

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

Año V

Mayo de 1929

Núm. 53

Inteligencia y alcance del artículo 827 del Código civil

En el número 50 de esta REVISTA CRÍTICA expone el señor Lezón su opinión respecto al alcance e inteligencia del artículo 827 del Código civil, y en su trabajo, a modo de aldabonazo jurídico, sostiene que no son inscribibles las escrituras otorgadas por ascendientes a favor de descendientes, denominadas de donación irrevocable entre vivos en concepto de mejora.

Del examen de su trabajo puede deducirse que «Toda donación hecha por contrato entre vivos, con o sin entrega de bienes, realizada en concepto de mejora, salvo las excepciones del artículo 827, es donación mortis causa, revocable, y por consiguiente no inscribible.» Son sus argumentos:

1.º Esta donación es mortis causa por ser su causa impulsiva la circunstancia de que se otorgue en concepto de mejora, cuya naturaleza jurídica es esencialmente revocable hasta el momento de la muerte del donante.

2.º La donación mortis causa no entra en la vida jurídica hasta que el donante fallece. Entre tanto, no adquiere el mejorado dominio, ni se limitan las facultades del mejorante.

Apurando la argumentación, para mayor claridad, creemos poderla exponer en la siguiente forma:

1.º La causa impulsiva de esta donación es la de otorgarse en concepto de mejora.

2.º El hecho de que ésta sea su causa impulsiva, da a la donación los caracteres de la mejora.

3.º Siendo ésta mortis causa, la donación será también mor-

tis causa, y por serlo, se regirá por el artículo 620 del Código civil, y en su consecuencia por las reglas de la sucesión testamentaria, y

4.º Siendo donación mortis causa, no produce efecto alguno en vida del donante y no debe inscribirse.

Puede igualmente acabarse :

4.º Regulándose la donación, por ser mortis causa, por las normas de la sucesión testamentaria, tendremos que la donación no es otra cosa que la misma mejora ; que es una manifestación de esta institución, consistente en este caso en una mejora con imputación de bienes señalados, que, pudiendo realizarse testamentariamente, ha tomado forma contractual con el nombre de donación ; es, pues, una mejora por la vía de donación.

Examinemos la argumentación anterior :

«La causa impulsiva de la donación es la circunstancia de otorgarse en concepto de mejora».

Para determinar la causa impulsiva de un acto humano, sólo podemos tener presente la voluntad del sujeto creador, y la ley.

Esta configura y limita la institución jurídica en reglas taxativas, y aquélla ha de sujetar su actividad a ésta, encuadrándola dentro del derecho.

Legalmente, la mejora es mortis causa y revocable. Por el contrario, la donación puede ser intervivos o mortis causa, según la fecha de sus efectos ; la determinación de esta fecha es un acto de libre voluntad del donante. Esta voluntad la pesquisaremos en la intención del donante, siguiendo el mismo camino para hallar su carácter de revocabilidad o irrevocabilidad, si bien, en principio, la donación inter vivos es irrevocable, salvo las excepciones legales.

Y si la intención del donante es realizar una donación inter vivos e irrevocable, antitética de la mejora, acabaremos sentando : a) la causa impulsiva de la donación no puede ser la mejora, pues contraría la esencia que a ésta informa, y b) nos hallaremos ante dos manifestaciones antitéticas de una sola voluntad—hecho extraño—, salvo que demos demos que pueden armonizarse la donación inter vivos irrevocable y la mejora revocable mortis causa, en el espíritu de ambas instituciones, en la letra de la ley y en la intención del ascendiente.

Al proceder en esta forma descomponemos el contrato en dos instituciones: donación y mejora.

Si, por el contrario, no viéramos en el contrato más que una sola manifestación de voluntad, respondiendo tan sólo a una institución —la mejora—, sentaríamos *a priori*, la opinión que rechazamos y adoptaríamos la misma posición del señor Lezón, o bien la de desconocer la mejora por inexistente para la vida del derecho, por no haberla encuadrado en el marco legal.

INTENCIÓN DEL DONANTE.—MEJORANTE EN LA DONACIÓN

Caso 1.º—Donación inter vivos irrevocable, con entrega de bienes, en concepto de mejora.

El empleo de las palabras inter vivos e irrevocable, unido al hecho de la entrega de bienes, revelan que el ascendiente quiso que la donación surtiera efectos inter vivos y que fuera irrevocable la transmisión realizada.

Caso 2.º—Donación inter vivos, con entrega de bienes en concepto de mejora.

De sus palabras, quiso que surtiera efectos en vida.

Podrá dudarse de su intención respecto de la revocabilidad, opinando en contrario por ser la donación inter vivos normalmente irrevocable.

Caso 3.º—Donación irrevocable en concepto de mejora, con entrega de bienes.

Se unen ambos conceptos en la intención: irrevocabilidad y donación inter vivos, por la entrega.

Caso 4.º—Donación inter vivos irrevocable, sin entrega de bienes, en concepto de mejora.

Caso 5.º—Donación inter vivos, sin entrega de bienes, en concepto de mejora.

Caso 6.º—Donación irrevocable, sin entrega de bienes, en concepto de mejora.

Es dudosa la intención, pues el empleo de las palabras, pugnano con la nota de mejora y con el hecho de no entregar los bienes, dejan en la penumbra el deseo del ascendiente; parece tener más fuerza la suposición de ser mortis causa en su intención, pero cabe que el hecho de no entregar los bienes, se funde en mo-

tivos (de difícil prueba) independientes de la no transmisión presente de su propiedad, verbigracia, reservarse el ascendiente el usufructo.

Caso 7.º—Donación en concepto de mejora, sin entrega de bienes.

Puede suponerse la intención de donar mortis causa. Vemos que en algunos casos la intención del donante, respecto de la donación, es que surta efectos inter vivos y que sea irrevocable.

Y en estos casos, tal intención parece pugnar con la mejora, existente también en su intención, que esencial y legalmente es revocable y mortis causa.

Veamos las posiciones que ante ello es posible adoptar:

Primera posición. (Lezón.)

Siendo la mejora la causa impulsiva de la donación, cualquiera que sean los términos y palabras con que el contrato se realiza, es inadmisibles la suposición contraria a la esencia de la mejora; las palabras se tendrán por no puestas y la intención contraria como inexistente.

Esta posición es clara y rotunda y evita todo problema ulterior, pero pugna con la realidad, viva e indudable. Legalmente se apoya en el artículo 827, interpretado en tal forma por el Sr. Lezón.

La donación no será inscribible.

Segunda posición.

Prevalecerá la donación y surtirá los efectos que se deduzcan de su intención únicamente, con independencia del empleo del concepto y palabra «mejora»; pues si esa intención demuestra que la causa impulsiva de la donación no fué el de poner en acción la mejora por ser incompatible con la esencia de ésta, subsistirá aquélla contra ésta, que no ha podido legalmente existir en la intención del ascendiente.

Esta posición desconoce el concepto de mejora que debe informar a la misma donación.

Legalmente, choca con el artículo 827.

La donación se inscribirá en el Registro.

Tercera posición.

Se declarará ineficaz el contrato por imposibilidad de determinar la voluntad del ascendiente, manifestada en términos e instituciones incompatibles.

Posición de gran solidez argumental, que legalmente se apoya en los artículos 827 y 1.289 del Código civil.

La donación no será inscribible.

Cuarta posición. (Manresa.)

Distingue el contrato, según haya habido o no entrega de los bienes donados; en el primer caso, afirma que surte ciertos efectos la donación, sin que esta circunstancia le dé carácter de *inter vivos*, pues los bienes no son transmisibles en su dominio por el donatario, por lo menos, con carácter irrevocable. Toda transmisión hecha por éste se supedita en sus efectos no sólo a la revocación de la mejora, sino al hecho de que el ascendiente fallezca antes que el donatario, pues la premoriencia de éste deja sin efecto la donación y la transmisión que haya realizado a favor de tercero, con lo que la califica de *mortis causa*. En el segundo caso, equipara la mejora y donación a las ordenadas en testamento.

Doctrina empírica, falta de valor jurídico, que deja en la penumbra la solución de los problemas que, no previstos por el comentarista, pueden surgir, careciendo ante ellos de pauta directriz.

Trata empíricamente de no chocar con el artículo 827, pero violenta el artículo 620 del Código civil.

La donación no será inscribible.

Quinta posición.

La donación transmite la propiedad de los bienes *inter vivos* con plenitud de efectos, sin que la premoriencia del donatario, o que no llegue a ser heredero, la revoque. La mejora será revocable, llevando consigo la revocación de la donación. Tendrá, por tanto, el donatario un dominio revocable.

El ascendiente no podrá disponer de los bienes donados sin previa revocación de la mejora y donación.

Falta de solidez jurídica, legalmente no contraria al artículo 827.

La donación se inscribirá con su carácter revocable.

Las anteriores posiciones tienen un punto común: el de identificar la donación y la mejora, con lo que el contrato lleva en sí principios antagónicos.

Sexta posición.

En el contrato que analizamos podemos distinguir dos concep-

tos jurídicos, a saber: donación, inter vivos, irrevocable, y mejora, revocable y mortis causa.

Admitiremos su compatibilidad en la intención del ascendiente, en el espíritu de ambas instituciones y en el texto legal.

En la intención del ascendiente.

Consignadas en el contrato con palabras precisas ambas instituciones, es necesario admitir en su intención el propósito de conciliarlas, su creencia, en otro caso, de que no hay imposibilidad de convivencia.

En el espíritu de las instituciones.

Para hacerlas compatibles, razonaremos:

El espíritu de la donación inter vivos es el de transmitir en el acto de la donación, gratuitamente, los bienes.

El espíritu de la mejora, institución, es complejo: requiere un sistema sucesorio de legítimas; concretamente, dentro de él, responde al fin de que el ascendiente pueda instituir desigualmente a sus legitimarios en su herencia, premiando o castigando, compensando inferioridades, etc. Por ello, quiere la ley que siempre, hasta su muerte, tenga a su disposición un tercio de herencia destinado a este fin. De aquí que sea esencialmente revocable, para que pueda llenar su cometido postrero.

Podrá el ascendiente ordenar que la donación se impute en su día al tercio de mejora; ordenará tal vez su imputación a tal tercio al realizarla; establecerá la mejora al donar.

A esta imputación, a esta orden, a este establecimiento, llamaremos mejora.

Y esta imputación, esta orden, este establecimiento, serán revocables, mas no la donación.

Revocada la orden de imputación, subsistirá la donación, pero habrá perdido su carácter de mejora, *que es precisamente la mejora en sí.*

Automáticamente, el ascendiente tendrá a su disposición íntegramente el tercio de mejora—antes total o parcialmente ocupado por la donación que se le había de imputar—para cumplir con él los fines de la institución,

Perdida para la donación su concepto de mejora, se determinará su carácter por el artículo 819 del Código civil, que dice que las donaciones que no tengan el concepto de mejora—perdido por la revocación anterior—se imputarán en la legítima.

Es fácil probar que el contrato contiene ambos conceptos: donación inter vivos y mejora mortis causa. Para ello, averiguada la intención del ascendiente en la forma expuesta en los siete casos anteriores, la daremos realidad jurídica, desenvolviéndola en las dos instituciones por medio de documentos separados, escritura y testamento, a saber:

a) Escritura de donación inter vivos, con entrega de bienes, sin mención de concepto de mejora; inscribible e irrevocable, sin duda alguna.

b) Seguidamente, el ascendiente, mediante testamento, dará a la anterior donación carácter de mejora. Libre será, indudablemente, de revocar esta orden, volviendo a darle nuevamente este carácter, si lo desea; revocable y mortis causa.

Aun en el caso más dudoso de donación sin entrega de bienes, en concepto de mejora, podrá la voluntad de descomponerse igualmente, en

a) Donación inter vivos pura y cesión por el donatario del usufructo de los bienes recibidos a favor del donante ascendiente, o bien, donación con reserva de usufructo.

b) Testamento imputándola a la mejora; comprobáramos previamente la coincidencia del deseo del donante con los efectos jurídicos de la donación y testamento, debidamente explicados.

Desaparece mediante este arbitrio la contradicción. Negamos ahora que el hecho de incluir ambas instituciones en un solo contrato altere la esencia de las mismas; y, si bien advertimos que en los casos examinados, la redacción del contrato peca de obscuridad, estimamos, por el contrario, correcta la siguiente fórmula: «El ascendiente hace donación inter vivos e irrevocable a favor de su descendiente, de los bienes que entrega, o cuyo usufructo se reserva, estableciendo que tal donación tenga, a su fallecimiento, el concepto de mejora, en caso de que el donatario sea su heredero; y ordena para este caso que, si usando el derecho que le concede el artículo 827 del Código civil revoca la mejora, esta revocación dejará subsistente la donación, produciendo sólo el efec-

to de hacerla perder tal concepto de mejora, rigiéndose por el artículo 819 del mismo Código, salvo disposición en contrario posterior, ordenada por el ascendiente. Si el donatario no fuere heredero, la donación surtirá el mismo efecto que la hecha a favor de extraños.»

En la ley.

El artículo 827, en su letra, no se opone a la posición anterior; por el contrario, parece querer recoger la idea de que la mejora, sólo la mejora, mas no la transmisión de bienes, es revocable.

Por otra parte, el artículo 825 del Código civil parece admitir una donación inter vivos en concepto de mejora, figura jurídica incomprensible, no aceptando la anterior interpretación.

Interpretación y alcance del artículo 827.

Mejoras que regula :

- 1.ª Mejora indeterminada, tercio, etc.
- 2.ª Mejora con imputación de bienes, a su fallecimiento, con entrega o sin ella.

Falta en ambas el concepto de donación.

- 3.ª Mejora como carácter dado a la donación.

Si la intención, según lo expuesto, fué la de donar inter vivos, jugarán los dos conceptos, donación y mejora, en la forma señalada, coexistiendo ambas manifestaciones de voluntad.

Restamos ahora encaminar un problema interesante que surge de aceptar esta última posición.

Admitida en ella efectos inter vivos a la donación, puede ocurrir que el donatario descendiente no llegue a ser heredero del donante, por premorirle o repudiar la herencia o ser incapaz de heredar, y consecuentemente, subsistiendo aquélla, no tenga el concepto de mejora ni el de legítima.

Podría responderse a la aparente extrañeza que produce el hecho, que los términos expuestos no se alteran con este resultado: corre cada institución su suerte por separado, porque la donación se otorgó para satisfacer el propósito del ascendiente de transmitir los bienes, y la mejora se instituyó por ser heredero el donatario; aquel propósito no ha sido contrariado, al paso que éste no

ha podido realizarse por faltar la condición necesaria, la de ser heredero.

Por la misma razón, la donación imputable a la legítima no se revoca porque el donatario no llegue a ser legitimario.

Contra esta respuesta sólo cabría volver al punto de partida ; demostrar que la causa impulsiva de la donación fué la mejora, o en otros términos, que el propósito de transmitir los bienes existe por ser el donatario heredero del ascendiente y querer éste mejorarle con la donación.

Mas aparece en este punto un concepto sutilísimo, que nos lleva a esbozar, pues no permite otra cosa la índole de este trabajo, la verdadera entraña del problema que nos ocupa, examinándolo desde otro punto de vista.

GÉNESIS DEL CONTRATO

Nace éste del propósito del ascendiente de donar al descendiente bienes señalados, transmitiéndole en el acto su propiedad, sin otro móvil ni causa que los de la donación común en sí. Difícilmente se concibe la concurrencia de ascendiente y descendiente para poner en juego la mejora solamente, aun en el caso de señalamiento de bienes, pues normal y lógicamente el ascendiente, para ello, se limita a otorgar testamento.

Sigue la donación las normas generales de los artículos 618 y siguientes del Código civil : mas como secuela de realizarse por ascendiente a favor de descendiente, una institución, la sucesión mortis causa, organizada en nuestro derecho en un sistema de legítimas, hará, al fallecimiento de aquél, que, mediante colacionar la donación en su herencia, todos los herederos reciban la misma porción de ella, igualándose en definitiva los descendientes no donatarios con éste.

Se convertirá, pues, la donación, por orden de la ley, en una entrega a cuenta de la herencia del donante. Si ello no contraría la intención del ascendiente, realizará la donación pura y simplemente.

Mas si la contraría, si por responder la donación a un impulso extraño a toda ordenación hereditaria, a la gratitud presente, quiere que se prescinda de ella en la herencia, como si la hubiera

hecho a un extraño, si pretende liberarla de toda relación con ella, para lograrlo, no halla otra solución que afirmar su voluntad de que esa donación sea tenida como mejora, la asigna ya de antemano este carácter.

(He aquí lo que los comentaristas no han percibido: que por ser la donación precisamente contraria a toda ordenación hereditaria, el donante, para evitar las consecuencias de la presunción legal de igualación de herederos, tiene que efectuar una ordenación de última voluntad, momento psicológico en que se proyecta este carácter sobre el de la donación, sin desvirtuarlo más que en apariencia.)

Y estampa las palabras «donación inter vivos irrevocable, en concepto de mejora».

Supone que si, llegada su muerte, el donatario descendiente toma en su herencia mejor parte que los demás descendientes—la donación—, el descendiente donatario será un heredero mejorado.

Pero ignora el mecanismo de la ley; no sabe que tan pronto como una a la donación el concepto de mejora, pone en juego esta institución que por los fines a que responde es necesariamente revocable y mortis causa, pugnando—en apariencia al menos—con la misma donación. Desconoce que pudo lograr su propósito ordenando que la donación no se colacionara en su herencia, con lo que ésta se imputaría el tercio libre. Con ello, si su voluntad era donar inter vivos, mas le contrariaba que en su día perdiera ese carácter de donación por igualarse los demás descendientes, lograba su deseo. Y aun en el caso de querer principalmente que el descendiente tomara más que los demás descendientes, siendo éste el único móvil de la donación (a la que este caso certeramente calificaría de mejora), y que de serlo, esencialmente debiera considerarse revocable, lograría también su objeto, *con tal de no llamar mejora a su deseo*, diciendo sencillamente que no se colacionase en su herencia.

Lo que no supuso es que el hijo que tomase en su herencia mejor parte que los demás, estaría o no mejorado, según se considerase tomada esa porción superior de un tercio—el libre—, o de otro—el de mejora—. Si lo hubiere supuesto, la subdividiría en su conciencia: mejora del tercio libre y mejora del tercio de mejora.

Todo esto no puede ser para él más que un juego de palabras.
¡Mas qué juego de palabras tan transcendental!

Tanto, que la misma donación, según una teoría, pende de ellas.

Y sin embargo, ¡qué fina intuición jurídica la de ese ascendiente desconocedor del derecho, que parece chocar con él! ¡Cómo acierta, sin embargo, contra la misma letra de la ley!

Ha querido donar al descendiente, como si se tratase de un extraño, con independencia de su carácter de descendiente; no ha creído posible hacerlo sin considerarlo mejorado, cualquiera que fuera el tercio del que tomara la donación en su día, al concurrir con otros descendientes; ha considerado compatibles la donación inter vivos y la mejora mortis causa.

Y por el contrario, la ley le dice:

Aunque no medien más que ascendiente y descendientes, la mejora del tercio de mejora se diferencia de la del tercio libre en que aquélla es mejora y ésta no lo es. Debido a eso, aquélla es acto de última voluntad, revocable, y ésta es acto inter vivos, irrevocable.

Los comentaristas pueden añadir: la revocación de la mejora lleva consigo la de la donación, según el artículo 827; y por el contrario, la no colación o imputación al tercio libre es irrevocable.

Hemos rebatido la primera afirmación de los comentaristas. Reconocemos ahora que la segunda es legalmente indudable, rechazando la opinión de Losana, que entiende revocable la dispensa de colación, pues habrá casos en que la revocación de las misma no sea cumplida; v. gr., cuando el tercio de mejora esté ocupado a favor de otro descendiente y el tercio libre íntegramente por la donación no colacionable; estimamos que el donatario podrá rechazar la revocación de esta dispensa y subsiguiente orden de colación, sin perder por ello su carácter de heredero y su derecho a legítima.

Otra cosa será que el ascendiente, en los casos en que sea posible, disponga que los restantes descendientes tomen más que el donatario en cuantía equivalente a la donación; esto no prueba su irrevocabilidad, sino su esencia mortis causa.

Por considerarla legalmente irrevocable la rechazamos por anti-jurídica, en las siguientes consideraciones:

CONCEPTO DE LA NO COLACIÓN ; SU NATURALEZA

Supuesto que el ascendiente establezca al donar la dispensa de colación, psicológicamente efectúa al ordenarla un acto de última voluntad. Por esta orden, se sitúa en el momento de su fallecimiento, se transporta a ese momento, y para que entonces sea cumplida, ordena su voluntad actual.

Proyecta su voluntad al día de su muerte, imponiéndola para un fin puramente sucesorio—la no colación—. Consciente o inconscientemente, aun cuando pretenda únicamente alejar la donación de toda ordenación hereditaria, tan pronto como se plantea en su mente la suerte que ha de correr la donación a su fallecimiento, se sitúa en él ; y toda manifestación que haga de su voluntad, máxime si altera la presunción legal, será una ordenación mortis causa.

Por otra parte, entre el tercio de libre disposición al que se imputará la donación no colacionable y el tercio de mejora, para el ascendiente, dueño común de ambos tercios, no puede existir diferencia alguna, como no la hay entre la orden de no colacionar y la orden de conceptuar la mejora.

Tampoco la habrá para los descendientes ; tomada de uno u otro tercio la porción en que es mejor a los demás descendientes, para el donatario los efectos serán los mismos, como análogo es que lo haga como no sujeto a colación que como expresamente mejorado.

En esencia, entre ascendiente y descendiente, uno y otro tercio se confunden. Y el espíritu que anima a aquél al ordenar que el donatario no colacione en su herencia, es el mismo que le anima al mejorarle (se presume esto en el artículo 828 del Código civil, rechazándolo, por el contrario, el monstruoso artículo 829 del mismo Código).

Si, pues, es acto de última voluntad, debe ser revocable la *orden de no colacionar*.

CONFUSIÓN DE LA LEY : SUS CAUSAS

¿Cuál es para la ley el carácter de la donación no colacionable ?
El de una donación hecha a extraños ; todas las características

de estas donaciones las aplica igualmente al tratarse de descendientes; por ello, no ha reparado en el carácter mortis causa de la ordenación.

Supone que si el ascendiente tiene en concepto de libre un tercio de herencia, del que puede disponer a favor de extraños, el hecho de que disponga a favor del descendiente donatario—mediante la no colación—no altera las características de acto inter vivos que informa a la donación hecha a extraños.

El error de este supuesto nace de aplicar la teoría y artificio de los tercios de herencia a las relaciones de ascendientes y descendientes, sin sutileza jurídica alguna.

El artificio de los tercios responde:

1.º Tercios de legítima estricta y de mejora; a las relaciones obligatorias de ascendiente y descendientes.

2.º Tercio libre a) a la libertad o poder del ascendiente respecto de sus bienes en sus relaciones gratuitas con los terceros—no descendientes—, y b) a sus relaciones voluntarias con sus descendientes.

Cuando voluntariamente responde a sus relaciones con los descendientes, si éstas son de última voluntad, como lo es siempre la no colación referida a la herencia, tendrán estas relaciones todas las características que a los actos de última voluntad informan.

Serán, por tanto, revocables.

Este matiz ha escapado al legislador.

Por el contrario, para él, el hecho de que el ascendiente disponga libremente del tercio de este nombre, modifica la esencia mortis causa de la disposición a favor del descendiente, convirtiéndola en inter vivos.

A su vez, el tercio libre, mediando sólo ascendiente y descendiente, puede tener un doble aspecto: a) como tal tercio libre y b) como herencia.

Veámoslo: hecha la donación, tanto si es como si no es colacionable, puede el donatario no llegar a ser heredero; la donación subsistirá, no obstante, sin que la colación o no colación pueda realizarse; ¿qué suerte sigue la donación?

Se imputa al tercio libre como hecha a un extraño. La orden de colación—legal—o no colación—expresa—era un acto sucesorio y hubo de seguir la suerte de éstos; faltando el concepto de here-

dero, falta la posibilidad de aplicación por no darse el caso que regula.

El descendiente donatario que no llega a ser heredero, por renuncia, incapacidad, premoriencia, etc., es un extraño, a los efectos de la donación, respecto de su ascendiente. Y en tal instante, debe jugar el tercio libre con independencia de toda sucesión hereditaria, que falta. Así vemos que la donación hecha en concepto de legítima no se revoca si el donatario no llega a ser heredero, ni por las causas de desheredación o indignidad, sino por las de ingratitud generales de las donaciones; y las donaciones no colacionables, y las imputables a la mejora, debieran correr igual suerte faltando la cualidad de heredero al donatario, cualidad prevista para ordenar la imputación o no colación, más independiente de la donación inter vivos.

Por la misma razón, en las donaciones colacionables, si el donatario descendiente repudia la herencia, será tenido por extraño, quedando exento de colacionar y subsistiendo íntegramente la donación. (Art. 1.036.)

PRECISANDO IDEAS

La dispensa de colación es substancialmente una mejora; la colación es una operación mediante la cual el heredero donatario toma en la herencia de su ascendiente menos bienes que los demás descendientes—los equivalentes a la donación—; por su dispensa, toma iguales bienes, y automáticamente es mejor heredero que ellos, pues resulta mejorado con los bienes de la donación que no ha colacionado.

Por otra parte, toda donación, sea o no colacionable, hecha a favor de descendientes o de extraños, ha de traerse a la herencia (disorepamos en absoluto de Manresa en este punto); las hechas a extraños, para ver si no exceden del tercio libre o son inoficiosas; las colacionables, para igualar al donatario y los restantes herederos, y las no colacionables, para determinar en primer término (único que por el momento nos interesa) si son inoficiosas. Si no lo son, en definitiva, se habrán imputado al tercio libre.

Ahora bien, la inoficiosidad, respecto a las donaciones a extraños, responde al respeto debido a los dos tercios, de legítima y

de mejora; pero si el donatario es descendiente, ¿qué razón jurídica fundamental existe para que habiendo el ascendiente ordenado clara y sencillamente, sin referencia alguna a tercios de herencia, que no se le descuente al donatario descendiente el importe de la donación en su herencia—dispensa de colación—la ley rechace y deje incumplida esta orden porque la donación exceda del tercio libre? Podría responderse: la intangibilidad para el ascendiente de los tercios de legítima y de mejora. Mas no; eso será respecto de extraños, pero respecto de sus descendientes, no es intangible el tercio de mejora, ya que del mismo puede disponer el ascendiente a favor del descendiente que desee. Tampoco podrá razonarlo la presunción de voluntad, pues la orden terminante de no colación excluye toda presunción contraria.

No debe, pues, regirse esta donación por las reglas de la infirmitad, igual que las otorgadas a favor de extraños, salvo que exista una razón fundamental que haga detenerse sin fuerza alguna ante el tercio de mejora la orden expresa del ascendiente y que constriña a éste a moverse sólo en el tercio libre. Si, por el contrario, la orden no se detiene ante el tercio de mejora, desaparece para estos efectos las diferencias entre el mismo y el tercio libre.

Hagamos ahora estas mismas consideraciones respecto a la donación en concepto de mejora: ¿Por qué la orden de que la donación sea para el donatario descendiente la parte en que es mejor heredero que los restantes ha de rechazarse en cuanto exceda del tercio de mejora? ¿Qué intangibilidad es la del tercio libre, a qué principio jurídico responde? ¿Es que los mandatos de mejora y no colación, cuyo espíritu común en la intención del ascendiente es que al donatario no se le descuente el importe de la donación en su herencia, aunque por ello sea mejor o mayor heredero, se han convertido por imperio de la ley en *órdenes de imputación a tercios*?

Si es así, la mejora o no colación servirán en adelante únicamente para ordenar imputaciones a tercios de herencia, y mediante ello, en algunos casos precisamente se pretenderá que el mejorado o dispensado de colación tome en la herencia del donante igual porción de bienes que los restantes herederos, v. g., anteriormente

mejorados o dispensados de colación. Será ya una operación matemática de partición la orden del ascendiente donante.

Y las palabras «mejora» y «no colación» habrán de emplearse con sumo cuidado, pues no responden, aquélla a su significado gramatical y éstas a su concepto jurídico, sino a un contenido matemático legal contrario en algún caso a los principios informantes del espíritu de las instituciones, para cuyo desarrollo se establecieron los tercios de herencia.

Volvamos ya al deseo concreto del ascendiente: que el importe de la donación no se descuente al donatario en su herencia; y a las formas con que ha creído encuadrarlo en el marco legal: mejora y dispensa de colación. Como consecuencia de su examen, han surgido las anteriores interrogaciones, para las que sólo hallamos una contestación: la ley, con fines especiales, ha impuesto un artificio de tercios de herencia y lo ha desenvuelto con tan escasa sutileza jurídica que imposibilita en absoluto al ascendiente para otorgar a favor de su descendiente una donación inter vivos irrevocable que exceda de un tercio de herencia ordenando que, llegado su fallecimiento, no se le descuente el importe de la misma en su herencia.

Veámoslo. Puede efectuar:

1.º Donación inter vivos en concepto de mejora. En consecuencia, si excede del tercio de este nombre, no se cumplirá su voluntad íntegramente, y, por otra parte, los comentaristas, con fuertes argumentos legales, considerarán la donación misma revocable y mortis causa.

2.º Donación inter vivos no colacionable. Si excede del tercio libre no se cumplirá su voluntad íntegramente; y por ser, además, irrevocable la imputación a ese tercio u orden de no colación, quedará limitada respecto del mismo, no sólo su potestad de dueño de sus bienes en relación a otras donaciones a favor de extraños, sino su potestad y libertad de ascendiente causante en la ordenación de su sucesión hereditaria entre sus descendientes; todo ello en la cuantía que el valor de la donación ocupe en el tercio libre.

3.º Donación inter vivos no colacionable, en cuanto quepa en el tercio libre y en concepto de mejora en su exceso.

No es ya sólo la incompatibilidad de la donación inter vivos y la mejora mortis causa lo que verá la ley, sino la de este tercio y

el libre. Doblará y partirá en dos su voluntad, anulándola, como ha dividido y separado ambos tercios en la herencia.

CONCLUYENDO

Ante la posición del Sr. Lezón, que juzgamos la más firme y segura, dada la índole del Registro, desde otro punto de vista totalmente diferente, el de nuestra profesión, sólo vemos un camino a seguir: descomponer el contrato en:

- 1.º Escritura de donación pura, y
- 2.º Testamento ordenando que su importe no se colacione en su herencia en tanto no exceda del tercio libre y que en lo que exceda se impute al tercio de mejora con este carácter.

Solución poco científica, que, en compensación, nos permitirá ver comprobadas las afirmaciones anteriores: el carácter revocable de la dispensa de colación; su identidad con la mejora propiamente dicha, en esencia; el juego de tercios de herencia en sus diversos maticés sutiles, y los errores de su regulación legal. Todo ello en los diferentes casos.

- a) Revocación de la orden de mejora o dispensa de colación.
- b) Renuncia de la herencia por el donatario.
- c) Incapacidad de heredar.
- d) Transmisión anterior a la revocación, etc., etc.

Hemos limitado este estudio al examen del artículo 827 del Código civil; para la visión total del problema suscitado habríamos de seguir el desenvolvimiento y choque de las opiniones esbozadas con la letra de la ley, en su regulación de las donaciones, inoficiosidad, computación de legítimas, colación, reducción de donaciones, etc., etc; la desviación de los principios jurídicos que informan el sistema sucesorio español, por el que pudiéramos llamar sistema de *imputaciones o tercios de herencia*, y la posición que ante ello adoptan los comentaristas.

JOSÉ URIARTE.

Notario.

La Hipoteca Naval

Cuestiones internacionales que suscita

Son quizá estas cuestiones de las más interesantes que se ofrecen a la meditación de los que estudian cuanto con la hipoteca naval se relaciona.

En anteriores trabajos, a los que esta Revista me brindó generosa hospitalidad, he pretendido hacer resaltar la gran cantidad de sugerencias que la hipoteca naval presenta, dejando de propósito para el final el que hoy me ocupa, por entender que su importancia es máxima, ya que trasciende de la esfera puramente nacional, y abarca cuestiones que se plantean en todos los países.

La primera cuestión que se presenta surge de la distinta manera en que puede considerarse la naturaleza de la nave, pues ya hemos visto que nuestra ley de 1893 la define como inmueble, haciendo constar que esta consideración sólo tendrá valor para los efectos de la hipoteca, es decir, que de los términos en que la ley está redactada, parece que la hipoteca naval, en sus relaciones internacionales, debiera estar sujeta a los mismos principios que rigen a las demás hipotecas; pero, aparte de que estos principios no son claros y terminantes, no pueden ser de aplicación a la hipoteca naval, puesto que la nave no es un inmueble, y, por tanto, difiere esencialmente de estos bienes, y buena prueba de esto es que aun para aquellos autores que, como Laurent (*Droit civil international*), estiman que la hipoteca es una cuestión de Derecho civil, no dejan de hacer constar el carácter preferente que la hipoteca naval tiene, y que, por tanto, la hace diferir de las demás hipotecas.

Aun suponiendo que la nave pudiera considerarse como inmueble, por estimar que la ley de 1893 quiso darle esta consideración para todas las relaciones jurídicas que surgieran como in-

mediata consecuencia de este carácter que la ley le asigna, ¿no presentaría muchas dificultades la aplicación del artículo 10 de nuestro Código? Evidentemente que sí, pues el principio de *lex rei sitae* resulta totalmente inaplicable, con la observación de las distinciones necesarias sacadas de la misma naturaleza de las relaciones jurídicas, pues ¿cómo una nave española, regida por las leyes españolas, por estar transitoriamente en un puerto extranjero iba a dejar de regirse por sus leyes originarias!

Las dificultades tampoco se allanan al estimar la naturaleza de la nave como mueble, puesto que si así se considera, además de que no sería susceptible de hipoteca, resultaría que de la recta aplicación de nuestro Código, los muebles se rigen por la ley de la nación del propietario, y como, por otra parte, hay leyes concretas, estimadas como de orden público, que nadie puede rehusar su cumplimiento, originaría múltiples conflictos el poder definir qué leyes son las de orden público y, por tanto, aplicables a la nave, y cuáles son las que la nave está exenta de seguir, por estar sujeta a su ley originaria; Weis (*Manual de Derecho Internacional Privado*) hace una enumeración de las que él estima leyes de orden público, haciendo constar de una manera clara que esta enumeración sólo obedece a su criterio personal.

La nave, aunque bien mueble, lo es de naturaleza especial, puesto que representa una suma de intereses, y estando destinado a navegar, no puede localizarse, siendo, por tanto, necesario el que sus reglas sean distintas a las que rigen a los demás bienes, en lo que están conformes la mayoría de los tratadistas, pero discrepan al tratar el principio que le debe ser aplicable; y, así, mientras Labbé (*De Conflict entre la loi national et le loi etrangere*) opta por la ley del retorno, Fiore (*Derecho Internacional Privado*) estima que la condición jurídica de la nave debe determinarse por la ley del lugar donde se reputa localizada; y hay, incluso, quien llega a considerar la nave como una entidad o persona jurídica; resultando, por tanto, difícil armonizar los distintos criterios que se sustentan, pero, desde luego, la autoridad del profesor de Florencia es digna de estimarse como la más acertada, por ser la de más factible realización.

Sin embargo, no son sólo éstas las cuestiones que la hipoteca naval suscita, puesto que necesitando la hipoteca rodearse de for-

malidades que sirvan de garantía a los derechos por ellas amparados, y siendo estas formalidades completamente diferentes en los distintos países, pudiendo, incluso, darse el caso de la inexistencia de las mismas, es necesario precisar qué se hará en el caso de que haya que decidir si la hipoteca válidamente constituída puede o no ser eficaz, teniendo en cuenta las formalidades de publicidad de la misma.

La nave, hemos dicho que representa una suma de intereses, y, por tanto, todos los que pueden tener intereses sobre la misma deben estar en actitud de conocer cuanto con ella se relaciona, para poder evitar toda sorpresa o fraude, es decir, que las formalidades que la publicidad de la hipoteca exige, deben juzgarse suficientes para proteger los derechos de terceros, y sólo en este caso podrá reputarse válida y eficaz; por tanto, el principio *locus regit actum*, recogido por nuestro Código en el artículo 2.º, resulta inaplicable, puesto que difícilmente se prestarían súbditos de una nación en la que estuviera aceptado el principio de la publicidad en materia hipotecaria, a sujetar sus naves a hipoteca conforme a la ley del país en que este contrato se fuera a celebrar, si en este país no estuviera vigente el mismo principio de publicidad, puesto que si así lo hicieran estarían sus derechos desamparados.

Fiore (obra anteriormente mencionada) dice que se puede admitir como regla general el que las formalidades de publicidad para hacer eficaz la hipoteca deben regularse por la ley del puerto en que la nave esté inscrita, por lo cual no podría ser una razón para desconocer la hipoteca válidamente constituída, la falta de observancia de las formalidades de publicidad exigidas por la ley del lugar donde la nave se encuentre y donde surja la cuestión acerca de la eficacia de la hipoteca constituída.

Weis sostiene otro criterio completamente diferente, y dice que cuantos pretenden sustraer a la regla *locus regit actum* los actos solemnes que exigen publicidad, llegan de hecho a negar a los extranjeros la facultad de celebrar ciertos actos fuera de su país, y en apoyo de esta tesis, aduce las siguientes razones: parece natural, *a priori*, declarar válido todo acto que haya llenado las condiciones de forma establecidas por la ley local. Las formas exteriores de que está revestido un acto jurídico tienen por objeto proteger a los que en él intervienen contra todo fraude y toda presión;

y como estas formas varían necesariamente con la situación moral del país y con el carácter de los habitantes, es evidente que si tal medida de precaución o de desconfianza es absolutamente indispensable en un Estado, puede ser absolutamente superflua en otro. Por otra parte, la regla *locus regit actum* es de una utilidad y de una necesidad práctica indiscutible, puesto que, a menudo, es imposible atenerse a las formas establecidas en la ley nacional de las partes, sobre todo si se hace en un territorio en que las autoridades locales rehusan el concurso solicitado por la ley local; así, pues, si se obligase a la persona a observar, cualquiera que sea el lugar de su residencia, las condiciones de forma impuestas por su país para la forma de los actos jurídicos, resultaría esta persona totalmente imposibilitada de contraer ninguna relación jurídica fuera de su país; y, por tanto, el interés general de los Estados, fundado en el desarrollo del comercio internacional, protestaría contra un régimen de tal suerte tiránico.

Evidentemente que las razones aducidas por Weiss son de un gran valor, mirándolas no solamente desde el punto de vista científico, sino también desde el punto de vista práctico, pero no hay que olvidar tampoco la importancia tan grande que las formalidades exteriores revisten para aquellos países en los que el sistema hipotecario descansa esencialmente en la publicidad, y, por tanto, la gravedad que encerraría el dar un valor absoluto a la regla de *locus regit actum*, puesto que de considerarse así, la hipoteca naval no tendría más garantías que las que la da el Estado en que la hipoteca se hubiera contraído, cuando precisamente es la hipoteca naval una de esas relaciones jurídicas en que su importancia internacional es quizá tan grande como la nacional, ya que el comercio marítimo que un estado realiza, con ser tan grande, no puede ser comparado con el que realizan los Estados entre sí; de aquí la importancia que tiene el saber las garantías internacionales con que pueden contar todas aquellas personas que de la hipoteca se sirven, y por eso no ha de extrañar que nos parezca más acercado a la realidad el criterio que sustenta el profesor Fiore.

Muchos más son los problemas internacionales que la hipoteca suscita, pero son tantos, y tantas las soluciones a ellos previstas, que el trabajo se haría interminable. Únicamente sí apuntaré que todas las soluciones, con ser muchas y de enorme valor, care-

cerán de toda eficacia mientras no haya reglas fijas con sujeción a las cuales poder resolver los innumerables conflictos que en la práctica se presentan, es decir, que si la opinión de la unificación de las legislaciones va tomando auge, creo que ninguna rama se presta más a una codificación verdaderamente internacional como la de que estamos tratando, por ser muchos los intereses a que afecta y por tratarse de relaciones que, por su importancia, no caben dentro de los ámbitos de un Estado, ya que escapan a toda regulación unilateral.

De esperar es que la Comisión jurídica que funciona en la Asamblea de la Sociedad de Naciones se ocupe de estas cuestiones, con las que se podría ir sentando las bases para una posterior codificación total del Derecho marítimo; pero mientras ese momento no llega, es preciso reformar nuestra legislación nacional, poniéndola más en armonía con la realidad del momento, y sin olvidar que todo cuanto se haga por facilitar esta clase de relaciones jurídicas, repercute directamente en el mayor aumento que nuestro comercio marítimo adquiere.

Para mi modo de ver, la reforma debe descansar en las siguientes bases:

- 1.^a Total reforma de nuestra ley de Hipoteca naval de 1893.
- 2.^a Creación de los registros navales.
- 3.^a Reforma de aquellos artículos del Código civil y mercantil que, por su íntima relación con la hipoteca naval, no pueden escapar a una revisión.
- 4.^a Fomentar todo lo posible la afición por estos estudios, para lo cual es imprescindible la creación en nuestras Facultades de Derecho, de la cátedra de Derecho marítimo.
- 5.^a Crear órganos adecuados, que bien pudieran ser las actuales Cámaras de Comercio, para estudiar la manera de coordinar nuestra legislación con la de aquellos países con los que más relaciones tenemos, mediante la conclusión de tratados referentes a estas cuestiones.

Y, por último, facilitar a nuestros armadores cuantos medios sean necesarios para que conozcan y apliquen las ventajas que les ofrecería la nueva situación.

FERNANDO ESCARDÓ PEINADOR.

Doctor en Derecho, del Cuerpo Jurídico de la Armada

FORMA NOTARIAL

Los hombres nacen y viven en sociedad, como si se asociaran por razones de solidaridad para cumplir todos sus fines individuales y colectivos, con la cooperación, dependencia mutua y división del trabajo. Si no celebran expresamente un contrato de asociación, todos sus actos lo confirman y suscriben, dice Bouglé. Las personas cooperan y se auxilian con sus acciones, que tienden a unirse y completarse. Se armonizan con arreglo a la ley, por la bilateralidad jurídica, con derechos y deberes a base de igualdad; se capitalizan y cambian con equivalencia, se acumulan y ligan con vínculos permanentes por medio de convenios. Esa asociación para el cumplimiento del Derecho, con leyes, órganos y funciones comunes, constituye la comunidad jurídica, y su vida legal, por actos socializados mediante la forma pública, para protegerlos, coordinarlos y extender sus efectos a todos, participando de sus consecuencias favorables o adversas.

Justitia qui just sistit: por la justicia el Derecho existe y se conserva el equilibrio social. El legislador la ejerce al establecer el Derecho, y, por consecuencia, el orden jurídico y social, mediante las leyes. Obligado a velar por la certeza y seguridad de las transacciones, desarrollar la confianza que genera y conserva la fe pública en los contratos y documentos, favorecer la marcha normal del comercio y mantener la tranquilidad pública, decreta la figura y forma de los actos en que debe manifestarse la voluntad para reconocerla efectos jurídicos, con formalidades mayores y rigurosas, en atención a su importancia, duración y trascendencia, según las circunstancias morales, religiosas, sociales, económicas y políticas en que se desenvuelve la vida del país en cada época,

por medio de leyes civiles de orden público y coordinación social, que corresponden a los caracteres de los individuos y de la sociedad, para que se respeten e imperen en la colectividad todas esas condiciones que se creen fundamentales de ella, al contratar y obligarse.

Se considera el Derecho forma de armonía social que mantiene el equilibrio entre los asociados por la justicia, traducida en las leyes civiles que reglamentan las instituciones, como fuentes en que brota la paz y concordia, el orden público y el concierto general en la sociedad. Organización del orden y de la paz en virtud de convenios, concordando voluntades y poderes jurídicos sobre bienes y servicios, conforme al ritmo del Derecho, como estado normal de la sociedad, por ser una de las condiciones fundamentales de su existencia la celebración de actos jurídicos en consecuencia de la solidaridad e interdependencia, cooperación y división del trabajo para cumplir todos los fines.

La ley civil ha de tener en cuenta las circunstancias del país en que se desarrolla la contratación, al regular los elementos esenciales y formales de cada convenio, con que se armonizan y equilibran con criterio de justicia, a base de proporcionalidad, las acciones de cooperación de los individuos, cambiando cosas y servicios. Las personas, por su limitación, necesitan completarse, unir y combinar sus acciones para cumplir sus fines con su auxilio mutuo en la vida social, resultando el régimen jurídico del conjunto de relaciones legalmente establecidas por los contratos que se enlazan y entrecruzan, formando la trama de la sociedad.

Las instituciones civiles en la organización jurídica de la sociedad, como bases fundamentales de ella, por las causas que las determinan, las exigencias que regulan y las condiciones en que se manifiesta la vida colectiva, responde a un fin público, inspirado por ciertos principios que se consideran indispensables en cada época para la convivencia humana. Figura la forma pública entre las más importantes, porque, contribuyendo a la firmeza y certeza de la contratación y a la seguridad del comercio, satisface una necesidad social, aunque en su aplicación y ejercicio regule y proteja intereses privados. Se instituye por motivos de orden público, por ser de interés general las formalidades protectoras de los contratos y documentos que amparan la buena fe de los contrayentes

y de la sociedad en unos y en otros, garantizan la legalidad y eficacia de los negocios en el comercio jurídico. La dificultad del legislador se halla en evitar el exceso o defecto de formalidades, según enseña Pisanelli (1).

Las instituciones civiles, familia, propiedad, sucesiones y contratos; la figura y forma de todos los actos, su valor y efectos, son bases jurídicas de la sociedad, que, para organizar el desenvolvimiento de la vida pacífica de sus individuos dentro del orden, establece normas de carácter público que obligan a todos, regulando la constitución y funcionamiento de las fuentes donde nacen los derechos privados, por voluntad de las partes. La ley garantiza con su sanción los intereses individuales o sociales, dando vida o muerte a los actos que se sujetan o se sustraen a su imperio, y traza el plan de conducta jurídica a los individuos con los límites de su esfera de acción para disponer de su persona y bienes, porque con su egoísmo comprometerían la existencia de la sociedad, se perturbaría la vida jurídica y el desorden sustituiría a la ordenación legal.

Motivos.—El legislador, considerando la importancia subjetiva y objetiva de cada negocio, establece la forma necesaria a su voluntad, prueba eficaz o ejecución forzosa. Las formas de la clase esencial o probatoria obedecen a distintos motivos, según la serie de fines combinados que se propone conseguir el legislador, pero no los expresa, y el intérprete debe deducirlos.

Se decretan por causa del orden jurídico en interés de la contratación, protección del tráfico de buena fe y obtener una eficacia general en que pueda confiar la sociedad, la cual tiene derecho a la forma, por las causas de orden general que la motivan y por las garantías de seguridad que ofrecen a su fe pública en la organización de la contratación y derechos reales.

Fin de la forma es la validez y demostración del acto, colocándolo dentro del régimen legal, para que se produzcan en una serie ordenada los efectos correspondientes. El legislador lo somete a la forma pública, como instrumento de precisión que tiende al per-

(1) Entre ellas coloca Covián la autoridad paternal de los notarios, en la «Enciclopedia jurídica», tomo VIII, pág. 365.

feccionamiento del acto, asegura su valor, aumenta su eficacia y extiende sus efectos por el cuerpo social.

La ordenación de la forma responde a caracteres y condiciones de los individuos, principios y necesidades de la sociedad para contratar debidamente, asegurar la confianza de las partes en los convenios, cumpliendo lo prometido, y conservar la fe pública, alma del comercio. Por necesidades individuales y sociales, dicta el legislador esas leyes en garantía de la contratación y documentación, mantenimiento del orden necesario en la sociedad y regularidad de la vida colectiva sobre bases justas. Los derechos del individuo y de la colectividad son la causa de ordenación de la forma, para la buena organización jurídica de la sociedad. Con documentos y contratos públicos se desarrolla normalmente el Derecho privado.

La forma ampara intereses particulares y sociales. Cuando protege a las partes contra su descuido y falta de diligencia, sin la forma no nace el vínculo entre ellas. Las formas se decretan por distintas causas. En la donación quiere impedir la seducción o captación al disponente, dificultar que se desprenda de los bienes en perjuicio propio y de la familia y procurar que la liberalidad sea consecuencia de la voluntad consciente, libre y razonable, sin vicios de prodigalidad, dolo o fraude. Se considera necesaria la forma en el contrato de matrimonio por sus numerosas, complicadas y difíciles cláusulas, por su importancia para la constitución de la familia, por regir a los cónyuges durante su vida; en interés de ambos, para que no lo modifique uno con violencia o halagos en daño de otro, ni puedan confabularse para defraudar a cuantos contrataron con ellos. En los convenios sobre inmuebles, por la estabilidad, prueba y duración de los derechos reales, seguridad de los daños y titulares de ellos, base de crédito y riqueza inmobiliaria, fuente de ingreso y prosperidad pública y privada. Motivos de las formas severas y solemnes que protegen y garantizan intereses particulares y colectivos en los distintos contratos.

Colocando el acto dentro del régimen legal, se producen una serie ordenada y sucesiva de efectos por las funciones de la forma. Puede apreciarse el valor de la forma por su fuerza positiva y negativa. Da certeza social a los derechos y asegura la fe (pública) de la colectividad en los convenios y documentos, protegiendo a

cuantos contratan fundados en ellos. Cuando se requiere para la formación de los actos, no los reconoce el legislador si no se revisten con ella y declara que no existen jurídicamente.

La forma realiza su función social de publicidad por distintos motivos. Con el fin de que sea conocido el acto dentro del orden jurídico y facilitar un medio de prueba de los derechos. Con el fin de ligar a todos a su conocimiento, excluyendo la ignorancia. Con el fin de que las personas de buena fe puedan confiar y fundarse en el acto publicado para sus negociaciones (1).

Por autorizar un órgano de la sociedad en su representación con una obra de colaboración común, la forma pública puede, con su fuerza ordenadora, extender por igual a todos los efectos de los actos y coordinar los derechos que crean. Savigny indica que para la prosperidad del comercio es necesario no concluir los actos con precipitación, sino con prudencia, reflexionando seriamente todas sus consecuencias. Por medio de la forma deben conocer las partes la naturaleza y efectos del acto que celebran y las disposiciones legales que lo regulan, ejerciendo el Notario una función técnica de dirección y enseñanza de las verdades jurídicas, como un magisterio del Derecho.

Se desarrolla la autorización con una función de asistencia moral y jurídica de la voluntad que la depure de vicios y errores, ejecutiva de la ley, fusionadora de ambas y legalizadora del acto. Se extiende al documento para convertirlo en público y auténtico. La forma ejerce una función integrativa, por aumentar la eficacia del contrato y del escrito, con valor y efectos que no tienen en sí mismos, si pueden las partes darles por sí solas, sin la autorización del Estado.

Formalidades.—Las funciones autorizantes se corresponden exactamente con las de la forma, para que pueda cumplir sus fines y producir sus efectos, recibiendo el acto por medio de ella toda la eficacia necesaria. El Notario, como ministro de las leyes, debe exigir su observancia y aplicarlas; como jurista, facilitar el conocimiento de sus preceptos y explicarlos; como juez, pronunciar el juicio de legitimidad, y como autoridad, autorizar en forma pública el acto y su documento, aumentando su eficiencia. La forma

(1) Huber: «Estudios sobre la publicidad», páginas 61 y siguientes.

es el instrumento de precisión con que se ejercen las funciones notariales para enjuiciar el acto y perfeccionarlo.

La forma de diligencias orales y escritas que preside y dirige una autoridad, fué el medio de manifestarse solemnemente la voluntad y el modo de legalizar el acto y el documento con eficacia máxima, por imprimirle valor y carácter jurisdiccional por diversos procedimientos.

Mortara dice que el magistrado ejerció antiguamente las funciones notariales en la primitiva jurisdicción voluntaria, para comunicar a los actos la solemnidad y publicidad de carácter jurisdiccional y concederles forma legal y garantía eficaz, fuerza y sanción por la intervención de una autoridad pública con potestad de legitimarlos oficialmente, aplicando el proceso de la jurisdicción a una materia voluntaria de manifestaciones concordes de voluntad privada *inter volentes* (1).

Comenzó la forma pública de los negocios privados con el proceso verbal que autorizaba el Magistrado en la esfera de la jurisdicción, asistiendo a una *legis actio* que las partes ejercen simplemente, para llegar con formalidades procesales a un resultado convenido, como la cesión, adopción, emancipación, etc. El Magistrado concurre en la organización de la instancia *in jure*, para dar con su autoridad autenticidad a los actos de las partes, pues cuando se conforman, termina la contienda, sin quedar ligadas a un proceso por falta de oposición para resolverlo el juez *in iudicio*. La jurisdicción voluntaria nació para legalizar el acto con el empleo de un procedimiento legal de la *legis actiones*, seguido *in jure*, en que las partes se ligan con formalidades procesales, y por su conformidad se arregla la cuestión ante el Magistrado, que concluye el negocio aprobándolo y sancionándolo con su autoridad, en cuya virtud se produce el efecto apetecido. No hay juicio sin oposición de los interesados, y cuando el derecho del accionante se reconoce por el adversario ya expresamente con una confesión, o tácitamente, por no defenderse, halla la satisfacción debida, consiguiéndose inmediatamente el resultado que se perseguía, y por eso se considera juzgado: *confessus pro iudicato*. En forma de proceso sin litigio declaraban solemnemente las par-

(1) «Manuale di Procedura civile», volumen II, páginas 477 y siguientes.

tes sus derechos y obligaciones, para darles la firmeza de lo juzgado, que tenían las confesiones del procedimiento *in jure*. Con el proceso fingido se legalizaban los negocios civiles más importantes, los autorizaba el Magistrado, les comunicaba su autoridad, los hacía solemnes, públicos y auténticos, los sancionaba con un pronunciamiento de igual fuerza que un fallo. La jurisdicción voluntaria se distinguió de la contenciosa. Generalizando más tarde el uso de la escritura, fué la forma de documentar los negocios jurídicos para su conservación y demostración, y apareció el órgano encargado de redactarlos por escrito, con los nombres de *tabelion*, *scriptor*, *exceptor*, etc. El escritor del documento debía presentarlo al Magistrado para que lo reconociesen las partes en su presencia como verdadero y lo autorizase o confirmase con su autoridad, concediéndole autenticidad con fuerza de prueba. Las formalidades de la insinuación se empleaban para que fuesen conocidas las donaciones y públicos los escritos en que constaban; se aplicaron después a todos los contratos, para dar autenticidad a sus documentos y evitar su falsedad, facilitar su prueba y conservarlos en un archivo, formándose con la reunión de sus hojas los libros públicos.

La insinuación era el medio de dar una credibilidad indiscutible para todos al documento, y la autoridad pública tenía la potestad, como si fuese judicialmente, de autorizar las diligencias, de comprobarlo, comunicarle la fe que le concedía la sentencia, otorgarle autenticidad con fuerza de prueba, carácter y valor jurisdiccional; con lo cual adquiría firmeza entre las partes y sucesores a perpetuidad, dejaba de ser secreto y dudoso para convertirse en público y cierto. Por la dignidad de su magistratura pudo la ley conceder a varios funcionarios judiciales una función de autoridad, para que la comunicasen al documento al autorizarlo y tuviese fuerza probante oficial o fe (pública) para la sociedad, como un deber legal de creerlo verdadero.

Se creó el Notariado, invistiéndolo con la autoridad de los jueces y magistrados y con la potestad que tenían de autorizar los contratos y sus documentos en forma pública en acto de jurisdicción voluntaria. Por eso revisten el carácter de públicos y auténticos que correspondían a los documentos de la autoridad pública (judicial), de donde emanan sus funciones, aunque al diferen-

ciarse fueran funcionarios delegados del Poder ejecutivo. La jurisdicción voluntaria se dividió en judicial y notarial.

Los jueces autorizaron contratos públicos y documentos auténticos en la esfera de la jurisdicción voluntaria, o de la contenciosa, desarrollándose un juicio en forma de convenio, como la confesión y cesión en derecho, o un pacto en figura de proceso convenido o ficticio. Con los mismos estudios jurídicos ejercieron los jueces, en algunos lugares, funciones notariales, y en otras, los Notarios fueron jueces de los convenios e instrumentos para recibir confesiones de deuda, renunciaciones, allanamientos, dictar preceptos y señalar plazos de pago, etc., denominándose *judices cartularii*.

La confesión comenzó como estipulación y conserva su carácter convencional. Recibida por una autoridad notarial, semejante a la del juez, dentro de un procedimiento legal, se igualaron la *confessio in jure* y la *in iudicio*, considerando a los confesantes juzgados y obligados irrevocablemente a mantener y cumplir lo concedido, como si fueran condenados por un pronunciamiento judicial. Se introduce en el contrato la confesión del deudor, como si se hiciera en juicio, e inserta en el documento, para que adquiera valor procesal y carácter jurisdiccional la firmeza de lo juzgado. De donde procede la fuerza ejecutiva del contrato público y de su documento auténtico, igual a la de la cosa juzgada, y su asimilación a la sentencia que reproduce las declaraciones del convenio celebrado por las partes dentro o fuera del juicio.

Nada importa que la confesión judicial o notarial no sea medio de averiguar la verdad, sino de su fijación formal, ni declare el confesante para que el juez conozca el hecho declarado y actúe la norma aplicable solamente si es verdadero, sino más bien para que fije el hecho como se declaró y, prescindiendo de su verdad, realice la norma adecuada; ya que la naturaleza privada del interés tutelado en el proceso civil explica la indiferencia del Estado sobre la realidad en la sentencia de los hechos que se prueban en cuanto que son jurídicos, o entran en los presupuestos de la norma a realizar, y, por el simple contraste de intereses, se presume real el hecho afirmado por todas las partes o no contradicho por ellas (1).

La institución social de la autenticidad, prueba plena o fe pú-

(1) Carnelutti: «La prova civile», páginas 20 y 45.

blica, se perfeccionó lentamente, llegando a reunir todos los medios probatorios en la formación del documento donde se modela, por ser el instrumento adecuado para formarla y hacerla funcionar. Comenzó por una autorización oficial del Magistrado que comprobaba la autenticidad del documento y lo confirmaba con su autoridad, concediéndole la fuerza de prueba necesaria para demostrar por sí mismo el acto que contiene sin corroborarlo en juicio; fe indudable de valor probatorio como la que otorga el juez por sentencia al escrito, después de averiguar que era verdadero con el reconocimiento de las partes en el proceso documental. Pasó al Notario la potestad de autorizar pruebas, como confesiones, testigos y documentos de valor y carácter jurisdiccional, por los trámites del procedimiento de autenticidad, que reúne en conjunto organizado todos los medios probatorios: la confesión de las partes, la fijación formal y permanente de sus declaraciones en el escrito, que aprueban después de discutir y aquilatar su expresión y alcance, por reproducirlas con exactitud; la confirmación de los testigos y la autorización del Notario que sanciona todas esas diligencias con su autoridad y poder autorizante, en audiencia solemne. El legislador, juzgando el valor del documento por el proceso de su formación, lo considera verdadero, le añade la cualidad de auténtico con fuerza de prueba y lo confirma con una presunción de certeza para que merezca fe plena a todos, sin vacilaciones ni dudas; de donde procede la función certificante que cumple por disposición de la ley para demostrar los actos que contiene, sin permitir impugnarlo civilmente como falso.

El Notario es uno de los elementos de la forma pública del acto y su documento, porque coopera a su formación solemne, autorizando la declaración de voluntad y su documentación con función de autoridad que les comunica firmeza y certeza, garantías de seguridad y eficacia para todos. Autoriza un contrato público de eficacia ejecutiva en el cumplimiento de las obligaciones que generan los derechos reales.

El Estado, con su gran sistema de cooperación, auxilia a los individuos, con variedad de órganos y funciones de asistencia técnica, en la creación y cumplimiento normal de los derechos civiles, al perfeccionar e integrar por medio de la forma pública los actos en donde nacen. Por sus órganos notariales ejerce la tutela pre-

ventiva del Derecho privado en su formación y desarrollo regular y pacífico, para que realice la función de seguridad con que debe proteger las relaciones e intereses de los individuos en la sociedad. No pueden autorizar la celebración y documentación del acto en forma pública sin actuar las leyes que lo rigen, pues deben cumplir sus preceptos, detallando los efectos jurídicos o derechos y obligaciones que producen, como consecuencia de su aplicación a las declaraciones de voluntad, que se convierten en normativas y reguladas. Así, el Notario administra justicia, porque aplicando a los actos las normas como medios a los fines de crear, modificar o extinguir vínculos legales dentro del régimen jurídico, cumple los requisitos que establecen para la figura y forma de cada negocio y lo legaliza o hace justo conforme a Derecho. Armoniza las prestaciones de las partes con la función de número, peso y medida que corresponde a la justicia.

El acto se desarrolla en pública forma, oral y escrita. Son elementos de ella las formalidades indispensables, o conjunto de medios con que ha de manifestarse solemnemente la voluntad oralmente y por escrito, para la validez del acto y del documento. Por la forma se consigue la manifestación completa de la voluntad de todos los elementos esenciales, naturales y accidentales del negocio y su fijación formalmente por las partes, que discuten y aquilatan su expresión para puntualizar exacta y definitivamente sus intereses en contraste. Por eso, la voluntad que se manifiesta en un contrato y se declara en un documento, autorizados ambos en pública forma, tiene el carácter del convenio que se concluye dentro del juicio, o se prueba haberse celebrado anteriormente y el valor de la sentencia que lo reconstituye o proclama, comunicándole fuerza ejecutiva para llevarlo a efecto en la vía de apremio.

El Notario recibe las declaraciones de voluntad de las partes, las amolda a la ley, deduce los efectos jurídicos o derechos y obligaciones que se producen al aplicar sus preceptos, y refundiendo los elementos voluntarios y normativos, construye los actos con la debida estructura y configuración; después los copia exactamente en el escrito y lo convierte en público y auténtico por un procedimiento de comprobación, con las diligencias de la lectura, aprobación y firmas. La voluntad se configura con todos sus derechos y obligaciones en un público contrato y se declara en un docu-

mento auténtico, que, por su autorización y formación solemne, tiene valor y carácter jurisdiccional.

Las principales funciones de la forma, según corresponde a la clase esencial o probatoria, son la constitutiva y la declarativa del acto.

Función constitutiva.—La forma esencial da existencia al acto porque se constituye con ella, siendo la voluntad ineficaz si no se manifiestan sus declaraciones con los requisitos de la figura y del modo que prescribe la ley.

La solemnidad se extiende al acto y al escrito, cumpliendo las formalidades necesarias para autorizar uno y otro en pública forma. La función de solemnizar el Notario con su autoridad el acto y su documento resulta imprescindible para su formación eficaz, pública y auténtica. La voluntad de las partes se manifiesta solemnemente en audiencia notarial con declaraciones contractuales formales y definitivas, ejerciendo la autoridad que las recibe la función de sancionarlas como confesiones y completarlas con las disposiciones legales.

En algunos casos, el legislador obliga a las partes, como si ellas se comprometiesen por un convenio preliminar, a concluir el contrato en forma pública, y pueden reclamar su cumplimiento. El contrato verbal, meramente prepara el convenio definitivo que ha de celebrarse y documentarse en la esfera oficial, para perfeccionarlo, aumentar sus efectos, garantizarlos y extender sus efectos por el cuerpo social.

Aunque parece probatoria la forma, es esencial en los contratos que tienen por objeto establecer, modificar o extinguir las relaciones de las personas con las cosas, porque los derechos reales que deben generar sólo nacen mediante la función que ella realiza, de tradición civil. Basta el consentimiento para el convenio que sirve de fundamento o título de los derechos personales a las cosas, pero requiere una forma pública de ejecución o tradición el modo de cumplirse la obligación de constituir el derecho real con la posesión de las mismas, ligándolas al titular por una relación jurídica. Por tanto, el contrato verbal o en escrito privado se reduce a un convenio preliminar que sólo produce obligaciones y derechos personales para ejecutarlo celebrando otro definitivo en forma oficial. Con una declaración solemne de voluntad en la

sede notarial se proclama públicamente en medio de la sociedad, representada por uno de sus funcionarios para conocimiento de todos, la constitución del derecho real, y se juntan los dos convenios en un contrato público que causa efectos obligatorios y reales. Contrato que crea el Derecho para adquirir la propiedad, sirviéndole de fundamento (título), y produce su adquisición por su forma pública de ejecutarlo y ejercerlo (modo), con la posesión de la cosa.

Se requiere una forma pública que configura el contrato real con una vestidura que lo haga visible, para su eficacia social contra todos, porque pueden conocerlo. Los derechos reales crean una relación directa entre la persona y la cosa, que se ejerce por la posesión, como medio de unir las. El objeto del contrato real consiste en crear obligaciones para poseer la cosa, y el de los derechos reales se reduce a la posesión de ella para disfrutar su utilidad. La forma notarial pública, la relación real, dominical y posesoria, que deben respetar como sujeto pasivo todos con una obligación universal, para su conocimiento social, notificándola por ese medio especial de prueba. Las partes declaran pública y solemnementemente ante la autoridad notarial su voluntad de constituir el derecho, manifestando que una lo transmite y otra lo adquiere. La forma de fuerza transmisora realiza la función de tradición civil, por celebrarse y cumplirse notoriamente el contrato real de eficacia ejecutiva, como la *cessio in jure*, en audiencia notarial, estableciéndose con visibilidad y publicidad la relación que se desata en una persona y la que se anuda en otra. Por eso, la descripción de las cosas y de las relaciones que las unen con las personas en documentos notariales equivale a la posesión o entrega y ejercicio del derecho real sobre ellas, que las ligas al titular. Como si las recibiera y se posesionara a la vista de todos socialmente, para que se supiera con certeza, celebrando un contrato público para la transmisión y entrega de las mismas y unir las o ligar las con las personas.

En nuestra legislación es el documento público la forma esencial entre las partes de constituir y modificar los derechos reales sobre inmuebles. Entre tanto, sólo existe un contrato personal o preparatorio que les concede derecho a la forma, para exigir que se cumpla y celebre un contrato público o definitivo con eficacia

jurídica y fuerza real que convierta el derecho a la cosa *ad rem* en derecho de la cosa *in re*. Por no confundirse, como en Francia e Italia, el nacimiento de los derechos con la manera de adquirirlos, al generar el contrato el derecho para adquirir la propiedad (título) y producir su adquisición (modo). Se considera el modo la ejecución de la obligación que nace del título para unir a la persona con la cosa.

La forma despliega su fuerza positiva o negativa para el acto en beneficio del comercio y mantenimiento de la buena fe de la sociedad. Cuando se preceptúa como necesaria para el nacimiento y existencia del derecho real, la ley no reconoce el acto que no se reviste con ella y lo considera inexistente en el régimen jurídico: función negativa. El acto revestido de la forma prescrita, debe reconocerlo el legislador, porque se constituye plenamente con ella para producir pleno efecto jurídico: función positiva.

Función declarativa.—La ley exige la forma documental pública y solemne como condición de validez y requisito necesario del convenio para que sea obligatorio, o como especial medio de prueba del contrato para demostrarlo y poder exigir en juicio el cumplimiento de sus derechos y deberes. A semejanza de la ley, se hallan las partes autorizadas para pactar la forma escrita y solemne *ad substantiam* como elemento esencial del convenio, que no existirá sin ella, o por vía de prueba *ad probationem* para mayor garantía del contrato, que, celebrado de palabra, puede negarse, alterarse o interpretarse distintamente, o no recordar sus cláusulas, numerosas y complicadas. Si se acordó redactar por escrito el contrato para que se perfeccionara documentalmente, debe cumplirse el derecho de las partes para subordinar su voluntad al documento. Siendo el documento condición del contrato, éste sólo se forma con aquél. Se quieren conseguir con el documento más efectos que los probatorios, y, en vez de reducirse a un medio de prueba, se convierte en un elemento sustancial del contrato, que no se concluye eficazmente mientras no se redacte por escrito.

Si no pasa de probatoria la forma documental, debe pedirse su cumplimiento para exigir la ejecución del contrato, que se paraliza en sus efectos, mientras no se demuestre documentándolo legalmente. Aun cuando el contrato precedente sea perfecto, va innata, en el cumplimiento de la forma, la conclusión de un nue-

vo contrato (público), con valor y efectos que no tiene en sí mismo, ni pueden las partes darle por sí solas. Existe un contrato preliminar para la conclusión del contrato en la forma exigida, con la cual se extingue uno y se crea otro (1).

Del contrato preliminar, obligándose a concluir el contrato principal, nace, para la conclusión de éste, un derecho personal. La importancia del contrato preliminar consiste en preparar la conclusión de un contrato definitivo, que genera los derechos y deberes apetecidos. No se limita el convenio preparatorio a una fase del desenvolvimiento del contrato principal, pues tiene existencia propia para obligar a la conclusión del convenio definitivo. El objeto del contrato preliminar aspira a la mayor seguridad para las partes y la sociedad del contrato definitivo, que debe concluirse en la esfera oficial en evitación de fraudes y engaños con la protección y garantía del Estado, cumpliendo todos los requisitos de fondo y forma que la ley requiere para su validez. Si el objeto del contrato definitivo fuese inexistente, ilícito, o fuera del comercio, la prestación del contrato preliminar, el cumplimiento del *contrahere* resulta jurídicamente imposible y son nulos ambos convenios. Mas si no pasase de anulable por falsa causa, en la venta de la cosa de otro, cabe solicitar que se otorgue en forma pública, y por si no hubiese modo de cumplir la obligación de transferir la propiedad, pedir, alternativamente, la indemnización de daños y perjuicios, o su resolución, si estuviese celebrado, por el principio—*causa data, causa non secuta*, artículos 1.101 y 1.124 del Código civil—.

Por motivos de forma requiere el contrato definitivo una conformación especial para producir en la comunidad los efectos deseados por el legislador: proteger a las partes contra su debilidad al excitarlas a una mayor reflexión y defender a la voluntad contra los vicios que la irritan, o lograr la fijación exacta y permanente de la declaración, o su firme constatación en un documento especial de prueba que concluya, con la paralización del convenio, y le haga funcionar, ejecutando sus obligaciones con una eficacia que no tiene y facultando para exigir las judicialmente si fuera preciso.

(1) Windscheid: «Dritto della Pandette», volumen II, part. I, núm. 312.

Al desarrollarse el convenio en forma notarial, se celebra y se documenta un nuevo contrato definitivo en forma pública y solemne.—Como si se obligaran los celebrantes a su otorgamiento, haciendo de la forma un requisito esencial de validez, o un seguro medio de prueba para su ejecución, con un documento de la declaración de la voluntad o de prueba de su existencia, artículos 1.279 y 1.280 del Código civil—.

En algunos actos jurídicos se prescribe un determinado medio de manifestación, una forma de la declaración oral y escrita, con los requisitos del negocio. La forma pública exige la intervención de una autoridad, que sea el medio de manifestarse solemnemente la voluntad, autorizar sus declaraciones, amoldarlas a la ley y documentarlas. La autoridad interviene para solemnizar el acto, observar los requisitos de la ley, configurarlo con los elementos necesarios y copiarlo en el escrito; siendo su presencia el modo de manifestación de la voluntad de las partes, que en audiencia notarial comparecen y prestan formalmente su consentimiento con la gravedad de confesiones ante ella para que lo reciba, sancione y fije con exactitud en el documento. Sin legalizar el acto no puede el Estado insertarlo en sus documentos públicos, que lo marcan con el sello de legitimidad y se reserva el juicio para legitimarlo, pronunciándolo por sus órganos notariales.—Función legalizadora de justicia, que se cumple con la forma notarial, sujetando a su dominio los actos que nacen de la fusión de la ley con la voluntad—. La facultad de obrar jurídicamente comprende la ejecución de la ley, que desconocen las partes, y por eso confían su actuación al Notario.

VÍCTOR LAVANDERA.

Notario

Propiedad sobre pisos y habitaciones ⁽¹⁾

VIII

ADMINISTRACIÓN

El régimen de la comunidad de bienes se halla desenvuelto en el artículo 398 del Código civil, a base de los acuerdos tomados por la mayoría de los partícipes para la administración y mejor disfrute de la cosa común. Por mayoría se entiende la mayor cantidad de intereses, y si no resultare, o el acuerdo fuere gravemente perjudicial a los copartícipes, el juez provee, a instancia de parte, lo que corresponda.

Este artículo es de aplicación directa a la copropiedad de casas distribuídas por pisos, con dos reservas fundamentales: primera, que, por pertenecer privadamente a un partícipe la habitación que ocupa, no se halla, en cuanto a ella se refiere, sujeto al voto de la mayoría; segunda, que los títulos de propiedad o los reglamentos aprobados por los copropietarios suelen contener disposiciones especiales sobre la administración y vigilancia del inmueble, ejecución de trabajos, nombramiento de síndico, gerente o representante, convocatoria de los copropietarios, contabilidad, adelantos, fondos de reserva, aseguramiento, arbitraje, etc.

La variedad de estas relaciones jurídicas, las múltiples obligaciones y responsabilidades que engendra, así como la afectación directa del edificio a los gastos y créditos, acercan el tipo exami-

(1) Véanse los dos números anteriores.

nado a una sociedad sin personalidad; pero las diferencias entre sociedad y copropiedad son demasiado notables para que podamos confundirlas. La sociedad tiene por objeto la realización de un fin o la adquisición de un lucro; es eminentemente activa y asocia a las personas por una unión íntima de intereses; la comunidad se limita al edificio, carece de la *affectio societatis*, es pasiva y constituye una yuxtaposición de intereses. Los socios se confieren implícitos apoderamientos que en la comunidad no pueden presumirse. El contrato de sociedad se celebra *intuitu personae* en las hipótesis más análogas a la comunidad estudiada, mientras que ésta no atiende a las características personales de los copropietarios, ni limita su cambio, ni prohíbe la cesión de los respectivos derechos. Por todas estas razones, la sociedad se extingue cuando expira el término o concluye el negocio, y cuando muere, o se incapacita por interdicción, o por insolvencia cualquiera de los socios, y aun por la simple voluntad de uno de ellos, supuestos todos que carecen de interés en las copropiedades permanentes de casas por pisos. En fin, examinando los artículos de nuestro Código relativos a las responsabilidades de los socios, por ejemplo, el 1.685 y el 1.686, podríamos hacer una selección de preceptos inaplicables a la copropiedad, del mismo modo que en el terreno procesal podemos separar la acción *communi dividundo* de la acción *pro socic.*

Por actos de administración, como antagónicos de los dispositivos, entendemos cuantos tienen por objeto conservar y utilizar la cosa común, percibir sus frutos, gestionar los negocios dirigidos a tales fines, cumplir las obligaciones impuestas por la autoridad, que no impliquen modificación de la cabida superficial, constitución de derechos reales o formalización de títulos inscribibles.

En atención a la propiedad exclusiva que corresponde al propietario de un piso, éste podrá alquilarlo sin necesidad de comunicar el contrato a los demás comuneros, desahuciar a los inquilinos, recibir las cantidades que por el concepto de renta o alquiler le sean debidas y cancelar las hipotecas que para tal seguridad se hubiesen constituido, demandar y ser demandado por su arrendatario, etc.

Como en esta clase de copropiedades podemos distinguir la administración de las cosas comunes frente a la administración de

las cosas peculiares, cabe preguntar si respecto de la primera serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes. Para contestar a esta pregunta ha de tenerse en cuenta que la habitación o piso es la parte principal, y los patios, escaleras, portal, etc., son accesorios que han de seguir el destino de aquéllas, y no pueden ser objeto de un contrato independiente. Así, no está autorizada la mayoría para alquilar el portal a un joyero si se compromete el destino del edificio o se disminuye el derecho de algún copartícipe. Tal sería el caso cuando el portal fuera bastante ancho para permitir la entrada de un coche, y con la modificación resultara imposible este servicio.

Por lo demás, volveremos sobre las facultades de los copropietarios en los apartados siguientes.

La administración, como tal, no constituye una persona jurídica, y cuando se halla encomendada a un síndico, gerente o apoderado, es un órgano de carácter fiduciario. Por esta razón no son aplicables al gerente todos los preceptos relativos al contrato de mandato, y en especial los que permiten la revocación por la sola voluntad de uno de los interesados. En los reglamentos confeccionados por los notarios y jurisconsultos belgas se suele encargar al síndico de la buena conservación de las partes del inmueble y de las cosas de uso o servicio común, especialmente la vigilancia del portero, así como se le ordena ejecutar los trabajos de reparación urgentes o los acordados por la asamblea de los copropietarios, repartir entre éstos los gastos en la proporción reglamentaria, reunir los fondos y pagar a obreros y proveedores. Todavía se robustecen más sus facultades frente a los terceros y a las autoridades administrativas y judiciales confiriéndole la representación del inmueble y los poderes necesarios para responder en juicio cuando se ejercite alguna acción posesoria contra la comunidad. Y para que la analogía de ésta con la sociedad anónima sea más visible se le encarga de convocar la asamblea general y redactar el orden del día, de llevar la contabilidad, custodiar los fondos, archivar las actas y comunicar las decisiones.

Por lo que a nuestro país toca, creemos que el administrador nombrado por la mayoría de los copropietarios, cuyas analogías con el gerente de un negocio y con el naviero del buque pertene-

ciente a varias personas son indiscutibles, goza de facultades solamente revocables con sujeción a los términos del reglamento aprobado.

En caso de duda, no debemos aplicar el artículo 1.731 del Código civil, a cuyo tenor si dos o más personas han nombrado un mandatario para un negocio común, le quedan obligadas solidariamente para todos los efectos del mandato, sino el artículo 393 del mismo Cuerpo legal, según cuyos términos, el concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas.

El citado decreto-ley de 20 de Julio de 1926, que modificó el artículo 6.º del Reglamento de 8 de Julio de 1922, habla de las casas colectivas distribuidas por viviendas, cuyos diversos propietarios se asocian para la administración de los servicios comunes a la casa, mediante las reglas lícitas que ellos mismos pacten en documento público, y exige que la planta de tiendas, si las hay, u otra cualquiera, o parte de ella, se detiene por la comunidad de propietarios al alquiler libre para atender con sus productos a la reparación, conservación, amortización y demás gastos.

IX

CUOTAS

Aunque las personas de cultura media, mas ajenas a los estudios jurídicos, distinguen, en los casos de proindivisión, las cuotas ideales de las porciones físicas, necesitamos repasar esta distinción para la mejor inteligencia de las normas que regulan la copropiedad de casas poseídas prodiviso. Entendemos por *cuota ideal* la porción que corresponde a cada comunero en la totalidad jurídica, perteneciente a varias personas sobre un objeto único, sin entrar a discutir si esta cuota se refiere directamente a la cosa íntegra y a cada una de sus partes (1), de suerte que ninguno es dueño de una parte del cuerpo, pero tiene *pro parte* el dominio

(1) Como el alma, se dice, la facultad del comunero está *tota in toto el in qualibet parte*.

de todo el cuerpo (1); o si lo distribuido es el derecho de propiedad que a los partícipes reunidos corresponde, como si ocuparan el lugar de un solo dueño (2); o si existe distribución de algunas facultades y acciones, mientras otras permanecen inescindibles en el patrimonio común. *Partes físicas* llamamos a los elementos y materiales de la cosa misma objeto de la copropiedad, bien sean esenciales, substanciales, integrantes o simples accesorios del edificio.

Ambos conceptos juegan íntimamente unidos en las normas que estamos estudiando. Por un lado, el piso, la vivienda o la habitación entran como objeto independiente en la relación dominical, pertenecen a un solo dueño y tienen un valor específico que sirve para fijar la proporción en que cada uno de los titulares debe contribuir a las obras realizadas en las paredes maestras y medianeras, el tejado y las demás cosas de uso común, así como en la distribución a prorrata preceptuada por las dos últimas reglas del artículo 396. Nótese que, en vez de aceptar aquí la presunción establecida por el párrafo segundo del artículo 393, a cuyo tenor «se presumirán iguales, mientras no se pruebe lo contrario, las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad», declara la regla primera del repetido artículo 396 que los gastos estarán a cargo de todos los copropietarios en proporción al valor de su piso, y como quien soporta la incomodidad debe gozar de la ventaja, es lógico que el concurso de los partícipes en los beneficios se compute del mismo modo.

Mas, ¿qué debe entenderse por *valor de un piso*?

Parece ésta una cuestión técnica cuya solución compete a los arquitectos, maestros de obras o peritos; pero, en atención a las variaciones que los mismos pisos pueden sufrir por apatía o indolencia de los respectivos dueños o arrendatarios, a los distintos precios fijados en los contratos de adquisición o compraventa, a la necesidad de favorecer y premiar las mejoras de los propietarios cuidadosos y a las ventajas que presenta la fijación, de una vez para todas, la jurisprudencia francesa y belga se inclina a prescindir de los adornos, comodidades y mejoras hechos por el due-

(1) *Nemo partus corporis dominus est sed totius corporis pro parte dominium habet.*

(2) *Unius loco habentur.*

ño a su propia costa en el suelo, techo, paredes y servicios de su piso. Así, cada vivienda se valora según normas generales que tienen en cuenta el número de habitaciones, su cubicación, las luces que reciben, la elevación de la planta y su comodidad, aunque en los contratos de arrendamiento o los de compraventa figuren cantidades que excedan o no lleguen a la determinada en un principio.

Frente al valor del piso a que venimos refiriéndonos, encontramos la cuota intelectual, o sea la fracción indicadora de la participación que en el total edificio corresponde a cada condueño, y que debe ser consignada en el Registro de la Propiedad, a tenor del artículo 70 del Reglamento hipotecario: «Las inscripciones de partes indivisas de una finca o derecho, precisarán la porción ideal de cada condueño con datos matemáticos que permitan conocerla indudablemente.» No basta, en su consecuencia, hacer constar en los títulos inscribibles la descripción del piso o de la vivienda a que se refieren, ni fijar su valor en moneda del Reino, sino que es preciso dar los términos de un quebrado cuyo denominador indique el número de partes en que se considera dividido el edificio, y el numerador, las partes abstractas que al titular en cuestión corresponden. Para eludir este precepto no creo pueda afirmarse que la división de casas por pisos o viviendas sea en absoluto una superposición de propiedades distintas y separadas en las que el dueño respectivo aparezca como titular único y exclusivo de las habitaciones, con facultades idénticas a las de cualquier otro propietario, porque tanto nuestros Códigos fundamentales como la jurisprudencia de nuestros Tribunales se hallan orientados hacia la copropiedad. No será, pues, necesario describir la vivienda como un edificio independiente y con sujeción al artículo 9.º de la ley Hipotecaria y 61 de su Reglamento, ni se les podrá dar número distinto en el Registro, ni se debiera prescindir de la fijación matemática de la cuota como índice distributivo.

Cuando así se hubiera hecho, desaparecerían las dificultades y dudas suscitadas por la coexistencia de dos valores diferentes, el del piso y el de la fracción matemática, porque este último fijaría entre los copropietarios, y frente a tercero, los coeficientes de participación en las cargas y gastos de administración, conserva-

ción y reparación, al mismo tiempo que nos diría la porción que corresponde a cada partícipe en los casos de subrogación real o colocación de un precio en lugar del edificio.

Claro es que el propietario de un piso pondrá de relieve su valor *absoluto* cuando lo dé en arrendamiento, lo hipoteque o lo enajene; pero habrá otros momentos en que el acento deberá colocarse sobre el valor *relativo*. Supongamos que el edificio, por un terremoto, inundación, bombardeo, incendio o por vetustez, ha quedado derruido y que los copropietarios acuerden la enajenación del solar y de los materiales, o la imponga un Tribunal cualquiera. En esta hipótesis el precio deberá ser distribuido en proporción de los respectivos coeficientes matemáticos, sin apreciar las diferencias que, por razón de la ornamentación y mejoras realizadas particularmente por cada propietario, hubieran existido entre los pisos. Más obscura se presenta la solución en los casos de expropiación por utilidad pública, porque si bien la referente a un patio, jardín o parcela conferirá a cada copropietario una participación en el precio igual a su cuota matemática, no podrá decirse lo mismo si los perjuicios causado por la obra pública afectaran de modo distinto a las habitaciones o pisos. En el supuesto de distribución de cantidades entregadas por una Compañía de seguros, también tendríamos que distinguir los casos según las primas que cada copropietario satisficiera, y según los perjuicios que el siniestro le hubiera ocasionado, y este criterio parece igualmente aplicable en la hipótesis de deterioro o ruina parcial, con la matización que estudiaremos más adelante.

En general, podemos asegurar que, por lo tocante al solar, techo, muros y demás cosas comunes, la cuota matemática señala la extensión del derecho de cada copropietario y la participación del mismo en las cargas y gastos. También fija la porción que al mismo corresponde en las adquisiciones por medio de un acto colectivo o por medio de un derecho que la ley les atribuye. Así, suponiendo que por una rectificación de calles o por haber quedado sobrante una parcela, correspondiese a los copropietarios de un edificio la adquisición, no se entendería que esta facultad es exclusiva del dueño del piso bajo.

Para terminar este capítulo debemos hacer dos observaciones de alguna importancia:

1.^a La unión de la propiedad del piso con la cuota matemática es insoluble, y ninguno de los dos puede ser enajenado o hipotecado con independencia del otro. Al vender, por lo tanto, un piso, se considera también implícitamente vendida la cuota ideal; y, viceversa, al venderse la cuota, se transfiere el piso. Contra esta unión nada puede la voluntad de los contratantes, y las reservas de habitaciones o viviendas sin cuota ideal, así como la transferencia de una fracción de esta misma cuota sin habitaciones, viciarían el negocio jurídico.

2.^a El criterio sustentado sobre el valor de la cuota como coeficiente de reparto no es aplicable más que a la proindivisión general (solar, paredes maestras, etc.), o sea a las porciones correspondientes a todos los copartícipes. Cuando se trate de obras necesarias que deban realizarse en secciones del edificio, aprovechadas solamente por algunos de los condueños, como, por ejemplo, la escalera que desde el primer piso conduce al segundo, las fracciones matemáticas servirán de índices para la distribución del importe en partes proporcionales. Supongamos una casa compuesta de bajo, tres pisos y un ático que responden a cuotas de

$$\frac{1}{4} + \frac{1}{5} + \frac{1}{5} + \frac{1}{5} + \frac{3}{20} = \frac{20}{20} = 1$$

Si las obras que hubieran de hacerse para reforzar los cimientos importasen 2.000 pesetas, corresponderían al dueño del piso bajo 500 pesetas; a cada uno de los propietarios de los pisos, 400, y al del ático, 300.

Pero si en la escalera de la misma casa que va desde el piso primero hasta el segundo se hubiesen hecho reparaciones por valor de 220 pesetas, como éstas son de cargo de los dueños de los pisos segundo, tercero y ático, habrá que dividir las, proporcionalmente,

entre $\frac{1}{5}$, $\frac{1}{5}$ y $\frac{3}{20}$, o sea atendiendo a que estos quebrados

son iguales a $\frac{4}{20}$, $\frac{4}{20}$ y $\frac{3}{20}$, distribuiríamos el total en partes

proporcionales a los números 4, 4 y 3, lo que nos dará 80 pesetas para cada uno de los dos pisos y 60 pesetas para el ático.

X

DERECHOS SOBRE EL PROPIO PISO

De los términos empleados por el artículo 396 de nuestro Código civil deducimos que los pisos de una casa, en el régimen estudiado, pueden pertenecer a distintos propietarios, y que a cada uno corresponden las facultades de dueño único y exclusivo de la respectiva vivienda o habitación, si bien con las limitaciones impuestas por el estado de comunidad en que todos se encuentran.

Esta afirmación, sin más atenuaciones, nos llevaría a la distribución de las partes de un edificio entre los diversos copropietarios, y nos veríamos en la necesidad lógica de atribuir a cada uno de ellos las vigas, pontones y pavimento de su piso, el cielo raso, los muros interiores, los cierres, mamparas, alcobas, puertas, balcones y ventanas, así como los cuartos accesorios para criados, las carboneras, despensas, graneros, bodegas y depósitos, aunque no estuvieran en la misma planta; pero las limitaciones a que se halla sujeto su dominio son tantas y tales, que, con razón, se habla de la propiedad del aire, del espacio o del vacío (1) cuando se analiza su contenido.

Estas limitaciones pueden, sin embargo, ser encerradas dentro de cinco grupos: 1.º, pactos establecidos por los comuneros; 2.º, declaraciones legales; 3.º, las reglas impuestas por las características del edificio; 4.º, las que nacen del destino de las partes comunes, y 5.º, las que surgen recíprocamente por la extensión de las cosas propias y exclusivas de cada uno de los comuneros.

Sin ánimo de agotar la materia, de una complicación y variedad notables, vamos a indicar sus líneas generales, distinguiendo los actos que se refieren al derecho de propiedad, considerado como categoría jurídica, de los que se refieren directamente al aprovechamiento, modificación y transformación de la vivienda como objeto físico o material.

(1) Alvarez Cascos, loc. cit.

El propietario puede realizar actos de verdadero dominio, sin necesidad del consentimiento de sus copartícipes, sobre el piso que le pertenece: venderlo, permutarlo, donarlo, entregarlo en dote, aportarlo a una Sociedad, constituir sobre él los derechos de usufructo, uso y habitación, hipotecarlo, legarlo, hacerlo objeto de un fideicomiso, y, en fin, disponer de él como de cualquiera otro inmueble. Dado el carácter ideal de estos actos, no suelen provocarse por su ejercicio grandes conflictos; mas las limitaciones aludidas entran también aquí en juego, y así no podrá el propietario vender libremente su piso si en los convenios fundamentales se ha restringido este derecho por medio de opción, tanteo o retracto, o en virtud de condiciones inscribibles o de naturaleza real; ni podrá constituir sobre la vivienda censos o derechos de superficie, a menos que la ley lo permita; ni darlo en arrendamiento con fines contrarios a la naturaleza de la edificación (por ejemplo, para círculos de recreo, academias, colegios o escuelas, si se trata de una casa-habitación); ni conceder un uso especial de las partes comunes violentando su destino, ni gravar la propiedad de sus copartícipes con cláusulas y pactos que rebasen las restricciones impuestas por los *jura vicinitatis*.

En cuanto a los actos de aprovechamiento, que pudiéramos llamar materiales, las discusiones sobre el alcance de los enumerados principios, si bien son múltiples y de solución incierta, pueden, a falta de contratos o de disposiciones especiales de vecindad o comunidad, recibir una reglamentación adecuada si se aplican las normas del arrendamiento de predios urbanos, las del usufructo y hasta las de la enfiteusis *cum grano salis*; es decir, con el matiz o sazón que las circunstancias imponen.

Veamos, por vía de ejemplo, algunos casos especiales:

Se ha discutido en otros países si el propietario de un local podía colocar una caldera cuyos malos olores molestasen a sus vecinos, o establecer una fragua en el piso bajo. Para resolver esta cuestión nos bastaría aplicar el artículo 590 del Código Civil, que prohíbe construir cerca de una pared ajena o medianera pozos, cloacas, acueductos, hornos, fraguas, chimeneas, establos, depósitos de materias corrosivas, artefactos que se muevan por el vapor o fábricas que por sí mismas o por sus productos sean peligrosas o nocivas, sin guardar las distancias prescritas por los

reglamentos y usos del lugar, y sin ejecutar las obras de resguardo necesarias. Nótese que los copartícipes aparecen como propietarios independientes y vecinos, colocados en el mismo plano, por lo que se refiere a la integridad de su derecho, y al mismo tiempo resultan más íntimamente unidos que los dueños de propiedades contiguas.

La posibilidad de que el dueño de un piso pueda echar abajo las mamparas y tabiques dentro de sus habitaciones, sustituyendo los apoyos, pilastras y arcos por columnas, o viceversa, depende de las condiciones técnicas en que la reforma haya de efectuarse, y debe, en general, admitirse cuando la obra no perjudica ni amenaza el derecho de los copartícipes.

Por su proximidad respectiva al suelo y al techo, se presta a algunas dudas la caracterización de los derechos que corresponden al propietario del piso bajo y al del último piso.

La circunstancia de corresponder el suelo al dueño del piso bajo, en concepto de pavimento sobre que marcha, ha hecho nacer la opinión de que podía realizar en el mismo las obras que un propietario cualquiera puede llevar a cabo, como si tuviera un derecho exclusivo sobre el subsuelo; y acaso la redacción de nuestro artículo 397, que no incluye el solar *nominalim* entre las cosas comunes, pudiera alegarse en apoyo de la misma. Pero la terminante declaración del artículo 350, según cuya letra el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, nos inclina a reservar a todos los copropietarios la facultad de excavar un subterráneo o cueva, abrir un pozo o aprovechar de otro modo, y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre minas y aguas, el subsuelo, a partir de la sección horizontal en que termine la pavimentación. Si los demás copropietarios hubieran concedido su autorización al dueño del piso bajo para efectuar estos trabajos, sin intención ni compromiso de participar en los gastos que se ocasionen, cabe afirmar que el mismo piso bajo se ha ampliado con nuevos accesorios y que ningún derecho corresponde a los demás copartícipes, fuera de los que corrientemente les confiere la ley por razón del destino y seguridad de las cosas comunes, y del interés en la conservación y utilización de las propias.

Mucho se ha discutido si el propietario del último piso puede

añadir otro nuevo al edificio sin el consentimiento de los demás comuneros. Aubry y Rau entienden que la oposición formulada únicamente por el propietario del piso bajo no debe ser estimada, mientras que la opinión contraria es preferible, si la oposición proviniera del propietario de un piso superior, y que en todo caso la elevación no debe permitirse más que cuando, a juicio de peritos, se acreditara que no causaría ningún daño a las porciones inferiores de la casa. Colin y Capitant otorgan sin reservas al propietario del último piso la facultad de elevar la casa, a pesar de la sobrecarga natural de las paredes maestras, siempre que soportase todos los gastos, no causase ningún daño a los demás propietarios e hiciese regular por peritos los medios y trabajos necesarios.

Julliot sostiene que la cuestión no puede ser resuelta *a priori* y que la elevación debe ser autorizada por los Tribunales en vista de las circunstancias del caso. El artículo 564 del Código Civil italiano preceptúa que el propietario del último piso de una casa no puede, sin el consentimiento de los propietarios de los otros pisos, elevar nuevas plantas o nuevas obras, exceptuadas las que sirvan de parapeto a la terraza, siempre que de ellas pueda resultar perjuicio al valor de la propiedad de los otros copartícipes. En el derecho español parece imponerse la solución contraria, porque además de incluir la regla primera del artículo 396 al tejado entre las cosas de uso común, con lo cual ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en aquél (artículo 397), no confiere al dueño del último piso la propiedad del espacio o columna de aire que gravita sobre el mismo y antes favorece la decisión contraria con el texto del artículo 350. Por otra parte, la importancia de la modificación discutida, la sobrecarga que impone a las paredes maestras y la limitación de la propiedad por planos horizontales que limitan las facultades de cada uno de los copropietarios, robustece la opinión negativa.

En el mismo sentido creemos que debe resolverse la cuestión relativa a las facultades del propietario de una buhardilla para transformar parte del techo en terraza; cuestión que los Tribunales franceses han decidido, a veces, de un modo permisivo fundándose en que las facultades que corresponden a

cada uno de los copropietarios para alterar la cosa común son más amplias que si se tratase de proindivisiones de tipo ordinario. Nuestro Código Civil prohíbe las alteraciones en la cosa común por uno de los condueños, aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos; y si bien estas frases del artículo 397 no son de rigurosa aplicación a la copropiedad estudiada, constituyen un obstáculo insuperable a la acción aislada de uno de los condueños que tienda a modificar gravemente una de las cosas comunes.

Correlativa a la propiedad de cada piso es la obligación que corresponde a cada propietario de satisfacer los gastos y estar a las responsabilidades derivadas de su particular y excluyente dominio, tales como los gastos de conservación, reparación, mejora, transformación, embellecimiento, ornamentación de pavimentos, estucado, tapicería, pintura, colocación de zócalos de madera, azulejos, uralita o cualquier otra materia, fontanería, hojalatería, fumistería, reposición de cristales, etc.; el pago de agua, gas, electricidad, incluidos el alquiler de los contadores respectivos y el sostenimiento de las instalaciones particulares; las contribuciones, impuestos y tasas que graven a sus habitaciones, las primas de los seguros contra incendio, terremoto, rotura y cualesquiera otros riesgos circunscritos a las cosas que integran su piso, suscritas personalmente; las indemnizaciones que deba satisfacer por su negligencia o culpa (por ejemplo, a consecuencia del daño inferido a un transeunte por la caída de una persiana)...

A veces corresponderá la carga a dos o más de los copropietarios, como en el supuesto de la reparación necesaria de un pavimento que produzca deterioro del techo, frescos, molduras, adornos o pinturas de las habitaciones inferiores; en el arreglo de muros, escaleras, retretes, lavaderos y servicios pertenecientes a varios, o en el de realización de trabajos urgentes que han de redundar en beneficio de otros copartícipes.

Quando el piso estuviera arrendado, su dueño está obligado a hacer durante el arrendamiento todas las reparaciones necesarias, a fin de conservarlo en estado de servir para el uso a que ha sido destinado (artículo 1.554, número segundo, y 1.580 del Código Civil); pero si las obras han de ser ejecutadas en las cosas comunes, las obligaciones del arrendador quedarán atenuadas, por el

mero hecho de no poder hacer alteraciones en las mismas, aunque resultaran ventajosas (artículo 397). Precisamente por esta misma independencia de las distintas propiedades contenidas en un solo edificio, el arrendador de una vivienda no está obligado a responder de la perturbación causada en el uso de las habitaciones arrendadas por el arrendatario o el propietario de otro piso, pues si bien con arreglo al número tercero del artículo 1,554 el arrendador está obligado a mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato, la perturbación a que nos referimos es de mero hecho, y causada por un tercero, contra el que el arrendatario tiene acción directa. Otra cosa sería si se tratara de la utilización de un servicio que, por ser común, se reputara incluido en el contrato de arrendamiento: el arrendatario podría exigir al arrendador que le mantuviese y garantizase en la forma ordinaria.

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

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

“... Suspéndase el curso de la demanda...”

Considerando que, a tenor del párrafo final del artículo 102 del Reglamento hipotecario, los Jueces mandarían hacer la anotación preventiva si fuera procedente admitir la demanda, y como en el documento presentado en el Registro se dice textualmente: «...suspéndase el curso de la demanda por término de quince días que se conceden de plazo al actor para que presente el certificado de haber celebrado el acto conciliatorio», sin que se inserte ninguna aclaración ni proveído de que se deduzca con claridad que la demanda ha sido admitida y que procede la toma de la anotación preventiva ordenada, no obstante la primitiva suspensión por haber sido levantado el obstáculo, es indudable que el Registrador puede suspender el asiento por ambigüedad o falta de claridad en el mandamiento judicial que le sirve de título.

(Resolución de la Dirección de los Registros de 13 de Febrero de 1929. *Gaceta* de 3 de Abril.)

No estamos conformes con el Considerando segundo de la Dirección. Sí con el Presidente de la Audiencia al decir que «cualquiera que sea el alcance dado al contenido de la providencia ante los términos de su redacción, tiene que haberse estimado admitida por el Juzgado la demanda, al tenerla por presentada y por parte al Procurador, acordándose, como derivación, que se celebrara el acto conciliatorio y la anotación preventiva».

Claro: para detener, «suspender» a alguien o algo en su curso, es indispensable que corra. No se puede detener lo que está quieto. Quieta está una demanda no admitida. Si está en curso, no está quieta. En este caso, puesto que se suspende el curso de la demanda (es decir, la tramitación señalada por la ley de Enjuiciamiento civil), resulta patente que habiendo la demanda «empezado a andar», con la admisión, la «detuvo el Juzgado, la suspendió el curso» hasta que se cumpliera el indispensable requisito del acto conciliatorio.

(*Revista Jurídica*, núm. 1.177. 30 de Abril de 1929.)

Sin propósito de entrar en polémica con *Revista Jurídica*, pues ni soy aficionado a ellas, ni la índole de REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO consiente tal género de discusiones periódicas, voy a hacer unos comentarios al que ella pone al considerando segundo de la Resolución de la Dirección de los Registros de 13 de Febrero último, publicada en la *Gaceta* de 3 de Abril siguiente.

Texto y comentario van a la cabeza de estas líneas, y por eso prescindo de reproducirlos aquí.

Atendiendo más a lo accidental que a lo esencial, a las palabras más que a la naturaleza de los hechos y de las cosas, estima *Revista Jurídica* que el considerando que sirve de base al consiguiente pronunciamiento de la parte dispositiva de la Resolución del Centro directivo es equivocado, y que estaba más en lo cierto la Presidencia de la Audiencia al entender lo contrario de lo que la Dirección ha entendido.

Dice el comentarista que para detener, «suspender» a alguien o algo en su curso, es indispensable que corra, y que no se puede detener lo que está quieto. No quiero entrar en disquisiciones filológicas ni gramaticales, pues me basta para rebatir tal teoría con el vulgar sentir y proceder de las gentes.

Yo estoy tranquilamente en un café, sentado a una mesa, saboreando el rico moka. No corro : me estoy quieto. Un agente de la autoridad cree ver en mí una persona a la que tiene orden de detener, y lo hace. Primer caso de detención de quien *está* quieto. Un tren va a partir : la locomotora está a presión ; el maquinista, en su puesto, esperando la señal de partida. Segundos antes de darse ésta, la autoridad ordena que el tren detenga, suspenda su salida : el tren no parte. Segundo caso de detención de lo que *está* quieto. Si en un baile de máscaras, en donde se ha reservado el derecho de admisión a un Comité o persona, se presenta una encapuchada, y al manifestar su deseo de ingresar, se la hace pasar a un gabinete para identificarla, no se dirá que por el mero hecho de haber traspasado la puerta, ha sido admitida y puede conducirse en tal seguridad. Y no digo nada de las suspensiones de las corridas de toros, antes de empezar ; de solemnidades públicas, conferencias, inauguración de exposiciones, etc. De modo que no es cierto que no se puede detener lo que está quieto, pues

precisamente se le detiene para que no deje de estarlo, para que no empiece a andar. Y, si mucho se me apura, diré que el verbo *suspender* no es el más apropiado para aplicarle a las cosas que están en marcha, cuando se las obliga a parar ; lo que se hace no es suspenderlas, es interrumpirlas.

Si en la vida ordinaria hay confusión en las ideas, pues es muy difícil ajustarse en cada caso al lenguaje apropiado, en la vida del Foro ocurre lo mismo.

La ley de Enjuiciamiento civil habla en unos casos de suspensión de términos por causa de fuerza mayor ; de suspensión de autos principales por tramitación de incidentes, etc., pero siempre en ella resplandece lo que significa solución de continuidad de lo que no lo es.

En el caso de la resolución comentada, no había solución de continuidad. La demanda *no había empezado a correr*, y, por consiguiente, la suspensión de su curso era del que había de dársele, no del que se le hubiera dado, puesto que no se le había dado ninguno.

En la providencia de admisión del escrito (no de la demanda, puesto que en ella no se dice que la demanda se admita) se ordena que se presente el certificado de haber celebrado el acto conciliatorio dentro del término que fija, durante el cual *se suspende el curso* (no se da curso a la demanda).

Que esta es la verdadera interpretación de la providencia, lo demuestra la simple lectura del artículo 462 de la ley de Enjuiciamiento civil, según el que el Juez *no admitirá* demanda a que no se acompañe certificación del acto de conciliación o de haberse intentado sin efecto *en los casos en que por derecho corresponda*. Y como la demanda objeto del recurso no era ninguna de las a que hace referencia el artículo 461, ni la omisión del acto conciliatorio pasó inadvertida al Juez, puesto que en la primera providencia ordenó aportar la certificación, es claro que la suspensión del curso significaba la inadmisión de la demanda hasta que el requisito omitido se llenase ; requisito indispensable, puesto que ha de acompañarse *necesariamente* a toda demanda, según terminante ordenamiento del número 3.º del artículo 503 de la citada ley.

El primer efecto de la admisión de toda demanda es el del emplazamiento del demandado. En este momento empieza el curso

de la demanda, *comienza ésta a correr*, y hasta que no hay emplazamiento está quieta. La admisión y el emplazamiento son coetáneos y están tan íntimamente unidos, que no pueden existir la una sin el otro ni el otro sin la una, y hasta que esos dos elementos no se complementan, no hay demanda, propiamente dicho, y, por consiguiente, no hay curso de ella. Tan es así, que aun en los casos de excepción del artículo 461, la demanda, una vez interpuesta, queda quieta y *sin curso* hasta que se presenta la certificación del acto conciliatorio, ya que la presentación del escrito de interposición sólo se admite para que no prescriba el término fatal para ejercitar la correspondiente acción.

Base de nuestro sistema contencioso, el acto de conciliación, porque si en él hay avenencia, es innecesaria la prosecución del juicio, hasta que por la certificación oportuna se acredite que no hubo avenencia, o que se intentó su celebración sin efecto, *no puede* haber demanda, y, por consiguiente, no puede ser admitida.

Aun cuando en la providencia se dijera erróneamente que la demanda había sido admitida, si en ella no se emplazaba el demandado, habría, por necesidad, que estimarla inadmitida, ya que no se le había dado curso.

Con lo dicho queda suficientemente demostrado que la Dirección de los Registros estuvo en lo cierto al resolver en la forma que lo ha hecho, y que el considerando que a *Revista Jurídica* no le ha convencido sienta la verdadera doctrina en la materia.

J. N. C.

El artículo 135 del Código civil

CARTA ABIERTA PARA D. MANUEL LEZÓN, REGISTRADOR DE ALCIRA.

El hecho de que sea usted honra y gloria del Cuerpo de Registradores, parece que nos da derecho a los compañeros para formularle preguntas, a fin de orientarnos, y el espíritu hipotecario que nos envuelve, liga y anima, lo estimo algo consubstancial, que requiere sean los destellos de superiores inteligencias el faro que nos ilumine y guíe en la marcha profesional y nos releve de tumbos y tropiezos, por más que *de re hipotecaria* no se trate hoy.

¿Sería práctico modificar la Base quinta de la ley de 11 de Mayo de 1888, trasladada al Código civil en su artículo 135?

Y pregunto esto, porque observando que la civilización, en su eterno fluir, va conduciendo a la humanidad por cauces de justicia, exaltando virtudes domoñadas por sentimientos impuros, despertando en el individuo la conciencia de su personalidad moral y procurando con acertadas medidas que la corrupción no sea la mácula del cuerpo social, se impone el huir de todo extremismo, con objeto de que las nuevas corrientes ideológicas, contrastadas con la sensibilidad actual, marquen un rumbo cuyo norte sea una gozosa evolución de nuestras costumbres y de nuestro honrado vivir, y constituya un fundamento racional que valore la atenuación del criterio imperante.

Las opiniones de los tratadistas acerca de la materia son muy varias, pues mientras las elucubraciones de unos giran alrededor de la idea del gran daño que se causaría a la sociedad permitiendo sin trabas la investigación de la paternidad, prestándose el uso de esa facultad a incalificables abusos, de los que pudiera ser víc-

tima el varón más virtuoso por arte y habilidad de cualquier impúdica mesalina, otros, en cambio, sostienen que ese temor nada vale ni significa ante la consideración de que el Estado no debe impedir la efectividad de un derecho, y debe abrir las vías legales para llegar al cumplimiento de una obligación natural, que tiene su origen en relaciones ilícitas, cuyo fruto es el menos llamado a sufrir las consecuencias de las condiciones en que vino al mundo, que pesan sobre él y le colocan al margen de muchas cosas, sin permitirle disfrutar de la plenitud de los derechos atribuidos a todo ciudadano. Innecesario enumerar ejemplos y casos.

En Francia, Bigot-Preamenen, Lahery y Vouveyrier, son decididos partidarios de la tesis primera, basándose en que la naturaleza ha cubierto la paternidad con un velo impenetrable, que no pueden descorrer las presunciones, los indicios y las conjeturas, porque no siempre de las apariencias se colige justamente la verdad, que rechaza hipótesis y arbitrariedades y es el escollo capaz de estrellar y destruir el atrevimiento de intentar introducirse en las familias más distinguidas y opulentas bajo el pretexto de recobrar su honor, quien, ajena a la seducción, sin miramientos, se entregó al tráfico calculado sobre los más dulces sentimientos, buscando y encontrando en él la satisfacción de sus carnales apetitos, y sin cuidarse de la suerte que haya de correr el fruto de su concubinato; y dicen: «Al lado de una desgraciada que reclamaba auxilios en nombre y a expensas del honor, mil prostitutas especulaban con la publicidad de su vida licenciosa y subastaban la paternidad de que disponían. Se buscaba un padre al hijo que podía ser reclamado por veinte, y se elegía, siempre que era posible, al más virtuoso, al más honrado y rico, para fijar el precio de su silencio por la importancia del escándalo.»

Manteniendo la segunda opinión, enfrente de los adversarios de la investigación de la paternidad, está Laurent, aduciendo que no hay razón para sacrificar al hijo, y que olvidar que hay hombres infames, es consignar un premio en favor de los que carecen de fe y de ley, y que los que se quejan, regularmente son los culpables, y por eso manifiesta: «No pretendemos negar los abusos, pero diremos que si el antiguo Derecho concedía una prima a las prostitutas, el nuevo (el francés y el belga) otorga un privilegio a una raza que no es más honrada que la de aquéllas, a la canalla

de guantes amarillos, como afirma con frase gráfica Vanvenargues.»

Por otro lado, Ahrens escribía estas palabras: Es evidente que a las mujeres *quæ corporum y quæstum faciat* y los hijos que puedan tener, les sería difícil promover un litigio, por la imposibilidad de la prueba y de toda presunción legal en favor de la madre; pero toda mujer que no esté en situación degradante, debe poder reclamar el reconocimiento de su hijo.

El Tribunal Supremo, en el primer Considerando de su sentencia de 25 de Febrero de 1927, expresamente declara que si la investigación de la paternidad está permitida por las legislaciones modernas, no la consienten las clásicas, inspiradas en la francesa, como lo es la española, fundándose en que el misterio de la concepción del hombre es el más profundo de los arcanos, a donde no llegan los mayores descubrimientos científicos; y por eso no estima bastante el reconocimiento hecho en la partida de bautismo, si no se acreditan actos directos y continuos del padre o de su familia, que evidencien el estado; y en otras posteriores, no admite como prueba de paternidad la existencia de relaciones amorosas durante quince años y el nacimiento de una hija durante ese tiempo, y el sufragar ciertos gastos y oírle llamar al padre *mi niña, mi hija*, ni tampoco las frases «pedazo de nuestra alma», «querido hijo mío» y «nuestro hijo del alma»; declarando en la de 7 de Diciembre de 1927, que no se conceptúa, a estos efectos, documento indubitado el escrito a máquina, firmado por el padre, dirigido a un Notario, enviándole fecha de nacimiento de sus hijos naturales, que reconoce, y figuren como herederos en testamento.

En vista de tal doctrina, y como será muchas veces imposible contar con prueba contundente, quizá debido a las precauciones tomadas por los cautos, ni con familias que reciban jubilosamente a la persona que puede mermarle su posición económica, pues los hombres aún no estamos fundidos en el crisol donde el fuego destructor vivifica y construye, se me ocurre pensar en la conveniencia de prescindir del *dura lex* para aplicar la *durcore misericordie temperata*, de que hablaba Cicerón, porque cuanto más discurro y discierno hasta donde alcanza mi pobre *intellecto*, más se afianza en mi ánimo el convencimiento de que las Sentencias de 16 de Octubre de 1865 y 18 de Marzo de 1873 fueron el primer

jalón sentado para autorizar la investigación de la paternidad, siendo plausible que nuestro Código permita su declaración y fije los casos en que el padre está obligado a reconocer al hijo natural, y el más alto Tribunal de la nación interprete su texto con amplitud, de manera que la probanza se realice por todos cuantos medios el derecho consiente, sujeto, desde luego, a las reglas de la sana crítica.

Y al reflexionar respecto a dicha conveniencia, se me viene a la mente la consideración de que lo conducente a proteger la impunidad del malvado engañador, repugna al humano sentir de las gentes, y que esa protección se dispensa tasando la prueba y no sirviendo la concatenación de hechos, y la coordinación de actos, y las manifestaciones implícitas, para que los juzgadores saquen deducciones desvanecedoras de dudas que impongan el resplandor de la realidad con su fuerza avasalladora, ya que el interés general de la sociedad también se defiende no privando el Estado al ciudadano de la condición jurídica que le pertenece, llamándole al goce de su estado civil y no negándosele por miedo a una extralimitación, a pleitos escandalosos y fallos arbitrarios, puesto que semejante recelo no es suficiente justificación que disculpe al padre que lance a la calle, abandonado, el hijo que procreó, con lo que decididamente se va contra el principio que determina que toda persona *sui juris* es responsable de sus actos, y en esa materia habría que borrarlo de las leyes, como igualmente sería dable eliminar el símbolo de la Moral, representado por la figura de una mujer bella vestida de blanco, indicio de las costumbres puras y arregladas; y, lógicamente, no cabría calificásemos de moral al padre sin entrañas, ni que la moral se definiese diciendo que es el principio ético o norma reguladora del bien obrar; ni la admirásemos en sus formas de cristiana y divina.

Si es menester distinguir de tiempos para concordar derechos, claro es que no habiendo quedado en España el sedimento turbio de la guerra mundial, las costumbres no se relajaron extremadamente y su desarrollo y desenvolvimiento no exige ni requiere preceptos inmutables coronadores de veleidades y falsas promesas; sino, antes al contrario, requiere y exige una mayor templanza advertidora de sanciones y castigos para el pasatiempo engendrador de la prole, con la doble garantía del honor y del

amor, si castigo y sanción es el reconocimiento de ella, y librar, por ello, a un miembro de la sociedad de la mancha que le impuso el nacimiento; y por eso, resultaría provechoso para la moral que se estatuyese que las condiciones de los padres en atención a su conciencia, grado de perversidad, vida y otros elementos psicológicos, tales como parecido o semejanza, modo de vestir y de andar, hayan de ser factores de trascendental importancia para resolver lo referente a la filiación pretendida. Y de ahí que yo crea que por no existir las mismas causas, sea susceptible de modificación la jurisprudencia vigente, cuyo cimiento está en el misterio de la generación de los seres y en el perjuicio que se irrogaría al orden social concediendo una injusta paternidad, pues algo deben valer en el campo de la ciencia jurídica las presunciones que tienen virtualidad y eficacia en otros casos abarcados en la estadia del derecho y el espíritu que informó los artículos 59 y 61 de la ley del Matrimonio civil; y opino que, por eso, resultaría moralmente beneficioso establecer una restricción, poner un freno a la desaprensión de los que no reparan en deshorrar a mujeres débiles, que, sin estar encenagadas en el vicio, sucumben a los requerimientos de los titulados caballeros, que después de conseguir la satisfacción de sus propósitos, patentizan su vileza tendiendo el vuelo y dejando sumida en la desolación y el desconsuelo a la sensitiva que fió en sus fementidas palabras y dió rienda suelta a los latidos de su corazón.

No es prudente que esos desmoralizadores campen por su desnaturalización ostentando el sello del vilipendio; todo, menos eso; todo, menos el donjuanismo.

Esas mujeres deben ser tuteladas por todas las pruebas que el derecho admite, en compensación al engaño de que han sido objeto, por si es factible la reparación.

Y digo esto, porque conozco que el Tribunal Supremo, en sus sabias resoluciones, interpretando el Código civil, en ocasiones no se atiene a la letra, que mata. Así, por ejemplo, disponiendo el artículo 1.628 que el censo enfiteutico se ha de hacer constar en escritura pública, a pesar de ello, en sus Sentencias de 15 de Febrero de 1905 y 18 de Octubre de 1913, corroboradoras de otras anteriores al citado Cuerpo legal, declara que la escritura pública no es requisito esencial de la enfiteusis; y en la de 7 de

Febrero de 1901, que la posesión inmemorial es medio creador del título enfiteutico. Y, por lo tanto, análogamente, según las circunstancias, acaso fuera un bien moral limitar las restricciones, admitiendo la posibilidad de actos indirectos del padre o de la familia, si eran bastantes para el convencimiento del juzgador.

Y al llegar aquí, me salta a los puntos de la pluma la siguiente interrogación :

¿Sería procedente adicionar al artículo 135 un apartado expresivo de la obligación del padre de pagar una indemnización a la madre o al hijo natural, o al abono de alimentos a éste, en relación a la fortuna de aquél, cuando la prueba sea insuficiente para hacer la declaración de paternidad, pero bastante para sembrar la duda o la incertidumbre?

Antójaseme razonable la contestación afirmativa, con los ojos puestos en el alcance que en diferente orden se otorga al artículo 1.902, toda vez que la equidad nos induce a entender que la reparación no ha de concretarse o ceñirse al daño material y a las derivaciones del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contractuales, sino que ha de extenderse al moral, honra y fama quitada, si el acto volitivo aleja toda figura de delito o falta, que entonces es otra la órbita en que han de moverse las acciones; pues constreñir a indemnizar tanto los daños materiales como los morales, es obra ennoblecedora de la justicia, porque *summum jus summa injuria*.

Un hijo que nace durante un largo período de relaciones amorosas con apariencias de honestidad, cuya constancia es pública, teniéndose por cierta su calidad de natural porque hombres probos lo aseveran, y al propio tiempo aseguran que la madre está a cubierto de toda sospecha de que haya cohabitado con otro varón, por su conducta intachable, no debe caer en el desamparo absoluto por parte de la ley; ésta debe dispensarle una protección relativa, al no disponer de las pruebas concluyentes requeridas por el artículo 135, máxime por aquello de *in dubio pro liberis naturalibus*.

Es decir, que en la duda, cuando no pueda hacer efectivo el derecho sancionado en el artículo 135, obtenga, por lo menos, una indemnización graduada *ad libitum* por los Tribunales, o los alimentos que previene el artículo 134 en su número 2.º; porque

esa duda equivale a un cuasi reconocimiento de la paternidad, cuya investigación, con notable acierto, se tolera en España, lo mismo que en Francia, Portugal, Holanda, Chile y otros países. No olvidemos que ya Justiniano mandaba que en todas las cosas fuese más atendida la razón de justicia y de equidad que la de estricto derecho. *Clamit in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequitatisque, quam stricti juris rationem.* Y tengamos presente que si los fundamentos de la justicia son la buena fe, la ecuanimidad y la verdad, ellos abiertamente se pronuncian en apoyo de la mujer que no hizo vida licenciosa y en su conducta privada únicamente le acusa la candidez de fiarse en el miserable seductor. Y tampoco se nos vaya de la memoria que en 12 de Mayo de 1865 ya decía el Supremo Tribunal que las leyes ayudan a los engañados contra los engañadores.

Esta fase o aspecto de la cuestión la diputo merecedora de estudio, porque si es innegable que el Supremo, al no rechazar el principio de la investigación de la paternidad, rinde culto al de que la existencia de un derecho implica la de los medios necesarios para su ejercicio y conservación (Sentencias de 31 de Marzo de 1874 y 21 de Enero de 1892), lo es igualmente que una solución intermedia de puro eclecticismo que suavice el dilema del *sí* y del *no*, habida consideración a que no se puede ignorar lo que es de notoriedad pública, no dejaría de ser provechosa determinando, v. gr., que la obligación de prestar alimentos no depende, según los casos, del hecho de reconocimiento del hijo natural, sino que es una humana obligación fundada en una presunción *juris tantum*, porque el Digesto ya contenía esta máxima: *Necare videtur qui alimonia denegat*».

El hijo habido de padres que al tiempo de la concepción pudieran casarse, si carece de prueba para acreditar cumplidamente la paternidad, y que no llegó a conseguir la declaración de ella, queda en peor situación que los ilegítimos a que se refiere el artículo 143 del Código, en su apartado 1.º, pues no tiene derecho a nada y se le condena a la orfandad. Eso no es piadoso ni caritativo, como tampoco lo es decirle que otro será su padre, echándole, además, encima un estigma.

Manifiesto que no es desatinado examinar si es ahora ocasión de llevar al derecho de familia la obligación de indemnizar, esta-

blecido en el contractual, porque cada cual debe sufrir la ley que se impuso con sus actos, y este aforismo excluye toda noción de ser factible se expida patente de impunidad al que realizó hechos constitutivos de un vínculo jurídico que le ligarían si se dispusiera de prueba para demostrarlos; puesto que el principio de igualdad de derechos ciudadanos, aunque no se refiriese a la mujer, advertido por Tito Livio en las XII Tablas, es un magnífico antecedente y punto de partida excelente para borrar privilegios y como expresión de necesidad sentida, máxime en estos tiempos de exagerado feminismo condenador de pretericiones de la mujer, que adecuadamente no encajan en la función tuitiva del Estado, porque si es lógico que no consienta ganen el concepto de naturales los que ocupen un puesto inferior en la escala de la ilegitimidad, idénticamente lo es velar porque lo obtengan aquellos cuya condición proclama el convencimiento moral de las gentes; y así no resultaría tanta diferencia entre el amparo del hombre y la mujer, semejante hoy a un abismo respecto a esto.

He leído luminosos comentarios de ilustres civilistas acerca del tema, pero eso no le exime a usted, querido paisano, de abordarlo con la brillantez y maestría a que nos tiene acostumbrados, cuando otros asuntos toca.

Cordialmente le saluda,

RAMIRO GOYANES CRESPO.

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia de la Dirección de los Registros y del Notariado

MANDATO. EL PODER QUE UNAS PERSONAS CONCEDEN A FAVOR DE SU HERMANO PARA QUE LAS REPRESENTA EN CUANTOS DERECHOS LAS CORRESPONDAN COMO HEREDERAS DE OTRA HERMANA, CON FACULTAD EXPRESA DE VENDER, PERMUTAR E HIPOTECAR, NO PUEDE ENTENDERSE CIRCUNSCRIPTO A LA SOLA PRÁCTICA DE LAS OPERACIONES PARTICIONALES. SI BIEN LA SEGREGACIÓN DE FINCA ES ACTO DE RIGUROSO DOMINIO QUE EXIGE PODER ESPECIAL (1), NO EXISTE ESTE DEFECTO CUANDO LAS MANDANTES RATIFICAN, EN POSTERIORES ESCRITURAS, OTRA SEGREGACIÓN HECHA POR SU APODERADO. LA LIBERACIÓN EN CUANTO A UNA PORCIÓN SEGREGADA DE UNA FINCA DE LAS HIPOTECAS CONSTITUÍDAS SOBRE LA TOTALIDAD, NI ALTERA LA EXTENSIÓN DEL CRÉDITO ASEGURADO, NI SUPONE LA CONSTITUCIÓN DE UNA HIPOTECA SOBRE LA PORCIÓN QUE CONTINÚA GRAVADA

Resolución de 23 de Febrero de 1928. Gaceta de 11 de Abril de 1929.

El Notario de Mérida, D. Germán Pérez Olivares, el 18 de Noviembre de 1927, autorizó escritura por la que, D. Adelardo López de Ayala y Gardoqui, por sí, y como apoderado de sus hermanas, según el que le confirieron para que las representara en cuantos derechos las correspondiesen como herederas de otra hermana en una determinada finca, facultándole expresamente para

(1) Véase la de 28 de Julio de 1929 «Gaceta» 10 de Noviembre de 1929, núm. 48 de esta REVISTA.

venderla, permutarla o hipotecarla, siendo dicho poder ratificado en su integridad por las mandantes en escrituras en las que aprueban las otorgadas por su dicho hermano y apoderado, vende éste una porción de dicha finca, segregándola de la total, que pasa a formar nuevo predio, el que queda libre, por expresa estipulación y con el concurso del acreedor, de las hipotecas que gravaban la totalidad, las que continúan subsistentes en su integridad y garantizadas con la totalidad del resto de la finca que queda a los vendedores.

El Registrador de la Propiedad puso en dicho documento la siguiente nota: «No admitida la inscripción del documento que precede relacionado, por observarse los siguientes defectos: 1.º. Las señoras López Ayala y Gardoqui, en el mandato que se discute, autorizan, en el concepto «como herederas de su hermana doña Flora López de Ayala y Gardoqui, en la finca «Dehesa de la Oliva», de Mérida. Este acto especializa el mandato, y como ya inscribieron sus respectivos derechos y participaciones, el mandato ha acabado, y, por tanto, la facultad del mandatario. 2.º. El acto de segregación o división es de riguroso dominio, y, por tanto, es de necesidad que se consigne de un modo expreso en el poder; y 3.º. Como la porción segregada se declara libre de las hipotecas que gravan la finca, resulta de hecho que la porción vendida se cancela y el resto se grava con lo que a la mism correspondería, y como las hipotecas, ambas son de créditos particulares del mandatario, resulta que las señoran mencionadas tienen el concepto legal de fiadoras; y tampoco se consigna expresamente esta facultad. Dada la índole de los expresados defectos, no es admisible la anotación preventiva.»

En el recurso interpuesto, el Presidente declaró extendida con arreglo a las prescripciones legales la escritura calificada, y la Dirección general confirma el auto apelado, con los siguientes considerandos:

En cuanto al primer defecto señalado en la nota recurrida, el poder otorgado por doña Matilde, doña Severina y doña María López de Ayala y Gardoqui, a favor de D. Francisco Barreiro y D. Adelardo López de Ayala, no puede decirse que se halla limitado a la práctica de las operaciones particionales de los bienes relictos por doña Flora López de Ayala, puesto que autoriza a los

mandatarios para representarlas «en cuantos derechos les correspondieran como herederas de su expresada hermana en la finca «Dehesa de la Oliva de Abajo», término Oliva de Mérida, facultándoles expresamente para vender o permutar dicha finca a la persona con quien convinieren y por el precio y las condiciones que estimaren oportuno, hipotecándola, o de otro modo, gravándola también en garantía del cumplimiento de cualquiera obligación, firmando al efecto recibos, cartas de pago y toda clase de documentos privados y escrituras públicas, con los requisitos y formalidades legales, sin limitación alguna para lo relacionado y sus incidencias y consecuencias»; y, por otro lado, la particularidad de haber incorporado la primera copia del mismo poder a un protocolo, no equivale a su devolución a los mandantes ni puede interpretarse como una prueba de haberse agotado la virtualidad del mandato.

Si bien, en principio, los actos que tiendan a modificar las entidades hipotecarias o fincas, mediante segregaciones o agregaciones, son de riguroso dominio, y en este sentido procederá repetir la doctrina sentada por la resolución de este Centro de 28 de Julio de 1928, es necesario tener presente, en el caso ahora discutido, que las hermanas mandantes han ratificado, en escrituras de 29 de Junio y 1 de Julio de 1927, sin limitación ni reserva de ninguna especie, otra segregación practicada en la misma forma por don Adelardo López de Ayala, empleando, en el otorgamiento de dicha ratificación, las siguientes palabras: «que habiéndose puesto bástáculos a la inscripción de estos documentos por el Sr. Registrador de la Propiedad de Mérida, por estimar insuficiente el poder, siendo así que precisamente fué otorgado para vender y gravar, sin limitación alguna, con objeto de que las escrituras reseñadas surtan los naturales efectos que deben surtir...»; con todo lo que se indica cuál había sido la intención de las mandantes y el alcance de su voluntad y queda sin valor el extremo segundo de la nota.

El acto en cuya virtud se transfiere parte de una finca hipotecada, como libre de cargas, por haber concurrido el acreedor hipotecario y prestar su conformidad a la transferencia, sin el gravamen correspondiente a su crédito, es una liberación de carácter jurídico análogo a la llamada remisión de solidaridad pasiva, que

no altera la extensión del crédito asegurado, ni implica, como equivocadamente afirma el Registrador, la constitución de una hipoteca sobre el resto de la finca que sigue gravada, y así lo admite la práctica notarial cotidiana, al conceder plenos poderes al acreedor hipotecario para que cancele la responsabilidad de una finca que, con otras varias, resultado de la división de un antiguo predio, garantizan en cierto modo, solidariamente, el primitivo crédito.

HIPOTECA DE MÁXIMUM. LA ESCRITURA EN QUE SE CONSTITUYE NO ES POR SÍ SOLA TÍTULO EJECUTIVO, POR LA INDETERMINACIÓN DE LAS CARACTERÍSTICAS DE LA DEUDA (EXISTENCIA, VENCIMIENTO Y EXIGIBILIDAD), LA FALTA DEL AMPARO DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD, LA IMPOSIBILIDAD DE LA SUBROGACIÓN DE UN TERCERO, ETC. ACEPTADO, PARA HACERLA EFECTIVA, EL PROCEDIMIENTO DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL NO PUEDEN INTRODUCIRSE POR PACTO, COMO SE HACE EN LA ESCRITURA OBJETO DE ESTE RECURSO, ALTERACIONES QUE SE OPONGAN A LA ADMISIÓN DE LAS EXCEPCIONES DEL ARTÍCULO 1.464 (FALSEDAD, PAGO, ETC.), O QUE DIFICULTEN EL EJERCICIO DE ACCIONES DE OPOSICIÓN Y NULIDAD

Resolución de 5 de Marzo de 1929. Gaceta de 14 de Abril de 1929.

En 2 de Noviembre de 1927, el Notario de Balaguer, D. Juan Porcioles Gisbert, autorizó una escritura por la que, D. Juan Fábregas Soler constituyó una hipoteca, de las llamadas de máximo, a favor de D. Luis Maluquer y Maluquer, banquero, para garantizar la efectividad de los créditos que tuviere a favor de éste, por efecto de operaciones bancarias realizadas por su mediación y representadas por letras de cambio libradas, endosadas o avaladas por el deudor, así como cualesquiera otras que consten en documento de giro y créditos que lleven su firma. Al efecto, hipotecó una casa y dos tierras, pactándose que la hipoteca asegurará hasta el máximo de 7.000 pesetas y 3.500 pesetas para costas y gastos de enajenación, en perjuicio de tercero, siendo el contrato por tiempo ilimitado, cesando a voluntad del hipotecante, siempre que, requerido judicial o notarialmente el Sr. Maluquer, no alegare que tiene en su poder o que no ha transcurrido el tiempo neces-

rio para conocer el resultado de las negociaciones de algún efecto bancario, entregado al propio Sr. Maluquer e intervenido por el señor hipotecante como librador, endosante, aceptante o avalante, teniendo en cuenta que la presentación del citado requerimiento, que no contenga la alegación indicada, será título bastante para obtener la cancelación de la hipoteca constituida en la escritura, sin necesidad del consentimiento expreso del Sr. Maluquer, pero, en caso contrario, será preciso escritura pública, en la que preste su consentimiento dicho señor, o bien sentencia ejecutoria. Igualmente se hace constar en la escritura que la efectividad de los créditos que excediesen de la suma máxima antes indicada, sólo podría perseguirse en perjuicio de tercero por la acción personal: que la hipoteca constituida no alteraría, en lo más mínimo, la naturaleza de los créditos que garantizase, y sólo concederá al señor Maluquer una acción para perseguir su efectividad; que sin perjuicio de la acción personal y limitada que le compete, el señor Maluquer podrá proceder, por la real hipotecaria, contra las fincas hipotecadas, con la presentación de algún documento de giro librado, endosado, aceptado o avalado por el hipotecante que tuviese aparejada ejecución, con arreglo a la vigente ley Rituaria, acompañado del testimonio de un requerimiento judicial o notarial de fecha posterior a la del vencimiento de aquel documento dirigido al hipotecante, si en él no constare que el requerido hubiese acreditado el pago de la cantidad representada por el efecto comercial presentado; que la acción real hipotecaria que el señor Maluquer ejercitase en virtud del contrato de referencia, no podría ser enervada, paralizada, ni interrumpida por ningún motivo, causa o pretexto que no tuviese su expresión en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la inscripción de la escritura, aunque dimanare de suspensión de pagos o quiebra, pues cualquiera acción o excepción que se intentase contra el Sr. Maluquer debería en tal caso tramitarse y ventilarse en juicio o procedimiento separado, con absoluta independencia del que siguiere el Sr. Maluquer contra las fincas hipotecadas, y que el Sr. Maluquer debería cobrar siempre íntegros sus créditos derivados de las operaciones a que se refiere este contrato, siendo todos los gastos judiciales y extrajudiciales de cuenta del hipotecante.

El Registrador de la Propiedad de Balaguer, puso en la escri-

tura la nota que sigue : «No admitida la inscripción del documento que antecede, porque la hipoteca, tipo máximo constituida, viene a unirse a una de cuentas corrientes de contenido indeterminado, con desconocimiento de la naturaleza y especiales características de aquellas hipotecas, suprimiendo el paralelismo de la legislación hipotecaria y común para regular las relaciones jurídicas de las partes contratantes, con iniciación de régimen extraordinario de cancelación, incompatible con los documentos transmisibles por endoso, además de especulaciones contractuales que restringen hasta anular la defensa del deudor, contrariando aducidas características, y no siendo, al parecer, subsanable el defecto, no procede tomar anotación preventiva».

En el recurso interpuesto por el Notario, el Presidente de la Audiencia declaró procedente la inscripción de la escritura, fundándose en que la forma de cancelación pactada se halla autorizada por los artículos 82 de la L. H. y 155 de su Reglamento, que no aparece de la escritura el que mediase entre los otorgantes contrato alguno de cuenta corriente, y que aun admitida la restricción señalada en la última parte de la nota, se trata de algo difícil de determinar en un recurso gubernativo, y no es lícito, además, al Registrador, calificar si lo pactado es o no perjudicial para los contratantes».

La Dirección general revoca el auto apelado y declara no hallarse bien extendida la escritura, por los siguientes pronunciamientos :

«En la hipoteca de máximo deben distinguirse cuatro puntos fundamentales, cuya reglamentación ha de consignarse en la escritura pública que le sirva de título : la garantía real, el contenido de la hipoteca, el título ejecutivo y el procedimiento para hacerla efectiva o cancelarla.

En cuanto al primer problema, la hipoteca de máximo ha de sujetar, directa o inmediatamente, la finca o fincas gravadas al cumplimiento de las obligaciones o responsabilidades que se convengan, y como la escritura cuya inscripción se ha denegado, contiene en este punto los datos necesarios para fijar el máximo garantizado y para extender el asiento correspondiente, no procede declararla defectuosa en estos particulares.

«En lo tocante a la determinación de las obligaciones cuyo cum-

plimiento queda asegurado con la hipoteca, basta con establecer las líneas fundamentales de las que han de quedar incluidas para que los terceros puedan hacerse cargo de la posible existencia de las responsabilidades y para que los Tribunales, en su día, puedan declarar cuáles se hallan cubiertas por la garantía; y aunque los términos empleados en la escritura calificada son, por lo que atañe a este extremo, de una gran amplitud, no pueden ser tachados de vagos y confusos.

La escritura de constitución de una hipoteca de *máximum* no es por sí sola título ejecutivo, toda vez que no acredita, de un modo fehaciente, la existencia, vencimiento y exigibilidad de la deuda, ni tampoco puede concederse a los créditos particulares asegurados el carácter de créditos hipotecarios corrientes, por lo mismo que no se hallan al amparo del principio de publicidad, ni pueden ser transferidos con efectos reales, ni son suficientes a provocar, por su pago, la cancelación de la hipoteca, ni dar lugar a la subrogación de los terceros interesados en la paralización del procedimiento ejecutivo, por cuyos motivos el establecimiento de una garantía, con referencia a todos los documentos bancarios firmados por el deudor, que se encuentren en poder del acreedor, o que éste haya negociado, y la atribución, a los mismos, del carácter de título hipotecario ejecutivo, conduce a situaciones ambiguas y confusas, que no pueden ser patrocinadas por este Centro.

Los procedimientos para hacer efectivos los créditos contenidos en la seguridad hipotecaria, y liquidar la hipoteca de *máximum*, han de ajustarse a los preceptos rituarios, y la adopción del procedimiento ejecutivo regulado por la ley de Enjuiciamiento civil, pero denegando la admisibilidad de las excepciones enumeradas en el artículo 1.464 y acaso prohibiendo la petición de nulidad y oposición, por existir «*plus petitio*», como puede deducirse de la escritura calificada, deroga disposiciones de orden público y anula las garantías con que la ley ha querido evitar los pactos comisorios.

VIUDEDAD FORAL EN ARAGÓN. PROHIBIDA POR EL MARIDO LA ENAJENACIÓN Y GRAVAMEN DE LAS FINCAS SOBRE QUE SE HALLE CONSTITUIDA, NO PUEDE INSCRIBIRSE LA TRANSFERENCIA QUE DE TAL DERECHO REAL HACE LA VIUDA, SIN RENUNCIARLO, AUNQUE CONCURRAN LOS HIJOS EN QUIENES, CON EL TIEMPO, HAYA DE RECAER. NO SE CUMPLEN, EN EL CASO DE PLURALIDAD DE TITULARES, LAS EXIGENCIAS DEL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD Y DETERMINACIÓN, SI AQUELLOS NO FORMAN UNA PERSONA JURÍDICA, O NO SE DISTRIBUYE ENTRE ELLOS LA FINCA O DERECHO POR CUOTAS MATEMÁTICAS.

Resolución de 11 de Marzo de 1929. Gaceta de 18 de Abril de 1929.

Don Juan Peman y su esposa, doña Emérita Coyduras Gamboa, adquirieron dos fincas rústicas, por compra, a D. Juan Asín y otros. Dichos cónyuges otorgaron escritura de capitulaciones matrimoniales, en la que estipularon lo siguiente :

«4.º Si de este matrimonio resultare sucesión, deberá ser nombrado uno de los hijos del mismo, sin distinguir sexo ni edad, heredero universal de sus padres, y los demás serán dotados según las posibilidades de la casa, siendo mantenidos en ella, durante el tiempo que estén solteros, trabajando en beneficio de la misma según sus facultades, pudiendo ser hecho este nombramiento por ambos cónyuges o por el sobreviviente, en su caso, y si ambos hubiesen fallecido sin hacer la designación de heredero, podrá éste ser nombrado por dos parientes, uno por cada parte, que sean mayores de veinticinco años, prefiriendo los varones más próximos en el grado de parentesco.

6.º Los contrayentes se conceden mutua y recíprocamente viudedad en todos sus bienes de toda clase, pero el cónyuge sobreviviente no podrá enajenar ni gravar los bienes que reciba en usufructo del premoriente, y no podrán disponer por actos de última voluntad de sus bienes inmuebles más que en favor de sus hijos legítimos, si los hubiere, y en otro caso, podrán dejarlos a los que quisieren de entre los descendientes de sus padres respectivos, al o a los que tengan por conveniente.»

Fallecido D. Juan Peman bajo dicha disposición, quedaron de

su matrimonio dos hijas—María Luisa y María Gloria—, en las que radican por igual el derecho hereditario de su padre, mientras doña Emérita no haga uso del derecho que la concede el expresado pacto cuarto, resultando de la escritura de aceptación de herencia que corresponde la mitad de las fincas como consorciales a doña Emérita, y la mitad restante a la herencia de su esposo, en nuda propiedad y en usufructo de viudedad a la misma viuda.

Estos antecedentes se consignaron en escritura que autorizó, el 21 de Julio de 1927, el Notario de Sos del Rey Católico, D. Manuel Solano Navarro, por la que dicha doña Emérita y sus hijas María Luisa y Gloria, aquélla con su esposo, ésta de diez y ocho años, vendieron a D. Manuel Giménez, en uso de sus facultades, y por los derechos presentes o expectantes que les pertenezcan, las dos fincas rústicas mencionadas.

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Egea, por el Registrador se puso en ella la siguiente nota: «Inscrito el precedente documento en los tomos, libros y folios, bajo los números e inscripciones que se expresan por cajetín al margen de cada una de las fincas que comprende, pero sólo en cuanto a la mitad indivisa de las mismas, sobre las que pertenece el pleno dominio a doña Emérita Coyduras Gamboa. Denegada la inscripción solicitada en cuanto a la otra mitad indivisa, por los defectos siguientes: 1.º Haber prohibido el causante de la vendedora su enajenación en la escritura de capítulos matrimoniales que rigió su sucesión, otorgada en Biel el 27 de Noviembre de 1904. 2.º Porque siendo, mientras doña Emérita Coyduras no nombre herederos con arreglo a la citada escritura, un fiduciario comisario de los bienes de su fallecido esposo D. Juan Peman Navarro, no los puede enajenar—artículos 781 del Código civil y 29 del Apéndice correspondiente al Derecho foral de Aragón—. 3.º Porque el derecho de viudedad es inalienable—artículo 73 del mismo Apéndice; Resolución de 17 de Noviembre de 1916—. Y no pareciendo subsanables estos defectos, no se ha tomado tampoco anotación preventiva.»

En el recurso interpuesto por el Notario, el Presidente de la Audiencia confirmó la nota recurrida, y la Dirección general, al confirmar el auto apelado, declara no hallarse extendida la escri-

tura con arreglo a las prescripciones legales, por las siguientes razones :

Aun en el supuesto de que la cláusula sexta de las capitulaciones matrimoniales otorgadas por D. Juan Peman y doña Emérita Coyduras prohíba únicamente al cónyuge supérstite la enajenación y gravamen de los bienes que hubiera recibido en usufructo, y no la cesión de este mismo derecho, que deberá quedar sujeto a los preceptos legislativos aplicables, ha de tenerse en cuenta que la legislación aragonesa no permite la transferencia del expresado Derecho real en la forma adoptada en la escritura objeto de este recurso, conforme se desprende de la Resolución de 17 de Noviembre de 1916, cuyas consideraciones sobre la finalidad del usufructo foral aragonés, en orden a la normalización de la marcha de la familia, concesión de facultades al cónyuge supérstite respecto a la percepción de frutos y a la aplicación de los mismos a las necesidades comunes, son concordantes con las disposiciones del vigente Apéndice foral.

El argumento desenvuelto por el Notario recurrente sobre el paralelismo entre la cesión y la renuncia de un derecho, se halla contradicho por las legislaciones derivadas del Derecho romano, que al mismo tiempo que niegan al jefe de la familia la posibilidad de enajenar o hipotecar el usufructo que la ley le concede por tal motivo, incluye la renuncia entre los modos de extinguirlo, y en análogo sentido el número segundo del artículo 73 del citado Apéndice, debe entenderse que permite al titular sólo la declaración de caducidad, abandono o casación de su derecho, levantando la limitación impuesta al dominio para que éste, por su propia virtud, se extienda a la percepción de los frutos y al goce de las cosas antes concedidas al usufructuario.

En nuestra legislación hipotecaria, cuando varias personas aparecen como titulares de una finca o derecho, es necesario, para cumplir las exigencias del principio de especialidad y determinación, que los mismos formen una persona jurídica o que se distribuya entre ellos la finca o derecho por cuotas matemáticas, y sólo por excepción se admite en algunos casos la inscripción a favor de Sociedades o Comunidades que, sin constituir personas jurídicas, asumen y agotan la totalidad de un derecho no distribuido por cuotas ; y como en el supuesto ahora discutido, doña Emérita

y sus dos hijas, doña Gloria y doña María Luisa, no forman una persona jurídica ni son dueñas proindiviso de las fincas vendidas, ni existe un precepto o disposición legal que permita la inscripción a nombre de la entidad familiar, ha de confirmarse el número segundo de la nota recurrida, sin que contra este criterio tenga valor la afirmación de que a cada una de las tres interesadas les corresponde un derecho específico o independiente, porque la facultad concedida a doña Emérita en las capitulaciones matrimoniales es la que corresponde a un órgano de disposición, como si el cónyuge premuerto hubiese de decir su última palabra por medio del fiduciario, no un derecho real transmisible a terceras personas; y la expectativa correspondiente a los hijos entre los cuales ha de verificarse la elección, no constituye un derecho real transmisible que les permita comparecer en una escritura pública de compraventa como vendedores de las fincas que con el tiempo, y mediante la declaración del cónyuge supérstite, les han de pertenecer.

PRÉSTAMO HIPOTECARIO. EN EL CONCEDIDO POR EL INSTITUTO NACIONAL DE PREVISIÓN A UN AYUNTAMIENTO, NO ES NECESARIO EXPRESAR EL NÚMERO DE VOCALES DE AQUEL QUE TOMAN EL ACUERDO DE LA CONCESIÓN, NI JUSTIFICAR OTROS REQUISITOS Y CONOCIMIENTOS QUE SON PREPARATORIOS DEL ACTO JURÍDICO. TAMPOCO HACE FALTA EL REFERÉNDUM DEL ARTÍCULO 220 DEL ESTATUTO MUNICIPAL. DIFERENCIAS ENTRE LA HIPOTECA ORDINARIA Y LA LLAMADA DE MÁXIMUM. PROHIBICIÓN DE LAS HIPOTECAS SOLIDARIAS Y SUBSIDIARIAS.

Resolución de 16 de Marzo de 1929. Gaceta de 22 de Abril de 1929.

Autorizada en Cáceres escritura pública el 18 de Febrero de 1928, por D. León Leal Ramos, en representación del Instituto Nacional de Previsión y de la Caja Extremeña de Previsión, y por D. Francisco Delgado, como Alcalde del Ayuntamiento de La Cumbre, por la que los primeros se obligan a entregar al último la cantidad de 49.670,90 pesetas, a título de préstamo para la construcción de edificio destinado a escuelas en un solar del Ayuntamiento, se determinó la forma de hacer las entregas parciales,

según las certificaciones de obra ejecutada, y una vez terminadas estas el Ayuntamiento se obliga a su reintegro en veinte años, a razón de 3.985,72 pesetas al año, constituyendo éste, además de garantía pignoraticia, una hipotecaria, consistente en hipoteca especial, extensiva, por pacto expreso, a cuantos edificios se levanten sobre el solar de la propiedad del Ayuntamiento, que responderá del capital prestado para la edificación, intereses de tres años y 10.000 pesetas para costas.

Y para asegurar el servicio de amortización del préstamo, y como garantía de su pago, se afectan los intereses de una lámina de propios y diferentes ingresos del Ayuntamiento. En dicha escritura se transcribe una certificación literal del instituto acreedor conteniendo el acuerdo de la concesión del préstamo, y otorgando su representación al que concurre en nombre de dicha entidad.

El Registrador de la Propiedad de Trujillo puso en dicha escritura la siguiente nota: «No admitida la inscripción del documento que precede, por los siguientes defectos: 1.º No se dice el número de vocales que tomaron los acuerdos de la Junta que accedió al préstamo, no pudiéndose apreciar si es o no válido tal acuerdo. 2.º Se infringe el artículo 158 del Estatuto municipal, que dice: «cantidad suficiente»; no se hace constar que el Ayuntamiento pueda atender al presupuesto ordinario, ni el informe del Interventor, ni en qué consisten los servicios técnicos y administrativos que el Instituto Nacional de Previsión presta al Ayuntamiento. 3.º No consta el referéndum que exige el artículo 220 del Estatuto municipal. 4.º Que siendo, en principio, la operación una hipoteca de máximo, no se determina la forma de liquidarla. 5.º Que apareciendo la hipoteca como subsidiaria, es nula. Los dos primeros son subsanables, e insubsanables los tres últimos; por lo que no procede la anotación preventiva aunque se sollicitara.»

En el recurso interpuesto, el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador, y la Dirección general confirma el auto apelado, con los siguientes considerandos:

En cuanto al primer defecto de la nota del Registrador, en la certificación expedida por el Secretario de la Administración Central del Instituto Nacional de Previsión, consta que, a propuesta de la Junta para fomento de construcción de escuelas nacionales,

la Comisión de inversiones, en la correspondiente sesión, tomó el acuerdo de acceder al préstamo, y, en su virtud, mientras no se demuestre que el referido acuerdo se ha tomado de un modo ilegítimo, debe presumirse legal, aparte de que al exigir siempre en los documentos notariales el cumplimiento del requisito a que alude el Registrador en su nota sobre aumentar los documentos innecesariamente, se invade, en cierto modo, la fe notarial, dentro de la cual recae todo lo referente a la capacidad de los otorgantes de los instrumentos públicos.

En cuanto al segundo defecto, como indica la Dirección general de Administración en el informe emitido para mejor proveer, la lectura del artículo 158 del Estatuto municipal, y la del artículo 157 en el mismo aludido, pone de relieve la incongruencia padecida por el Registrador de la Propiedad al pretender aplicar en este caso un precepto que, cual el señalado, en nada se relaciona, ni en su letra ni en su espíritu, con las palabras empleadas en la nota; y por lo que hace referencia a la necesidad de consignar que el Ayuntamiento puede atender al presupuesto ordinario, y a la de hacer constar el informe del Interventor y la clase de servicios técnicos y administrativos que el Instituto Nacional de Previsión presta al Ayuntamiento, son requisitos y conocimientos preparatorios del acto jurídico, cuyo cumplimiento queda bajo la responsabilidad de la Corporación municipal y de los órganos superiores en jerarquía, pero no son materia propia de la calificación del Registrador.

Tampoco puede estimarse oportuno el tercer defecto de la nota, pues hasta que no entre en vigor el nuevo censo, no debe exigirse, con arreglo al Real decreto de 29 de Septiembre de 1924, que ratifica y completa al Real decreto de 18 de Junio del mismo año, la intervención del cuerpo electoral en los casos en que proceda, y, en su consecuencia, la aplicación del artículo 220 del Estatuto Municipal es improcedente en el caso de este recurso.

La diferencia esencial entre la hipoteca ordinaria y la llamada de máximo se halla en que, así como la primera extiende la autenticidad o publicidad inmobiliaria desde el Derecho real a la obligación por el mismo asegurada, la segunda garantiza únicamente la existencia de un gravamen sobre la finca, de importe cierto, pero nada indica sobre la existencia de una obligación afian-

zada por la misma hipoteca, ni sobre su custodia; de suerte que mientras el acreedor tiene en su favor una hipoteca corriente puede apoyar el procedimiento ejecutivo en las declaraciones del Registro sobre la existencia, importe, exigibilidad y vencimiento del crédito asegurado, la persona que sólo tiene garantizado su derecho por una hipoteca de máximo, ha de suministrar en su día las pruebas de todas esas particularidades, para hacer efectiva la seguridad o garantía inscrita.

En la escritura calificada, el Ayuntamiento de La Cumbre constituye una hipoteca especial y extensiva por pacto expreso a cuantos edificios se levanten sobre el solar propio del Ayuntamiento, que se describe, por la cantidad de 49.670,90 pesetas, a título de préstamo, intereses de tres años y 10.000 pesetas para costas, sin que la particularidad de que el capital del préstamo haya de entregarse en varios plazos, transforme el carácter de la hipoteca ni produzca confusión a los terceros que deseen conocer la situación jurídica inscribible.

Nuestra ley Hipotecaria ha prohibido las hipotecas solidarias y las subsidiarias, es decir, las que gravan simultáneamente o sucesivamente, con el mismo crédito y sin distribución de su cuantía, a varios inmuebles, no porque sean radicalmente nulas, y así lo demuestra el contenido del artículo 123, al permitir que el acreedor repita por la totalidad de la suma garantida contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido otra, sino por no aménorar el crédito territorial del deudor, ni proteger las inmoderadas exigencias de los prestamistas, que, no contentos con garantías firmes y de éxito seguro, multiplican sin utilidad suya, y con perjuicios del crédito territorial, las dificultades del préstamo con hipoteca, y como la aplicación de estos razonamientos al caso discutido, en que la finca es única, los acreedores son el Instituto Nacional de Previsión y la Caja Extremeña de Previsión Social, y el exclusivo objeto de la operación, el de fomentar la construcción de escuelas nacionales, es notoriamente inadecuada, ha de negarse oportunidad y valor jurídico al último extremo de la nota recurrida.

VENTA DE PARTE DE FINCA POSEÍDA PROINDIVISO. NO ES INSCRIBIBLE AL NO CONTENER DECLARACIÓN SOBRE LA COMUNIDAD EXISTENTE, NI SOBRE LA CUOTA VENDIDA, NI RELACIONARSE CON LA TOTAL LA CABIDA QUE SE ENAJENA, FALTANDO TAMBIÉN, EN ESTE CASO, LA JUSTIFICACIÓN DE HABERSE DIVIDIDO LA FINCA COMÚN O EL CONSENTIMIENTO DE LOS TITULARES PARA LA INSCRIPCIÓN SEPARADA DEL VENDIDO.

Resolución de 22 de Marzo de 1929. Gaceta de 26 de Abril de 1929.

El Notario D. Jesús Rubio y Dávila, el 16 de Septiembre de 1927, autorizó una escritura pública, por la que doña Dolores Rojas Izquierdo, con licencia de su esposo, D. Luis Carbajo Ulloa, vendió a D. Manuel Cuéllar González, una tierra de 67 fanegas, cuyos linderos se determinan, finca que pertenecía a la vendedora por herencia de su padre.

En el Registro de la Propiedad de Albuquerque se puso en dicha escritura la nota que sigue: «Suspendida la inscripción del precedente documento, porque, según el Registro, la vendedora tiene inscrita la finca que transmite proindivisa, con porción perteneciente a otro condueño, y en la escritura que motiva esta nota se vende la mencionada porción indivisa, como si fuera finca independiente, sin que del documento presentado resulte que haya desaparecido el condominio que aparece en los correspondientes asientos del Registro, ni que el otro condómino haya prestado el consentimiento para llevar a efecto tal división. Estimo subsanable este defecto y no se ha tomado anotación preventiva, por no haberse solicitado.»

El Presidente de la Audiencia declaró inscribible tal escritura, y la Dirección general revoca el auto apelado, ateniéndose a lo siguiente:

En la inscripción cuarta de la finca número 4.020 del Registro de la Propiedad de Albuquerque, a que se refiere este recurso, consta que la tierra al sitio de los Barros Codoseros, antes adquirida por D. Pedro de Rojas Mendoza, y adjudicada a su hija y heredera doña María de los Dolores, tenía los linderos, cabida y demás circunstancias que aparecen en las inscripciones primera y

tercera del mismo número, y como en esta última se consigna que la porción de 67 fanegas que se inscribía, no se hallaba dividida según el Registro, es indispensable que en las transmisiones del mismo inmueble se haga constar esta particularidad, a fin de evitar la discordancia que de otro modo existiría entre las declaraciones del Registro y la realidad jurídica.

En la escritura pública autorizada por D. Jesús Rubio Pérez-Dávila, en 15 de Septiembre de 1927, doña Dolores Rojas Izquierdo, con licencia de su esposo, vendió a D. Manuel Cuéllar González la tierra reseñada, sin hacer ninguna declaración sobre la comunidad existente, ni sobre la cuota que pudiera corresponderle, ni sobre la relación de la cabida de 67 fanegas a la total de la finca, y por otra parte no se acompaña el documento público en que los titulares, según el Registro, hubiesen practicado la división de la cosa común o manifestado su conformidad con la inscripción separada de un trozo de terreno.

LUIS R. LUESO.

Registrador de la Propiedad.

Continental


Orbis. S. A.

MADRID. Pi y Margall, 18

LA MEJOR
MAQUINA
DE
ESCRIBIR

BADAJONA. Claris, 5

SEVILLA. Pi y Margall, 25

BILBAO. Ledesma, 18

TOLEDO. Comercio, 14



Muebles de Acero
para Oficinas



BERLOY



Taller de reparaciones de máquinas
de escribir de todas las marcas