

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

Año IV

Diciembre de 1928

Núm. 48

Convenciones de no-responsabilidad

(Conclusión.) (1)

Bien que la autoridad de los tratadistas citados nos coacciona en cierto modo, creemos que ellos enfocan el problema en una forma desdichada. No solamente es aventurado atribuir a los artículos 362 a 368 y 377 del Código de Comercio una naturaleza imperativa que de su redacción estilista en modo alguno resulta. Lo que constituye un error verdaderamente grave, es la confusión entre la cláusula de no-responsabilidad y los boletines de garantía, que de los párrafos anotados se desprende.

Cuando usando de la atribución que les confiere el artículo 356 del Código de Comercio, las empresas ferroviarias rechazan los bultos mal acondicionados para el transporte, si el remitente insiste en el envío, las Compañías declinan su responsabilidad haciendo constar en la carta de porte su oposición. Tal es el boletín de garantía que si prácticamente puede actuar como una cláusula de no-responsabilidad propiamente dicha, técnicamente se diferencia marcadamente de ella.

El boletín de garantía implica, en efecto, una pura y simple presunción de liberación del porteador, resultante de determinados hechos. Una presunción de caso fortuito podríamos decir, y también una prueba voluntaria consentida por el remitente del mal acondicionamiento de su mercancía. Esto es, el boletín de garantía entraña la subsistencia teórica de la responsabilidad contrac-

(1) Véanse los cinco cuadernos anteriores.

tual, y, en su virtud, el remitente puede probar que la pérdida o avería ha sido debida a la culpa del porteador.

Dada la dificultad de probar este extremo, el boletín de garantía produce los resultados prácticos de una cláusula de no-responsabilidad. Pero no debe esta razón desorientarnos hasta el punto de confundir la naturaleza de las dos instituciones, cuya misma analogía de resultados se extinguiría si la prueba judicial en lugar de fundarse en presunciones y apariencias, fuese una prueba propiamente dicha y ella exigiese una demostración: primero, del mal estado del cargamento; y segundo, de la relación de causalidad entre éste y el daño.

8. Para nosotros, la cláusula de no-responsabilidad es válida en Derecho español, tanto en el transporte ordinario como en el realizado por el ferrocarril. Y mantenemos esta solución afirmativa: primero, por el principio de libertad que informa la contratación civil y mercantil, sin que nada autorice a exceptuar el contrato de transporte tratando con mayor severidad a los porteadores, ya que la responsabilidad que sobre ellos pesa en cuanto a la restitución de las cosas transportadas, deriva de la cualidad de depositarios de que se hallan investidos; y segundo, porque del estudio del Derecho comparado, se infiere la insuficiencia de los preceptos generales contenidos en los Códigos civiles y comerciales para decidir con arreglo a ellos la suerte de la cláusula; y no existiendo en España una disposición especial que la afecte, la cláusula es válida en principio, sin que pueda alegarse en contra suya el principio de orden público, de que nadie puede exonerarse convencionalmente de su culpa, argumento cuyo escaso valor ya conocemos.

Si remontándonos del examen de nuestro Derecho vigente, y en un terreno puramente especulativo, nos preguntamos cuál sería en España la suerte de las cláusulas de no-responsabilidad en el transporte ferroviario si su generalización agudizase el problema, nuestra respuesta, orientada por el estudio del Derecho comparado, fácil es de imaginar. Sería preciso, en tal supuesto, que la ley garantizase la libertad del consentimiento de los cargadores, y el interés bilateral de los contratantes.

No creemos, sin embargo, sean de gran utilidad estas previsiones. Bastando el boletín de garantía para liberar prácticamente

de responsabilidad a las empresas, no es de esperar que estas recurran a nuevos procedimientos, que sin mejorar en nada su situación, las expondrían a los graves ataques que en los demás países se les han dirigido.

9. La cláusula de no-responsabilidad adopta dos formas típicas en el transporte marítimo: 1.^a, la negligencia cláusula o cláusula de no-responsabilidad del armador por las culpas del capitán, de la tripulación y de todos los demás dependientes del armador que intervienen en la navegación; y 2.^a, la cláusula de no-responsabilidad por las culpas personales del armador (1).

Las cláusulas de exoneración del segundo tipo son raras. Generalmente, las Compañías se limitan a insertar en los conocimientos la cláusula de negligencia, ya que el papel pasivo que desempeña el armador le preserva de una gran responsabilidad por culpa personal.

10. La negligencia cláusula no ha despertado la ardiente oposición que la cláusula de no-responsabilidad en el transporte terrestre. Iniciada su aplicación por los armadores ingleses, fué rápidamente propagada, hallándose actualmente admitida en Francia (2), Bélgica (3), Inglaterra (4), Holanda (5), Alemania (6), Italia (7), Noruega (8), Austria (9), Grecia (10), Rumania (11), Egipto (12). Siendo únicamente desfavorable la legislación de los Estados Unidos, cuya Harter Act de 1893 declara nula la negligencia cláusula, si bien su artículo tercero exonera legalmente al armador.

(1) V. Bonnetcase, *Droit Commercial Maritime*, París, 1923, p. 498.

(2) Civ. 20 Enero 1869, I, 101, D. 1869, I, 94.

(3) Bruselas, 17 Junio 1904, Pas. 1904, I, 351.

(4) Alto Tribunal de Justicia, 14 Noviembre 1904 (R. I. Dr. m. XX, 1905, página 609).

(5) Amsterdam, 22 Febrero 1889 (R. I. Dr. m. 1890, p. 399).

(6) Tribunal Superior Hanseático, 23 Abril 1896 (R. I. Dr. m. XII, 1897, página 79).

(7) Cass. Turin, 10 Abril 1908 (R. I. Dr. m. XXIV, 1909, p. 113).

(8) Copenhagen, 24 Marzo 1893 (R. I. Dr. m. X, 1895, p. 638).

(9) Trib. Com. y Marit. de Trieste, 25 Noviembre 1908 (R. I. Dr. m. XXVI, 1911, p. 81).

(10) Atenas, 17 Junio 1887 (Rev. I. Dr. m. XIII, 1888, p. 493).

(11) Constanza, 17 Mayo 1898 (Rev. I. Dr. m. XIII, 1898, p. 723).

(12) Alejandria, 2 Abril 1896 (Rev. I. Dr. m. XII, 1897, p. 349).

de la responsabilidad por pérdidas resultantes de culpas o errores de navegación o de *conducción* del navío.

En cuanto a la cláusula de no-responsabilidad por las culpas personales del armador, ha sido declarada válida : en Inglaterra (1), Austria (2), Bélgica (3) y Holanda (4) ; la jurisprudencia francesa ha llegado al mismo resultado práctico declarando válida la cláusula al efecto de invertir la carga de la prueba (5).

Contrariamente, en Alemania (6) e Italia (7) la jurisprudencia ha anulado la cláusula de exoneración de las culpas personales del armador.

II. En presencia de estos datos, es justo indagar cuál sea el motivo del amplio desenvolvimiento de la cláusula de no-responsabilidad en el transporte marítimo : ¿ La admisión de tales convenciones obedece pura y simplemente a una aplicación del principio general de que la cláusula de exoneración es conforme al Derecho, en tanto no exista una razón singular que ataque su eficacia? ; o bien, tal movimiento de favor ¿ puede explicarse porque la inexistencia de monopolio en los transportes marítimos, ya que los puertos son visitados por buques de nacionalidad y Compañías distintas, hace ilusorio el temor de una imposición abusiva por parte de los armadores? ; y aun en el supuesto de que todas las Compañías de navegación inserten la cláusula en sus conocimientos, con lo cual pierde el cargador la facultad de elección que da la competencia, ¿ es ella admisible por ser beneficiosa al comercio, dada la reducción de precios que implica?

A ninguna de las razones apuntadas ha obedecido la admisión de las convenciones de irresponsabilidad en el transporte marítimo ; el verdadero motivo ha sido la necesidad, sentida primeramente en Inglaterra, de proteger a la marina mercante ; y por esto, la cláusula fué prohibida en los Estados Unidos, cuyos puertos

(1) Alto Trib. de Justicia, 5 Febrero 1898 (R. I. Dr. m. XXIII, p. 68).

(2) Trieste, 25 Noviembre 1908 (Rev. I. Dr. m., 1908, XXVI, p. 81).

(3) Bruselas, 7 Mayo 1887 (Rev. I. Dr. m., 1887-88, p. 75).

(4) Cass. 18 Noviembre 1887 (R. I. Dr. m., 1888-89, t. IV, p. 471).

(5) Cass. 6 Marzo 1912, S. 1913, I, 356.

(6) Tribunal del Imperio, 6 Febrero 1889 (R. I. Dr. m., 1889-90, t. V).

(7) Tribunal de Casación de Palermo, 11 Junio 1886 (R. I. Dr. m., 1886-87, II, p. 212).

eran principalmente frecuentados por navíos ingleses, en la época de la Harter Act citada.

Bien que la razón consignada haya actuado decisivamente, la jurisprudencia favorable a la negligencia cláusula fundó sus decisiones en el carácter singular de la comisión del capitán y en la licitud del seguro que cubre la baratería del patrón.

Veamos cómo se elaboró este recurso técnico :

12. Sabido es que siempre ha sido el Derecho marítimo favorable a la limitación de la responsabilidad de los armadores. Desdénando el ejemplo del Derecho romano, que daba la «actio exercitoria» contra el «exercitor navis», sin ninguna restricción (1), en la Edad Media se introdujo el principio de limitar la responsabilidad del armador a los valores comprometidos por él en cada expedición (2). Esta afectación especial y exclusiva del navío y los fletes a la responsabilidad del armador nació de la práctica del contrato de encomienda, tan generalizado en la Edad Media. Los comerciantes entregaban mercancías y dinero a los capitanes de navíos para que los negociasen en su nombre personal, limitándose, por tanto, la responsabilidad de los primeros a los objetos entregados ; esta práctica sugirió la idea de considerar como comanditarios a los copropietarios de un navío que confiaban el gobierno de éste a un copartípe, y el mismo principio se aplicó más tarde al armador con relación al capitán (3).

De aquí que distinguiendo la fortuna de mar y la de tierra y transformando en real la responsabilidad personal del armador, se confiriese a éste la facultad de abandonar el navío ; solución formulada primeramente por el Consulado de Mar, y que el Código de Comercio español, como los de los demás Estados, reproduce (artículo 587).

Cuando el elevado coste de los navíos ha convertido en ilusoria la protección que el armador obtenía con el derecho de abandono, se ha intentado poner de manifiesto el paralelismo entre esta facultad y la cláusula de negligencia, presentando las dos instituciones como derivadas de la misma idea, a saber : la naturaleza es-

(1) Dig. XIV, I, *de exercitoria actione*.

(2) V. Danjon, op. cit., II, núm. 565.

(3) V. Danjon, ob. cit., loc. cit., y De Leze, *Etude sur la responsabilité des propriétaires des navires*. Rev. pratique, 1880, ps. 8-14.

pecífica de las relaciones entre el armador y el capitán, por disfrutar éste en el ejercicio de su función de una amplia autonomía. Justificándose entonces la cláusula de negligencia, no como una aplicación de los principios generales en materia de no-responsabilidad convencional, sino más bien como una desvirtuación de éstos (1), determinada porque el armador no puede ejercer sobre el capitán el poder de vigilancia y dirección en que se funda la responsabilidad del comitente, con arreglo al Derecho común.

No obstante haber sido cuidadosamente elaborado este argumento, su insuficiencia se comprueba considerando la doble naturaleza de la función del capitán.

El capitán reúne en sí una doble cualidad: director de la navegación y representante del naviero; y si como técnico conserva un poder directivo que impide sea tratado como un auxiliar cualquiera, como representante del naviero, nada hay que justifique un régimen de excepción respecto a los demás mandatarios. A esta conclusión conduce el lógico desenvolvimiento de los conceptos, y por esto, la Harter Act de 1893, antes citada (artículo 3), así como las Reglas de La Haya de 1921 (artículo 4, regla 1), y el proyecto de ley francesa de 27 de Julio de 1917 (artículo 1, línea 2), fundándose en los anteriores principios, deciden justamente que el armador no responde de las culpas técnicas del capitán, pero que ningún pacto puede excluir la responsabilidad por las culpas comerciales.

Hay que buscar, por tanto, una nueva razón justificativa de las decisiones que proclaman la licitud de la cláusula que cubre las culpas comerciales del capitán; y si aquélla consiste, como se ha pretendido (2), en la validez del seguro de la baratería del patrón, las ideas, siguiendo una trayectoria diferente, plantean el problema en un campo general, en el que la negligencia cláusula se admite en virtud de un argumento que conviene a la cláusula de no-responsabilidad en general: su analogía con el seguro.

13. Lo acaecido fué que necesitando la jurisprudencia extranjera conciliar su enemiga a la cláusula de exoneración en los transportes ferroviarios, con el deseo de proteger a la marina nacional contra la competencia de la marina extranjera, se afanó celosa-

(1) V. Lyon Caen y Renault, *Droit Commercial*, V. núms. 744 y 745.

(2) V. Ripert, citado por Bonnetcase, ob. cit., loc. cit.

mente en la rebusca de nuevos principios, cuya actuación permitiese elaborar en torno de la cláusula de los transportes marítimos una doctrina autónoma.

Y por ser la tendencia proteccionista de la marina mercante el motivo de la simpatía con que ha sido vista la negligencia cláusula, la jurisprudencia extranjera se ha creído relevada de examinar detenidamente la cláusula de no-responsabilidad estipulada por el armador o el capitán por sus culpas personales, ya que, respecto al primero, la cláusula de negligencia le protege suficientemente, y con relación al segundo no existen grandes intereses que defender.

14. Tampoco, según nuestras noticias, ha definido su actitud frente a este problema la jurisprudencia española. Por nuestra parte, creemos que ninguna razón existe para negar eficacia en Derecho español a las cláusulas de irresponsabilidad en el transporte marítimo. Pudiéndose invocar en apoyo de esta solución no sólo los argumentos de orden general, sino también la necesidad de proteger nuestra marina y el carácter marcadamente internacional de las leyes y usos que rigen el comercio marítimo.

CAPITULO VIII

La cláusula de no-responsabilidad en los contratos relativos a las personas.

1. Los contratos relativos a las personas que pueden recibir la cláusula son : el contrato de transporte de personas y el contrato de trabajo. Respecto a ambos una misma cuestión se plantea : ¿ Está permitido al patrono y al porteador exonerarse convencionalmente de la responsabilidad en que pueden incurrir por los accidentes sobrevenidos a los viajeros y a los obreros ?

Ante todo, debemos confesar que las cláusulas de no-responsabilidad en los contratos relativos a las personas son poco frecuentes. La práctica ofrece de ellas escasos ejemplos, y la doctrina y la jurisprudencia, fundándose en principios cuya exactitud demostraremos, las han rechazado abiertamente. No estaría, por consiguiente, justificado nuestro estudio de no haber registrado la doctrina

tradicional disidencias tan importantes como las de Sourdat, Lyon Caen, Boutaud, Sardou y Rencker, quienes fundándose en una falsa interpretación de la teoría de la naturaleza contractual de la responsabilidad del patrono y del porteador en materia de accidentes, han sostenido la validez de la cláusula de no-responsabilidad en los contratos relativos a las personas. Para nosotros, la solución clásica del problema es inalterable; la cláusula de no-responsabilidad en los contratos relativos a las personas debe ser declarada nula, sea cual fuere la teoría que se adopte sobre la naturaleza de la responsabilidad del patrono y del porteador. Veamos por qué.

2. La primera teoría sostenida sobre la naturaleza de la responsabilidad del patrono y del porteador, es la teoría delictual. Con arreglo a ella, el obrero y el viajero víctimas de un accidente, son tratados como un tercero cualquiera. Esta teoría implica dos consecuencias: primera, la necesidad para el lesionado de probar la culpa del patrono o del porteador, y en cuya virtud eran soportados por la víctima los accidentes debidos a fuerza mayor o caso fortuito, así como aquéllos cuyo origen no se podía descubrir; segunda, el carácter de orden público de esta responsabilidad, por la naturaleza imperativa que siempre se ha atribuido a los preceptos jurídicos que rigen la responsabilidad aquiliana (1).

Atacada esta teoría por imposibilitar prácticamente toda indemnización a la víctima y por prescindir de los lazos que entre el porteador y el viajero, el patrono y el obrero, el contrato crea, se preparó la acogida favorable de una nueva doctrina.

La doctrina que afirma que la responsabilidad del patrono y la del porteador descende del contrato, fué emitida simultáneamente en Francia, por Sauzet, y en Bélgica, por Sainctelette; según el primero, «el patrono está obligado a conservar al obrero sano y salvo en el curso de su trabajo y a devolverle asimismo válido, como él lo ha recibido» (2); según el segundo, «el patrono debe garantizar la seguridad del obrero y devolverle al final del trabajo su responsabilidad indemne de todo accidente» (3).

(1) V. Sardou, ob. cit., p. 48.

(2) *Rev. crit.*, 1883, p. 16.

(3) Ob. cit., p. 111 y sigs.

De acuerdo con este sistema, que conquistó valiosas adhesiones doctrinales (1), el porteador y el patrono son deudores convencionales de una obligación de resultado: trasladar el viajero sano y salvo al lugar de su destino; restituir al obrero indemne al terminar el trabajo. El viajero y el obrero son, por consiguiente, en virtud del contrato, sujetos activos de un crédito de seguridad; insatisfecho este crédito, entran en juego los principios generales en materia contractual, que imponen al deudor la prueba de que el incumplimiento de su obligación es debido a fuerza mayor o caso fortuito.

Finalmente, una tercera teoría, relativa únicamente al contrato de trabajo, sostiene que la responsabilidad del patrono deriva, prescindiendo de toda idea de culpa, del simple ejercicio de su profesión; tal es la teoría del riesgo, de la cual hicimos, en el capítulo III de la introducción de esta memoria, un extenso comentario y que actualmente se halla admitida en la legislación de un gran número de Estados: España (2), Francia (3), Inglaterra (4), Alemania (5), Austria (6), Bélgica (7) y Suecia (8).

3. Conocidas ya las diversas teorías formuladas sobre la responsabilidad del patrono y del porteador, volvamos a nuestro punto de partida: la nulidad de la cláusula de exoneración en los contratos relativos a las personas debe ser mantenida con independencia de la doctrina que se adopte sobre la naturaleza de la responsabilidad del patrono y del porteador.

En efecto, si se admite la teoría delictual, se impide el naci-

(1) En el contrato de transporte: Lyon Caen y Renault, *Traité*, III, número 709. Reneker, ob. cit., núm. 191 y sigs. Boutaud, ob. cit., núm. 40. Sardou, ob. cit., p. 55. Charmont, *Rev. crit.*, 1895, p. 604. Chaureau, *Pnd. fr.* 1892, II, p. 124. Labbé, *Rev. crit.*, 1886, p. 433. Sourdat, *Traité de la responsabilité*, 5.^a edición, II, núms. 976 y 1.056. Y en contrato de trabajo: Labbé Varasseur, Pascaud, Cotille, Demangeat, Glasson, Pont, Kohler, Amar, Vidari, Auriti, cits. por Modica en su obra *Il Contratto di Lavoro*, Palermo, 1897, página 207.

(2) Ley 30 Enero 1900.

(3) Ley 9 Abril 1898.

(4) *Workmen's compensation act*, 6 Agosto 1890.

(5) Ley 7 Junio 1891.

(6) Ley 28 Diciembre 1887.

(7) Ley 24 Diciembre 1903.

(8) Ley 5 Julio 1901.

miento del problema, por el carácter de orden público que se atribuye a la responsabilidad aquiliana.

Reconociéndolo así, los autores disidentes de la común opinión, Rencker (1), Boutaud (2), Lyon Caen y Renault (3), han presentado sus doctrinas como una derivación de la teoría contractual. «Fundando la responsabilidad del patrono en la convención solamente, es preciso, para ser lógicos, admitir la cláusula de no-responsabilidad», insinuaba Sourdat (4), y «desde el punto de vista jurídico, esta consecuencia no tiene nada de exorbitante», escribe Sardou (5).

4. Para nosotros, semejante consecuencia es inexacta. Basta examinar cómo la teoría contractual surge, a qué necesidades obedece, qué utilidad sirve, qué fines se propone, para concluir que ella es, en su contenido, una teoría procesalista, más bien que de derecho material. La teoría contractual no es, en definitiva, más que un recurso técnico para hacer efectiva la responsabilidad del patrono y del porteador, liberando a los obreros y a los viajeros de la carga de la prueba.

Y la demostración más evidente del verdadero carácter de la doctrina contractual la ofrecen los propios autores discrepantes, al retroceder ante una consecuencia de ella que, según nuestro pensar, es tan correcta por lo menos como la pretendida licitud de la cláusula de exoneración. Aludimos a la igualdad de la indemnización debida a todos los lesionados en un siniestro ferroviario, prescindiendo de sus cualidades personales: profesión, rango social, posición económica, etc.

Esta conclusión fué sostenida por Sainctelette, partiendo de que el deudor contractual sólo responde de los daños que se hayan previsto o podido prever al tiempo de celebrar el contrato; y «¿Cómo, entre el gran número de viajeros que cada día, a cada hora, en una multitud de estaciones ella embarca, para las direcciones más diversas, una empresa de transportes va a reconocer el cir-

(1) Op. cit., núm. 229 y sigs.

(2) Op. cit., núms. 183 y 184.

(3) *Traité*, III, núm. 715.

(4) Op. cit., núm. 913.

(5) Op. cit., p. 57.

jano de renombre, la cantante predilecta, el financiero en suerte? ¿Por qué razón y en virtud de qué título pueden ellos pretender una indemnización más amplia que la atribuida a otros viajeros provistos de idénticos billetes, sentados en el mismo coche, afectados de la misma lesión, víctimas de la misma negligencia? Todos tienen derecho a los mismos daños y perjuicios» (1).

En vano intentan quebrantar estas deducciones Rencker (2) y Lyon Caen y Renault (3), arguyendo, dentro del propio terreno contractual, que la empresa debe haber previsto la desigual condición de los viajeros. Lo único que claramente demuestra la posición de los citados autores en este punto, es que la teoría contractual no puede ser llevada a sus últimas consecuencias y que los principios no tienen jamás un valor absoluto.

5. Pero admitiendo que la cláusula de no-responsabilidad fuese una consecuencia lógica indeclinable de la teoría contractual, siempre cabría oponer a su licitud una razón de seguridad social. La vida, la integridad personal, no son, en efecto, patrimonio exclusivo del hombre que las disfruta; ellas tienen un valor social, su conservación a todos interesa; son, podríamos decir, cosas «*extra-commercium*», empleando el lenguaje con que las fuentes romanas designaban los bienes extracontractuales. El obrero y el viajero no pueden relevar al patrono y al porteador de la más leve diligencia respecto a sus personas, porque semejante acuerdo implicaría un acto de disposiciones de cosas ajenas.

6. Existe, finalmente, además de los indicados, un argumento de gran valor en contra de la cláusula. Un argumento que se diferencia de los anteriores por su genealogía doctrinal y por su naturaleza; no es él obra de juristas únicamente: sociólogos y políticos han colaborado también en su formación. Acaso por esta procedencia no posee el razonamiento, la riqueza de tenues matices y el culto cuidadoso del detalle, de los argumentos exclusivamente técnicos. Mas no por esto tiene menos valor; fruto de nobles anhelos y preocupaciones elevadas, él constituye la parte más digna de respeto de las doctrinas jurídicas.

(1) Op. cit., p. 106.

(2) Op. cit., núm. 203.

(3) III, núm. 715.

Este argumento ha batallado nada más en el contrato de trabajo. Numerosos autores han denunciado la injusticia de regir las relaciones entre patronos y obreros por el principio de libertad que informa los demás contratos. «La libertad—decía Salvioi—no debe ser concedida más que en la medida en la cual está probado que sirve a los intereses colectivos... La libertad, aplicada al contrato de trabajo, presupone un negocio completamente ajeno a la prosperidad social» (1). «En las grandes industrias, el contrato de trabajo se parece—escribe Massé—a los tratados de paz después de una guerra sangrienta. Es la ley del más fuerte la que dicta el contrato, lo mismo que el tratado» (2). «Se debe declarar jurídicamente nula—proclamaba Menger—toda estipulación entre dependientes y patronos, la cual disminuya o excluya la responsabilidad de estos últimos relativamente a los bienes personales del dependiente. El operario no puede renunciar ni expresa ni tácitamente (por ejemplo, sujetándose al reglamento de un oficio) a sus máximos bienes personales, a la conservación de su vida» (3). «En el contrato de trabajo—sostiene Consentini—la libertad es una ficción, porque existe una diferencia profunda, una desproporción de condiciones evidente entre el contratista y el obrero. Para uno la libertad existe en derecho y en hecho; para el otro es puramente nominal, porque sin medios suficientes, está obligado a aceptar las condiciones impuestas» (4).

Esta corriente doctrinal ha sido tan poderosa, que obedeciendo a su impulso, la legislación de los diversos Estados, al mismo tiempo que fundaba la responsabilidad del patrono en el riesgo, ha hecho objeto de una disposición especial prohibitiva la cláusula de no-responsabilidad en materia de accidentes de trabajo (5). Estas disposiciones tienen, según Barassi, «carácter excepcional y se inspiran en motivos de orden social, porque se trata de una tutela

(1) *I Diffetti Sociali del Codice civile*. Palermo, 1890, p. 36.

(2) *Législation du Travail*. París, 1904, p. 235.

(3) *Il Diritto Civile e il Proletariato*, trad. Oberosler. Torino, 1894, p. 36.

(4) *La Legislación civil y el Proletariado*, ed. española, 1921, p. 406.

(5) España, art. 19, ley 30 Enero 1900. Francia, art. 30, ley 9 Abril 1898. Italia, art. 12, ley 17 Marzo 1898. Inglaterra, art. 9 de la *Workmen's compensation act* de 1896. Suecia, art. 21, ley 5 Julio 1901. Alemania, art. 5, ley 7 Junio 1890. Bélgica, art. 23, ley 24 Diciembre 1903.

de clase, y una elevada consideración social substituye, por consiguiente, al concepto atomístico cuya base es el individuo» (1).

7. La misma razón de tutela de clase justifica la solución negativa de la cláusula de exoneración en el transporte de personas. Bien que en ello no se haya reparado, no es menos cierto que también en este contrato la cláusula existiría prácticamente nada más para la gente humilde. ¿Cómo, en efecto, presumir que por una reducción irrisoria del precio del transporte, van a aceptar la cláusula personas que no se encuentren en una penuria extremada? Es preciso, por consiguiente, rechazar la cláusula por una razón de humanidad.

CONCLUSIONES

Llegados al término de nuestra Memoria, sólo nos resta exponer las conclusiones que de ella se desprenden :

I. La importancia económica y jurídica del tema viene determinada por la extraordinaria expansión de la responsabilidad, que constituye uno de los fenómenos más caracterizados del Derecho moderno.

Este crecimiento de la responsabilidad es debido : en el ámbito contractual, a la multiplicación de los contratos que ha seguido al gran desenvolvimiento económico de nuestra época ; y en el campo extracontractual, al gran número de accidentes que ha ocasionado la aplicación práctica de diversas invenciones. El incremento de la responsabilidad tiene, pues, por causa un aumento correlativo de la actividad.

II. La ampliación de la responsabilidad debe ser interpretada, no como una investigación más prolija del sujeto responsable con un fin punitivo, sino como una eliminación del sentido moral de la responsabilidad, en el que ésta equivale a pena ; acentuado, por contra, su aspecto patrimonial, en cuanto el daño significa un empobrecimiento injusto por parte de la víctima. Esta interpretación de las orientaciones modernas confirma la afirmación de Ihering de que la historia de la pena es su abolición constante.

III. Temiéndose que la extensión de la responsabilidad comprometiese la seguridad de los negocios, surgieron las convencio-

(1) Cit. por Consentini, ob. cit., p. 406.

nes de no-responsabilidad, revistiendo dos formas típicas: cláusula de exoneración y seguro de responsabilidad civil.

IV. Para determinar la licitud de estas convenciones, es preciso deslindar previamente el campo en que la voluntad privada puede actuar con eficacia, esto es, separar en el organismo jurídico las normas imperativas de las permisivas; tarea nada fácil, según vimos, pero de cuya realización se deriva la consecuencia importantísima de que para decidir la suerte de un convenio, es preciso poseer una pluralidad de puntos de vista, ya que los imperativos de la ley son múltiples, y en el caso singular sometido al análisis, puede existir lesión de uno cualquiera de ellos.

V. Sentada la división de la responsabilidad en contractual y aquiliana y concretado su dominio respectivo, se debe establecer una primera división en el estudio del tema, según la clase de responsabilidad a que afecte la cláusula.

VI. Las convenciones de no-responsabilidad aquiliana han sido tradicionalmente declaradas nulas, como consecuencia del fundamento atribuido a la responsabilidad: la culpa subjetiva. Renovado hoy este principio, se inicia en el Derecho moderno una corriente favorable a la validez de tales convenciones, siempre que no se incurra en dolo o culpa lata, ni se trate de lesiones que afecten a la vida o a la integridad de las personas.

VII. En el campo contractual, donde han sido primera y casi únicamente aplicadas las cláusulas de no-responsabilidad, provocaron una enconada oposición, nacida del falso carácter atribuido al principio de que nadie puede exonerarse convencionalmente de su culpa.

VIII. Centrada la cuestión sobre este punto, los esfuerzos de la doctrina favorable a la cláusula se encaminan a demostrar el des- crédito de este principio por medio de dos argumentos: uno de orden histórico, sugerido por el Derecho romano; otro de analogía, fundado en la licitud del seguro de responsabilidad civil.

IX. Estos dos argumentos no tienen la misma virtud persuasiva. El segundo de ellos descuida un punto importante, cual es la diferente situación de la víctima en la cláusula y en el seguro. El primero, en cambio, bien que él haya sido objeto de escasa atención por la doctrina, constituye una prueba evidente de la licitud de la cláusula de exoneración, por revelar su examen cómo

los principios del Derecho romano, envueltos en una cuestión de orden más general—*natura contractus*—, han pasado a las codificaciones civiles.

X. La cláusula de no-responsabilidad es, en principio, plenamente válida, porque, de la misma suerte que en el Derecho romano, tienen en el Derecho actual naturaleza permisiva las normas jurídicas que rigen la responsabilidad entre contratantes.

XI. La cláusula de no-responsabilidad tiene el límite del dolo y de la culpa lata, porque un contratante no puede eximir a otro de la observancia de deberes que, cual el de probidad y mínima atención, tienen carácter público.

XII. En las aplicaciones prácticas de la cláusula, es preciso introducir importantes restricciones, referentes unas a la forma de emisión de la voluntad, y otras al contenido de la voluntad misma. Al primer grupo pertenecen las que reputan insuficiente un acto unilateral del deudor para declinar su responsabilidad. Al segundo, las disposiciones protectoras de la parte económicamente más débil en los contratos de adhesión.

XIII. Las disposiciones singulares de que en diferentes países ha sido objeto la cláusula de no-responsabilidad en el transporte ferroviario, son normas imperativas protectoras de la libertad del consentimiento. Es decir, no afectan a la estructura elemental y autónoma de la cláusula, sino a la naturaleza específica del contrato de adhesión, tratando de impedir que por la desigual posición de las partes, el contrato se convierta de sinalagmático en unilateral.

XIV. En Derecho marítimo, ha obedecido la admisión de las cláusulas de exoneración a la necesidad de proteger la marina mercante nacional.

XV. En los contratos relativos a las personas, la cláusula de no-responsabilidad debe ser declarada ineficaz, primero, porque los preceptos que afectan a la seguridad de las personas son de orden público, y segundo, porque dada la situación angustiosa de la posible víctima, jamás expresaría la cláusula de no-responsabilidad insertada en estos contratos la bilateralidad real de un acuerdo.

XVI. Finalmente, una visión de conjunto del Derecho contemporáneo permite resolver en una unidad superior la contradicción aparente de las reglas jurídicas. A la extensión de la res-

ponsabilidad llevada a cabo por el Derecho, podría reprocharse su oposición con la tendencia protectora de la actividad manifestada en otros sectores jurídicos. Estimular la actividad comercial con unas disposiciones y deprimirla al mismo tiempo con la amenaza de una responsabilidad muy onerosa, ¿no es un contrasentido? Un estudio detenido del espíritu del Derecho actual induce a decir que no. La extensión de la responsabilidad no debilita la acción, porque el Derecho no exige que las resultas de un daño repercutan sobre el propio patrimonio del autor. El autor actúa a modo de intermediario entre la colectividad y la víctima; se le declara responsable no para sancionar su imprudencia, sino porque él es quien, habiendo creado una actividad, puede mejor que nadie prevenir sus riesgos y, por tanto, asegurarlos.

El Derecho aspira a atenuar la gravedad de los daños repartiendo sus consecuencias patrimoniales entre un gran número de personas. Y por esta razón solidarista se rechaza la cláusula de no-responsabilidad en aquellos casos en que sería inhumano que la víctima de una lesión sufriese las consecuencias ella sola.

Todo permite afirmar que el movimiento de renovación registrado en el Derecho es a la par beneficioso para el responsable y para la víctima.

FAUSTO VICENTE GELLA,

Abogado.

Una lección del profesor Costa.

La génesis de la “*Obligatio*”

El 27 de Junio de 1926 moría en Bolonia el ilustre profesor Emilio Costa, romanista eminente y decano de aquella gloriosa Facultad de Derecho. Hombre de insaciable curiosidad científica, buceó en los dominios todos del Derecho romano, y su vasta obra mereció la rendida admiración del mundo. La vejez, la desgracia de la pérdida de su hijo dilectísimo, no abatieron ni menguaron sus bríos de estudioso y de investigador y «*colla luce degli occhi quasi spenta, col cuore malato*», como dice su biografiador, continuó sus magníficas aportaciones al acervo espléndido del romanismo.

No obstante su universal nombradía—Lenel se honraba con su amistad—, en España es poco conocido.

Con la muerte de Costa, de Pertsch y de Jörs, se extinguieron tres faros potentísimos de la ciencia romanística.

En el presente trabajo nos ocuparemos de la exposición de una de sus más brillantes lecciones: la génesis de la *obligatio*.

* * *

Los conceptos integrantes del vínculo obligatorio, fueron en el Derecho romano y son en el actual, dos: débito y responsabilidad. El primero significa la necesidad en el deudor de observar una determinada conducta, el segundo la consecuencia jurídica que se produce con la inobservancia de esta conducta por parte del deudor. Si bien en el Derecho romano tardío, y en el actual, ambos conceptos aparecen fundidos en la obligación, de tal manera que dan

a ésta la apariencia de hallarse simple, y unitariamente estructurada, el análisis descubre sin embargo la duplicidad de su integración.

La aparición de ambos elementos unidos, es producto de un largo proceso histórico.

En el Derecho griego, en las antiguas fuentes del escandinavo, estudiadas por von Amira, se patentiza ya esta dualidad. La distinción de lo que los alemanes llaman «Schuld» y «Haftung», aparece ya entonces muy clara, y se llega a admitir por Hübner dos especies de deberes: el deber del deudor y el del acreedor. El primero consiste en «la necesidad jurídica de realizar una determinada prestación», constituyendo ésta el contenido positivo de la obligación debitoria. El deudor no puede hacer nada que obste o entorpezca el cumplimiento de la prestación que debe.

El lenguaje y el Derecho germánico antiguos, designan también al acreedor como deudor. Al acreedor incumbe el deber de recibir lo debido por el deudor y en esto consiste la obligación que podemos llamar creditoria. En la *lex Burgundiorum* (19 § 10), se usa la palabra *debitur*, aplicada al acreedor, y hasta el siglo xvi se sigue empleando esta designación (Hübner: «Grundzüge des Deutschen Privatrechts». Leipzig, 1912, páginas 453-462).

Ambos deberes aparecen fundidos en el tipo normal de la obligación. El deudor *debe* prestar al acreedor lo pactado, y el acreedor *debe* recibir la prestación debitoria. Amira, Strochal, Schwerin, Puntschart, afirman que, en el vínculo obligatorio, los verdaderamente esencial es el deber del acreedor, pero tal afirmación es un tanto exagerada, pues como objeta muy bien Gierke, las relaciones jurídicas son en definitiva relaciones entre voluntades, y por lo mismo un deber de recibir la prestación no es concebible sin el correspondiente deber de prestar.

En este tipo normal de la obligación no aparece primitivamente como elemento esencialmente integrante, la responsabilidad, la «Haftung». El «Haftungsgeschäft», de los alemanes, es un negocio generador de la responsabilidad que posee independencia y substantividad propia. La prenda comisorio (1) y la fianza personal son representativos de este tipo de negocio. Apa-

(1) Creemos con esta expresión traducir exactamente la alemana «Weifallspfand».

rentemente no es el deudor quien responde, sino la prenda o el cuerpo del fiador dado en prenda. Para expresarlo con más exactitud, diremos con Sohm: «Der Bürge haftet Ohne eigne Schuld, der Schuldner schuldet ohne eigne Haftung» (Sohm, Mitteis, Wenger: «Institutionen Geschichte und System des Römischen Privatrechts». Müncheu, 1926, página 354. Hay traducción castellana del señor Rocés).

De la fianza prestada por persona distinta del deudor, surgió la fianza prestada por el propio deudor. Este era fiador de sí mismo, y cuando esto ocurre, confluyendo en él ambos elementos, la «Schuld» y la «Haftung», comienza a configurarse unitariamente el tipo obligacional.

Antes de darse tal confluencia de los dos elementos en la persona del deudor, la obligación no confiere al acreedor el poder de constreñir al deudor al cumplimiento. El incumplimiento es simplemente un acto contrario al derecho («Rechtswidrigkeit»). A dar a la obligación la seguridad de que carece, se dirige el «Haftungsgeschäft». La palabra «Haftung», correspondiente a la latina *Obligatio*, significa vinculación jurídica, expresa el hecho de afectar algo a la seguridad de un deber jurídico. Al vincular un objeto se confiere al acreedor un poder sobre el mismo. Es un poder éste de aprehensión y disposición sobre la cosa vinculada, que permite al acreedor indemnizarse con ella en caso de incumplimiento.

Pero el hombre es el único que puede deber; en la misma deuda real, es en definitiva el hombre quien debe, el propietario del inmueble gravado con la carga. Es corriente vincular en la deuda una persona distinta del deudor; en tal caso, el deudor debe, pero no responde. El responsable es una cosa u otra persona que no es el deudor.

En el caso de deuda pura, aun judicialmente reconocida, si no lleva aparejada la responsabilidad, el acreedor nada puede frente a la insolvencia del deudor. Sin embargo, la actitud insolvente de éste no se halló desprovista en absoluto de sanción en el derecho germánico; la insolvencia como acto contrario al derecho, llevaba como consecuencia de orden punitivo la «Friedlosigkeit» o privación de la paz, sanción que autorizaba al acreedor a dirigirse, no sólo contra la persona del deudor, sino también contra su patrimonio, pudiendo tomar de éste la cuantía del perjuicio que se le había

irrogado con la insolvencia. Este y otros expedientes eran consecuencias de orden jurídico-penal que suplían la falta de responsabilidad contractualmente establecida.

La frecuencia de asociar al negocio deuditorio el negocio generador de responsabilidad hizo que por el tiempo no fuera concebible el uno sin el otro; la conceptual separación de ambos elementos subsistió íntegra sin embargo.

Con el tiempo, la responsabilidad personal, la vinculación del propio cuerpo es substituída por la responsabilidad patrimonial, que es incorporada al negocio obligacional. El «Haftungsgeschäft», pierde su substantividad, pasando a ser elemento consubstancial de la obligación.

Por haber desaparecido aquella subordinación del deudor al acreedor, por asociarse al incumplimiento sanciones de orden pecuniario, la obligación ha de tener un valor patrimonial, ha de ser *económicamente* estimable.

La obligación se convierte en un *juris vinculum* y significa un *minus*, no en la libertad, sino en el patrimonio del deudor, y este desplazamiento de la responsabilidad de la esfera personal a la patrimonial es lo que constituye el rasgo más característico del tipo de la obligación moderna.

Así explican la mayoría de los autores alemanes el proceso evolutivo de la obligación.

* * *

La doctrina del profesor Costa es, en gran parte, coincidente con la de los tratadistas germanos, pero ofrece puntos de vista de una rica originalidad.

Según el egregio romanista italiano, el patrimonio familiar en la edad precívica no comprende más derechos que los de señorío («mancipium»). No se dan entre los grupos familiares las relaciones creditorias que implican en uno la facultad de exigir y en otro el deber de prestar.

Las ofensas o perjuicios causados por un grupo a otro conferirían al grupo ofendido el derecho de vengarlas, poder al que renunciaba mediante el pago por el ofensor de la composición. Los cambios se operaban según las fórmulas cosa por cosa, o cosa por metal, aceptado como intermediario. Y esto de modo inmediato,

sin aplazamientos, sin que las prestaciones pudieran pactarse para el futuro.

Más tarde se aplazó el pago del precio de la renuncia a la venganza por el ofensor. Es esto un esbozo de la genuina *Obligatio*.

Lo mismo el deber del prestatario de restituir la cantidad recibida en préstamo pasado un cierto término, como el del ofensor de pagar el precio de la renuncia a la venganza, se hallan desprovistos de sanción jurídica; son simplemente *debita* correspondientes a lo que los alemanes llaman *reine Schuldgeschäfte*. La eficacia del *debitum* se obtiene mediante un negocio que funciona análogamente al *Haftungsgeschäft*. Este negocio se asocia al debitorio simultánea o posteriormente. Es el *nexum*, mediante el cual el propio deudor u otra persona se vincula en seguridad de la obligación. Concede al acreedor los mismos poderes de aprehensión y disposición ya estudiados cuando la deuda no es satisfecha en el tiempo prefijado.

Más tarde se opera la fusión de ambos elementos; ciertos títulos de *debitum* se hallan provistos por sí solos de reconocimiento y eficacia jurídica y quien los asumía podía ser forzado al cumplimiento de la prestación, sin que precisase la previa vinculación de la propia persona del deudor, o la de otra que oficiase de fiador.

Hasta aquí nada difiere la exposición de Costa que sucintamente seguimos de la ya antes expuesta; pero donde radica su originalidad, a mi juicio, es en su modo de explicar cómo se operó la fusión de los elementos componentes del vínculo obligatorio. Oigámosle: «Esta fusión se operó mediante un juramento prestado por personas pertenecientes a clases sociales distinguidas con el que respondían de los *debita* contraídos por personas de clase inferior que se hallaban, con respecto a aquéllas, en situación de dependencia. Por razón de la consideración y crédito de que gozaban las personas que prestaban el juramento, muy pronto substituyó éste a la sujeción personal del deudor. Más tarde, la promesa dada con la fórmula: «*Spondes? Spondeo*», se despoja de su carácter religioso primitivo, resulta innecesaria la intervención de las personas de condición social superior, y la simple promesa emitida por el deudor llega a constituir un *vinculum juris* que dotaba al acreedor de poder coercitivo con respecto al deudor.»

(Costa: *Storia del Diritto romano privato*. Torino, 1925, páginas 309 y 310.)

La honorabilidad de las personas que se constituyen en fiadoras o responsables del *debitum* hace superflua la vinculación o sujeción personal del deudor. La fianza tiene un carácter espiritual. La espiritualización de la *Obligatio* romana es una de las concepciones más personales de Costa. Sin perder nunca de vista el «materialismo» del derecho romano las palabras transcritas muestran su esfuerzo encaminado a inmaterializar la *Haftung* romana, provista de un carácter sacral, religioso, ético. Enfrentando la posición de Costa en este problema con la que adoptan la mayoría de los juristas alemanes y el propio Perozzi, su ilustre compatriota, no puede dudarse de la novedad de aquélla.

* * *

Hemos querido ofrecer una muestra de la obra citada del profesor italiano, modelo de rigorismo científico y de vasta documentación bibliográfica, y al mismo tiempo rendir humilde tributo a la memoria del sabio y del santo cuyas lecciones tuvimos la dicha de escuchar durante un semestre en la vieja Bolonia, «la ciudad de los perros pequeños y de los sabios grandes», al decir de Heine.

JOSÉ SANTA CRUZ

Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia.

El arbitrio judicial y el registral en el nuevo Código penal

Implantado valientemente en nuestra legislación el arbitrio judicial, no hemos de regatear al legislador nuestro aplauso por tan acertada medida, que significa un positivo avance, pues el dilema es de los que no admiten distingo. Si los Jueces y Tribunales merecen este nombre, deben tener arbitrio para juzgar, y si no lo merecen, deben ser suprimidos.

La justicia, como fin, debe ser la máxima inflexibilidad; pero los medios de realizarla en lo humano, o sea las leyes (Jueces mudos) y los Jueces (leyes que hablan), deben tener la máxima flexibilidad, pues si les falta esta condición, más que medios serán rémoras para alcanzar el fin.

Pero no debe olvidarse que al lado de los Jueces tradicionales, las necesidades sociales, los progresos del derecho, los nuevos horizontes de la ciencia jurídica, han creado otros Jueces, otros funcionarios que tienen la misma misión de aplicar la norma jurídica abstracta al caso concreto, y que, por lo tanto, ejercen de hecho y de derecho funciones judiciales, y entre ellos, en lugar muy preferente, estamos los Registradores de la Propiedad, sobre todo después de la promulgación del nuevo Código penal.

No es nuestro objeto, por el momento, demostrar esta tesis; Agulló, Azcárate, Romaní, y otros eminentes publicistas, lo han hecho con mayor copia de argumentos y más brillantez que podríamos hacerlo nosotros, y, sobre todo, después del magistral trabajo del maestro de Derecho inmobiliario Jerónimo González, en el número 32, de 1927, de esta Revista, podemos decir, con los canonistas: *Roma locuta, causa finita.*

Si, pues, tenemos el carácter y las funciones de Jueces territo-

riales, si nuestra misión es conocer de un hecho y fallar si está o no ajustado a derecho, necesitamos también, y acaso más que ninguno, el arbitrio judicial o registral para la calificación, o el principio de legalidad será, como lo es hoy en muchos casos, una ficción más de las tantas de que hay que limpiar el campo del derecho, y, sobre todo, a nuevas normas jurídicas deben responder nuevos medios preventivos, porque gobernar no es castigar, sino prevenir.

Decimos que esta necesidad se siente más en los Registros que en los Juzgados y Tribunales, porque al Juez no se le limitan los medios de conocimiento; cierto es que tiene que fallar *Justa allegata et probata*; pero tiene el campo abierto para buscar cuantos asesoramientos estime útiles o necesarios; tiene las providencias para mejor proveer, tiene amplia libertad para apreciar la prueba en conjunto, dando en su fuero interno supremacía a unos medios sobre otros, mientras que el Registrador está material y moralmente encerrado dentro de los estrechos límites de su oficina, y aun dentro de ella ha de juzgar por lo que resulte de los mismos títulos sujetos a calificación (artículo 18), y sólo cuando de los mismos títulos resulte haberse cometido un delito (artículo 79 del Reglamento) es cuando tiene el camino expedito, como cualquier otro ciudadano, para denunciarlo; pero si lo cometido no es un delito, sino un hecho inmoral al margen del Código, o los actos preparatorios de un delito, o uno que no resulte del mismo documento, entonces no sólo tiene que asistir a ellos con los brazos cruzados, sino que, contribuyendo a su realización por un acto sin el cual sería imposible, como lo es la inscripción, la ley le ordena que sea, más que cómplice, coautor, y prestar su técnica y su autoridad al servicio del delito, ayudando a despojar al perjudicado civil. Es más: el nuevo Código penal trae a su articulado nuevas figuras de delito, que fatalmente han de proyectarse en nuestras oficinas, y necesitamos medios legales para que, al irse diseñando, podamos prevenirlas antes de su nacimiento, o despojarlas de los velos en que puedan venir envueltas, para dejarlas perfectamente claras y desnudas en poder de los Jueces tradicionales, pues los delitos de usurpación y estafa acostumbran a presentarse, sobre todo en cuanto afecta al Registro, con un manto civil que a primera vista los disfraza.

No son exageraciones, son hechos reales que están en la mente de todos, sobre todo de los compañeros, y si dispusiéramos de un lenguaje esotérico, sólo para los iniciados en la gran religión del Derecho, presentaríamos un cuadro de casos absolutamente convincente; pero nuestra Revista es leída ya por muchos profanos y no queremos incurrir en el vicio, que todos los días censuramos en los periódicos diarios, de formar una literatura de y para el delito y la inmoralidad, poniendo cátedra de ellas so pretexto de información. Cuando esté constituido el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, su Junta directiva podrá suministrar, a quien deba conocerlos, datos concretos y directos; por ahora basta con que afirmemos que existen; los que los conocen, no necesitan más detalles, y los que no los conocen, tampoco necesitan lecciones. Los artículos 711 y 725 demuestran que nuestros temores han sido recogidos por el nuevo Código; pero aun no basta.

Siendo esto así, queda demostrado que más que nadie necesitamos del arbitrio en la calificación, sin que los indicios o noticias ciertas de inmoralidad o predelincuencia, deban constituir un defecto subsanable o insubsanable, sino sencillamente una calificación preventiva, que obligue a los interesados en el acto o contrato inscribible, a presentar una información suplementaria que lleve al ánimo del Registrador el convencimiento de que estaba equivocado, o al de los presuntos infractores el de que sus planes estaban descubiertos, y todo quedase en grado de tentativa, con una nota marginal al asiento de presentación, análoga a la que procede en el caso del artículo 79 del Reglamento; pero de carácter preventivo, y sin tener que acudir de momento al Juzgado.

De éste se apartan instintivamente los maleantes, porque saben que cerca de la Sala Audiencia está la de detenidos, y así, en la jurisdicción voluntaria, no sólo similar, sino idéntica a la registral, no se da un solo caso de los apuntados, mientras que en el Registro, como saben que se trata de una oficina aislada espiritualmente del resto del mundo, se ha llegado a decir por algún compañero, en estas mismas columnas, que hay regiones de nuestra patria en las que la presentación de un documento a Registro es casi una presunción de fraude.

Algo acude a esta necesidad el nuevo Código penal en sus artículos 711 y 725, trayendo al derecho positivo las nuevas figuras

de delito que, en parte, estaban admitidas por la jurisprudencia; pero ellos mismos están pidiendo a voces el arbitrio en la calificación. Declara incurso en el delito de usurpación, al que obtuviese la inscripción de documentos falsos o nulos, teniendo previo conocimiento de las causas que producen la falsedad o nulidad. Es evidente que el artículo 711 se refiere a los casos de nulidad o falsedad que no resulte del mismo documento, por la sencillísima razón de que si resultase de él, estaría el caso comprendido en los artículos 362 y 363, ya que este es el que trata de la falsedad y un solo hecho no puede ser constitutivo de dos delitos diferentes; luego se trata de falsedad de causa, o por simulación, que es uno de los casos a que antes nos referíamos: y lo mismo decimos de la nulidad, que tampoco puede referirse a la nulidad que resulte del mismo documento, porque entonces nunca puede ser obtenida la inscripción, ya que para eso precisamente estamos nosotros, defensores del principio de legalidad, para que por la aduana del Registro no pase el contrabando de la nulidad contractual. Otro tanto sucede con las figuras de delito del artículo 725; tanto unas como otras tienen su marco propio en nuestras oficinas, y un período de preparación que muchas veces se desarrolla a nuestra vista, sin que por la falta de arbitrio en la calificación podamos oponerles ni aun la resistencia pasiva, porque las más de las veces el acto delictivo consta de dos o más contratos de apariencia legal, y nosotros sólo podemos calificar por lo que resulta de cada uno de ellos individualmente, y no por su conjunto y datos complementarios de fuera, resultando que cuando el perjudicado se da cuenta de la consumación del delito, ni cabe reparación ni muchas veces castigo, porque ha tenido tiempo de substraerse a la acción de la justicia; mientras que si tuviésemos arbitrio registral, si en los casos de indicios delictivos pudiésemos oponer nuestro veto, fracasarían y quedarían en grado de tentativa muchos de esos delitos, y es preferible prevenir uno a castigar ciento.

Se me dirá que el arbitrio que ahora se reconoce es sólo para la esfera penal. Es cierto; pero es ya una declaración terminante, de que el arbitrio judicial en absoluto, no es una idea descabellada ni absurda, ni un imposible o anacronismo legal, sino una teoría perfectamente actual y jurídica, absolutamente necesaria en los actuales tiempos y que si es articulable cuando está en juego el

honor y la vida de los ciudadanos, más lo será cuando sólo se trata de sus intereses materiales. En segundo lugar, tampoco nosotros lo pedimos más que para la esfera que podríamos llamar peri-penal, en sus relaciones con nuestra acción. La legislación estrictamente hipotecaria, la contenida en el título V de la ley, es y será siempre una legislación especial, sujeta a principios genuinamente suyos, aunque algunos estén contenidos en otros títulos, y que son diferentes, más aún, antagónicos en muchos casos de los que informan la legislación civil propiamente dicha, algo que podríamos llamar «más allá del bien y del mal» en el derecho, ya que hay veces que parecen infringir los preceptos de Derecho natural; pero la parte meramente inmobiliaria, o principios generales, es una rama, que separándose en parte de la civil, por la especial naturaleza del objeto, guarda con ella cierta analogía y paralelismo, y como ella está limitada por las demás esferas, entre ellas por la penal, en la que incide a poco que el agente se incline hacia ese lado. Las esferas jurídicas, todos sabemos que no son cuerpos sólidos geométricos, sino que cada una de ellas está rodeada por su aura, coloreada en la zona de contacto, por los efluvios de la inmediata. Así la esfera inmobiliaria, tiene por algunos sectores contactos con la civil y mercantil, y una zona neutra que participa de todas, y por otros tiene tales interferencias con la penal, que son precisos, como el nuevo Código demuestra, artículos especiales para los delitos que podríamos llamar registrales. Para los actos que se producen en esa zona polémica, es para los que es necesario y pedimos el arbitrio registral, para rodear a nuestra Oficina de un verdadero prestigio, y delimitar en lo posible los campos, ahuyentando de ella a los profesionales u ocasionales del mal, previniendo para que no haya necesidad de reprimir.

Se cuenta de cierto viajante en joyería, que al acostarse en los trenes, ponía sobre la maleta un tricornio de Guardia civil, y decía que este saludable recuerdo alejaba a los amigos de lo ajeno; pues esto mismo es lo que pedimos, la facultad de advertir a los que preparan o se aproximan al delito, que por ese camino tropezarán fatalmente con la Guardia civil.

Podrá argüírsenos con las mismas palabras que emplea el señor González, al decir que hay que «evitar que el arbitrio del Registrador vaya más allá que su responsabilidad». En primer lugar, es-

tas palabras son el mejor argumento en favor de nuestra tesis, porque para que el arbitrio llegue hasta un punto u otro, es indispensable que exista, y el nuestro no ha pasado del grado de deseo, ya que hemos de marchar por los inflexibles carriles de la ley, sin que nuestro arbitrio llegue ni a una décima de milímetro más allá de «lo que resulte del mismo documento», y en segundo lugar, porque eso es precisamente lo que pedimos, que haya perfecto paralelismo entre la libertad de calificación y la responsabilidad. Estricto *jure* por esos actos ajenos a nosotros, delictivos, cuasi delictivos y predelictivos, no tenemos responsabilidad alguna, pero en el orden moral, en el de la Justicia no escrita, tenemos una responsabilidad técnica y profesional, porque fuimos, aunque inocentes, colaboradores de aquellos, y al producirse el resultado final, podrá el perjudicado decir con el poeta: «¡Todos en él pusisteis vuestras manos!» ¿Cómo convencer al perjudicado por la última inscripción de una serie de ellas, que el funcionario que las practicó es ajeno al perjuicio?, y, ¿cómo dejar de practicarlas si cada una de por sí es perfectamente legal, y sólo por su asociación se convierten en delictivas?

Como el compañero Goyanes, «yo milito en las filas de los que creen que el Centro Directivo quiere que seamos en todo momento celosos defensores del crédito territorial en sus diversas manifestaciones, no consintiendo la desnaturalización de los derechos que en el Registro tuvieron acceso...», y para ello es preciso que se nos den armas, para esa defensa, las que no son otras que una amplia libertad de calificación, para que en el Registro no tengan acceso los títulos colorados, sino sólo aquellos derechos perfectos en su fondo y en su forma, pues esos y sólo esos, podemos dignamente defender y salvaguardar, y si como se desprende de la circunstancia 3.ª, del artículo 726 del nuevo Código, los enemigos del crédito territorial aumentan por las organizaciones a que hace referencia, también deben aumentar los medios de defensa en la misma proporción; y que existen esas organizaciones, lo está diciendo a voces el nuevo Código penal, puesto que considera motivo de agravación el pertenecer a ellas, no siendo propio de un Código ocuparse de fantasmagorías sin contenido real.

Estando próximo a publicarse el nuevo Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria, creemos que es el lugar oportuno

para reformar el artículo 79, y a nuevas necesidades, proveer con nuevas normas, concediéndonos un verdadero arbitrio para la calificación, para poder prevenir muchos delitos y evitar también actos, pre y cuasi delictivos, aclarando a la vez nuestra obligación de denunciar, para saber si en todos los casos de nulidad de documentos hemos de oficiar al Juzgado, lo mismo en el caso de mujer casada, que, teniendo a su marido ausente accidentalmente, compra una finca, acaso con autorización verbal; que en el de un tutor que venda bienes de su pupilo falsificando la autorización del Consejo de familia, aclaración que debe hacerse antes de entrar en vigor el Código penal, pues las leyes, demasiado severas o poco meditadas, corren el grave riesgo de convertirse en leyes de papel. Los contratos anulables están (por defecto de redacción del Código) taxativamente declarados nulos y como los otorgantes conocen las causas reales de la nulidad, aunque acaso desconozcan las causas jurídicas (defecto también de expresión del Código penal), caen de lleno dentro de la esfera de éste, y tenemos por tanto obligación de denunciarlos, y aun en los casos esencialmente nulos, hay una gradación de matices, desde la infracción de una formalidad legal, hasta el contrato viciado por dolo esencial, que exigen también diferente tratamiento por parte del Registrador, y medir a todos por el mismo rasero, es ponernos en la alternativa de infringir el artículo 79 o de mandar al Juzgado al Notario y otorgantes de una escritura de censo enfiteútico en que se haya olvidado consignar el valor de la finca, o a los de una compraventa en que el comprador, por la urgencia del caso, obre por medio de un mandatario verbal, pues hoy la ley no distingue, y por lo tanto nosotros no podemos tampoco distinguir.

Creemos que la dirección se hará cargo de las precedentes consideraciones, y acudirá en el próximo Reglamento a remediar los peligros apuntados, con la urgencia que el asunto requiere.

FRANCISCO OLIETE.

Registrador de la Propiedad

El Notariado en Suiza

La reglamentación federal del Notariado suizo no ha pasado de la esfera de los buenos propósitos, y su organización cantonal es reflejo de toda la variedad de tipos que la legislación comparada puede suministrar para encuadrar la institución notarial.

Prescindiremos de toda consideración histórica para poder abarcar, en los límites impuestos por la brevedad de esta reseña, todo el variadísimo régimen del Notariado suizo en la actualidad.

CANTONES DE LA SUIZA FRANCESA

Ginebra.—Ley orgánica del 6 de Noviembre de 1912.

Define el Notario, salvo diferencias de redacción, como la legislación francesa e italiana; consagra, pues, la definición clásica del Notario, como funcionario público encargado de recibir todos los actos y contratos a los cuales las partes quieren dar carácter auténtico, asegurar su fecha, conservarlos en depósito y expedir copias.

Debe prestar obligatoriamente su ministerio cuando es requerido legalmente. Es incompatible con el cargo de consejero de Estado, Abogado, Magistrado del orden judicial y funcionario público con sueldo.

Le está prohibido ejercer, bien para sí, ya para persona distinta, el comercio o la industria, dedicarse a ninguna clase de especulación de Bolsa, de comercio o sobre inmuebles, créditos o derechos sucesorios; constituirse en garante o fiador de préstamos autorizados por el mismo.

Los Notarios son nombrados por el Consejo de Estado, y su número no debe ser inferior a quince.

Para obtener el título de Notario se necesita ser ciudadano suizo, de más de veinticinco años, gozar de los derechos civiles, justificar prácticas de cuatro años en un estudio de Notario y de tres meses en el Registro de la Propiedad; además, sufrir un examen que comprende pruebas orales y escritas.

El examen oral versa sobre Derecho civil suizo, antiguo Derecho civil ginebrés, Derecho público suizo, procedimiento civil, Derecho fiscal ginebrés y Derecho internacional privado; de esta prueba oral están dispensados los licenciados y doctores en Derecho.

El examen escrito versa sobre la redacción de documentos notariales.

La ley ginebrina organiza también una *Comisión de vigilancia* compuesta de siete miembros, cuya denominación nada indica de sus funciones, consistentes en señalar la pena que debe ser impuesta al Notario culposos de falta a consecuencia de queja dirigida al Consejo de Estado (1).

Vaud.—La primitiva ley de 21 de Enero de 1851 ha sido revisada por la de 9 de Mayo de 1921, sobre todo en lo que concierne a las obligaciones impuestas a los aspirantes; la organización de los estudios ha sido simplificada; ciertos Registros han sido suprimidos, y los testigos no son necesarios mas que en los actos de última voluntad.

El cargo de Notario es incompatible con las funciones de miembro y canciller del Consejo de Estado; miembro del Tribunal Cantonal, Juez de Instrucción cantonal, Prefecto, Presidente del Tribunal de distrito, Juez de paz, Conservador del Registro inmobiliario, funcionario de uno de los departamentos del Consejo de Estado (Administración central), funcionario de una Administración federal, Abogado, Agente de negocios matriculado.

La Comisión examinadora de los aspirantes al Notariado se nombra para un plazo de tres años, y los Abogados y Notarios que la integran son reelegibles pasado un año desde que cesaron en sus funciones.

(1) F. Spielman: «Étude sur l'organisation du Notariat en Suisse». — Lausanne, 1926, página 9 y siguientes.

Dicha Comisión celebra una sesión ordinaria cada año ; excepcionalmente, el Consejo de Estado puede convocar sesiones extraordinarias.

Se establecen dos exámenes: examen de admisión a las prácticas y examen del acto de capacidad.

Para ser admitido al primero, se requiere ser ciudadano suizo, tener cumplidos veinte años, cuando menos, en el año del examen ; presentar un certificado de estudios de determinados establecimientos docentes (Colegio clásico cantonal, Colegio científico cantonal, Colegios comunales, Escuela cantonal superior de Comercio—sección de Comercio y Banca—, Escuelas primarias superiores), o haber sufrido con éxito los siguientes exámenes, reconocidos como equivalentes por el Consejo de Estado : haber seguido durante cuatro semestres los cursos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lausanna, o de una Universidad suiza, sobre las ramas principales del programa de examen.

Los licenciados en Derecho de la Universidad de Lausanna están dispensados de este primer examen, que consta de pruebas escritas (lengua francesa, aritmética y contabilidad) y orales (Derecho civil, Derecho de obligaciones, Derecho comercial, procedimiento civil, Derecho administrativo, Derecho constitucional federal y cantonal).

Para ser admitido al examen de capacidad se requiere : cumplir veintitrés años, cuando menos, en el año del examen, presentar el acta de admisión al primer examen, tener hecha práctica de tres años en uno o varios estudios de Notario del Cantón ; también podía pasarse un año de las prácticas, fuera del cantón, en un estudio de Abogado o en un Registro inmobiliario, y presentar un testimonio favorable sobre sus aptitudes y moralidad, expedido por un Notario en cuyo estudio haya practicado.

El examen de capacidad lo integran pruebas escritas (redacción de tres documentos, como *mínimum*) y orales (deberes generales de los Notarios ; leyes, decretos, reglamentos y tratados internacionales, en la medida en que su conocimiento es necesario al ejercicio del Notariado ; Registro inmobiliario en la misma medida).

El aspirante suspendido no puede presentarse más de tres veces a sufrir el mismo examen.

La ley de 25 de Enero de 1923 ha organizado una *Cámara de*

Notarios cuya sede reside en Lausanna ; se compone del presidente (jefe del Departamento de Justicia y Policía) y de ocho miembros y cuatro suplentes, nombrados entre los Notarios ejercientes en el cantón. Sus funciones consisten en deliberar y dar su dictamen sobre las quejas y denuncias contra los Notarios, dirigidas al Consejo de Estado o al Departamento de Justicia y Policía ; resuelve sobre las cuentas y honorarios en controversia y salvaguarda la dignidad del Notariado.

Neuchatel.—Ley orgánica de 17 de Máyo de 1911.

Los Notarios son los funcionarios públicos con aptitud para instrumentar las actas o contratos a los cuales los interesados quieren dar forma auténtica, y especialmente los contratos de matrimonio ; las disposiciones por causa de muerte hechas por acto público, ya los testamentos y los pactos sucesorios, como las donaciones *inter vivos* ; las operaciones que tienen por objeto los derechos reales inmobiliarios en todos los casos en que un acto auténtico es necesario y, en general, las declaraciones, testimonios, inventarios y certificados que deban tener un carácter auténtico ; enunciación de facultades, como dice Spielmann, innecesaria e incompleta. Tampoco faltan incompatibilidades análogas a las del cantón anterior, y para ejercer el Notariado en el antiguo principado del Rey de Prusia, se exige : ser ciudadano suizo y gozar de todos los derechos políticos y civiles, ser de buenas costumbres, haber cumplido veintidós años, tener práctica de dos años, cuando menos, en un estudio del cantón, y someterse a los exámenes previstos por un Decreto del Consejo de Estado.

Los exámenes tienen lugar ante una Comisión compuesta de cinco miembros (de ellos tres son Notarios), que se reúne dos veces por año ; los derechos de examen ascienden a cien francos ; el examen oral versa sobre las ramas siguientes : Código civil suizo, leyes y ordenanzas de aplicación, excepto el derecho de obligaciones y el derecho comercial ; ley de introducción del Código civil suizo ; ley sobre el Notariado e instrucciones y leyes complementarias ; teoría de los actos Notariales ; disposiciones de Derecho civil contenidas en las leyes siguientes ; ley sobre caminos y vías públicas, ley sobre los canales y concesiones hidráulicas, ley forestal, Código de Procedimiento civil, tít. V y VIII ; Derechos sobre las sucesiones, legados y donaciones ; también versa sobre

los principios generales del Código civil neuchatelés, especialmente sobre aquéllos aplicables todavía, aun después del primero de Enero de 1912; sobre el Catastro, hasta la introducción del Registro inmobiliario en el cantón, y sobre todas las modificaciones que hayan podido experimentar las materias comprendidas en el programa anterior; el examen escrito consiste en la redacción de documentos notariales, para lo que el aspirante puede únicamente consultar el texto de la ley.

Al Notario no se le impone la obligación de prestar su ministerio; en cambio, se le obliga a tener un estudio abierto al público, lo que ya parece anunciar a éste que ejerce su profesión. El número de Notarios no se halla limitado; pero su residencia la fija el Consejo de Estado.

Los Notarios son responsables hacia las partes y los terceros interesados de todas las faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones; también responden de las faltas cometidas por sus empleados.

La vigilancia y disciplina de los Notarios la ejerce el Consejo de Estado por medio de inspectores nombrados por el mismo, los que examinan cada año las minutas y registros, enviándose una comunicación del resultado de la inspección al Consejo de Estado.

Las quejas y denuncias contra el Notario a consecuencia del ejercicio de sus funciones pueden dirigirse, por escrito, al Departamento de Justicia; éste abre una encuesta y, eventualmente, impone una multa o pronuncia una reprensión; la pena de suspensión y la de retirada del título, es de la competencia del Consejo de Estado.

Los Notarios de este cantón no prestan fianza alguna para el ejercicio del cargo.

Valais.—Ley orgánica de 4 de Marzo de 1896.

Da la definición clásica del Notario, que ya hemos visto en la ley ginebrina; establece determinadas incompatibilidades y exige para ser admitido al examen de aspirantes ser ciudadano suizo de veinte años de edad, haber cursado con éxito los estudios clásicos, haber frecuentado durante dos años escolares el curso de Derecho establecido por el cantón o probar por la matrícula haber seguido un curso de Derecho equivalente en una Universidad y

presentar un certificado de buena conducta expedido por las autoridades civiles del Municipio.

La Comisión examinadora, compuesta de tres miembros con tres suplentes, celebra dos sesiones al año, consistiendo los exámenes en dos pruebas: oral, sobre diversas materias (principios elementales de Derecho público federal y cantonal; principios generales de Derecho, Código civil, Código federal de obligaciones, ley notarial, ley sobre capacidad civil, principios fundamentales de procedimiento civil y de la ley federal sobre persecución por deudas y la quiebra, ley del Timbre), por término de dos horas; y escrita (redacción de tres documentos notariales).

Los Notarios son civilmente responsables de las faltas y de las negligencias que cometan, y prestan fianzas desde 3.000 francos a 10.000.

Desde el punto de vista disciplinario, la vigilancia del Notariado corresponde al Departamento de Justicia y Policía, el que hace inspeccionar cada año los estudios, minutas y repertorios por un *Inspector de minutas*.

Se reducen a 48 el número de los Notarios del cantón.

Una ley de 23 de Mayo de 1904 ha modificado en algunos puntos la ley anterior; se han suprimido algunas incompatibilidades, pero se ha declarado nuevamente ilimitado el número de los Notarios del cantón.

Fribourgo.—Existe una ley del año 1869 que limitó a 36 el número de los Notarios en ejercicio; exige a los aspirantes buenas costumbres, haber cursado los estudios clásicos y estudios de Derecho, por lo menos durante dos años; práctica en estudio notarial del cantón por el mismo plazo, y que haya sido declarado capaz de llenar las funciones de Notario; esta capacidad se prueba por los exámenes que regula un Reglamento de 2 de Enero de 1886; las pruebas se dividen en dos partes: prueba escrita, que consiste en la composición de una disertación sobre una cuestión de Derecho civil y en la redacción de seis documentos, como minimum; la prueba se realiza en tres sesiones, de cinco horas cada una; el aspirante que no obtiene la nota media no puede pasar a la prueba oral sobre diversas materias (Derecho civil, Enciclopedia del Derecho, Principios de Derecho internacional privado, especialmente en lo que concierne a testamentos, sucesiones, parti-

ciones, tutelas y actos públicos: Principios generales de Derecho público suizo, organización judicial cantonal y federal; Procedimiento civil, ley sobre concursos y quiebras, leyes especiales sobre el Notariado, el Registro inmobiliario, el Timbre, el impuesto, el Registro del comercio, etc.), durando el interrogatorio acerca de las mismas cuatro horas, necesitándose una puntuación media para aprobar, mayor en las materias fundamentales (Derecho civil, ley Notarial) que en las restantes accesorias.

Prestan fianza de 7.000 francos y están bajo la vigilancia de la Dirección de Justicia.

Toda la materia del Notariado friburgués se halla actualmente en revisión.

Tessino.—Este cantón tiene una organización notarial parecida a la de la Suiza francesa.

Su ley orgánica es de 11 de Junio de 1844, modificada y complementada por diferentes decretos, especialmente por los de 18 de Enero de 1894 y 12 de Noviembre de 1895.

Nos da la definición clásica del Notario, cuyo título no puede ser conferido más que por el Tribunal de Apelación; establece la incompatibilidad de la profesión notarial con determinados cargos y se hace la declaración frente a las pretensiones de la Iglesia romana, de no reconocerse a los Notarios y protonotarios apostólicos, negándose que las actas de estos últimos tengan ningún carácter notarial.

Se exige a los aspirantes al Notariado justificar ser ciudadano suizo, Licenciado en Derecho, acreditar práctica de dos años en el estudio de un Notario del cantón, ser de buenas costumbres y constituir una garantía de 6.000 francos (por hipoteca o mediante depósito) en manos del Estado.

Reunidas todas las anteriores condiciones, el Tribunal de Apelación admite al aspirante al examen de Estado; el examen tiene lugar ante el Tribunal de Apelación, reunido en sesión pública, con el concurso de dos Notarios de la jurisdicción.

Según el artículo 5.º de la ley orgánica, las pruebas son muy fáciles: un miembro del Tribunal de Apelación y un Notario proponen la redacción de dos actas o contratos; de otro lado, cada uno de los examinadores propone una o varias cuestiones sobre el arte notarial; el secretario del Tribunal registra las preguntas y

las respuestas. Si el Tribunal de Apelación estima que los resultados obtenidos por el candidato no son suficientes, le emplaza por el término de un año, cuando menos, al final del cual el aspirante debe sufrir nuevos exámenes; si la prueba ha sido suficiente, el Tribunal le expide la patente autorizándole para ejercer el cargo de Notario, para lo cual presta antes un juramento, según una fórmula de carácter religioso.

La competencia de los Notarios de este cantón es la misma que la de los Notarios de la Suiza francesa; sin embargo, la ley de 24 de Abril de 1914 establece que las ventas y promesas de venta pueden ser autorizadas por un secretario comunal cuando el valor de los inmuebles no sea superior a 100 francos.

La vigilancia de los estudios de los Notarios y la inspección de los protocolos están confiadas a un miembro del Tribunal de Apelación, que ejerce el cargo durante dos años, realizando la inspección, a lo menos, una vez anualmente.

Grisones.—La introducción del Código civil suizo dió lugar a la ordenanza de 13 de Noviembre de 1913, que rige el Notariado en este cantón; se halla inspirada en parte en la ley de 1911 del cantón de Bâle-Ville.

La ordenanza no establece regla alguna referente a la capacidad de los Notarios; se limita a decir que las personas a las cuales se confían funciones notariales deben ofrecer las garantías necesarias para una ejecución concienzuda y reglamentaria de sus deberes, pero provee e incumbe al Pequeño Consejo organizar cursos de instrucción y de repetición, con el fin de formar los Notarios y perfeccionarlos.

Estos funcionarios públicos deben autorizar en su despacho y no en un café o restaurante; sin embargo, en casos de necesidad, cuya causa se expresará, podrán ejercer su ministerio fuera del estudio.

Prestan juramento y prometen solemnemente la ejecución de sus deberes, prestando también fianza de 1.000 a 10.000 francos.

Cada circunscripción político-administrativa forma una demarcación notarial, en la que existe un Notario; si las circunstancias lo exigen o el territorio es muy extenso, el Pequeño Consejo puede nombrar un Notario auxiliar o dos o tres Notarios titulares; cada Notario está provisto de un suplente y son nombrados unos y otros

por los Tribunales de la circunscripción por un período de cuatro años, correspondientes a dos períodos de actividad de dichos Tribunales, que son los que ejercen en primer grado la vigilancia sobre los Notarios, figurando el Pequeño Consejo como autoridad superior y ordenando la visita periódica de los estudios de los Notarios.

CANTONES DE LA SUIZA ALEMANA.

El Notariado en la Suiza alemana no es una institución enraizada en las costumbres y en la vida social desde antiguo, a diferencia de la Suiza francesa; en la Suiza alemana, las formalidades en las transferencias inmobiliarias se resentían del derecho feudal; en lugar de los actos notariales, la mayoría de los cantones conocían solamente la homologación (*Fertigung*); todos los actos relativos de los inmuebles debían ser homologados por una autoridad, que generalmente era el Consejo comunal; éste había venido a sustituir y colocarse en el puesto de los señores feudales, para seguir cumpliendo y ejercitando las prerrogativas de éstos en materia de las transmisiones inmobiliarias.

La publicación del Código civil suizo y la adopción que éste realizó del acto auténtico como base de la contratación referente a los inmuebles, hizo que la mayoría de los cantones de la Suiza alemana se hallaran interesados en dar competencia notarial a cierta clase de funcionarios, que les llevó a la organización e institución de un Notariado más o menos distante del conocido en los demás cantones suizos.

Berna.—Ley orgánica de 17 de Septiembre de 1908, admitida por el referéndum de 13 de Enero de 1909; es obra del Notario Wyss y del profesor Blumenstein, en virtud del encargo que en 1902 les confió el Departamento de Justicia; un decreto de 24 de Noviembre de 1909 fijó la entrada en vigor de la ley para el 1.º de Enero de 1910.

La ley bernesa rompe con la antigua y clásica definición del Notario, expresándose en los siguientes términos: «El Notariado bernés es una profesión de orden público autorizada por el Estado de Berna.»

«Los Notarios tienen sólo el derecho de intervenir en los actos

de la jurisdicción no contenciosa que no sean de la competencia de otros órganos del Estado. Les corresponde, en particular, levantar acta de los hechos y declaraciones concernientes a las relaciones de derecho, en el caso en que la forma auténtica sea prescrita por la Ley o requerida por las partes.»

También establece incompatibilidades; un Notario bernés debe elegir entre su profesión y las funciones o empleos permanentes ejercidos en servicio de la Confederación o del cantón.

El Gran Consejo puede, sin embargo, establecer ciertas excepciones a esta regla, como es de ver en el decreto de 24 de Noviembre de 1909.

Para ejercer el Notariado se requiere ser ciudadano suizo, gozar de los derechos cívicos y de la capacidad civil, moralidad intachable y poseer los conocimientos científicos y profesionales necesarios, adquiridos y constatados conforme a la Ley y a las ordenanzas.

Los aspirantes justifican sus conocimientos científicos y prácticos en dos exámenes; un reglamento de 14 de Enero de 1909 establece las condiciones para ser admitido al primero y segundo examen y la índole de las pruebas orales y escritas en que los mismos consisten.

Para ser admitido al primer examen, el aspirante debe probar :
1.º Que posee el grado de instrucción general, que se adquiere en la sección inferior de la clase primera (Prima) de un gimnasio público o privado del cantón de Berna, es decir, que ha cumplido las condiciones requeridas para pasar a la sección superior de esta clase (Oberprima).

2.º Que ha seguido durante cinco semestres los cursos de Derecho de una Universidad.

El primer examen comprende pruebas orales (los principios generales del Derecho, el Derecho civil en vigor en el cantón de Berna y la Legislación sobre los concursos y las quiebras) y escritas (dos composiciones sobre dos puntos de Derecho civil, que se redactan bajo la vigilancia de miembros de la Comisión de exámenes).

Para ser admitido al segundo examen, el aspirante debe justificar que goza de los derechos cívicos y de buena fama, ser mayor de edad, haber sufrido el primer examen de manera suficiente

y justificar una práctica cuando menos de tres años, en el estudio de un Notario del cantón, o bien de dos años en una secretaría de Prefectura, en un Tribunal, en un oficio de concursos y quiebras o en el estudio de un abogado ejerciente en Suiza.

El aspirante cuya lengua materna sea la francesa, debe permanecer cuando menos un año en la parte alemana del cantón.

El segundo examen consta también de pruebas orales (la Legislación y los negocios notariales; la organización de las Secretarías de Prefectura y la manera de llevar el registro inmobiliario y el catastro; el procedimiento civil y la organización de las escribanías de los Tribunales; elementos de Derecho público federal y cantonal y los de Derecho administrativo bernés, así como la legislación en materia de impuestos; el Derecho penal en vigor en el cantón y el procedimiento penal bernés) y escritas (redacción de actas notariales y de un proceso verbal judicial o de una sentencia).

La admisión a los exámenes se acuerda por la Dirección de Justicia, salvo recurso al Consejo ejecutivo en caso de no admisión.

El Consejo ejecutivo nombra dos comisiones de examen de cinco miembros y de tres suplentes cada una de ellas, una por el Jura y la otra por la parte antigua del cantón, y designa sus presidencias. Estas comisiones son nombradas por un período de cuatro años.

Las comisiones presentan a la Dirección de Justicia una memoria sobre el resultado de los exámenes y dan su dictamen concerniente a la expedición del certificado de capacidad o la patente; la Dirección de Justicia somete su propuesta al Consejo ejecutivo; el suspenso por tres veces no puede ya ser admitido a un nuevo examen.

En el cantón de Berna, la vigilancia de los Notarios se ejerce por los órganos siguientes: 1.º La Dirección de Justicia; 2.º Los secretarios de Prefectura; y 3.º Una Cámara de Notarios, cuyos miembros son elegidos por el Consejo ejecutivo, debiendo ser la mayoría Notarios en ejercicio.

El Notariado de Berna pertenece al tipo de Notariado judicial.

Bâle-Ville.—Ley orgánica de 27 de Abril de 1911, completada por un Reglamento sobre los exámenes de 9 de Julio de 1913.

Este cantón tuvo, el año 1907, la pretensión de funcionarizar el Notariado; la Comisión de gestión del Gran Consejo de Bâle-Ville había invitado al Consejo de Estado a estudiar la supresión de los Notarios primitivos y sustituirlos por un Cuerpo de funcionarios.

La Comisión pensaba que el Estado sacaría grandes beneficios de esta transformación.

El Consejo de Estado se pronuncia contra el proyecto, estimando que la funcionariación perjudicaría tanto al público como al Estado; en su *rapport*, el Consejo de Estado del cantón se expresaba así: «La sustitución de los Notarios por funcionarios quitaría al público la libertad de elección. De otra parte, la libre concurrencia entre los Notarios les estimula a la mejor práctica de su profesión y a merecer la confianza de su clientela, lo cual todo redundaría en beneficio del público. El Notario funcionario, carente de ambición, sin estímulo para el trabajo, no podría jamás, falto de las ocasiones y supuestos para ejercer, atender a la diversidad de conocimientos jurídicos y prácticos que se exige de un Notario. La funcionariación de la profesión conduciría a un retroceso con relación al estado actual de cosas, con perjuicio de la colectividad. En cuanto a las ventajas fiscales de la transformación, son problemáticas.»

La ley orgánica citada se mantiene dentro de la concepción libre del Notariado; no da ninguna definición del Notario; los Notarios—dice—son competentes para los negocios de la jurisdicción voluntaria en la medida en que las leyes no la hayan encomendado a otras personas u organismos.

Los Notarios intervienen todas las veces que la Ley o la voluntad de las partes exige un acto público; los Notarios son nombrados por el Consejo de Estado, a propuesta de la Comisión de Justicia, por un período de seis años, renovable de seis en seis años si el Consejo de Estado no manifiesta nada en contrario con seis meses de anticipación, cuando menos, a la expiración del tiempo en que el Notario debe estar en funciones.

El Notario de Bâle-Ville no está demarcado en una circunscripción determinada.

El aspirante que desee practicar el Notariado debe dirigirse al Jefe del Departamento de Justicia, probando ser ciudadano sui-

zo, que goza de sus derechos cívicos y de buena reputación, que posee las aptitudes intelectuales y físicas necesarias y que ha seguido, durante cuatro años, los cursos en una Facultad de Derecho, y que ha practicado en el estudio de un Notario en ejercicio o en una escribanía de Tribunal civil o en un Registro inmobiliario.

La Comisión de exámenes comprende cinco miembros, nombrados por tres años por el Departamento de Justicia; un miembro de la Comisión de Justicia y un Notario en activo deben formar parte siempre de la Comisión de exámenes.

Las pruebas son: 1.º Orales; consisten en un interrogatorio sobre el Derecho civil federal y cantonal, el procedimiento civil, la ley sobre concursos y quiebras, el Derecho público y administrativo y la práctica del Notariado; el interrogatorio no debe durar más de dos horas y es secreto.

En vista del resultado de los exámenes orales, la Comisión decide o no la admisión a los trabajos escritos; en la negativa, el aplazamiento no puede durar más de un año para pasar al segundo examen; 2.º Escritos; consiste en la redacción de dos trabajos, uno de carácter científico y teórico, y el otro en la redacción de varios documentos notariales; excepcionalmente, el aspirante puede ser dispensado de uno o de otro de estos trabajos.

Este cantón no conoce la institución de las Cámaras de Notarios, y la vigilancia de la institución se ejerce por el Departamento de Justicia. La Comisión de Justicia inspecciona periódicamente los protocolos de los Notarios y da igualmente instrucciones para obtener una práctica uniforme en el ejercicio de la profesión.

Zurich.—Este cantón nos ofrece y muestra el tipo de Notario-funcionario; el Notariado está monopolizado a favor del Estado; los Notarios perciben un sueldo fijo y los emolumentos que cobran por sus trabajos ingresan todos en la caja cantonal.

La ley orgánica es de 28 de Julio de 1907.

Los Notarios son funcionarios nombrados para un período de seis años por los ciudadanos de cada *arrondissement* notarial.

Las funciones del Notario de este cantón son múltiples y sus funciones se hallan confundidas con las del Registro inmobiliario.

Su competencia se extiende, a saber: lleva los libros del Registro inmobiliario; entiende en la liquidación de las quiebras;

coloca los sellos en los inventarios sucesorios; redacta los contratos mobiliarios; redacta y custodia los testamentos, las particiones, los protestos, las legalizaciones y, en suma, interviene en todos los casos en que, la Ley o los particulares, reclamen su intervención.

Las funciones notariales son incompatibles con las de miembros de una autoridad de la que el Notario dependa, así como no pueden ejercerse sin autorización especial profesiones accesorias que produzcan más de 500 francos anuales; le está prohibido al Notario ser director o administrador de una Sociedad anónima o cooperativa, salvo autorización de la Corte Superior (Tribunal cantonal).

El aspirante debe reunir las condiciones habituales de nacionalidad, mayoría de edad y buenas costumbres y sufrir con éxito los exámenes organizados por la Corte Superior.

Estos exámenes son orales (versando sobre Derecho civil suizo, organización del Notariado, leyes sobre los concursos y quiebras y el procedimiento civil), y examen escrito, consistente en trabajos prácticos.

La Corte Superior funciona como Comisión de examen, asistida de un Notario en ejercicio.

Argovia.—Regulan la organización notarial de este cantón, a saber: la Ordenanza sobre el Notariado de 28 de Diciembre de 1911, el Reglamento de exámenes de 16 de Febrero de 1912 y la Ordenanza organizando a la vigilancia, de 31 de Agosto de 1915.

Antes de la entrada en vigor del Código civil suizo, el Notariado de este cantón carecía casi de atribuciones, que estaban absorbidas, como en la mayor parte de los cantones de la Suiza alemana, por los secretarios comunales y por los abogados.

Las leyes indicadas, sin definir al Notario, dicen que éste es competente para recibir los actos auténticos previstos por el Código civil suizo.

Para ser admitido en los exámenes, el aspirante debe probar: ser ciudadano suizo; haber seguido con éxito la enseñanza en una escuela cantonal o seminario cuando menos durante dos años; que tiene adquiridos los conocimientos profesionales necesarios, trabajando durante un año y medio en el estudio de un Notario, o durante seis meses en una oficina del catastro, y haber seguido, cuan-

do menos durante un año, los cursos de una escuela de Derecho.

Los aspirantes que presenten patente de abogado son admitidos a los exámenes si acreditan haber practicado, durante un año, con un Notario, y sólo tienen que someterse al examen escrito.

A título excepcional, el aspirante que no reúna las condiciones anteriores, puede ser admitido a examen si prueba que por otro lado ha adquirido la instrucción y práctica necesarias.

El examen oral dura dos o tres horas para cada aspirante y su programa es el que sigue: Constitución cantonal y federal; Ley de organización de los municipios; Derecho civil y Derecho de obligaciones; procedimiento civil y organización del Registro inmobiliario; concursos y quiebras; leyes y reglamentos del Notariado.

El examen escrito consiste en la redacción de seis trabajos referentes a la teoría y a la práctica de la profesión; tiene una duración de cuatro días.

Los examinandos que presenten la patente de abogado a que antes se hace referencia, sufren el examen escrito únicamente en la parte que se refiere a la redacción de documentos, y no dura más que un día.

Los exámenes orales no son eliminatorios.

El aspirante suspendido tres veces no puede volver a presentarse a examen.

Los exámenes tienen lugar bajo la vigilancia de la Comisión Notarial, que se compone de un Consejero de Estado, Jefe del Departamento de Justicia, como Presidente, y de otros seis miembros, dos de ellos Jueces de la Corte Superior, y dos Notarios en ejercicio.

El Notario argoviano presta una fianza de 5.000 francos, no tiene carácter de funcionario, su nombramiento no es temporal, como en otros cantones, y su jurisdicción se extiende a todo el territorio del cantón.

El Consejo de Estado ejerce la vigilancia por medio del Departamento de Justicia y de la Comisión Notarial.

Soleura.—Carece de ley orgánica del Notariado.

Aun después de la entrada en vigor del Código civil suizo, la circular de la Cancillería de Estado de 31 de Agosto de 1925 no ha juzgado que fuera todavía útil el elaborar una ley orgánica.

Solamente la Ley cantonal de introducción del Código civil suizo de 10 de Diciembre de 1911 contiene algunas disposiciones referentes al Notariado; además, existe un Reglamento de exámenes, de 23 de Septiembre de 1921.

La citada Ley de introducción dice que los Notarios son competentes para todos los actos auténticos previstos por el Código civil suizo; los documentos pueden ser escritos indistintamente en una de las tres lenguas nacionales.

Requisitos para aspirar al cargo de Notario son los de ciudadanía suiza, gozar de los derechos cívicos y de una buena reputación, no haber realizado alzamiento de bienes, tener terminados los estudios secundarios en las escuelas cantonales, haber cursado durante dos años los cursos de Derecho en el cantón y acreditar una práctica de cuatro años en el mismo, de los cuales dos años como mínimo en una escribanía comunal y un año en una oficina de concursos y quiebras.

Con estas condiciones el Consejo de Estado admite al aspirante a los exámenes de capacidad ante una Comisión de cinco miembros nombrados por el repetido Consejo, quien también elige su Presidente, celebrándose primeramente los exámenes escritos, que consisten en redactar, durante el plazo de tres días (sin que el conjunto de tiempo empleado pase de doce horas), documentos de la práctica notarial, trabajos de los practicados en las oficinas de concursos y quiebras y trabajos teóricos sobre Derecho civil.

El aprobado en este examen puede pasar al examen oral, que tiene lugar en sesión pública y consiste en un interrogatorio de dos horas sobre Derecho civil y Derecho de obligaciones, concursos y quiebras, y Derecho público federal.

Es nota original del examen escrito que si la Comisión no estima suficiente todos o parte de los trabajos realizados, puede autorizar al examinando a realizar otro trabajo para sustituir al calificado defectuoso.

Los Notarios de Soleura no prestan ninguna fianza.

Thurgovia.—Ley orgánica de 20 de Septiembre de 1850.

Aquí el Notario tiene el carácter de funcionario público y se le nombra por los ciudadanos, reunidos en asamblea de circunscripción administrativa, para un período de tres años.

Las funciones notariales son incompatibles con el cargo de

Presidente o miembro del Consejo de distrito, con el de Presidente de Tribunal de distrito, Juez de paz, Síndico, instructor en una escuela pública y prepósito del catastro.

Debe presentar el Notario de este cantón dos fiadores solventes antes de entrar en funciones, y le está prohibido adquirir directa o indirectamente créditos suscritos por deudores domiciliados en su distrito, así como también el dedicarse a operaciones financieras.

La citada ley sobre organización de las Cancillerías notariales no contiene programa alguno sobre los exámenes, y se limita a decir que el Consejo puede obligar al Notario, antes de empezar a ejercer el cargo, a probar que tiene adquiridos los conocimientos necesarios por la práctica realizada en una Cancillería notarial; se prevé que el Consejo de Estado está autorizado para organizar cursos destinados a los Notarios, con el fin de uniformar la práctica de la profesión.

Se declara que ninguna Cancillería notarial puede existir en una casa donde se explote un café o un restaurante.

Se proclama también el principio de la responsabilidad del Notario y de sus empleados, siendo notabilísimo y original el reparto que se hace de las indemnizaciones derivadas de las faltas cometidas por los Notarios en el ejercicio de sus funciones, entre las partes que se consideran responsables, y así se establece que, cuando la fortuna del Notario y la de sus fiadores no es suficiente para cubrir las pérdidas experimentadas en un *negocio hipotecario*, el déficit se sufraga en cuanto a una cuarta parte por los habitantes que paguen impuestos domiciliados en la demarcación y proporcionalmente a los impuestos que pagaren; otra cuarta parte viene a cargo de todos los ciudadanos que tengan derecho al voto, por partes iguales, y la mitad restante corresponde al Estado.

Ello se explica porque el Estado turgoviano responde de la estimación oficial de los inmuebles, y de otro lado, siendo los Notarios nombrados por el pueblo, éste debe de cargar con las consecuencias y riesgos que se derivan de su derecho de elección.

Schwyz.—El Notariado de este cantón se halla regulado por dos Ordenanzas, de 7 de Abril de 1853 y 28 de Noviembre de 1877, así como por la circular de la Cancillería de Estado de 23 de Mayo de 1925.

El cantón se divide en siete *arrondissements* notariales, en cada uno de los cuales hay demarcado un Notario. Los Notarios son nombrados para un período de cuatro años, por los Consejeros de *arrondissements*; deben efectuar un depósito de 8.000 a 16.000 francos como fianza, y además presentar la firma de dos personas solventes.

Su competencia es igual que la de los Notarios de la Suiza francesa, pero además tienen atribuciones y funcionan como prepositos de quiebras.

Se exige al aspirante al Notariado gozar de los derechos cívicos, presentar un certificado de buenas costumbres y haber sufrido con éxito los exámenes que se efectúan ante una Comisión compuesta de tres miembros, con arreglo al siguiente programa:

1.º Redacción de diversos documentos notariales; 2.º Solución de diversos cálculos de aritmética y establecimiento de cuentas; 3.º Redacción en alemán de una composición o de una carta, sobre un punto determinado, apreciándose en este trabajo la ortografía, el estilo y la escritura del aspirante; 4.º Redacción de un proceso verbal; y 5.º Un interrogatorio sobre Derecho civil, penal, procedimientos y sobre todas las ordenanzas referentes al Notariado.

Uri.—Rige la Ordenanza sobre el Notariado de 9 de Octubre de 1911.

El Notariado es una profesión que reviste carácter público y está autorizada por el Estado, siendo los Notarios los únicos competentes para intervenir en los actos auténticos en el sentido del Código civil suizo; efectúan igualmente los protestos y las legalizaciones; los usurpadores de funciones notariales son castigados con una multa que puede llegar hasta 100 francos.

Los Notarios autorizados para ejercer tienen jurisdicción en todo el territorio del cantón.

Se exige al aspirante los conocidos requisitos de ciudadanía suiza, buena reputación, poseer los conocimientos teóricos y prácticos y estar domiciliado en el cantón de una manera permanente.

Los exámenes de capacidad se celebran ante el Consejo de Estado, el que puede delegar sus poderes a una Comisión especial, realizándose las pruebas como en los otros cantones, en forma oral (versa sobre el Código civil suizo, el Código de obligaciones, el

procedimiento, las ordenanzas catastrales y las leyes federal y cantonal sobre los concursos y quiebras) y por escrito.

El Consejo de Estado puede dispensar de los exámenes a las personas cuya aptitud aparezca indubitable.

El número de Notarios de este cantón no tiene límite, y los autorizados para ejercer prestan solamente una fianza de 3.000 francos.

CANTONES DONDE EL NOTARIADO NO EXISTE.

Lucerna.—Las funciones notariales las ejercen los Secretarios comunales, los escribanos de Tribunales de distrito y de Tribunal cantonal, la Cancillería de Estado y los abogados.

Todos ellos, en cuanto a este respecto, se rigen por la Ley sobre ejecución de funciones notariales de 4 de Marzo de 1903, Ley de introducción del Código civil suizo de 21 de Marzo de 1911, y Ordenanza de la Corte Superior del cantón de 22 de Noviembre de 1911.

Glaris.—Las funciones notariales las ejerce la Cancillería de Estado.

Bâle-Campagne.—En este medio cantón existen cinco *Bezirksschreibereien* que tienen la competencia notarial.

Schafhouse.—En este cantón, las atribuciones notariales se distribuyen de la siguiente manera: los contratos que tienen por objeto los derechos reales competen al encargado del Registro inmobiliario, y los demás actos y los testamentos corresponden a los secretarios comunales.

Appenzell.—La Cancillería cantonal ejerce las funciones de Notario.

St. Gall.—Los Consejos comunales y los secretarios comunales tienen a su cargo y se distribuyen la competencia de los Notarios.

Zoug.—Suceden las cosas de idéntica manera que en el cantón anterior, pero además, la Cancillería de Estado tiene atribuciones notariales para determinados actos.

Unterwald (Obwald).—La Ley de introducción del Código civil suizo de 30 de Abril de 1911 establece que todos los actos auténticos en el sentido del nuevo Código deben ser autorizados por la Cancillería de Estado, así como por dos secretarios públi-

cos (Offentlichen Schreiber), en el número de dos o tres por municipio.

Estos funcionarios son nombrados por el Consejo de Estado, a propuesta de los Consejos comunales, por un plazo de cuatro años; no tienen que someterse a ningún examen y prestan fianza de 1.500 a 3.500 francos.

Los órganos de la vigilancia son los Consejos comunales y el Consejo de Estado, como entidad superior.

Unterwald (Nidwald).—Existe una sola Cancillería notarial (Notarialkanzlei) en Stanz, dirigida por un Notario (Amtsnotar).

Este Notario es simplemente un funcionario público, que percibe un sueldo fijo y depende del Consejo de Estado, según la ley de 4 de Octubre de 1917; no está sometido a ningún examen para probar sus conocimientos teóricos y prácticos y sólo está obligado a prestar una fianza de 10.000 francos.

JOSÉ MARÍA FONCILLAS.

Notario.

Jurisprudencia de la Dirección de los Registros y del Notariado

VENTA DE FINCA POR AGENTE EJECUTIVO. EN EXPEDIENTE DE APREMIO CONTRA LOS HEREDEROS INCIERTOS DE UN DEUDOR A LA HACIENDA, NOTIFICADOS AQUÉLLOS Y REALIZADA LA VENTA EN SU NOMBRE, SE HAN CUMPLIDO LAS EXIGENCIAS DEL ARTÍCULO 20 DE LA LEY HIPOTECARIA

Resolución de 28 de Junio de 1928. (Gaceta de 30 de Septiembre de 1928.)

El Registrador de la Propiedad de Infantes denegó la inscripción de una escritura de venta de una casa, hecha por el Agente ejecutivo de Hacienda en nombre de los deudores herederos de una persona, por no haberse hecho la notificación a éstos, resuelto el 18 de Mayo de 1927 (número 34 de Octubre de 1927), el recurso que contra esta nota interpuso el comprador, en el sentido de revocar aquélla, y presentada de nuevo dicha escritura en el Registro por dicho Registrador se puso en ella esta nueva nota: «... se deniega su inscripción, porque, examinado el Registro, aparece la finca inscrita a nombre de persona distinta de los deudores en cuyo nombre se vendió».

En el nuevo recurso interpuesto por dicho comprador, el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador, revocación que acordó también la Dirección general por las razones siguientes:

El principal argumento esgrimido por el Registrador apelante contra el auto presidencial es el fundado en el hecho de haberse dirigido el procedimiento contra los herederos de D. Bernardo Or-

tega Pareja, por deudas de los mismos, y no contra su causante, o por obligaciones que él hubiera contraído, con lo cual resulta transferida la finca a nombre de personas que no son titulares, según el Registro.

El procedimiento de apremio fué incoado contra los herederos de D. Bernardo Ortega, sin indicar sus nombres, ni fijar cuántos eran ni dónde residían; lo que demuestra que, lejos de seguirse la ejecución contra personas determinadas y por deudas específicas de las mismas, se reputaba la finca como perteneciente a la herencia del citado Sr. Ortega, y se llamaba a todos los que pudieran alegar derechos sobre la misma para que formularan las excepciones que pudieran corresponderles.

El exigir una nueva inscripción a nombre de los herederos de D. Bernardo Ortega, para inscribir a su vez la transferencia llevada a cabo por el Agente ejecutivo de Hacienda, equivaldría a dar por lícito un asiento a favor de personas inciertas, que no añadiría ninguna declaración al vigente más que la de haber fallecido el titular e ignorarse quiénes son los que han de satisfacer las contribuciones que gravan a los bienes incluidos en la masa relictas.

En la tramitación del expediente han sido notificados los herederos del titular inscrito en forma que no será muy encomendable, pero que no puede discutirse en este recurso, habiéndose realizado asimismo la venta en su nombre, y, por lo tanto, se ha cumplido la exigencia del artículo 20 de la ley Hipotecaria, en cuanto el trato se formaliza por las personas que pueden ostentar la representación del propietario.

ARRENDAMIENTO DE FINCA HIPOTECADA. LA INSCRIPCIÓN DEL PACTO DE NO CELEBRAR, SIN CONSENTIMIENTO DEL ACREEDOR, CONTRATO DE ARRENDAMIENTO INSCRIBIBLE DE LA FINCA QUE SE HIPOTECA, NO IMPIDE LA INSCRIPCIÓN DE LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO QUE CON POSTERIORIDAD SE OTORGUEN

Resolución de 8 de Agosto de 1928. (Gaceta de 13 de Octubre de 1928.)

Ante el Notario de Madrid D. Jesús de Castro se otorgó, en 25 de Febrero de 1927, escritura por la que D. José María Canga

Argüelles daba en arrendamiento a D. Juan de Urquía una finca, titulada «El Angel», sita en término de Alcalá de Henares, compuesta de cuatro propiedades, cuya finca, con anterioridad, tenía, entre otros, un gravamen de hipoteca en favor del Banco Hipotecario de España, estableciéndose en dicho arriendo otros pactos referentes al derecho de opción en compra, pago de mejoras, explotación de aguas, subrogación, pago por el dueño, etc.

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Alcalá de Henares, el Registrador suspendió la inscripción porque sobre las fincas «aparecen del Registro inscripciones vigentes de créditos hipotecarios a favor del Banco Hipotecario de España y de D. Enrique Garde Valverde, de las cuales resulta que el ahora arrendador, Sr. Conde de Canga Argüelles, se obligó a no celebrar, sin consentimiento de dichos acreedores, contrato alguno de arriendo que tenga el carácter de inscribible, con arreglo a la Ley, y observarse el defecto subsanable de falta de consentimiento de dichos acreedores, habiéndose tomado, a instancia verbal del interesado, anotación preventiva, para que en el plazo de sesenta días subsanen las partes, si pudieren, el expresado defecto, a los folios, etc».

En el recurso interpuesto, el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador, con imposición de costas al recurrente, y la Dirección general declara que no existe el defecto apreciado en la nota del Registrador de la Propiedad, con los considerandos que siguen :

Para determinar el alcance de la obligación de no celebrar contrato alguno de arrendamiento inscribible, a que se refiere la nota de origen de este recurso, debe partirse del criterio contenido en el número cuarto del artículo 107 de la ley Hipotecaria, a cuyo tenor serán hipotecables los bienes inmuebles ya hipotecados, aunque lo estuvieran con el pacto de no volverlos a hipotecar.

En la exposición de motivos de la primitiva Ley, el pacto prohibitorio de ulteriores hipotecas fué reputado absolutamente inútil por el primer acreedor, por no dar mayor firmeza a la garantía estipulada, incluido entre las consideraciones onerosas, que disminuyen, sin justificación ni explicación posible, el crédito territorial, y calificado de exigencia exorbitante, arrancada a la situación angustiosa en que puede hallarse el propietario ; y si bien la prohi-

bición de no celebrar ciertos contratos inscribibles, como el arrendamiento, acaso no merezca tan acre censura ni despectivo trato, es indudable que se encuentra dentro del sector dominado por tales normas, y ataca directamente a la disponibilidad de las fincas y al crédito inmobiliario, bases fundamentales de nuestro régimen hipotecario.

Al argumento, esgrimido con demasiada frecuencia, de hallarse nuestro sistema de contratación inspirado en la tradicional libertad del Ordenamiento de Alcalá, acusa una confusión entre los derechos del crédito y los derechos reales, que la doctrina moderna ha puesto de relieve, dejando a la voluntad amplio campo para que pueda engendrar obligaciones de toda especie y restringiendo sus influencias en el régimen hipotecario, para mayor seguridad de los terceros y más fácil desarrollo del crédito.

En este sentido, entre la obligación de no formalizar determinado contrato y el cumplimiento de lo prometido, se mantiene la separación que existe entre lo debido y lo actual, de suerte que de igual modo que el compromiso de no acudir a determinada feria o mercado no priva al comerciante de su capacidad mercantil, ni se la restringe en su íntima esencia, sino que le liga por los lazos del deber y el temor de las consecuencias provocadas por su conducta, el propietario obligado a no arrendar el predio hipotecado, se halla capacitado para formalizar tal contrato y arrostrar los daños y perjuicios que su proceder puedan causar, con tanta mayor licitud cuanto más pequeñas sean las probabilidades que por los razonamientos expresados existen de perjudicar al acreedor hipotecario.

La Ley deja al criterio de toda persona obligada, salvo las especiales garantías que expresamente concede al acreedor, la apreciación de la línea de conducta que en cada caso ha de seguir para mantener la palabra dada y responder de sus propios actos, y no corresponde a los Registradores de la Propiedad tutelar intereses desprovistos de defensa real o no amparados por institutos legales o por reglas de incapacidad.

La facultad de hipotecar otorgada por la ley a quien se ha obligado a no hacerlo, lleva consigo la posibilidad de enajenar, y esta última se descompone en una serie de facultades de que tampoco puede ser privado el propietario más que por medio de

verdaderos derechos reales creados a favor de otras personas, porque de otro modo, prohibiendo en el momento de constituir la hipoteca que el predio pueda ser dado en usufructo, o que se pueda traspasar la nuda propiedad, se llegaría fácilmente al resultado prohibido por la ley.

Si, a tenor del artículo 18 del Reglamento, no son inscribibles la obligación de constituir, transmitir, modificar o extinguir el dominio o un derecho real sobre cualquiera inmueble, o la de celebrar en lo futuro cualquiera de los contratos comprendidos en los artículos anteriores, a pesar de que la persona que haya de adquirir y las circunstancias de la adquisición se hallen determinadas, con mayor razón ha de negarse la fuerza real cuando la obligación sea negativa, las personas indeterminadas, la ventaja del estipulante dudosa, y el entorpecimiento hipotecario indudable.

En cuanto a la inscripción de los otros pactos contenidos en la escritura de 23 de Febrero de 1927, desde el momento en que el Registrador se niega tan sólo a inscribirlos con independencia, y está dispuesto a hacerlo en unión del contrato de arrendamiento, si así se dispone, no procede su examen y discusión.

TIMBRE DE LAS ESCRITURAS. LA DE PRÉSTAMO CON HIPOTECA SE HALLA BIEN EXTENDIDA EN PAPEL DE LA CUANTÍA DE LA CANTIDAD PRESTADA.

*Resolución de 8 de Agosto de 1928. (Gaceta de 13 Octubre 1928.)
(Véase la de 16 de Abril de 1928. Número 44 de Agosto de 1928.)*

El Registrador de la Propiedad de Aguilar de la Frontera denegó la inscripción de una escritura otorgada por el Notario don Leopoldo Hínjos, de préstamos de 1.500 pesetas e hipoteca por dicha cantidad, más intereses, costas y gastos, por entender que, tratándose de dos contratos, suman en conjunto 3.000 pesetas, cantidad que debe tenerse en cuenta para graduar la cuantía del timbre, conforme a lo dispuesto en el artículo 17 de la ley del mismo; y hallándose extendida en papel de cuantía inferior es nula, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4.º del Código civil, toda vez que está extendida en contra de lo dispuesto en la ley.

En el recurso interpuesto, el Presidente de la Audiencia confirmó la nota denegatoria, no obstante declarar que la no extensión de la escritura en el papel que la corresponde constituye tan **sólo defecto subsanable**, conforme a Resolución de 13 de Febrero de 1912 de la Dirección general, y ésta, revocando el auto apelado, declara bien extendida la escritura por las siguientes razones :

En este recurso debe resolverse si el instrumento público autorizado por el Notario de Aguilar de la Frontera se halla bien extendido en el papel del timbre del Estado correspondiente a la cantidad del préstamo (1.500 pesetas), o si, por comprender dos actos de naturaleza jurídica distinta, préstamo o hipoteca, debe regularse el timbre con arreglo a la cuantía total (3.000 pesetas), por aplicación del artículo 17 de la ley del impuesto.

El contrato en cuestión, aunque constituido por relaciones jurídicas de índole diferente, es un todo orgánico, cuyos elementos, íntimamente entrelazados, se resisten a una descomposición con fines tributarios, toda vez que la cantidad prestada ha sido en atención a la hipoteca que se establece, y el contenido de la obligación de restituir es el objeto de la garantía real.

La Administración pública, aun distinguiendo con claridad la obligación y el derecho real, concede al préstamo hipotecario la especial unida que la intuición popular le atribuye, como si se tratase de un solo acto jurídico o de un contrato complejo cuyas partes se hallan tan íntimamente enlazadas por la finalidad perseguida, que se oponen a toda escisión, en cuanto a la liquidación del timbre se refiere.

Este criterio se desprende directamente de la consulta evacuada por la Dirección general del Timbre, a petición de este Centro directivo, en 30 de Marzo último, pues los argumentos en que entonces se fundaba para exigir la suma de cuantías, a los efectos de fijar el timbre de la escritura, o sean : las diferencias existentes entre el arrendamiento, contrato bilateral que produce múltiples obligaciones, y la hipoteca constituida en garantía de algunas, así como el haberse liquidado por ambos contratos el impuesto de derechos reales, no son aplicables al contrato de préstamo hipotecario, que engendra obligaciones de un solo lado, con

una garantía real unida a las obligaciones creadas, y que se liquida por un solo concepto.

Así se deduce igualmente del último razonamiento de la Resolución dictada por esta Dirección en 16 de Abril último; que, después de aludir a la distinta naturaleza de las obligaciones y derechos, añade: «Es lo cierto que la Administración pública, dando a los conceptos vulgares una virtualidad jurídica que este Centro no debe discutir, entiende que la regla séptima del artículo 16 de la ley del Timbre es inaplicable a la escritura objeto del recurso, por prestarse su contenido a una separación entre obligaciones y derechos reales, más evidente, en este caso, que en el préstamo hipotecario.

BIENES GANANCIALES. NO ES INSCRIBIBLE LA ESCRITURA DE HIPOTECA CONSTITUIDA POR UN VIUDO, DE FINCA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL, VENDIDA DURANTE MATRIMONIO CON PACTO DE RETRO Y RETRAÍDA POR EL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE.

Resolución de 2 de Agosto de 1928. (Gaceta de 10 de Noviembre de 1928.)

El Notario de Madrid D. Cándido Casanueva y Gorjón autorizó, en 5 de Noviembre de 1927, escritura por la que D. Rafael de Luque Centaño constituye hipoteca en garantía de la devolución de cierto préstamo, en favor de D. Bartolomé Sánchez Castañedo, sobre un hotel. El Registrador de la Propiedad del distrito de Occidente, de la Corte, suspendió la inscripción «por el defecto subsanable de que habiendo adquirido el hipotecante la finca en estado de casado por título oneroso, y enajenándola con pacto de retro constante el matrimonio, al readquirirla en estado de viudo carece de capacidad para disponer libremente de la misma, ínterin no acredite que le ha sido adjudicada, bien el derecho de retracto o bien la finca retraída en la liquidación de la sociedad conyugal disuelta...»

En el recurso interpuesto por D. Francisco Bruella, nombre del acreedor, el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador, y la Dirección general confirma el auto apelado, por las siguientes razones:

En este recurso no puede discutirse la inscripción de la escritura de 13 de Septiembre de 1927, en cuya virtud el antiguo comprador, D. Pedro Sáenz Vallejo, después de hacer, con el consentimiento del vendedor, D. Rafael Luque Centallo, la manifestación solemne de que este último había hecho uso de su derecho en retraer, antes del vencimiento del plazo fijado en la escritura de venta de 1.º de Septiembre de 1920, retrovendió el Sr. Luque el hotel citado, declarando ambos otorgantes rescindi- da la venta antes realizada.

En su consecuencia, este recurso ha de ajustarse a los términos del Registro y partir, con arreglo al artículo 41 de la ley Hipotecaria vigente, de la hipótesis puesta de relieve por el Registrador, o sea de que la finca en cuestión conserva el carácter de ganancial que tenía, ínterin no se liquide la sociedad disuelta por fallecimiento de la esposa del retrayente.

Planteado así el problema, ha de recordarse la múltiple jurisprudencia de esta Dirección, que niega al marido, una vez viudo, la facultad de enajenar o gravar bienes inmuebles de la sociedad de gananciales sin la intervención de las demás personas interesadas en su liquidación.

CAPACIDAD DEL APODERADO. EL PODER CONFERIDO PARA VENDER O PERMUTAR UNA FINCA A LA PERSONA CON QUIEN CONVINIÉREN, HIPO- TECÁNDOLA O GRÁVÁNDOLA EN GARANTÍA DE CUALQUIER OBLIGACIÓN, NO AUTORIZA PARA SEGREGAR Y VENDER UNA PARCELA E HIPOTECAR EL RESTO.

Resolución de 28 de Julio de 1928. (Gaceta de 10 de Noviembre de 1928.)

Por el Notario de Mérida D. Germán Pérez Olivares se auto- rizaron dos escrituras por las que D. Abelardo López de Ayala y Gardoqui, por sí y como representante de sus hermanas, según poder en qué éstas le facultan para vender o permutar una finca a la persona con quien convinieren, hipotecándola o, de otro mo- do, gravándola en garantía del cumplimiento de cualquier obli- gación, segregó y vendió a D. Pedro Lesmes una parcela de di-

cha finca, y el resto lo hipotecó al mismo, en garantía de un préstamo.

Interpuso el Notario recurso contra la calificación del Registrador de la Propiedad en que suspendía y denegaba, respectivamente, la inscripción de dichos documentos por falta de capacidad, siendo, después de subsanados dichos defectos, inscritas las escrituras. Sin entrar en el fondo del asunto, el Registrador alegó la falta de personalidad, que declaró el Presidente de la Audiencia, revocando la Dirección general este auto. (Véase Resolución de 15 de Diciembre de 1927. Número de Enero de 1928.)

Ordenado que por el Presidente de la Audiencia se resuelva sobre si las escrituras se hallan extendidas con arreglo a las formalidades legales, lo hizo en sentido afirmativo, auto que revoca, en parte, la Dirección general, por no haberse justificado en la de compraventa las facultades del apoderado para vender en parcelas la finca en cuestión, razonándolo así :

El único problema que debe resolverse en este recurso, toda vez que la segregación, venta y constitución de hipoteca se ha inscrito ya en el Registro, es el de si las escrituras autorizadas por el Notario de Mérida D. Germán Pérez Olivares en 23 de Febrero y 9 de Abril de 1927 se hallan extendidas con arreglo a las prescripciones y formalidades legales, o, si, por el contrario, la escritura de compraventa adolece de los defectos de no aparecer comprobadas la representación del mandatario, ni sus facultades para realizar actos de división y segregación y venta parcelaria, así como en la escritura de hipoteca no aparecía justificada la capacidad del mandatario para celebrar este especial contrato de afianzamiento con referencia a ciertas deudas ; es decir, que se discute únicamente si don Abelardo López de Ayala está autorizado por sus hermanas para celebrar los dos contratos indicados en la forma en que lo hizo.

El poder otorgado con fecha 1.º de Julio de 1925 por doña Matilde y doña Severina y doña María López de Ayala facultaba a D. Francisco Barreiro y a D. Abelardo López de Ayala para que representen a sus hermanas en cuantos derechos les correspondan como herederos de doña Flora López de Ayala en la finca denominada Dehesa de la Oliva de Abajo, confiriéndole expresos poderes para vender o permutar dicha finca a la persona con quien convinieren, por el precio y condiciones que estimaren oportuno ; y

como de los términos empleados en este párrafo, que es el único transcrito en los documentos inscribibles, se deduce que el objeto del contrato debía ser toda la finca y el comprador único, sin que de ningún modo aparezca la autorización para segregar una parcela e hipotecar el resto, no procede hacer en este punto la declaración que el Notario recurrente solicita.

No pueden tenerse en cuenta, a fin de robustecer la solución contraria, las líneas finales del apoderamiento, que dice: «para lo relacionado y sus incidencias y consecuencias, confieren a dichos mandatarios el poder que necesitaren, sin limitación alguna», porque han sido omitidos en la escritura de compraventa, cuya redacción perfecta se ventila en este expediente.

En el expresado poder se autoriza también al mandatario para hipotecar la repetida finca en garantía del cumplimiento de «cualquier obligación», frase que comprende, tanto las obligaciones de la comunidad como las de cualquiera de los comuneros, y sería suficiente para justificar las declaraciones de D. Abelardo López de Ayala en la segunda escritura, si la primera de segregación y venta no necesitase de la ratificación de los mandantes por las razones expresadas.

La particularidad de haberse expedido la copia del reseñado poder a petición del mandatario no desvirtúa su autenticidad y efectos, cualquiera que por otra parte sea la responsabilidad del Notario que la haya dado sin autorización del mandante; pero pone de relieve el defecto de las escrituras inscribibles a que se contrae la discusión.

CAUSA JURÍDICA EN EL CONTRATO DE HIPOTECA. LA OBLIGACIÓN ACCESORIA POR LA QUE EL ACREEDOR GARANTIZA AL DEUDOR ES VÁLIDA AUNQUE CAREZCA DE CAUSA JURÍDICA, SIN PERJUICIO DE NUEVA CALIFICACIÓN SOBRE CAPACIDAD Y CONSENTIMIENTO, CASO DE NO APARECER LA CAUSA LEGITIMADORA DEL ACTO.

Resolución de 31 de Julio de 1928. (Gaceta de 11 de Noviembre de 1928.)

El Notario de Valencia D. Miguel de Castells y Cubells, con fecha 18 de Octubre de 1926, autorizó una escritura por la que

la «Sociedad de Aguas potables y mejoras de Valencia» acordaba emitir determinado número de obligaciones, constituyendo la Sociedad de Aguas de Alicante, primera hipoteca sobre todos sus bienes y beneficios de explotación, en garantía del reembolso de aquéllas. Dicha escritura, a la que se acompañaban los testimonios de las actas de las Juntas generales de ambas Sociedades, con los acuerdos necesarios, fué inscrita en los Registros de la Propiedad de Alicante, Villanueva y Monóvar; pero el Registrador de la Propiedad de Novelda puso en ella la siguiente nota:

«No admitida la inscripción del documento precedente, por carecer de causa la hipoteca constituida por la Sociedad de Aguas de Alicante, siendo las obligaciones que se garantizan de la Sociedad de Aguas potables y mejoras de Valencia, y no apareciendo justificada la relación entre ambas Sociedades que justifique el que aquélla garantice obligaciones de ésta, no tomándose anotación por no solicitarse.»

En el recurso interpuesto por la Sociedad de Aguas de Alicante, representada por su Presidente, D. Francisco Lesch Lausatt, el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador, y la Dirección general, reunida y oída la Junta de Oficiales de la misma, confirma el auto apelado, con los siguientes fundamentos:

La nota recurrida no admite inscripción de la hipoteca constituida por la Sociedad de Aguas de Alicante para garantizar la emisión de Obligaciones efectuada por la Sociedad de Aguas potables de Valencia, por carecer de causa jurídica y queda concretada en las siguientes líneas: «no aparece acreditada la relación entre ambas Sociedades, que justifique el que la primera garantice operaciones de la segunda».

La exigencia de una causa jurídica como elemento indispensable para el perfeccionamiento de los actos y contratos se halla atenuada en las teorías modernas, por tres apreciaciones que hacen referencia: 1.ª, al carácter abstracto de las adquisiciones inmobiliarias, y en especial de la constitución del derecho real de hipoteca; 2.ª, el supuesto de afianzamiento o de garantía estipulada por obligaciones ajenas, y 3.ª, a la posibilidad de que no se exprese en los documentos inscribibles la causa de las relaciones jurídicas creadas.

En cuanto al carácter abstracto de las declaraciones inmobiliarias, si bien el artículo 2.º de la ley fundamental parecen admitir-

se como títulos inscribibles solamente los actos y contratos en que la transferencia, constitución, modificación o cancelación de un derecho real contengan una manifestación de voluntad apoyada en causa jurídica, es innegable que las doctrinas dominantes sobre la suficiencia de un acuerdo de voluntades o de una declaración unilateral para provocar un asiento en el Registro han sido recogidas en el artículo 138 del citado Cuerpo legal, a cuyo tenor las hipotecas pueden ser impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se constituyan.

Con análogo criterio se ha puesto de relieve que los actos de afianzamiento, por lo que se refiere a las relaciones entre acreedor y fiador, son abstractos y formales en cuanto no se percibe a primera vista, ni es posible decidir «a priori» por qué razón el fiador garantiza al deudor, de suerte que la obligación accesoria contraída por aquél a favor del acreedor es válida, aunque careciera de causa jurídica, sin que éste se vea precisado a inquirir si el fiador estaba o no constreñido por una relación jurídica preexistente, o por motivos poderosos, a prestar su garantía, o lo hacía espontánea y libremente.

La presunción de que la causa existe y es lícita, aunque no se exprese en los contratos, ha sido elevada a norma jurídica por el artículo 1.277 de nuestro Código civil, a pesar de las objeciones que contra el sistema se han presentado, porque favorece las donaciones disfrazadas, los fraudes en perjuicio de intereses solemnemente reconocidos, y los contratos que tratan de eludir prohibiciones legales.

Por otra parte, tampoco puede asegurarse que las Compañías mercantiles se hallan incapacitadas para otorgar actos a título lucrativo ni para contraer obligaciones cuyo objeto no sea un lucro inmediato, porque en el mismo Código de Comercio se encuentran no solamente preceptos que, como el artículo 314 se inspiran en un criterio de liberalidad, sino, lo que es más decisivo para la resolución de este recurso, el artículo 461, a cuyo tenor el afianzamiento mercantil será gratuito, salvo pacto en contrario.

Con el razonamiento hecho por el Registrador en su informe sobre la particularidad que, por no aparecer la causa legitimadora del acto, resulta que el Consejo de Administración ha obrado fuera de las peculiares funciones que los Estatutos de la Socie-

dad de Aguas de Alicante le atribuyen, se enfoca un importantísimo problema de consentimiento y capacidad que no puede ser discutido en este expediente, dados los términos concretos de la nota calificadora, por anormal que sea la garantía hipotecaria en cuestión y por comprometidos que hayan de quedar los intereses sociales, sino en otro recurso gubernativo, en el supuesto de que aquel funcionario consignara, con referencia a los mismos Estatutos, en nueva nota, esta causa de denegación, y contra ella recorrieran los interesados.

SERVIDUMBRES. EN LAS DE PASO QUE SE ESTABLEZCAN ES NECESARIO ESPECIFICAR LAS CIRCUNSTANCIAS NECESARIAS PARA VENIR EN CONOCIMIENTO DE LA PERSONA QUE, COMO DUEÑA DEL PREDIO DOMINANTE Y TITULAR DE LA SERVIDUMBRE, PUEDA REALIZAR ACTOS DE DISPOSICIÓN O CANCELACIÓN SOBRE LA MISMA

Resolución de 9 de Octubre de 1928. (Gaceta de 12 de Noviembre de 1928.)

Ante el Notario de Monóvar D. José María Faura se otorgó, en 19 de Septiembre de 1926, escritura por la que varias personas, dueñas de una heredad integrada por varias piezas de tierra, de la que ya habían vendido algunas, procedieron a dividir y adjudicarse el resto, creando varias servidumbres de paso a favor de distintas piezas de tierra resultantes.

El Registrador de la Propiedad de Puigcerdá, suspendió la inscripción: «Primero. Por no describirse la total finca manso «Morer», del cual se segregan las suertes comprendidas en el mismo. Segundo. Suspendida asimismo la inscripción en cuanto a las servidumbres y derechos de paso, por no constar la descripción de las fincas a favor de las cuales se constituyen o sobre las que manifiestan que gravitan, así como también porque no se justifica ni consta el consentimiento de los dueños y poseedores de las mismas.»

Interpuesto recurso por el Notario, el Presidente de la Audiencia declaró bien extendida la escritura en cuanto al primer motivo de la nota, sin estarlo respecto al segundo, y en la alzada, sólo del

Notario, en lo que ratifica la nota recurrida, la Dirección general confirma el auto apelado, con los siguientes fundamentos:

La inscripción de servidumbres, único extremo que ha de ser examinado en este recurso, por no haber interpuesto apelación el Registrador, presenta un capital interés desde tres puntos de vista: 1.º En cuanto hace constar un gravamen de naturaleza real que limita la propiedad y el valor del predio sirviente. 2.º Porque atribuye facultades sobre una finca a la persona que aparezca como titular de otro predio. Y 3.º Porque mejora las condiciones y aumenta el valor del predio dominante, como una de tantas cualidades del mismo (*qualitates rerum*).

Desde el primer punto, las servidumbres prediales deben hacerse constar en el Registro con indicaciones y datos que permitan identificarlas y establecer una relación directa entre el gravamen inscrito y la realidad física, y como en la escritura objeto de este recurso se constituyen varias servidumbres de paso de un ancho de tres metros, indicando el sitio por donde han de prestarse, cabe, con el criterio de tolerancia que en esta materia se impone, dar por bien extendida la escritura, en cuanto a tal descripción se refiere.

Por lo tocante al segundo punto propuesto, es necesario especificar las circunstancias indispensables para venir en conocimiento de la persona, que, como dueño del predio dominante, y titular de la servidumbre, puede realizar actos de disposición o cancelación en lo que a la misma se refiere, pues de otro modo se introducirían en el Registro una serie de gravámenes, no sólo permanentes, sino de imposible cancelación, y aunque muchas veces esta particularidad carecería de importancia por la perpetuidad de las mismas servidumbres, otras implicaría una verdadera amortización de la propiedad inmueble.

En tal sentido no puede admitirse como correcto la constitución de una servidumbre «a favor de todas las piezas procedentes de la de las Boadas, excepto las adquiridas por Isidro Rigat y Lloansi y Pedro San y Lloansi y a favor de todas las piezas procedentes de la mayor pieza, de la que se segrega el predio dominante, excepto la de Andrés Pagés, de la del «Bosch», ni tampoco la imposición de las servidumbres de paso, a favor de varias piezas de tierra procedentes de la ciosa de las Boadas, y vendidas a Miguel Narláas e hijo», y así sucesivamente.

En cuanto hace referencia al predio dominante, si bien es cierto, como insinúa el Notario recurrente, que la servidumbre activa aparece como una cualidad de las fincas, y se halla tan poco tutelada por los principios hipotecarios como los pisos enumerados en la descripción de una casa, o las plantaciones reseñadas al describir un campo, también es evidente que la mención hecha en el predio dominante carece por sí sola de valor con arreglo a los artículos 13 y 30 de la Ley Hipotecaria, y, en cambio, para hacer la inscripción en el sirviente, es necesario consignar la extensión y condiciones del gravamen en la forma indicada.

HIPOTECA. SUBSANACIÓN DE ERRORES. NECESIDAD, EN EL CASO DE PACTARSE EL PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 201 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, DE DESIGNAR EN LA ESCRITURA EL MANDATARIO DE LA REGLA QUINTA

Resolución de 10 de Octubre de 1928. (Gaceta de 14 de Noviembre de 1928.)

Ante el Notario de Cáceres, D. Gabriel Alvarez, se autorizó escritura de constitución de hipoteca sobre tres fincas, a responder de un capital de 40.350 pesetas que se distribuían entre ellas, habiéndose padecido, al hacer esta operación, error, apareciendo las palabras «dos mil», en un paréntesis que originaba confusión en cuanto al gravamen que sobre una se imponía, pactándose, para el caso de incumplimiento por el deudor, de sus obligaciones, distintos procedimientos, entre ellos el regulado en el artículo 201 del Reglamento hipotecario.

El Registrador de la Propiedad de Alcántara, puso la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del precedente documento por los defectos de existir contradicción entre la cantidad total que se fija como principal y la que afecta a la responsabilidad de cada una de las fincas hipotecadas por el mismo concepto; y no hacerse designación del mandatario determinado por la regla quinta del artículo 201 del Reglamento hipotecario, para que, en su caso, preste el consentimiento para realizar la venta, habiéndose tomado anotación preventiva por dichos defectos subsanables, y término de sesenta días, a instancia verbal del presentante...»

En el recurso interpuesto por el Notario autorizante, el Presidente de la Audiencia declaró que la escritura se hallaba extendida con arreglo a las formalidades legales, y la Dirección general, con revocación del auto apelado, resuelve que no ha lugar a hacer la declaración que el Notario solicita y lo acordado, fundamentándolo así :

«En cuanto al primer defecto, al indicar la responsabilidad de la primera finca, dice la copia presentada : «responderá de (dos mil) trescientas cincuenta pesetas del capital y de quinientas más que se fijan para intereses, gastos y costas, en junto de dos mil ochocientas cincuenta pesetas», con lo cual queda planteado el siguiente dilema : o las palabras *dos mil*, colocadas entre paréntesis no valen, y entonces la suma es inexacta, o valen dichas palabras, y en este supuesto la nota del Registrador está justificada.»

En cuanto a la manera de subsanar la equivocación puesta de relieve por el Registrador, implica tan grave desconocimiento de los artículos 26 de la ley Notarial y 301 del Reglamento para su ejecución, que no solamente ha de rechazarse con toda energía, sino que debe ser objeto de ulteriores procedimientos para deputar responsabilidades.

Por lo que toca al segundo defecto, las disposiciones del artículo 201 del Reglamento Hipotecario, más bien que de carácter coactivo, son permisivas, y como el encabezamiento del mismo lo expresa, se hallan consignadas, *ad exemplum*, de suerte que el separarse de su contenido en algún extremo, no lleva consigo la presunción de ilicitud, si el procedimiento ideado se ajusta a las Leyes y respeta las garantías establecidas a favor de los deudores, pero una vez que en la escritura objeto del recurso se ha consignado que el acreedor se halla facultado para actuar contra las fincas hipotecadas por el procedimiento extrajudicial que regula el artículo 201 del Reglamento hipotecario, era indispensable, para completar la estipulación y evitar futuras discusiones, que se diera el nombre de la persona que, según la regla quinta del citado artículo, hubiera de realizar la venta.

HERENCIA GRAVADA CON FIDEICOMISO CONDICIONAL. NO PUEDEN INSCRIBIRSE LOS BIENES EN QUE CONSISTA EN FAVOR DEL MARIDO, ÚNICO HEREDERO, POR INSTANCIA DE ÉSTE, SINO QUE SE PRECISA ESCRITURA PÚBLICA CON LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD

Resolución de 17 de Octubre de 1928. (Gaceta de 15 de Noviembre de 1928.)

En el Registro de la Propiedad de Carlet presentó D. Jaime Farell Pujol, una instancia manifestando ser el único heredero designado por su esposa doña Ana Bartrina, en el testamento que ésta otorgó, el 4 de Noviembre de 1920, ante el Notario de Valencia D. Mario Aristoy, en el que, después de declarar que no aportó bienes al matrimonio, hace tal institución con la condición de que si su esposo no dispusiera de los bienes entre vivos o «mortis causa», se distribuirían en la forma que establece. Continúa la instancia con la descripción de los bienes y enumeración de los documentos necesarios, que acompaña, terminando por solicitar la inscripción de cada finca a su nombre, de una mitad por gananciales y de la otra mitad como único heredero.

El Registrador de la Propiedad suspendió la inscripción de la única finca correspondiente a su jurisdicción «por ser insuficiente una simple instancia para obtener la inscripción de fincas o derechos reales adquiridos en parte por título de sucesión testada, y en parte por adjudicación en pago de gananciales, con determinación de la parte alícuota adjudicada por cada uno de estos conceptos, precisándose, en tal caso, aun tratándose de heredero único, el otorgamiento de escritura pública...»

El Presidente de la Audiencia, en el recurso interpuesto, revocó la calificación del Registrador de la Propiedad, y la Dirección general revoca el auto apelado, declarando que no es inscribible la instancia objeto del recurso, con los siguientes fundamentos:

En el testamento origen de este recurso, se establece un fideicomiso condicional, que afecta a todo el caudal hereditario, y por lo mismo, lejos de poder sostenerse que la porción de ganancias, correspondiente al marido como heredero de su mujer, se halla so-

metido al mismo régimen jurídico que la parte que le pertenece como socio de la comunidad conyugal, ha de reconocerse que la marcha de los bienes, caso de fallecer *ab intestato*, D. Jaime Farrell Pujol, y sin haber dispuesto de algunos, podría ser diferente y dar lugar a reclamaciones de los futuros herederos contra quien hubiera autorizado la inscripción de un modo indistinto.

La brillante argumentación con que el auto recurrido rechaza los pronunciamientos de la nota del Registrador, resulta equivocada en cuanto parte del supuesto de ser el cónyuge viudo el único interesado en la herencia de su esposa, como si nada significasen los llamamientos hechos por ésta a favor de terceras personas, o tuviesen el carácter de meras expectativas que no pueden ser objeto de mención en los libros hipotecarios.

No obstante el doble carácter que asume el citado D. Jaime Farrell, y el valor que sus declaraciones han de tener frente a los terceros interesados, no hay inconveniente, atendidas las extraordinarias facultades que su esposa le ha concedido, respecto a disposición de los bienes relictos, en admitir la capacidad del heredero para hacer manifestaciones de voluntad en forma unilateral, pero siempre con los requisitos necesarios para que puedan extenderse las inscripciones correspondientes y especificar los bienes o participaciones que hayan de quedar afectos al fideicomiso en cuestión.

De este modo se evita el que queden pendientes los derechos de los condicionalmente llamados, que, con arreglo a la Resolución de este Centro, de 9 de Marzo de 1893, sería necesario que interviniesen en las particiones del cónyuge heredero con los sucesores del mismo, ya que están interesados en averiguar si entre los bienes dejados hay algunos que puedan corresponderles.

BIENES PARAFERNALES. CAPACIDAD PARA DISPONER. INSCRITA UNA FINCA EN FAVOR DE MUJER CASADA COMO PARAFERNAL, CON ASENTIMIENTO DEL MARIDO, TIENE AQUÉLLA, YA VIUDA, CAPACIDAD PARA DISPONER LIBREMENTE DEL INMUEBLE

Resolución de 22 de Octubre de 1928. (Gaceta de 18 de Noviembre de 1928.)

Ante el Notario de Castellón de la Plana se otorgó, en 11 de Enero de 1927, una escritura por la que doña Inés Navarro, en es-

tado de viuda, vendió una finca que había adquirido en estado de casada, con D. Tomás Gual, hallándose inscrita en los siguientes términos: «D. Tomás Gual manifiesta que el dinero con que compra su expresada esposa, la Inés Navarro, la finca de este número, procede de la herencia de su tía doña Rosa Navarro Martínez, según escritura otorgada ante el Notario D. Federico Barrachina Pastor, el día 30 de Enero último; en cuyo acto recibió la adquirente 1.500 pesetas a presencia del Notario y de los testigos, objeto del legado que la hizo su dicha tía, por lo cual solicita que se inscriba la presente finca a nombre de su consorte, como parafernál. Todo lo referido consta de la escritura...»

El Registrador de la Propiedad de dicho Castellón de la Plana no admitió la inscripción, «por resultar del Registro adquirida la finca por la enajenante, siendo casada con Tomás Gual Prast y no justificarse habersele adjudicado a la disolución de la sociedad conyugal...»

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador, y la Dirección general confirma el auto apelado, considerando:

Según la copia del asiento, incorporada al escrito de apelación, el marido de doña Inés Navarro manifestó que el dinero con que la compra se había realizado, procedía de la herencia de su tía doña Rosa Navarro Martín, según escritura otorgada ante el Notario D. Federico Barrachina Pastor el día anterior, en cuyo acto la adquirente recibió 1.500 pesetas a presencia del Notario y de los testigos, en pago del legado que le había hecho su tía, por lo cual solicitaba que se inscribiera la finca a nombre de su consorte *como parafernál*.

A tenor del artículo 41 de la ley Hipotecaria, quien tenga inscrito a su nombre el dominio de inmuebles gozará de todos los derechos consignados en el libro segundo del Código civil a favor del propietario, mientras los Tribunales no declaren que los términos de la inscripción no concuerdan con la realidad jurídica y, en su virtud, cuando el asiento no haya sido impugnado por ningún interesado, como en el caso presente, ha de otorgarse a sus pronunciamientos la fuerza probatoria correspondiente a un documento auténtico.

El caso discutido se ajusta al criterio de la Resolución de este Centro de 13 de Septiembre de 1926, tanto por los documentos y

manifestaciones que garantizaban la legalidad del acto y su autenticidad frente a terceros, como por constar en el Registro la declaración hecha en la adquisición, el asentimiento prestado por su marido, la aportación de un instrumento público que demostraba el ingreso de cierta cantidad en el patrimonio peculiar de la mujer y la particularidad de haber recibido el día antes de la compra el dinero que entregó como precio.

LUIS R. LUESO.

Registrador de la Propiedad.

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.

Jurisprudencia contencioso-administrativa del impuesto de Derechos reales

XXXVII

Herencia condicional.—La institución de heredero hecha con las condiciones de que a éste le está prohibido enajenar o hipotecar los bienes, y de que a su muerte pasen éstos a sus descendientes legítimos con idéntica prohibición, y a la muerte de los últimos, a los biznietos del primer instituido que los adquirirán en pleno dominio y con libertad de disponer; y la de que si el primer heredero fallece sin hijos, heredarán, en pleno dominio, unos sobrinos segundos del testador, es una institución condicional subordinada a que al fallecer el instituido en primer término deje o no hijos, y debe liquidarse aplicando la legislación que rija al cumplirse esa condición, es decir, cuando fallece el heredero primitivo y no cuando muere el testador.

Las tres cuestiones que se suscitan son: Primera, si a la adquisición de la herencia por los sobrinos segundos del testador, que fueron los herederos definitivos por haber muerto el primer instituido sin hijos, deben aplicarse los tipos de la tarifa vigente al fallecer el testador, o los que rigen al fallecer dicho heredero primitivo. Segunda, si procede o no exigir el impuesto sobre el caudal relicto al adquirir la herencia los sustitutos, en razón a que la creación de éste fué posterior a la muerte del testador; y tercera, si procede o no exigir el impuesto por retiros obreros por esa adquisición.

Primera cuestión.—El causante estableció una sustitución fideicomisaria condicional, llamando, en primer término, al heredero, pero con la obligación de conservar los bienes y entregarlos a sus hijos o a los demás herederos si aquél fallece sin sucesión, dependiendo por ello la transmisión de los bienes a los sustitutos de que el nombrado primero tenga o no descendencia; es doctrina del Tribunal Supremo (Sentencias de 25 de Marzo de 1913 y 15 de Noviembre de 1917) que la sustitución de una persona para cuando otra fallezca sin sucesión, es condicional, porque su efectividad depende del acontecimiento posible, futuro e incierto, previsto por el testador, de que el instituido no tenga descendencia al morir y, por tanto, no nace el derecho del sustituto, ni puede ejercitarlo conforme a los artículos 799 del Código civil y siguientes, hasta que el acontecimiento ocurra; fallecido, pues, el testador, bajo testamento en que se hallaba la aludida institución, los herederos sustitutos no adquirieron más que una expectativa de derecho, no un derecho firme, lo cual no se verificó hasta que murió sin descendientes el heredero primero instituido, no consolidando hasta entonces su derecho, ni realizándose hasta ese momento la transmisión efectiva y real de los bienes; fallecido, pues, el heredero primero en 1926, la tarifa y reglamento entonces vigente son los aplicables, y no los que regían al morir el testador, ya que de otra suerte se aplicaría una tarifa que perdió su vigor antes de adquirir su derecho los herederos sustitutos; éstos sostenían la tesis de que la tarifa aplicable era la que regía al morir el causante, porque el heredero tuvo su título en el acto de fallecer éste, aunque su efectividad se hallase en suspenso, siendo las de 1926 aplicables a los actos posteriores y no a los anteriores a esa fecha; pero estas razones han de ser desestimadas, porque según acuerdo del Tribunal Central de 16 de Marzo de 1926 (véase REVISTA CRÍTICA de 1926, página 762), y sentencia del Tribunal Supremo, que lo confirmó, de 15 de Noviembre de 1927, si bien el artículo 52, en armonía con el 637 del Código civil, dispone que los derechos a la sucesión se entienden transmitidos desde el día de la muerte del causante, tal precepto no se opone a la interpretación expuesta, ni contradice el principio general de la legislación fiscal, contenido en el artículo 14 y disposición transitoria, primera del Real decreto-ley de 17 de Abril de 1926, y 6 de la ley de 28 de Febrero

de 1927, de que es aplicable en cada caso la tarifa vigente en la fecha en que tuvo plena realidad jurídica el hecho originario de la transmisión; la disposición transitoria segunda de la ley de 28 de Febrero de 1927, invocada por el reclamante, referente a la fecha de presentación a liquidar de los actos anteriores a 1 de Mayo de 1926, carece de aplicación, porque se trata de un acto sujeto a condición, que se ha hecho efectivo, no antes, sino después de 1926 (aunque el causante muriera antes), y, además, falta el requisito esencial de que la legislación fiscal actual sea distinta de la anterior, pues según la Sentencia de 15 de Noviembre de 1927, aquélla ha ratificado a ésta.

Segunda cuestión.—El impuesto del caudal relicto se creó por el Real decreto-ley de 27 de Abril de 1926 incorporado a la ley de 28 de Febrero de 1927; la disposición transitoria tercera determina que aquél no será de aplicación a las disposiciones causadas antes de 1 de Mayo de 1926, cualquiera que sea la fecha de su presentación; causada, pues, la herencia en 1913, en que murió el causante, no es de exigir dicho impuesto. La transmisión en 1926 a los herederos sustitutos por muerte del primer instituido no está sujeta a dicho impuesto, porque se trata de segunda transmisión, y aun en el supuesto de que en 1913 (al morir el causante) hubiera existido aquél, esta segunda transmisión no sería acto sujeto, según el artículo 253 del reglamento de 26 de Marzo de 1927, según el cual, cuando el testador establece sustituciones, el impuesto sobre el caudal relicto sólo se exige al morir aquél, precepto aplicable a los fideicomisos y herencia reservable.

Tercera cuestión.—Creado el impuesto para retiros obreros por el artículo 17 de la ley de 26 de Julio de 1922 y reglamentado por el 49 del Real decreto de 21 de Septiembre de 1922, según aquél, se exigirá por las herencias causadas después de 1 de Agosto de 1922, y sobre las anteriores presentadas fuera de plazo (artículo 237 del actual Reglamento), es evidente que tal impuesto no es aplicable ni exigible a una herencia causada en 1913, y presentada en plazo oportuno (al cumplirse la condición, aunque por efecto del cumplimiento de ésta los bienes sean recibidos por los herederos sustitutos definitivos en 1926). (Acuerdo del Tribunal Central de 1 de Mayo de 1928.) 37.

XXXVIII

Procedimiento.—La petición de datos a un interesado por un liquidador no es acto susceptible de ser reclamado administrativamente; sólo procede la reclamación económicoadministrativa cuando se gire una liquidación o se imponga una sanción.

El interesado reclamó directamente al Tribunal Económicoadministrativo provincial contra el acuerdo del liquidador, en que le pedía la valoración de una casa comprendida en una declaración de obra nueva, de la que se pedía la inscripción en el Registro, alegando que tal acto no estaba sujeto al impuesto, y que no quería consentir una actuación que podía prejuzgar tal sujeción.

El Tribunal fija la doctrina expuesta.—Según el artículo 1.º del Reglamento de 29 de Julio de 1924, se han de ejercer con absoluta separación las funciones *de gestión*, de las *de reclamación*, correspondiendo aquéllas a la Administración activa y éstas a los Tribunales Económico-administrativos, en sus diferentes esferas.

Según el artículo 149 del Reglamento del impuesto de 26 de Marzo de 1927, es función privativa de los liquidadores el examen de los documentos y la calificación jurídico-fiscal de los actos o contratos que deban contribuir o que se hallen exentos, y en consecuencia de ello les corresponde practicar las liquidaciones oportunas sin que puedan ser prejuzgados éstas por los Tribunales Económicoadministrativos encargados de resolver las reclamaciones, por que a estos únicamente les incumbe modificar, anular o confirmar las liquidaciones ya practicadas si a ellos se acude mediante **reclamación económico-administrativa** o por virtud de la facultad revisora que incumbe a la Dirección de lo Contencioso; asimismo el artículo 124 del Reglamento del impuesto, otorga a los liquidadores la facultad de reclamar documentos de los interesados para realizar las liquidaciones y éstos se hallan obligados a presentarlos bajo las sanciones establecidas; cumplido ese precepto por el liquidador, reclamando el valor de los terrenos y edificios a que se refería la escritura de obra nueva, no tienen los contribuyentes derecho *a entablar recurso alguno* contra tal medida, que sólo procedería

en el caso de haberles impuesto una responsabilidad o una sanción expresa y determinada ; por el contrario, según el artículo 200, párrafo 2.º, del Reglamento citado, son reclamables ante el Tribunal Económico-administrativo competente, los actos administrativos de los liquidadores o Abogados del Estado, consistentes en las liquidaciones, imposición de multas o intereses de demora, comprobaciones o determinación de la base liquidable, precepto que, si bien es enunciativo y no limitativo, pudiendo comprenderse en él otros actos en que por circunstancias especiales o por la importancia y transcendencia del derecho discutido o del acuerdo previo a la liquidación o comprobación afecte intimamente al interés del particular, negándole un derecho o imponiéndole una obligación, es lo cierto que, mientras no concurren esas circunstancias hay que estimar que la providencia del liquidador al reclamar un documento, es de mero trámite y no constituye acto administrativo reclamable por no haberse llegado a girar la liquidación, a determinar la base liquidable ni a imponer una responsabilidad o sanción. (Acuerdo del Tribunal Central de 10 de Julio de 1928.) 108.

XXXIX

Comprobación. Es completamente reglamentario utilizar como medio de comprobación el precio con que figuran inscritas las fincas en el Registro de la Propiedad, pero no aceptado ese procedimiento por el interesado que pidió la tasación pericial, ha de realizarse ésta.

El liquidador no aceptó la capitalización del líquido imponible por ser muy bajo y fijó la base para liquidar por el señalado en la adjudicación de la finca inscrita en el Registro de la Propiedad a favor del causante ; los herederos impugnaron tal base alegando que la propiedad había sufrido depreciación, que la finca estaba ruinosa y que no se conformaban con la valoración expresada por exceder de la del líquido imponible, debiendo llegar, caso preciso, a la tasación pericial. *El Tribunal Central rechaza en parte y en parte admite el recurso.*

Según el artículo 74 del Reglamento de 1911 (aplicable al caso

aclarado por Real orden de 3 de Septiembre de 1921), no sólo es medio ordinario de comprobación el valor con que figuren en la última inscripción del Registro de la Propiedad, sino es obligatorio para los Registradores cuando se trate de fincas comprendidas en su Registro ; inscrita, pues, la finca en el Registro en que se practicó la liquidación por la nueva transmisión, inexcusablemente se había de señalar aquel valor ; pero no conformándose los interesados con él, es asimismo inexcusable acudir a la tasación pericial como medio extraordinario de comprobación, pues así lo preceptúa el artículo 75 en relación al 79 del mismo Reglamento, cuando lo piden los interesados. (Acuerdo del Tribunal Central de 10 de Julio de 1928.) 109.

XL

Personalidad de los liquidadores para reclamar. Competencia para liquidar. Aquellos la tienen para entablar reclamación si se anula indebidamente una liquidación por supuesta incompetencia del liquidador ; el liquidador del partido es competente para liquidar una partición de herencia hecha por el contador-partidor, adjudicando los bienes a los tres únicos herederos, en la que la mayor parte de los bienes radican en el partido, según la declaración del documento.

Muerto un causante se presentó la testamentaria a liquidar en una oficina de partido donde radicaba el mayor de los inmuebles hereditarios (el causante no había muerto allí) ; el liquidador estimó que tenía la competencia necesaria para liquidar y practicó las liquidaciones oportunas, previo los expedientes de comprobación que fué aprobado por la Abogacía del Estado. La Dirección de lo Contencioso declaró en 23 de Marzo de 1923 que la oficina liquidadora carecía de competencia para liquidar ; que la Abogacía del Estado debía ampliar el expediente de comprobación, y que el liquidador *debía devolver los honorarios percibidos que pertenecen al Tesoro público*. La Dirección se basó en que, según el artículo 28 del Reglamento de 1911, modificado por Real orden de 25 de Mayo de 1920, el liquidador era incompetente, pues el causante ni falleció dentro del partido ni el heredero era único ; que era un

error afirmar que las fincas radicaban en su mayor parte dentro del partido, atendiendo sólo al *valor declarado*, pues *el comprobado* demuestra que las mayores estaban fuera; y que habiendo errores en la capitalización de los valores extranjeros, rectificase la comprobación la Abogacía. Reclamó el liquidador, y el Tribunal de Hacienda le negó personalidad, e interpuesto *recurso contencioso-administrativo por el liquidador*, el *Tribunal Supremo* LE RECONOCE PERSONALIDAD, y revoca el fallo apelado.

Fundamentos.—Aprobadas la comprobación y la liquidación del liquidador por el Abogado del Estado, aquéllas se hicieron firmes, pues no reclamaron ni los interesados ni otro liquidador, según el artículo 99 del Reglamento, y por tanto la liquidación alcanzó plena eficacia para el Tesoro y para el liquidador.

El artículo 19 del Reglamento de 13 de Octubre de 1903—concordante con alguna variación con el 15, del de 29 de Julio de 1924—, determinan que pueden promover reclamaciones los interesados que están en pleno ejercicio de sus derechos civiles, y a tenor de este precepto, el liquidador ha de ser tenido como interesado y con derecho a ser parte en el expediente, puesto que, practicada la liquidación por él, en uso de las facultades que el Reglamento le reconoce, y devengados y percibidos los honorarios que en él se señalan, siendo esa liquidación reparada y dejada sin efecto por una supuesta incompetencia, es indudable que tiene personalidad y acción para impugnar la anulación sin que lo impida la relación de dependencia que por sus funciones de liquidador tenga con la Delegación de Hacienda y Dirección de lo Contencioso, por no podersele dar a tal dependencia un alcance que le prive de utilizar al liquidador los derechos que como tal le reconoce el Reglamento.

Las cuestiones de fondo, debatidas en el expediente son: 1.ª Aplicación del artículo 98 del Reglamento de 1911 y Real orden de 5 de Mayo de 1920 (artículo 104, número 5 del actual), referente a la competencia para liquidar y a la eficacia del documento descriptivo presentado al liquidador del partido, lo cual ha de estimarse en sentido afirmativo, ya que reúne todos los requisitos precisos por estar otorgado en el lugar de la presentación, estar firmado por el contador-partidor con facultades para ello y comprender todos los bienes de la herencia que se adjudicaba por terceras partes a los tres únicos herederos, y era por lo tanto una partición,

aunque se le llamase descriptivo de bienes, pues los documentos se les califica por su naturaleza, no por el nombre que se les da. 2.ª El valor de los bienes, para determinar la competencia, es el mayor que se obtenga por comprobación en los referentes al lugar de aquélla. 3.ª La vasijería fija de una bodega tiene carácter de inmueble, conforme al número 5.º del artículo 334 del Código civil, 45 del Reglamento y Sentencia de 11 de Abril de 1919. 6.ª Para determinar la competencia ha de apreciarse asimismo, según el artículo 82 del Reglamento del impuesto antiguo (88 del actual), el mayor valor entre el declarado y el comprobado, y siendo aquél superior en su partido, determinará que éste sea el competente.

Aparte de esto, la Dirección de lo Contencioso carece de facultades para iniciar y resolver de oficio competencias para liquidar entre liquidadores, pues sólo son de carácter general para la inspección de los servicios las que le asignan el artículo 131 del Reglamento del impuesto, 9 del Real decreto de 12 de Enero de 1915, 27 del Reglamento de 27 de Enero de 1920 y 30 de Abril de 1923, y lo único que puede es disponer que la oficina competente reclame los antecedentes para comprobar o liquidar o revisar la liquidación, promoviendo así la competencia, según resolvió la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Enero de 1920, pues de otro modo quedarán incumplidos los artículos 26, 64, 56, 59, 71, 73 y otros del Reglamento de 13 de Octubre de 1903; por los razonamientos indicados, la liquidación es firme, y salvo en aquellos *extremos en que hubiese perjuicio al Tesoro*, referente a capitalización de valores extranjeros u otros puntos que pueden ser rectificadas en la forma apuntada, debe prevalecer, y sin que ello altere la competencia para liquidar. (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Abril de 1927, *Gaceta* de 21 de Diciembre de 1918.)

XLI

Herencia. La liquidación de parte de una herencia que acrece a los coherederos (por haberse anulado, por sentencia firme, una hipoteca y venta que, infringiendo el testamento de la causante de quien proceden los bienes, realizó otro coheredero) ha de pagar por el parentesco entre la causante y los adquirentes, y

no a título oneroso, aun cuando el Tribunal ordenara a los adquirentes devolvieran al comprador, lo que éste había entregado al coheredero; no se trata de un retracto, ni de adjudicación para pago de deudas.

Caso.—Una testadora instituyó heredero a un sobrino, y para después de la muerte de éste, a los hijos del mismo sobrino, los cuales heredarían en la forma que dispusiera su padre, estableciendo aquélla la condición «*de que los sustitutos no podrían disponer de la herencia hasta cumplir los veinticinco años, y si alguno lo verificase, acrecerá su parte a los coherederos*». Uno de los sustitutos (a quien su padre transmitió al morir, en unión de sus hermanos, los bienes heredados de su tía) obtuvo, siendo menor de veinticinco años, un préstamo hipotecario, y vendió a carta de gracia su participación en las fincas adjudicadas a él; los coherederos consiguieron una sentencia judicial, por la cual se declaró: 1.º, que eran nulos los dos contratos de préstamo hipotecario y de venta a carta de gracia aludidos; 2.º, se dejó sin efecto el legado hecho a favor del heredero que los efectuó, por haber dispuesto aquél de los bienes antes de los veinticinco años, y su participación acreció a sus coherederos, conforme a lo dispuesto por la testadora; y 3.º, condenó al prestamista y comprador a que devolviese a los coherederos la participación que había comprado, y a estos últimos, a que le devolviesen a dicho prestamista el precio satisfecho. Presentada a liquidación, se giró por herencia, sobre la base del precio de la participación y por el tipo de 21 por 100, correspondiente al parentesco de los coherederos adquirentes con la testadora primitiva (su tía segunda). Los interesados pretendieron se liquidase como compraventa, por haber satisfecho el precio, o, en otro caso, que se aplicase el artículo 58 del Reglamento, referente a los retractos, o, finalmente, que fuese baja de la transmisión, como deuda, el precio abonado por la adquisición, según el artículo 101 del Reglamento.

El Tribunal Central rechaza la reclamación.

El título de adquisición por los coherederos es el testamento de la causante, con la condición, incluida en él y no cumplida por el coheredero, que por ello perdió su participación, y ésta acreció a los coherederos; tal fundamento fué el alegado en la demanda

y el adoptado para anular la venta por la Sentencia, la cual, en su parte dispositiva, declara que la participación acrecerá a los hermanos del menor de veinticinco años vendedor de la casa, *conforme* a lo dispuesto por la testadora; según el artículo 41 del Reglamento del impuesto, éste se exigirá en atencioón a la verdadera naturaleza del acto realizado, y definida la naturaleza del de que se trata en la Sentencia, a ella hay que atenerse; la obligación impuesta por la Sentencia de devolver el precio por los reclamantes, sea cualquiera su fundamento, no altera el título de adquisición que según la misma sentencia reconoce es el de herencia, ni convierte una adquisición a título lucrativo en otra a título oneroso ni es admisible que los derechos del Estado queden a merced de actos personales de los herederos; éstos tendrán, en todo caso, acción contra su hermano para recobrar el precio que abonan al comprador, y en ello nada tiene que ver la Hacienda; no es aplicable el artículo 58 del Reglamento por no tratarse de un retracto y por no poderse admitir otras exenciones que las reglamentarias; tampoco es admisible la invocación del artículo 101, ni la deducción de deuda del precio abonado o adjudicación para pago de deuda porque el título no es éste, sino el de herencia, y porque las deudas deducibles han de ser las que resulten contra el causante de la herencia, y aquí se trata de una obligación personal impuesta por sentencia a los coherederos adquirentes por consecuencia de actos realizados por su coheredero. (Acuerdo del Tribunal Central de 7 de Agosto de 1928.) 119.

XLII

Procedimiento. Presentada una instancia en plazo oportuno pidiendo el aplazamiento del ingreso de la liquidación practicada por no haber metálico en la herencia, debe resolverla, en pro o en contra, el Abogado del Estado, y no iniciarse el expediente de apremio, con imposición de multa, intereses de demora y gastos de procedimiento, todo lo cual es nulo en tanto no se resuelva aquella instancia.

La cuestión planteada es la que queda indicada en el epígrafe; la instancia que el interesado dirigió al Ministro de Hacienda protestando del apremio y exigiendo se le devolvieran las cantidades

por multa, demora y apremio, debía, en rigor, haber sido resuelta por el Delegado de Hacienda, según el artículo 137 de la Instrucción de 26 de Abril de 1900, pero, al efecto de evitar dilaciones, el Tribunal estudia el fondo del asunto constituido por el recurso de alzada interpuesto contra el fallo del Provincial, que negó dicha devolución; el artículo 133 del Reglamento del Impuesto autoriza a las Oficinas liquidadoras para aplazar por seis meses si en la herencia no hay inventariados metálico, muebles o valores de fácil realización y si se solicita antes de expirar el plazo reglamentario del pago; y según el 137 del mismo Reglamento, pedido el aplazamiento, se suspende el cobro del impuesto hasta la resolución de la solicitud, debiendo exigirse multa y demora si fuese denegada; acogido un contribuyente en tiempo y forma a esos preceptos, la Oficina liquidadora no podía abstenerse de resolver, en el sentido que creyera justo, a pretexto de que la petición ha de ir acompañada de las certificaciones a que se refiere el número segundo del artículo 135 del Reglamento de 26 de Marzo de 1927, porque tal artículo, base de la resolución del Tribunal Provincial, no es de aplicación al caso actual por referirse aquél al fraccionamiento del pago por anualidades, mientras el punto de que aquí se trata es el aplazamiento por seis meses, no pudiendo tampoco admitirse el criterio de que no se debió resolver la instancia ni siquiera negando la petición de aplazamiento, por no haberse aportado ciertos documentos, porque tal criterio pugna con las normas administrativas y mucho más habiendo un precepto según el que, solicitado el aplazamiento, se suspende el cobro hasta la resolución de la solicitud; iniciado, pues, el procedimiento de apremio antes de que surgiese la obligación de pagar el impuesto, por no haberse resuelto la instancia en que se pedía el aplazamiento, debe declararse la nulidad de todo lo actuado y la de las liquidaciones de multa y demora y dictarse por la Abogacía del Estado el acuerdo que proceda. (Acuerdo del Tribunal Central de 7 de Agosto de 1928.) 128.

GABRIEL MAÑUECO.

Abogado del Estado