trate ahora de la constitución de un usufructo con delegación o apoderamiento para otorgar la venta de los inmuebles, mediante el acuerdo de los cesionarios D. José Antonio y D. José María de la Cuesta y Maura, ya se haya realizado una transferencia real de facultades dominicales regulada por un conjunto de condiciones y cláusulas reversionales, ya, en fin, se haya tratado de crear una situación fiduciaria de caracteres mixtos, es lo cierto que las escrituras de 4 de Marzo de 1927 y 12 de Diciembre de 1928, hoy inscritas, confieren a los vendedores amplias facultades de disposición, sin obligarles a manifestar ni las razones que les determinan a vender ni la forma en que van a invertir los productos, aunque éstos se hallen depositados en la Sucursal del Banco de España, y expresan con toda claridad que la transferencia de los bienes puede

hacerse libre de toda condición y restitución, transmitiendo su pleno dominio a los adquirentes.

Las observaciones formuladas por el Registrador sobre la imposibilidad de que pudiera transmitirse desde la fecha de las citadas escrituras (de un modo irrevocable y firme) el usufructo que doña María del Carmen no tenía sobre las fincas, por estar sujetas a otro usufructo, y no ser posible, en su consecuencia, reputar actualmente tal derecho en el patrimonio de D. José Antonio y D. José de la Cuesta, carecen de valor, ante el precepto contenido en el artículo 469 del Código civil, que permite la constitución de usufructos simultánea y sucesivamente y en todo caso, desde o hasta cierto día, puramente o bajo condición; así como los razonamientos de dicho funcionario sobre el hecho de no figurar inscrita a nombre de aquéllos la nuda propiedad, con lo cual no se sabe cuándo haya de realizarse la consolidación de los derechos, creando la relación jurídica dominical, tendrían en verdad justificación y oportunidad si se tratara de inscribir las dos mencionadas escrituras, pero no después de haberse extendido los asientos, y haber colocado bajo la tutela de los Tribunales las facultades dispositivas conferidas a los cesionarios como parte esencial del derecho transferido.

A tenor del artículo 41 de la ley Hipotecaria el que tenga inscrito a su favor el dominio o un derecho real ha de ser mantenido en ellos con arreglo a los términos de la inscripción, y este precepto que consagra la situación jurídica del titular inscrito, limita y alivia al mismo tiempo la penosa tarea de la calificación hipotecaria, en cuanto no obliga al Registrador a examinar los fundamentos legales de las anteriores inscripciones, y a censurar los títulos que han sido calificados por sus antecesores en el cargo.

PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO. TIPO PARA LA SUBASTA. NO SE AJUSTA AL PRECEPTO DEL ARTÍCULO 131 EL SEÑALARLO HACIENDO CONSTAR QUE EN EL TIPO OFICIAL SE HALLA INCLUIDO EL IMPORTE DE DOS HIPOTECAS ANTERIORES, Y QUE, POR TANTO, EL REAL ERA LA DIFERENCIA ENTRE EL INDICADO EN EL ANUNCIO Y EL IMPORTE DE DICHAS DOS HIPOTECAS.

Resolución de 4 de Diciembre de 1929. (Gaceta de 29 de Enero de 1930.)

En el Juzgado de primera instancia de Garrovillas se siguió el procedimiento judicial al sumario del artículo 131 de la ley Hipotecaria por una tercera acreedora, doña Bernarda Alvarez Solano, contra fincas a su favor hipotecadas, y en el acto de la subasta la representación de aquélla y el deudor hicieron constar que en el tipo oficial de la subasta se hallaba incluido el importe de las dos primeras hipotecas que gravaban cada una de las fincas, y, por tanto, el tipo real, a los efectos de consignaciones y pagos, era la diferencia entre el tipo de subasta del anuncio y el importe de las dos primeras hipotecas.

Aprobado el remate y acordada la cancelación de la hipoteca de la actora y de todas las inscripciones y anotaciones posteriores, se presentó en el Registro de la Propiedad de Alcántara el oportuno mandamiento y el Registrador no la admitió en cuanto a las restantes cancelaciones: «1.º Por haberse fijado como tipo para la subasta de las mismas, cantidades inferiores a las que debieron señalarse con arreglo a la escritura de constitución de la hipoteca cuya efectividad se persigue; contraviniendo, sin duda por error aritmético, lo establecido en la regla novena del artículo 131 de la ley Hipotecaria, y originando, como consecuencia, contradicción o ambigüedad, ya que siendo el importe total de todas las responsabilidades aseguradas con las tres primeras hipotecas bastante superior al fijado como tipo, el precio del remate no alcanza a cubrir el crédito de la actora, una vez deducido de aquéllas las responsabilidades preferentes en vez de resultar pagada y aun de existir sobrante, como se afirma en el mandamiento. 2.º Por no expresarse la equivalencia métricodécimal de la medida superficial de ambas fincas ni el lindero Norte de la boyal de Estorninos, y, además, por no haberse presentado los recibos de utilidades o la instancia supletoria que determina el Real decreto citado (20 de Mayo de 1925). Y estimando el primer defecto insubsanable, no puede tomarse tampoco anotación preventiva.»

En el recurso interpuesto por la acreedora, el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador, entendiendo que era subsanable el defecto, y la Dirección general acuerda, con revoca-

ción del auto apelado, confirmar dicha nota, con las siguientes consideraciones :

Uno de los requisitos necesarios para la aplicación del artículo 131 de la ley Hipotecaria es la fijación del precio en que los interesados tasan la finca para que sirva de tipo a la subasta, precio que debe entenderse, no como el valor real de la finca, determinado por los medios técnicos y en atención a las características económicas del inmueble, sino como la cantidad que ha de servir en su día de base a las posturas de los licitadores, habida cuenta de la obligación que los mismos contraen de aceptar los cargos o gravámenes anteriores y los preferentes al crédito del actor y subrogarse en las responsabilidades correspondientes.

Dado el modo de fijar el tipo de subasta en la escritura de 23 de Septiembre de 1924, base del procedimiento a que se refiere este recurso, era imposible que se pudiese celebrar el remate sin que mediante la intervención judicial se determinase la cantidad que los licitadores debían consignar en metálico, pues la declaración hecha de que el precio para la subasta sería el valor total de que respondieran «por virtud de las hipotecas que los graven y el de la presente por principal, intereses, costas y gastos», aparte de acreditar que en el llamado *valor total* estaban incluidas las responsabilidades asumibles en el concepto de parte del precio, planteaba una serie de problemas sobre las hipotecas que gravasen a las fincas y habían de servir para determinar el tipo de subasta.

Para obviar estas dificultades en la ejecución discutida, una vez publicados los edictos y antes de dar comienzo a la subasta, el deudor y la representación de la acreedora hicieron constar que en el tipo oficial de subasta se hallaba incluido el importe de las dos primeras hipotecas que gravaban a cada una de las fincas, y, por lo tanto, el tipo real para los efectos de consignaciones y pago era la diferencia entre el tipo de subasta del «anuncio» y el importe de las dos primeras hipotecas, procedimiento que ni se ajusta a los preceptos del artículo 131 de la ley Hipotecaria, ni puede sancionarse como recurso equitativo en casos como el cuestionado, por su inoportunidad y falta de precisión, así como por dar ocasión a manejos y confabulaciones.

La alegación de no caer bajo la calificación del Registrador los detalles del procedimiento judicial pierde todo su valor en el caso

presente, porque la indeterminación señalada y la ambigüedad resultante de la no coincidencia de cifras y de la generalidad con que se ha ordenado la cancelación de la hipoteca ejecutada y la de todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la misma y «que se han mencionado en el tercer Resultando de este auto», impide conocer los gravámenes que han de quedar subsistentes, ya que si se han querido mantener las dos hipotecas a favor del Banco Hipotecario «en todo su valor inicial», no se explica cómo con el sobrante se ha pagado a la parte actora el principal e intereses de su crédito, y si, como afirma el auto apelado, las hipotecas tenidas en cuenta para señalar el tipo de subasta fueron la primera establecida a favor del Banco Hipotecario y la constituida en garantía del préstamo de doña Bernarda Alvarez Solano, queda en duda la subsistencia de la segunda hipoteca a favor del mismo Banco en garantía de un préstamo de 21.000 pesetas, que, si por su fecha es posterior a la ejecutada, goza de indudable prioridad por haber sido antepuesta a ella.

Por último, la confirmación del defecto subsanable señalado por el auto recurrido, de haberse consignado como precio líquido del remate de las indicadas fincas la cantidad de 10.000 pesetas en vez de 186.580, sobre no poderse justificar más que por las obscuridades y las lagunas de las actuaciones, equivaldría a una intromisión en el procedimiento y a una desmesurada extensión de la competencia que al Registrador y a sus superiores jerárquicos corresponde en esta materia.

HIPOTECA CONSTITUIDA POR MUJER CASADA PARA GARANTÍA DE OBLIGACIONES HIPOTECARIAS POR ELLA EMITIDAS A FAVOR DE SU MARIDO. NO ES INSCRIBIBLE POR IMPLICAR UNA DONACIÓN, Y POR NO APARECER PROBADO EN EL REGISTRO EL CARÁCTER DE PARAFERNALES DE LOS BIENES HIPOTECADOS.

Resolución de 7 de Diciembre de 1929. (Gaceta de 29 de Enero de 1930.)

Ante el Notario de Aracena, D. Angel Nogales Núñez, comparecieron en 5 de Diciembre de 1928 los cónyuges D. José González Guerra y doña Gertrudis Vilanova Castejón a manifestar que ella

había adquirido por compra diversas fincas, en escrituras en las que se hizo constar que el dinero procedía de la herencia en metálico de su padre, como así resultaba de la correspondiente partición, que se exhibía, extremo que no se justificó al otorgarse la escritura de compra, ni constaba del Registro con excepción de una de las fincas; que como tal dueña de las fincas constituía sobre ellas hipoteca en garantía del pago de 133 obligaciones hipotecarias que ella había emitido a favor de su marido, hipoteca que éste acepta.

El Registrador de la propiedad de Aracena denegó la inscripción de la escritura referida: «1.º Porque resultando inscritas a favor de doña Gertrudis Vilanova Castejón las fincas que se hipotecan como compradas constante matrimonio con D. José González Guerra, tienen dichas fincas para el Registro el carácter de gananciales, puesto que en sus inscripciones respectivas no se expresa ni la procedencia del dinero, ni menos, por tanto, consta que ésta se justificase, sino simplemente en unas que fué entregado el precio por el marido y en otras por la mujer, excepción, en parte, hecha de la inscripción referente a la finca reseñada bajo la letra D, en la que se consigna que del precio total importante pesetas 7.250, se reservó la compradora en su poder la suma de 1.375 pesetas para hacer pagos de un préstamo y sus intereses que a su padre adeudaba el vendedor, y que a ella se le adjudicó a la muerte de aquél. 2.º Porque aun concediendo que las aludidas fincas fuesen, según el Registro, claramente parafernales, por el mero hecho de figurar inscritas a nombre de la doña Gertrudis, la hipoteca a favor de su marido, D. José González Guerra, que en la cláusula segunda aquélla constituye y que en la sexta acepta su nombrado esposo, implica por su carácter gratuito una donación de las que prohíbe el artículo 1.334 del Código civil. 3.º Porque, además, dicho documento, en el supuesto de que fuese inscribible, no obstante lo antes apuntado, adolece de confusión en cuanto a la naturaleza de las obligaciones hipotecarias emitidas, ya que en el primer párrafo de la cláusula segunda se expresa que se emiten a favor de D. José González, lo que les da el carácter de nominativas, en el apartado a) de la misma cláusula se dice que las obligaciones serán a la orden de dicho señor, lo que parece atribuirles el carácter de endosables; y en la cláusula sexta se manifiesta por el D. José que acepta la hipoteca que a su favor se constituye, lo que parece acu-

sar otra vez el carácter de nominativas a las aludidas obligaciones. No procede se tome anotación perventiva.»

Otorgada escritura adicional en la que para evitar el obstáculo que se oponía a la inscripción se declaraba que dichas obligaciones hipotecarias habían sido emitidas a la orden, y que se rectificasen, en la forma que fuese procedente, las inscripciones de propiedad de las fincas de referencia, denegó el Registrador «por oponerse a ello el precepto terminante que se consigna en el artículo 51 del Reglamento de la ley Hipotecaria; sin que en este caso pudiera ser aplicable lo que se dispone en el título VII de dicha Ley, por tratarse de asuntos no autorizados por el Registrador firmante de esta nota».

En el recurso interpuesto por el Notario, el Presidente de la Audiencia de Sevilla confirmó las notas denegatorias, y la Dirección general confirma el auto apelado, en cuanto hace referencia a los dos primeros defectos de la primera nota y al obstáculo que suponen para la inscripción de las dos escrituras, con los siguientes razonamientos:

En cuanto al primer defecto de la escritura de 5 de Diciembre de 1928, fundado en el carácter de gananciales con que aparecen inscritas en el Registro de la Propiedad las fincas a que se refiere este recurso, la calificación de los inmuebles comprendidos en un régimen matrimonial presenta una gran importancia, no sólo por lo que se refiere a las relaciones jurídicas entre ambos cónyuges, sino desde el triple punto de vista de la facultad de disponer que puede corresponder en diferente grado a uno de los esposos, o a los dos conjuntamente, de la garantía de los acreedores en general, que pueden ver burlados sus derechos con un simple cambio de titular, y, por último, de los herederos, que en su día pueden encontrar un obstáculo en el Registro que les prive del todo o parte de sus derechos legítimos.

Por los indicados razonamientos, y en atención a que la rectificación solicitada en la escritura de 6 de Marzo de 1929 implica un verdadero cambio de la situación jurídica a que están sometidas las fincas reseñadas, así como del poder dispositivo del marido, don José González, y de las facultades que puedan corresponder a sus acreedores y legítimos, debe exigirse, con arreglo a los principios del sistema hipotecario, y con el rigor que impone la estrecha unión

de los intereses de los cónyuges, una declaración auténtica, en que todos los interesados, según el Registro, manifiesten su consentimiento y suministren las pruebas auténticas de las variaciones en la inscripción que se pida, o una resolución judicial que modifique el contenido de los asientos por no hallarse en armonía con la verdadera situación jurídica, toda vez que la rectificación, con arreglo al título VII de la ley Hipotecaria, no es aplicable al caso en que los errores materiales o de concepto que produzcan la nulidad de la inscripción queden, a tenor del artículo 258 de dicha Ley, fuera de los procedimientos regulados en el mismo título.

La existencia de una anotación preventiva de embargo de las mismas fincas, decretada en procedimiento judicial seguido contra el marido, D. José González Guerra, también podría ser amenazada por la rectificación pedida, porque, llevando ésta aneja en cierto modo la nulidad de la inscripción extendida a favor de ambos cónyuges en cuanto partícipes de la comunidad de ganancias, y no gozando las anotaciones de la protección conferida por el artículo 34 de la ley Hipotecaria a los que hubieren contratado por título oneroso con la persona que en el Registro aparezca como titular de los respectivos derechos, siempre resultaría problemática la subsistencia de la anotación, y el nuevo asiento surtiría sus efectos desde la fecha en que debieran producirlos, según indica el artículo 94 del Reglamento hipotecario.

Tampoco cabe incluir el presente caso entre los originados por una disparidad de Registro y realidad jurídica fácilmente demostrable con documentos auténticos, como en las Resoluciones de 5 de Noviembre de 1923 y 27 de Junio de 1929, pues la prueba de que la cantidad líquida invertida por la mujer en la adquisición de una o varias fincas preexistía en su peculiar patrimonio, sobre revestir gran inseguridad por el carácter fungible del dinero, sólo puede perfeccionarse mediante presunciones que se hallan sometidas a la calificación del Registrador.

La creación y entrega por doña Gertrudis Vilanova Castejón a su marido de las 133 obligaciones de 500 pesetas cada una implica una verdadera donación entre cónyuges, en cuanto equivale, no a garantizar los créditos que el marido confiesa en la cláusula primera de la escritura de 5 de Diciembre de 1928, sino a constituirse la esposa en deudora de las personas que en su día aparezcan como

legítimos tenedores de los títulos emitidos, garantizando dichas obligaciones con hipoteca de las fincas descritas, de suerte que el acto discutido, llámese o no enajenación, grava el patrimonio de la mujer para aumentar el capital del marido.

En cuanto al tercer defecto, en la repetida escritura de 5 de Diciembre de 1928 se hace constar con toda claridad que las obligaciones creadas se extenderán a la orden de D. José González Guerra, y como a tenor de los artículos 532 y 533 del Código de Comercio, aplicables por analogía, la frase «vales o pagarés a la orden» equivale a la de documentos transmisibles por endoso, carece de fundamento la afirmación hecha por el Registrador sobre la naturaleza ambigua de las obligaciones hipotecarias emitidas, ya que la particularidad de que se emitan a favor del referido Sr. González no es incompatible con la posibilidad de que se transmitan por endoso.

LUIS R. LUESO,

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia administrativa del impuesto de Derechos reales

VII

Errores de hecho y de derecho. Vecindad foral. La equivocada calificación de ésta, estimando que una persona carecía de ella, cuando el Tribunal Supremo la reconoce después, es error de derecho y no de hecho, y contra esto puede reclamarse en el plazo de quince días y no en el de cinco años, a contar de la notificación o de la liquidación.

Hechos.—Una señora, viuda de un francés, domiciliados ambos en San Sebastián, fallece un año después que su marido, dejando por herederos a varios sobrinos; presentada la escritura particional a liquidar, se pagó el impuesto por los valores, no obstante la vecindad de la causante; reclamó el esposo de una heredera, y fué desestimado su recurso por el Tribunal Gubernativo de Hacienda, por acuerdo de 4 de Agosto de 1923, según informe de la Dirección de lo Contencioso; pero el Tribunal Supremo revocó el fallo por Sentencia de 28 de Mayo de 1925, en cuanto al reclamante, confirmando en cuanto a los demás. Los demás acuden al Delegado de Hacienda entonces, pidiendo que por analogía con lo resuelto y como devolución de un ingreso indebido, se les devuelva lo pagado. La reclamación es desestimada.

Para reclamar lo indebidamente pagado pueden seguirse dos normas: una, la reclamación económicoadministrativa, a tenor de los artículos 200 del Reglamento del impuesto, y 62 del Reglamento contra los actos administrativos, sea por liquidaciones de

cuotas, multas o intereses de demora o de comprobación de valores en el plazo de quince días, desde el siguiente a la notificación, pasado el cual aquél es firme; y la otra, de carácter extraordinario, según los artículos 201 y 6 de dichos Reglamentos, referentes a las reclamaciones de devolución de cantidades por error de hecho, como las producidas por equivocación aritmética, duplicación de pago, aplicación de tipo de liquidación distinto del que se quiere según la calificación, reclamación que se ha de hacer en el plazo de cinco años desde el ingreso indebido, indicando el 204 que a las demás devoluciones no comprendidas en las enunciadas debe preceder la reclamación en el plazo de quince días ya dicho, sin lo cual la liquidación es firme: los errores de hecho que, en forma meramente enunciativa, comprenden los artículos últimamente invocados son puramente materiales y no de concepto; y basta enunciar la cuestión de la vecindad foral para comprender que ésta no es una cuestión sólo de hecho, sino de derecho, ya que al estimar la Administración que una persona no reúne las condiciones civiles y administrativas precisas para ello, y al no aplicar el caso la exención de la regla 3.^a del artículo 2.º del Reglamento, demuestra que no se trata de un error material, y lo corrobora la discusión sostenida en vía administrativa, en la contenciosa, la prueba aportada y los razonamientos empleados; si hubo error, fué de derecho y no de hecho; pasados, pues, los quince días de la liquidación, ha de estimarse consentido y no puede ser reclamado; la misma Sentencia del Supremo de 28 de Mayo de 1925, invocada por el heredero que no reclamó y obtenida por el que reclamó, declara que las liquidaciones no reclamadas en tiempo son firmes; por lo tanto, no se trata de un error de hecho, sino de derecho, y no cabe la reclamación en el plazo de cinco años. (Acuerdo del Tribunal Central de 28 de Mayo de 1929.) 223 de 1928.

VIII

Errores de hecho y de derecho. Fundado en idénticos razonamientos esenciales, pero tomados, naturalmente, en sentido contrario que en el caso anterior, el Tribunal Central declara que es un error de hecho o material reclamable en el plazo de cinco años y no en el de quince días el padecido en el expediente de com-

probación al capitalizar el líquido imponible, no de la casa que se quería comprobar, sino de otra, haciendo elevar así la base liquidable, ya que tal error no envuelve ninguna cuestión de derecho ni entraña apreciación jurídica alguna, sino sólo la prueba del error alegado, y por tanto, el error encaja entre los enunciados en el artículo 201 del Reglamento. (Acuerdo del Tribunal Central de 23 de Abril de 1929.) 224 de 1928.

IX

La adquisición de la nuda propiedad de unos bienes, subordinada a la condición de que si la usufructuaria vitalicia de los mismos fallece sin sucesión, se distribuirán entre unos sobrinos (a virtud de cuya cláusula en la partición se reservaron aquéllos para el caso de que falleciera sin sucesión la usufructuaria, y se puso nota de aplazamiento por el liquidador), es una condición suspensiva y no resolutoria, y se ha de aplicar la tarifa vigente cuando se cumpla, es decir, al morir la usufructuaria y no el testador.

Es preciso determinar cuál sea la legislación aplicable, y para ello estudiar la naturaleza jurídica de la institución que produjo la transmisión de los bienes. Examinado el testamento, se revela claramente la intención del testador de establecer una condición, dependiente de un hecho posible, futuro e incierto, de la que se derivaba la adquisición del derecho, a saber: que la usufructuaria dejase o no sucesión, pasando la herencia, en caso afirmativo, a esos hijos que le sobrevivían, hayan nacido antes o después del testamento, y en caso negativo, a los sobrinos, suspendiendo los efectos de la institución y la ejecución de las disposiciones referentes a la adquisición del dominio pleno de los bienes del testador al momento de fallecer la usufructuaria y haciendo estribar la eficacia de los llamamientos en el cumplimiento de la condición aludida, no habiendo adquirido, por lo tanto, los hijos de la usufructuaria, que la premurieron, derecho alguno a la herencia, pues su derecho acreció a sus hermanos, y no adquiriendo tampoco los llamados a la sucesión derecho firme a esos bienes, sino sólo una

esperanza o expectativa para el caso de cumplirse la condición aludida ; ésta ha de ser calificada de suspensiva y sus efectos son los determinados en los artículos 759 y 1.114 del Código civil, y en modo alguno de resolutoria, la de que perderían los hijos el derecho adquirido a la muerte del testador si premorían a su padre, por las siguientes razones : a), porque el testador manifiesta claramente su voluntad de diferir la designación de la persona que había de sucederle en la propiedad plena para el día que falleciere la usufructuaria, fijando condiciones de cuyo cumplimiento dependía que fueran unos u otros ; b), porque el premorir a la usufructuaria dos de sus hijos, aniquilaba respecto de ellos su expectativa de derecho, pero no les podía privar de derechos que aun no habían adquirido, circunstancia típica de la condición resolutoria y que la distingue de la suspensiva ; y c), porque el innegable efecto resolutorio de la premoriencia de los hijos, que desvanecía para ellos la esperanza del derecho hereditario, es consecuencia indeclinable de la condición suspensiva y se da cuando ésta falta.

Es inaplicable el artículo 799 del Código civil, porque ya la jurisprudencia ha aclarado su aparente contradicción con el 759, ya que se refiere a las instituciones a día cierto o que ha de venir, aun cuando se ignore cuándo, que por voluntad del testador suspenden la mera ejecución de la voluntad del testador, y no a las que dejan pendiente su eficacia de un acontecimiento incierto, siendo inadecuada la frase «condición suspensiva» que en aquél usa el Código : al fallecer el testador, se aplicó, pues, perfectamente, el artículo 52 del Reglamento del Impuesto, entonces vigente, de 1892, que ordenaba el aplazamiento del pago, y siendo la muerte de la usufructuaria la determinante de la adquisición de la plena propiedad, a la legislación vigente en ese momento hay que estar para determinar la tarifa aplicable, pues, si no, se daría el absurdo de aplicar una tarifa que dejó de regir antes de que se adquiriese el derecho : el artículo 51 del Reglamento de 1911, concordante con el 657 del Código civil, se basa en una ficción legal, y no se opone, según sentencia de 12 de Noviembre de 1927, a la aplicación de la doctrina expuesta, que informa la legislación fiscal contenida en el artículo 14 del Real decreto de 27 de Abril de 1926, según el que toda adquisición de bienes cuya efectividad se halle suspendida de derecho por una condición, término o fideico-

miso, o una limitación cualquiera, se entiende realizada cuando la limitación desaparece, y, por ello, es aplicable la tarifa vigente cuando el acto se causó, esto es, cuando tuvo plena eficacia y realidad el hecho originario de la transmisión de bienes. (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Junio de 1928. *Gacetas* de 13 y 14 de Noviembre de 1929.)

X

Personas jurídicas. Para gozar de la exención de este impuesto basta acreditar que se trata de instituciones que satisfagan gratuitamente necesidades benéficas, que los bienes están adscritos de un modo directo o indirecto a la realización de un objeto benéfico, según el Real decreto de 14 de Marzo de 1899, y que no hay interposición de personas entre el fin y los medios de atender a él; y tales extremos han de entenderse cumplidos con el testamento del fundador, copia de la Real orden clasificando como de beneficencia particular la fundación, y es ostensible la falta de personas intermedias por no haberlo negado la Administración en vía administrativa ni en la contenciosa.

La Dirección de lo Contencioso negó la exención, fundándose en que era preciso, para lograrla, demostrar que se cumplía un fin benéfico y que los medios estaban adscritos a los fines sin personas intermedias, lo cual no constaba, por no aparecer el capital de la fundación, ni los fines que con él se cumplan, ni la entrega de los bienes al Patrono, como exigía la Real orden de clasificación.

La Real orden es revocada totalmente. El apartado F, número 2 del artículo 4.º de la ley de 24 de Diciembre de 1912, sólo exige los requisitos enumerados en el epígrafe y estos requisitos están demostrados con el testamento y Real orden de clasificación de la fundación como de beneficencia particular y con la falta de negativa de la Administración respecto de que no haya personas intermedias; la entrega de los bienes al Patrono se demuestra con la Real orden de clasificación, que así lo dispone, y, sobre todo, con la rendición de cuentas, que no se darían si no hubiesen sido entregados los bienes de que se residan; está igualmente

probado el cumplimiento de los fines benéficos con certificación del secretario de la Junta Provincial de Beneficencia, según el que la Fundación levanta las cargas fundacionales, ya que reúne los requisitos de los artículos 360, número 4; 361 del Reglamento de la ley de lo Contenciosoadministrativo y 1.218 del Código civil; además, sin haber demostrado el cumplimiento, no hubieran sido aprobadas las cuentas, según la Instrucción de 14 de Marzo de 1899; acreditado por la Real orden de clasificación que los únicos bienes de la Fundación eran los valores del Estado que se mandan entregar, no es necesario probar cuántos sean esos valores y los títulos de la Deuda pública que abracen para lograr la exención; pero, en último caso, tales datos pueden reclamarse de la Dirección general de Administración. (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Octubre de 1928. *Gaceta de Madrid* de 18 de Enero de 1930.)

XI

Procedimiento. Las notificaciones de la comprobación de valores deben ser hechas a los contribuyentes interesados en la herencia y no meramente a los presentadores; y no hecho así, todo el expediente es nulo, incluso las liquidaciones, y debe reponerse al momento oportuno para que se notifique en forma. La cuestión de validez de los procedimientos ha de ser tratada antes que ninguna y prevalece sobre todas.

La escritura de una partición fué presentada por el dependiente de un Notario para liquidar el impuesto; verificada la comprobación con aumento de valores, y girada la liquidación, fueron notificadas al presentador y no a los interesados en la herencia, e iniciado procedimiento de apremio pidieron estos interesados la nulidad de todo lo hecho, porque la comprobación debió notificárseles a ellos y no al presentador, según el artículo 79 del Reglamento de 1911, así como también las liquidaciones según los 119 y 121 del mismo (suscitaron otras cuestiones también referentes a suspensión del procedimiento para presentar a liquidación, por haber litigio). El Tribunal Económicoadministrativo, por acuerdo de 24 de Marzo de 1925, DESESTIMÓ LA RECLAMACIÓN. El Supremo *revoca dicho acuerdo*.

Es hecho probado que si bien el presentador se dice fué el dependiente del Notario, los documentos para comprobar, y ciertas relaciones juradas, se reclamaron a los contadores-partidores, no obstante lo cual la notificación no se hizo ni a éstos ni a los interesados, sino al dependiente aludido, aun habiendo habido aumento de valores, que afectaba exclusivamente a los reclamantes; los artículos 47, 58, 78, 79, 100, 113 al 116, 119 y 166 del Reglamento de 1911 utilizan indistintamente las palabras «interesados» y «contribuyentes», refiriéndose el 119 al presentador del documento; pero en el caso debatido, ni aun este último precepto, base del acuerdo, autoriza que se tenga por bien hecha la notificación de la comprobación, porque, existiendo legados de inmuebles a los interesados, los artículos 47, párrafo primero, 78 y 79 requieren la notificación directa a los mismos y no a los albaceas, como representantes del caudal hereditario, ya que a éstos, conforme al artículo 4.º, letra F de la ley de 1900, y 58, número 8 del Reglamento, les falta personalidad y acción para aceptar u oponerse a la comprobación o a las liquidaciones, según el artículo 10 del mismo.

Por otra parte, para que se aplique el párrafo tercero del artículo 119 del Reglamento, según el cual la notificación hecha al presentador surte los mismos efectos que la verificada personalmente al mismo contribuyente, es en absoluto indispensable que a tal notificación haya precedido el cumplimiento estricto y riguroso del artículo 100, párrafo tercero, referente a la necesidad de que en el recibo que se dé al presentador se consigne la fecha en que deben presentarse los interesados a oír las notificaciones, y que, si no lo hacen, se les tendrá por requeridos; y si este último artículo no se cumple, falla la aplicación del primero; la notificación presunta del artículo 119 es un derecho peligroso que no se puede ampliar, y ni aun aplicar, si no se observan los requisitos relacionados, según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 24 de Noviembre de 1920, 10 de Marzo de 1923 y 28 de Mayo de 1925); aunque el dependiente del Notario fuese el presentador, no constando que tenga mandato, expreso ni que disfrute de los derechos civiles, no puede inferirse que tuviese personalidad para otra cosa que para presentar los documentos materialmente y no para oír notificaciones. Por últi-

mo, aparte del aspecto legal, debe tenerse en cuenta que, tratándose de usufructo y nuda propiedad en proporciones desiguales entre los herederos y legatarios, que se proponen combatir ante los Tribunales por su participación en el incremento de valor de la comprobación, no sería equitativo cerrar el paso al contribuyente que quiere defenderse, cuando a él no se le ha notificado el expediente. Por todo ello, las notificaciones de la comprobación de valores son nulas y producen la nulidad de todo el expediente, debiendo ser notificados los contribuyentes interesados. Decidido esto, no procede ocuparse de las demás cuestiones. (Sentencia de 12 de Julio de 1928. *Gaceta* de 2 de Enero de 1930.)

XII

Sindicatos Agrícolas. La exención tributaria de que gozan éstos se ha de limitar a los actos comprendidos en la ley de 28 de Enero de 1906, entre los cuales se cuenta la roturación de terrenos incultos, pero no la adquisición de inmuebles para su parcelación entre los socios: las exenciones tributarias son de interpretación restrictiva.

De los preceptos de los artículos 1.º y 6.º de la ley de Sindicatos de 28 de Enero de 1906 y 6.º de su Reglamento de 16 de Enero de 1908; el artículo 6.º, número 9 del Reglamento del impuesto, y el 5.º de la ley de Contabilidad de 1.º de Julio de 1911, se deduce que los actos y contratos en que intervengan como parte obligada la personalidad jurídica de un Sindicato Agrícola, reconocido en la ley de 1906, están exentos del impuesto si el acto se refiere al estricto cumplimiento de los fines del Sindicato definidos en dicha ley; y si bien la roturación de terrenos incultos es uno de estos fines, no puede ampliarse la exención tributaria a la adquisición de terrenos para roturarlos, tanto porque la ley no enumera las adquisiciones como uno de esos fines, cuanto porque la roturación, explotación y saneamiento no requiere que se adquieran previamente los terrenos, sino que puedan recaer sobre los ajenos, otorgándose contratos que serán los exentos de tributar, interpretación que impone la ley de Contabilidad al exigir

un criterio restrictivo en las exenciones tributarias. Además, la finca adquirida no estaba toda sin roturar, habiendo parte cultivada, y el resto se ha parcelado y vendido por el Sindicato adquirente y sus asociados, y, por lo tanto, éstos y no aquél serán quienes transformarán el cultivo, y esta transformación beneficiosa, económica y socialmente, no figura entre los fines de los Sindicatos, ni le alcanza la exención tributaria, que no puede ampliarse. Esta doctrina es la que ha sostenido el Tribunal Supremo en Sentencias de 12 de Marzo de 1924 y 19 de Febrero de 1927. (Sentencia de 29 de Septiembre de 1928. *Gaceta* de 8 de Enero de 1930.)

GABRIEL MAÑUECO,

Abogado del Estado.

BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO

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

Domicilio social: Alcalá, 14, Madrid

CAJA DE AHORROS

Intereses que se abonan: 4 por 100. Libretas, máximo 10.000 pesetas. Cajas abiertas los días laborables de 10 a 2

Sucursales en España y Marruecos

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

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

CONSIGNACIONES A VENCIMIENTO FIJO

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

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

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

Notas bibliográficas

«Derecho notarial extranjero», de D. Mateo Azpeitia

Ha publicado D. Mateo Azpeitia el segundo tomo del Derecho notarial extranjero, dedicado a Italia. Revisa el texto el Notario italiano G. B. Curti Pasini.

Es una obra completa que comienza con un capítulo escrito por el Notario de Viterbo Anselmo Anselmi sobre bibliografía moderna del Notariado en Italia, bibliografía que expone con referencia a libros, folletos, revistas y publicaciones de todas clases, dando título, lugar y fecha de las ediciones, contenido, orientación, biblioteca en que se encuentra, algo que en breve espacio satisface el afán que pueda sentir el estudioso español que allí tiene todo un contenido científico, desde la obra clásica de los últimos años del siglo pasado, con Moscatello, Michelozzi o Conti, hasta la renovación, acaso algo exaltada, pero como el mismo Anselmi dice, *poderosa* de Solimena. El índice de revistas, muy completo, puede ser una guía de trabajo entre nosotros, digna de todo aprecio.

Ya la idea matriz de fomentar el estudio notarial, de traernos elementos que, dispersos, no están a nuestro alcance, de facilitar la legislación notarial comparada, de familiarizarnos con Notarios y Jurisconsultos insignes, que, gracias a estos empeños, dejan de ser extraños para caer en el campo de nuestras posibilidades críticas, es algo que la generación presente y las próximas no agradeceremos bastante a D. Mateo Azpeitia.

Pero en la obra que integra el tomo segundo del «Derecho

notarial extranjero», supera su autor la labor del primero, por los elementos complejos del actual Derecho notarial italiano, por las reformas que el espíritu renovador de aquel pueblo, pleno de inquietudes jurídicas y profesionales, ha aportado casuísticamente a su derecho.

La historia del Derecho notarial italiano, que forma la primera parte de la obra, es completa, profunda, con elementos de estudio tan fuertes que ningún laborista en materia notarial debe ignorar; allí se encuentran, junto a los orígenes sintéticos, los desenvolvimientos analíticos, y todo ponderado con el desarrollo político y nacional formando grados de tesis necesarios que constituyen positivos valores históricos.

Y después, la exposición articulada del derecho positivo, con su comentario, del que alguna vez, en mi modestia discrepo, pero comentario crítico, con todo el valor de un clasicismo renovador (extraña paradoja), con atisbos doctrinales que en algún momento parece que sobrepasan las propias potencias científicas de la obra que se crea, con intuición que rebasa el cauce jurídico por el que discurre.

Son notables, aparte de los bosquejos históricos, el «Examen crítico del concepto de la institución notarial, según la ley italiana», y «desplazamientos arbitrarios de la función notarial», que figuran en el sumario del Título I, en los que se asienta, con la crítica severa de la ley italiana que ve en el Notario un *oficial público*, ya no siquiera el *funcionario público* de las leyes de España y Francia, todo el valor doctrinal del ejercicio de la notariación.

Con motivo de la fijación del concepto de la institución notarial aporta la obra, en notas al texto, las concepciones legales de Cuba, Portugal, Austria, Suiza, Argentina, México, Perú, Honduras, El Salvador y España.

Minuciosa es la parte dedicada a materia orgánica, con problemas que ya más concretamente afectan sólo al Notariado en cuanto atañe a su régimen de ingreso, traslados, permutas, jubilaciones, etc.; y muy interesante y completo resulta el estudio de la función y del acto notarial, en su esencia, en su forma y en sus derivaciones.

Hoy, cuando los problemas sindicales, cuando la voluntariedad o necesidad de la agrupación profesional preocupan seriamente a los diversos sectores de actividad nacionales, resulta también de un interés indudable todo lo referente a colegiación y Consejos, bien tratado y con visión clara de la independencia que merece una institución culta y consciente.

Contiene la obra, además, el examen de los títulos dedicados a archivos, inspecciones, retribución y mutualidad notariales, y esto, y todo, tratado desde un punto de vista italiano, pero sin perder de vista nuestro derecho, nuestra posición, con notas oportunas a lo bueno que ya tenemos, a nuestros requerimientos y aspiraciones.

Completa el tomo un trabajo del doctor italiano Curti Pasini, traducido por Azpeitia, que, con el título de «Bosquejos Notariales», estudia las líneas generales del Notariado en Andorra y Mónaco, y especialmente el tipo profesional del Notariado suizo en los cantones donde está establecido: Valais, Neuchatel, Vaud, Friburgo, Tesino, Berna y Ginebra, prescindiendo de aquellos en que, o el Notariado es sólo una sombra del profesional, o no existe, llenando sus funciones Cancillerías, Secretariados, Consejos, empleados y, en general, regímenes burocráticos.

Poco dados a la alabanza por sistema, hemos de hacerla sincera de la obra de D. Mateo Azpeitia, por la idea, por la realización, por el vacío que llena en la investigación española, por lo que el esfuerzo ha de representar de prestigio nuestro más allá de las fronteras, por lo que acrece nuestra propia cultura y porque, empleando palabras de Anselmi al comentar la obra de Solimena, a que antes me referí, creemos que la obra del Sr. Azpeitia, fruto de un trabajo serio y concienzudo, «no debería faltar nunca en la mesa-estudio de todo Notario culto», ni, a mi juicio, en las modestas bibliotecas de los que por obligación tratamos estos problemas y por inclinación miramos con afecto sus desenvolvimientos.

JUAN ANTONIO GONZÁLEZ GALLO.