

DERECHO INMOBILIARIO

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

Año V

Diciembre de 1929

Núm. 60

El Notariado en la República de Chile

I. *El germen español. Las deficiencias. El decreto-ley número 407.*—II. *El Notario.*—III. *Del gobierno y disciplina de los Notarios. Penalidades que se les imponen.*—IV. *La función. Atribuciones y obligaciones de los Notarios. De las escrituras públicas y de sus copias. De las protocolizaciones y de sus copias.*—V. *Del Protocolo y libros que deben llevar los Notarios.*

1. *El germen español. Las deficiencias. El decreto-ley número 407.*

El movimiento que inició Bolívar, el Libertador, asegura, después de Ayacucho, la independencia de un mundo; pero con todo, el cordón umbilical, nutridor de la savia española, no se había cortado para tantos órdenes de la vida de aquellas naciones juveniles.

Todavía y durante medio siglo desde entonces, aquel monumento, gloria española de la Recopilación de Indias, reguló en Chile los requisitos para crear la escritura pública y las condiciones de su validez sin que la legislación nacional y autóctona aportara a ello mayor abundancia preceptiva que el artículo 1.699 del Código civil, cuyo inciso final declara no más que el instrumento auténtico otorgado ante escribano e incorporado en un protocolo o registro público se llama *escritura pública*, y aquel otro

artículo 432 del Código de Procedimiento civil que establece la única forma cómo puede anularse, con prueba de testigos, el contenido de una escritura pública.

La exposición de motivos del decreto-ley que ahora va a ocuparnos relata concisamente qué dificultades surgían de aplicar aquella legislación antiquísima: «La evolución del habla castellana en los ocho siglos transcurridos desde el reinado de Don Alfonso el Sabio, en que vieron la luz las leyes de Partidas, y el escaso conocimiento actual de sus disposiciones, agravado con la dificultad de procurarse su texto auténtico, han terminado por dejar entregada a la costumbre o a los Autos-Acordados de la Excelentísima Corte Suprema la interpretación armónica de muchas de sus reglas fundamentales, como las leyes I, LIV y CXI del título XVIII de la partida tercera, que respectivamente establecen «Qué cosa es escritura y qué pronace de ella y en cuantas maneras se departe»; «Cómo deben ser hechas las notas y las cartas de los escribanos públicos» y «Por cuántas razones los Privilegios y las Cartas pueden desechar los hombres con derecho que no sean valederas».

Alguna deficiencia de aquella legislación vino a suplirla la costumbre, y tal fué lo ocurrido en cuanto a la protocolización de documentos en el registro de un Notario, cada vez más exigida por el moderno comercio jurídico, y de lo que apenas podría encontrarse un antecedente legal en el vago precepto del artículo 1.703 del Código civil.

Otras eran ocasionadas a litigios gravosos, con su secuela de gastos y perjuicios, al chocar la nueva concepción surgida al compás de necesidades de acumular siempre mayores garantías al documento, con el abandono y lenidad de lo estatuido; y se reclamaba apremiante el requisito, como ineludible, de que el Notario firmase, junto con las partes, toda matriz de escritura incorporada al Protocolo, frente a lo que disponía la ley VI del título XXIII del libro X de la Novísima Recopilación, que lo ordenaba sólo al finalizar un año y como simple medida de buen régimen interno de cada escribanía.

Urgía también llenar lagunas de importancia capitalísima, como las referentes a la falta de identificación de las personas que otorgan una escritura pública y a la omisión de consignar la hora y el sitio en que se extiende un testamento, amén de preceptos con-

tradictorios e insuficientes, siempre anticuados, y, por otra parte, desparramados en multitud de cuerpos de leyes o reglamentos.

Del funcionario, del Notario, de las condiciones de ejercicio de sus funciones, no era más elogiable lo sobre ello legislado; «deficiencia dice la mentada exposición de motivos, «incompatible con el progreso general de nuestras instituciones», y, «en verdad, inexcusable, si pensamos que, a partir del momento en que los hombres empezaron a poner por escrito sus convenios, experimentaron la necesidad de tener funcionarios a quienes confiar su guarda y su autenticación».

Unicamente 10 artículos (título XVIII) de la ley de Organización y atribuciones de los Tribunales—aumentados a 15 en igual título del proyecto de Código Orgánico de Tribunales—reglamentaban las condiciones de ejercicio de la función notarial.

Así eran las cosas cuando el 27 de Septiembre de 1923 el Decreto Supremo número 1.927, de igual fecha, dió comisión al Notario de Santiago de Chile, D. Manuel Gacte Fagalde, para estudiar la organización y régimen del Notariado en la República Argentina y en el Uruguay, de lo que había de suministrar al Gobierno completo informe.

Resultado de ello, «del ejemplo de otros países y las lecciones de la experiencia» fué la iniciativa del Gobierno de presentar un proyecto de Código del Notariado, que fué aprobado por la Junta de gobierno—de acuerdo con el Consejo de Secretarios de Estado—el 19 de Marzo de 1925, viniendo a ser el decreto-ley número 407, que organiza el servicio notarial de la República de Chile, publicado en el *Diario Oficial* de 25 del mismo mes y año (por segunda vez lo fué en 18 de Abril siguiente), y que es la fecha en que empezó su vigencia, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 66, último de los que comprende.

Comprende diez títulos, que distribuyen 66 artículos.

Título I.—Del nombramiento, instalación y subrogación de los Notarios (artículos 1 al 13).

Título II.—Atribuciones y obligaciones de los Notarios (artículos 14 y 15).

Título III.—De las escrituras públicas (artículos 16 al 27).

Título IV.—De las protocolizaciones (artículos 28 al 33).

Título V.—De las copias de escrituras públicas y documentos protocolizados (artículos 34 al 38).

Título VI.—De la falta de fuerza legal de las escrituras, copias y testimonios notariales (artículos 39 al 41).

Título VII.—De los libros que deben llevar los Notarios (artículos 42 al 52).

Título VIII.—Del gobierno y disciplina de los Notarios (artículos 53 al 56).

Título IX.—De las penas (artículos 57 al 62).

Título X.—De los Aranceles notariales (artículos 63 al 66):

En su aspiración a la unidad, en su orientación a la claridad en medio de un laberinto legislativo, resulta una pieza meritoria y digna de toda loa; su contenido dudamos que agote, no ya lo que debe encuadrar un verdadero Código del Notariado, sino tan siquiera una mera reglamentación de la profesión de Notario, sin referenciá a su función esencialísima.

La pomposa denominación de Código del Notariado no encuentra otro justificante que las frases del Ministro firmante del proyecto, D. José Maza, cuando expresaba que «su fin primordial es reunir los preceptos dispersos, modernizar las anticuadas reglas de la partida tercera o la Novísima Recopilación, dar fuerza de ley a las costumbres nacidas de la necesidad, dignificar la profesión de los funcionarios a quienes incumbe tan delicadas como importantes actuaciones y castigar, además, a los que, por excepción, afortunadamente muy escasa hasta ahora, desatienden el cargo o lo ejercitan en forma incorrecta o delictuosa».

Hagamos una sucinta exposición del mismo.

II. *El Notario.*

Los Notarios son Ministros de fe pública, encargados de las funciones que la presente ley establece (artículo 1.º).

Para optar al cargo de Notario se requiere:

- 1.º Ser chileno.
- 2.º Tener veinticinco años de edad, por lo menos.
- 3.º Ser Abogado, con dos años de ejercicio profesional, a lo menos.
- 4.º Ser de reconocida honorabilidad y buenas costumbres (artículo 3.º).

No podrán ser Notarios:

- 1.º Los que se hallaren en interdicción por causa de demencia o prodigalidad.
- 2.º Los sordos.

- 3.º Los mudos.
- 4.º Los ciegos.
- 5.º Los que se hallaren procesados por crimen o simple delito.
- 6.º Los que estuvieren sufriendo la pena de inhabilitación para cargos y oficios públicos (artículo 4.º).

En cada departamento de la República habrá, por lo menos, un Notario y los demás que el Presidente de la República determine, previo informe favorable de la respectiva Corte de Apelaciones y habida consideración de las necesidades del servicio público y a la población del respectivo departamento. Para la creación de nuevas Notarías será preciso que el departamento correspondiente tenga una población superior a 40.000 habitantes, no pudiendo haber más de un Notario por cada porción de dicho número de habitantes (artículo 2.º).

Las funciones de Notario son incompatibles con las de cualquier otro cargo rentado de nombramiento del Presidente de la República, salvo aquellos que requieran la calidad de Notario o los de profesores de instrucción secundaria, especial o superior. Son igualmente incompatibles las funciones de Notario con el ejercicio de la profesión de abogado, pero no con las de árbitro o la defensa de causas personales, de sus mujeres, ascendientes, descendientes, hermanos o pupilos (artículos 5.º y 6.º).

Siempre que se trate de proveer un cargo de Notario, la Corte de Apelaciones a cuya jurisdicción corresponda el departamento con Notaría vacante convocará a un concurso público, al que podrán presentarse como opositores todos los que posean las cualidades requeridas para desempeñarlo (artículo 7.º).

El decreto de convocatoria al concurso fijará el día en que deberá tener lugar el examen de los oponentes al cargo, y los que deseen concurrir a él deberán inscribirse, con diez días de anticipación al fijado para el examen, en la Secretaría de la Corte, acreditando reunir las calidades exigidas en el artículo 3.º y rendir, además, información de testigos que acrediten las buenas costumbres y honorabilidad del oponente (artículo 8.º).

La Corte someterá a examen público a los opositores al cargo y formará una lista con los tres que considere más dignos. En caso de empate de votos en la formación de esta terna, prevalecerá el del que presidiese la Corte; y en caso de dispersión, los que hubiesen sufragado por los que obtuvieren menor número, debe-

rán optar por uno de los que tuvieren las más altas mayorías relativas. Si hubiese más de dos oponentes que se hallaren en este caso, la Corte decidirá cuál debe ser excluído, debiendo concretarse la votación a los dos restantes. Dentro de las veinticuatro horas siguientes a su formación, la terna será elevada al Presidente de la República, quien designará de entre los que la formen al Abogado que haya de ocupar el puesto (artículo 9.º).

Todo Notario, antes de entrar en funciones, deberá rendir, a satisfacción del Presidente de la Corte respectiva, una fianza, para responder a las multas, costas e indemnizaciones de perjuicios a que pueda ser condenado, en razón de los actos concernientes al desempeño de su cargo. Esta fianza será de 15.000 pesos para los Notarios de asiento de Corte, 10.000 para los de cabecera de provincia y 5.000 para los demás (artículo 10).

Aceptada y constituída la fianza, y antes de asumir su cargo, los Notarios deberán prestar, ante el Presidente de la Corte de Apelaciones respectiva, juramento de guardar la Constitución y las leyes de la República y desempeñar fielmente las funciones de su puesto (artículo 11).

Se halla retribuído con arancel; la brevedad y originalidad del mismo me incitan a transcribirlo tal como aparece en el título X del Decreto-ley número 407:

Los Notarios ganarán, en el ejercicio de los actos de su ministerio, los derechos que a continuación se expresan:

1.º Por el otorgamiento de toda escritura pública de que no se haga mención especial en esta Ley, 10 pesos.

2.º Por el otorgamiento de testamento, ya sea abierto o cerrado, 20 pesos.

3.º Por los certificados y anotaciones al pie o al margen de un instrumento público, tres pesos.

4.º Por cada certificación de firmas, dos pesos.

5.º Por la agregación de un testamento o cualquiera pieza en el registro del Notario, cinco pesos, y un peso más por cada página de que conste la protocolización.

6.º Por las copias autorizadas, ya sean primeras o segundas, dos pesos por la autorización de ellas.

7.º Por asistencia a juntas generales de accionistas de Sociedades anónimas, 100 pesos.

8.º Por protestos de letras, notificaciones de ofertas de pago y

demás diligencias similares no expresamente consideradas en esta Ley, 25 pesos, si fuere dentro del radio urbano de la ciudad, y cinco pesos más por cada diez cuabras de exceso.

9.º Por cada notificación de prenda o cesión, 10 pesos.

10. Si el Notario fuese llamado para otorgar un instrumento público fuera de su oficina, ganará 10 pesos, además de los derechos que corresponden a la diligencia que va a practicar; y si se llamare en horas comprendidas desde las ocho hasta las doce de la noche, 100 pesos, y 200 pesos desde esta hora hasta las siete de la mañana (artículo 63).

Además de los derechos de otorgamiento, el Notario cobrará dos pesos por cada página de escritura. La página de escritura se entenderá escrita en papel de porte, del usado con sello del Estado, y con 30 líneas escritas y un promedio de 10 palabras por renglón. Por la fracción de página inferior a 15 líneas se cobrará un peso (artículo 64).

Ningún Notario podrá ausentarse del lugar de su residencia ni dejar de asistir diariamente a su oficina, sin permiso del Presidente de la Corte, si la Notaría tuviese su asiento en el mismo lugar que aquélla, o del Juez de letras respectivo o de turno en los demás casos. Este permiso no podrá otorgarse por más de dos meses. Pasado este término, y no excediendo de un año el permiso, deberá solicitarse por escrito al Presidente de la República, a quien corresponderá, en este caso, la designación del reemplazante. En los permisos hasta por dos meses, el Notario podrá proponer al Juez la persona que deba subrogarle, bajo su responsabilidad (artículo 13).

Cuando un Notario faltare o se inhabilitase para el ejercicio de sus funciones, el Juez de letras respectivo o de turno designará al Abogado que haya de reemplazarle, mientras dure el impedimento o estuviese sin proveerse el cargo (artículo 12).

III. *Del gobierno y disciplina de los Notarios. Penalidades que se les imponen.*

La inspección disciplinaria, correccional y económica de los Notarios radicará en las Cortes de Apelaciones de la jurisdicción de su respectivo departamento; pudiendo ser delegada en los Jueces de letras correspondientes cuando la Notaría no se halle en el mismo lugar del asiento de la Corte.

Esta inspección se ejercitará:

1.º La Corte de Apelaciones, por intermedio de un miembro de ella, o el Juez de letras, en su caso, deberán efectuar visitas, por lo menos cada dos meses, a la oficina del Notario que se halle bajo su jurisdicción, con el fin de velar por el correcto cumplimiento de la ley.

2.º Los Notarios deberán llevar un libro especial de visitas, en el cual se consignará por el funcionario encargado de hacer las observaciones que le merezcan la inspección realizada.

3.º Además de estas visitas ordinarias, la Corte o el Juez, en su caso, podrán decretarlas extraordinariamente cuando lo estimen conveniente.

Si al efectuar una visita, el funcionario encargado de ella comprobare la existencia de faltas o delitos cometidos por el Notario, podrá adoptar las medidas urgentes que fueren necesarias, dando cuenta de ellas a la Corte respectiva dentro del término de doce horas.

Las visitas ordinarias se contraerán exclusivamente a corregir los defectos de forma u omisiones subsanables en la manera de llevar y conservar los Protocolos, asegurar el exacto cumplimiento de las obligaciones notariales e imponer las correcciones que los visitantes conceptúen justas y estén en sus facultades; y en caso contrario, dar cuenta a la Corte correspondiente.

El Notario que ejerciese funciones de tal fuera del departamento para que hubiese sido nombrado sufrirá la pena de reclusión menor, en cualquiera de sus grados.

El Notario que faltare a las obligaciones que le señalan los 2.º y 3.º del artículo 15, será castigado con las penas de suspensión del empleo, en cualquiera de sus grados, y multa de 100 a 1.000 pesos.

En las mismas incurrirá el Notario por cuya culpa o negligencia deje de tener su calidad de pública o auténtica una escritura, en virtud de cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 39.

El Notario que contraviniese lo dispuesto en los artículos 40 y 41 será castigado con la pena que señala el artículo 193 del Código penal.

En los casos en que la pérdida de un Protocolo se debiera a culpa o negligencia del Notario, se aplicará a éste la pena de reclusión menor, en cualquiera de sus grados. Si el hecho fuera

imputable a dolo del Notario, la pena será presidio menor, en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

Toda pena impuesta a un Notario, en virtud de esta ley, lleva consigo la inhabilitación especial perpetua para el ejercicio del cargo, sin perjuicio de las otras penas accesorias que procedan en conformidad al Código penal (artículos 53 al 62).

IV. La función. Atribuciones y obligaciones de los Notarios. De las escrituras públicas y de sus copias. De las protocolizaciones y de sus copias.

Son atribuciones de los Notarios :

1.^a Extender los instrumentos públicos con arreglo a las instrucciones que de palabra o por escrito les dieren las partes otorgantes.

2.^a Levantar inventarios solemnes.

3.^a Protestar letras de cambio.

4.^a Notificar los trasposos de acciones y constituciones y notificaciones de prenda que se les solicitaren.

5.^a Asistir a las juntas generales de accionistas de Sociedades anónimas para los efectos que la Ley o Reglamento de ellas lo exigieren.

6.^a En general, dar fe de los actos para que fuesen requeridos y que no estuvieren expresamente encomendados a otros funcionarios (artículo 14).

Son obligaciones de los Notarios.

1.^a Guardar y conservar en riguroso orden cronológico los instrumentos que ante ellos se otorguen, en forma de precaver todo extravío y hacer fácil y expedito su examen.

2.^a Dar a las partes interesadas los testimonios o certificados que pidan de los actos que ante ellos se celebren.

3.^a Facilitar a cualquiera persona que lo solicite el examen de los instrumentos públicos que ante ellos se otorguen.

4.^a Asistir diariamente a su oficina y mantenerla abierta al público, por lo menos, desde las diez de la mañana hasta las cuatro de la tarde (artículo 15).

Escritura pública es el instrumento público o auténtico otorgado con las solemnidades que fije esta ley, por el competente Notario, e incorporado en su protocolo o registro público.

Las escrituras públicas deben escribirse en idioma castellano

Y estilo claro y preciso, y en ellas no podrán emplearse abreviaturas, cifras ni otros signos que los caracteres de uso corriente.

Toda escritura debe ser otorgada ante Notario y dos testigos, vecinos del departamento, que sepan leer y escribir y capaces de darse cuenta del acto o contrato que se celebra. En ella, el Notario deberá dejar constancia de conocer a los otorgantes o de habérselo acreditado su identidad con la cédula personal respectiva, cuyos datos se insertarán en la escritura, o con la aserción, firmada en el mismo Registro, de dos testigos honorables, conocidos del Notario, vecinos del departamento y hábiles para testificar.

Los testigos deberán estar presentes con los otorgantes al momento de la firma, y suscribirán la escritura inmediatamente después de aquéllos, autorizándola el Notario a continuación.

Cualquiera de las partes podrá exigir al Notario que previamente lea la escritura en alta voz; pero si todos los otorgantes están de acuerdo en omitir esta formalidad, leyéndola ellos mismos, podrá procederse así.

Si alguno de los comparecientes, o todos ellos no supieren o no pudieren firmar, lo hará, a su ruego, uno de los testigos o de los otorgantes que no tengan un interés contrario, según el texto de la escritura, o una tercera persona, debiendo los que no firmen poner junto a la del que la hubiese firmado a su ruego la impresión del pulgar de su mano derecha, o, en su defecto, del de la izquierda. Si no pudiera hacerlo con ninguno de esos dedos, lo hará con cualquiera de los otros. El Notario dejará constancia de este hecho y de la imposibilidad absoluta de efectuarlo.

Siempre que alguno de los otorgantes lo exija, los firmantes dejarán su impresión digital, en la forma indicada en el artículo anterior.

Toda escritura pública deberá comenzar expresando el lugar y fecha de su otorgamiento, el nombre del Notario que la autoriza y el de los comparecientes, con expresión de su nacionalidad, estado civil, profesión y domicilio.

Serán nulas las adiciones, apostillas, entre renglonaduras, raspaduras o enmendaduras en las escrituras matrices que no aparezcan salvadas al final y antes de las firmas de los que las suscriban.

Serán igualmente nulas las escrituras públicas:

1.º Que contengan disposiciones a favor del Notario que la

autorice, de su cónyuge, ascendientes o descendientes o hermanos.

2.º En que sean testigos el cónyuge, ascendientes o descendientes de algunos de los otorgantes.

3.º Y aquellas en que el Notario no dé fe del conocimiento de los otorgantes o no supla esta diligencia en la forma establecida en el artículo 18, o en que no aparezcan las firmas de las partes y testigos que deben hacerlo y la del Notario.

Se considera que una persona firma una escritura o documento, no sólo cuando lo hace por sí misma, en la forma corriente, sino también en los casos en que, no sabiendo o no pudiendo hacerlo, supla esta falta en la forma establecida en el artículo 21.

En cuanto al otorgamiento de testamentos se estará a lo establecido al respecto en el Código civil, debiendo el Notario dejar constancia de la hora y lugar en que se otorguen (artículos 16 a 27).

No se considerará pública o auténtica la escritura :

1.º Que fuese autorizada por persona que no sea Notario, o por Notario incompetente, suspendido o inhabilitado en forma legal.

2.º Que no esté en el Protocolo o se escriba en alguno que no pertenezca al Notario autorizante o al de quien esté subrogando legalmente.

3.º En que no conste la designación exacta y única del día, mes y año, o de la hora y sitio de su otorgamiento, si se trata de un testamento.

4.º En que no conste la firma de los comparecientes o no se hubiese salvado este requisito en la forma prescrita en el artículo 21.

5.º En que sean testigos personas a quienes afecten las incapacidades establecidas en la presente ley.

6.º En que el Notario hubiese omitido suplir el conocimiento de los comparecientes por medio de testigos o dejar constancia de haberse exhibido la correspondiente cédula de identidad personal.

7.º Que no esté en idioma castellano.

8.º En que aparezcan estipulaciones a favor del Notario autorizante o de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

9.º En que el Notario no haya usado tinta fija o indeleble o que haya dactilografiado o impreso en su protocolo.

10. Que no se firme dentro de los sesenta días siguientes a su otorgamiento (artículo 39).

Las palabras que en cualquier documento notarial aparezcan interlineadas, enmendadas o sobrepasadas, para tener valor, deberán ser salvadas antes de las firmas del documento respectivo, y en caso de que no lo sean, se tendrán por no escritas (artículo 41).

Sólo podrán dar copias autorizadas de escrituras públicas el Notario autorizante, el que lo subroga o sucede legalmente o el archivero a cuyo cargo esté el Protocolo respectivo.

Las copias podrán ser manuscritas, dactilografiadas, impresas, litografiadas, fotografiadas o fotograbadas, y en ellas deberá expresarse si son primeras o segundas copias.

Sólo podrá otorgarse una primera copia u original, que será la única con mérito ejecutivo. Sin embargo, en los contratos en que dos o más partes tengan derecho a ejercitar acciones recíprocas o diversas para el cumplimiento de obligaciones de la misma índole, el Notario deberá dar cuantas primeras copias sean necesarias, expresando en cada una el nombre de la parte a quien la diere como segundo original.

No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, si una parte hubiese extraviado el original de su escritura, podrá pedir al Juez correspondiente que ordene al Notario dar un segundo original, con el mérito del primero y previa citación de la persona a quien deba perjudicar o de su causante; y corridos los trámites legales, el Juez mandará expedir la copia solicitada, en la que el Notario dejará constancia de la forma en que ha sido extendida.

Se prohíbe a los Notarios otorgar segundas copias cuando no hubiese sido extendida la primera (artículos 34 a 38).

Los Notarios sólo podrán dar copia íntegra de las escrituras o documentos protocolizados, salvo los casos en que la ley ordene otra cosa o que por decreto judicial se le ordene certificar sobre parte de ellos (artículo 40).

Protocolización es el hecho de agregar un documento al final del registro de un Notario a pedido de parte interesada. Para que la protocolización surta efecto legal deberá dejarse constancia en el registro del día en que se efectúe, con un certificado firmado de los solicitantes, en que especifiquen el contenido del documento que protocolizan, con sus indicaciones más esenciales para indi-

vidualizarlo, y número de páginas y fecha, certificación que suscribirán también el Notario y testigos.

No pueden protocolizarse, ni su protocolización producirá efecto alguno, los documentos en que se consignen actos o contratos con causa u objeto ilícitos, salvo que lo pidan personas distintas de los otorgantes o beneficiarios de ellos.

La protocolización de testamentos cerrados, orales o privilegiados, ordenada por los Jueces, y la de los otorgados fuera del registro del Notario, deberá hacerse insertando su contenido íntegramente en el registro del día en que se efectúe y agregando su original al fin del protocolo respectivo con todos los antecedentes que lo acompañen.

El documento protocolizado sólo podrá ser desglosado del protocolo en virtud de decreto judicial, consultado a la Corte respectiva.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.703 del Código civil, la fecha de un instrumento privado se contará, respecto de terceros, desde su protocolización, con arreglo a la presente ley.

Una vez protocolizados valdrán como instrumentos públicos:

- 1.º Los testamentos cerrados y abiertos en forma legal.
- 2.º Los testamentos solemnes abiertos que se otorguen en hojas sueltas, siempre que su protocolización se haya efectuado, a más tardar, dentro del primer día siguiente hábil al de su otorgamiento.
- 3.º Los testamentos menos solemnes o privilegiados que no hayan sido autorizados por Notario, previo decreto del Juez competente.

4.º Los protestos de letras y las actas de ofertas de pago.

5.º Los instrumentos otorgados en el extranjero, las transcripciones y traducciones efectuadas por el intérprete oficial o por peritos nombrados al efecto por Juez competente y debidamente legalizadas que hayan servido para otorgar escrituras en Chile.

Las copias de los documentos protocolizados las expide el mismo Notario que tiene competencia para dar copias de las escrituras públicas, con arreglo a los términos del artículo 34 (antes expuesto), y a dichas copias son aplicables los demás preceptos dispuestos para las copias de escrituras públicas.

V. *Del Protocolo y libros que deben llevar los Notarios.*

Todo Notario deberá formar un Protocolo en el papel sellado que la correspondiente ley determine, en cuadernillos enteros de

cinco pliegos cada uno, metidos un pliego dentro del otro, de manera que la primera foja (*sic*) del cuadernillo sea la mitad del pliego, cuya otra mitad corresponda a la décima foja del mismo, y que ordenará por riguroso orden de fecha del otorgamiento de las escrituras que en él se inserten, debiendo numerar cada foja en su parte superior con las letras y números, numerando y rotulando cada escritura al margen y a la altura de su comienzo, no pudiendo dejar entre escritura y escritura más espacio en blanco que el indispensable para las firmas de los otorgantes, Notarios y testigos.

Los protocolos deberán empastarse, a lo menos cada dos meses, no pudiendo formarse con más de 500 fojas cada uno.

Cada protocolo se iniciará con un certificado del Notario en que exprese la fecha en que lo inicie, con indicación del contrato o escritura y nombre de los otorgantes de la con quien principie (artículo 42).

Transcurridos dos meses desde la fecha de la última escritura extendida en el protocolo, el Notario dejará sin efecto las que no hubiesen sido suscritas por todos los otorgantes y pondrá un certificado al fin del protocolo indicando el número de escrituras que contiene y la enunciación de las que hayan quedado sin efecto (artículo 43).

Cada Notario llevará un libro índice público, en que anotará, por orden alfabético de los apellidos de los otorgantes, las escrituras que ante él se otorguen; y otro privado, en que anotará los testamentos cerrados, con indicación del lugar de su otorgamiento y del nombre y domicilio de sus testigos.

El primero estará a disposición del público, debiendo exhibirlo a quien lo exija, y el último deberá mantenerlo reservado, no teniendo obligación de exhibirlo sino por decreto del Juez competente.

Los índices de escritura deberán ser hechos por los nombres de cada uno de los otorgantes, salvo que se trate de contratos de Sociedades o que tengan nombre especial, pues en estos casos bastará con enunciarlos por el de la Sociedad a que correspondan (artículo 44).

El Notario entregará al Archivero judicial del departamento a que correspondan los protocolos a su cargo que tengan más de un año de fecha y los índices de escrituras públicas que tengan más de diez años (artículo 46).

Los protocolos y documentos protocolizados o agregados a los mismos deberán guardarse en cajas de fierro (*sic*) o bóvedas contra incendios, y no podrán ser sacados de la oficina del Notario ni aun por orden judicial, salvo en los casos fortuitos o de fuerza mayor, sino por el Notario en persona (artículo 47).

Tampoco podrá el Notario permitir sacar de su oficina los documentos que se encuentren bajo su custodia, en razón de su oficio (artículo 48).

El Notario es responsable de las faltas, defectos o deterioros de los protocolos, mientras los conserve en su poder, bajo las penas que esta ley establece (artículo 45).

En los casos de pérdida, robo o inutilización de los protocolos o documentos pertenecientes a la Notaría, el Notario en cuyo poder se encuentran aquéllos al momento de ocurrir el hecho dará cuenta inmediatamente a la autoridad judicial de que dependa, para que instruya el correspondiente proceso (artículo 49).

Los protocolos o documentos perdidos o inutilizados deberán reponerse por orden del Ministro de Corte o Juez encargado de la visita de la Notaría, con citación de los interesados, de los testigos y demás pruebas que el Juzgado estime convenientes (artículo 50).

La reposición, en cuanto sea posible, se verificará con las copias autorizadas, expedidas por el Notario, declaraciones de testigos y demás pruebas que el Juzgado estime convenientes (artículo 51).

Las personas que tengan copias autorizadas de las matrices estarán obligadas a presentarlas al Tribunal, y, en caso de negarse a ello, podrán ser compelidas por la fuerza (artículo 52).

JOSÉ M.^a FONCILLAS.

Notario

Efectos de la renuncia de gananciales por los herederos de uno de los cónyuges.—Insistimos ⁽¹⁾

Sobre el tema que de epígrafe sirve a estas líneas, discurre con su alta mentalidad y extraordinaria competencia de maestro de maestros en Derecho civil, el ilustre Catedrático de la Universidad de Valencia y distinguido amigo mío, Sr. Castán, en un notable artículo pletórico de doctrina jurídica, publicado en el número correspondiente al próximo pasado mes de Septiembre de la *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, que, por haber estado ausente en uso de licencia, no llegó hasta la fecha a mis manos, haciéndome su autor el honor de someter a examen mi tesis propugnada en la *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, sobre renuncia de los gananciales otorgada por los herederos de uno de los cónyuges.

Desenvuelta por nuestra parte la tal tesis con un sentido eminentemente práctico y exegetico, en combinación con el dogmático que surge de la entraña de la obra legislativa, en cuanto es el elemento sistemático uno de los cuatro que integran la hermenéutica legal, con vistas a la denominada, a la hora presente, interpretación finalista de la Ley, no fué ciertamente propósito mío tomar las cosas desde las cumbres de una construcción jurídica casi exclusivamente dogmática, cual la tan brillantemente expuesta

(1) *Nota de la Redacción*.—Por el respeto que nos merecen las opiniones de los Sres. Castán y Lezón, así como por la circunstancia de haber recibido sendas cartas de ambos juristas, nos vemos en el caso de salvar nuestro modesto voto hasta que podamos terciar en el debate.

y perfilada por el citado eminente civilista, que tanto enaltece con su saber hondo el profesorado universitario español, limitándome a bucear en los respectivos textos legales, poniendo a contribución los elementos gramatical, lógico y sistemático, que, con el histórico, integran la labor del intérprete, para descubrir el fundamental sentido que los informa, al objeto de hacer consiguiente aplicación de las tales normas jurídicas a los casos que en la práctica ofrecerse pueden.

Pero ya que el Sr. Castán enfocó el problema jurídico a dilucidar, en el elevado plano de la construcción dogmática, siquiera con el aditamento de algunos elementos de jurisprudencia de contornos imprecisos, confusos y eclécticos, vamos, por nuestra parte, a someter también a revisión y examen crítico los puntos de vista doctrinales del eximio civilista, a la vez que los testimonios de autoridad—último criterio de verdad en el orden lógico—de dentro y fuera de nuestra Patria, en que se abroquelaba el Sr. Castán para el sostenimiento de su insostenible tesis.

Al plantear el Sr. Castán el problema de cuáles sean los efectos de la renuncia a los gananciales efectuada por uno de los cónyuges o sus herederos, comienza por la aseveración de que el Código español no resuelve expresamente la cuestión; y por ser ello así, el Sr. Castán, en lugar de buscar inspiración en el todo sistemático de la obra legislativa, como lo por nuestra parte hecho, para supir las deficiencias de los elementos gramatical y lógico, poniendo a contribución todos los factores que integran la hermenéutica legal, desplaza el problema de la esfera legislativa para enfocarlo y sorprender su solución en el dilatado y vacilante plano de la dogmática jurídica.

Y delineando la configuración jurídica de la renuncia de que se trata, siguiendo a Lessona Rugiero y otros tratadistas extranjeros, atribuye principalmente a una tal renuncia la característica de una manifestación unilateral de voluntad de índole extintiva y no traslativa; siquiera, a renglón seguido de ese fundamental aserto, exponga la más fundada doctrina de otros autores que distinguen una renuncia *abdicativa* y una renuncia traslativa, directa o indirecta.

Y que esta es la más fundada doctrina, el mismo Sr. Castán, tributario de la anterior de ser la verdadera renuncia la *abdicativa*

o extintiva, no puede sustraerse al rigorismo lógico de los buenos principios jurídicos, que lleva a la consecuencia indeclinable de que la renuncia de un derecho necesariamente provoca su adquisición por otro, cual ocurre—*caso citado por el maestro, que es precisamente nuestro punto de vista—con la repudiación de una herencia por el primer llamado, que permite su aceptación por otro heredero testamentario o legítimo.*

Y en tesis general, para nosotros carece de sustantividad independiente la renuncia extintiva, en cuanto que la extinción de un derecho en el respectivo titular, tradúcese automáticamente en la adquisición del mismo derecho por un tercero, dada la continuidad de la vida jurídica, como una ley biológica del Derecho. Tal ocurre en la prescripción extintiva, determinante de la adquisitiva. Tal, asimismo, acontece en la renuncia de herencia, y tal debe acontecer en la concerniente a los gananciales por los herederos del cónyuge premuerto.

Tan sólo reputarse pueden como excepciones a la expuesta doctrina los casos de herencias vacantes y las de abandono material de las cosas (*res nullius*).

Los publicistas extranjeros patrocinadores de la renuncia meramente abdicativa o extintiva sin ulterior transcendencia jurídica, a diferencia de la traslativa, establecen una distinción bizantina y metafísica, no abonada en modo alguno por ningún postulado jurídico, siendo por ello inconsistente y artificiosa una tal distinción.

LAS CUATRO TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA SOCIEDAD LEGAL DE GANANCIALES

En su excursión por las regiones de la dogmática jurídica, perfila el Sr. Castán la configuración jurídica de la sociedad legal de gananciales, analizando con el escalpelo de su crítica siempre concienzuda las más importantes teorías paradójicas que se disputan la hegemonía sobre la naturaleza jurídica de la tal sociedad; comenzando por exponer la más generalizada, que construye aquélla como una sociedad civil, para pasar luego revista a las otras teorías, que confunden la tal sociedad con la comunidad o copropiedad, ya de tipo individualista o romana, ya de tipo colectivista

o germana ; aparte de la que, en último término, dibuja en orden a la construcción de la sociedad de gananciales como patrimonio de destino, así denominada dentro de la moderna técnica jurídica.

Partiendo de las tales teorías, sobre cuya valoración científica muéstrase perplejo y vacilante el respetado maestro, sin decidirse resueltamente por ninguna de las mismas, propónese llegar a conclusiones antitéticas con la nuestra.

Tratándose de la primera figura jurídica como la que goza de más favor, por hallarse ensalzada así en la doctrina francesa e italiana, cual en la española, sienta como primordiales afirmaciones que siendo la sociedad un ente colectivo autónomo, con personalidad jurídica distinta de la de cada una de las personas físicas que lo constituyen, el socio no tiene un derecho de propiedad o *in re* sobre el capital social, sino un simple derecho a recibir una parte del activo de la sociedad cuando, disuelta y liquidada ésta, exista remanente ; por modo tal, que si al efectuarse la disolución del vínculo social, uno de los socios renuncia a los beneficios que pudieron corresponderle, repartiránse éstos entre los demás socios no renunciantes.

Tal es la consecuencia que el Sr. Castán infiere de la equiparación de la sociedad legal de gananciales a una sociedad civil o mercantil de índole contractual ; pero no existe la paridad pretendida, y el mismo Sr. Castán se encargó de reducir a la impotencia su propio argumento al aseverar que, no obstante la equiparación que parece establecer nuestro Código, las divergencias entre la sociedad legal de gananciales y las sociedades ordinarias son considerables, y carece la primera del carácter moral que la Ley atribuye a las segundas, generadas por el contrato ; constituyendo la primera, al decir de los tratadistas patrios, una sociedad excepcional con características especialísimas, tales como las de constituirse por ministerio de la Ley, no ser su finalidad la de lucro y la de no ser su régimen convencional, y por nuestra parte añadimos no ser susceptible de modificaciones ni de renuncia durante su existencia ; siquiera algunos de los aludidos tratadistas, Sánchez Román, De Diego y Valverde, entre ellos, en contra de la doctrina de la Dirección general de los Registros y del Notariado de 19 de Octubre de 1927, entiendan que la sociedad de gananciales constituye una personalidad jurídica distinta de la de cada uno de los cónyuges.

Pero si se trata de una sociedad peculiarísima o *sui generis*, carente de personalidad jurídica, distinta de la de cada uno de los cónyuges, ¿no cabría hacer aplicación del artículo 1.669 del Código, que relega las sociedades sin personalidad jurídica al régimen jurídico relativo a la comunidad de bienes?

Veamos, al someter a severa crítica doctrinal la segunda teoría de la construcción de la sociedad legal de gananciales como comunidad de bienes, en las dos modalidades con que se ofrece, si una tal doctrina se muestra o no con garantías de certidumbre científica.

Si de la precedente teoría no puede deducirse consecuencia alguna en contra de la tesis por nuestra parte patrocinada, tampoco inferirla cabe en ninguno de sus matices doctrinales de la que reconoce en la sociedad de gananciales una comunidad de bienes; teniendo, cual tienen, los conceptos de sociedad y comunidad de bienes marcadas características diferenciales e inconfundibles, en cuanto que, mientras en la primera existe unidad de sujeto (el ente colectivo) y unidad de objeto (el patrimonio social), en la segunda hay pluralidad de sujetos de derecho y pluralidad de porciones alícuotas o ideales de la cosa común en estado de proindivisión.

Pero ya el Sr. Castán rechaza esta construcción jurídica de una copropiedad ordinaria o de tipo romano, fundándose en la carencia de derecho por parte de cada cónyuge de disponer durante el matrimonio de su fracción.

Y en el inadmisble y no admitido supuesto de que existir pudiera ya tal comunidad clásica, ya la de la copropiedad germana, ninguna razón jurídica existe para que la porción renunciada acrezca a los restantes copartícipes.

La otra copropiedad, por virtud de la cual integra la sociedad de gananciales una propiedad *en mano común o de tipo colectivista*, en la que marido y mujer son indistintamente titulares de un patrimonio, no resiste a la más ligera crítica; con sólo parar mientes en que la mujer, durante el matrimonio, no ostenta titularidad real *in actu* o en ejercicio sobre el común patrimonio, sino meramente potencial, o, expresándonos en términos de escuela, *in habitu*, pasando tal dominio eventual de la potencia al acto al disolverse y liquidarse la sociedad conyugal.

Siendo, pues, incierta o falsa la premisa sentada por nuestro ilustre contrincante, falsa debe ser, como en todo proceso rigurosamente dialéctico, la conclusión a que llega de que la renuncia de uno de los copartícipes modifica la titularidad que corresponde al conjunto.

La última teoría, tan preconizada por Messineo, de la construcción jurídica de la sociedad de gananciales como patrimonio de destino, autónomo *no personificado* adscrito a la finalidad de levantar las cargas del matrimonio, tampoco puede conducir, en buenos principios jurídicos, a la conclusión apetecida por el sabio maestro con quien nos honramos en contender, por cuanto, aparte de constituir aquélla un conjunto de elementos heterogéneos sin diferenciación específica de la sociedad y de la comunidad, en términos de absorber la unidad objetiva del patrimonio la entidad subjetiva de los cónyuges, y reconociendo, ¿cómo no?, que el patrimonio de referencia está adscrito al fin del levantamiento de las cargas de la familia, no cabe, sin embargo, inferir de ello como corolario jurídico que la renuncia de su coparticipación en el patrimonio de gananciales por los herederos de uno de los cónyuges, no repercuta, cual repercutir debe directamente, en la sucesión *mortis-causa* o transmisión del respectivo derecho hereditario, intentando traer a la vida jurídica una novísima y original institución en orden a la sucesión en el supuesto patrimonio autónomo de la comunidad, dislocada por extraño modo del general sistema sucesorio, con mengua de los derechos de los respectivos herederos.

Contra tales dogmatismos, siquiera sean avalados por la alta autoridad científica del Sr. Castán, entendemos, por nuestra parte, que la teoría de que se trata, como las anteriores, está en contradicción flagrante y monstruosa con el sistema de principios que informa el contenido de nuestro Código sobre el régimen sucesorio, consustancial con el familiar, en el que está moldeado en cuanto al sistema de las legítimas en la sucesión testada y al orden de llamamientos en la intestada.

Bajo otro fundamental aspecto examinada esa nueva figura jurídica de la sociedad de gananciales, a manera de un caso representativo de las entidades patrimoniales *sin persona*, no alcanza ciertamente justificación posible en la esfera legislativa, ni en la

doctrinal; dado que, si aun tratándose de las fundaciones como especies de las tales entidades patrimoniales, caracterizadas, ya por el fin benéficosocial, ya por el meramente espiritual o ultraterreno, precisan—y otra cosa ser no pudiera—un órgano representativo que las personifique para su necesaria actuación en el espacio y en el tiempo, como el albaceazgo o una Junta de patronato, lo propio que ocurre con las sociedades anónimas, ¿cómo puede hablarse de entidades patrimoniales no personificadas? ¿No implica ello una entelequia indescifrable en el mundo del derecho, que se da para la finalidad del ser racional y libre, siendo el patrimonio como objetividad jurídica, atribución de medios útiles para la realización de aquella finalidad?

Como al punto se alcanza, la doctrina por el Sr. Castán preconizada, en orden a que la renuncia de los gananciales, a la disolución de la sociedad conyugal, efectuada por los herederos de uno de los cónyuges, acrece el patrimonio del superviviente, no encuentra base de sustentación alguna en ninguna de las cuatro teorías tan brillantemente expuestas, de las que no colige conclusión apodíctica alguna, manteniendo aquéllas en el vacilante plano de la perplejidad y de la controversia.

Por el contrario, dentro de la tesis por nuestra parte sustentada, eslabónanse las consecuencias con bien definidos principios de derecho en un ordenado sistema jurídico, y la verdadera doctrina, sin empíricos eclecticismos ni contradicciones insolubles, cobre su imperio para afirmar que el derecho de la mujer casada y de sus herederos a los gananciales, aun antes de concrecionarse en la aludida mitad del remanente que de la liquidación de aquéllos resulte, es, más que uno de crédito, como el Sr. Castán afirma, un verdadero derecho *in re*, siquiera eventual o sujeto a una condición suspensiva.

Y que ello es así, con axiomática evidencia se desprende de la limitación de las facultades del marido como administrador o jefe de la sociedad conyugal para disponer de los gananciales, ya que sólo a título oneroso efectuarlo puede, salvo una excepción; y aun así, con la cortapisa de que no lo verifique en fraude de la mujer o en perjuicio de ésta y de sus herederos, en armónica consonancia con el artículo 1.413 del Código civil, sin que sea tampoco fac-

tible al marido disponer por testamento sino de su mitad de gananciales (artículo 1.414).

Quiere ello decir que el derecho de la mujer y, por consecuencia, de sus herederos a su coparticipación en los gananciales es en todo momento de índole real, indeterminado o inconcreto, como potencial que es, durante la existencia de la sociedad conyugal o antes de su liquidación en caso de disolución de la misma, determinado y concreto después de una y otra, con la consiguiente adjudicación.

De ahí, como lógica e indeclinable consecuencia, que el mero derecho a la mitad del remanente de los gananciales forme parte integrante de la herencia del cónyuge premuerto, sin que a ello pueda oponerse la doctrina de la Resolución de la Dirección general de los Registros y del Notariado de 19 de Octubre de 1927, por virtud de la cual, mientras no se liquide la sociedad legal de gananciales, no cabe determinar cuál sea la herencia del causante casado, dado que ello contráese única y exclusivamente a la *cuantía* y concreción del caudal partible; pero el derecho a los gananciales o ganancias que resulten, que, como acabamos de demostrar, es real y no en modo alguno mero derecho de crédito, está virtualmente comprendido en la herencia indivisa y no liquidada del *de cuius*; y ello harto lo demuestra el precitado artículo 1.414 del Código civil, al limitar el ordenamiento testamentario del marido cuando de los gananciales se trata, antes, claro está, de su liquidación, que no puede exceder de la mitad de aquéllos.

Consecuencia irrefragable es de lo expuesto que si antes de la liquidación de los gananciales, los herederos del cónyuge premuerto renuncian a su derecho, como quiera que este derecho es por su propia naturaleza sucesorio, no pasa al cónyuge sobreviviente por ese extraño modo de adquirir denominado derecho familiar—mejor fuera decir, en esa no admitida ni admisible hipótesis conyugal—, sino por las vías de la sucesión *mortis-causa*, a quienes corresponde, según el orden respectivo de llamamientos en la intestada.

De premisas verdaderas como las que establecidas quedan por nuestra parte, sólo consecuencias verdaderas colegirse pueden, como de falsas premisas no cabe más que deducir falsas consecuencias, como las a que llega con los citados tratadistas el sabio

Catedrático de la Universidad valenciana, ya que las verdades, como los errores, enlázanse en los procesos dialécticos del entendimiento.

Y no vale argüir contra el rigorismo de los principios científicos en materia sucesoria, con esa distinción bizantina que no tiene base de sustentación dentro del organismo de las instituciones de derecho privado, entre la transmisión de los bienes gananciales, disuelta que sea la sociedad conyugal por muerte de uno de los cónyuges, a título de derecho familiar y no sucesorio; *ofreciéndonos como entelequia metafísica la aseveración del doctísimo maestro, de que la mujer superviviente, y menos el marido, no reciben en concepto de herencia los bienes gananciales, en términos de ser el derecho a éstos familiar y no sucesorio.*

Pero, ¿dónde está ese especial modo de adquirir por vía de un derecho familiar distinto del sucesorio, desaparecido que sea de la escena jurídica, por su fallecimiento, uno de los cónyuges? ¿Acaso no integra la herencia, o «*universum jus defuncti* (*universitas juris*)», el conjunto de bienes, derechos, acciones y obligaciones que no se extinguen por la muerte del de cujus? Pues si tal es el concepto de herencia, si el patrimonio sucesorio es un complejo de activo y pasivo, lógico e incontrastable corolario es de ello que el derecho del heredero o herederos de uno de los cónyuges a la mitad del remanente de los tales bienes gananciales forma parte integrante de la herencia del cónyuge difunto, como todos los demás bienes adquiridos por los distintos títulos reconocidos en derecho no susceptibles de extinguirse por muerte del causante.

LOS TESTIMONIOS DE AUTORIDAD Y LA JURISPRUDENCIA

Réstanos pasar revista a los testimonios de autoridad y a la jurisprudencia aducidos para el mantenimiento de la opuesta tesis, en cuanto concierne a los efectos de la renuncia a los gananciales por los herederos de uno de los cónyuges, al disolverse la respectiva sociedad por fallecimiento del causante.

En esta parte, la solución a que el Sr. Castán se inclina, aunque sin elevarla a conclusión categórica, encuentra débil asidero en las opiniones de Manresa, Mucius Scaevola, Valverde y De

Buen ; quienes, *sin ahondar en la materia*—palabras textuales del Sr. Castán—, coinciden en la tesis de la equiparación de los efectos de la renuncia de la sociedad legal de gananciales, disuelta que ésta sea, a los de la renuncia en una sociedad cualquiera, en el sentido propugnado por el ilustre Catedrático valenciano.

Tales opiniones rebatidas quedan, en lo precedentemente expuesto por nosotros, a virtud de un meditado examen de la especial naturaleza jurídica de la sociedad legal de gananciales y de la reconstrucción sistemática de la *ratio legis* y de la *mens Legislatoris*, como doble fundamento objetivo y subjetivo de la Ley.

Por lo que atañe a la Jurisprudencia, después de consignar no haberse abordado directamente el problema por el Tribunal Supremo, ni por la Dirección general de los Registros, hace aportación de las Resoluciones de este Centro directivo de 18 de Noviembre de 1926, 13 de Junio y 18 de Octubre de 1927, que, por propia confesión del Sr. Castán, no solucionan por modo directo, explícito y categórico el problema jurídico planteado, dejándolo vagar por los limbos de la duda, en cuanto que dentro de sus contornos imprecisos y confusos contienen elementos indefinidos, heterogéneos y paradójicos, como repercusiones de teorías o concepciones tan antitéticas como las de la sociedad y la comunidad germana o de tipo colectivista, al declararse, como en una de las tales Resoluciones se declara, que la sociedad de gananciales se presente como una mancomunidad de bienes entre marido y mujer, en la que potencialmente cada uno de los cónyuges es titular del patrimonio íntegro y que continúa con iguales caracteres, mientras no se liquida entre el supérstite y los herederos del premuerto ; la cual declaración pugna abiertamente con las características con que la sociedad legal de gananciales se ofrece como tal dentro del Código civil español, con las cuales características no se compatibilizan ciertamente las expansiones doctrinales de la Resolución de 30 de Junio de 1927.

CONCLUSIONES APODÍCTICAS

En síntesis, he aquí las siguientes conclusiones categóricas y apodícticas que de todo lo anteriormente expuesto, lógicamente, se desprenden :

1.^a La renuncia a los gananciales por los herederos de uno de los cónyuges no es abdicativa o meramente extintiva, sino traslativa, siendo llamados a la sucesión los que siguen en el orden de llamamientos sucesivos a los renunciantes, sean herederos testamentarios o legítimos.

Tal lo sostiene también incidentalmente, o por modo esporádico, el Sr. Castán, sin pensar en los lineamientos generales de su doctrina.

2.^a Aun antes de liquidarse la sociedad legal de gananciales por disolución de la misma, a consecuencia del fallecimiento de uno de los cónyuges, el derecho que los herederos del premuerto ostentan a la mitad del remanente, en su caso, es un dominio potencial e inconcreto, subordinado, en cierto modo, a la condición suspensiva de que pueda existir un tal remanente; y ese derecho dominical inconcreto o indeterminado forma parte integrante de la masa hereditaria del *de cuius*, de igual manera que todos los bienes, derechos y acciones que constituyen el *universum jus defuncti*, con todas las consecuencias legales que el régimen sucesorio trae ineluctablemente aparejadas, en los términos por nuestra parte desenvueltos en el artículo que, honrándonos mucho con ello, estimó digno de sus observaciones, siempre luminosas, el doctísimo Catedrático de Derecho civil de la gloriosa Universidad de Valencia.

3.^a Es una superchería y entraña una distinción, que se quiebra de sutil y metafísica, el aseverar que el derecho a los gananciales es familiar y en modo alguno sucesorio; como si el segundo no estuviese moldeado sobre el primero en la sucesión intestada y en la misma testada, dentro de los límites del sistema legítimo.

Pero, además, ¿qué extraña institución es esa de un modo de adquirir a título de derecho familiar, distinto del de la sucesión *mortis-causa*? Invitamos al Sr. Castán a que, con su inspirado buril, profile los contornos de esa originalísima institución con sustantividad independiente, dentro del marco de las instituciones de Derecho privado.

4.^a La renuncia, aunque no se otorgue a favor de personas determinadas, es siempre traslativa, por modo automático, a través de la Ley, que señala el sucesor que recoge el derecho renunciado,

cual ocurre en la repudiación de la herencia, sin que pueda ni deba el tal derecho renunciado como alma en pena flotando en el espacio, salvo los casos de herencias vacantes.

Y ello así, por cuanto así como ningún átomo se pierde en el mundo físico, tampoco en el jurídico, dado que es el derecho atribución de medios para el cumplimiento de la racional finalidad humana.

5.^a Implica un paradojismo y un paralojismo irreductibles la calificación de sociedad y de comunidad de tipo colectivista, a la vez, de la sociedad legal de gananciales, regida por peculiares principios normáticos, que no se compadecen ni con la mancomunidad germana, en la que cada uno de los cónyuges es potencialmente—dice la Dirección general de los Registros—titular del patrimonio íntegro, ni con las sociedades civiles y mercantiles privadas de origen contractual. No con la primera, dado que la mujer, durante la sociedad conyugal, carece del dominio en ejercicio o *in actu* en orden a los gananciales; y por lo que al marido concierne, sólo puede enajenar aquéllos a título oneroso, con una limitadísima excepción, siempre que lo verifique sin intención de dañar a su mujer o a sus herederos; con lo cual vela la ley por los futuros derechos de estos herederos de la mujer a su mitad de gananciales; prueba inequívoca de que éstos forman parte integrante del caudal hereditario del cónyuge premuerto.

Y si la administración de esa comunidad germánica o de tipo colectivista, en que no hay cuotas ideales de los copartícipes, como en el condominio romano, se ejerce por un órgano especial de dirección que gestiona en nombre de todos (en la sociedad legal de gananciales, el marido), surge entonces la idea de sociedad y no de comunidad.

6.^a El espíritu de análisis, alumbrado por los postulados jurídicos y por las normas reguladoras de la sociedad legal de gananciales, dentro de nuestro Código descubre en aquélla elementos de la sociedad civil de origen contractual y del patrimonio de destino, sin confundirse con una ni con otro; no con la primera, en cuanto no integra un ente colectivo con personalidad jurídica distinta de la de cada una de las personas individuales (marido y mujer) que la forman; no con el segundo, dado que no efecta la característica de entidad patrimonial sin personas—concepción pa-

radójica, antijurídica y esotérica—, sino que, por el contrario, tiene un órgano personal representativo para la actuación administrativa, con facultades limitadas de disposición.

Notorio es, por consecuencia, el error que entrañan las teorías de la comunidad de bienes en su doble modalidad romana y germana durante la sociedad conyugal, surgiendo la primera tan sólo, por la misma naturaleza de las cosas, disuelta y liquidada que aquélla sea, por fallecimiento de uno de los cónyuges; dado el estado de condominio o proindivisión que en tal momento se crea entre los respectivos herederos sobre el haber hereditario, del que forma parte integrante, antes de la liquidación de la sociedad de gananciales, el derecho a la futura mitad del remanente, y después de aquélla, el dominio de la tal mitad de que se hace adjudicación.

7.^a La circunstancia de que no exista identidad o equiparación entre la sociedad de gananciales, por su origen legal y las demás peculiares características expuestas, y las sociedades ordinarias, civiles, mercantiles o industriales de índole contractual, hace en absoluto inaplicable, por incongruente, la doctrina de las Sentencias del Tribunal Supremo por el Sr. Castán invocadas, en orden a tener la naturaleza de un derecho de crédito o meramente personal y no *in re* el de los socios, con la única excepción de la sociedad universal de ganancias a que se refiere el artículo 1.674 del Código civil; dado que la buena doctrina jurídica atribuye a la mujer, cual consignado queda, un dominio potencial sobre la parte de gananciales que puedan serle adjudicados en la liquidación de la sociedad legal, teniendo el marido, como administrador de ésta, el dominio *in actu* o en ejercicio.

Y son tanto más inaplicables las aludidas sentencias, cuanto que la Dirección general de los Registros y del Notariado declara, en 19 de Octubre de 1927, no tener la sociedad legal de gananciales personalidad jurídica distinta de la del marido y de la mujer.

8.^a Nuestro fundamental punto de vista en el examen de la naturaleza del régimen legal de gananciales, aproximase hasta cierto punto al de Planiol, Ripert y Nasi, dado que estos tratadistas reconocen en aquel régimen una especie de copropiedad distinta de las dos modalidades romana y germana, en cuanto que ni es una proindivisión jurídica con porciones ideales o alícuotas, ni una comunidad de tipo colectivista, ni tampoco una persona

social o colectiva, sino una copropiedad regida por normas peculiares de remoto origen y que la atribuyen una especial fisonomía jurídica, con rasgos característicos de una institución original o *sui generis*.

9.ª Inconsistente e insostenible es la posición que enfrente del problema adopta Messineo, en cuanto, reputando este publicista la comunión conyugal como *universitas ius*, como patrimonio separado e independiente, infiere de tan falsa premisa por vía de solución del tal problema la conclusión a que tan inclinado se muestra el Sr. Castán, por virtud de la cual la sucesión en el patrimonio de la comunidad es autónoma y peculiar, sin nexo alguno en sus efectos (*incluso los derivados de la aceptación y de la renuncia*) de la sucesión ordinaria *mortis-causa*.

10. La unilateralidad en la manifestación de voluntad que implica la renuncia de un derecho, con la finalidad de extinguir aquél, sin transmitirlo a un tercero, lejos de conducir a la consecuencia a que Lessona llega de impedir tal renuncia de ese derecho, que pertenezca o deba pertenecer en lo futuro al renunciante, la evolución de un tal derecho en la vida de relación jurídica tradúcese, a la postre, automáticamente o por ministerio de la Ley —*ex post facto*— en una bilateralidad con el nuevo adquirente, cual ocurre en la renuncia de la herencia y la del derecho a los gananciales que de la misma forma parte y que se transmite a los siguientes herederos, dentro del respectivo orden de llamamientos, sin que el derecho renunciado caiga en momento alguno en el vacío, salvo el caso de herencia vacante distinta de la yacente, en la que también existe un órgano personal representativo de la entidad matrimonial.

Y a esa conclusión, siquiera no en términos tan absolutos, categóricos y explícitos, no pueden menos que llegar Fadda Bensa y aun Ruggiero, por el Sr. Castán citados.

11. Es absolutamente inadmisibile, por inconciliabile con los buenos principios jurídicos, que al disolverse la sociedad legal de gananciales y antes de su liquidación, tan sólo corresponde a cada uno de los cónyuges o socios un mero derecho de crédito sobre el patrimonio ganancial; siendo, por el contrario, un *jus in re* en lo que concierne a los bienes y derechos reales sobre los mismos constituidos; el cual derecho *in re* contráese a la porción ideal o

mitad indivisa que en el respectivo patrimonio pertenece a cada uno de los tales cónyuges o a sus respectivos herederos, siempre que de la indicada futura liquidación resulte activo o remanente.

Y ello así, por cuanto la unidad orgánica objetiva que la masa ganancial entraña durante la sociedad legal correspondiente a la unidad orgánica subjetiva de la persona colectiva—siquiera con las características diferenciales de las sociedades ordinarias de no integrar una personalidad jurídica distinta de la de cada uno de los cónyuges, al contrario de lo que en tales sociedades ordinarias ocurre—, una vez disuelta la referida sociedad legal de gananciales, sufre desintegración, así la relativa unidad subjetiva de la misma, como la unidad orgánica objetiva del patrimonio ganancial, que se transforma en tal momento en la clásica comunidad de bienes de tipo romano, con determinación cuantitativa de porciones ideales o indivisas a base de datos matemáticos, y la consiguiente pluralidad inorgánica de titulares o sujetos de derecho de las respectivas porciones alícuotas que son el cónyuge supérstite y los herederos del premuerto; existiendo con anterioridad a la referida liquidación el derecho a la futura coparticipación proindiviso en el remanente, que forma parte, ¿y cómo no?, de la herencia del premuerto, dada la universalidad de derecho que aquélla represente, integrada como tal por el conjunto de bienes, derechos, acciones y obligaciones.

Pensar de otra suerte es sacrificar los fueros de la Lógica y desquiciar el problema jurídico, desplazándolo del plano de nuestro Código en que lo hemos planteado y del sistema de principio que lo informa, para sorprender la solución exegetica que, por exigencias de la práctica, perseguimos, siquiera poniendo al efecto a contribución los elementos léxico, lógico, histórico y sistemático de la hermenéutica jurídica.

Y esto que afirmamos, por lo que a la sociedad legal de gananciales se refiere, ofrécese con más poderosa razón explicable a las sociedades ordinarias, sean civiles, mercantiles o industriales, surgidas del contrato; siendo, por consecuencia, fundamentalmente errónea la doctrina del Tribunal Supremo, que reputa mero derecho personal el de cada uno de los socios a obtener una participación en los beneficios de la masa social; dado que, adscrita ésta, durante la existencia de la persona colectiva—empleamos esta de-

nomiación como más propia que la de persona jurídica, moral o social, que es nota común a la individual—a la realización del respectivo fin social, si bien no puede decirse que los socios, individualmente considerados, sean, durante la vida legal del ente colectivo, condueños de los bienes y derechos reales que integran el capital social; efectuada que sea la disolución de la sociedad, opérase, cual consignado queda, una transformación o desintegración en el patrimonio integral de aquélla, que se convierte en una comunidad de bienes y derechos, con todas las características de ésta, sujeta a las consecuencias de la liquidación, de la partición y de la adjudicación a los copropietarios, en su caso.

12. Compuesta la herencia de un complejo de activo y pasivo, e integrado el tal activo por derechos reales y personales, que constituyen el *universum jus defuncti* (*universitas juris*), el derecho a los respectivos gananciales por uno de los cónyuges o sus herederos, al disolverse la sociedad legal, por fallecimiento de uno de los primeros, forma necesariamente, aun antes de liquidarse la aludida masa social, parte integrante de la herencia del cónyuge premuerto, que será real o personal, según la naturaleza de los bienes correspondientes, pero nunca mero derecho de crédito tan sólo; con tanta más razón, cuanto que el derecho hereditario es un cuasi-dominio que se transforma en dominio permanente, por virtud de la liquidación y adjudicación de los bienes de la masa hereditaria (artículo 1.068 del Código civil).

13. Ocurre con la herencia lo que con la masa ganancial, distinguiéndose en una y otra dos períodos evolutivos: el primero, de preliquidación e indivisión; el segundo, de liquidación, partición y adjudicación definitiva del caudal relicto; en el cual el dominio eventual o potencial de los respectivos bienes conviértese en dominio actual, concreto, permanente, irrevocable e incondicionado, a menos que entre los coherederos y el cónyuge supérstite se haya pactado alguna condición; sin que se pueda, sin notorio error, decirse que los bienes de la herencia, en cuanto compuesta de activo y pasivo antes de liquidarse, partirse y adjudicarse, dejen de entrañar el referido dominio potencial o eventual a favor de los respectivos herederos. Pues lo mismo tratándose de la masa social de los gananciales, dada la analogía de ambas situaciones jurídicas.

Es lo expuesto en esta conclusión de incontrastable evidencia, en términos de constituir un verdadero postulado o apotegma jurídico.

Y por ser ello así, el artículo 1.426 de nuestro Código civil, cuya cita, tan congruente de suyo, dejamos deliberadamente para última hora, reputa herencia, ¿y cómo no?, la mitad del haber de gananciales correspondiente a los herederos del cónyuge pre-muerto, lo propio que antes de las operaciones de liquidación y adjudicación; dado que el efecto necesariamente participa de la naturaleza de la causa, y siendo la de ésta un derecho sucesorio, idénticas características debe ofrecer el efecto de la causa que lo genera.

Cuanto consignado queda en orden a las opiniones de los teorizantes tratadistas citados, más las de los extraños que las de los propios, sugiérenos, por vía de comentario, el de pagarse aquellos con exageración, hasta con prodigalidad, del novísimo tecnicismo o terminología en construcciones jurídicas vacuas y paradójicas, con mengua de los conceptos básicos, de las esencias jurídicas, de las ideas-madres, que Fouillet llamara ideas-fuerzas, sacrificándolas en aras de monstruosos sincretismos doctrinales y de concepciones fantásticas, que desnaturalizan y subvierten el capital sentido de las instituciones de derecho privado; surgiendo la desorientación en que se hallan y los paralogismos y paradojismos irreducibles de que sus teorías se resienten, de los parciales puntos de vista excogitados en el examen de los problemas que el tema propuesto plantea; cuya solución se ofrece, en cambio, dentro de nuestra doctrina, con los caracteres de plena evidencia, en una doble visión analítica y sintética del sistema legislativo desenvuelto en el Código civil español.

En suma: sobran en las tres últimas teorías impugnadas, vocablos y transacciones empíricas, a vuelta de algunas abstracciones sin vida, que no se liman ni concrecionan en las asperezas de la realidad fenomenal. Faltan, en cambio, ideología sustancial o enjundia jurídica.

Para nosotros—y tal es la conclusión definitiva a que arribamos—, la renuncia extintiva y la traslativa del derecho a los gananciales procedentes de la respectiva Sociedad disuelta al fallecimiento de uno de los cónyuges, efectuada aquélla por los respectivos

herederos, danse simultáneamente, o subsiguientemente sin solución de continuidad, la segunda a la primera, dentro del correspondiente orden de llamamientos *mortis-causa*, cual si de la prescripción extintiva y adquisitiva se tratase, que marchan aparejadas en acción y reacción mutuas.

MANUEL LEZÓN.

Registrador de la Propiedad

Formas y ritos matrimoniales ⁽¹⁾

VII

USOS Y RITOS

Si examinamos el ceremonial eclesiástico para la celebración de desposorios y velaciones, encontramos espiritualizados por la liturgia varios usos populares de gran significación en otro tiempo, pero que en la actualidad han perdido toda valoración jurídica, y a los cuales vamos a dedicar un breve recuerdo.

EL ANILLO

De remotos orígenes semíticos, aunque desconocido para el Talmud y los libros rabínicos más antiguos, el anillo, nupcial o sponsalicio, ha ocupado un lugar preeminente en el rito y literatura matrimonial (2). A medida que el arcaico *conjugium*, verdadera compra de la mujer, se fué descomponiendo en dos actos: los *sponsalia* y la *mancipatio*, los romanos, como los griegos, introdujeron, a imitación de lo que los fenicios practicaban en la compraventa, la dación de arras, y con tal carácter el esposo remitía a la esposa el *annulus sponsalitiis*, llamado también *pronubus genialis*, que simbolizaba en su ininterrumpida línea la fe constante. Plauto, en su Soldado fanfarrón, tiende un lazo a Pyrgopolinices con el envío de un anillo que embellecía la mano de una

(1) *Conclusión*. Véanse los números 56, 57 y 59.

(2) Véase la bibliografía en Chenon. «Recherches historiques», en la *Revue historique de droit*, XXXVI, pág. 574. y el *Contributo alla storia della subarrhatio*, de Brandileone.

dama enamorada. Una comedia de Terencio gira alrededor de un anillo, y Plinio el Anciano nos hace saber que el anillo era de hierro y no llevaba ninguna piedra preciosa. A fines del siglo II, según el testimonio de Tertuliano, se usaba el anillo de oro, *único* que llevaban las desposadas. En ellos se grababan inscripciones adecuadas: *bonam vitam, amo te, ama me*, o los nombres de los prometidos. En los primeros tiempos, el esposo mismo *ponía* el anillo de alianza en el dedo de la esposa. En un texto del *Digesto*, Paulo habla de un anillo *enviado* por el esposo a la esposa. Se colocaba en el dedo anular de la mano izquierda, o sea en el más próximo al meñique, y en todas las monografías se remonta esta costumbre a los egipcios, reproduciendo una razón dada por Apión, recogida por Aulo Gelio y que nos ha sido transmitida por nuestro San Isidoro: abierto el cuerpo humano, se ha encontrado un nervio tenuísimo que, partiendo de aquel dedo, llega hasta el corazón. De aquí el nombre de *digitus medicinalis* que Macrobio nos ha conservado. En San Isidoro, el nervio se transforma en vena, y todavía, en el siglo XVII, Sánchez repite la explicación (1).

Las funciones jurídicas y las aspiraciones morales condensadas en el anillo esponsalicio no se prestan a un riguroso análisis. Ya formaliza la unión, ya sirve de prenda al compromiso, ya es un medio probatorio, ya es añadido con el carácter de arras para reforzar la *sponsio*, ya representa la fe en la observancia del acuerdo concluido, ya sujeta a la mujer a la decisión del futuro marido.

El Cristianismo reconoció el valor jurídico y el simbolismo moral del anillo, que no sólo fué aceptado como arras esponsalicias, por lo cual la mujer a quien el esposo había dado un anillo se llamó *subarrhata*, sino que fué extendido como signo de amor y de fe a las vírgenes del Señor y a los prelados, desposados en cierto modo con su Iglesia.

Con el nombre de arras se transmitió la costumbre a los germanos, que, al decir de los modernos escritores alemanes, no la conocían, y en una de las leyes visigóticas, que ya hemos citado (2).

(1) No es cierto, como afirma Chenon (loc. cit. 612), que Sánchez sostenga que el anillo debe ser colocado en el dedo mayor. La frase *in medio digito annulari ponitur* significa en medio del dedo, *circa medium digito*, como dice el Manual Salmanticense del año 1532.

(2) L. 3, tít. 1, lib. 3.º, del For. Jud.

aparece el *annulus pronubus arrarum nomine datus*. A través de los primeros siglos de la Edad Media se perpetúa el uso del anillo en la Iglesia del Occidente, mientras que en la Iglesia de Oriente se introduce una modificación que más tarde encontramos en algunos ritos matrimoniales: el cambio de los anillos entre los esposos (*permutatio annulorum*).

La confusión que en la doctrina hemos observado entre esponsales, desposorios y matrimonio se refleja en el tránsito desde el anillo esponsalicio al anillo nupcial de la liturgia católica. Brandileone afirma que la ceremonia de la *subarrhatio*, practicada durante la alta Edad Media con la *desponsatio* y la *traditio*, no corrió la suerte de estos actos, desaparecidos a medida que iba imponiéndose a las conciencias y a las leyes el reconocimiento de la personalidad de la mujer. Sobre los dos momentos que en un principio eran jurídicamente insignificantes: la declaración de voluntad de la mujer y la *subarrhatio*, se concentra ahora todo el valor jurídico, y de su unión resulta el matrimonio (1). En el siglo X, el anillo nupcial se ha extendido y comienza a abandonarse el esponsalicio.

En el *Memoriale Santorum*, de San Eulogio, que sufrió el martirio el año 859, al referirse al matrimonio de Aurelio con Sabigothona, se habla del documento esponsalicio y de las arras (*arrharum que pignore alternanti*) y de la bendición sacerdotal acostumbrada, y con mayor claridad en los manuscritos del monasterio de Silos, bajo la rúbrica *Ordo arrharum*, aparecen ya los *duos annulos* que caracterizan a la liturgia mozárabe. Como se podrá observar, sigue empleándose la palabra *arras* y sus derivados, aunque no se trate ya de asegurar un compromiso, sino de poner en evidencia el estado matrimonial. En los rituales y documentos de Francia, Italia e Inglaterra, la palabra *subarrhare* se refiere a una formalidad del matrimonio mismo, y el papa Alejandro III, en una decretal dirigida al abad de Montecasino (que fué recogida en la colección de Gregorio IX), emplea la frase «*subarrhare ante la Iglesia*» como sinónima de casarse. En todo el Occidente de Europa, y acaso en España (2) antes que en ningún

(1) Saggi, pág. 427.

(2) De los precedentes ya citados y de la justificación que el empleo del anillo recibía de los textos de San Isidoro, de la *Lex Wisigothorum* y del Fuero Juzgo, podemos inferir que el *annulus* o la *sortia* fueron el signo propio de

sitio, el anillo es una prueba del matrimonio; en las canciones de gesta francesas se llama a la mujer casada *dame d'anel*; en los estatutos italianos, *sponsa anulata* equivale a mujer verdadera; en Inglaterra, *ringed virgin* es sinónima de *uxor*, y de aquí la presunción admitida paulatinamente de que toda mujer que lleve un anillo en el dedo debe ser tenida por casada. Las cosas, sin embargo, no marcharon con el mismo paso en los pueblos de Occidente. En la glosa sobre el Decreto se hace constar que, según la opinión de Huguccio, la entrega del anillo por el esposo, lo mismo que la dación de arras, constituyen una presunción de matrimonio, como lo demostraba la fórmula empleada por el sacramentario Gregoriano para bendecirlos: «Benedic, Domine, has arrhas». Esta oración que, por otra parte, no separa con gran energía las arras esponsalicias de las matrimoniales, se encuentra ya en algún manuscrito del *Liber ordinum* de la liturgia mozárabe y visigótica anterior a Gregorio VII. Pero en las Partidas se conserva el anillo en los desposorios celebrados de manera «que muestra el tiempo que es por venir»; por ejemplo, añaden, con referencia al hombre que se dirige a la mujer: «Quando le mete algún anillo en el dedo, diciendo así: Yo te doy este anillo, en señal de que casaré contigo» (1). De ahí que los intérpretes indicasen que la sola inmisión del anillo nada significa, si de las palabras precedentes o subsiguientes no apareciera la voluntad de contraer matrimonio o esponsales. Y, además, los canonistas atendían al momento en que se entregaba el anillo, a la costumbre local y a la persona que le imponía.

No podemos detenernos a enumerar las variantes de la ceremonia nupcial que se observan entre los diversos rituales de la Edad Media, en lo atinente a la bendición del anillo o anillos: en unas diócesis se exigía que fuera uno sencillo y de plata; en otras se empleaba de oro; la bendición se hacía antes o después de prestar

los esponsales *per verba de præsenti*, y que las palabras *annulo desponsare* tendrían en nuestra patria el valor extraordinario que les atribúan los pueblos sujetos al derecho longobardo (Brandileone, op. cit., pág. 250). Nuestro Covarrubias afirma que se entregaba el anillo en prenda de matrimonio contraído, como las arras suelen ser entregadas en prenda de la venta celebrada (op. cit., p. II, cap. IV, núm. 4). El paralelo no está a la altura del autor.

(1) U. 2.^a Tít. I de la P. 4.^a

el consentimiento e iba precedida o seguida de una oración. En el *Manual Salmantino*, anterior al Concilio de Trento, ya aparece separada la bendición de los dos anillos, de la bendición de las arras propiamente dichas, si bien después se añade una bendición común *super utrumque*. En cuanto a la imposición del anillo, las prácticas también eran muy variadas: por regla general, el esposo recibía el único anillo de manos del sacerdote y lo aplicaba sucesivamente a los dedos pulgar, índice y mayor (donde lo dejaba) de la mano derecha de la mujer, y en algunos sitios lo colocaba en la izquierda, a diferencia de lo que sucedía al consagrar a un obispo, que lo lleva en la mano derecha, en prueba de íntegra y plena castidad. En el Ritual romano el esposo lo coloca sencillamente en el anular de la mano izquierda de su esposa. Y en muy pocos era el mismo sacerdote quien lo ponía a la esposa en el dedo anular izquierdo o en otro, según la costumbre o el uso de la familia.

En España, unos Rituales ordenan se coloque por el esposo el suyo, en el índice de la mano derecha de la esposa, y por ésta se ponga al esposo *in extremum dexteri* (meñique); otros, en el anular de la mano izquierda de la esposa y del esposo o en el anular de la derecha; algunos siguen al Ritual romano y emplean un solo anillo; el Salmantino de 1532 manda que el esposo ponga el anillo en el anular izquierdo de su esposa, y el sacerdote en el mismo dedo de la derecha del esposo; en el Manual Toledano principia el sacerdote por imponer un anillo en el dedo anular del esposo y le entrega luego el otro para que lo coloque en la diestra de la esposa.

Por último, en la celebración de los Reales desposorios de la Infanta Doña Isabel Alfonsa con el Conde de Zamoyiski, se bendijeron separadamente las arras y los anillos, luego ambos símbolos conjuntamente, y en seguida, individualmente, el anillo del esposo, que Su Eminencia puso en el anular de la mano derecha del mismo, bendiciendo otra vez el anillo destinado a la esposa, que entregó al Conde para que se lo pusiera en el anular de la mano derecha. En nuestro tiempo, el anillo esponsalicio y las arras del mismo carácter han desaparecido. Al pedir a la novia, suele regalarsela una pulsera, y aquélla, a veces, envía al novio una sortija, pero ésta ha perdido la función tradicional.

LAS ARRAS

Ya se comprenderá que no vamos a entrar en el laberinto jurídico formado por los elementos y restos de la dote visigótica, las donaciones *propter nuptias*, las garantías o cláusulas penales y los sistemas de contratación romano y germánico, cuyo estudio se impone a quien quiera orientarse en la investigación de las arras castellanas.

Nos limitaremos a dar algunas indicaciones sobre las monedas benditas por el sacerdote que figuran en el Ritual muzárabe, tan conocido en este punto por todos los españoles.

La primera de las tres formas del matrimonio judío, o mejor dicho, de las maneras de adquirir una mujer (*pecunia, coitus, contractus*), requería, sobre todo entre gente iletrada, el empleo de una moneda *pruta* o *peruta*, cuya entrega acompañaba el marido con palabras que indicasen el lazo contraído; por ejemplo: serás mía, me estás reservada, eres mi esposa, u otras semejantes. Aparte de la barra de cobre del rito de la *coemptio*, encontramos entre los romanos los tres ases que la mujer llevaba al marido: uno en la mano, otro en el pie y otro en una bolsa, y también las piezas de oro que el marido entregaba sobre un plato a su mujer después de la conducción al hogar doméstico, como *pretium virginitatis* (1). Con estos precedentes y el ya discutido más arriba de la compra al *mundoaldo* de la mujer, en los pueblos germánicos, no nos extrañará tanto la costumbre franca, acreditada por la ley y fórmulas sálicas, de entregar en el acto matrimonial, por una viuda, tres sueldos y un denario, y por una virgen, un sueldo y un dinero, de dónde la frase *solido et denario sponsare* (casarse por el sueldo y el denario). Ahora bien, de multitud de pasajes de la Ley Sálica se deduce que el sueldo de oro romano equivalía a 40 dineros de plata, pero entre los Ripuarios se admitía el cambio de un sueldo por doce dineros (*pro solidi duodecim denarios*), y esta costumbre se generalizó en tiempo de los Carolingios, que eran francos ri-

(1) San también de tenerse en cuenta las influencias de la antigua legislación babilónica y del Código de Hammurabi en el derecho provincial del Imperio.

puarios, según lo atestiguan las Capitulares de fines del siglo VIII y principios del siguiente. El sueldo, sin embargo, era una moneda de cuenta, no existía en realidad, y de aquí el constante empleo de los 13 dineros para pagar un sólido y un denario.

¿Cómo pasó este rito a las monarquías de la reconquista? No podemos hacer mucho hincapié en la ya citada ley de Recesvinto, que ordenaba no se celebrase matrimonio sin dote, porque en el *liber ordinum* de la iglesia visigótica y muzárabe no figuran las monedas al lado de los anillos, bajo la rúbrica *ordo arrarum*. Acaso la influencia francesa, que, a partir de Carlomagno, es tan evidente, explique la aparición del rito en la monarquía leonesa (1). No creo, sin embargo, que la entrega de las trece monedas haya significado la constitución de una dote real y efectiva, como en algunas diócesis francesas, ni que tuvieran la función de garantía, como en las aldeas de Mecklemburgo, donde se rompía con los dientes la presa metálica, entregando los trozos a los prometidos, o en los festines de petición de la zona del Jura, en que el novio pasaba a la novia un plato con monedas de oro o plata, que ella recogía para perfeccionar el compromiso. En España, los Rituales consignan expresamente, después de indicar que el sacerdote debe dar las arras al esposo, y la esposa debe colocar las manos para ampararlas, las frases: «Esposa, estas arras vos dono, en señal de matrimonio, así como manda la yglesia de Roma» (M. Hispalense). El Manual Valentino de 1514, que regula la bendición de dos anillos, a los cuales llama arras, nada dice de las monedas; el de 1746 se refiere a la bendición de un anillo y no habla de las arras. En cambio, el Salmantino de 1532 ordena que se pongan sobre el libro trece dineros y un óbolo; esto es, una moneda que tenga el signo de la cruz, u otra cualquiera, si no la tuvieran los desposados, y trae una fórmula que recuerda a

(1) No me atrevo a explicar estas innovaciones por «el hecho capitalísimo del afrancesamiento de la corte de Alfonso VI, con sus dos yernos borgoñones y la turba de monjes de Cunya levantados a las primeras cátedras episcopales y a las más pingües abadías de Castilla, de Portugal y de León» (M. Pelayo. *II. de la poesía castellana*, I, 134), porque el cambio de rito entonces llevado a cabo debía tender a dejar en la sombra las ceremonias regionales, y las trece monedas, como los dos anillos, nos separan del Ritual romano, que sólo admite un anillo bendecido y entregado por el sacerdote al novio para que se lo ponga a la esposa.

las francesas (1): «Esposa, contigo me desposó y estas arras te dono y con mi cuerpo te honoro...». Para el Manual Toledano (1680), las arras *suelen* ser trece monedas, y la fórmula: «Esposa, este anillo y arras os doy en señal de matrimonio», a lo que responde la novia: *Ego recipio*.

Las piezas de moneda hoy día son ordinariamente las de curso forzoso, pero en otros tiempos había *dineros para casarse*, con leyendas y emblemas adecuados. Como el Ritual romano, que sólo bendice un anillo, está vigente en Francia, los obispos han tenido que colmar la laguna en las diócesis donde la costumbre de la *treceña* estaba muy arraigada, con la publicación de suplementos, que se mantienen en la línea de nuestro Ritual mozárabe. En algunas diócesis se recomendó a los párrocos que no permitieran de ningún modo que en la iglesia se diese algo a la esposa, ni por el esposo, ni por los parientes o amigos, antes o después de contraer matrimonio.

EL ÓSCULO

No es fácil precisar de dónde ha venido la costumbre de cerrar con un beso los desposorios. Parece que entre los antiguos romanos no se besaba a la prometida, y la afirmación hecha por Quintiliano de que no bastaba el ósculo para demostrar que un impúber era marido de la besada, nos prueba que, en la vida ordinaria, se reputaba el beso como un atentado a la castidad y como una quiebra del pudor femenino. Sin embargo, en las regiones más remotas del Imperio Romano, en Oriente y Occidente, aparecen ritos y preceptos que confieren al ósculo un excepcional valor, ya que sirve no sólo para confirmar los esponsales, sino que transforma a la esposa en cuasi-mujer. Poco de extraño tiene el rito en Oriente, donde los precedentes babilónicos, bíblicos y talmúdicos habían de reflejarse en el pensamiento cristiano. Para éste nada había más común y santo que el ósculo, según Mazochio (1), y en las oraciones, como en la sagrada sinaxis, y en el saludo corriente figuraba como prueba de mutuo amor y fidelidad. Al texto del

(1) V., por ejemplo, la de París, con referencia al anillo: «*De isto anulo te sponso, et isto auro te honoro, et de ista dote te doto.*»

(1) Loc. cit. Diat. prier.

Génesis (XXIX-11), que cuenta el idílico encuentro de Jacob y Raquel; se añaden múltiples pasajes de San Pablo y el final de la primer epístola de San Pedro, que recomiendan el saludo por el santo beso. Pero al mismo tiempo hallamos la costumbre en el centro de la Bética. Precisamente la Constitución de Constantino que dispuso que la prometida, caso de haber intervenido ósculo, retuviera, por muerte del novio, la mitad de las donaciones que antes de las nupcias hubiera recibido, va dirigida a Tiberiano, vicario de las Españas, y, según los estudios modernos (1), recibió la inspiración semítica del Código de Hammurabi y del derecho provincial sirio-romano. Así se explica que el canon 54 del Concilio de Ilíberis y el 98 del Trulano califiquen de crimen grave la ruptura de los esponsales contraídos en esta forma, como si se tratase de un verdadero adulterio.

La ley romana de los visigodos y los epítomes sobre ella formados conservan la Constitución de Constantino, y en atención a que el ósculo es un verdadero título adquisitivo, concluyen en Francia por hacer sinónimos *titulus osculi* e instrumento público de donación, y por dar al verbo *osclare* la significación de *dotar*. La sobrevivencia de aquel precepto o de algo semejante en nuestra legislación, no se discute, y de ello da clara muestra una de las fazañas recogidas en el Fuero Viejo, que pone al mismo tiempo de relieve el pudor y el orgullo de una rica hembra castellana:

Esta es fazaña de Castiella: Que Doña Elvira, sobrina del arcediano D. Mateo de Burgos, e hija de Ferrán Rodrigues de Villarmentero, era desposada con un cavallero e dióle el cavallero en desposorio paños, e cinteras, e una mula ensillada de dueña, e partióse el casamiento e non casaron en uno; e el cavallero demandó a la dueña quel diese suas cinteras e todas las otras cosas que le dió en desposorio, que non av e porque ge lo dar; e vinieron ante D. Diego López de Faro que era Adelantado de Castiella, e dijieron suas razones antel cavallero, e suo Tío el Arcediano, que era raçonador por la dueña; e judgó D. Diego, que si la dueña otorgaba que avía besado y abraçado al cavallero, después que se juraron, que fuese todo sua de la dueña quantol avía dado

(1) Koschaker-Zur Gesch. der arrha spons. (En la revista de Savigny. Parte románica. XXXIII-383.)

en desposorio, e si la dueña non otorgaba que non avie abraçado, nin besado al cavallero, después que fueron desposados en uno, que diese todo lo que resciviera; e la dueña non quiso otorgar que la avía abraçado nin besado, e diol todo lo que avía dado (L. 5.º, Tít. I, l. 4.ª).

• • •

En los Rituales citados podemos seguir la desaparición de esta costumbre. Uno de los manuscritos de Santo Domingo de Silos, después de la entrega de los anillos, preceptúa que la mujer dé al marido el ósculo de paz *que es un verdadero testimonio*. En los demás, sólo queda la dación de paz, en la misa nupcial: según el Hispalense, después del *agnus* y conforme a la prescripción del Papa Inocencio; según el Salmanticense, el ministro que ha recibido la paz del oficiante la da al esposo y éste a su esposa, y según el Matritense, se concede a ambos la osculación del manípulo y la paz conforme a la costumbre española (*more hispano*). Esta frase puede contraponerse a los usos de las diócesis de Rennes, Evreux, París y York, en donde el esposo se acercaba al celebrante, recibía el beso de paz de él y besaba luego a la esposa.

La Iglesia latina abandonó, pues, muy pronto, los esponsales solemnes con invocaciones adecuadas, ósculo y arras. En la Decretal del Papa Benedicto, de autenticidad sospechosa, recogida por Graciano (1), ya se afirma terminantemente que el *ósculo* no engendra parentesco, porque no implica *sanguinis commixtionem*. Poco antes del Concilio de Trento, el ósculo era en Italia una ceremonia que se unía a las palabras de presente, aun en los matrimonios celebrados ante Notario. Pero, después de aquél, la oposición de la Iglesia a tales manifestaciones, que provocaban la risa y la irreverencia de los asistentes, se hizo más enérgica, imponiendo los sínodos multas o advirtiendo que, aunque mediaran promesa, fe, juramento y ósculo, los matrimonios serían nulos si no se observaba lo dispuesto en el Decreto Taultri.

Para nuestro Covarrubias, los esponsales real y verbalmente de futuro no se transforman en matrimonio por los abrazos, besos

(1) Tít. XXVII G. 2.º. C. 18.

o donaciones, a menos que no se desprenda de tales actos un consentimiento conyugal, y si se trata de esponsales jurídicamente de futuro, verbalmente de presente, la transformación sólo tenía lugar cuando los indicados signos intervinieran después de llegar a la edad exigida para celebrar matrimonio.

EL VELO Y EL YUGO

Tampoco se ha podido poner en claro el origen de esta ceremonia, que no sólo ha dado su nombre al matrimonio (*nubere-nuptias, jugalis-conjugalis*), sino que ha sido casi elevada a la categoría de elemento característico del acto solemne por la ley 47 de Toro.

Hay quien supone que es una transformación del *huppâh* judío, especie de dosel o palio preparado en la cámara nupcial y bajo el cual se collocaban los esposos, pero este rito, de un subido color, es más bien el precedente de la bendición del lecho. Buena prueba de ello es el rito visigótico, que conserva la aspersion de sal y las bendiciones de la cámara y lecho nupcial con separación completa de la velación propiamente dicha que tiene lugar antes del *nissa acta est*.

Por eso nos inclinamos a ver en la ceremonia una supervivencia de la costumbre oriental de velarse las mujeres para hablar a los hombres, recordada por el pasaje del Génesis (XXIV-65), con referencia a la primera entrevista de Rebeca e Isaac, o acaso un producto de la adecuación del velo que llevaba la mujer casada en Roma (*flammeum nuptiale*) a la idea de modestia y recato que tan grata había de ser a los Padres de la Iglesia. San Ambrosio menciona el rito como fundamental en el matrimonio cristiano, santificado por el velo sacerdotal y la bendición; el Papa Siricio, en una carta a Himerio, obispo de Tarragona, lo llama velación conyugal, y el Papa Nicolás I, en la citada epístola a los búlgaros, añade que quien pasa a segundas nupcias no recibe el velo celeste.

Sin embargo, no coincide con este pensamiento, el *pallium* de algunas diócesis francesas, especie de manta o cubierta que se extendía sobre los esposos prosternados, después del *Sanctus*, y cuyas esquinas eran sostenidas por cuatro hombres. Todavía se

aleja más de las ideas de pureza y castidad, la legitimación de los hijos habidos por los que se casan, mediante colocación bajo el palio, ceremonia frecuente en el Norte de Francia y en Inglaterra.

Los Rituales españoles a que venimos refiriéndonos recogen en la misa nupcial la velación, que tiene lugar: antes de despedir al diácono, con paño o lienzo, y puesto encima el yugo blanco y grana (Santo Domingo de Silos); «alzando el Corpus Christi, cubran los novios con un velo, al novio por el cuello y a la novia por cima de la cabeza» (Hispalense); después de la comunión, el sacerdote les ha de velar (*velet ipsos*) al varón por el hombro y a la mujer sobre la cabeza (Valentino, 1514); después de comulgar los esposos, con velo de seda (Valentino, 1746); después del Prefacio, con un lienzo y con un cingulo bendito que ha de abarcar a la mujer y terminar en los hombros del esposo (Salmanticense, 1532); una vez dicho el *pater noster*, con velo blanco y púrpura, si cómodamente se puede hacer, pero advirtiéndolo que hay costumbre de poner un *yugo* sobre los hombros de ambos (Toledano, 1680), y del mismo modo el Matritense de 1885.

El problema de las velaciones adquirió un carácter eminentemente jurídico con la promulgación de la ley 47 de Toro, a cuyo tenor «el fijo o fija casado e *velado* sea habido por emancipado en todas las cosas para siempre». Gregorio López, recogiendo el dicho de un hombre docto, afirmaba que la palabra *velado* era un semillero de pleitos, pero González Téllez y Llamas y Molina parecen interpretarla en el sentido de recibir la bendición del sacerdote al tiempo de celebrar el matrimonio. Mas como este criterio enredaba de nuevo la disputa con la grave cuestión de la bendición de las segundas nupcias, Llamas concluye por equiparar la frase con la de celebración *in facie Ecclesiæ*, o matrimonio no clandestino.

En el ya citado «Ceremonial Eclesiástico» se incluye bajo la rúbrica «Velaciones», la bendición de las arras y de los anillos, y en la «Santa Misa» se anota que «poco antes de la oración dominical se pone a los augustos contrayentes el velo y el yugo conyugal». Una de las preces hace pensar en la afirmación de algunos autores que ven en el velo la representación del lecho conyugal: la frase *uni thoro juncta, contactus illicitos fugiat*, que el

texto castellano atenúa (1), no tan cruda como la del ritual visigótico *ita sibi conjugale debitum reddant*, se encuentra ya en el Manual Hispalense de 1494 (y en los antiguos sacramentarios leonino y gelasiano), que concluye igualmente pidiendo la fecundidad para la mujer y que ambos cónyuges vean los hijos de sus hijos hasta la cuarta generación. Después de la lectura de tan castas y poéticas invocaciones, con dificultad se explica cómo ha desaparecido la ceremonia en el Ritual romano y, lo que es más grave, cómo la Sagrada Congregación de Ritos, preguntada si podía ser incluida entre las costumbres francesas laudables, aprobadas por el Concilio de Trento, contestó en 7 de Septiembre de 1850 negativamente y la consideró incluida en la reprobación decretada en 29 de Febrero de 1606 (2).

El empleo de los colores grana y blanco del yugo (*facto de coccino et albo*), como dicen los libros de Santo Domingo de Silos, o del *velo candido vel (?) purpureo*, como indica el *Missale... ecclesiæ Toletanæ* de 1550, nos lleva por una indicación expresa de éste último, a un texto de San Isidoro (3), que simboliza con la blancura una vida casta y con la púrpura la sangre transmitida a las generaciones futuras.

LA DACIÓN DE MANOS

Es natural que esta ceremonia, o mejor dicho este movimiento instintivo que sirve en casi todos los pueblos para cerrar un contrato y que en el Libro de Tobías (VII-15) aparece como un rito empleado por Raquel para casar a su hija Sara con el joven Tobías, una vez reforzado por los precedentes griegos y romanos, haya influido en la liturgia católica de la Edad Media.

San Gregorio Nacianceno, excusándose en una carta por no poder asistir a una boda, añade: estaré presente con el alma y la voluntad, celebraré la fiesta y pensaré que uno las diestras juveniles. Para Tertuliano implica la dación del ósculo y de las manos una resignación del pudor, y en un texto de San Agustín, que nos han conservado las Decretales de Gregorio IX, se declara que

(1) «y que unida solamente a su marido, huya de todo contacto ilícito», pág. 30, segunda columna.

(2) *Manuale tol. juris can.* Craisson. III, 4169.

(3) *De ecclesiast. offic.*, II-19.

aun cuando no se apriete la mano, existe el consentimiento si con el corazón y la boca se expresa la voluntad de casarse y la entrega mutua de los cónyuges.

Durante la Edad Media parece que el estrecharse las manos podía usarse lo mismo para celebrar esponsales que para contraer matrimonio, particularidad que no ha de extrañarnos una vez vistas las dificultades que presenta la separación neta de aquéllos y éste.

De todos modos, la *unctio manuum* equivale a una prestación de fe o consentimiento. De aquí las frases *fides data*, y la importancia de la dación de manos ante la puerta de la iglesia (1), o la unión *dextrarum* hecha por el sacerdote, con variantes sin importancia en los rituales de Francia, Alemania e Inglaterra. *Handfasted persons* (los que se han dado la mano) equivale a cónyuges.

En los libros de Santo Domingo de Silos, encontramos la entrega de la esposa al varón hecha por el mismo sacerdote, pero no la unión de las diestras. El H'spalense, después de la bendición y entrega de las arras, dice así: «E mande el sacerdote al esposo que la tome por la mano a la esposa y váyanse para el altar y oigan su misa.» El Valentino de 1514 preceptúa con frase ambigua que les coja el sacerdote las manos (*manibus eorum acceptis*) antes de la manifestación del consentimiento; en cambio, el Valentino de 1746 aplaza para después de haberlo manifestado la intimación de *jungere dexteras*. El Salmanticense ordena al sacerdote que reciba las manos juntas de los dos para hacer las preguntas. En el Toledano de 1680, el sacerdote pone la mano derecha del esposo sobre la diestra de la esposa para declarar solemnemente que los desposa. El Ceremonial Eclesiástico citado dice después de las interrogaciones: «Aquí se dan los augustos contrayentes la mano derecha...»

En el Codex de D. Alfonso Carrillo de Albornoz (1500), la bendición de los anillos y de las arras tiene lugar *ad ostium ecclesiae* y al entrar en el templo el esposo lleva de la mano a la esposa.

Las variantes de los misales y libros españoles se explican te-

(1) *Ante ostium*, «ad januas», *in porta ecclesiae*, *ad valvas*, dicen los rituales y pontificales.

niendo en cuenta que hay dos momentos fundamentales en que la ceremonia puede ser intercalada: 1.º Cuando el sacerdote confirma el matrimonio, antes de bendecir los anillos; 2.º Después de bendecidos los anillos y las arras, y al adelantarse hacia el altar para oír la misa nupcial. Es natural que el Hispalense, que no contiene fórmula de conjunción, coloque la dación de manos (1) en el momento de hacer a la mujer la única pregunta: «Vos, Fulana, ¿otorgades vos por mujer y esposa de Fulano?...» Lo mismo el Valentino de 1514, en donde el sacerdote coge las manos aun para recibir el consentimiento del procurador del novio. En el Salmanticense se procede del mismo modo, porque, si bien consigna ya la fórmula «Ego ex parte Dei omnipotentis... vos sponso», no la reputa como substancial y deja al sacerdote en libertad de decirla o no. Por el contrario, en el Manual Valentino de 1746, que no contiene interrogaciones (1), sino declaraciones de los cónyuges, el sacerdote les manda *jungere dextras*, para decir: «Ego conjungo vos in matrimonium.» Y en forma análoga, el Ritual Toledano, después de las tres preguntas, y el Ceremonial aludido.

Como el Codex de Albornoz empieza por la bendición de los anillos, nada ordena sobre la dación de manos hasta que todos entran en la iglesia. El Manual Toledano también indica que el sacerdote debe coger la mano derecha de ambos cónyuges para introducirlos en la iglesia, y en el Ceremonial «hace Su Emma la acción como de tocarlos» y camina delante de ellos. Este último rito carece de la solemnidad y del significado de la *unctio dextrarum*, hoy consagrada por el ritual romano y el muzárabe.

OTROS RITOS

Carecen de importancia para nuestra patria la bendición del pan y del vino, así como la de la cámara y lecho, que hemos encontrado en el ritual visigótico. Alguna vez hubieron de sujetarse nuestros monarcas a las costumbres alemanas, que llegaban en estos particulares a un realismo incomprensible para los españoles de todos los tiempos.

(1) Después de amonestar a los presentes para que digan si saben «algún caso porque este matrimonio no deva ser fecho», prosigue: «E si no fuese fallado contrario, tómese las manos...»

(1) «Yo N. recibo en legítima mujer mía a vos...»

More teutónico se exigía a los desposados que, en presencia de los testigos, y a veces después de quitarse los vestidos, ocuparan el lecho corriendo las colchas, y hasta se cuenta de uno de nuestros embajadores, representante de una real persona, que no llevaba la ropa interior tan cuidada como las circunstancias lo exigían en el momento de celebrarse el matrimonio por poder.

Eneas Silvius nos cuenta, en su vida y hazañas de Federico III, que, cuando se casó éste con Leonor de Portugal, ambos se acostaron vestidos en presencia del Rey Alfonso y de los grandes, sobre un lecho preparado, según era costumbre entre los alemanes; pero las mujeres españolas que asistían al espectáculo, en cuanto vieron correr la colcha, tomando la cosa por lo serio, protestaron indignadas, y dijeron que el rey no debía permitirlo; lo cual, añade el historiador, fué motivo de risa y algazara.

JERÓNIMO GONZÁLEZ.

BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO

Capital: 50.000.000 de pesetas

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, y otros preciosos, etc., un departamento de CAJAS DE ALQUILER con todas las seguridades que la experiencia aconseja. Este departamento está abierto todos los días laborables desde las 8 a las 14 y desde las 16 a las 21 horas. **Horas de Caja:** de 10 a 14.

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

Jurisprudencia de la Dirección de los Registros y del Notariado

BIENES COMUNES EN ARAGÓN. CONSENTIMIENTO DE LA MUJER O RESERVA DE SU DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD. AL REDACTAR LAS ESCRITURAS DE ENAJENACIÓN O GRAVAMEN POR EL MARIDO DE BIENES COMUNES, RAÍCES O INMUEBLES, SIN CONSENTIMIENTO EXPRESO DE LA MUJER, DEBEN DEJARSE A SALVO LOS DERECHOS DE VIUDEDAD QUE A LA MISMA PUEDAN CORRESPONDER.

Resolución de 11 de Julio de 1929. (Gaceta de 22 de Septiembre de 1929.)

Ante el Notario de Zaragoza, D. Carlos López de Haro, compareció, en 6 de Diciembre de 1927, D. Pascual Ferrer Gastón a otorgar escritura, por la que en garantía de un préstamo hipotecaba varias fincas, haciéndose constar que no concurría al otorgamiento la mujer del deudor por tratarse de bienes comunes, con arreglo al artículo 49 del Apéndice al Código civil, correspondiente al derecho foral de Aragón.

La escritura redactada se presentó en los Registros de la Propiedad de Jaca y Huesca, y por los Registradores respectivos se pusieron las siguientes notas: «No admitida la inscripción de este documento, en cuanto a la finca número 6, única correspondiente a este Registro, por el defecto de no concurrir al otorgamiento la mujer del deudor, ni reservársele expresamente su derecho expectante de viudedad. Y habiéndose considerado insubsanable el defecto advertido, no puede tomarse anotación preventiva»; y «Denegada la inscripción del precedente documento en cuanto a las

fincas 1 al 5, correspondientes a la demarcación de este Registro, porque aun cuando el Registrador que califica opina que el artículo 413 del Código civil es aplicable en Aragón, teniendo en cuenta lo preceptuado en los artículos 49 y 63 del Apéndice foral, se observa el defecto de no haber prestado su consentimiento la mujer del hipotecante, ni habérsele reservado expresamente su derecho expectante de viudedad. Y pareciendo insubsanable dicho defecto, tampoco ha lugar a la anotación preventiva, si se solicitara.»

Interpuesto recurso por el Notario, y previo informe de ambos Registradores, el Presidente de la Audiencia confirmó las notas denegatorias, y la Dirección general confirma el auto apelado, declarando que la escritura no se halla extendida con arreglo a las formalidades legales, con los siguientes fundamentos:

A pesar de la decisión con que el Tribunal Supremo, esta Dirección general y la opinión de los Jurisconsultos aragoneses tendían a sustituir en aquella región el concepto de bienes comunes por el de bienes gananciales, y a justificar la aplicación del artículo 413 del Código civil para conceder al marido la facultad exclusiva de enajenar los bienes sitios comunes, es indudable que, en vísperas de promulgarse el Apéndice, existía una corriente doctrinal que, apoyada en los textos de Molino, Portolés, Lissa, La Ripa, Martón y Satapau y Nogués, estimaba que, conforme a las Observancias segunda, *Ne vir sine uxore*, libro II, y 26 *De jure dotium*, libro V, debía mantenerse el derecho de viudedad correspondiente a la mujer en los bienes sitios comunes, enajenados por el marido, sin ninguna manifestación de la mujer que equivaliese a su renuncia o consentimiento.

Como un término medio en las antiguas prohibiciones forales, que negaban al marido la facultad de enajenar bienes inmuebles sin el consentimiento de la mujer, y los últimos avances de la jurisprudencia que parecía inclinada a permitir la enajenación libre de las fincas comunes, sin dejar a salvo el derecho de viudedad, el artículo 49 del Apéndice correspondiente al derecho foral de Aragón, después de declarar que el marido está facultado para disponer, no solamente de sus privativos bienes, sino también de los que tienen la consideración de comunes, estatuye, en cuanto a los raíces o inmuebles en que pueda corresponder viudedad a

la mujer, que este derecho, si no hubiese dado ella expreso consentimiento, quedará a salvo, no obstante las enajenaciones que hiciere o gravámenes que impusiere el marido.

Por muy conveniente que resultare para el comercio de inmuebles la continuación de la trayectoria jurídica iniciada por el Tribunal Supremo; y seguida por esta Dirección general, y por deficiente que parezca el otorgamiento al marido de la facultad de disponer de los bienes inmuebles comunes, con subordinación a los futuros derechos de su mujer, es innegable que tanto la letra del expresado artículo 49 como la inclusión en el artículo 63 de los bienes raíces o inmuebles que hayan aportado al matrimonio los cónyuges, o que con posterioridad adquieran, así a título lucrativo como a título oneroso, no autorizan al intérprete para declarar desligados del derecho expectante y recíproco de usufructo viudal las fincas hipotecadas en la escritura origen de este recurso.

La posibilidad de que al liquidar la sociedad conyugal no exista neto haber remanente, y, por tanto, carezca de base el presunto derecho de viudedad, es cuestión ajena a las garantías que deban adoptarse en la redacción del instrumento público de enajenación o gravamen, porque la salvaguardia explícita del derecho de viudedad correspondiente a la mujer no significa constitución y reconocimiento de tal situación jurídica, sino una mera consignación de la posible existencia de un derecho, y una advertencia hecha a los terceros adquirentes, para que no puedan apoyarse en el principio de publicidad hipotecaria y negarse a sufrir la repercusión legal de la prevista viudedad sobre su propio patrimonio.

TESTAMENTO. PROHIBICIÓN DE ENAJENAR. EL AUTO JUDICIAL AUTORIZANDO PARA ENAJENAR BIENES NO PUEDE TENER EFECTIVIDAD CUANDO SE TRATA DE LOS ADQUIRIDOS CON SUSTITUCIÓN FIDELICOMISARIA Y PROHIBICIÓN DE ENAJENAR. LA SUSTITUCIÓN FIDELICOMISARIA PUEDE HACERSE, NO SÓLO EN FAVOR DE PERSONAS QUE VIVAN AL FALLECIMIENTO DEL TESTADOR, SINO TAMBIÉN DE LAS NO EXISTENTES EN DICHO MOMENTO, SIEMPRE QUE NO PASEN DEL SEGUNDO GRADO.

Resolución de 16 de Septiembre de 1929. (Gaceta de 13 de Octubre de 1929.)

Falleció D. Pablo Vallesca Erra, legando en su testamento la mitad del tercio libre de sus bienes a sus dos hijos, D. Pablo y D. Antonio Vallesca Luque, sin poderlos enajenar en modo alguno, pasando a su fallecimiento a los hijos de éstos, adjudicándose a dichos legatarios, en pago, una casa por mitad y proindiviso. El D. Pablo, con la conformidad de su hija D.^a Dulce, solicitó y obtuvo del Juzgado de primera instancia de Melilla autorización para enajenar en nombre de su otra única hija menor de edad, D.^a María Luisa, con obligación de adquirir otras dos fincas. Con estos antecedentes, D.^a Dulce, y una representación de D. Pablo, venden la mitad de la casa de referencia, y el D. Pablo Vallesca Luque adquiere dos fincas urbanas, con la obligación de conservarlas, sin poderlas enajenar, y pasando a su fallecimiento a los hijos que deje al morir.

El Registrador de la Propiedad de Melilla puso en la escritura la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento por observarse las siguientes faltas: 1.^a Haber adquirido por iguales partes D. Pablo y D. Antonio Vallesca Luque, según el Registro, la mitad indivisa de la casa en Melilla, calle de Canalejas, número cinco, mediante herencia testada, con prohibición de enajenar «en modo alguno» la parte correspondiente a cada uno de ambos durante su vida y con substitución fideicomisaria a favor de los hijos que tengan. 2.^a Haberse realizado la venta de dicha mitad por uno solo de tales partícipes, invalidándose de hecho la prohibición de enajenar esa mitad de finca, no en el juicio correspondiente, sino en autos de jurisdicción voluntaria; sin que aparezca que en la última parte de esas actuaciones hayan tenido los herederos fideicomisarios la intervención precisa y sin que pueda hallarse representado ninguno por D. Pablo Vallesca Luque, a causa de la oposición de interés que entre ellos existe. 3.^a Haber sido concedida la autorización judicial para vender en vista de una escritura de partición de bienes, donde se adjudica sólo a D. Pablo Vallesca Luque la mitad indivisa de la repetida casa, y resultar del Registro haberse practicado nueva y distinta

adjudicación, según otra escritura de rectificación y aclaración de la primera, por lo que dicha autorización de venta ha perdido toda su eficacia. 4.ª No comparecer en el precedente documento sino uno de tales herederos fideicomisarios, constando la existencia del otro. 5.ª Haber sido compradas dos casas, hallándose condicionada esta compra como requisito previo exigido en la autorización judicial antedicha, con la venta de referida mitad indivisa de casa, por lo que si esta enajenación no prevalece, tampoco aquella adquisición puede surtir efectos. 6.ª Haber sido hipotecadas las dos fincas compradas por D. Pablo Vallesca Luque, hallándose condicionado el gravamen con la compra de tales fincas, y la enajenación previa de la repetida mitad indivisa de otra, por lo que si tales contratos de compraventa son ineficaces, no han de subsistir tampoco las hipotecas a que sirven de precedente. 7.ª No autorizar especialmente el poder conferido al representante de D. Pablo Vallesca Luque para comprar inmuebles con cláusula de no enajenar durante la vida del comprador. Parecen insubsanables los indicados defectos, menos el último, por lo que no procede extender anotación preventiva, que tampoco se ha solicitado.»

Confirmó el Presidente de la Audiencia la nota del Registrador y la Dirección general confirma el auto apelado y la nota, con los considerandos que siguen :

La cuestión fundamental de la que derivan todas las discutidas en este recurso es la de decidir si los legatarios, llamados con la condición de conservar los bienes objeto del legado, sin poderlos enajenar en modo alguno mientras vivieran, para que cuando ocurriese su fallecimiento pasasen aquéllos en plena propiedad a sus hijos, pueden enajenarlos con la simple autorización judicial a que se refiere el artículo 164 del Código civil.

El detenido razonamiento en que se basa el auto apelado ha sido impugnado por los recurrentes con las siguientes alegaciones : 1.ª, que tanto el Registrador como el Presidente de la Audiencia habían incurrido en el error de suponer que D. Pablo Vallesca había comparecido en la escritura calificada como vendedor, siendo así que quien vendió no fué él, sino sus hijas, las herederas fideicomisarias ; 2.ª, que dada la proindivisión en que se halla la casa de la calle de Canalejas, la prohibición impuesta por el testador a las fideicomisarias no era eficaz, porque los conduc-

ños de la casa podían reclamar su enajenación; 3.ª, que la institución de un fideicomiso a favor de los hijos que pudieran tener ciertas personas equivale a una condición que puede reputarse cumplida en el caso previsto por el artículo 1.118 del Código civil; 4.ª, que con arreglo a los artículos 750, 781, 784 y 785 del repetido Código no pueden instituirse personas inciertas y que no vivían al fallecer el testador, ni aun en la fecha del otorgamiento de la escritura cuya nulidad se pretende.

En cuanto al primero de los indicados razonamientos, como se hace constar en el auto apelado, D. Pablo Vallesca Luque es el heredero fiduciario de la mitad de la finca adjudicada con prohibición de enajenar, y los fideicomisarios son los hijos a quienes haya de corresponder en su día, y como éstos no pueden estar representados por su padre, con arreglo a la doctrina sentada por este Centro en las Resoluciones de 10 de Septiembre de 1918 y 20 de Octubre de 1924, no debe darse al auto del Juzgado de Melilla una efectividad incompatible con las declaraciones del Registró.

Los comuneros de la casa citada de la calle de Canalejas, si bien se hallan obligados, como el mismo testador lo estaba, a las consecuencias de la acción que el artículo 400 del Código civil concede a cada uno de los propietarios para pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común, no quedan, por el hecho de la proindivisión, autorizados para fijar las cuotas o porciones con preterición de los *nascituri* o personas no concebidas, ni para fundar su derecho de disponer en una simple probabilidad de que se ejercite la acción *communi dividundo*.

La institución fideicomisaria no es una institución condicional en el sentido estricto de la palabra; pero aunque las analogías entre ambos conceptos fueran mayores y más numerosas los preceptos comunes a ambas, siempre resultaría que el artículo 1.118 del mismo texto legal no es rigurosamente aplicable a las sucesiones *mortis causa*, y de nada serviría aplicarlo si no se aportaran como prueba eficaz, a los efectos de la inscripción, los documentos suficientes y admisibles para demostrar que la condición debe reputarse cumplida.

La simple lectura del artículo 781 del Código civil evidencia que las instituciones fideicomisarias pueden establecerse en favor

de personas que vivan al fallecimiento del testador o de las no existentes; siempre que no se pase del segundo grado, extremo que no se discute en este momento.

PARTICIÓN DE HERENCIA EN ARAGÓN. EL INVENTARIO HA DE FORMALIZARSE CON INTERVENCIÓN DE LOS HEREDEROS DEL FINADO, Y CUANDO ESTO NO SEA POSIBLE, CON LA DE DOS TESTIGOS VARONES, MAYORES DE EDAD. LA DOCTRINA DEL CENTRO DIRECTIVO, PERMISIVA DE LA INSCRIPCIÓN DE MANCOMUNIDADES FAMILIARES DE ESTABILIDAD Y DURACIÓN, NO AUTORIZA PARA LLEVAR AL REGISTRO SITUACIONES JURÍDICAS AMBIGUAS Y TRANSITORIAS.

Resolución de 1.º de Octubre de 1929. (Gaceta de 15 de Octubre de 1929.)

Doña Manuela Truc Casales otorgó, en 30 de Agosto de 1928, ante el Notario de Monzón, D. Antonio Lafuente Antón, escritura de manifestación de herencia al fallecimiento de su esposo, D. Dionisio Sopena Azón, el que en su testamento la legó el usufructo de todos sus bienes, instituyendo por su heredera universal a la única hija del matrimonio, llamada Josefa.

En dicho documento hizo constar dicha D.^a Manuela que las únicas interesadas en la herencia eran ella y su citada hija, menor de edad, a la que ella representaba, en concepto de usufructuaria y nudo propietaria, respectivamente; y cumpliendo lo preceptuado en el artículo 68 del Apéndice foral, formuló el inventario de los bienes, apareciendo dicha escritura autorizada por el Notario y dos testigos.

El Registrador de la Propiedad de Barbastro puso en ella nota, no admitiendo su inscripción por los siguientes defectos: «1.º En cuanto a la diligencia de inventario que contiene, verificada en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 68 del Apéndice foral de Aragón, se estima se ha infringido el apartado cuarto del mismo artículo, porque no habiendo podido asistir a tal operación la hija y heredera del causante, por ser menor de edad, ni podido ser representada en el acto por su madre, por existir interés opuesto entre ambas, han debido concurrir los dos testigos que

exige el citado apartado; y 2.º Que existiendo cónyuge supérstite, no es procedente la inscripción del derecho hereditario, sin que preceda la liquidación de la disuelta sociedad conyugal, para la que había de cumplirse también, por la antedicha oposición de intereses, lo dispuesto en el artículo 165 del Código civil. Y pareciendo ámbos defectos de naturaleza hipotecariamente insubsanables, no procede la anotación preventiva, aunque se solicitare.»

El Presidente de la Audiencia confirma la nota del Registrador, y la Dirección general confirma el auto apelado con las siguientes consideraciones, en las que refuta también la alegación hecha en último lugar por el Notario de no ser de aplicación el Apéndice al caso discutido por tratarse de matrimonio contraído y consorcio constituido con anterioridad a la vigencia de aquél.

La aplicación de lo estatuido en el citado Apéndice, según el último de sus preceptos, a los hechos o actos anteriores a la vigencia del mismo, se regirá por las disposiciones transitorias del Código civil; mas como la escritura objeto de este recurso ha sido autorizada el 30 de Agosto de 1928, sobre la base de un testamento otorgado el 21 de Mayo del mismo año, y para formalizar la situación jurídica provocada por el fallecimiento de D. Dionisio Sopena en 26 del mismo mes, es indudable que queda fuera del ámbito de la expresada disposición final y sujeta a los preceptos contenidos en el artículo 68 del citado texto legal, vigente desde Enero de 1926.

Para determinar o averiguar la existencia en la masa relicta de bienes, derechos y acciones de cualquier clase ha de formarse el inventario con intervención de los herederos del finado, y cuando ellos no puedan o no quieran asistir, deben reemplazarlos dos testigos varones, mayores de edad, vecinos del lugar y de buena fama; y este precepto no aparece cumplido en la discutida escritura, firmada por un hombre y una mujer, en el mero concepto de testigos instrumentales, y sin referencia ninguna a su intervención en aquella operación sustantiva.

Por circunstancias excepcionales, y con el objeto de garantizar tipos de comunidad que no se conforman al molde de la copropiedad *proindiviso*, con asignación de porciones matemáticas, sujeción a mayoría y libre disposición de cuotas, ha venido este Centro permitiendo la inscripción de mancomunidades familiares estables y duraderas; pero tal orientación no puede ser alegada

para llevar al Registro una situación jurídica de carácter tan transitorio y ambiguo como la que se engendra con la muerte de uno de los cónyuges, en el examinado supuesto de corresponder al supérstite la viudedad universal, que, a tenor del penúltimo párrafo del artículo 64 del Apéndice, determina la inmediata disolución de la sociedad conyugal.

VENTA POR LOS HEREDEROS DE FINCAS QUE EL CAUSANTE GRAVÓ, CON PROHIBICIÓN DE ENAJENAR, Y QUE EN LA PARTICIÓN SE LES ADJUDICAN LIBRES. DICHA PROHIBICIÓN DEBE MANTENERSE MIENTRAS NO SE HALLE EN PUGNA CON LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LAS INSTITUCIONES HEREDITARIAS. ASÍ, HABRÁ QUE TENER EN CUENTA LAS DEUDAS HEREDITARIAS, LOS GRAVÁMENES A QUE PUEDAN HALLARSE SUJETOS LOS BIENES Y LAS DEMÁS ESPECIALES CIRCUNSTANCIAS DE LA SUCESIÓN.

Resolución de 19 de Septiembre de 1929. (Gaceta de 25 de Octubre de 1929.)

Doña Isabel Mulet y Ferragut falleció, bajo testamento ológrafo, en Muro, protocolizado por el Notario D. José Socías, en el que instituyó heredero durante su vida a su hijo D. Mateo, y muerto éste, a sus hijas, nietas de la testadora, Francisca y Bienvenida Ferragut; declaró ser su voluntad que no se puedan vender ni hipotecar las fincas «Son Morey», ni las casas de Muro, ni las casas de La Palma; que su hijo D. Mateo ha de dejar a sus hijas, mis nietas, esta misma obligación, «y lo mismo mis alhajas que todos mis bienes, si alguna de mis nietas muere sin sucesión, pasará a la otra que tenga».

El heredero D. Mateo, y el defensor judicial de sus citadas hijas, menores de edad, practicaron la liquidación y división de la herencia, en cuyas operaciones, teniendo en cuenta que la prohibición y sustitución impuestas por la testadora no pueden afectar a la porción legítima de la herencia, y que existiendo deudas contra la masa hereditaria tampoco pueden gravarse con dichas prohibición y sustitución los bienes de que fuere necesario disponer para hacer pagos, se adjudicaron al heredero, en pago de su:

legítima, entre otros, los bienes afectos a hipotecas creadas por la causante, con obligación de extinguir todo el pasivo hereditario, y como libres de todo gravamen establecido en el testamento, destinándose al pago de las deudas hereditarias bienes del acervo, entre ellos los especialmente gravados en dicha última disposición.

Aprobadas por el Juzgado las operaciones divisorias y protocolizadas por dicho Notario, el Registrador de la Propiedad de Inca, a quien se le presentó la correspondiente escritura, denegó en parte la inscripción por la nota que sigue: «Inscrito este documento con las cédulas personales de los otorgantes y otros documentos que se acompañan, en cuanto a las fincas y censos números 105 al 135 y 135 al 149 inclusive de los comprendidos en el mismo, en los tomos, libros y folios y bajo los números e inscripciones que se expresan al margen de la descripción de dichos bienes, limitada la finca número 107 al dominio útil, denegándose la inscripción en cuanto al directo por estar inscrito a favor de persona distinta de la causante; y no admitida la inscripción de las fincas números 134 y 150 al 155 inclusive, por adjudicarse libres de cualquier sustitución y gravamen impuestos en el testamento de D.^a Isabel Mulet y Ferragut, y estar vigente la cláusula de dicha disposición en la que la testadora prohíbe vender ni hipotecar dichas fincas a su hijo y a sus nietas, representadas en las operaciones divisorias, cuyas fincas y censos citados son los únicos radicantes en la demarcación de este Registro; y no siendo subsanables las expresadas faltas, no es admisible la anotación preventiva, que no se ha solicitado.»

El heredero D. Mateo, en escritura otorgada ante el Notario de Palma, D. José Socías, vendió el citado predio «Son Morey», que le había sido adjudicado en las operaciones divisorias, a don Juan Pedro Oliver, documento cuya inscripción denegó el mismo Registrador por la nota que sigue: «No admitida la inscripción del anterior documento por no estar inscrita la finca comprendida en el mismo a nombre del vendedor, en razón de habersele adjudicado libre de cualquier sustitución y gravamen en la partición de la herencia de su causante, la que prohibió venderla ni hipotecarla, según el asiento número 1.736 del tomo CXIX del D'a-

rio; y no siendo subsanable la expresada falta, no es admisible la anotación preventiva, que no se ha solicitado.»

En el recurso interpuesto por el heredero y el defensor judicial, confirmó el Presidente de la Audiencia las notas puestas por el Registrador, y la Dirección general declara, con revocación del auto apelado, que no adolecen las escrituras calificadas del defecto consignado, por haber sido adjudicadas las fincas libres de la sustitución y gravamen impuestos en el testamento, fundamentándolo así:

El respeto a la voluntad del testador y el cumplimiento estricto de las disposiciones testamentarias ha de conciliarse con los preceptos que la ley impone por encima de su voluntad, y en este sentido, la prohibición contenida en el testamento ológrafo otorgado por D.^a Isabel Mulet y Ferragut, en 23 de Mayo de 1920, no puede entenderse de modo que violenté los principios fundamentales de las instituciones hereditarias, coloque fuera del comercio de un modo absoluto a una finca determinada y autorice al Registrador de la Propiedad para exigir, con una interpretación demasiado pegada a la letra, que las personas interesadas en las operaciones particionales mantengan la expresada prohibición, cualesquiera que sean las especiales circunstancias del caso.

Frente a la orientación jurídica, que estima la transmisión hereditaria como una sucesión en la personalidad, se ha desenvuelto en nuestro derecho, y aflora constantemente en la jurisprudencia de los Tribunales, la idea de que la herencia está constituida por la masa de bienes remanente después de pagarse deudas y legados, y esta afirmación, que también se encuentra en refranes populares, como los de «Primero es pagar que heredar» y «Donde hay deudas no hay herencia», adquiere un especial relieve cuando el heredero catalán gravado, aparte de sus derechos a la cuarta legítima o trebeliánica, necesita disponer de los bienes hereditarios para pagar deudas del testador.

Tampoco pueden colocarse fuera del comercio con una prohibición absoluta de enajenar fincas que, como la «Son Morey», se hallan sujetas a hipoteca y pueden ser vendidas o adjudicadas, a pesar de cuantos obstáculos haya acumulado su dueño para evitar su salida del patrimonio relicto; y aun cuando pudiera alegarse que la prohibición establecida debe mantenerse en lo posible, o sea

de un modo relativo, esta alegación plantea de nuevo el problema de la facultad de disponer de aquélla como se hizo sin resolverlo negativamente.

Para determinar el alcance de la prohibición impuesta al primer heredero, D. Mateo Ferragut, ha de atenerse a la cláusula de sustitución, que llama como fideicomisarias *tan sólo* a las dos nietas, D.^a Francisca y D.^a Bienvenida, y no les impone directamente la *obligación* de no vender ni hipotecar, sino que encomienda a su hijo que así lo haga, deduciéndose de toda ella que los actualmente interesados en la herencia de D.^a Isabel Mulet son únicamente su hijo y sus nietas.

La liquidación y división de herencia que han motivado este recurso aparecen otorgados por el primer llamado D. Mateo Ferragut y por D. José Salas y Mulet, como defensor judicial y representante de D.^a Francisca y D.^a Bienvenida Ferragut, los cuales, en el concepto de únicos interesados en la herencia, han distribuido los bienes en la forma que entendieron más adecuada a la voluntad de la testadora, a la situación de la masa relicta, a las deudas existentes y a la institución testamentaria.

VENTA DE FINCA CON RESERVA DE SU ADQUISICIÓN POR ACREEDORES Y PACTO DE NO ENAJENARLA NI GRAVARLA. LA AUTORIZACIÓN CONCEDIDA A LOS ACREEDORES DE LA VENDEDORA PARA, CASO DE NO ABONÁRSELES POR LA COMPRADORA SU CRÉDITO, POSESIONARSE DE LA FINCA VENDIDA E INSCRIBIRLA A SU FAVOR, EQUIVALE A UNA CONDICIÓN RESOLUTORIA QUE, POR TANTO, NO IMPIDE LA INSCRIPCIÓN DE LAS SUCESIVAS TRANSMISIONES O GRAVÁMENES DEL INMUEBLE. EL COMPROMISO QUE CONTRAE LA COMPRADORA DE NO ENAJENAR NI GRAVAR LA FINCA ÍNTERIN NO ABONE A LOS ACREEDORES LA CANTIDAD ADEUDADA ES UNA SIMPLE OBLIGACIÓN PERSONAL, Y NO SUPONE QUE AQUÉLLA HAGA DEJACIÓN DE SUS DERECHOS SOBRE LO QUE ADQUIERE.

Resolución de 27 de Septiembre de 1929. (Gaceta de 26 de Octubre de 1929.)

Doña María Gustá Prats vendió perpetuamente a D.^a Pilar de Montestruque una casa en precio de 3.306 escudos 666 milésimas,

de los que sólo recibe 440 y 346, y el resto, o sea 2.866 y 320, los retiene la compradora en su poder y deberá satisfacerlos a Francisco Fonolleras y otros por el abono de obras a que dicha vendedora fué condenada por sentencia judicial. Y para asegurar el pago de dicha cantidad hipoteca la compradora la casa, la que no enajenará ni gravará en modo alguno hasta haber cumplimentado el pago de la sobredicha cantidad, declarando también la compradora que, si llegara el caso de que ella falleciere sin haber satisfecho la deuda a dichos Fonollera y otros, puedan éstos, o quien los represente, posesionarse de la casa sin necesidad de ninguna tramitación judicial y sin más que incluirla en el inventario e inscribirla a su favor.

Dicho inmueble fué inscrito a nombre de Francisco de Montestruque, como heredero de D.^a Pilar; también se inscribió un contrato de hipoteca otorgado por aquél y fué vendido por su viuda, D.^a Felipa Matilde Artis, y el hijo de ambos, D. Francisco, a D. Francisco Palou, en escritura de 7 de Marzo de 1891.

La inscripción de este documento fué denegada en el Registro de la Propiedad de La Bisbal, en el año 1892, por no resultar que D.^a Pilar pagara la parte de precio por el que adquirió la finca, único caso en que ella o sus causahabientes podrían enajenar, y recientemente, por el titular del mismo Registro, se puso la nota que sigue: «Denegada la inscripción del título que precede, por cuanto no constando que D.^a Pilar de Montestruque y Yepes hubiese satisfecho la parte de precio importante la cantidad de 2.866 escudos 320 milésimas a D. Francisco Fonolleras y consortes, que se comprometió con la vendedora, D.^a María Gustá, a pagar a éstos, no puede enajenar ni gravar la finca de referencia, ya que, por pacto expreso y terminante del aludido contrato de compraventa, se abdicó la D.^a Pilar del derecho de enajenar y gravar, ínterin no se satisficiera dicha suma. Además de que, no entregada la cantidad por la D.^a Pilar de Montestruque antes de su fallecimiento, pueden los aludidos Fonolleras y consortes posesionarse de la finca, y con el solo otorgamiento del inventario inscribirla a su favor, quedando a salvo a la doña Pilar la suma de 440 escudos 366 milésimas, que es la que en efectivo satisfizo a la vendedora, doña María Gustá; y es visto que, como estos pactos constan en el Registro, producen defecto insubsanable para la

transcripción pretendida.» Señala también otras faltas, que los interesados se comprometen a subsanar.

En el recurso interpuesto por los herederos del D. Narciso Palóu confirmó el Presidente de la Audiencia la nota del Registrador, y la Dirección general revoca el auto apelado y el primer defecto de la nota calificadora, en cuanto deniegan la inscripción, apoyándola así:

En la escritura de 18 de Mayo de 1869 D.^a María Gustá Prats vendió a D.^a Pilar de Montestruque y Yepes la casa objeto de este recurso, y, para asegurar con su precio el pago de 2.866,320 escudos, que la vendedora debía a varias personas, estipuló la constitución especial de una hipoteca sobre la misma casa, con su patio o zaguán, e impuso a la compradora el compromiso de no enajenarla ni gravarla hasta no haber satisfecho dicha cantidad, y la declaración de que si llegara el caso de que la misma compradora falleciera sin haberlo satisfecho pudieren los acreedores posesionarse de la casa e inscribirla a su nombre, sin más requisitos que el otorgamiento de un inventario, como si la hubiesen adquirido por transferencia, dejando a salvo la cantidad de 440,346 escudos a favor de la compradora.

En su virtud; procede examinar el alcance de la hipoteca constituida para garantizar el pago de ciertas deudas, los efectos de la autorización concedida a los respectivos acreedores para tomar posesión de la casa hipotecada y el valor de la prohibición de enajenar; para decidir después sobre la posibilidad de inscribir la escritura otorgada por D.^a Matilde Felipa Artis y D. Francisco de Montestruque Artis a favor de D. Narciso Palóu Coderch.

En cuanto a la hipoteca establecida, por grandes que sean las analogías entre el caso discutido y una adjudicación para pago de deudas, no procede la estricta aplicación de la tercera disposición transitoria de la ley de 21 de Abril de 1909, que concedía el plazo de ciento ochenta días para que los acreedores, cuyos créditos constasen en escritura pública o por sentencia firme, pudieran solicitar anotación de su derecho, y, antes, al contrario, ha de mantenerse la vigencia del derecho inscrito, con arreglo a los términos del asiento, según lo ordena el artículo 41 de la ley.

Por lo que toca a la autorización concedida a los acreedores para posesionarse de la casa e inscribirla a su favor, las anomalías

lías observadas en esta mención, hecha a favor de personas que no concurrieron al otorgamiento de la escritura, y cuyas circunstancias personales se ignoran, así como el crédito correspondiente a cada uno no impiden se mantenga igualmente la vigencia de los términos de la inscripción, equivalentes en cierto modo a una condición resolutoria, estipulada por la vendedora para asegurar el pago de las obras de albañilería, herrería, carpintería y demás, a que fué condenada por el fallo de la Audiencia de Barcelona de 2 de Junio de 1868.

La declaración de que la vendedora no enajenará ni gravará en modo alguno, hasta haber cumplimentado el pago de la sobredicha cantidad, ni por su redacción ni por su coexistencia con el derecho real de hipoteca, que lleva implícita la posibilidad de transferir el inmueble, puede tener otra trascendencia que la de una obligación personal de la compradora, D.^a Pilar de Montestruque, cuyo incumplimiento engendrará las responsabilidades correspondientes, pero no quebranta los términos de la inscripción ni justifica los pronunciamientos de la nota calificadora sobre la pretendida e irregular abdicación que de sus derechos dominicales se entiende haber hecho la D.^a Pilar, mientras no satisficiera la suma indicada.

Ni de la documentación presentada ni de las alegaciones aducidas en este recurso gubernativo resulta acreditado que los aludidos acreedores hayan hecho uso del derecho que, según la mención practicada en el Registro, les correspondía; ni siquiera aparece que, por haber quedado impagado el crédito, hayan formulado reclamación de ningún género; antes, al contrario, se acompaña al expediente una escritura inscrita de 2 de Septiembre de 1880, por la que D. Francisco de Montestruque, sobrino y heredero de la compradora, D.^a Pilar de Montestruque y Yepes, hipotecó la finca discutida en garantía de un préstamo que había contraído.

Por todos estos motivos, y sin prejuzgar la validez y vigencia de la hipoteca y de la cláusula reversional, mencionados en el Registro, ha de concederse plenos efectos a los términos de los asientos practicados que confirieron la propiedad de la finca urbana en cuestión a la compradora y a su heredero, permitiendo la inscrip-

ción, con los gravámenes indicados, de cuantos títulos acrediten la transferencia del mismo dominio.

CANCELACIÓN DE DERECHOS LEGITIMARIOS PATERNOS Y MATERNOS Y DE HIPOTECA LEGAL POR DOTE Y ESPONSALICIO, ÉSTA MEDIANTE CONFUSIÓN, EN CATALUÑA. LA DOTE HA DE ESTIMARSE DADA EN PROPORCIÓN AL CAUDAL EXISTENTE AL TIEMPO DE SU CONSTITUCIÓN, MIENTRAS NO SE DEMUESTRE LA CONCURRENCIA DE DOLO, FRAUDE U OTRA ANÁLOGA CIRCUNSTANCIA. A LA RENUNCIA BAJO JURAMENTO DE UNA MENOR DE EDAD DEBE DÁRSELE PLENA EFICACIA, PORQUE, O HA SIDO AQUÉLLA DOTADA CONGRUAMENTE, O, EN OTRO CASO, QUEDA EL CAMINO DEL AMPARO JUDICIAL POR LESIÓN.

Resolución de 2 de Octubre de 1929. (Gaceta de 7 de Noviembre de 1929.)

Por el Procurador D. Francisco Calvo, como mandatario de D. Sebastián, D. Francisco Javier y D.^a Angeles Codolar y Pascual, formuló instancia en la que describía fincas a aquéllos pertenecientes en distinta proporción, las que habían sido objeto de expropiación, consignándose en el acto del pago del precio 91.750 pesetas en la Caja general de depósitos, en garantía de la legítima de D.^a María de la Soledad Martí Codolar, que aparecía pendiente de pago en las inscripciones de los títulos sucesorios de los padres y causantes de los mandantes y de dicha legitimaria.

En el mencionado escrito se relacionan las cargas de las fincas, entre las que figura el pago de los derechos legitimarios que señalaron D. Luis Martí y su esposa, D.^a María Consolación Pascual, a su hija, la citada D.^a María de la Soledad, al contraer matrimonio, los que se justifica fueron satisfechos, parte en escritura, a la que concurrieron los citados y el que después fué esposo de la D.^a Soledad, en la que se hizo constar: que en pago y satisfacción de sus legítimas, parte de esponsalicio de su madre y demás derechos que puedan corresponderla en los bienes de sus padres..., la concedían varios objetos y cantidades, renunciando la hija, «bajo juramento, al beneficio de la restitución *integrum* y demás, que, por razón de su menor edad, puedan favorecerla», y el resto por otra escritura.

Otra de las cargas, referente a una sola de las fincas que se citan en el escrito, es la hipoteca legal constituída por el antes citado don Luis Martí a favor de su esposa, que se estima también en estado de extinción, porque la totalidad del crédito pertenece ahora a sus hijos, los citados dueños de la finca hipotecada, terminando dicho Procurador por solicitar la cancelación de dichas cargas: de la primera, por estar completamente pagados los derechos a que se refiere; de la segunda, por confusión, no habiéndose pedido antes esta última por aparecer la finca afecta al pago de la legítima de D.^a Soledad.

El Registrador de la Propiedad de San Feliú de Llobregat puso en dicho escrito nota no admitiendo «la cancelación de los derechos legitimarios, paternos y maternos, correspondientes a dicha señora por no resultar que la misma, con la cantidad recibida, se haya dado por pagada de tales derechos ni renunciado a los mismos. No admitida tampoco la cancelación por confusión de la hipoteca por dote y esponsalicio, por constar también afecta a la legítima de la dicha D.^a María de la Soledad Martí y además porque si bien los hermanos Sebastián, Francisco y Angeles Martí Codolar se hallan ser dueños del crédito y de la finca gravada con el mismo, lo son en proporciones distintas.»

En el recurso interpuesto, el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador, y la Dirección general declara revocado el auto apelado y suficiente la documentación presentada para cancelar, con los siguientes considerandos y la cita del capítulo XX, *de pactis in sexto*, de las Decretales, 1 y 18, y las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de Junio de 1889, 11 de Diciembre de 1901, 12 de Diciembre de 1904, 29 de Octubre de 1907, 26 de Mayo de 1908, 1 de Julio de 1922 y la Resolución de 7 de Noviembre de 1864.

En el citado capítulo del sexto de las Decretales, fundamental precedente de la renuncia de legítima formulada en los pactos matrimoniales, se principia por establecer el supuesto de hallarse la hija *dote contenta*, es decir, satisfecha de la dote que el padre contractualmente le señale, y esta circunstancia existe en el caso discutido, por acreditar el texto de la escritura de 27 de Enero de 1892 que los padres de la contrayente dan a la misma, por título de donación, en pago y *satisfacción* de sus legítimas, paterna y

materna, parte de esponsalicio de su señora madre y demás derechos que en cualquier concepto puedan corresponderle, varios objetos y cantidades, con frases que demuestran: 1.º Que el pago es total y no parcial, como debería advertirse en otro caso, con la reserva consiguiente; 2.º Que es completo, porque la propia palabra *satisfacción* equivale, según el Diccionario de la Real Academia, a pagar *enteramente* lo que se debe; 3.º Que se han comprendido todos los derechos que pudieran corresponder a D.^a María de la Soledad en la herencia de sus padres; y 4.º Que la hija acepta con gratitud la donación, da carta de pago y renuncia a las excepciones a su favor establecidas.

Según la jurisprudencia reiteradísima de la Real Audiencia de Cataluña, recogida por Fontanella (*De pactis*, Cl., IX, Gl. única, P. I., 61), ha de presumirse que la mujer ha sido competente y congruamente dotada, mientras no conste la existencia de dolo o fraude u otra circunstancia que probase que el padre no había cumplido las obligaciones que su carga le impone de dotar a la hija, según las facultades patrimoniales que tenía en el momento de la constitución, sin que procediera atender a los bienes adquiridos con posterioridad y que provocasen una desproporción, por lo cual se imponía silencio a los que en tales supuestos ejercitaban las acciones hereditarias o pedían el suplemento de legítimas.

Si bien es cierto que la jurisprudencia había distinguido entre el juramento de los mayores y el juramento de los menores de edad, porque el primero excluía a los otorgantes del beneficio de rescisión, mientras que el segundo tan sólo privaba del beneficio de restitución *in integrum* y no de la facultad de rescindir, a no ser que el menor dijera expresamente que no impugnaría, por razón de menor edad ni por cualquier otra causa, también lo es que el mismo Fontanella (VI. C. Pars. II, número 10) indica que cuando se haya prestado un juramento por menor de edad no puede aplicarse el criterio diferencial, porque, o la hija fué congruamente dotada, y entonces ningún obstáculo surge de la particularidad de que hubiera sido menor cuando renunciase, o, al contrario, por no haber recibido la dote correspondiente podría solicitar el amparo judicial contra la renuncia formulada, en cuanto sufriese la menor lesión.

Aun cuando se sostuviera que estas afirmaciones responden a:

un particular criterio del ilustre jurisconsulto sobre los efectos de la *restitutio in integrum*, siempre existiría una duda racional, que, unida al tradicional criterio de que los Jueces deben proceder cautamente en las cuestiones de nulidad de la renuncia hecha por la hija para evitar los conflictos familiares, la jurisprudencia citada del Tribunal Supremo y las indicaciones hechas por este Centro quitan todo su valor a la nota recurrida.

Desechado el defecto primero de la calificación, y demostrado que debe concederse a la renuncia formulada por D.^a María de la Soledad Martí Codolar Pascual todos los efectos previstos en la escritura de capitulaciones matrimoniales, carece de base la negativa del Registrador a cancelar *por confusión* la hipoteca a favor de D.^a María de la Consolación Pascual por dote y esponsalicio, toda vez que no consta se halle afecto el crédito correspondiente a la legítima de su hija, D.^a María de la Soledad.

No procede hacer declaración alguna sobre los otros extremos de la nota que los interesados se proponen subsanar y no han sido objeto de impugnación en este recurso gubernativo.

LUIS R. LUESO,

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia administrativa del impuesto de Derechos reales

LXXVI

La liquidación se ha de ajustar a lo que consta en las escrituras, sin que quepan presunciones, no demostradas, en materia fiscal; y por ello, consignada en una escritura pública la constitución de una Sociedad por los socios, con aportaciones iguales entre sí, como tal ha de liquidarse, sin inferir otras anteriores que suponía el liquidador hechas a la Sociedad. En el liquidador no debe suponerse temeridad, sino buena fe, y no deben imponerse costas por ello.

Caso.—Dos personas arrendaron un edificio, y para explotarlo formaron Sociedad con otras tres, con 40.000 pesetas de capital, de las que, según se hacía constar en la escritura social, se habían desembolsado 35.000, y el resto lo sería cuando lo reclamasen las necesidades sociales. Presentada a liquidación esta escritura social, se giraron dos liquidaciones, una por cesión, al 4 por 100, sobre 35.000 pesetas, y otra por Sociedades, sobre 5.000, al 0,50, números 14 y 63 de la tarifa, y recurridas ante el Tribunal Económico administrativo Provincial, éste resolvió se girase una liquidación por liquidación de Sociedad sobre 30.000 pesetas, y tres liquidaciones por donación sobre 7.000 pesetas cada una, a cargo de los tres últimos socios.

El Tribunal Provincial de lo Contencioso *revoca tal acuerdo*, y el *Supremo* confirma la Sentencia.

La legislación del Impuesto de derechos reales, al sujetar al

mismo determinados actos o contratos, además de señalarlos concretamente, exige la existencia de una relación jurídica que origine el acto sujeto a aquél, ya emane del acto mismo o de una convención entre los contratantes, que pueda deducirse, con arreglo a los principios de derecho, de su voluntad; y tanto para garantía de los derechos fiscales, como para los del contribuyente, determina el Reglamento que el impuesto se ajuste a la naturaleza verdadera del acto jurídico, prescindiendo de los defectos de que pudiera adolecer (artículos 40 y 43 del Reglamento de 1911); y por esta razón, al calificar un contrato, consignado en una escritura pública, es preciso estudiar cuál fuese el verdadero contrato celebrado por los otorgantes; según tal contrato, si bien se establece que dos de ellos tenían arrendado un edificio y se comprometían a reedificarlo para espectáculos públicos, no consta en el documento mismo que esos dos, por sí solos, hayan invertido cantidad alguna en tal obra, y así lo corrobora otra cláusula, según la que se asociaron esos dos con los otros tres para constituir la Compañía anónima, de responsabilidad limitada, para explotar la finca en cuestión; por otra parte, en la cláusula referente al capital social de 40.000 pesetas, se dice que 35.000 habían sido desembolsadas por los cinco socios, por partes iguales (y las otras 5.000 lo serían cuando fuese preciso), y ello demuestra que los dos arrendatarios del edificio, careciendo de capital, se asociaron con los otros tres, a fin de llevar a cabo las obras de reconstrucción del teatro con los recursos de todos, usando de la facultad que les otorgaba el arrendamiento; analizadas las cláusulas de la escritura y la prueba testifical practicada en el pleito, se adquiere la convicción de que se trata de una constitución de Compañía, de responsabilidad limitada, a la que aportan los cinco socios, bienes por partes iguales, adquiriendo iguales derechos y obligaciones, y como tal debe liquidarse por el capital efectivamente desembolsado; aunque el liquidador estimó que había aportaciones anteriores de los arrendatarios, que ellos transfirieron a la Sociedad, no hay prueba de ello, sino sólo una presunción, que no puede teneirse en cuenta, según constante doctrina del Tribunal Supremo, especialmente en su Sentencia de 9 de Noviembre de 1909, lo cual es principio inconcuso en materia fiscal, ya que la acción del Estado no puede recaer sino sobre hechos reales y evidentes; al exigir el impuesto

por concepto distinto del consignado en la escritura, se vulnera el derecho del contribuyente, y, según el artículo 1.º de la ley de lo Contencioso-administrativo, procede la revocación del acuerdo y girar otra nueva, por constitución de Sociedad; al tratarse de interpretación de preceptos legales, el celo, la competencia y buena fe de los funcionarios que intervienen en la liquidación, aleja la temeridad, y no procede la condena en costas. (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Junio de 1928. *Gaceta* de 9 de Noviembre de 1929.)

LXXVII

El nombramiento de perito por la Administración, al efecto de practicar una comprobación, es un acto de gestión, y contra él no se da recurso de alzada ante los Tribunales Económicos, sino ante la Dirección de lo Contencioso.

Según el Reglamento de Procedimiento Económico-administrativo de 29 de Julio de 1924 (artículo 1.º), se hallan separados los actos de gestión de los de resolución, incumbiendo los primeros a los diversos organismos de la Hacienda, ya en el orden Provincial o en el Central, comprendiendo todas las operaciones que se refieran a investigar, definir, liquidar y recaudar los derechos o cuotas de aquélla hasta que se declare o niegue un derecho o una obligación, y ajustándose a lo preceptuado por los respectivos reglamentos y correspondiendo el conocimiento de los segundos a los Tribunales Económico-administrativos; ahora bien, la comprobación de valores, a los efectos de la liquidación del impuesto de Derechos reales, es una función de gestión, cuyo fin es la determinación del verdadero valor de los bienes transmitidos, y se halla regulada en el Reglamento de 26 de Marzo de 1927, por lo que si los interesados entienden que el Delegado de Hacienda, al designar el perito de la Administración para efectuar la comprobación, no se ajusta a lo prevenido en dicho Reglamento, debieron dirigirse, por tratarse de actos de gestión, al organismo Central encargado de realizar la del mencionado impuesto, es decir, a la Dirección de lo Contencioso del Estado, única competente para

resolver lo que creyese procedente en cuanto al nombramiento de perito, si estimaba infringidos los preceptos del Reglamento (establecidos en favor de la Hacienda y no del particular), y no entablar reclamación ante el Tribunal Económico, pues el nombramiento de perito no constituye un acto que declare o niegue un derecho o imponga una obligación, como lo exige el Reglamento de Procedimiento; no se lesiona derecho alguno del particular al designar el Delegado el perito de la Hacienda, ya que aquél tiene el de nombrar el suyo, según el artículo 92 del Reglamento, si no acepta el de la Hacienda. Por ello es nula la actuación del Tribunal Provincial que falló en cuanto al fondo, y se remite el asunto a la Dirección de lo Contencioso. (Acuerdo del Tribunal Central de 27 de Noviembre de 1928.) 150-1928.

LXXVIII

La comprobación de valores de una concesión administrativa para producción de energía eléctrica y riegos, ha de hacerse, no por el presupuesto de gastos en que se calcule la obra que haya de ejecutarse, sino por la capitalización al 3 por 100 del canon que se establezca, y a falta de éste, por la tasación pericial, conforme a los párrafos 4, 11, 12, y 13 del artículo 71 del Reglamento.

Otorgada una concesión para riego, por noventa y nueve años, en cuanto a cuatro metros cúbicos por segundo, y para usos industriales a perpetuidad, en cuanto al resto, hasta 40 metros cúbicos de agua por segundo, de la que se obtenga mediante la regularización de un río por un embalse; comprendida la concesión en el artículo 200 de la ley de Aguas, referente a estar declaradas de utilidad pública las obras de riego en las que el volumen del agua sea superior a 200 litros por segundo; otorgadas las servidumbres de presa y acueducto sobre terrenos particulares; consignando que la concesión en la parte industrial se hace conforme a lo prevenido en la ley de Aguas en cuanto a los aprovechamientos preferentes, hay que inferir que el objeto primordial de la concesión es el aprovechamiento de aguas para riegos y usos industriales; esta misma

conclusión se obtiene si del examen de los documentos que integran aquéllos aparece: a) que, según la Memoria y proyecto, el objeto es la ejecución de las obras otorgadas para el aprovechamiento del agua desde la presa hasta el desagüe final; b) el acuerdo de la Dirección de Obras Públicas sujetando el proyecto de replanteo a información pública, por contener variantes del primitivo, conforme al Real decreto de 5 de Septiembre de 1918, que es disposición especial para aguas, y c) certificación del ingeniero, acreditativa de que la concesión tiene por principal objeto la máxima producción de energía eléctrica, mediante la regulación del curso del río con un embalse: ahora bien, tanto el artículo 5.º, regla 14 de la ley del Impuesto de derechos reales, como el 71 del Reglamento, consignan un precepto general en cuanto a las concesiones referentes a obras públicas, en general, y otros especiales en cuanto a los aprovechamientos de aguas, en general, o en cuanto a los de aprovechamientos de agua para producción de energía eléctrica, determinando que servirá de base el importe total del presupuesto de gastos, si es conocido, y si no lo fuera, se fijará aquélla conforme a las reglas peculiares comprendidas en los números 2 a 12 del artículo 71 citado, y especialmente en los 4, y 11 a 13 inclusive; y demostrado que la concesión no se refiere a obras en general, sino concretamente a las de aguas para riego y producción de energía eléctrica, a cuyo fin han de realizarse las obras que pongan aquélla en marcha y en condiciones de utilización, y determinado por Reales órdenes los requisitos de tales obras, que vienen a formar parte integrante de la concesión, como encaminadas al mejor aprovechamiento y a un mayor rendimiento de tal concesión, es inexcusable tomar como base de comprobación los especiales preceptos dictados para aguas, y no los de obras en general: no desvirtúa esta conclusión el que en la concesión de las aguas hayan de observarse ciertos requisitos propios de las de obras públicas, ya que es precepto del artículo 157 de la ley de Aguas que en los proyectos, ejecución, inspección y recepción de aquéllas han de observarse las prescripciones de la ley de Obras Públicas. Tal es la doctrina que fija el Tribunal Central, de la que se deduce que el párrafo primero del artículo 71 del Reglamento, referente a obras públicas en general, y el primero del número 14 del artículo 5.º de la Ley no rigen cuando se trata de con-

cesiones especiales de las mencionadas en dichos artículos, aunque haya presupuesto conocido. (Acuerdo de 19 de Febrero de 1929.) 153 de 1928.

LXXIX

Procedimiento. Incorporadas al expediente las hojas de liquidación, en las que aparecen que las giradas lo fueron a personas distintas del reclamante, debe pedirse a éste la justificación de personalidad, sea cualquiera el momento en que, mediante tal incorporación, se vea que éste no actúa en nombre propio; y no hecho así, el expediente o reclamación adolece de nulidad, y debe reponerse al momento oportuno para subsanación del defecto.

Tal es la doctrina del Tribunal Central, basada en lo dispuesto en los artículos 62 y 16 del Reglamento de procedimiento económico-administrativo, ya que establecen que la presentación del escrito de reclamación produce el efecto de que se tenga por interpuesta, aun cuando no se acompañen al escrito inicial, si lo fuesen en el plazo de quince días que por la Secretaría debe concederse al reclamante, y si bien por no haber indicado éste que actuaba en nombre ajeno no pudo cumplirse el requisito aludido al iniciarse la reclamación, debió serlo en el momento en que, mediante las hojas de liquidación, se supo que las giradas no lo habían sido a nombre del recurrente, de donde habrá de inferirse que éste actuaba en nombre ajeno, ya que el artículo 62 citado no señala el momento en que haya de pedirse tal justificación, y debe serlo en cualquier estado del expediente en que se demuestre la falta de personalidad; no cumplido ese trámite, el expediente es nulo, ya que esa omisión produce la indefensión del contribuyente: la prueba debe aportarse a la primera instancia, a la que debe reponerse lo actuado. (Acuerdo del Tribunal Central de 15 de Enero de 1929.) 164 de 1928.

LXXX

Procedimiento. El plazo para reclamar una liquidación por herencia es el de quince días desde el siguiente a la notificación, por lo que si pasa aquél sin haberse recibido el escrito correspon-

diente, la reclamación será extemporánea, sin que sea admisible la presentación en la Secretaría del Ayuntamiento, por analogía a lo dispuesto en el Reglamento de procedimiento municipal, y mucho menos cuando no consta el día preciso en que se presentase en el Ayuntamiento, sino sólo que el oficio del Alcalde, remitiendo el escrito al Tribunal, fué recibido por éste mucho después de los quince días, a contar desde el siguiente a la notificación de la liquidación.

El Tribunal se basa, para declararlo así, en los artículos 200 y 204 del Reglamento del Impuesto, en relación al 62 del de Procedimiento de 29 de Julio de 1924, y en el 28 y 30 de éste, ya que, según ellos, los escritos se han de presentar en la Secretaría del Tribunal Económico y anotarse por el encargado del Registro el día en que se presenten, y se pondrá el sello de entrada y número, y sólo en ese día se puede considerar recibido el recurso, y si han pasado más de quince es extemporáneo: no es posible aplicar por analogía preceptos del Reglamento Municipal, cuando los hay tan expresos y terminantes en el de Procedimiento económico-administrativo; y aun interpretado con la mayor amplitud, siempre ha de exigirse, al menos a estos efectos, que conste que la presentación de la instancia de reclamación lo sea en una Oficina de Hacienda y la fecha de la presentación: constando que lo fué en la Secretaría del Ayuntamiento, y no apareciendo fecha ni sello de entrada, sólo se ha de contar desde que se recibió en el Tribunal. (Acuerdo de 2 de Enero de 1929.) 173-1928.

LXXXI

«Concesiones de transporte por carretera. Comprobación de valores y base liquidable. Plazo de presentación. 1.º Cuando se trata de examinar la base, la cuantía que determina la competencia del Tribunal es el importe de la base y no la de la liquidación girada. 2.º El Tribunal Central puede conocer en incidente sobre inadmisión del recurso, acordada por el Provincial, revocar esa negativa y decidir el fondo del asunto. 3.º La base de liquidación, según Resolución de la Dirección de lo Contencioso, es la capitaliza-

ción al 5 por 100 del canon anual que abone el concesionario : esto es provisional, hasta que se decida lo definitivo oído Fomento. 4.º El plazo para presentación se cuenta desde la notificación del otorgamiento, y no desde la escritura, incurriendo en multa si pasan treinta días, a contar de aquél, sin presentarla a liquidación.

Antecedentes.—Formulada CONSULTA por una Abogacía del Estado acerca del MODO DE COMPROBAR el valor de las CONCESIONES DEL TRANSPORTE por carretera, CON EXCLUSIVA, por medio de MOTOR MECÁNICO (no previstas en el Reglamento), LA DIRECCIÓN DE LO CONTENCIOSO la resolvió reconociendo que en la legislación del Impuesto no está previsto el caso, y que era necesario dictar normas provisionales hasta que se obtuviese de los Centros técnicos de Fomento la orientación oportuna, como se hizo para los saltos de agua, y *provisionalmente podía seguirse* el criterio de capitalizar al 5 por 100 el canon que ha de abonar el concesionario, conforme al artículo 7.º del Real decreto de 4 de Julio de 1924, por tratarse de concesiones temporales, o si no puede conocerse ese canon, se podía aceptar como base el valor que declare el concesionario, debiendo hacerse saber a éste que la base es provisional, hasta que con carácter definitivo se determinen las normas para valorar estas concesiones. Por escritura pública de 16 de Julio se hace una concesión del género indicado, que la Junta de Transportes había adjudicado en 23 de Marzo, y el concesionario aceptado en 3 de Mayo.

Presentada a liquidación, el liquidador sumó las doce mensualidades de canon, y la suma la multiplicó por veinte (años de la duración), y el producto lo capitalizó al 5 por 100, liquidando sobre la base así obtenida al 0,30 por 100, e imponiendo multa de 30 por 100 por falta de presentación, ya que lo fué el 19 de Agosto, sin que se notificase al interesado la comprobación. Interpuesto por éste recurso de alzada contra la base y contra la liquidación, no fué admitido por el Tribunal Provincial, que sostuvo que únicamente procedía el Contencioso-administrativo, por no llegar la cuantía de la liquidación a 5.000 pesetas; y promovida cuestión incidental sobre la no admisión de la apelación *ante el Central, éste revoca el fallo apelado y resuelve en el sentido expuesto.*

El acto administrativo reclamado no es la liquidación, sino la base: al aplicar el liquidador las normas fijadas por la Dirección de lo Contencioso, Centro encargado de la gestión del impuesto, a un caso no previsto en el Reglamento, y al fijar la base liquidable, era inexcusable notificar ésta al interesado, en primer lugar por tratarse de un caso nuevo y emplearse un medio probatorio no previsto en la Ley y desconocido por el contribuyente; en segundo lugar, porque es innegable el derecho de todo interesado a saber, antes de exigir el cumplimiento de una obligación fiscal que la misma Administración no había previsto, cuál sea y su cuantía, para impugnarla si la estima equivocada o perjudicial; y en tercer lugar, porque la comprobación y determinación consiguiente de la base liquidable son actos administrativos reclamables ante el Tribunal Económico-administrativo, salvo el caso de utilizarse la capitalización del líquido imponible (que no es el actual) conforme a los artículos 85, párrafo sexto, y 200 del Reglamento del Impuesto; la competencia ha de regularse, no por el importe de la liquidación, sino por el de la base impugnada, e interpuesta la reclamación contra la base dentro de los quince días desde que al pagar las liquidaciones la conoció, es procedente, así como el recurso de alzada, según el número segundo del artículo 42 del Reglamento de Procedimiento.

Fondo del asunto.—La capitalización para comprobar ha de entenderse sobre el canon anual y no la de suma de las veinte anualidades del contrato: 1.º Porque si bien la Dirección no indicó más que se capitalizase el canon al 5 por 100, por ser concesión temporal, sin expresar que fuese sobre el canon anual, tampoco lo indica el artículo 71 del Reglamento al ocuparse de las demás concesiones administrativas, y sin embargo siempre se ha explicado ese canon; 2.º Porque cuando el Reglamento fija como base el canon o renta multiplicado por los años de duración del contrato, no exige se capitalice ese producto, sino que el producto mismo es la base liquidable; por ejemplo: las concesiones de cultivo o aprovechamientos rústicos; 3.º Porque con otro criterio, no se capitaliza el canon, que siempre indica prestación periódica, sino el canon multiplicado por los años de duración, es decir, el precio total que el concesionario ha de satisfacer al Estado, y no es eso lo

ordenado por la Dirección : la base será la capitalización al 5 por 100 del canon anual.

Plazo de presentación.—Según el artículo 107 del Reglamento, los títulos de concesiones administrativas se han de presentar a liquidación dentro de los treinta días desde el siguiente a la notificación del acuerdo otorgándolas, y si no constase la notificación en forma legal, o no fuese necesario tal plazo, se computará desde el acuerdo mismo ; notificado el acuerdo al interesado, se ha de arrancar desde la fecha de la notificación y no desde la de la escritura pública del contrato, pues el párrafo cuarto del artículo 107 del Reglamento, al computar los plazos desde la fecha última, se refiere a las ventas hechas en subasta judicial o administrativa, de lo que no se trata, y en cambio el párrafo sexto del mismo se refiere concretamente a las concesiones ; si bien el artículo 50 del Reglamento de transporte por carreteras de 11 de Diciembre de 1924 exige que la concesión se otorgue en escritura pública, el 47 del mismo determina que la Junta Central es quien otorga la concesión definitiva, y el documento expedido por ella es el título de la concesión con las condiciones establecidas : ese título es el que debe presentarse a liquidar en los plazos antes señalados, ya que la escritura es sólo requisito formal que no modifica lo establecido en el impuesto, y no hecho así, y pasados más de los treinta días, procede la multa del 30 por 100, según el artículo 214, párrafo primero, número segundo, ya que la demora excedió del plazo reglamentario y la presentación fué espontánea del contribuyente. (Acuerdo del Tribunal Central de 23 de Abril de 1929.) 174-1928.

LXXXII

Herencia. Es requisito indispensable para que puedan adicionarse a la herencia de un causante los bienes vendidos por él en el período de un mes antes de su fallecimiento, que los bienes se hallen en poder de los herederos, o que se haya reservado el usufructo u otro derecho vitalicio si se trata de enajenaciones anteriores en tres años a dicho momento ; y no hallándose en ninguno de esos casos, no puede verificarse la acumulación.

Fallecido un causante en 21 de Mayo de 1926, y otorgada una escritura de venta de algunos de sus bienes el 18 del mismo mes,

la legislación aplicable es la Ley de 28 de Febrero y el Reglamento de 26 de Marzo de 1927, conforme a la primera de las disposiciones transitorias de éste, ya que dispone que rijan respecto a los actos o contratos posteriores a 1.º de Mayo de 1926.

Según el artículo 7.º de la Ley de 28 de Febrero de 1927, reproducción del 7.º de la de 26 de Julio de 1922, se consideran como parte del caudal hereditario a los efectos del impuesto : a) los bienes que hubiesen pertenecido al causante hasta un mes anterior a su muerte, y que al ocurrir ésta se hallen en poder de los herederos o legatarios ; y b) los transmitidos por el causante en los tres años anteriores a su muerte, reservándose su usufructo u otro derecho vitalicio u otros del adquirente, salvo si se trata de Compañías de seguro o renta vitalicia ; requiriéndose en el primer caso que al morir el causante se hallen los bienes precisamente en poder de los herederos, y en el segundo, que se haya reservado el usufructo u otro derecho vitalicio, en cuyo caso se adicionan siempre los bienes a la herencia, puesto que si el adquirente es heredero o legatario, no hay duda de que ha de pagar como tal, y si no lo es, se le considera legatario, según la Ley, a los efectos del impuesto. El liquidador estimó que el párrafo número segundo del artículo 75 del Reglamento, que dispone que el adquirente sea considerado como legatario, si es persona distinta del heredero, se ha de aplicar, no sólo al caso b), segundo de los indicados, sino al primero, a), basándose en que está inserto en el Reglamento en número y párrafo aparte ; pero esto no es admisible, porque las Leyes de 1922 y 1927 son absolutamente claras, y según ellas, el concepto de legatario atribuido al adquirente, se refiere sólo a las transmisiones del caso b), en que hay reserva del usufructo u otros derechos vitalicios, ya que en ese caso está comprendido el párrafo aludido ; porque si tal precepto se refiriese a las transmisiones del caso a), o sea a las transmisiones anteriores en un mes, no hubiera sido preciso que éste exigiera que los bienes transmitidos estuviesen en poder de los herederos, y porque tal conclusión llevaría la consecuencia de tener como no celebrados todos los contratos de enajenación de bienes hechos por un causante en el mes anterior a su muerte, lo cual no puede admitirse sin que la Ley lo diga expresamente ; y finalmente, porque a tal conclusión no puede llegarse sólo por el detalle de que en el Reglamento esté un pá-

rrafo colocado en lugar distinto que en la Ley ; la Dirección de lo Contencioso, encargada de la gestión del impuesto, al dictar las reglas contenidas en la circular de 30 de Septiembre de 1922 para interpretar la Ley de 22 de Julio de ese año, claramente advierte que en los casos del apartado b), cuando el adquirente sea persona distinta del heredero, será considerado como legatario : no siendo, pues, el adquirente heredero ni legatario, no es posible aplicar el apartado a) del artículo 7.º de la Ley y 75 del Reglamento. (Acuerdo del Tribunal Central de 9 de Abril de 1929.) 179 de 1928.

LXXXIII

Procedimiento. Recurso de nulidad. Procede este recurso contra los fallos de primera o segunda instancia, en que el Tribunal sentenciador haya incurrido en error de hecho en cuanto al fondo, claramente demostrado por prueba documental o pericial unida al expediente base del fallo ; por lo que rechazado por uno Provincial un recurso como extemporáneo, dada la fecha de un escrito y la de ingreso de una liquidación, sin tener en cuenta que tal escrito era reproducción de otro entablando el mismo recurso dentro de los ocho días a contar de la notificación de la liquidación, es procedente la admisión del recurso de nulidad por haberse incurrido en manifiesto error de hecho. Acuerdo del Tribunal Central de 7 de Mayo de 1929 (185 de 1928), dictado en vista de los artículos 105, número primero, 106, 107, y 108 del Reglamento de Procedimiento de 29 de Julio de 1924, toda vez, además, que el Tribunal era competente y que el particular había renunciado al recurso contencioso-administrativo.

GABRIEL MAÑUECO.

Abogado del Estado.



Orbis. S. A.

MADRID. Pi y Margall, 18

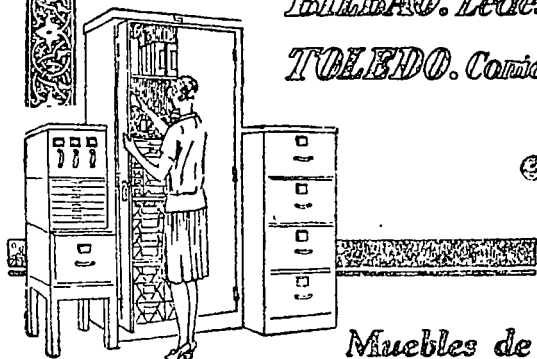
LA MEJOR
MAQUINA
DE
ESCRIBIR

BARCELONA. Claris, 5

SEVILLA. Pi y Margall, 25

BILBAO. Ledesma, 18

TOLEDO. Comercio, 11



Muebles de Acero
para Oficinas



BERLOY

Taller de reparaciones de máquinas
de escribir de todas las marcas