

# REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

Año IV

Septiembre de 1928

Núm. 45

## Convenciones de no-responsabilidad <sup>(1)</sup>

### CAPITULO IV

#### *La cláusula de exoneración y el seguro de responsabilidad.*

1. En pro de la validez de la cláusula de no-responsabilidad se invoca, además de una razón histórica, un argumento de analogía. Este argumento fué esgrimido primeramente por De Courcy, el cual procuró mostrar que el principio de la responsabilidad personal había perdido su valor en Derecho moderno, por la práctica reiterada del contrato de seguro.

2. El seguro es un contrato que podemos definir con Ancey (2), diciendo que por él una de las partes, el asegurador, acepta de la otra, el asegurado, el riesgo del perjuicio eventual que pueda alcanzar a este último, en compensación de la entrega inmediata de una prima.

«El asegurador acepta un riesgo: él exige una prima.»

«La prima es el precio del riesgo.»

«Precio determinado por el grado de probabilidad y la extensión del daño posible.»

«La prima es el valor actual muy reducido de un daño no solamente futuro, mas incierto para cada caso particular.»

El contrato de seguro ha suscitado apasionadas controversias. Sus detractores lo presentan como nacido de un sentimiento de debilidad y únicamente conforme al egoísmo individual. Asegurar-

(1) Véanse los tres números anteriores.

(2) *Les assurances de responsabilités*. París, p. 26.

se, se dice, es prevenir, pero prevenir el descuido, la negligencia, la propia incuria; es disminuir la tensión vigilante del espíritu o, hablando a la manera de Arturo Mangin (1), adquirir el derecho de ser imprudente. También se imputa al seguro estimular el interés de la destrucción en el supuesto, harto probable, de que los bienes estén asegurados por un valor superior al efectivo.

Los partidarios de la institución la presentan, por contra, como protección al individuo. El daño, dicen, no se debe a la negligencia, sino al azar, a la actuación y concurso de fuerzas extrañas. En tal sentido, el seguro es un procedimiento para eludir las calamidades por una extensa repartición de daños, y uno de los más ardientes apologistas de la institución se expresa así: «El seguro, por su método, por los procedimientos científicos que emplea, por la idea fundamental que lo inspira, está llamado a realizar para una gran parte el ideal de la justicia conmutativa» (2).

Esta segunda opinión ha triunfado: el seguro ha adquirido una práctica extensa y hoy constituye un ideal social. Como dice García Goyena: «El seguro, con ser el último contrato que ha aparecido en la historia del Derecho, es hoy un poderoso instrumento, y sin él no sería posible la vida comercial y la vida social» (3).

3. Si la conveniencia del seguro se justifica por la fortitud de los siniestros, ¿puede el contrato proteger al asegurado de su propia culpa?

El principio de que el seguro cubre la culpa del asegurado, no fué admitido hasta mediados del siglo XIX. Siguiendo a Pothier, que decía que: «no se puede válidamente convenir con alguien que él se encargara de las culpas que yo cometiere, porque esto sería una convención que invitaría *ad delinquendum*» (4). La doctrina proclamó que el seguro no cubría las culpas. Esta era la opinión de Quesnault (5) y Toullier (6). Alauzet introdujo ya en la teoría importantes atenuaciones: admitiendo en principio la ilicitud de garantizar la negligencia del asegurado, él reconoce, sin em-

(1) *Econ. fr.* 10 julio 1886, p. 40.

(2) Chaufton, *Les assurances*, I, p. 306.

(3) V. Valverde, *Derecho civil*, III, p. 690.

(4) *Traité du contrat d'assurance*, núm. 65.

(5) *Traité des assurances terrestres*, núm. 63.

(6) *Droit civil*, XI, núm. 176.

bargo, que el asegurador debía necesariamente encargarse de las culpas en los accidentes que no son casi nunca casos fortuitos, como los incendios (1). Y como consecuencia de una consulta a Pardessu, la Corte de París admitió que el seguro cubre las culpas (1 Julio. S. 1845, 2, 465) (2).

En esta evolución, la teoría fué impulsada por la práctica. Las compañías de seguros, para extender sus operaciones, ofrecían a sus clientes contratos protegiéndoles de su culpa. En presencia de esta extensión del seguro, puede pensarse en el abandono definitivo de la noción objetiva de la *vis maior*. No se debe interpretar el seguro de la culpa en el sentido de que la institución protege de lo fortuito y de lo no fortuito, sino en la dirección de que por fortuito se extiende también el daño causado por una leve culpa. En efecto, como dice Exner: «Para los antiguos, el rayo era considerado como el tipo de la *vis maior*; nosotros lo hemos domado y lo hacemos trabajar en beneficio nuestro como si fuera un animal doméstico. Si el daño causado por el rayo hubiese de liberar de indemnización porque es el efecto de la fuerza natural eléctrica, debía, por consiguiente, ocurrir lo mismo con respecto al accidente causado en un ferrocarril, a consecuencia de una desviación accidental de la corriente eléctrica y del envío por esta causa de un telegrama truncado. La nieve y las heladas son fenómenos naturales; ¿debe por esto ser *vis maior* el hecho de helarse el aceite en una parte interior de la máquina, y, como consecuencia de esto, la detención del mecanismo, que ocasiona una desgracia? El término fuerza de la naturaleza, fenómeno natural, es, pues, insostenible como expresión técnica» (3). Síguese de aquí que la apreciación de las circunstancias del hecho considerado en sí mismo es insuficiente para determinar su carácter fortuito; imponiéndose, por tanto, para discernir la fortuitud de un siniestro, estudiarlo en relación con la conducta del agente.

El progreso ha actuado en un doble sentido: por una parte, ha reducido a límites estrechos la noción objetiva de la *vis maior*; por otro lado, él ha ampliado la noción de culpa. De ello se deduce que el seguro, para tener utilidad práctica, debe proteger al

(1) *Traité générale des assurances*, núms. 507 a 509.

(2) Boutaud, op. cit., núm. 58.

(3) *La Fuerza Mayor*. Madrid, 1905, p. 47.

asegurado contra sus propias culpas que no revistan caracteres de gravedad.

\* \* \*

4. De admitir que el seguro reparación puede cubrir la culpa del asegurado, excepto el dolo y la culpa lata, a admitir el seguro de responsabilidad, no hay mas que un paso. Admitiendo la reparación directa por el seguro de los daños causados al asegurado por su propia imprudencia, ¿por qué no admitir la reparación de los daños causados a los terceros y que debe él soportar como responsable?

5. El seguro de responsabilidad presenta particularidades suficientemente caracterizadas para poder ser considerado como una rama especial del seguro. En primer lugar, nos encontramos con que si el seguro reparación supone solamente dos personas: asegurador y asegurado, el seguro de responsabilidad exige tres: asegurador, asegurado y víctima. La intervención de esta tercera persona ofrece un interés excepcional, ¿qué es lo que garantiza el asegurador, la indemnidad al asegurado o la reparación a la víctima? Es decir, ¿el seguro de responsabilidad es una estipulación por otro? No, escribe Cadere; «el seguro no es estipulado en favor del tercero, víctima del accidente o del siniestro, sino únicamente con el fin de prevenir la acción de daños y perjuicios que este tercero podría intentar contra el asegurado, o más exactamente, con el fin de prevenir las consecuencias onerosas que esta acción podría tener sobre el patrimonio del asegurado» (1). Y más adelante, dice: «El asegurador estipula en su interés exclusivo; él es dueño de su contrato, que puede revocar cuando quiera, y el beneficiario de la indemnización del seguro no puede en ningún momento útilmente intervenir, como dice Labbé; el seguro no tiene por fin reparar una pérdida, porque la pérdida no es la causa jurídica de la deuda a que el asegurado está obligado... La causa verdadera es la entrega de las primas» (Nota. Req. 19 Enero 1890; S. 80. 1. 141) (2).

No sólo se diferencian el seguro reparación y el de responsabi-

(1) *Théorie et pratique de l'assurance de responsabilité*. París, 1923, página 9.

(2) Op. cit., p. 14.

lidad por la intervención necesaria en este último de una tercera persona. También debe advertirse que la determinación de los daños asegurados es más difícil en el seguro de responsabilidad; éste comprende todos los accidentes que puede causar una actividad, y, por consiguiente, la suma asegurada no representa la medida del siniestro, sino el límite máximo de la obligación del asegurador (1).

Finalmente, es digno de atención que en el seguro de responsabilidad, la fuerza mayor extingue la obligación del asegurador, contrariamente a lo que sucede en el seguro reparación.

Concluye Cadere que el seguro de responsabilidad se caracteriza netamente: por su carácter preventivo, por su extensión teóricamente ilimitada, por la presencia necesaria de tres personas interesadas, por la condición suspensiva de la intervención de un tercero lesionado, por la ausencia de acción directa y, en fin, por su carácter de universalidad que le permite aplicarse en todo dominio donde una cuestión de responsabilidad puede plantearse (2).

El seguro de responsabilidad ha recibido una extensa aplicación, y hoy desempeña una importante función económica y jurídica.

\* \* \*

6. Demostrado que el orden público no se opone a que uno se libere por convención de la responsabilidad por culpa de los dependientes y hasta de las propias culpas no intencionales, se pregunta: ¿por qué razón lo que se puede hacer indirectamente por el seguro, no se puede hacer directamente estipulando la irresponsabilidad con la persona misma con la cual se concluye el contrato? (3). «Es preciso, decía Labbé, establecer una asimilación completa entre los daños de cuya responsabilidad podemos liberarnos y los daños contra los cuales nos podemos asegurar» (4).

La cláusula de exoneración y el seguro de responsabilidad, ¿son instituciones idénticas? Si respondemos afirmativamente, será

(1) V. Cadere, op. cit, p. 10.

(2) Op. cit, p. 18.

(3) V. Danjon, *Droit Maritime*, II, p. 625. Rencker, *Non responsabilité conventionnelle*, p. 93, París, 1896.

(4) Nota a Sentencia 15 Marzo 1876. S. 76, I. 337.

preciso reconocer : o que la cláusula de exoneración debe ser declarada válida, o que el seguro de responsabilidad es ilícito por contener una cláusula de exoneración disfrazada. «Es preciso, escribe De Courcy, proscribir el seguro de responsabilidad, o es preciso reconocer que la exoneración de estas mismas culpas por otro contrato es lícito» (1).

Este argumento de analogía ha despertado viva inquietud entre los enemigos de las cláusulas de no-responsabilidad ; de aquí, que éstos se hayan apresurado a poner de manifiesto la diferencia entre las dos instituciones.

En primer lugar se ha dicho : la cláusula de no-responsabilidad constituye una ventaja gratuita para el deudor que la estipula en tanto que el seguro implica la obligación de pagar una prima (2). A esta objeción replican los partidarios de la analogía diciendo que el beneficio de la irresponsabilidad no se obtiene gratuitamente, sino a costa de una reducción de precios, reducción cuya realidad ha evidenciado Labbé, al decir : «que si a pesar de la competencia tan viva que se hacen los armadores y las compañías de navegación de todos los países ninguna ha intentado suprimir las cláusulas usuales de no-responsabilidad, es porque para hacerlo sin pérdida, los armadores debían elevar los precios del transporte de una manera sensible y muy perjudicial para el comercio» (3)

En segundo término, en contra de la analogía de las dos instituciones, ha sido sostenido por Thaller : «que no es exacto decir que el deudor se exonera de su responsabilidad asegurándola ; él la hace compartir a otras personas que se encuentran en el mismo caso que él : es un bello ejemplo de solidaridad» (4). Este argumento ha sido refutado por Danjon, «mostrando su inaplicabilidad a las sociedades a-prima fija» (5).

7. Los argumentos invocados en pro de la identidad de las dos instituciones son exactos pero unilaterales ; aprecian la licitud

(1) *Questions de Droit Maritime*. París, 1878, IV, p. 454.

(2) Desjardins, *Traité de Droit Commercial Maritime*. París, 1878-1890, II, núm. 276.

(3) *Ann. Dr. comm.*, I, p. 255. Cf. Danjon, op. cit., II, p. 635.

(4) Prefacio al libro de Boutaud, p. 6.

(5) Op. cit., tomo II, p. 637.

de la cláusula únicamente con relación al deudor ; ellos descuidan importantes aspectos del seguro. En primer lugar, la repartición de los riesgos : justamente hizo notar Thaller, en su ponencia sobre el libro de Boutaud, que : «los asegurados ponen en común sus riesgos : no se trata de un hombre estipulando con otro ; ellos son legión. Cuando el riesgo estalla, el daño se fracciona y su fraccionamiento lo hace inofensivo. Así es procurada la seguridad. Incluso cuando el seguro es explotado por una compañía, un fondo de mutualidad la penetra. La asociación y la noción corporativa vienen a corregir los excesos. Esta es la verdad económica. ¿ Es esta también la verdad jurídica ? El seguro exige hoy para su legalidad una reunión de riesgos, la pluralidad de asegurados en torno de un mismo asegurador, la aplicación de la ley del gran número, cuyas prescripciones otras veces han sido tan mal observadas » (1).

Pero, además, los partidarios de la analogía olvidan que, con relación al acreedor, los efectos de la cláusula y del seguro son sensiblemente diferentes. En tal sentido, podríamos decir, con Desjardins, que : «no hay ninguna semejanza entre las dos convenciones, porque el seguro, lejos de destruir la responsabilidad, implica la existencia y el funcionamiento, en tanto que la cláusula de irresponsabilidad suprime la responsabilidad » (2).

Finalmente, es oportuno consignar que, como dice Demogue, si se trata de una cláusula de no-responsabilidad, la víctima podrá aceptarla sin apreciar su importancia ; quizás ella le prestara poca atención o estará obligada a aceptarla si ella está contenida en un contrato de adhesión (3).

## CAPITULO V

### *Validez de la cláusula de no-responsabilidad : «Susu limites».*

1. Hemos examinado en el capítulo anterior el argumento de analogía invocado en favor de las cláusulas de no-responsabilidad. El resultado de su estudio ha sido, poco favorable a la pretendida

(1) V. Boutaud, op. cit., p. 210.

(2) Desjardins, II, núm. 276. Planiol, II, núm. 882.

(3) *Obligations*, V. p. 426.

equiparación entre la cláusula y el seguro; hay, en efecto, entre ambas instituciones diferencias suficientemente caracterizadas para poder justificar una diversa solución. Nuestra posición, contraria al argumento de analogía, no debe, sin embargo, situarnos entre los enemigos de la cláusula de exoneración; nosotros admitimos su validez, mas erigiendo en fundamento de nuestro sistema el argumento histórico, en virtud del cual puede demostrarse que los preceptos de los Códigos civiles son una traducción de los textos romanos precitados.

El argumento de analogía ofrece, en efecto, ciertas particularidades que debilitan su valor; es, podríamos decir, exageradamente polémico; esto es, revela un empeño tenaz de destruir las razones de los adversarios, pero sin plantearse el verdadero alcance, el contenido intrínseco del problema; más bien que de justificar la cláusula, se trata de refutar principios clásicos formulados por Pothier, y esto nos parece excesivo, tanto y más por creer que el propio Pothier puede servir de fundamento a la validez de la cláusula.

El argumento histórico posee, por contra, una desmesurada robustez: él muestra, en primer término, la posibilidad de exonerarse convencionalmente de la responsabilidad en Derecho romano; en segundo lugar, indica la razón de la flexibilidad de las normas que rigen la responsabilidad entre contratantes; y, finalmente, revela un punto esencialísimo, que es la suplantación del problema de la cláusula de no-responsabilidad por la cuestión más general de la *natura contractis*; este extremo encierra gran interés. En efecto, considerada la cláusula como una faceta del problema de la modificación del contrato por el pacto, los autores no se preocupan de su estudio especializado, por ser la licitud de aquélla un corolario de un principio general, y, por tanto, el problema se reduce a determinar si el Derecho moderno ha recibido o no la construcción de la *natura contractis*.

2. Para responder afirmativamente basta leer a Pothier, el cual, en su *Tratado de las Obligaciones* (1), escribe: que se deben distinguir en un contrato los elementos esenciales, los naturales y los accidentales. «Las cosas que son de esencia al contrato, son

(1) V. Ed. española. Barcelona, I, núm. 3.



aquellas sin las cuales el contrato no puede subsistir. En faltando una de ellas, ya no hay contrato, o bien es otra especie de contrato.

Por ejemplo, es esencial en el contrato de venta que exista una cosa que haya sido vendida, y que haya un precio por el cual haya sido vendida...

«Las cosas que sólo son de la naturaleza de contrato, son aquellas que, sin ser de la esencia del contrato, forman parte del mismo, bien que las partes contratantes no se hayan convenido sobre dichas cosas, esto es, sobre si quedan comprendidas en el contrato o sobreentendidas, teniendo en cuenta que son de la naturaleza del contrato.

Estas cosas ocupan el punto medio entre las cosas que son de esencia del contrato y aquellas que son accidentales al contrato.

Difieren de las cosas que son de la esencia del contrato, en que el contrato puede subsistir sin ellas, y en que pueden ser excluidas del contrato por convenio entre las partes; y difieren de las cosas accidentales al contrato, en que forman parte del contrato sin haber sido expresamente convenidas, que es lo que explicaremos con ejemplos. En el contrato de venta, la obligación de garantía que el vendedor contrae con el comprador, es de la naturaleza del contrato de venta, por cuanto el vendedor contrae al vender esta obligación para con el comprador, bien que las partes contratantes no se hayan explicado sobre el mismo y que no se haya dicho una sola palabra acerca del particular en el contrato; mas siendo esta obligación de la naturaleza y no de la esencia del contrato de venta, el contrato de venta puede subsistir sin esta obligación; y si por el contrato se ha convenido que el vendedor no viene obligado a dar garantía de la cosa vendida, el convenio será válido, y el contrato no dejará de ser un verdadero contrato de venta por más que el vendedor no venga obligado a salir garante de la cosa vendida.

Es de la naturaleza del contrato de préstamo a uso, el que la persona que ha pedido prestado sea responsable de la más ligera falta cometida vis a vis de la cosa que le ha sido prestada. Esta obligación la contrata con el que presta por la naturaleza misma del contrato, y sin que las partes se hayan explicado al contratar; mas como esta obligación de la naturaleza se puede excluirla por

una cláusula del contrato y convenir que el que recibe la cosa prestada queda obligado solamente por su buena fe a la conservación de la cosa, no siendo responsable de los accidentes que acaezcan por su negligencia, pero sin malicia...

Se pueden presentar infinidad de otros ejemplos sobre las diferentes especies de contratos (1).

Las cosas que son accidentales al contrato son aquellas que no siendo de la naturaleza del contrato, sólo mediante una cláusula especial vienen contenidas en el mismo.

Por ejemplo, el plazo concedido en el contrato para el pago de la cosa o de la suma debida» (2).

3. Leyendo los párrafos transcritos de Pothier, que dan la impresión de que traduce literalmente a Schneidewini, no se comprende cómo ha podido encontrarse en las opiniones del ilustre civilista francés uno de los más firmes apoyos de la doctrina negativa de la validez de las cláusulas de no-responsabilidad. Acaso al formular la doctrina de los elementos de los contratos no se percibieron bien las consecuencias que ella implicaba, quizás se hizo una labor pasiva y poco consciente, pero es lo cierto que el propio Pothier declara que la responsabilidad forma parte de la naturaleza del contrato y, por tanto, que el convenio que la excluya será perfectamente válido.

Lo acaecido fué que las cláusulas de no-responsabilidad tenían escasa aplicación, y cuando a mediados del siglo XIX ellas comenzaron a insertarse en los contratos, los juristas las recibieron como una novedad; y la novedad existía en efecto, pero no en el fondo de la cláusula misma como entidad jurídica autónoma, sino en la naturaleza de los contratos donde prácticamente se insertaban —contratos de adhesión—. La naturaleza especial de estos contratos hacía temer el predominio abusivo de una de las partes; por otro lado, se estimaba asimismo que la no-responsabilidad en los transportes amenazaba la seguridad del comercio; y, cosa singular, en vez de proclamar la ineficacia de las cláusulas por un imperativo de capacidad, o por la lesión que tales convenios representaban de intereses generales, todos los esfuerzos de la doctrina

(1) Núm. 7, op. cit.

(2) Núm. 8, op. cit.

se enderezan a demostrar la inmoralidad de exonerarse de la culpa. Confundiendo así la culpa moral y la jurídica y desconociendo que la doctrina sustentada se hallaba en contradicción no sólo con los textos de Derecho romano, sino también con los preceptos de los Códigos civiles.

4. En efecto, con arreglo al Código civil, la responsabilidad contractual depende en su grado y extensión de la voluntad de las partes; diversos artículos pueden citarse en apoyo de esta opinión: en primer lugar, el artículo 1.091, admitiendo el principio de la autonomía de la voluntad, permite a las partes determinar como ellas quieran los efectos de sus convenciones; en segundo término, el artículo 1.104 prevé una responsabilidad más o menos extensa, según las diferentes obligaciones; y, finalmente, el artículo 1.105 reconoce que, en virtud de la convención, puede asumirse la responsabilidad por caso fortuito.

Además de la modificación que resulta de la declaración expresa de la voluntad de las partes, puede la responsabilidad venir acentuada, sea mediante modificaciones en el contrato, que, como dice Chironi (1), implican por disposición legal tal aumento—estimación, ej.: artículo 1.745 C. c.—, sea mediante un hecho al cual el obligado ha dado causa—mora, artículo 1.100 C. c.

Por último, puede invocarse la validez de la cláusula penal, que permite a los interesados tasar previamente la cuantía de la indemnización—artículos 1.152-1.153 C. c.—, en virtud de cuyo argumento, la cláusula de exoneración adopta la figura jurídica de una cláusula penal mínima.

Concluimos, pues, que la cláusula de no-responsabilidad es en sí misma un convenio jurídico perfectamente válido, y, por tanto, deberá reconocerse su licitud si en el caso singular en que se aplique concurren los requisitos que exige toda convención: capacidad, consentimiento, objeto y causa.

5. De la misma suerte que en el Derecho romano, las cláusulas de no-responsabilidad tienen en el Derecho actual el límite de dolo: la renuncia de la acción para hacer efectivo el dolo es nula, preceptúa el artículo 1.102 del Código civil.

Los tratadistas justifican la ineficacia de los convenios de ex-

(1) V. Chironi, *Colpa Contrattuale*. Torino, 1894, p. 95.

oneración del dolo por una razón de orden público; Clemente de Diego dice que «renunciar a la acción para reclamar el dolo, tanto valdría como autorizar la mala fe y el fraude en las relaciones sociales, con lo que desaparecería la seguridad en el trato y en las relaciones de la vida» (1); en el mismo sentido escribe Chironi: «ser muy contrario a la moral pública que la intención depravada de cometer un daño tenga, con la seguridad de la impunidad, una doble excitación para determinarse» (2); y de esta luminosa manera de pensar participan Planiol (3), Lomonaco (4), Pothier (5), Thaller (6), Larombiere (7); Demogue (8), etc., etc.

6. Esta solución clásica, que parecía inalterable, ha sido combatida por Grandmoulin, quien, fundándose en que el propietario de una cosa tiene un derecho de disposición absoluta que puede conceder a un tercero en todo o en parte, ha sostenido (9) «ser posible estipular la irresponsabilidad por la inejecución, sea involuntaria, sea dolosa, de una obligación legal o contractual relativa a los bienes», y, por consiguiente, «si yo estipulo que no seré responsable si me asalta la ocurrencia de lanzar mi jauría en el parque o en las cosechas de mi vecino (con el cual yo he contratado), mi convención será válida...» «Para que exista el dolo es preciso que haya engaño; y bien, ¿dónde está el dolo?, ¿quien engaña o es engañado? La cláusula de no-responsabilidad suprime el dolo o lo hace imposible.»

El sistema propuesto por Grandmoulin no resiste un atento examen; decir que la cláusula de no-responsabilidad del dolo suprime el engaño, es evidente, pero también es cierto que el dolo implica algo más que la ciencia; él entraña también una violación, un fraude de la ley. La conducta dolosa no sólo está en oposición con los intereses patrimoniales de la parte lesionada, ella ataca

(1) *Derecho civil*, IV, p. 58.

(2) *Colpa Contrattuale*, núm. 296.

(3) *Droit civil*, II, núm. 244, y *Rev. crit.*, 1888, p. 285.

(4) *Obligazioni*, I, p. 151 y sigs.

(5) *Obligaciones*, I, p. 32 y sigs.

(6) *An. Dr. Com.*, I, p. 126.

(7) *Théorie et pratique des obligations* sobre el art. 1.137, núm. 13.

(8) *Obligations*, V, núm. 1.192.

(9) *V. Nature delictuelle de la responsabilité par violation des obligations contractuelles*. Rennes, 1891, p. 65-68.

el orden jurídico, porque es una violación consciente de la buena fe, y ésta es reputada indispensable para la seguridad de las relaciones sociales. En tal sentido, podríamos decir que el dolo está fuera del contrato; «es en sí un generador de obligaciones distinto de la convención», observa Sainctelette (1).

Tampoco el fundamento de que arranca Grandmoulin puede estimarse más seguro; sostener que la renuncia del dolo opera una transformación en el estado de los derechos, una especie de desmembración de la propiedad, en virtud de la cual un tercero asume facultades de dueño, es desconocer que las convenciones deben ser racionales y no pueden crear situaciones contradictorias y derechos incompatibles; como decía Sainctelette, «no se puede a la vez querer y no querer, vender y no vender, servir y traicionar» (2). ¿Qué efectividad tiene el vínculo obligatorio, si el deudor puede violarlo impunemente y con mala fe? ¿Qué queda, por ejemplo, de un contrato de depósito en el que la devolución de la cosa depositada depende de la voluntad del depositario? Una autorización semejante implica algo más que una renuncia del dolo: entraña el decaimiento y la insubsistencia del contrato mismo. Por otra parte, como observa certeramente Boutaud, llevando la teoría de Grandmoulin a sus últimas consecuencias, sería preciso reconocer que toda enajenación contiene una cláusula de no responsabilidad del dolo, lo que es evidentemente absurdo (3).

7. Bien que Boutaud oponga a Grandmoulin un reparo tan gentilmente concebido; es notoria la influencia que en el autor primeramente citado ha ejercido el segundo. Reconociendo Boutaud que las cláusulas de exoneración del dolo no se hallan en oposición con el orden público, ha intentado dar de la nulidad de aquéllas una explicación más precisa: la renuncia del dolo es nula porque, en virtud de ella, queda el deudor libre de cumplir sus obligaciones, implicando tal facultad una violación del artículo 1.174 (Código civil francés), que dispone: «Toda obligación es nula cuando, en virtud de ella, queda el deudor libre de cumplir o no sus obligaciones» (4).

Esta construcción es verdaderamente sugestiva, y ella ha con-

(1) Op. cit., pág. 34.

(2) Op. cit., pág. 19.

(3) Op. cit., núm. 128.

(4) Op. cit., núm. 128.

quistado la adhesión de autores tan ilustres como Colin y Capitain (1). La explicación propuesta por Boutaud oculta, sin embargo, una doble confusión; en tal sentido, ha dicho Danjon ciertamente que «una cláusula de un contrato es cosa distinta de una condición, sin lo que todos los contratos serían condicionales, y la nulidad de la cláusula es otra cosa que la nulidad del contrato todo entero». La aplicación del artículo 1.174 entrañaría la nulidad del contrato mismo, en tanto que aquí la validez del contrato no es ni puede ser puesta en duda.

«Además, la explicación propuesta por Boutaud no se aplica más que a las cláusulas de irresponsabilidad insertadas en los contratos; ella dejaría sin solución la cuestión semejante a la cual dan lugar las convenciones extracontractuales de no-responsabilidad del dolo» (2).

8. Observando que si los autores están divididos sobre los motivos de la prohibición de la renuncia del dolo, la admiten todos, exceptuando a Grandmoulin, podría creerse ociosa la justificación teórica del imperativo legal; sin embargo, de la posición que se adopte sobre la *ratio juris* del precepto, depende una serie de consecuencias importantes que afectan en primer término a la posibilidad de exonerarse de la culpa lata.

Mas, ante todo, ¿en qué consiste la culpa lata? Esta es una cuestión de orden general que ya dividía a los romanistas. En Derecho moderno, algunos autores se niegan a admitir la existencia de la culpa lata, por la imposibilidad de dar de ella una noción precisa. «La variedad infinita de las especies—ha dicho Labbé—frustra la previsión, escapa a la inflexibilidad de las reglas trazadas previamente» (3). «La culpa lata—escribe Thaller—es una noción fugitiva, de cuyo comentario debemos librarnos de una vez» (4).

Sin embargo, bien que ella sea difícil de definir, la culpa lata puede presentarse en algunos supuestos; así, en el caso presentado generalmente como ejemplo, del fumador que deja su pipa encendida sobre un barril de pólvora, es tan singularmente grave

(1) *Droit*, II, p. 12-13.

(2) *Op. cit.*, II, p. 683.

(3) Nota. Cass. 15 Marzo 1876. S. 7-6, J. 337.

(4) *An. Dr. Com.*, I, p. 256.

la culpa, que exige un tratamiento distinto del de las culpas ligeras.

Ahora bien, la culpa lata, ¿debe ser asimiliada al dolo? En Derecho romano, la culpa lata era equiparada al dolo; así se desprende de numerosos textos citados en otro lugar. En el Derecho moderno, la mayor parte de los tratadistas y la jurisprudencia mantienen la solución romana. Sin embargo, no debe interpretarse esta equiparación como identidad de naturaleza: «La culpa lata tiene un contenido muy distinto del dolo, no pudiéndose en ningún caso confundirse la voluntad maligna con la negligencia, aunque ésta sea gravísima» (1).

9. ¿Debemos extender a la culpa lata la prohibición de estipular la irresponsabilidad que pesa sobre el dolo? Aquí es donde entra en juego la justificación teórica del imperativo legal; si la renuncia del dolo se prohíbe únicamente por la condición potestativa que encierra, la licitud del convenio que excluya la prestación de la culpa lata nos parece evidente. Si, por contra, fundamos la ineficacia de la exoneración convencional del dolo en una razón de orden público, la renuncia de la culpa lata será asimismo nula, porque el orden público tampoco puede tolerar la no prestación de aquel «mínimum de atención y de cuidado que debemos a las personas y cosas de nuestros semejantes».

Reconociendo Boutaud que el lógico desenvolvimiento de su sistema conduce a afirmar la posibilidad de exonerarse de la culpa lata, ha imaginado un ingenioso medio de coordinar el fundamento de su teoría con la prohibición de la irresponsabilidad convencional de la culpa lata: «El deudor que estipula que él no deberá daños y perjuicios incluso por las culpas latas que podrá cometer en la ejecución de su contrato, queda obligado. Su responsabilidad es reducida, pero la ejecución de su obligación puede ser perseguida en justicia. No le estará permitido cumplir la prestación prometida de una manera extravagante, porque, como ha escrito M. Desjardins, la extravagancia de un hombre sano de espíritu sería una culpa intencional, y las partes no han querido ni podido querer más que la exoneración de las culpas no intencionales» (2). Es decir, la gravedad de una culpa hace presumir el dolo,

(1) Chironi, *Colpa Contrattuale*, núm. 296.

(2) V. op. cit., núm. 129.

no teniendo la víctima necesidad de demostrar la mala fe de su adversario, porque por ello no serían sus derechos aumentados.

Bien que nosotros admiremos el ingenio y la sutileza jurídica desplegados por Boutaud, fundamos la nulidad de la exoneración de la culpa lata, en un motivo substantivo y propio, a saber : Que el orden público no puede contemplar impasible la inhibición de aquella diligencia mínima que el respeto de la persona del co-contratante y la conservación económica de los bienes exigen.

FAUSTO VICENTE GELLA

Abogado (1).

(1) Concluirá el capítulo V en el número siguiente.



# La cédula hipotecaria en Alemania

La promoción, desarrollo y movilización del crédito territorial, no constituyen el único fin de la hipoteca, puesto que hay algunas, como ocurre en las legales, que nada tienen que ver con él; pero si no el único, es su principal fin. El crédito territorial, es cosa que han tenido delante de los ojos todos los tratadistas y legisladores, como finalidad principal del derecho real de hipoteca.

Ahora bien, la hipoteca no es más que un instrumento que sirve este fin, de modo más o menos perfecto, según la perfección del instrumento mismo. Con una hipoteca simplista, cuya constitución y transmisión está gravada con gastos e impuestos desconsiderados, es inútil pensar en el crédito territorial, si no es dentro de un campo relativamente reducido. Toca a las legislaciones resolver el problema, regulando el derecho real de hipoteca, haciéndolo flexible, creando los patrones convenientes para que las necesidades del tráfico tengan solución apropiada en cada caso, aspirando al ideal de que cada propietario tenga siempre disponible un crédito proporcionado al valor de su propiedad.

La legislación alemana, aparte de regular diferentes clases de responsabilidad real, procura resolver el problema de la movilización del crédito territorial, entre otros medios, por medio de la cédula hipotecaria, que será objeto de este breve trabajo.

La cédula hipotecaria (Hypothekenbrief) obedece a la idea de presentar unidas en un documento la deuda y la responsabilidad hipotecaria. Tal documento es un instrumento de crédito, porque da a su legítimo poseedor el derecho de exigir una cantidad cierta y determinada y el de hacer efectiva la responsabilidad hipoteca-

ria, aunque dicho poseedor no esté inscrito en el Registro como titular; y de esta manera el crédito hipotecario adquiere toda la flexibilidad y facilidad de difusión de cosa mueble.

Como esa es la facilidad que requiere el tráfico; como que conviene al deudor, puesto que al facilitar el crédito aumenta las disponibilidades de su patrimonio, así como al acreedor a quien facilita la efectividad y cesión de su crédito, la cual es prácticamente la posibilidad de hacerlo efectivo; los autores del Código civil de Alemania, procuraron aplicar la cédula hipotecaria a todas las formas de responsabilidad reguladas en él, menos a la hipoteca de seguridad (párrafo 1.185), ya que ésta asegura muchas veces una obligación eventual o poco fija cuya existencia no prueba la inscripción. Un crédito hipotecario de esta índole no es propio para la cesión, finalidad importante de la cédula hipotecaria, porque el cesionario se podría encontrar con una hipoteca sin deuda, o con deuda indeterminada, que no puede servir de base fija para su transmisión.

La hipoteca con cédula es la forma general de la hipoteca ordinaria en Alemania, que supone la garantía real de una obligación efectiva y determinada en sus elementos personales y objetivos, y de un importe en dinero también determinado.

También es la forma general de la deuda y la renta territorial (Grundschild y Rentenschuld), porque aunque estas formas de responsabilidad real no garantizan ninguna obligación personal, suponen un crédito real y efectivo, de cuantía e importes determinados.

Sin embargo, entre la cédula de la hipoteca ordinaria de una parte y la cédula de Grundschild y Rentenschuld por otra, existen notables diferencias que aconsejan la conveniencia de tratar separadamente una de otra, procurando hacer resaltar sus diferencias más salientes; limitando su estudio, que la índole de este trabajo exige sea breve, a su naturaleza, transmisión y pignoración.

Respecto de la hipoteca ordinaria, que desde ahora llamaré sencillamente hipoteca, en oposición a la deuda y renta territorial (Grundschild y Rentenschuld), aceptando la técnica del Código civil de Alemania, el primer proyecto de éste establecía como regla general la hipoteca sin cédula; en la redacción definitiva se estableció lo contrario, es decir, que la exclusión de la cédula es la

excepción. La hipoteca de cédula se llama Briefhypothek y Verkehrhypothek; esto último quiere decir hipoteca de tráfico, por la aptitud que tiene para el mismo. La exclusión de la cédula tiene que ser pactada de un modo expreso e inscrito este pacto en el Registro; cuando esto ocurre, la hipoteca se llama hipoteca de libro (Buchhypothek). También puede pactarse la exclusión de la cédula después de expedida, con el consentimiento de los usufructuarios y acreedores reales, si los hubiere, quedando de esta manera transformada la hipoteca de cédula en hipoteca de libro.

En la hipoteca de libro, el acreedor adquiere la hipoteca desde que se inscribe, pues la inscripción en esta clase de hipotecas establece la presunción de que existe el crédito, para cuya seguridad se constituyó aquélla. En la hipoteca de cédula, el acreedor no adquiere la hipoteca hasta que le ha sido entregada la cédula; mientras tanto, pertenece al propietario del inmueble, aunque esté inscrita a nombre del acreedor.

La entrega de la cédula se regula según lo dispuesto acerca de la tradición en la adquisición de la propiedad de cosas muebles (párrafo 1.117 del Código civil de Alemania). Si el adquirente está ya en posesión de cédula, basta el acuerdo de la transmisión de propiedad de la misma; basta también para los efectos de la entrega, la adquisición de la posesión mediata, o la cesión de la acción para la restitución de la cédula cuando ésta se encuentra en posesión de un tercero. También puede sustituir la entrega material de la cédula, la estipulación según la cual, el acreedor queda con el derecho de obtenerla directamente del encargado del Registro.

Como ocurre en la hipoteca española, la hipoteca alemana de libro no protege al propietario del inmueble contra el tercero a quien el acreedor ha cedido el crédito hipotecario después de inscrita la hipoteca y antes de que el hipotecante haya recibido el importe del mismo; si bien en Alemania este puede pedir una anotación (Widerspruch) para salvaguardar su derecho. En la hipoteca de cédula este peligro no existe, pues el acreedor no puede ceder la hipoteca aunque esté inscrita a su nombre, mientras no reciba la cédula y no tiene derecho a recibirla hasta que no entrega el dinero. A su vez, el acreedor queda libre del peligro que implica el que el deudor, después de recibir el dinero y antes de que la hipoteca

se inscriba, constituya e inscriba una hipoteca a favor de otro con la apelación consiguiente, o venda la finca libre de cargas; esto no puede ocurrir porque el acreedor no entrega o no debe entregar el dinero al deudor, hasta después de inscrita la hipoteca contra la entrega de la cédula.

La cédula es expedida por el encargado del Registro y excepcionalmente por un Juez o un Notario, cuando se trata de una hipoteca parcial (*Teilhypothek*). La cédula es entregada al hipotecante, a no ser que se pacte sea entregada inmediatamente el acreedor. Este último está indicado para el caso que el acreedor haya entregado el dinero antes de expedir la cédula. Para el mismo caso puede el acreedor asegurar la entrega de ésta por medio de una anotación (*Vormerkung*).

Cuando el deudor devuelve la cantidad asegurada por la hipoteca, tiene derecho a exigir la devolución de la cédula contra el pago; y si éste es parcial, o el acreedor renuncia a una parte del crédito, a exigir la anotación de este pago o renuncia parcial en la misma cédula y la presentación de ésta en el Registro para la rectificación del mismo, para su cancelación parcial, o para la constitución de una hipoteca parcial.

En general no puede realizarse una inscripción posterior en el Registro, sin que la cédula sea presentada en el mismo para su anotación en aquélla, pues el sistema referente a la cédula en Alemania, fracasa si el contenido del Registro no está conforme con el de la cédula. En caso de contradicción, el Registro prevalece, pues la cédula es dependiente del mismo. Sin embargo, cuando el contenido del Registro es inexacto y esa inexactitud resulta de la cédula, ésta rompe la fe pública de aquél (párrafo 1.140, Código civil de Alemania).

Esto se entiende sin perjuicio de lo que ocurre en la cesión del crédito hipotecario sin inscribirla en el Registro, en las condiciones que luego se explicarán (párrafo 1.155), pues entonces el cesionario prevalece sobre el acreedor que figura en la inscripción.

El ejercicio del derecho de hipoteca, depende, en general, de la posesión legal de la cédula (párrafo 1.160, C. c. de Alemania), pues aquélla no puede hacerse efectiva y el propietario del inmueble puede rechazar todo requerimiento o notificación del acreedor si éste no presenta la cédula. Si se destruye o extravía, puede ser

declarada sin fuerza legal, o expedida otra nueva, previo un procedimiento de edictos.

La cédula hipotecaria es indivisible en la hipoteca aunque grave un inmueble perteneciente a varios propietarios o a varios inmuebles pertenecientes a uno sólo, a no ser que las fincas gravadas pertenezcan a Registros diferentes, en cuyo caso, el encargado de cada Registro debe librar una cédula. Si un acreedor tiene sobre un inmueble hipotecas de igual rango y de rango inmediatamente sucesivo, puede solicitar la expedición de una sola cédula que comprenda todas las hipotecas, con aprobación del propietario del inmueble gravado.

Entre la hipoteca de cédula y la hipoteca en garantía de títulos a la orden o al portador, existe una fundamental diferencia, que hacen resaltar todos los autores alemanes. Esta última es una hipoteca de seguridad necesaria, es decir, que aunque los interesados quieran darle otro carácter, la ley lo impide. La primera, es sabido, tiene una naturaleza distinta. Todo ello es consecuencia de la naturaleza diferente de la cédula hipotecaria, y los otros títulos garantizados necesariamente por la hipoteca de seguridad.

En efecto, la cédula hipotecaria es un documento dependiente del Registro; si la hipoteca se extingue o desaparece, aquella viene a quedar sin fuerza ni valor alguno. Solamente, mientras la hipoteca existe, es la cédula su portadora jurídica para los efectos del tráfico. Los títulos a la orden o al portador de la hipoteca de seguridad, son documentos independientes del Registro; si la hipoteca desaparece por nulidad, desaparición del inmueble gravado, etc., aquéllos no desaparecen ni quedan sin fuerza, sino que continúan en la plenitud de sus efectos jurídicos, por lo que hace a la obligación en ellos contenida, aunque la garantía real haya desaparecido.

Además de esta diferencia, que estimo fundamental, hay otras, muchas de las cuales son mero corolario de aquella. La cédula hipotecaria es expedida por el encargado del Registro; los otros títulos, por el deudor. La primera es un título nominativo; los segundos, pueden ser a la orden o al portador, nunca nominativos. La cédula hipotecaria es una para cada hipoteca, y a veces una para varias hipotecas, según se dijo antes; lo general, cuando se trata de los otros títulos, es que sean varios, a veces centena-

res, garantizados por una sola hipoteca. La anotación que en la cédula hipotecaria se verifica de inscripciones posteriores con el sello y firma del encargado del Registro, no se hace, ni es prácticamente posible hacerlo con los otros títulos. Y aun se podrían hacer resaltar otras diferencias.

La transmisión de la cédula es la parte más interesante de su estudio, al menos prácticamente, ya que toda su ordenación en las leyes alemanas va principalmente dirigida a facilitar su cesión en beneficio del tráfico.

Ante todo, hay que notar, por lo que choca con la legislación española, que no es necesaria la inscripción en el Registro de la cesión del crédito hipotecario, que en esta clase de hipotecas es inseparable de la hipoteca misma.

Son requisitos necesarios para la transmisión del crédito hipotecario: Primero. La transmisión de la cédula, poniendo en posesión de ella al cesionario. Segunda. Una declaración de cesión por escrito, o negocio jurídico a ella equiparable.

La razón del primer requisito, fácilmente se comprende, teniendo en cuenta lo que llevamos dicho. Sin la posesión de la cédula no se pueden ejercitar, hablando en general, los derechos que se derivan de la hipoteca. Pero también hay que tener en cuenta que el Código civil de Alemania no exige la posesión rigurosa material de la cédula, hasta la posesión mediata o la cesión del derecho que el cedente tenga a la entrega de la misma contra el encargado del Registro o un tercero; por eso no se requiere una serie no interrumpida de transmisiones de la cédula con el rigor con que se exige la serie no interrumpida de declaraciones de cesión para que ésta produzca los máximos efectos que la ley atribuye.

En cuanto al segundo requisito, o sea la declaración de cesión, ésta ha de ser siempre por escrito, y *puede ser simple o autorizada*.

La simple puede ser sustituida por la inscripción en el Registro, y de ella trata especialmente el párrafo 1.154 del Código civil de Alemania. La simple declaración de cesión del crédito por escrito acompañada de la posesión de la cédula, transmite ésta y la hipoteca; pero el propietario del inmueble hipotecado puede rechazar todo requerimiento del cesionario, si éste no figura como titular en el Registro. También puede oponerle todas las excepciones que el demandado tuviera contra los cedentes del actor has-

ta tanto llene los requisitos determinados en el párrafo 1.155 del mismo Código, que seguidamente examinaremos, o realice a su nombre la inscripción. Por ello, esta forma de cesión no conviene sino para créditos de corta vida, de los que se prevé que no han de ser objeto de tráfico complicado, y en los que se cuenta de antemano con la buena voluntad del deudor.

Naturalmente, que la ley había de ofrecer un medio de transmitir el crédito hipotecario más eficaz y seguro que el que se acaba de exponer, y esto lo realiza cumplidamente en el párrafo 1.155, donde con pocas palabras regula un procedimiento de cesión que permite, de un modo amplio, incorporar al tráfico las cédulas hipotecarias con pocas exigencias y gastos para los cesionarios, y al mismo tiempo asegurándoles todas las ventajas que la garantía hipotecaria ofrece.

Los requisitos que el párrafo 1.155 del Código civil de Alemania exige para la transmisión del crédito hipotecario son:

1.º Posesión de la cédula.

2.º Declaración de cesión *públicamente autorizada*. A ella se equiparan: una decisión judicial de transmisión, o un reconocimiento autorizado de una transmisión del crédito verificado por ministerio de la ley.

3.º Serie no interrumpida de declaraciones de cesión públicamente autorizadas (o decisiones judiciales o reconocimientos de transmisión por ministerio de la ley), hasta un acreedor inscrito.

Explicemos estos requisitos, largamente discutidos por los tratadistas alemanes, pasando por alto la posesión de la cédula ya indicada como exigencia general y, por tanto, empezando por el segundo, o sea la declaración de cesión o medios que a ella se equiparan.

Esta ha de ser públicamente autorizada, a diferencia de la cesión privada de que trata el párrafo 1.154 del Código civil de Alemania, de que antes nos ocupamos. La forma de la autorización pública de cesión consiste en la intervención de un juez o de un notario, en la forma que determinan las disposiciones legales alemanas, cuyo detalle no creo de importancia. Aquéllas ofrecen medios diferentes con ligeras exigencias, como por ejemplo, una especie de autenticación de firmas parecida a nuestra legaliza-

ción. Quien se ha comprometido a la cesión de un crédito hipotecario puede ser obligado por medio de una demanda judicial a rendir la declaración de cesión. Si es condenado, vale la sentencia como declaración de cesión públicamente autorizada en todos sus efectos.

Uno de los medios equiparables a la declaración de cesión autorizada es la decisión o declaración judicial de transmisión del crédito hipotecario. Ello supone una transmisión puesta en tela de juicio y, por consiguiente, ya realizada cuando recae la decisión judicial. Se equipara a la declaración una decisión judicial de adjudicación en pago. No iguala en sus efectos una orden judicial de adjudicación para pago. Fuchs dice que en este caso no se separa el crédito del patrimonio del actual acreedor. Tampoco vale para los efectos de cesión autorizada la adjudicación judicial en procedimientos de juicio ejecutivo (*Zwangsvollstreckung*).

El segundo medio que el párrafo 1.155 considera como equiparable a la declaración de cesión autorizada, es el reconocimiento autorizado de una transmisión del crédito hipotecario verificada por ministerio de la ley. Muy discutida ha sido la manera cómo debía entenderse este reconocimiento. Schweitzer, seguido de otros distinguidos juristas, como Brachvogel y Pedrari, interpretan este inciso del párrafo 1.155, en el sentido de ser suficiente la demostración documental de los hechos que en virtud de la ley producen la transmisión del crédito hipotecario. Para Schweitzer, la mención que dicho párrafo hace de la declaración de cesión unida a la tenencia de la carta, significa que la ley quiere ahorrar al acreedor la prueba del contrato de cesión y la entrega de la cédula. «Cuando se demuestran cumplidamente, dice, los hechos en virtud de los cuales se verifica la transmisión, fuerza de la ley, esta transmisión no necesita ser mencionada expresamente.» La opinión reinante, ateniéndose más a la letra de la ley, considera necesario el reconocimiento explícito, por parte del acreedor, de haberse verificado la transmisión del crédito hipotecario en virtud de esos hechos.

La opinión de Schweitzer y sus partidarios es más favorable para el libre juego del tráfico, porque soluciona sin dificultad los casos en que la transmisión del crédito está demostrada; pero el transmitente no puede reconocerlo, por no existir o ser descono-



cido; así en las transmisiones *mortis causa* de créditos hipotecarios.

El tercer requisito que exige la transmisión del crédito hipotecario cuando se verifica según lo dispuesto por el párrafo 1.155, es una serie no interrumpida de declaraciones de cesión autorizadas, o medios equiparables, hasta un acreedor inscrito en el Registro.

La opinión predominante interpreta restrictivamente todas las prescripciones del párrafo 1.155, por estar afectado con ellas un principio tan importante como la fe pública del Registro, como luego se dirá. Según dicha opinión, por serie no interrumpida de transmisiones debe entenderse que las mismas se correspondan de tal manera que la persona que aparezca cedente o transmitente en una de ellas sea siempre la cesionaria en la anterior, y que todas las transmisiones o cesiones se correspondan de este modo sin interrupción hasta encontrar a un acreedor inscrito en el Registro.

Nuevamente surge aquí la cuestión de la transmisión *mortis causa* de los créditos hipotecarios, o sea, si la declaración de cesión o reconocimiento de transmisión hecha por el heredero de un acreedor será igual a la que el causante hubiere hecho para los efectos de dar o no por interrumpida la serie, o rota la cadena necesaria para que se produzcan los peculiares efectos señalados en el párrafo que examinamos. La teoría de Schweitzer lógicamente resuelve la cuestión en el sentido de que la serie de cesiones no puede darse por interrumpida por la que realiza el heredero del acreedor. Wolff intenta solucionar el problema, ateniéndose a la conocida teoría de la representación del causante, aplicando la cual, la cesión o reconocimiento del heredero se entendería realizada por aquél y, por consiguiente, no interrumpiría la serie de transmisiones. Pero esta solución es, naturalmente, rechazada por los numerosos autores que no están conformes con la teoría de la representación.

El efecto de la transmisión del crédito hipotecario, cumpliendo los requisitos señalados en el párrafo 1.155 del Código civil de Alemania, es importantísimo. Consiste en proteger al adquirente con la fe pública del Registro (párrafos 891 al 899), como si fuera un acreedor inscrito en el mismo, aunque no lo está, según

antes se dijo; pues la transmisión no necesita ser inscrita. Se trata, por consiguiente, de la extensión de la fe pública del Registro a quien no figura en la inscripción.

Esto constituye una excepción al principio de publicidad, sumamente extensa, pues no hay que olvidar que la hipoteca con cédula es el caso general. No es de criticar por eso la ordenación alemana de la hipoteca, puesto que dicha excepción no produce ningún inconveniente, sino que favorece al tráfico y desenvolvimiento del crédito inmobiliario.

Puesto que la cédula hipotecaria, aunque representa un derecho real sobre un inmueble, es un título de valor que lleva incorporado un derecho, se desenvuelve en el amplio y fácil campo correspondiente a las cosas muebles, y por ello, al utilizarlo el acreedor hipotecario como fuente de nuevos créditos, no necesita acudir a la subhipoteca, sino a la simple pignoración de la cédula, mucho más fácil y menos costosa que aquélla, en su constitución y realización.

La pignoración de la cédula hipotecaria se realiza conforme a las reglas que el Código civil de Alemania contiene para la prenda en los derechos. Singularmente, es importante para el caso la contenida en el párrafo 1.274 de este cuerpo legal, que determina que la constitución del derecho de prenda en un derecho se rige por los preceptos que regulan la transmisión del mismo.

Según ello, la pignoración de la cédula hipotecaria puede realizarse de tres maneras:

- a) Por una declaración de pignoración por *escrito privado*.
- b) Por una declaración de pignoración por *escrito autorizado*.
- c) Por la inscripción de la pignoración en el Registro.

Todas las formas de pignoración requieren la entrega de la cédula, cuya entrega tiene el carácter del traspaso de la posesión, necesaria en toda prenda regular y, por tanto, se rige por los preceptos que regulan la posesión en la prenda y no por lo que afectan al paso de la posesión cuando se trata de cesión de la propiedad del crédito hipotecario incorporado a la cédula (1.117).

Para los efectos de la pignoración basta la posesión mediata y la notificación al deudor, o la *traditio brevi manu*, o la constitución de una posesión conjunta con el acreedor pignorante.

te; ejemplo: el estar guardada en caja con llave común o depositada en un guardador común.

Para comprender los derechos del acreedor prendario o pignoraticio hay que considerar que en este caso existen dos créditos: el primitivo asegurado con la hipoteca y el asegurado con la prenda. Este descansa en aquél. A estos dos créditos corresponden dos acreedores: el hipotecario y el pignoraticio. Aquél es el deudor de éste.

Hasta que tiene lugar el vencimiento del crédito asegurado con la prenda, se establece una relación jurídica de comunidad entre el acreedor hipotecario y el pignoraticio. El deudor hipotecario debe hacer los pagos a que venga obligado a ambos acreedores, entenderse con ambos las notificaciones y consignar al requerimiento de cualquiera de los acreedores. Los dos están obligados a cooperar al cobro cuando ocurra el vencimiento del crédito hipotecario y asegurar las cantidades cobradas.

Después que ocurre el vencimiento del crédito asegurado con la prenda, el acreedor prendario puede exigir del hipotecario la aprobación del levantamiento del depósito de las cantidades cobradas antes del vencimiento y a denunciar y cobrar por sí solo el crédito asegurado por la hipoteca cuando éste sea vencido; pero solamente en la cantidad que sea necesaria para el pago del crédito pignoraticio. El deudor hipotecario debe pagar solamente al acreedor pignoraticio. También puede el acreedor pignoraticio, después del vencimiento de su crédito, exigir del acreedor hipotecario la cesión de la cédula hipotecaria en lugar de pago. Esta cesión es alcanzada de un modo inmediato si el acreedor pignoraticio tiene un título ejecutivo; si no lo tiene, puede alcanzar esta cesión por medio de una demanda.

Lo que va dicho de la cédula hipotecaria se refiere, como ya indiqué, a la hipoteca. Procuraremos ahora hacer resaltar las notas características más salientes de la cédula de la deuda territorial y de la renta territorial (*Grundschild* y *Rentenschuld*), nombrando solamente la primera, pues todo lo que se diga de ella es aplicable a la segunda.

El primer proyecto del Código civil de Alemania no admitía la cédula aplicable a la *Grundschild*, como no la admitía tampoco, según antes se dijo, en la hipoteca ordinaria. Fué aceptada por la

segunda comisión (párrafo 1.195) como sustitución de la cédula susceptible de ser transmitida en blanco, permitida por la ley prusiana de 5 de Mayo de 1872.

La constitución de una deuda territorial o Grundschild, sin cédula, requiere el acuerdo entre el propietario del inmueble y adquirente de la Grundschild y, además, la inscripción en el Registro. Para la constitución de una deuda territorial con cédula, basta la declaración unilateral del propietario ante el Registrador, expresando que constituye una Grundschild en favor del portador de la cédula, y la inscripción de esta declaración en el Registro. Aquí surge la primera diferencia con la hipoteca ordinaria con cédula, pues ésta se constituye inscribiéndola a nombre de una persona determinada.

El portador de la cédula es acreedor tan pronto como la recibe.

La cédula de la Grundschild es emitida, como la de la hipoteca, por el encargado del Registro. A diferencia de ésta, en la Grundschild pueden ser emitidas muchas cédulas para una sola finca. Han de estar firmadas por el encargado del Registro, permitiéndose, cuando son muchas, estampar las firmas por medios mecánicos.

Las cédulas de la Grundschild se emiten siempre al portador, nunca a la orden, si bien pueden transformarse en nominativas. Como valores al portador están sometidas a las reglas de éstos: es aplicable a ellas, por lo tanto, el nombramiento de un Treuhänder, y necesita ser aprobada su emisión por la autoridad competente.

Las principales diferencias entre la cédula de la hipoteca y las de la Grundschild nacen de emitirse aquélla siempre nominativa y éstas al portador, diferencias que no son otras, en fondo, que las que separan los títulos nominativos de los emitidos al portador. Las cédulas de la Grundschild anudan todos sus efectos legales a la tenencia de las mismas; la de la hipoteca anuda, en general, todos sus efectos legales a su posesión; y sabido es el distinto concepto de la tenencia y de la posesión. La posesión de la cédula de la hipoteca se rige por el párrafo 1.117 del Código civil de Alemania, según arriba se indicó; nada de lo dispuesto en dicho párrafo tiene aplicación a la cédula al portador. El tenedor de ésta, habiéndola adquirido legalmente, tiene acción con-

tra el propietario de un inmueble gravado con una Grundschild, aunque la cédula haya sido robada o perdida, o puesta en circulación contra la voluntad de éste, o aunque la cédula haya sido entregada después que el propietario ha fallecido o caído en incapacidad.

Las cédulas extraviadas o destruídas pueden ser declaradas sin fuerza legal por medio de un procedimiento de edictos.

También difieren las excepciones que el propietario del inmueble puede oponer al acreedor en la hipoteca y en la Grundschild con cédula. En ésta no puede oponer otras que las que se refieren a la validez de la emisión de las mismas y las que de un modo inmediato tenga contra el portador.

Por la misma razón de estar extendida al portador la cédula de la Grundschild se aproxima mucho más que la de la hipoteca a los títulos garantizados por la hipoteca de seguridad (párrafos 1.187 y siguientes del Código civil de Alemania). Sirve parecidos fines a los de esta última hipoteca, diferenciándose de ella en cuanto a su finalidad práctica, como expresan Föster y Turnau, en que la Grundschild está indicada para los casos en los que el propietario del inmueble no quiere comprometerse con todos sus bienes, sino que quiere limitar su responsabilidad al inmueble gravado.

A pesar del parecido que la cédula de la Grundschild tiene con los títulos a la orden y al portador garantizados con la hipoteca de seguridad, no puede confundirse con ellos. Subsiste siempre la diferencia esencial entre la cédula hipotecaria de cualquiera clase que sea y los otros títulos, diferencia que se indicó antes, a saber: la cédula es dependiente del Registro, aunque sea una cédula al portador, solamente obliga si tiene como fundamento una inscripción; si la hipoteca desaparece, la cédula queda sin ningún valor. Aparte de ello, la cédula de la Grundschild se emite siempre al portador. Los títulos garantizados por una hipoteca de seguridad pueden ser al portador o a la orden. La cédula de la Grundschild, como la de la hipoteca ordinaria, se emite siempre por el encargado del Registro; aquéllos se emiten siempre por el deudor; la hipoteca de seguridad se constituye en garantía de los mismos, o sea de la obligación que llevan incorporada, mientras que en ningún caso puede decirse que la hipoteca

teca o la Grundschild se constituya en garantía de la cédula, porque ésta es una representación de ellas mientras subsiste.

La transmisión del crédito representado por la Grundschild se realiza por medio de la simple entrega de la cédula. No tienen, por consiguiente, ninguna aplicación las reglas contenidas en los párrafos 1.154 y 1.155, que antes se explicaron, y que regulan el procedimiento de transmisión del crédito hipotecario en la hipoteca de cédula.

A la pignoración, así como a la transmisión de la cédula de la Grundschild, le son aplicables las reglas relativas a los títulos al portador. Según ello, su pignoración se rige por las reglas que regulan la prenda en cosa mueble (párrafo 1.293). Basta, por consiguiente, para su constitución, la entrega de la cédula y el acuerdo de que el derecho de prenda pertenece al acreedor pignoraticio.

Los derechos que éste tiene cuando su crédito no ha vencido, difieren de los que en el mismo caso corresponden al acreedor pignoraticio en la cédula de la hipoteca. El de la Grundschild está facultado para cobrarla o, en su caso, denunciarla, aunque su crédito esté pendiente de vencimiento; pero como para cobrar el capital de la Grundschild tiene que entregar la cédula al recibir la cantidad, deducen varios autores que la posesión de la misma tiene que ser inmediata y exclusiva en poder del acreedor pignoraticio, cosa que no ocurre en la pignoración de la cédula de la hipoteca, en la que se admite la posesión mediata y la coposesión, según antes se dijo. Sobre este último punto, o sea sobre la necesidad de una posesión inmediata y exclusiva en la Grundschild al portador, no hay unanimidad de pareceres. Está conforme sobre ello Foster y Turnau y difieren, entre otros, Fuchs y Planck.

Tales son, trazadas en rasgos generales, las características que se me antojan más salientes de la cédula hipotecaria en Alemania.

MARIANO RIBO

Notario.

# La cesión del arrendamiento y el problema de su realidad

Se habla de subarriendo y de cesión del arrendamiento, y esos dos vocablos, confundidos corrientemente en el lenguaje vulgar y hasta en el jurídico, han hecho que al tomarlos extensivamente por aquello de que la palabra hace a la cosa, nos han dado dos categorías de conceptos aceptados como axiomáticos por la mayoría de los juristas, y ante los que se impone una revisión histórica y técnica de los mismos.

Rindiendo un tributo a Troplong, a quien Colin y Capitant califican de paradójico, creemos, como aquél, que en el estudio y análisis del arrendamiento ha imperado siempre la rutina, y que asombra cómo se ha resistido siempre por la técnica jurídica la aceptación de consecuencias inexcusables de premisas que son verdaderos postulados de la locación. Y si en el terreno dogmático la investigación ha dado tan pobres resultados, no digamos nada de la exégesis producida frente a los textos positivos, donde la interpretación que algún escritor (1) ha llamado microscópica, con un espíritu escolástico, ha impedido la predisposición del ánimo a estudios de más alta envergadura que, cuando menos, no dejen al descubierto, al lograr sus conclusiones, la contradicción más evidente con la naturaleza jurídica de las instituciones que trata de explicar y aclarar.

Se habría adoptado un sentimiento antihistórico (terminología de Heusler) si el Código civil español no hubiera traído, por lo menos, la posibilidad de subarrendar por parte del arrendatario.

En Derecho Romano se aceptaba, desde luego, el subarrien-

(1) Nicolás Alcalá, *Revista Der. Privado*. 1915, núm. 18, pág. 96. Nota bibliográfica.

do (1). «No está prohibido, dice Windscheid (2), al arrendatario arrendar ulteriormente la cosa en cuanto con ello no choque contra una expresa disposición del contrato o contra el espíritu del mismo, espíritu que lo avalora como la justa interpretación del contrato hecha de buena fe y sin que, por vía de ese arrendamiento ulterior, se altere cosa alguna de la relación jurídica primitiva—entre arrendador y arrendatario—, ni se establezca vínculo alguno de derecho entre arrendador y subarrendatario.»

El subarriendo se aplicó en el primitivo Derecho Romano sólo a los arrendamientos de casas; más tarde, se generaliza. La cesión encontraba obstáculos en los modos conocidos entonces para transferir las obligaciones, incompatibles para concebirla como hoy, o sea como una venta de crédito; Pothier, después de decir que el derecho del arrendatario es un derecho de crédito (?), afirma que pasa a su heredero como todos los demás créditos, y saca una consecuencia: este derecho se puede ceder a un tercero, lo mismo que hemos visto que por una venta los créditos se ceden a los terceros; la doctrina francesa, en este punto representada por Pothier, se rectifica a sí mismo, ya que antes había dicho que, según la sutileza del derecho, éste no puede ser cedido; Brodeau y Domat le siguen, e igual Bourjon, y el paradójico (?) Troplong resulta más lógico y consecuente que Pothier, pues que si le acompaña en la incesibilidad de los derechos, no se contradice a renglón seguido, sin que necesite configurar la cesión del arrendamiento como venta de crédito, ya que para él es notoria la realidad de este instituto jurídico.

La ley 27, tít. XXXII de la Partida tercera, permitió al que tenía el derecho de morada, arrendar la habitación de que podía disfrutar; una facultad parecida establece el Auto 6.º, cap. III, título XXI, lib. IV de la Recopilación; pero Carlos IV, en 1792 (3), la ley de 8 de Junio de 1813 y el Real decreto de 6 de Septiembre de 1836, declararon que el arrendamiento no podía, sin consentimien-

(1) L. 6 C. h. t., 1,30, 1,58, pr. 1,60 pr. D. h. t., cfr. 1,13, § últ. D. de usufr., 7. 1.

(2) *Il Diritto delle Pandette*, trad. italiana con notas de Fadda y Bensa, y continuada por el Prof. Bonfante y el Abog. Maroi, 1925, Torino, vol. II, página 547.

(3) Ley 8.ª, tít. X, lib. X de la Nov. Recopilación.



to (1) del dueño, subarrendar en todo o en parte las cosas arrendadas, y nuestro Código civil restablece el principio jurídico del Derecho Romano en el artículo 1.550, pero no llega como su antecedente obligado, el Código Napoleónico, a permitir (tampoco la prohíbe) y distinguir la cesión y el subarriendo en lo que vamos a detenernos.

El artículo 10 del Proyecto de Código civil francés aceptaba y separaba claramente la cesión del subarriendo, pero la Corte de Casación a la que fué sometido su estudio se opuso por considerar el arrendamiento un contrato personal, una estipulación *intuitu personae*; aceptar solución opuesta sería contrariar la voluntad del arrendador que sólo quiso contratar con determinada persona; sin embargo el artículo 1.717 del Código civil francés acepta y sanciona la distinción notada permitiendo expresamente la cesión y el subarriendo.

Veamos como se ha formado esta teoría: Emile L'Hommée (2) realiza una disertación sobre el particular, que no deja de ser interesante. Sobre la base del artículo 1.717 se ha dicho: puesto que el texto prevé dos operaciones, es que en realidad así se darán con caracteres diferentes, de lo contrario no tendría explicación el por qué el Código emplea dos expresiones distintas; la cesión es más grave que el subarriendo a los ojos del legislador y no hay más remedio que darles naturaleza diferente.

Esto no sólo tiene importancia teórica, sino práctica, pues a la cesión habrá que aplicar las reglas de la venta y de la cesión de créditos, en tanto que las reglas del contrato de arrendamiento deben ser aplicables al subarriendo. La doctrina moderna así ha establecido las diferencias entre las dos categorías jurídicas; la cesión es una venta; el subarriendo es un arrendamiento; Guillaouard dice: la cesión constituye la venta de un crédito, la enajenación en provecho del cesionario del derecho personal que había nacido para el cedente del contrato de arriendo primitivo; las relaciones que esta operación hará nacer entre el arrendatario y el que le sustituye quieren ser las relaciones ordinarias de un cedente y un cesio-

(1) Según S. 10 Oct. 1865, el consentimiento podía darse con aprobación tácita.

(2) De la cession de bail.

nario, de un vendedor a un comprador ; igual tesis mantienen Colin y Capitant, Marcadé y Baudry-Lacantinerie.

Los antiguos jurisconsultos emplean las palabras, pero no vieron más que una sola operación que se llama cesión cuando se refiere a la totalidad de los bienes arrendados, y subarriendo, cuando a una parte ; así Pothier y Ferrier y Bourjon.

Así, pues, ¿el Código civil francés realizó una verdadera revolución introduciendo un principio nuevo? ; para esto, parece que hubiera hecho falta una discusión ardiente, o cuando menos, afirmaciones precisas y formales, pero no ; el solo orador que tomó la palabra sobre el artículo 1.717, Galli, se limita en la exposición de motivos a repetir la tradición, la ley romana ; en ningún momento señala que la palabra ceder haya cambiado de sentido. El Código ha seguido la tradición del principio de la transmisibilidad del derecho de goce por la vía del subarriendo total o parcial ; si se objeta que el Código francés hace una graduación y que por tanto es necesario admitir una diferencia de naturaleza entre las dos operaciones, se puede contestar que esa graduación se explica mejor con la teoría tradicional ; pues que ¿no es más grave el subarriendo total que el subarriendo en parte y así se ve más patente con dichas expresiones?

Además, la gravedad debe mirarse del lado del arrendador ; tanto en la cesión como en el subarriendo, el arrendatario cesa de gozar por el mismo, e idéntica es su postura, y las diferencias a quien afectan especialmente, es a las relaciones del arrendatario con el cesionario. Sólo, en un punto, la situación del arrendador es distinta en la cesión y en el subarriendo ; el cesionario tiene una acción contra él, pero tratándose de tercero no hace más que ejercer la acción del cedente ; de otra parte el arrendador adquiere una acción contra el cesionario que viene a añadirse a la que ya tenía contra el cedente.

Así, pues, esa teoría reposa sobre una falsa interpretación del artículo 1.717 y sobre un error histórico ; nació con Merlin, pero hoy resulta inútil, pues siendo como es el arrendamiento un derecho de crédito—dice L'Hommée—y éste enajenable, no hacía falta un artículo especial que consagrara la posibilidad de su cesión.

El Código Civil francés no se preocupa ya más de regular la cesión y no se habrían olvidado los redactores del mismo si hu-

bieran querido crear un nuevo género de transmisión ; así Laurent, que es opuesto a esa teoría, dice que, el artículo 1.717 después de haber enunciado el principio de la libertad de subarrendar y ceder, indica a título de excepción, que esta facultad puede ser prohibida en todo o en parte y hay que admitir que debe haber una cierta correspondencia entre la excepción y la regla para llegar a considerar que el primer párrafo se refiere a la misma operación, sea sobre una parte, sea sobre el todo. En verdad que no sabemos por qué se ha dudado sobre la inclusión de la cesión en las facultades del arrendatario, y el silencio del artículo 1.550 de nuestro Código sobre este punto no es una laguna difícil de llenar con cualquiera calificación que de la naturaleza jurídica del arrendamiento se haga.

Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes si no se hubiere pactado lo contrario (artículo 1.112), y si en el desmoronamiento general, que de la institución de la novación ha consagrado el Código Civil alemán—como dice nuestro Clemente de Diego—pueden distinguirse varias etapas ; para nuestro respecto de ahora nos basta con que el Código Civil español represente de ellas la de confundir la subrogación de acreedor con la cesión de crédito y aceptar ésta en el capítulo VII, título IV, libro IV del mismo, llegando a decir sinónimamente, venta o cesión de un crédito (artículo 1.528), y a usar de las palabras vendedor y comprador en otros artículos del mismo capítulo.

El argumento básico y tradicional puede partir de la imposibilidad de liberarse el cedente, arrendatario, de las obligaciones (deudas), que le imponen el contrato primitivo ; no hay sucesión o transmisión de deudas a título singular en el sistema del Código Civil español ; sin embargo, preguntémonos también como el maestro Clemente de Diego (1): el articulado del Código Civil, su sistema, sus declaraciones, ¿ofrecerán para esta institución—sucesión en las deudas a título singular—la propia resistencia y los propios inconvenientes que sus similares el francés y el italiano ? ; creemos también, como el citado maestro, que no ; si nuestro sistema representa aquella etapa, señalada antes en el desmorona-

(1) Transmisión de obligaciones, etc. Madrid, 1912.

miento de la novación, ¿por qué no aproximar también la novación de deudor a la sucesión o cesión de deuda?

Pero prescindamos de esta consideración optimista y dejemos el argumento en su pristina condición, que aunque a primera vista representaría un alegato de cierta fuerza contra los autores que le han dado categoría de derecho personal, no puede alarmar, por manera alguna, a los propugnadores de la tesis de la realidad del arrendamiento y vemos así que el usufructuario, por ejemplo, con todo el peso del artículo 498 y sus complicaciones, que no vamos a tratar ahora, puede perfectamente enajenar su derecho de usufructo (artículo 480).

Ligado por la doctrina el concepto del derecho real a la noción en revisión actual del derecho subjetivo, resultaría un alarde inconsistente el pretender dar una conceptualización clara y precisa de aquella categoría, y como dice Bonfante (1), cuando en un determinado sistema y en un determinado momento prevalece una construcción jurídica, nosotros no podemos dejar de tenerla en cuenta y arbitrariamente separarnos de ella para la investigación propuesta, y así nosotros nos limitaremos a destacar los dos matices que la doctrina ha considerado prevalentes en el estudio del derecho real para practicar una confrontación de los mismos en el instituto jurídico que nos ocupa y que permita sostener la realidad del mismo.

La inmediatez y lo absoluto: he aquí las piedras de toque.

La idea de potestad inmediata sobre la cosa es antiquísima; así Feltmann (2) escribe que, en el derecho real, *ea res ipsi homini obnoxia et subdita*; Sohm, en sus *Instituciones* (3), dice que derecho sobre la cosa o derecho real es aquel derecho privado que atribuye un derecho de inmediata señoría sobre una cosa de frente a cada uno. Pacifici-Mazzoni (4) define el derecho real como aquel que confiere sobre una cosa una potestad directa e inmediata sin ningún intermediario, y de ser el derecho real un poder inmediato, dicho escritor hace derivar el carácter absoluto del mismo, esto es, su

(1) Notas de Pietro Bonfante y de Fulvio Maroi, al libro II de las *Pandectas* de Windscheid, pág. 89. Torino, 1926.

(2) *Tractatus de jure in re ad rem*, 1666, pág. 121.

(3) *Inst.* 47, pág. 217, cuarta edic. 1889.

(4) *Inst.* I, págs. 514, 515.

existencia de frente a todos y no sólo a alguna determinada persona; igual sentido en Chironi, Cogliolo, Ronga, Dalloz, Demolombe, Laurent, etc.

Pues este carácter de la inmediatividad se ha negado que concurra en el arrendamiento; así, Scialoja, Polacco, Viti, nuestro mismo Castan, etc.

Polacco (1) hace notar que falta la característica esencial del derecho real, el ejercicio inmediato sobre la cosa sin intermediarios; en el arrendamiento es continua la intervención del arrendador, tenido de hacer gozar la cosa en una cadena no interrumpida de prestaciones de goce de persona a persona, renovándose de momento a momento.

Viti apunta más aún y escribe (2) que en el arrendamiento todo se limita a hacer gozar una determinada cosa sin que nada se conceda de aquello que entra en la disponibilidad de la cosa—pensamiento que se halla recogido por nuestra Jurisprudencia (3)—; el derecho por su naturaleza permanece personal porque no se determina por la cosa, sino por sus frutos, y la cosa entra sólo como un medio; he aquí que ella no entra en el poder inmediato y directo como en la propiedad.

Sin duda alguna, que todos estos juristas no se han adentrado mucho en el análisis del derecho real y seguramente se habrán visto constreñidos por aquellos dos obstáculos que representan de una parte el efecto cómico que experimenten esos escritores al solo pensamiento de una resurrección feudal y medieval, y de otro lado, la idea para ellos axiomática, según la cual, se ejerce siempre necesariamente por modo directo y sin ningún intermediario (4), que les ha llevado a la imposibilidad dogmática de concebir los derechos reales *in faciendo* idea a la cual vamos a referirnos.

El concepto típico del derecho real lleva un simple deber general en todos de respetar aquel derecho; pero con la elaboración de los derechos reales fraccionarios que van limitando la propiedad—dice Wendt—se infiltra al menos de hecho una relatividad y una relación personal más estricta en la teoría del derecho de cosas; y

(1) *Riv. Ital.*, IV, 417, cit. por Bonfante, ob. cit., pág. 119.

(2) *Comm. sistem.* I, p. 407.

(3) S. 13 Junio 1915.

(4) Ver *Le Droit reel. Rigaud, tesse.*

esta relatividad asume una forma bien clara ; el titular en puridad, puede volver contra la cosa para hacer valer su derecho, pero el contenido de todo ello es algo positivo, una prestación que evidentemente la cosa no puede realizar, sino sólo la persona que está en relación con ella.

El derecho real fraccionario lleva en sí un concepto de relatividad que quita mucha parte de verdad a la afirmación de que el intermedio de una persona no es necesario en el derecho real ; el derecho fraccionario se concibe como una disminución del complejo de facultades constitutivas del dominio : la propiedad nos da el estado natural de la cosa ligada, como decía Dernburg (1), por un vínculo invisible al sujeto del derecho, destinada a llenar sus necesidades, pero sin que ello implique idea alguna de servicio ; es el estado natural de la cosa y más aún, según la frase de Hölder : la cosa es la ampliación de la persona del propietario.

El derecho fraccionario, el estado de servicio en la cosa, empieza cuando, destacando alguna de las facultades del *dominus—uti* en el arrendamiento—se sujeta la cosa a la voluntad de otro que no sea el propietario, el cual, por su relación con la cosa, se encuentra, respecto a ese tercero, en posición absolutamente distinta de la que ocupan los terceros extraños a quienes incumbe el deber de abstención, la obligación pasiva universal de los autores personalistas, tan combatida, y a la que Michas pretendía dar un contenido positivo ; quien en definitiva sufre esta restricción de libertad, no es la cosa, sino el poseedor de la misma, por lo cual, la idea de esa persona es indispensable.

Como dice Rigaud, la idea de que el derecho real no tiene necesidad para ejercerse de ningún intermediario, es falsa para la mayoría de los derechos reales, y esta quiebra de la inmediatividad hace pensar si será posible que el derecho real imponga también indirectamente alguna vez a la persona que se encuentra en relación de derecho o de hecho con la cosa una prestación positiva, y la justificación histórica y dogmática de los derechos reales, *in faciendo*, se halla perfectamente establecida (2). En Derecho romano, aparte la conocida excepción de la *oneris ferendi*, un texto de Pomponio resulta del más alto valor : Si *arbores vento deiectas*

(1) *Pandectas*, I, § 192, pág. 435.

(2) *Véase Rigaud*, ob. cit.

*dominus non tollat, per quod incommodior sit is usufructus vel iter suis actionibus usufructuario cum eo experiundum* (1); se permite al usufructuario que tiene un derecho de paso, el accionar por la acción confesoria al propietario, para obligarle a quitar los árboles derribados por el viento; de aquí a ser la misma ley, como el artículo 1.554 del Código civil, la que imponga al propietario una serie de prestaciones positivas que le interfieren en la realidad del vínculo del arrendatario, no hay más que un paso fácil y ha-cedero.

No creemos que el derecho real, *in faciendo*, sea una panacea, pero tampoco afirmaremos, como Gayo, que sea una imposibilidad civil, o una monstruosidad jurídica, como Ihering, o un absurdo, como pretende Vangerow, y antes bien, puede conducir a explicar la íntima substancia jurídica de instituciones que muchos escritores se ven confusos para calificar. El derecho del arrendatario tiene un contenido *in faciendo* (2); en tanto que no se puede decir que el propietario goce de su derecho por el intermedio del público obligado a respetarle, puesto que la mayor parte de este público no supone siquiera su existencia, se concibe por el contrario, como dice Rigaud, que pueda decirse que el titular del derecho real, desmembrado de la propiedad, goza, gracias a la observancia de un *pati*—o de un *facere*, añadiríamos—por el propietario, por el nudo-propietario o el poseedor de la cosa, pues aquél no se encuentra en presencia de un público, sino de un individuo determinado al que se puede requerir; Vangerow, refutando una opinión de Zachariae, dice que, para construir el concepto de una servidumbre *in patiende*, es preciso recurrir al propietario del fundo que sirve, puesto que evidentemente el fundo en sí mismo no puede *pati*, en el sentido jurídico de la palabra *non facere*; y añade, que, si al propietario del fundo, como representante del mismo, se le endosan las obligaciones, se podría concebir incluso, que habría sido posible constituir una servidumbre *predial quae in faciendo consistit*; como dice Fadda y Bensa, en este mismo orden de consideraciones, ¿por qué declarar imposible un derecho real, que, cabalgando sobre un fundo, impusiera indirectamente al propietario o al po-

(1) Fr. 19, § 1 de usuf. 7. 1 (1,5 *ad Sabinum*).

(2) La hipoteca moderna se construye también como derecho real *in faciendo*: así, Gierke, Fadda y Bensa, Rigaud.

poseedor del mismo, en razón a la relación en que se encuentra con el inmueble, no solamente un *pati*, sino un *facere*?; ¿qué razón hay para distinguir entre el *pati* y el *facere*?

Y este *facere* que el artículo 1.554 impone al arrendador, nada quita a la autonomía, independencia y realidad del derecho del arrendatario contra lo que cree Castan; como afirma Rigaud, la idea equivocada de la inmediatividad del derecho real debe cambiarse por esta otra; no es necesario para ejercer el derecho real, de ningún intermediario *personalmente obligado*; se tiene un *jus in re*, dice Cogliolo (1), porque el derecho se ejercita independientemente de un vínculo con otra persona.

La persona que está en relación con la cosa, no es tenida de un *pati* o de un *facere*, independientemente de su enlace con la misma, sino precisamente en gracia de este vínculo; en un caso como en otro, aparece como representante de la cosa, y su individualidad es indiferente; la cosa aparece siempre en primer plano, precisamente en razón de esta indiferencia de la persona, y porque en definitiva es la cosa la que proporciona a la persona esa situación de *pati* o de *facere*.

La importancia práctica de esta construcción para el arrendamiento se muestra sin vacilación; la posición precaria del arrendatario y la justa tendencia moderna a fortalecer su derecho, encuentran una reparación debida y una solución al alcance de la mano para los fines propuestos; el arrendatario puede ser ajeno a la solvencia o insolvencia del propietario o poseedor de la cosa en el sentido de ejecución o inejecución del *facere* que le impone su relación con la cosa (2) y su derecho permanece incólume en todo momento ante cualquier representante de la cosa, que es la portadora de su esencialidad jurídica.

De otro lado, la falta de vínculo personal que constriña al *pati* o al *facere*, determina la facultad de liberarse el que se halla en contacto con la cosa *rem derelinquendo*; y aquí podemos explicarnos el efecto extraño y demagógico del artículo 1.571 del Código civil, reproducción de la famosa ley Emptorem (3). Nadie podía explicarse cómo tan fácilmente el arrendador podía desligarse y

(1) *Anuario di Giurisprudenza*, pág. 61.

(2 y 3) También se reprodujo en las *Partidas* y hasta en el art. 282, Código Federal obligaciones suizo.



romper por su propio arbitrio una relación jurídica bilateralmente concebida ; aquí, decía Covián, se trata de un problema de buena fe y hay que impedir que el arrendador haga, de manera indirecta, lo que por su sola voluntad no puede ; esto es : infringir lo pactado, burlar el derecho del arrendatario.

Pero aquí no hay más que la consecuencia del contenido *in faciendo* del arrendatario ; se desprende de la cosa el arrendador en uso de una legítima facultad, y al obrar así, queda liberado, ya que sólo por la cosa y en tanto esté vinculado a la misma, está obligado singularmente y con mayor energía que los extraños, la masa anónima, a garantizar y servir el pleno e íntegro ejercicio del derecho del arrendatario ; lo exorbitante es el saneamiento que la cosa experimenta al recibirla el adquirente asumiendo su representación indispensable para el comercio jurídico, sin compromiso alguno de respetar el arrendamiento constituido.

Tras la inmediatez viene su consecuencia ; el carácter absoluto del derecho real que tampoco se ha querido ver a vista primera en el arrendamiento.

Claro es, que la endeble naturaleza que los Códigos le han dado, no ha dejado apreciar su profunda realidad, y cuando se ha querido fuera oponible, *adversus omnes*, se le ha hecho objeto de inscripción, haciendo del Registro Inmobiliario un taumaturgo que da mucho más de la substantividad que se demanda a sus asientos.

Si, como se ha dicho, nadie puede añadir a su estatura una pulgada, tampoco un derecho adquiere carácter real sólo porque sea inscrito ; la personalidad o realidad de su naturaleza intrínseca, escapa a la impostura de que es objeto ; como dice Bonfante, se tendrá un derecho con eficacia absoluta, pero nada más, y la inscripción no es un sumando para el arrendamiento, cuya realidad le da, por añadidura, su eficacia, *erga omnes* ; como ha escrito Franken (1), en realidad se puede decir que la expresión *derecho sobre la cosa*, es sólo una breve fórmula tradicional del concepto, *derecho subjetivo del individuo contra todos*.

JOSÉ MARÍA FONCILLAS.

Notario.

(1) *Trattato del Diritto privato tedesco*, I, pág. 117, 1889.

# Las conferencias del Dr. Ferrara

## I V

### LAS RELACIONES DE VECINDAD Y LA PROHIBICIÓN DE LOS ACTOS DE EMULACIÓN

Uno de los problemas más interesantes del Derecho inmobiliario es la reglamentación de las relaciones de vecindad. Los predios no existen aislados, sino que están materialmente unidos los unos a los otros, se encuentran en estado de conjunción, de adherencia, de proximidad ; de este contacto de la propiedad nacen interferencias y repercusiones en el ejercicio del derecho, acciones y reacciones mutuas y posibilidad de conflictos. Las relaciones entre fincas unidas y contiguas se llaman relaciones de vecindad. El problema legislativo consiste en la reglamentación recíproca de los derechos de los varios propietarios, en la determinación de los límites del ejercicio del derecho, de manera que las distintas heredades puedan coexistir en armónica dependencia en vez de entrechocarse, haciendo imposible su aprovechamiento.

Estas repercusiones y conflictos entre las propiedades dependen, naturalmente, de las condiciones económicas y sociales de un pueblo determinado, y cambian a través de las épocas históricas, por lo cual el sistema de las relaciones de vecindad asume un contenido y una intensidad variables con relación a los diversos países y a los diversos tiempos. En una economía primitiva, con un desenvolvimiento embrionario de la industria, con vastas extensiones de propiedad, con un ordenamiento feudal o señorial, los conflictos son raros o no apreciables, o, más bien, asumen, por las particulares condiciones de vida, un aspecto singularísimo. Así, un fruto de las

condiciones de la vida jurídica y política de la Edad Media fué la prohibición *de los actos de emulación*.

Mientras no se provocaban verdaderos y propios conflictos entre los dominios en el sentido objetivo, porque los principales disturbios de vecindad eran eliminados por la circunstancia de que las personas pertenecientes a determinados oficios reunidos en corporaciones vivían en barrios separados, nacían, en cambio, causas de disputa y conflictos entre vecinos por razones subjetivas. En tiempo de turbulencias civiles, de odios entre familia y familia, de partidismos políticos, de luchas entre el Estado y la Iglesia, de envidias y de venganzas, la vecindad fomentaba las disputas entre los vecinos, por lo cual el propietario ejercitaba su derecho, no tanto por utilidad propia como por causar daño y despecho al vecino. Y la jurisprudencia, que reflejaba estas condiciones de vida y quería reaccionar contra este uso, éticamente reprochable, del derecho de propiedad, especialmente en una época en la cual la moral cristiana saturaba el ordenamiento jurídico e imponía los preceptos religiosos, acogió el principio de la ilicitud de los actos de emulación.

Por actos de emulación se entiende el ejercicio que se hace de la propiedad sin utilidad del dueño y sólo con la intención de dañar a otro. Los escritores de la Edad Media ponen el caso de un propietario que levanta su casa para poder fisgonear en el patio del Monasterio o más bien para poder admirar la bella mujer del vecino, o también levanta una construcción para quitar el viento a la era del vecino. Cino de Pistoia, por primera vez sostiene, argumentando falsamente sobre un fragmento de las fuentes romanas, que todo el mundo puede hacer en lo suyo aquello que quiera, con tal que no lo haga con ánimo de causar daño al vecino: *dummodo faciat «non animo nocendi alteri»*, y su opinión, aceptada por Bartolo y Baldo, llegó a ser dominante hasta nuestros días. Los recientes estudios romanistas han demostrado que tal doctrina es extraña a las fuentes y que no se puede indagar la intención de quien ejercita un derecho si no se quieren mezclar elementos morales a elementos jurídicos. La licitud no puede depender de consideraciones puramente subjetivas. Si uno ejercita el propio derecho (aun si produce una desventaja a otro, por ejemplo: le quita el aire o la luz), no comete una violación, y por esta razón no puede serle vedado su uso. La prohibición de los actos de emulación, así, pues, no está.

jurídicamente justificada, y si ha tenido una función histórica en la época en que se ha desenvuelto, debe ser abandonada en el Derecho moderno.

Pero el problema de las relaciones de vecindad ha adoptado un aspecto nuevo, grandioso y formidable en la vida moderna, en la cual la gran industria, con el empleo de las máquinas, del vapor, de la electricidad, si ha traído un impulso inmenso a la producción, han engendrado, multiplicado e intensificado las invasiones en la propiedad ajena, las perturbaciones y las incomodidades, con frecuencia graves e intolerables. Un establecimiento químico se levanta en un lugar y difunde a su alrededor exhalaciones mortíferas que marchitan los cultivos circunvecinos. Una forja propaga un humo denso, acre e ingente que constituye una cortina que vuelve irrespirable el aire de la propiedad vecina. Una fábrica, con sus máquinas produce un estruendo ensordecedor. El paso de los trenes en una estación ferroviaria provoca día y noche sacudidas y temblores de las construcciones vecinas, o con las chispas de las chimeneas incendia con frecuencia las mieses maduras de los campos atravesados. Así, pues, inmisiones de humo, polvo, vapores, gases mefíticos, ruidos excesivos, molestas irradiaciones caloríficas o luminosas, infiltraciones de humedad, sacudidas, vibraciones, en medida extraordinaria e intolerable, que causan daños en la propiedad vecina y vienen a hacer gravemente incómoda la condición de los propietarios circunstantes. Pero frecuentemente se complica el problema porque una incomodidad que por sí misma no es grave, resulta así en relación con las *circunstancias peculiares* del vecino. Así, si al lado de una fábrica que produce humos moderados se ha establecido un taller de lavado a vapor, esta última industria se hace de imposible explotación en cuanto el humo ennegrece la ropa blanca. O también una máquina que normalmente produce un rumor no excesivo, perturba gravemente al propietario vecino que padece un agotamiento nervioso, o a los pensionistas de una casa de salud que por su misma enfermedad son hiper-sensibles. Existen también otros daños de que se quejan con frecuencia los propietarios vecinos, como los derivados de una casa de tolerancia o de un dispensario especial o de un cementerio, etc. Además, una misma fábrica puede resultar ruidosa e intolerable en un barrio aristocrático y tranquilo y no dar lugar a disturbios en un cuartel industrial

poblado de fábricas y talleres. ¿Cómo deben regularse estas relaciones de vecindad? Aquí están en conflicto las exigencias de la industria con las de la intangibilidad de la propiedad privada, y no puede sacrificarse unas a otras. Advirtamos, por de pronto, cómo la jurisprudencia de varios países admite, en ciertas condiciones, la responsabilidad por daños, si bien no justifica adecuadamente la obligación de resarcirlos.

Para resolver la cuestión, debemos comenzar por *plantear exactamente el problema*. Y, ante todo, procede aclarar dos equívocos: 1.º El de entender que se trata de un asunto puramente *administrativo o de policía*, en cuanto la remoción de estas desmedidas perturbaciones puede dar tan sólo lugar a una intervención de la autoridad administrativa. No, la administración puede intervenir o no; más aún: un industrial, debidamente autorizado, no puede adquirir el derecho de causar daño a la propiedad ajena. Se trata, pues, de una cuestión de puro derecho civil, de la reglamentación de los confines ideales de las varias propiedades. Esto se encuentra expresamente dicho en el Código civil argentino (artículo 2.619). «Aunque las obras o los establecimientos que ocasionan perjuicios al vecino hayan sido autorizadas por la autoridad administrativa, los jueces pueden conceder una indemnización a los vecinos por el tiempo que lleven de existencia tales establecimientos.»

2.º Otro error que debe evitarse es el de que para tutelar la propiedad, baste recurrir a los principios de la culpa Aquiliana. Puesto que para la existencia del acto ilícito no es suficiente el elemento del daño, si no se demuestra la culpa de su autor; la responsabilidad Aquiliana es una responsabilidad por hecho ilícito, mientras que los industriales arguyen que no es culpa de ellos que las máquinas metan ruido, o que las fábricas produzcan humaredas, porque tales inconvenientes son inevitables, aun con las medidas más cuidadosas y diligentes.

Y por esto, cuando el Código civil español, en el artículo 1.908, regula la responsabilidad por los daños derivados de explosión de máquinas, emanación de cloacas o humos excesivos que sean nocivos para las personas o para las propiedades, exige expresamente o sobrentiende que los mismos derivan de una falta de diligencia o de la inobservancia de las precauciones debidas, como se desprende de los números 1, 3 y 4 del mismo artículo. Del ori-

lo 1.590, que prohíbe construir pozos, cloacas, depósitos de materias corrosivas, o máquinas de vapor o fábricas que resulten incómodas o nocivas, sin las precauciones necesarias, con el objeto de evitar un daño a los predios y edificios vecinos. Se percibe aquí la preocupación legislativa de evitar un daño a la vecindad.

Mas no se puede construir de un modo absoluto una *obligación de no causar daño al vecino*. Es necesario partir de otro concepto: la propiedad es un *poder exclusivo sobre la propia finca*, porque cada uno es soberano en la *esfera interna* de su dominio, y, por lo tanto, tiene derecho a rechazar toda invasión o penetración. Esto se halla admitido por la doctrina cuando se trata de *ingerencias directas*; no se puede verter agua en el fondo ajeno, lanzar piedras, inmundicias o cosas semejantes, porque sería una penetración ilegítima en la esfera interna del propietario. Pero la cuestión surge cuando se trata de *ingerencias indirectas*, como en el caso de humo, ruidos, vibraciones, etc., en cuanto estos fenómenos nacen en un predio y después *se propagan, se comunican, se difunden y repercuten en el fundo ajeno*. Ciertamente es que cada uno es dueño de hacer lo que le parece en su finca, pero a condición de no invadir la ajena, porque el principio de *exclusividad* del segundo propietario limita el *poder de libertad del primero*.

En rigor, todas las inmisiones, no sólo de cosas *corporales*, sino también de *imponderables*, constituyen una penetración en la esfera interna de la propiedad vecina, y, por lo tanto, infringen el principio de exclusividad del dominio. Pero el admitir con inflexible lógica tal principio, nos llevaría a una paralización absoluta de la propiedad, porque es imposible casi hacer uso del dominio sin provocar estas repercusiones en la propiedad contigua.

(Se continuará.)

JERÓNIMO GONZÁLEZ.

# Jurisprudencia de la Dirección de los Registros y del Notariado

*Resolución de 19 de Abril de 1928.* (Comienza en el número anterior.)

Respecto del cuarto defecto, que, sea cualquiera la causa de la posesión a que se refiere el certificado cuya inscripción se pide, es lo cierto que las particularidades innegables de hallarse el edificio destinado a los fines de Seminario y de aportarse un documento suficientemente para acreditar su posesión y destino, no pueden desvirtuarse por la afirmación de que ha habido un cambio en el titular durante las pasadas centurias, ni por las alegaciones relativas a la situación jurídica de los Seminarios dentro de la Iglesia Católica, y antes, al contrario, encuentran una completa justificación en las disposiciones canónicas, que reconocen la personalidad jurídica de los Seminarios, y en el mismo estudio hecho por el Registrador de la cesión del edificio por el Estado a la Diócesis de Calahorra.

No obstante estar centrados los sistemas hipotecarios sobre la propiedad y derechos reales inmobiliarios, se ha denominado con mucha frecuencia al documento inscribible *titulus possessionis*, y así como esta designación no impedía que, una vez en juego los principios fundamentales, resultase protegido el dominio inscrito, tampoco la inscripción mediante expediente posesorio queda circunscrita por el cuadro del *jus possessionis*, sino que trasciende, por virtud de los artículos 41, 395, 396 y 399 de la ley Hipotecaria a la esfera petitoria, y justifica tanto la idea de que al titular corresponde algo más que la posesión, como la frase «posesión en propiedad», censurada por el Registrador.

SEGREGACIÓN DE FINCA. SEGREGADA DE UNA FINCA UNA PORCIÓN O PARCELA, Y VENDIDA PARTE DE ÉSTA POR SU PROPIETARIO, ÉSTE SIGUE SIENDO DUEÑO VIRTUALMENTE DEL TROZO NO VENDIDO, AUNQUE NO SE HAYA HECHO INSCRIPCIÓN ESPECIAL A SU FAVOR AL PRACTICAR EL ASIENTO DE SEGREGACIÓN.

(*Resolución de 7 de Mayo de 1928. Gaceta de 28 de Junio de 1928.*)

Don Ramón Godés Llorens, dueño de una finca en el Registro, segregó de ella una parcela, y en el mismo documento, en el que no se solicitó, al parecer, inscripción especial a favor del mismo de la totalidad de la nueva finca, vendió dos sextas partes indivisas, una a D. Pedro Navarro Fábrega y otra a D. Mateo Segarra Albella.

Por otra escritura, la otorgada en 7 de Febrero de 1927 ante el Notario de Castellón D. José Lamberto Espinosa, los mismos otorgantes de la escritura antes mencionada vendieron a sus otros veinte cootorgantes un veintitresavo indiviso de la misma finca, originándose, dada la naturaleza indivisible de tal adquisición, una comunidad, cuyas normas de vida se estipulan.

El Registrador de la Propiedad de Castellón puso en el documento la siguiente nota: «No admitida la inscripción del documento que precede por observarse el defecto de aparecer del Registro, al folio 70 del tomo 955 del Archivo y 463 de Castellón, finca número 29.494, inscripción primera, sólo inscrita en favor de D. Pedro Navarro Fábrega y D. Mateo Segarra Albella, cincuenta y trescientasavas partes indivisas cada uno, que hacen un total de cien y trescientasavas partes, sin estarlo a favor de Ramón Godés Llorens, ni de otra persona las doscientas trescientas avas partes restantes, si bien la finca de origen aparece inscrita a nombre de este último, defecto que impide la inscripción interesada de una unidad de forzosa proindivisión, originaria de una comunidad de bienes, no procede, en consecuencia, la anotación preventiva.»

Confirmada por el Presidente de la Audiencia la nota del Registrador, la Dirección general revoca el auto apelado y declara bien extendida la escritura de referencia por las siguientes razones:

En este recurso se ha puesto de relieve el haberse segregado de una primera finca adquirida por D. Ramón Godés Llorens, en 21 de Enero de 1903, un trozo de terreno de seis áreas y 23 centiáreas, en el que existe un pozo, y únicamente debe discutirse si la ins-



cripción independiente practicada con tal motivo se halla extendida tan sólo a favor de D. Pedro Navarro Fábrega, por su cuota de un sexto, y de D. Mateo Segarra Albella por otro sexto, sin estarlo las dos terceras partes restantes a favor del mismo D. Ramón Godés, ni de otra persona.

La propiedad y los derechos reales que afectan a la totalidad de una finca inscrita en el Registro, deben seguir afectando, si no hay motivos jurídicos en contrario, a la parcela que se segregue para formar finca independiente, y para evitar omisiones o equivocaciones en la extensión de los respectivos asientos, la ley ordena que se relacionen por medio de notas y referencias, que completan los pronunciamientos del nuevo folio; y en su consecuencia, si D. Ramón Godés Llorens aparece como dueño de toda la primitiva finca, y ha segregado de ella un trozo de seis áreas y 23 centiáreas, es virtualmente propietario del mismo, en el momento de la segregación, y solamente por tal circunstancia ha podido transferir la sexta parte a cada uno de los otros copartícipes.

En la misma inscripción, según la copia que el Registrador une a su informe, se hace constar que el citado D. Ramón Godés Llorens vende a sus convecinos, D. Pedro Navarro y D. Mateo Segarra, cincuenta trescientasavas partes indivisas del terreno, pozo y carretera, y que por ello «el terreno, la carretera de paso y el pozo, serán, en lo sucesivo, de la propiedad común indivisa, en la proporción de doscientas partes el señor Godés y cincuenta cada uno de los restantes.

La particularidad de no haberse consignado con las frases formularias que se inscribe a favor de D. Ramón Godés la parte correspondiente, no puede estimarse obstáculo insubsanable, dada la concordancia entre títulos y asientos, que impida hacer constar en la inscripción que haya de extenderse con motivo de la escritura de 7 de Febrero de 1927, la aclaración o confirmación adecuada, sobre todo si se tiene en cuenta que en este instrumento público se dice, con toda claridad, que «los comparecientes D. Ramón Godés Llorens, D. Pedro Navarro Fábrega y D. Mateo Segarra Albella, son dueños, en la proporción indivisa, de dos terceras partes el primero, y un sexto los dos últimos», del trozo de tierra en cuestión.

LUIS R. LUESO,

Registrador de la Propiedad.

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

*Sentencia de 4 de Noviembre de 1926. (Gaceta de 2 de Junio de 1927.)*

TRADICIÓN SIMBÓLICA DE INMUEBLES A LOS EFECTOS DE SU TRANSMISIÓN, CONTRADICHA POR ACTO POSTERIOR «MORTIS CAUSA».

Desestimada por la Audiencia y el Juzgado una demanda sobre pago de supuesto legado y traspaso de propiedad de una finca, en que se alegaba por la parte actora que el causante, tío y padrino suyo, no obstante el testamento posterior, le había hecho entrega de los títulos de propiedad de dicha finca, confirmando después la donación ante testigos—algunos de los cuales así lo aseveraron en trámite de prueba—y ante la futura heredera—que lo negó—, encargándola, además, entregase a aquélla determinada cantidad en metálico, el Supremo falló no haber lugar al recurso, porque, como declaró el mismo Alto Tribunal en sentencia de 5 de Julio de 1906—invocada también por la parte actora—, no es suficiente la tradición de valores mobiliarios si se demostrara que no fué hecha con propósito de enajenarlos, y así, por esta razón, como por tratarse de bienes inmuebles y de cantidad que la actual recurrente ha pretendido en el juicio, alegando que le fueron transferidos en donación *mortis causa*, habría de quedar la entrega de los títulos de propiedad subordinada a la demostración del propósito con que la hiciera el supuesto donante, así por tratarse de un negocio en que el artículo 1.248 del Código civil,

coincidente con la legislación especial de Cataluña, requiere la intervención de prueba documental, como porque en el concepto de donación *mortis causa*, para ser valedera tenía que revestir cuántos requisitos de forma y solemnidades exigen los testamentos, es notoria la improcedencia de atribuir eficacia demostrativa al dicho de los testigos en el pleito examinado, ni por sí solos, ni en relación con la referida tradición manual de las escrituras; y que el hecho de hallarse en poder de una persona documentos que acreditan el dominio de inmuebles que a otra pertenecen puede obedecer a una variedad de motivos grande, y no puede estimarse indiciario de que la última se propusiera desprenderse del dominio en favor de la primera y, por consiguiente, carece el hecho de las condiciones indispensables para estimarle demostrativo por presunción y con todos los caracteres que requiere el artículo 1.253 del Código civil, de que el tío de la recurrente se propusiera enajenar la casa a favor de ésta, según pretende, aunque fuese la donación pretendida susceptible de ser averada con eficacia traslativa del dominio del expresado inmueble, por el mero hecho de la examinada entrega de las escrituras correspondientes a la citada casa, que no tiene con la supuesta donación un enlace tan preciso y directo, según las reglas del criterio humano, como exige para ser apreciado el hecho como presunción de eficacia probatoria el precitado artículo.

*Sentencia de 11 de Noviembre de 1926. (Gacetas del 3 y 4 de Junio de 1927.)*

#### APARCERÍA. INFLUENCIA DE ESTA MODALIDAD DEL ARRIENDO EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN RESCISORIA.

En juicio de desahucio de determinadas fincas rústicas, dadas en aparcería, por haber terminado el plazo del arriendo, se opuso por el demandado que el contrato, base de la demanda, fué estipulado bajo dos condiciones resolutorias cuyo cumplimiento por los demandantes debería tener lugar antes de entrar en posesión, por el procedimiento que fuere, de dichas fincas, una, la del término o plazo fijado para su duración—la cual se había cumplido—y otra,

el pago de una indemnización al arrendatario por la mitad del valor de las plantaciones de los terrenos, apreciado en la forma que el mismo contrato expresaba.

La Audiencia de Las Palmas confirmó el fallo del Juzgado, dando lugar al desahucio, y el Tribunal Supremo desestimó el recurso, declarando, entre otros extremos: «Que es doctrina del mismo, interpretando el artículo 1.579 del Código civil, que la apreciación de la acción rescisoria en las aparcerías depende de las circunstancias del contrato y de sus cláusulas, ya que pueden ser tan ambiguas y de tal complejidad que sea imposible resolver las dudas que originen en un juicio sumario, como es el de desahucio, y en tales casos es lógico que se requiera para su decisión las solemnidades de un juicio declarativo;

Que sin embargo, la única condición o cláusula contractual que se discute en este pleito—la de indemnización al aparcero—ni es ambigua, porque no admite más que una interpretación, ni puede ser motivo de dudas o confusiones, ni tampoco tiene nada de compleja; y

Que como además el desahucio no se funda en la infracción de dicha cláusula, sino en la causa primera del artículo 1.569 del Código civil, por haber expirado el término que se fijó para la duración del contrato, acerca de cuyo extremo existe perfecta y absoluta conformidad, aun en el supuesto de que aquélla fuera ambigua y compleja, no dejaría de ser procedente el juicio intentado, por ser de aplicación a este caso lo dispuesto en el artículo 1.600 de la ley de Enjuiciamiento civil, quedándole al recurrente expedito su derecho para reclamar en el correspondiente juicio declarativo el importe de la indemnización dicha.

*Sentencia de 16 de Noviembre de 1926. (Gaceta de 5 de Enero de 1927.)*

PRESCRIPCIÓN DE CARGAS DE MEMORIAS DE MISAS IMPUESTAS, A FAVOR DE UNA CAPELLANÍA, SOBRE BIENES INMUEBLES. SU REDENCIÓN CON EL ESTADO.

En recurso de Casación interpuesto por el administrador de determinada Capellanía mercenaria contra sentencia de la Sala se-

gunda de lo Civil de la Audiencia de esta Corte, que absolvió al poseedor de la finca gravada a perpetuidad con una Memoria de misas, mencionada en las inscripciones de aquélla en el Registro de la Propiedad, pero redimida con el Estado, de la reclamación del importe de las misas que, con las rentas señaladas para su pago, no habían sido celebradas durante muchos años, se alegó por el recurrente :

1.º La no aplicación del artículo 7.º del Convenio-ley de 24 de Junio de 1867, y de las Sentencias del Supremo de 21 de Abril de 1867 y 18 de Enero de 1894, declaratoria ésta de que las cargas de misas impuestas sobre bienes inmuebles, sometidas al Convenio de 1867, no pertenecen al Estado y sólo pueden ser redimidas ante el Diocesano ;

2.º Inaplicación también del artículo 1.º del Real decreto de 18 de Octubre de 1895, al estimar extinguida la Capellanía, dejando, asimismo, de tener en cuenta para la prescripción que aprecia, lo declarado en Sentencia de 30 de Diciembre de 1912, respecto a que las cargas piadosas sobre bienes que fueron vinculados no se extinguen por más que hayan sido liberadas en virtud de leyes desvinculadoras, puesto que no prescribiendo hay que levantarlas ; y

3.º Inaplicación, por último, del canon 1.340, capítulo 4.º del Código Canónico, que al hablar de la prescripción de las limosnas y obligaciones, cargas de misas, aniversarios y obras eclesiásticas de fundación, sobre bienes adquiridos con la obligación de cumplir las mismas, dice que no pueden prescribir ni las prestaciones atrasadas de dichas cargas.

El Supremo, desestimando el recurso, declaró :

Que, sea cualquiera la interpretación que según las épocas y circunstancias se haya venido dando a las leyes desvinculadoras y disposiciones complementarias para su cumplimiento, a veces contradictorias, en el caso de que se trata, la cuestión, dados los términos en que se ha planteado y los motivos en que se funda el recurso, se presenta clara y evidente, ya que se haya reconocido por el propio demandante que la carga que aparecía mencionada en el Registro, en la primera inscripción de la finca, a favor de dicha Capellanía, fué redimida con el Estado en 1874 por el entonces poseedor de la finca, lo cual se hizo también constar en el Registro por nota marginal en aquella inscripción y en otra posterior, hecho

éste esencial que ha de ser premisa para la decisión del actual recurso ;

Que no habiendo sido citado en el juicio el Estado, ni sido parte en él, lo cual, aparte de no haberse pedido en la súplica de la demanda, impide anular la redención, ésta forzosamente hay que tenerla por válida y eficaz, tanto más cuanto que contra ella no aparece se hiciera reclamación gubernativa y constituye un estado de derecho mediante el que quedó extinguida la Capellanía mercenaria de que se trata y libre de la carga la finca sobre que se constituyó, lo que hace que no se hayan podido infringir el artículo 7.º del Convenio-ley de 24 de Junio de 1867 ni ninguna otra disposición y sentencias que se citan en los motivos del recurso, que deben desestimarse, ya que son inaplicables al caso de este pleito aquellos preceptos, siendo de notar que en el que recayó la sentencia de 18 de Octubre de 1894 fué parte el Estado, lo que no ocurre en el presente, al que es de aplicar la doctrina de la de 10 de Noviembre de 1911, acorde en esencia con la antes expuesta.

*Sentencia de 23 de Noviembre de 1926. (Gacetas de 7 y 8 de Junio de 1927.)*

PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO PARA HACER EFECTIVO EL CRÉDITO HIPOTECARIO. SU NATURALEZA CONTENCIOSA. INCLUSIÓN DE LOS HONORARIOS DE ABOGADO Y PROCURADOR, SI INTERVINIEREN, EN LA CANTIDAD FIJADA PARA PAGO DE COSTAS.

En autos seguidos con arreglo al procedimiento judicial sumario que fija el artículo 131 de la ley Hipotecaria, e incidente de impugnación a la tasación de costas causadas en dicho procedimiento, promovido por el Banco de Cartagena, que fué parte en el expediente como dueño de la finca hipotecada, el mismo Banco fundó su recurso en los dos motivos siguientes : 1.º Infracción del artículo 131 de la Hipotecaria, en su regla tercera, que permite al acreedor gestionar en este procedimiento sin valerse de Abogado ni de Procurador, y del artículo 11 de la ley Procesal que establece que los Abogados y Procuradores podrán concurrir a los juicios aun en los casos en que no es necesaria su asistencia, pero que

sus honorarios no se incluirán en la tasación de costas, según confirman repetidas sentencias, por reputarlos innecesarios, dada la poca importancia de los actos y juicios a que la ley se refiere; y 2.º Porque la Audiencia declaró equiparados tales honorarios a las costas y por tanto bien incluidos en la tasación mientras no excedan de la cantidad asegurada en ese concepto por la hipoteca, infringiendo, por tanto, los artículos 1.281 al 1.283 del Código civil, que de acuerdo con el 424 de la ley Procesal, impiden pueda considerarse incluido en la estipulación genérica de costas todo lo inútil, superfluo y no autorizado por la ley, como previene también el artículo 1.255 del Código civil.

El Tribunal Supremo ha sentado en esta interesantísima materia la no menos interesante doctrina siguiente:

Que el procedimiento que la ley hipotecaria llama judicial sumario, responde al propósito de que se pueda hacer efectivo el derecho de hipoteca en forma análoga a la que para la efectividad del derecho prendario establece el Código civil en el artículo 1.872, si bien en este último se prescinde de la intervención de la Autoridad judicial, sin duda porque la índole de la garantía en el contrato de prenda y la situación de la cosa en que la garantía consiste, alejan las probabilidades de que para hacer efectivo este último derecho se puedan originar las complicaciones jurídicas que lleva ordinariamente anejas el de hipoteca;

Que dicho procedimiento judicial sumario, distinto, aunque semejante, al extrajudicial, que autoriza el artículo 201 del Reglamento hipotecario, merece, según esta disposición, el calificativo de procedimiento ejecutivo, y reúne requisitos y condiciones de gran semejanza con la vía de apremio del juicio ejecutivo, y la propia ley, en el artículo 135, al prevenir que los autos de dicho especial procedimiento no son acumulables entre sí, ni tampoco a los del juicio ejecutivo, ni a un juicio universal, y disponer en el artículo 129 que los trámites del procedimiento sumario no pueden ser alterados por convenio entre las partes, revela con claridad, que alcanza los caracteres de la evidencia, que dicho procedimiento no responde en el enjuiciamiento a la naturaleza de los que constituyen propiamente actos de jurisdicción voluntaria, en los cuales, según el artículo 1.311 de la ley de Enjuiciamiento civil, no está empeñada ni promovida cuestión entre partes conocidas y determi-

nadas, y en los que, conforme al artículo 1.831, sólo se da derecho a intervenir al que promueva el expediente, o el Juez, en ejercicio de discrecional arbitrio, juzga conveniente dar audiencia, porque aquel procedimiento sumario, que tiene por objeto hacer efectiva una acción derivada del cumplimiento de una obligación contractual, y a este fin arguye la existencia de parte que puede ser contradictoria del derecho ejercitado, y la propia ley estatuye la intervención de aquellas personas sin cuya cooperación activa o conocimiento no puede tener el procedimiento la eficacia prevenida en la ley, circunstancias que, aunque no está permitida la controversia que la ley define al ser ventiladas en el juicio declarativo que corresponda, imponen al expresado procedimiento judicial la naturaleza de aquellos juicios sumarios estatuidos en la ley de Enjuiciamiento civil en los que la intervención de las partes que sustentan interés o derecho que oponer al que acciona están limitados en su ejercicio por el preferente objeto de la efectividad inmediata del derecho para cuyo restablecimiento están introducidos :

Que así, dicho procedimiento judicial, por su índole, debe ser clasificado entre los sumarios de la jurisdicción contenciosa, y atendiendo que la cuantía que pueda alcanzar el derecho ventilado y la complejidad de cuestiones jurídicas del contrato que precisa enumerar en el escrito que previene la regla segunda del artículo 131, en la mayor parte de los casos ha de requerir intervención de Letrado, no es procedente interpretar el número primero de la regla tercera, sino acatando la voluntad del acreedor que haya de accionar, pero sin imponerle limitaciones para que pueda requerir el asesoramiento jurídico cuando lo crea conveniente a su derecho, que podría, en la opuesta tesis, resultar vulnerado si, como es corriente, la potencialidad económica del prestamista no se hallaba en armonía con su ilustración y práctica en negocios jurídicos, y además de esta consideración, el mandatario judicial puede ser absolutamente indispensable para salvar, en interés del derecho del acreedor hipotecario, la distancia que le separe del domicilio designado por su deudor y de los otros puntos de competencia jurídica a que se refiere la primera regla de dicho artículo ; y siendo la facultad de designar Procurador y Abogado ejercicio de un derecho de acreedor, al que no se oponen prescripciones de la ley de Enjuiciamiento, que en los artículos 10 y 4.º establecen reglas ge-



nerales y de excepción que no se han infringido con el fallo recurrido, no es de estimar el motivo primero del recurso en cuanto pretende que sean declaradas superfluas e innecesarias la intervención de los funcionarios que respectivamente representaron y asesoraron al acreedor en el procedimiento judicial, y carece de aplicación lo que previene para distintos casos el segundo párrafo del artículo 11 de dicha ley Rituaria; y

Que la cantidad fijada en la escritura de constitución de la hipoteca para pago de intereses, costas y gastos, a los efectos de la especialización requerida por el derecho inmobiliario, según lo regula la vigente ley Hipotecaria, tiene, en relación con el expresado procedimiento judicial sumario, el objeto prevenido en la regla 15 del artículo 131, y aunque no constituye autorización para que los expresados conceptos se puedan elevar arbitrariamente, con tal que no rebasen el límite máximo pactado, sí es legítima la inclusión de cuantos tengan, como los honorarios de Letrado y derechos arancelarios del Procurador, la justificación que se deduce de la naturaleza del procedimiento, y por consiguiente, el Tribunal de instancia que mandó incluirlos en la tasación de costas, no hizo del pacto de la escritura interpretación contraria a los preceptos del Código civil invocados en el motivo segundo del recurso.

Motivo de deliberación en las Cortes que votaron la reforma hipotecaria de 1909, fué lo relativo a la índole del procedimiento judicial que se establecía para la efectividad del crédito hipotecario y la designación del mismo, atendida su naturaleza y objeto, sumarios de un lado, y de ejecución más que de discusión por otro, ya que no consiente contienda judicial entre las partes. La Comisión redactora declaró no haber encontrado un nombre apropiado para designar el procedimiento que se instauraba. Tampoco llega a ello el Tribunal Supremo en esta sentencia, aunque intenta clasificarlo—no calificarlo—y a nuestro juicio muy atinadamente, atendidas sus características y analogías con los demás juicios de nuestro Procedimiento civil.

Cesa, además, por virtud de este fallo, tan terminante, del Supremo, toda duda, antes posible, en materia de tasación de costas causadas en el procedimiento de que se trata, estimándose ya como tales los honorarios de Abogado y los derechos del Procurador,

cuando el acreedor hizo uso de la facultad de valerse de ellos, que el artículo 131 de la ley Hipotecaria le concede.

*Sentencia de 24 de Noviembre de 1926. (Gacetas de 8 y 9 de Julio de 1928.)*

**VENTA DE INMUEBLES CON PRECIO APLAZADO. LAS ENTREGAS A CUENTA NO PUEDEN TENER LA CONSIDERACIÓN DE ARRAS.**

Acordada la venta de una finca, cuya entrega se entendía realizada en el mismo momento, mediante un precio que había de ser abonado al otorgarse la escritura, y pedida por el vendedor y entregada por los compradores una cantidad a cuenta y a deducir en su día del importe total, el vendedor, requerido, posteriormente, a la entrega de los títulos de la finca para poder otorgar la escritura, manifestó haberla vendido a otra persona, ofreciendo la devolución, en el doble, de la suma recibida, por entender se trataba de una señal y no de parte del precio.

Interpuesto por el vendedor, recurso, por supuesta infracción del artículo 1.454 del Código civil, que consiente la rescisión de los contratos de compraventa en que mediaron arras, así como de los artículos 609, párrafo segundo, 1.095, 438 y número primero del 1.280 en relación con el segundo del 1.462 del mismo Cuerpo legal, violados por la Sala, afirmaba, si al hecho de haber entregado el vendedor a los compradores el uso y disfrute de la finca, atribuye el efecto jurídico de la tradición, por la que se consuman esta clase de contratos, extinguiendo el derecho personal que de ellos emana para crear en favor del comprador el derecho real de dominio de la cosa vendida; el Tribunal Supremo, confirmando el fallo de la Audiencia y del Juzgado, declaró entre otros extremos:

Que constituyendo una verdadera modalidad del contrato de compraventa con efectos rescisorios la disposición del artículo 1.454 del Código civil, es preciso que conste de una manera clara y evidente que en aquél mediaran arras o señal para poder cualquier parte deshacer el convenio mediante la pérdida de ellas o duplicadas, según sea el comprador o el vendedor quien pretenda romper el vínculo jurídico, y esa prueba, en casación, no puede

apreciarse por este Tribunal cuando, como en el presente caso ocurre, no se ha combatido la apreciación que de ella ha hecho el Tribunal *a quo*, al amparo del número 7.º del artículo 1.962 de la ley de Enjuiciamiento civil;

Que por ello, para resolver este recurso hay que tener presente que el Tribunal sentenciador apreció, dentro de su facultad privativa, que por el resultado de la prueba se demuestra plenamente que el demandado vendió a los demandantes la finca de que se trataba, con los linderos y precio expresados, recibiendo en aquel acto el vendedor, a su instancia, de los compradores, una cantidad a cuenta del precio convenido, cuyo resto le entregarían al otorgarse la escritura correspondiente en la fecha también convenida; resultando también probado que se estipuló que los compradores se posesionarían de la finca inmediatamente, como así sucedió, percibiendo las rentas de ella desde entonces en adelante.

Que al no haber mediado arras ni señal en el contrato, no se ha infringido por inaplicación el artículo 1.454 del Código civil, sea cualquiera su extensión; y

Que tampoco se han infringido los artículos 609, párrafo segundo, y demás que se citan del mismo Código, porque al no haber mediado arras en el contrato, sea o no aplicable el artículo 1.454 a los solamente perfectos o en preparación, o también a los consumados, la cuestión queda resuelta con la inexistencia de la señal, y, además, tratándose de un convenio perfecto y obligatorio, según se aprecia también por la Sala sentenciadora, fué justo y arreglado a derecho el fallo recurrido.

El fallo del Supremo, que atiende principalmente a dar de lado la posibilidad de conceptuar como arras o señal la cantidad que los compradores entregaron a cuenta del precio, se desentiende con ello—y afirmando como cosa probada que los compradores se posesionaron, según se estipuló, de la finca de que se trataba—del problema planteado en el recurso en relación con la transmisión del dominio.

Cierto que en el sistema de nuestro Derecho, igual que el romano en este punto, la venta no es traslativa de dominio, y se requiere para su consumación la entrega o tradición de la cosa; y cierto, también, que aunque el contrato se perfecciona mediante el acuerdo de voluntades sobre la cosa objeto del mismo y el pre-

cio (artículo 1.450), obligando al vendedor a dicha entrega, el acreedor no adquiere derecho real sobre la cosa hasta que le haya sido entregada. Pero carece de toda lógica pretender separar, como lo hacía el recurrente, la transmisión de la posesión, o del uso y disfrute—que confesaba realizada—de la transferencia del dominio (derecho real), ya que, como expresa con frase precisa y acertada el reputado civilista señor Castán, la entrega de la cosa, que en sí es un desplazamiento de la posesión, al ir acompañada de los demás requisitos de la tradición—como son la preexistencia del dominio en el transferente y la intención en las partes de transmitir y adquirir (*causa traditionis*), ya manifestada por el contrato o título—produce el efecto de transmitir al adquirente la propiedad de la cosa entregada.

Otra cosa sería si tal entrega no se hubiera realizado, pues no obstante la de parte del precio, que afirma la sentencia, dado el carácter, dicho, de la venta en nuestro Derecho, productora solamente de obligaciones, pudo sostenerse la validez—siquiera como tal fuente de derechos personales—de la segunda enajenación, verdadera venta de cosa ajena en este caso. Esto aparte de la posibilidad—teórica, al menos—de prescribir por parte del segundo comprador, y de la preferencia que para la adquisición significaría la inscripción en el Registro a tenor de lo que dispone el artículo 1.473 del Código civil, de completo acuerdo con nuestro sistema hipotecario.

J. A. DE LA P.

# Jurisprudencia contencioso-administrativa del impuesto de Derechos reales

## XX

*La oficina liquidadora competente para girar la liquidación del impuesto es la que tiene derecho a percibir las multas procedentes, aun cuando el expediente de investigación que dió lugar a las liquidaciones fuese iniciado por otro liquidador, que si bien practicó algunas diligencias, dejó de actuar y no liquidó, por ser incompetente para hacerlo.*

El liquidador que inició el expediente de investigación requirió al interesado para que presentase los documentos para liquidar, y como éste no lo hiciese, pidió, primero, los datos al Registro Mercantil, a que se refiere el Reglamento de 1911, artículo 20, y ante el resultado negativo, se los pidió al Notario autorizante de la escritura. En este estado, como quiera que la Sociedad obligada, constituida en territorio exento, se hallaba domiciliada en la capital de la provincia, a los efectos del impuesto, la Abogacía del Estado asumió la función investigadora y practicó la liquidación. El liquidador que inició el expediente *reclamó* la parte de multa que le correspondía. *La reclamación es desestimada por la Administración y por el Tribunal Supremo.*

Vistos los artículos 133, 137, 147, 173, 176 y 178 del Reglamento de 1911, y 4, 10 y 11 del Real decreto de 5 de Diciembre de 1908 y la Real orden de 28 de Noviembre de 1914, se deduce la conclusión de que dichas disposiciones sólo hacen referencia al li-

liquidador que gira las liquidaciones y las impone, y *aun cuando pudiera ser justo* que el liquidador que inició el expediente cobrase su parte de multa, por ser el que dió comienzo al que luego prosiguió la Abogacía del Estado, por ser la competente, no se invoca texto alguno que se le reconozca ese derecho; el artículo 11 del Real decreto de 5 de Diciembre de 1908 no es susceptible de la interpretación favorable al liquidador, porque el artículo 137 del Reglamento de 1911, posterior en fecha a aquél, señala la totalidad o parte de las multas como derechos u honorarios de los liquidadores, y, por lo tanto, según se declaró en Real orden de 28 de Noviembre de 1914, el que practica una liquidación es quien tiene derecho a la multa o parte de ella que corresponda. (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 Febrero de 1927, *Gacetas de Madrid* 3 y 4 de Diciembre de 1927.)

## XXI

*Compraventa. La adquisición de un terreno enclavado en la zona de protección de la conducción de aguas potables a una población, efectuada por el Ayuntamiento mediante convenio particular con el propietario y no por los trámites de la ley de Expropiación forzosa, tributa por el tipo ordinario de 4,80, y no por el especial de 0,30, establecido en el número 24 de la Tarifa y párrafo 7.º del 37 del Reglamento del impuesto.*

La cuestión planteada estriba en determinar si la adquisición directa y voluntaria de un terreno por el Ayuntamiento, con destino a un servicio municipalizado, sin sujetarse a los trámites de la ley de Expropiación forzosa y sin que exista concesión administrativa, debe liquidarse al tipo de 4,80 (núm. 15 de la Tarifa), o al 0,30 (núm. 24 de la Tarifa), asignado a las adquisiciones de terrenos para construcción de concesiones administrativas, mencionadas en el número 17 de la Tarifa, que se efectúen por virtud de la ley de Expropiación forzosa, aun cuando tenga lugar por convenios particulares que hagan innecesaria dicha ley, siempre que las concesiones reviertan a la entidad otorgante. El argumento fundamental del Ayuntamiento, al impugnar la liquidación al 4,80, estriba en sostener que es inadmisibile, aunque no haya en el caso

propuesto una concesión administrativa; que la entidad municipal facultada para otorgar la concesión no pueda disfrutar de los beneficios que la legislación del impuesto parece otorgar al concesionario, mediante un tipo de favor, cuando adquiere terrenos para la obra, deducción inexacta y absurda, pues la ley no distingue entre concesionario o la entidad que directamente lleva el asunto, por haber municipalizado el servicio. Es inadmisibles esta tesis, porque el número 24 de la tarifa y el 7 del artículo 37 del Reglamento exigen, para que se aplique el tipo de 0,30 por 100, que exista concesión administrativa, y en el caso indicado no se da, ya que se trata de un servicio municipalizado, y es sabido que la interpretación de los preceptos que señalan tipos especiales o exenciones ha de ser restrictivo y no extensivo o ampliatorio, confirmando ese criterio el artículo 8.º del Reglamento, al prohibir se declaren exceptuados ningún acto o contrato fuera de los enumerados en el artículo 6 del Reglamento; y en todo caso, no basta, según el número 24 de la Tarifa y 7 del artículo 37 del Reglamento, que el destino de la adquisición de los terrenos sea una concesión administrativa, sino que es indispensable que se haga por virtud de la ley de Expropiación forzosa, lo cual requiere un proyecto previo aprobado y ocupación de la finca, circunstancias que no se dan cuando la venta se realiza por expediente iniciado por oferta del particular, y diciendo y apreciando el Ayuntamiento no la necesidad, sino la conveniencia de adquirir los terrenos ofrecidos. (Acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Central de 7 de Agosto de 1928.) 78.

## XXII

*Subvenciones. Primas a la navegación. Fueros de las Provincias Vascongadas. Los libramientos por primas a la navegación otorgadas por el Real decreto de 21 de Agosto de 1925 tienen carácter de subvenciones y deben tributar al 2,40 por 100; pero si se hallan expedidas a favor de Empresas navieras domiciliadas en las Provincias Vascongadas, están exentas por el Concierato Económico y por el Reglamento.*

El Tribunal Económico-Administrativo Central reproduce literalmente la doctrina de los acuerdos publicados en la REVISTA

CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO de Junio de 1928, página 466, en los siguientes: (17 Abril) 21, (22 Mayo) 25, (17 Abril) 26, (1.º Mayo) 27, (5 Junio) 28, (22 Mayo) 29, (1.º Mayo) 41, (1.º Mayo) 42, (íd.) 43, (22 Mayo) 44, (1.º Mayo) 45, (17 Abril) 46, (ídem) 47, (íd.) 48, (22 Mayo) 49, (5 Junio) 50, todos de 1928.

### XXIII

Los contratos de suministro de gasolina o aceites al Ejército, de un modo directo y sin que preceda o subsista contrato escrito, sino convenciones verbales, han de estimarse comprendidos en las exenciones de los números 5.º y 8.º del artículo 6 de la ley del impuesto. (Acuerdos del Tribunal Central de (13 Marzo) 6, (1.º Mayo) 7, (17 Abril) 18, todos de 1928.) (Véase REVISTA CRÍTICA, 1928, páginas 465, 467, 469, 620 y 621.)

### XXIV

*Liquidación parcial de una cuenta de crédito. Saldo deudor. No es rebajable ni deducible el saldo deudor que exista en una cuenta de crédito, al hacer la liquidación parcial de esa cuenta por defunción del titular, sin perjuicio de que se deduzca aquél al liquidar definitivamente la herencia, si se demuestra la deuda, conforme al artículo 100 del Reglamento.*

El causante tenía abierta una cuenta de crédito hasta 150.000 pesetas, con garantía de valores, siendo el saldo deudor el día del fallecimiento de aquél de 133.781 pesetas; pedida liquidación parcial para retirar los valores dados en prenda, la oficina liquidadora toma como base la totalidad de los valores pignorados, que ascendieron a 204.507 pesetas, sin hacer deducción del débito de la cuenta garantizada; los interesados formularon reclamación, pidiendo se rebajara del capital de los valores liquidados el saldo deudor de la cuenta de crédito. *El Tribunal Central rechaza la reclamación.* El saldo deudor de la cuenta de crédito, garantizada, con los bienes depositados en prenda, es una obligación personal



del causante, sin que el débito constituya, a los efectos fiscales, una carga de esos mismos bienes, y, por lo tanto, según el Reglamento, la afección de los bienes a la obligación de pago no tiene el concepto de carga, a tenor del artículo 100; esta consideración no impedirá que si al liquidar la herencia total se justificase que esa deuda reúne las condiciones del párrafo 2.º del mencionado artículo, se deduzca de la herencia total, pero nunca de los bienes constituidos en depósito, porque éstos tenían una misión de garantía que sólo produciría efecto si se incumplía la obligación principal, sin que aquéllas sufrieran disminución real de su valor; como la liquidación total de la herencia no está presentada a liquidación, no es posible hacer calificación ni deducción de esa deuda al practicar una liquidación parcial, por no admitirlo las normas reglamentarias. (Acuerdo del Tribunal Central, 10 Julio 1928.) 1.

## XXV

La competencia del Tribunal Central está determinada por la cuantía de la cantidad sobre que versa la reclamación, por lo que concretada ésta a la multa e intereses de demora en la instancia del recurrente, a nada más, pues, puede extenderse el examen de la cuestión, no pudiendo examinar el fondo del asunto; y no alcanzando la cuantía de la multa y demora a 5.000 pesetas, aunque las cuotas liquidadas sobrepasen de esa cifra, el Tribunal Central es incompetente para entender de un recurso contra fallo de uno provincial; debe rectificarse y anularse la notificación del fallo recurrido, para expresar en ella que el recurso procedente es ante el Tribunal Provincial Contencioso-administrativo, a tenor de los artículos 41 y 47 del Reglamento de 29 de Julio de 1924. (Acuerdo del Tribunal Central de 7 de Agosto de 1928.) 8.

## XXVI

*Subvenciones a Patronatos universitarios. Están sujetas al impuesto y han de tributar por el número 9 de la tarifa, al 2 por 100, como adquisiciones de bienes a título oneroso por establecimientos de beneficencia particular.*

Por el Ministerio de X se otorgó una subvención al Patronato de la Universidad de X, para intensificar el estudio de Lenguas y literaturas extranjeras en la Enseñanza superior de España. Al presentar al cobro el libramiento correspondiente, la Abogacía del Estado giró una liquidación al 2,40 por 100, según el número 46 de la tarifa, como adquisición de muebles; el Patronato reclamó, alegando debía estar exenta, por ser una subvención otorgada por un organismo del Estado a otro también del Estado, y que creados los Patronatos universitarios dotándoles de personalidad jurídica y de facultad de adquirir bienes y facilitar a la Universidad el cumplimiento de sus fines culturales, había de estimarse al Patronato como la Universidad misma, organismo del Estado y no como entidad particular independiente, y, por lo tanto, debía declararse la exención, acompañándose a la reclamación una Real orden del Ministerio de Instrucción pública de 4 de Enero de 1918, al de Hacienda, en que se interesa la exención indicada. El Tribunal Económico Central *no admite el recurso*.

Creados los Patronatos universitarios por Real decreto de 25 de Agosto de 1926, y definido y declarado el concepto que al legislador que los crea le merecen, al disponer, en su artículo 2.º, que tendrán, para los efectos fiscales, el carácter de fundaciones particulares benéfico-docentes, es inexcusable atenerse a este precepto, claro, categórico y terminante, en tanto que el propio legislador no lo derogue, no pudiendo por ello tenerse en cuenta los razonamientos formulados en contra, por estimables que parezcan; el mismo Real decreto previene, en su artículo 17, que en la materia regulada por él, sólo sus disposiciones rigen estando derogadas todas las que se le opongan. Dado este carácter del Patronato (establecimiento benéfico-docente), el número aplicable de la tarifa será o el 9, al 2 por 100, o el 28, con los tipos progresivos incluidos en él, según que la adquisición sea a título oneroso o por donación, herencia o legado; el artículo 24 del Reglamento dispone que las subvenciones se liquidan como transmisión de bienes muebles, de lo cual se infiere que, a los efectos fiscales, aquéllas se estiman adquiridas no a título gratuito, sino oneroso, atendiendo a que su concesión no es en beneficio del particular que las percibe, sino para el cumplimiento del fin a que aquéllas se han de dedicar y que

éste tiene a su cargo, y, por lo tanto, el tipo aplicable a estas subvenciones es el del número 9 de la tarifa, y no el del 28, y menos el del 47, el cual es improcedente. (Acuerdo del Tribunal Central, 19 Junio 1928.) 19.

## XXVII

*Sociedades. Revisión de liquidación. Creado un Banco con fines bancarios de seguros y de compraventa de fincas, y con un capital de un millón desembolsado (por cuya constitución se liquidó el impuesto) la modificación social consistente en aumentar en 25.000 pesetas el capital y en adicionar como nuevos fines sociales el de fabricación de alcoholes y licores y la compraventa y explotación de esas materias, y los actos de los artículos 175 y 176 del Código de Comercio, constituyen actos sujetos al impuesto, y debe liquidarse el aumento de las 25.000 pesetas, y, además, la transformación de la Sociedad sobre 1.044.000, a que ascendía el capital, según el balance de la Sociedad reformada.*

El liquidador liquidó en la forma expresada; el Tribunal provincial revocó y anuló la segunda de las liquidaciones, o sea la de *transformación* (contra la que reclamó el particular), fundándose en que el artículo 19, párrafo 4.º del Reglamento sólo exige se liquide la transformación de Sociedades, si aquélla habilita a ésta para realizar operaciones no comprendidas en el Código de Comercio para las de su clase, lo que no ocurre aquí, pues el artículo 175 del mismo asigna a las Compañías de crédito... crear empresas de ferrocarriles, canales, fábricas..., y la variación hecha consiste en una fábrica de alcohol.

La Dirección de lo Contencioso acordó la revisión de ese acuerdo e interpuso el recurso correspondiente, conforme al artículo 141 del Reglamento de 26 de Marzo de 1927, que el Tribunal Central *resuelve revocando el fallo recurrido* y sentando la doctrina del epígrafe.

La transformación de la Sociedad es acto sujeto al impuesto, según el número 16 del artículo 2.º de la ley de aquél, y tal transformación puede consistir, según el párrafo 14 del artículo 19 del Reglamento, en cambio de naturaleza o forma de la Sociedad, va-

riación de objeto o en su ampliación para comprender en él facultades que no sean de las atribuídas a las Sociedades de su clase por el Código de Comercio; el Código clasifica las Sociedades mercantiles en Bancos de emisión y descuento, Compañías de crédito, Bancos agrícolas, etc., y según la escritura constitutiva de la de que se trata, a ésta se la dió el carácter de Sociedad anónima, que conserva en la de transformación, pero cambiándose en ésta uno de los objetos que se la señalaban: el de seguros al ganado por la fabricación de alcoholes; y si bien es cierto que el artículo 175 del Código, al que alude la escritura, faculta a los Bancos o Sociedades para crear Empresas de ferrocarriles o fábricas, ha de distinguirse *entre la creación de la fábrica* o la explotación directa del negocio nuevo, pues lo primero, en el sentido del artículo 175 del Código, es decir, como fiduciación o creación o habilitación de fondos puede estar comprendido en la primera escritura y hace relación sólo a las operaciones necesarias al establecimiento, pero no puede extenderse a la *explotación* de los negocios creados, fin distinto del primitivo de la Sociedad-Banco; y así lo corrobora la comparación de los artículos 175 y 184 del Código de Comercio, de los que se deduce que de las *Compañías de crédito es peculiar crear* Empresas de Caminos de Hierro, y, en cambio, es propio de las Sociedades *de Ferrocarriles y Obras públicas la construcción y explotación* de los mismos y debe, por tanto, estimarse que es muy diferente el sentido de creación de una fábrica o Empresa y explotación de la misma según el repetido Código, atribuídas privativamente a Compañías clasificadas de modo distinto; el artículo 19, párrafo 14 del Reglamento del Impuesto ha de interpretarse, pues, en el sentido que el cambio del objeto social lleva consigo la transformación social y es acto nuevo sujeto al impuesto; causado el acto, la rectificación posterior, a no ser por rescisión o nulidad hechas judicialmente, no impide exigir el impuesto, según los artículos 41 y 58 del Reglamento. (Acuerdo del Tribunal Central de 17 de Julio de 1928.) 22.

## XXVIII

- 1.º *La constitución válida de una Sociedad mediante escritura en la que se suscriben todas las acciones y se aportan todos los*

*bienes y derechos representativos del capital social, es acto sujeto al impuesto aunque la Sociedad no haya realizado acto alguno social y aunque posteriormente haya acordado su disolución sin haber efectuado ninguno de los fines sociales. 2.º Giradas por el liquidador las liquidaciones por disolución de la Sociedad, debe conocer del recurso entablado el Tribunal Provincial antes que pueda entender del asunto el Central. 3.º No hecha en forma legal una notificación, debe repetirse, y sólo desde que se haga se cuentan los intereses de demora.*

En cuanto al primer extremo, no cabe duda que la aportación de bienes y emisión de acciones suscritas representativas del capital constituyen actos sujetos, según el artículo 2.º, apartados segundo y quinto, apartados 15 y 18 del Reglamento de 20 de Abril de 1911 (aplicable al caso por la fecha), sin que obste a ella el que no haya tenido efectividad el contrato de Sociedad, toda vez que el impuesto se exige conforme a la verdadera naturaleza jurídica del contrato prescindiendo de los defectos de fondo o forma que puedan afectar a su validez; constituida la Sociedad, se causó el acto sujeto, y devengado el impuesto, sólo procedería la devolución de éste si un Tribunal competente hubiera declarado la nulidad o rescisión del contrato, y como tal declaración ni se ha obtenido ni siquiera se ha alegado alguna de las únicas causas que pueden dar lugar a nulidad o rescisión, según los artículos 1.300 y 1.291 del Código civil aplicables a los contratos mercantiles según el 50 del de Comercio, causas que, naturalmente, han de alegarse y ser decididas ante el Juzgado, y si, por el contrario, la rescisión ha sido voluntaria en los socios, es evidente que ésta no da lugar a la devolución del impuesto según los artículos 57 del antiguo Reglamento y 58 del actual, siendo indiferentes los motivos a que haya obedecido esa rescisión voluntaria. No notificada la liquidación, practicada por la Oficina liquidadora, procede se realice la notificación; procede se haga así conforme al artículo 119, párrafo segundo del Reglamento de 1911 (que era el entonces aplicable), y contarse desde los siete días siguientes a la notificación el abono de intereses, según el artículo 121 del citado Reglamento, debiendo exigir la multa por falta de pago, según el 180 de aquél.

3.º Anulados los acuerdos de un Tribunal provincial por haber for-

mado parte indebidamente de la Sala para fallar un asunto referente al impuesto de Derechos reales el Administrador de Rentas, debe tenerse por nulas las liquidaciones practicadas a consecuencia de aquel fallo; y no resuelto en una nueva resolución por el Tribunal Provincial, sino que se practicaran las liquidaciones procedentes en cuanto a la disolución de la Sociedad sin determinar los elementos integrantes de las liquidaciones ni la forma que ello había de tener lugar, lo cual, según el Tribunal Provincial, debía ser objeto de calificación por el liquidador, y contra esa calificación podía entablarse recurso de alzada ante dicho Tribunal, y habiendo girado la Oficina liquidadora las liquidaciones por disolución de Sociedad que ha creído oportunas, debe el Tribunal Provincial fallar el recurso entablado contra esas reclamaciones, no siendo competente el Central para hacerlo, desde luego. (Acuerdo de 22 de Mayo de 1928.) 23.

## XXIX

*Personas jurídicas. 1.º Para determinar las bases de las liquidaciones de los bienes de las personas jurídicas debe utilizarse todos los medios de comprobación que señala el Reglamento, y no limitarse al Registro fiscal o al de la Propiedad si éstos dan resultado negativo, acudiendo incluso a la tasación; no hecho así, el expediente es nulo y nulas las liquidaciones. 2.º Debe limitarse el impuesto a los bienes de que la entidad es dueña al año de la liquidación y no extenderse a los posteriores. 3.º Es de competencia del liquidador la investigación y no de las Inspecciones de Hacienda.*

1.º Lo mismo, según el artículo 194 del Reglamento de 1911 que conforme al 263 del actual, el impuesto se exigirá, en cuanto a los bienes de las personas jurídicas, anualmente sobre el valor de los muebles e inmuebles de aquéllas, comprobado por los medios que señala el Reglamento en cuanto al impuesto de Derechos reales, en general, siendo por ello obligatorio para las Oficinas liquidadoras comprobar el valor de los bienes y derechos cuya propiedad durante cada año es la base del impuesto; el artículo 74 del anti-

guo Reglamento, modificado por Real decreto de 6 de Septiembre de 1917 y Real orden de 3 de Septiembre de 1921, y en el 80 del actual (en que se incluyen tales modificaciones), y en los 75 y 81 se establecen los medios ordinarios y extraordinarios de comprobación, debiendo acudirse primero al amillaramiento o trabajos catastrales y después a los demás indistintamente, y por fin a la tasación, si los otros no dan resultado, para conocer el verdadero valor; al verificar la comprobación de las declaraciones presentadas, a requerimiento de una Abogacía del Estado, por un Ayuntamiento conteniendo diversos bienes para liquidar el impuesto de personas jurídicas, no se utilizarán más que los datos del Registro fiscal de edificios y solares, repartimiento de urbana y los del Registro de la Propiedad, sin acudir a los demás, siendo aceptados los valores declarados sin intentar otro procedimiento de comprobación ordinario o extraordinario, por lo que el expediente adolece de nulidad; y ésta lleva consigo la de las liquidaciones practicadas y la de todo lo actuado desde el acuerdo de determinación de la base liquidable.

2.º Debe esclarecerse en dicho expediente ampliado la alegación del Ayuntamiento de que ciertos bienes los adquirió aquél después del período a que se refiere la liquidación y, en su caso, excluirllos, pues ésta no puede comprender cada año sino los que sean del Ayuntamiento y se hallen sujetos.

3.º Carece de fundamento la cuestión promovida por el Ayuntamiento sobre incompetencia del Liquidador del partido para promover expediente de investigación de personas jurídicas, porque la base novena del Real decreto-ley de 30 de Marzo de 1926, aunque atribuye a las Inspecciones de Hacienda la competencia para ello, el artículo 17 del Reglamento de 13 de Julio de 1926 exceptúa de tal disposición al impuesto de Derechos reales y, por lo tanto, el de personas jurídicas que forma parte integrante de aquél, según el artículo 46 de la ley de 28 de Febrero de 1927. (Acuerdo del Tribunal Central de 31 de Julio de 1928.) 80.

### XXX

*Comprobación de valores. Compraventa. Determinada la base liquidable de una compraventa por los precios medios del Regis-*

*tro, que es uno de los reglamentarios, respecto de unas fincas vendidas, se ha procedido en forma debida; pero solicitado por el interesado el medio extraordinario de tasación pericial, ha de acudir a éste para fijar en definitiva el verdadero valor.*

Según el art. 74 del antiguo reglamento (aplicable por la fecha), uno de los medios ordinarios de comprobación que puede utilizar el liquidador para comprobar, es el de los precios medios, según el Registro de la Propiedad o publicaciones oficiales, y al utilizar ese medio un liquidador y comprobar que unas fincas vendidas en 4.500 valían 51.000, procede en forma debida; pero como el artículo 75, en relación al 79 del Reglamento aludido, autoriza al particular que no acepta el valor señalado por la Administración para pedir la tasación pericial de los bienes, no hay más remedio que acudir a ésta cuando el particular lo hace al formular la reclamación económica administrativa para hallar el verdadero valor; aunque el precio de la última enajenación también es medio reglamentario de comprobación, utilizado por la Oficina liquidadora el de los precios medios en venta con resultado favorable, no hay por qué acudir a aquél, pues el Reglamento faculta se utilice uno u otro indistintamente, y conseguido ya el resultado de la comprobación, no puede prescindirse de él si no es por la tasación pericial. (Acuerdo del Tribunal Central de 5 de Junio de 1928.) 81.

### XXXI

#### *Competencia.*

*El Tribunal económico-administrativo Central carece de competencia para entender directamente de una reclamación contra liquidaciones del Impuesto, ya que, según el artículo 200, párrafo 2.º del Reglamento de aquél y 41 del de Procedimiento de 29 de Julio de 1924, los actos administrativos de las oficinas liquidadoras o Abogacías del Estado, sean por cuotas o multas, son reclamables ante el Tribunal económico-administrativo provincial; y si se tratase de errores de hecho, la competencia será de la Delegación de Hacienda, según los artículos 201 y 6 de dicho Reglamento. (Acuerdo del Tribunal Central de 19 de Junio de 1928.) 99.*



## XXXII

*Para exigir el impuesto hace falta una convención o un acto del que lógicamente se infiera la voluntad de las partes que motive el acto o contrato liquidable; y por ello, si al disolverse una Sociedad sólo consta la adjudicación de los bienes a cada socio y no la cesión de los bienes adjudicados a tres de ellos, al cuarto no es posible liquidar esa supuesta cesión aun cuando en el expediente de investigación se haya demostrado que aquéllos han arrendado a éste dichos bienes en documento privado.*

El artículo 44 del antiguo Reglamento, exige dicho acto o documento para que se pueda liquidar; y como del expediente de investigación instruido no aparece probada la continuación de los negocios sociales por uno de los socios, el supuesto adjudicatario, ni tampoco que los bienes que éste poseía los hubiere adquirido de sus ex consocios, por título de transmisión, sino por virtud de arriendo en documento privado (que no es acto sujeto) o un contrato verbal que tampoco lo es (artículo 6, número 5.º y artículos 16 y 48 del Reglamento), es notorio que no hay acto liquidable, pues por ser la mayoría de los bienes de que se trata inmuebles, no es de aplicación el artículo 464 del Código civil, según el que la posesión de los muebles equivale al título. (Acuerdo del Tribunal Central de 10 de Julio de 1928.) 88.

## XXXIII

*Sociedades. Aumento de capital social procedente de reparto de beneficios. El capital social es inalterable sin acuerdo expreso social, y no constando éste, no es factible exigir el impuesto de derechos reales por el importe de beneficios obtenidos y no repartidos, por el supuesto inexacto de que tácitamente se habían dedicado a aumentar el capital social.*

La cuestión es la de si una cantidad proveniente de beneficios sociales obtenidos y no repartidos debe tributar al Estado por impuesto de derechos reales. Con sujeción al número primero del artículo 19 del Reglamento del impuesto, las aportaciones de toda clase de bienes que se realicen al constituirse las Sociedades o que

se aporten en lo sucesivo, deben pagar el 0,50 del capital desembolsado o bienes aportados, tributando asimismo el aumento de capital y estimándose como tal las utilidades que no se repartan, aplicándose al objeto expresado; es, pues, requisito específico que la aportación se realice ya realmente, ya mediante la aplicación al capital social de las utilidades no repartidas; si no consta, pues, que los beneficios obtenidos y no repartidos se hayan dedicado a aumentar el capital social, por no figurar acuerdo social que lo determine, ni aparecer en la distribución de los beneficios aludidos partida alguna aplicada a ese fin, falta el requisito esencial para exigir el impuesto de derechos reales por esos beneficios; es inadmisibile el supuesto de que por no haberse repartido los beneficios durante un año, los socios los cedan a la Sociedad para aumento de capital por ser frecuente que por varias causas se aplacen los repartos de beneficios para años posteriores, sin que ello implique aumento de capital social; *concepto completamente distinto del haber o masa social*, y no pudiendo alterarse el capital social sin acuerdo expreso, según el Código de Comercio. (Acuerdo del Tribunal Central de 31 de Julio de 1928.) 84.

#### XXXIV

##### *Personalidad. Plazo de presentación en caso de litigio.*

1.º El albacea contador, partidori solidario con facultades para satisfacer el impuesto según el testamento, tiene personalidad para interponer recursos referentes a aquél.

2.º En caso de promoverse litigio en una testamentaria, el plazo para presentarla a liquidación arranca desde que termina el pleito por sentencia firme y no se ha de sumar, para computarlo, el transcurrido desde la muerte del causante hasta que se promovió el pleito.

3.º El albacea contador partidori con facultades solidarias, según el testamento, para pagar el impuesto ha de intervenir en éste y, por lo tanto, puede reclamar en él, pues sería contradictorio que la Administración le admitiese en los actos de gestión y le notificase las resoluciones y después le rechazase la reclamación por no tener personalidad.

4.º No son acumulables para el cómputo de plazo de presentación de una testamentaria el tiempo transcurrido desde la muerte hasta el litigio y el transcurrido desde la conclusión de éste hasta la presentación, sino que el plazo de seis meses (antiguo reglamento) empieza a transcurrir al terminar el litigio, pues así se desprende con claridad del artículo 106 del antiguo reglamento, que previene que en caso de litigio *quedan en suspenso* todos los plazos, y empezarán a contarse cuando sea firme la resolución de éste, y, por lo tanto, ese plazo ha de ser íntegro después de la terminación del litigio, sin tener en cuenta ni computar el tiempo transcurrido antes de éste, desde el fallecimiento, y así lo corrobora el 113 del vigente Reglamento, al disponer que el pleito interrumpe, desde su interposición, todos los plazos establecidos para presentación de documentos, que se contarán de nuevo desde que sea firme la sentencia que lo terminó. No hay, pues, base para multas ni demora si una testamentaria se presenta a liquidar en los seis meses (antiguo Reglamento) desde que se dictó la sentencia firme. Esta doctrina se fijó ya en acuerdo del Tribunal de 5 de Julio de 1927, núm. 308. (Acuerdo del Tribunal Central de 5 de Junio de 1928.) 86.

### XXXV

*Legada una finca a una persona para después del fallecimiento de la mujer del testador, que era la usufructuaria de la herencia, con la condición de que si la legataria fallecía soltera o casada sin sucesión (bastando para estimarse que la tenía el haber nacido un hijo, aunque éste la premuriera), y casada la legataria y tenido un hijo en 1908, está obligado al pago del impuesto al fallecer la usufructuaria, cónyuge del testador en 1926, no sólo en cuanto al usufructo mismo, sino en cuanto a la nuda propiedad, sin que el impuesto por ésta haya prescrito.*

Sea cualquiera la calificación de la cláusula de legado, es lo cierto que fué estimada como institución de legado con condición suspensiva en la escritura de partición otorgada al fallecer el causante por la legataria y por los herederos y así se aceptó por la Administración, que puso nota de aplazamiento del pago en la propia escritura; mientras no se cumpliesen los dos hechos, de

fallecer la usufructuaria y tener hijos la legataria, nada adquiriría ésta y nada se podía liquidar, y sólo desde que ambos se cumplieron empezó el plazo de prescripción, que no ha transcurrido; nadie puede ir contra sus propios actos, y la legataria, que aceptó esa interpretación, no puede pretender ahora que sólo está obligada al pago del usufructo, que es lo que adquiere al fallecer la cónyuge del causante, y la nuda propiedad que adquirió o consolidó en 1908; puesta por la Administración la nota de aplazamiento y aceptada por los interesados, mientras no ha fallecido la usufructuaria no se ha empezado a contar la prescripción; debe, pues, pagar íntegramente. (Acuerdo del Tribunal Central de 5 de Junio de 1928.) 100.

### XXXVI

*Sustitución pupilar. Tipo aplicable. 1.º La sustitución pupilar hecha por una persona que, en primer término, instituye a un hijo suyo, imbecil de nacimiento, y después del fallecimiento de éste designa como herederos a otros hermanos, hijos del testador, ha de liquidarse ateniéndose a esos hechos y prescindiendo de si es o no válida la sustitución, porque el incapaz, aunque de hecho lo fuese, no fué declarado tal hasta después de morir el padre. 2.º El tipo aplicable para liquidar los bienes que los hermanos adquieren por muerte del incapaz, es el de hermanos y no el de padres a hijos.*

1.º La escritura en que se hizo la adjudicación de los bienes del incapaz a los hermanos del mismo debió liquidarse teniendo en cuenta la sustitución y no como heredados *ab intestato* del mismo, como se hizo, fundado el liquidador en que la sustitución era nula por el motivo aludido, porque según el artículo 41 del Reglamento, la liquidación se ha de exigir conforme a los datos precisos si hay acto liquidable y prescindiendo de los defectos de forma y fondo de que éste adolezca, y calificándolo según su naturaleza jurídica, y, por lo tanto, ni los liquidadores ni el Tribunal Económico pueden hacer definiciones respecto de la validez de una cláusula de sustitución ejemplar, misión exclusiva de los Tribunales, sino que a los efectos fiscales se han de atener a los hechos—válidos o no— y a los documentos otorgados, pues dichos

actos evidentemente implican una sucesión hereditaria, que es lo esencial para el impuesto, que se ha de definir para el mismo conforme a la naturaleza jurídica alegada por los interesados, o sea como sustitución ejemplar.

2.º Esta, regulada por los artículos 776 y 777 del Código, requiere, como condición esencial, que los bienes de que se trata hayan ingresado en el patrimonio del incapaz, al contrario de lo que pasa en la vulgar, en que el testador designa heredero sustituto para el caso de que el instituido no quiera o no pueda adquirir la herencia, la cual, por tanto, si se da la sustitución, no la ha adquirido el instituido, sino que va directamente del testador al sustituto; no pasa eso en la ejemplar, pues el incapaz adquiere la herencia, y así lo confirma el artículo 777 citado, que, refiriéndose precisamente a la sustitución ejemplar (y a la pupilar), pero no a las demás, declara que ésta sólo será válida si el sustituido tiene herederos forzosos en cuanto no perjudique a las legítimas de éstos, prueba evidente de que los bienes incluidos en la sustitución fueron propiedad del sustituido, y de que los sustitutos, en la ejemplar, suceden al sustituido y no al ascendiente instituidor, ya que lo que se concede a los ascendientes es la *facultad de testar*, supliendo la falta de capacidad mental del hijo incapaz, pero sin que por ello se amengüe la capacidad civil *de adquirir* y transmitir del incapaz por herencia, por lo cual los incapaces son los verdaderos causantes de éstas, siquiera no sean ellos, sino las personas autorizadas por la ley, quienes *dispongan en su nombre de los bienes*; no es lícito confundir esa facultad concedida por el artículo 776 del Código civil cuya efectividad depende de la doble condición de que el incapaz herede y de que no otorgue testamento con un pretendido derecho de reversión a favor del titular, que forzosamente ha de haber fallecido cuando la sustitución ejemplar se realiza; por lo tanto, dada esta naturaleza jurídica, el tipo aplicable a la sustitución ejemplar hecha por un padre en nombre de un hijo incapaz a favor de otros hijos de aquél, hermanos de éste, es el de hermanos.

El artículo 32 del Reglamento previene que si el testador dispone de los bienes sustituyendo unos herederos a otros, se paga el impuesto en cada sustitución, según el parentesco entre el sustituido y el causante, y como en la sustitución ejemplar el cau-

sante es el incapaz, puesto que adquiere los bienes, y no se abre la sucesión hasta su fallecimiento sin que ninguno de sus efectos pueda retrotraerse al del ascendiente, cabe sostener, o que el testador es el incapaz y el ascendiente sólo testa en nombre de éste, o que el testador es el ascendiente; si lo primero, como dicho artículo dice: «El testador que disponga de sus bienes» la cuestión queda resuelta en el sentido indicado; si lo segundo, habrá de convenirse que el artículo 32 se refiere a la sustitución vulgar o fideicomisaria en que el testador dispone de sus bienes; pero no a la ejemplar o cuasi pupilar, en la que el impuesto se ha de exigir conforme a la naturaleza de ésta ya expuesta, siendo de notar que el único artículo del Reglamento que se ocupa de sustituciones fija el criterio de que el tipo sea el que corresponda entre el sustituido y el causante.

GABRIEL MAÑUECO.

Abogado del Estado.

## 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, maximum 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.