

REVISTA CRÍTICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

Año IV

Junio de 1928

Núm. 42

## Condiciones de no-responsabilidad

### Visión general del tema

La vida moderna se halla dominada por un deseo constante de actividad. El hombre siente en torno suyo una envoltura misteriosa que le impulsa a la acción. Pero esta acción exige, para ser eficaz, dos condiciones: rapidez y seguridad. De aquí una febril impaciencia para actuar, unida a un cálculo sereno y meditado de las consecuencias de nuestra operación.

El Derecho, no pudiendo desinteresarse de este culto que rinde a la actividad el Occidente, ha introducido en sus instituciones una serie de modalidades favorables a los hombres de acción. Tal es, por ejemplo, el sistema de la publicidad registral organizada en contra del poseedor inactivo (1).

Pero al mismo tiempo, el Derecho ha ampliado tan extremadamente la noción de la responsabilidad, que ha creado un motivo de inseguridad en los negocios. De aquí que se haya intentado sustituir el ordenamiento legal de la responsabilidad por un ordenamiento convencional distinto.

\* \* \*

Para eludir la responsabilidad, se ha recurrido a dos procedimientos: uno, celebrar con la posible víctima un convenio de liberación; otro, descargar sobre la masa anónima las consecuencias de la responsabilidad propia, seguro de responsabilidad civil.

Estas dos instituciones, al parecer gemelas, han logrado una fortuna diversa. La primera fué recibida hostilmente y su inser-

(1) V. Demogue: *Notions fondamentales de Droit Privé*. París, 1911, capítulo II.

ción en algunos contratos se halla prohibida en un gran número de Estados. Contrariamente, la segunda, triunfando de la desconfianza con que fué vista al principio, ha terminado por ser ampliamente admitida.

Tal desigualdad de tratamiento es, para Elie Boutaud, constitutiva de una grave inconsecuencia. A demostrar esta contradicción tendía, principalmente, un libro de este autor (1) escrito en 1896, para decidir a los Tribunales franceses en pro de la licitud de la cláusula de no responsabilidad en los transportes ferroviarios.

Todo el razonamiento de Boutaud puede concretarse así: Si se rechaza la cláusula de exoneración por la inmoralidad de un pacto que invita a la negligencia, igual motivo existe para pronunciar la ilicitud del seguro de la responsabilidad civil. Siendo así que la legalidad de éste, se halla proclamada, herir de ineficacia la cláusula de no responsabilidad, revela una absoluta falta de lógica.

Este argumento de analogía se halla finamente construído. Con arreglo a él, la cláusula de no responsabilidad adopta la figura jurídica de un seguro convenido entre el responsable y la posible víctima, en el que ésta es su propio asegurador. Consistiendo la prima en una reducción del precio normal del servicio.

El libro de Boutaud posee un mérito que excede de las propias previsiones de su autor. ¡Es el de demostrar los vicios del planteamiento del problema.

En efecto, en el estudio de las cláusulas de no responsabilidad, sólo preocupaba la cuestión de discernir la moralidad o inmoralidad de exonerarse de la culpa. Es decir, todo el debate girábalo en torno del principio de la estricta responsabilidad personal, a la cual se atribuía como fundamento la culpa subjetiva.

Planteado así el problema, es concluyente la opinión de Boutaud. Pero para nosotros, ésta es una manera deficiente de examinar la cuestión.

\* \* \*

Es necesario contemplar el tema en una más dilatada perspectiva jurídica, poniendo en juego todas las razones teóricas que pueden justificar una prohibición legal.

(1) *Des Clauses de non-responsabilité et de l'assurances de responsabilité des Fautes.*

La cláusula de no responsabilidad es, en principio, válida. Ninguna razón de orden público puede oponerse a su existencia, estando permitido a las partes determinar el grado de diligencia exigible en la ejecución de sus obligaciones. Esto supuesto, es preciso examinar si el principio de la autonomía de la voluntad en que se fundan las afirmaciones precedentes, encuentra aplicación en todos los contratos. O si, por el contrario, existe en alguno de éstos un motivo especial que pueda hacer posible la revisión de aquel principio.

Ante todo, nos encontramos con el contrato de transporte ferroviario, en el que, dado el monopolio de que disfrutan las Compañías, una de las partes puede imponer su voluntad a la otra.

En segundo término hallamos los grandes servicios de navegación a merced exclusiva de empresas poderosas.

En tercer lugar percibimos el contrato de trabajo, en el que el patrono goza de una situación predominante sobre el obrero.

En presencia de estos casos y otros varios que más tarde examinaremos, la cuestión de si es inmoral o no exonerarse de la culpa, es suplantada por una distinta visión del tema. ¿Se debe reputar suficiente en Derecho, el consentimiento de la posible víctima, siendo así que no pudiendo ésta prescindir del contrato, se halla a merced de las condiciones que quieran imponérsele, por duras que sean?

Síguese de aquí, que el problema de la cláusula de no responsabilidad presenta diversas facetas, no pudiendo limitarse su examen al punto concreto de determinar la naturaleza imperativa o permisiva de los preceptos legales que rigen la responsabilidad.

Es preciso, por tanto, situar el tema en diferentes planos de conciencia, imponiéndose formular diversas soluciones para los distintos tipos de contratos.

## I N T R O D U C C I O N

### CAPÍTULO I.

#### *Voluntad individual y norma jurídica.*

1. El Derecho, en su aspecto más visible, se presenta a nuestro espíritu como un conjunto de normas coactivas. Es decir, como

una serie de reglas de conducta, cuya inobservancia provoca una sanción real.

La naturaleza coactiva del Derecho no anula la energía creadora de la voluntad privada. La relación entre la voluntad individual y la norma jurídica, presenta un doble aspecto.

Unas veces, el precepto jurídico está determinado de una manera invariable y fija, y su aplicación presenta caracteres de necesidad. Contrariamente, en otros supuestos, la norma jurídica tiene una misión secundaria : reviste de eficacia, interpreta y suple el querer de los individuos. «En el primer caso, dice Ferrara (1), hay una única e invariable regulación jurídica. En el segundo, el Derecho deja en primera línea la regulación por los interesados.»

Síguese de aquí una importante jerarquización de las normas jurídicas. «Hay unas, escribe De Diego (2), que no dejan apenas espacio para moverse a la iniciativa privada ; imponen una forma a la que no pueden sustraerse ni modificar los particulares, y se llaman de derecho absoluto, necesario ; hay otras que sólo se aplican en defecto de acuerdo de los particulares, y se denominan de derecho dispositivo, supletorio y voluntario.»

2. La diferenciación de las normas jurídicas es compleja y delicada desde dos puntos de vista. En primer término, como aplicación práctica ; en segundo, como explicación teórica.

Las dificultades de realizar prácticamente la distinción se presentan cuando, examinando una disposición legal cualquiera, nos preguntamos si nos hallamos en presencia de una norma imperativa o interpretativa de voluntad. (Ej., artículo 6.<sup>º</sup> : ¿El mandato doméstico a favor de la mujer puede revocarse por el marido?) El problema se concibe fácilmente, y él se reduce a una labor de interpretación. Se trata de determinar lo que ha querido el legislador. En todo caso es una pura cuestión de texto.

Pero no es ésta la sola dificultad que presenta la aplicación práctica de la distinción. Conocida la naturaleza imperativa de un precepto jurídico, en virtud de su redacción estilista, se suscita la cuestión de determinar su alcance. ¿Hasta dónde llega el imperativo ?, se pregunta.

Ejemplo : Sabido es que la resolución del contrato de arrenda-

(1) *Diritto civile*, I, pág. 59.

(2) Derecho civil, pág. 362.

miento de servicios por parte del dueño, obliga a éste a indemnizar daños y perjuicios, a no mediar justos motivos. En el Código civil español, la indemnización está tasada (artículo 1.584, párrafo primero), y por ello no se presenta el problema. Pero el Código civil francés consigna simplemente la obligación de indemnizar que, enanáloga hipótesis, asume el dueño (v. artículo 1.780. C. c. francés, modificado por la ley de 27 de Diciembre de 1890). y aquí surge la duda de si será válida, en tal supuesto, una convención que evalúe anticipadamente los daños y perjuicios. Es la hipótesis de la cláusula penal. ¿ Debemos admitirla en este caso? Si respondemos con la afirmativa, restringiremos notablemente el valor del imperativo cierto del artículo 1.780. Si, contrariamente, nos decidimos por la negativa, inferiremos un ataque grave al principio de derecho común de la plena validez de la cláusula penal.

Es bien notoria la diferencia que media entre las dos posiciones del problema. En la primera se investiga si hay o no imperativo. En la segunda, admitido el imperativo, se aspira a dilucidar su extensión.

3. Mayor número de dificultades provoca la justificación teórica del imperativo. La cuestión excede de la pura discusión de un texto y se remonta al problema de las relaciones entre el Estado y el individuo. ¿ En qué medida puede el Estado dominar la voluntad del individuo? No vamos a estudiar este tema con aquella perspectiva general que conviene también al Derecho público. Nos limitamos a investigar la *ratio juris* de las normas imperativas de Derecho privado.

¿Qué razones tiene el legislador civil para limitar la autonomía individual en la estructuración y régimen de las relaciones jurídicas? La tutela de un interés general; de la familia, de la personalidad, del comercio, etc., se dice. Esto es, la voluntad individual encuentra un límite en lo que denomina el profesor De Diego: «fundamentales bases morales y económicas de la vida común» (1).

4. El profesor Bartín, cuya autoridad me sirve de guía en el estudio de esta materia, en sus explicaciones de cátedra, a que asistí como alumno, intentó reducir las razones teóricas del impe-

(1) Op. cit., I, pág. 367.

rativo legal a ciertas categorías determinadas, destacando las ideas ejes y fundamentales:

*Primera categoría.*—Protección del individuo contra sí mismo.

La ley exige que el acto de voluntad de que una persona intenta prevalerse enfrente de otra, represente un acto de voluntad digno de sanción legal. En esto se fundan una serie de disposiciones imperativas para determinar, por una parte, los requisitos que en una persona deben concurrir para poder contratar válidamente; y de otra, para diferenciar en un acuerdo la voluntad jurídica de la simple declaración desprovista de contenido digno de protegerse jurídicamente.

Al primer grupo pertenecen las disposiciones referentes a la capacidad de obrar. Al segundo, las que conciernen a los vicios del consentimiento.

A esta categoría deben asimilarse las disposiciones que declaran la ilicitud de ciertas cláusulas de los contratos de adhesión. Porque el imperativo que existe en esta materia es de la misma entidad que los examinados.

*Segunda categoría.*—Normas imperativas fundadas en el interés de los terceros que entran en relación con una persona como detentador de una cosa (disposiciones imperativas en el régimen de los Derechos reales).

*Tercera categoría.*—Normas imperativas fundadas en el interés de los terceros que entran en una relación particular con una persona.

A esta idea pueden referirse las disposiciones concernientes a la responsabilidad civil y a la derivada de una cualidad jurídica. Vamos a aclarar esta última afirmación.

Cuando una persona adquiere una cierta cualidad jurídica, la ley, fundándose en el interés de los terceros, establece las consecuencias legales de aquélla (ej., responsabilidad por otro). Bien que la cualidad resulte de un acto voluntario, no está permitido a las partes determinar a su capricho el alcance y régimen de la responsabilidad que entienden asumir.

*Cuarta categoría.*—Disposiciones imperativas diversas fundadas en los intereses más variados.

1.º Intereses de familia e intereses sociales (prohibición de pactos sucesorios, cargas y condiciones impuestas a las liberalidades,

etcétera). 2.º Intereses de equidad (prohibición de ciertos pactos en el contrato de sociedad etc.) 3.º Intereses políticos (ej., prohibición de cláusula oro en los contratos entre franceses).

Esta clasificación va perdiendo gradualmente rigor y pureza, llegando en la cuarta categoría a un extremo de desconcertante vaguedad. Ello es debido a que las razones teóricas de los imperativos legales se hallan sometidas a una constante renovación.

## CAPÍTULO II.

### *Significado de la palabra responsabilidad en Derecho civil.*

La responsabilidad civil es la obligación de reparar el daño causado a otro.

La palabra responsabilidad evoca, en Derecho civil, una idea de reparación, de reintegración a un primitivo estado, que la diferencia notablemente de la responsabilidad penal, motivada por distintas consideraciones.

La responsabilidad civil aprecia en primer plano el estado de hecho precedente a la perturbación, y aspira a restablecerlo. La responsabilidad penal, por contra, sitúa en primera línea la perturbación misma, y asocia a ella una serie de consecuencias, en las que entran en juego principios de defensa social. En Derecho civil se habla de valores destruidos ; en Derecho penal, de voluntades rebeldes. Para engendrar la responsabilidad civil se exige la lesión de un bien y la existencia de una norma cuyo contenido se reputa infringido ; para suscitar la responsabilidad penal puede bastar la mera infracción formal de la norma, una desobediencia ; ejemplo, la tentativa.

Diferenciada la responsabilidad en penal y civil, concebimos esta última como la causa de un crédito de indemnización. Pero este deber de resarcir el daño puede surgir entre personas extrañas, o entre individuos ligados por un contrato y con motivo de la inejecución de éste. A la responsabilidad se denomina aquiliana, en el primer caso, y contractual, en el segundo.

## CAPÍTULO III.

*Responsabilidad aquiliana.*

Antes de abordar esta materia, debemos consignar el limitado alcance con que nos proponemos estudiarla. Es, en efecto, tan extenso el tema, suscita tal número de cuestiones y existe sobre él una literatura jurídica tan abundante, que su estudio desarrollado excedería del modesto lugar que, por razones del método, debe ocupar en nuestra tesis.

Debiendo estudiar más adelante la licitud de las convenciones de no responsabilidad delictual, cumple a nuestro propósito mostrar únicamente el fundamento de la responsabilidad aquiliana, para poder discernir más tarde la naturaleza imperativa o permisiva de los preceptos jurídicos que la rigen.

\* \* \*

1.—El acto lícito que constituye el supuesto esencial del artículo 1.902 del Código civil, puede ser estudiado en relación con el autor, con la víctima y con la ley.

En relación con el autor, el acto debe ser culpable, es decir, no basta para declarar a una persona responsable que un daño pueda ser referido a su actividad, se exige además un nexo subjetivo entre la lesión y la voluntad o la inteligencia del agente.

Respecto a la víctima, el acto ilícito debe ser lesivo de un bien, esto es, dañoso.

Para la ley, finalmente, el acto ilícito es la infracción de una norma jurídica que ordena no dañar.

La ilicitud civil de donde dimana la responsabilidad exige, por tanto, el concurso de tres elementos: primero, culpabilidad; segundo, ilegalidad material (lesión de un bien jurídico), y tercero, ilegalidad formal (infracción de una norma).

Hemos empleado la técnica de los penalistas para señalar la distinción entre el delito civil y el delito penal, ya que éste exige un cuarto elemento—tipicidad—, que no es preciso en el delito civil.

2.—El fundamento de la responsabilidad no es el daño, sino la culpa, ya que la sola existencia de aquél es insuficiente para declarar a una persona responsable. Este fundamento moral de la responsabilidad se conoce en la doctrina con el nombre de principio de la culpa subjetiva.

El principio que funda la responsabilidad en la culpa, se haya hoy sometido a revisión. Mas antes de proceder al examen de las nuevas doctrinas, creemos conveniente consignar cómo aparece aquel principio y en qué consiste, para juzgar después de la justicia y la oportunidad de las críticas que se le dirigen.

3.—La idea de la culpa subjetiva es producto de una lenta evolución. En el derecho primitivo, según escribe Ihering (1), se aprecia la injusticia en sus efectos y no en su causa, en el lesionado y no en el autor. La lesión ocasionada por azar provoca la misma reacción que la causada intencionadamente. El responsable entra en juego como un puro reflejo de la continuidad de causa a efecto. No puede hablarse, por tanto, de culpa subjetiva en este período, sino de una culpabilidad objetiva que exige poner a disposición del ofendido la persona, el animal o el objeto que han causado el daño.

Esta indistinción de la culpa y la inocencia se explica fácilmente. Tener en cuenta las circunstancias especiales en que se ha dañado, exige una contención de espíritu, impropia del hombre primitivo.

Más tarde, la influencia de la educación, el acrecentamiento de las fortunas, la frecuencia de los cambios, hacen que el interés domine a la pasión. La evaluación económica del daño influye en un doble sentido: en primer lugar, la reacción de la víctima deja de ser exclusivamente penal, ella ya no depende del grado de excitación que aquélla experimenta, sino de la cuantía del daño, si bien se estima éste con un valor superior al efectivo; en segundo término, tendiendo la responsabilidad, si bien todavía vagamente, a mantener la estabilidad de los patrimonios, es natural que este mismo principio mejorase la condición del autor, en cuanto eximir de responsabilidad los daños causados sin culpa, equivale a proclamar que el hombre no comprometerá la conservación de sus

(1) *La Faute en Droit Privé*. París, 1880, pág. 10.

bienes obrando con la diligencia debida ; es decir, el principio de la culpa subjetiva se deriva de un deseo de seguridad patrimonial.

Cuando el derecho adquiere estabilidad y fijeza, el estado subjetivo del autor del daño es tomado en consideración, y, según los textos, se exige para la responsabilidad el discernimiento (Ulpiano, Fr. 5, p. 2, D. 9, 2).

4.—El principio que funda la responsabilidad en la culpa fué acogido por Pothier (1) y ha servido de fundamento a las doctrinas clásicas. Ahora bien, ¿en qué consiste este elemento subjetivo necesario a la responsabilidad ?

Es, en verdad, difícil dar a la palabra culpa la exactitud de significado que debe tener una expresión técnica. Dice Demogue, que la culpa subjetiva consiste «en haber previsto o podido prever, como una mayor atención, el ataque al derecho de otro» (2). Pero esta definición, en su segunda parte—haber podido prever—revela solamente la exigencia de ciertas cualidades subjetivas del autor de la lesión para ser declarado responsable. «Haber podido prever» significa nada más que el hombre no incurre en responsabilidad si está desprovisto de las facultades necesarias para valorar la conducta, o sea que la responsabilidad se funda, en primer término, en la imputabilidad.

La culpa viene condicionada por otro elemento : existencia de una regla de conducta, cuya inobservancia se atribuye a un defecto de atención.

De aquí que para llegar a una definición satisfactoria de la culpa, se haya intentado especificar las reglas que se deben seguir, y así, Planiol escribe (3) que el hombre debe abstenerse : de toda violencia respecto a las personas y a las cosas ; de todo acto fraudulento ; de toda actividad que exija una fuerza o una destreza que no se posea ; de todo descuido sobre ciertas personas o cosas. Igualmente intenta Ripert (4) encontrar en la clasificación de los deberes la clave del problema, y así distingue : culpas contra la legalidad, contra la honestidad y contra la habilidad física o profesional.

(1) *Obligaciones*, núm. 118.

(2) *Obligations*, III. París, 1925, pág. 409.

(3) *Précis*, II, pág. 293 y sigs.

(4) *La Régule Morale dans les obligations civiles*. París, 1925, pág. 189.

5.—Más propiamente que de culpa, podría hablarse de explicación subjetiva de la responsabilidad. Sobrevenido un accidente, atribuirlo a la culpa del autor equivale a dar de su existencia una explicación negativa; el accidente no habría sobrevenido si tal precaución se hubiere adoptado.

Se comprende, por tanto, que el punto central de todo debate sea determinar si el autor del daño ha tomado o no las precauciones exigidas. Esta cuestión ofrece un gran interés práctico, porque, rara vez determinable la culpa, el que asuma la carga de la prueba será casi siempre vencido. Por esto, el legislador ha creado un sistema de presunciones de culpa que atempera con diversa rigidez. En unos casos, la víctima deberá probar la culpa del autor (artículo 1.902, C. c.). En otros, sobrevenido el accidente, el autor quedará exento de responsabilidad probando que empleó la debida diligencia (artículo 1.903). El autor deberá probar, no su diligencia, sino la causa concreta del accidente (caso fortuito, fuerza mayor) y en otros supuestos (artículo 1.905). Finalmente, realizado el daño, se entenderá probada plenamente la culpa (artículo 1.910).

6.—Cuando la doctrina así fijada parecía inalterable, «el aumento del número de accidentes debidos principalmente al maquinismo, la dificultad de descubrir entre las causas de aquéllos la culpa de una persona responsable y el favor particular de que disfrutan las clases obreras bajo los regímenes democráticos, dice Ripert (1), hicieron vacilar los principios clásicos de la responsabilidad».

«Ante todo se sintió la apremiante necesidad de mejorar la situación de la víctima, suministrándole los medios técnicos que el Derecho civil posee para facilitar la prueba: creación de una responsabilidad contractual en el arrendamiento de servicios y en el transporte de personas. Extensión de la regla de la responsabilidad por otro, por la idea de abuso de la función. Creación de una presunción general de culpa en contra de quien tiene la guarda de una cosa inanimada» (2).

La jurisprudencia, cediendo a las reiteradas demandas de la

(1) Ripert. Op. cit., págs. 190-191.

(2) Idem, íd., págs. 191-192.

doctrina, acogió todas estas construcciones técnicas y preparó el terreno para la formulación de este nuevo principio de la responsabilidad: el daño debe ser atribuido al que lo ha causado, porque los riesgos de una actividad deben recaer sobre el que esperaba obtener de ella una utilidad o un esparcimiento. Tal es la teoría del riesgo o de la responsabilidad objetiva.

7.—Las nuevas direcciones representan algo más que una mera volatilización del fundamento moral de la responsabilidad: implican una modalidad en el planteamiento del problema, no centran el análisis en la conducta del agente y proclaman que realizado un daño, el autor incurre en una presunción irrefutable de culpa. Sino que, sobrevenido un accidente y prescindiendo de si con una mayor diligencia se hubiese evitado, se preguntan: ¿Quién debe sufrir el daño? ¿Qué patrimonio debe experimentar la pérdida, el de la víctima o el del autor? Y así planteada la cuestión, resolverla con arreglo al criterio clásico implicaría, como dice Saleilles, «una inversión de los factores en materia de justicia individual. Limitar la responsabilidad al principio de culpa es infligir un perjuicio a quien es puramente pasivo, en tanto que la justicia exige que cada uno soporte las consecuencias de sus actos» (1).

8.—Las nuevas doctrinas seducen por su sencillez y por su sinceridad. Frente a una teoría clásica que funda la responsabilidad en un supuesto hipotético, la evitabilidad del accidente, con una mayor vigilancia. La doctrina del riesgo funda la responsabilidad en un supuesto categórico: la existencia del accidente mismo. La doctrina de la culpa es adecuada para una sociedad primitiva en la que cada hombre posee la plenitud de criterio para determinarse a obrar según los móviles de prudencia general, pero ella es inaplicable a una sociedad industrial agitada por una fiebre de actividad, en la que cada invento multiplica las ocasiones de dañar y en la cual la operación más sencilla requiere una preparación especializada, pudiéndose hablar de técnicos, pero no de prudentes.

9.—Para terminar el estudio de esta materia deberemos preguntar: ¿La teoría de la responsabilidad objetiva, es justa solamente con arreglo a un derecho ideal, o es justa también con arreglo a la legislación civil vigente?

(1) *Etudes sur l'Obligation*, etc. París, 1925, pág. 376.

Comentando Chironi los trabajos preparatorios del Código civil francés (1), dice : «que las modernas tendencias no son contrarias a la ley civil». Por contra, para Colin y Capitant, ellas están en desacuerdo con el espíritu del Código (2).

Reconociendo que el espíritu de los Códigos civiles les es desfavorable, los partidarios de las nuevas direcciones aspiran fundar éstas en la justicia y en la utilidad social. El Código civil, dicen (3), establece el principio de la responsabilidad por culpa, pero no limita la responsabilidad a la culpa, y al lado de ésta se sitúa el principio de la responsabilidad objetiva.

Esta última manera de pensar nos parece la más exacta.

FAUSTO VICENTE GELIA,

Abogado.

(1) Culpa. Contractual, II, núm. 358.

(2) *Droit civil*, II, pág. 368.

(3) Tesseire: *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité*. Tesis, Aise, 1901, págs. 139-143.

## Distribución del gravamen hipotecario, por los distintos conceptos de prestatario, intereses y costas, en su caso, cuando hay pluralidad de acreedores o deudores

No entraña un problema de Derecho hipotecario, no puede entrañarlo, ni a título de tal me permite escribir sobre el tema del artículo a que el epígrafe se refiere, en cuanto que no otra cosa significa que la aplicación congruente e ineluctable del fundamental principio de especialidad, como uno de los postulados *básicos* de nuestro vigente sistema hipotecario; pero, como quiera que, no obstante la innegable claridad que resplandece en los artículos 119 y siguientes aplicables de la ley Hipotecaria, así como en el número 2.<sup>º</sup> del 9.<sup>º</sup> de la misma, en cuanto concreción del mencionado principio de especialidad, haya quien pretenda confundir la necesaria distribución de la responsabilidad hipotecaria, cuando de distintos acreedores o deudores se trata en las obligaciones mancomunadas, con la indivisibilidad de la hipoteca, que no sufre el más leve detrimiento, quedando salvada en toda su integridad; aun a riesgo de molestar a los especializados en la materia, recordándoles conceptos de la dogmática hipotecaria que se hallan ya fuera de toda racional controversia, expondremos, a grandes rasgos, la línea divisoria existente entre aquellos dos inconfundibles conceptos de la necesaria distribución de la responsabilidad del gravamen hipotecario, a los efectos de determinar la extensión del respectivo derecho, en los casos de la existencia de pluralidad de acreedores o deudores, resultantes de las

obligaciones mancomunadas, y la indivisibilidad, mejor aun, la integridad de la hipoteca, que son cosas distintas para los doctos en la materia.

Una sola observación preliminar bastará para prevenir y conjurar toda confusión en puntos como los de que se trata, de líneas precisas y bien determinadas, que persiguen distinta finalidad.

En efecto, la distribución de la responsabilidad hipotecaria, lo mismo entre las varias fincas dadas en garantía inmobiliaria de un mismo crédito, como entre la pluralidad de acreedores y deudores de una obligación mancomunada, para la concreta determinación del derecho o del gravamen respectivo, tradúcese en otras tantas hipotecas independientes en el sector hipotecario, como fincas, acreedores o deudores existan, en términos de que la extinción de gravamen especial que afecta a cada finca o parte de la total obligación garantizada, dividida entre los respectivos acreedores o deudores, necesariamente provoca en el Registro la cancelación de la hipoteca contraída a cada una de las fincas o derecho, a tenor del precepto contenido en el artículo 124 de la ley Hipotecaria, con todas sus lógicas derivaciones; pero entendiéndose bien que ello en nada contradice el principio de indivisibilidad de cada una de esas especiales hipotecas, ya que lo que se divide no es el derecho real de hipoteca en sí mismo considerado, sino la responsabilidad hipotecaria de cada una de las fincas hipotecadas o la correspondiente a cada uno de los acreedores o deudores de la obligación mancomunada, en las respectivas hipotecas, cada una de las cuales, si están ligadas por el nexo jurídico de la obligación personal garantizada, no así por lo que atañe a la garantía real o inmobiliaria, en cuyo sector gozan de vida propia y hasta cierto punto independiente, en términos de que, aun cuando el artículo 124 de la precitada ley Hipotecaria establece que, pagada la parte del crédito con que estuviere gravada alguna de las fincas, se podrá exigir por aquel a quien interese la cancelación parcial, entendemos, con el autorizado comentarista Sr. Escosura, que, real y verdaderamente, una tal cancelación debe ser total respecto a cada finca, si se reputan, cual reputarse deben, tantas hipotecas distintas cuantas sean las fincas afectas a la respectiva y especial responsabilidad inmobiliaria, o los acreedores y deudores de la obligación mancomunada.

No hay que confundir, pues, la división de la responsabilidad hipotecaria en los expuestos términos, con la integridad de la hipoteca, tal como se establece en el artículo 122, ya que esta integridad es, según en su último inciso se preceptúa, sin perjuicio de lo dispuesto en los dos siguientes artículos, uno de los cuales, el 124, que citado queda, dispone que dividida la hipoteca constituida para la seguridad de un crédito entre varias fincas—y ello es aún más aplicable al caso de tratarse de varias hipotecas resultantes de obligaciones mancomunadas—, y pagada la parte del mismo crédito con que estuviese gravada alguna de ellas, se podrá exigir por aquel a quien interese la cancelación parcial de la hipoteca en cuanto a la misma finca.

Y razonando el Centro directivo, en su Resolución de 28 de Octubre de 1886, el artículo de que se trata, de acuerdo con el sentido que lo informa y con la doctrina del Tribunal Supremo en sentencia de 1 de Noviembre de 1881, hace la declaración de que, hipotecadas varias fincas en garantía de un solo crédito y determinada la parte de gravamen de que cada finca debe responder, quedan constituidas tantas hipotecas cuantas fueren las fincas.

La expuesta doctrina, que por vía de premisas dejamos sentada, es con más poderosa razón aplicable a los casos a que el epígrafe se contrae, de tratarse de varios créditos hipotecarios, resultantes de obligaciones mancomunadas, así como de sus respectivos intereses y costas presupuestadas en caso de litigio.

En supuestos tales, la distribución del gravamen hipotecario entre las diversas partes, no ya de varias, sino de una misma finca, cuando ésta se da tan sólo en garantía a favor de varios acreedores, es lógico e indeclinable corolario del cardinal principio de especialidad, incrustado en los mencionados artículos 119, 124 y 9.<sup>º</sup> de la invocada ley Hipotecaria, por lo mismo que se trata de pluralidad de créditos y de acreedores, con unidad de fincas gravadas, como puede tratarse de la misma pluralidad de créditos con unidad de deudor y de finca afecta a las responsabilidades hipotecarias.

En tal sentido pronuncióse la doctrina definidora de la Dirección general de los Registros y del Notariado, que está redactada en términos absolutos, categóricos y explícitos, cual así resulta de las Resoluciones de 9 de Febrero de 1898, 16 de Diciem-

bre de 1912, 23 de Marzo de 1903, 14 de Diciembre de 1912 y 22 de Marzo de 1915, aparte las anteriores de 18 de Abril de 1879 y 22 de Septiembre de 1882, referentes estas dos a la necesidad inexcusable de la distribución de gravamen hipotecario, con separación de la parte de capital prestado y la cuantía de la obligación pactada, por razón de costas y gastos, en caso de litigio, a que ha de quedar afecta cada una de las fincas hipotecadas; siendo el fundamento de ello, además de las consideraciones expuestas y que ampliaremos en orden al postulado de especialidad, el comunicar la mayor expansión posible al crédito territorial, especificando con toda claridad, para el debido conocimiento de terceros adquirentes, el límite de la responsabilidad hipotecaria por razón del crédito principal, intereses correspondientes de índole cierta y efectiva, y la que garantiza el pago de las costas, en caso de procedimiento judicial, que depende de un hecho futuro e incierto, debiendo reflejarse en el Registro las respectivas características o modalidades de esos distintos créditos, ya que el englobamiento en una sola suma de la cantidad que se calcula para costas, con la resultante del crédito principal e intereses correspondientes en las escrituras de préstamo hipotecario, acusa disminución del crédito hipotecario, retrayendo de la contratación a posteriores prestamistas o adquirentes, con menoscabo de los legítimos intereses de prestatarios o deudores; los cuales, por otra parte, no suelen estar capacitados para cálculos, operaciones aritméticas o deducciones más o menos exactas de los datos que arrojan los libros del Registro, y a quienes deben ofrecerse todas las facilidades necesarias para que, de un golpe de vista y con la claridad y precisión debidas, vean los distintos gravámenes que a las respectivas fincas afectan en sus diversas modalidades.

Por lo que atañe a las restantes Resoluciones, la de 9 de Febrero de 1898 reputó defecto subsanable el no constar, por modo inequívoco, en la escritura de préstamo hipotecario, si la obligación subsidiaria para el pago de costas, daños y perjuicios en su caso, hasta la suma de 10.000, constituida por el prestatario, a favor de dos acreedores, por cantidades distintas y garantizada con hipoteca de una de las fincas, se refiere en toda su integridad a uno solo de los tales acreedores o a los dos, y en qué proporción, ya que nada se indica sobre tan interesantes extremos, pudiendo

esa omisión o falta de claridad, a juicio del Centro directivo, ser inductiva de error y causar perjuicio al tercer adquirente de la finca hipotecada en tal forma, en el supuesto de que se hubiese pagado, por virtud de reclamación judicial, la total cantidad que por los referidos conceptos de costas, daños y perjuicios gravan la finca a tales efectos hipotecada, y pretendiera el deudor, como consecuencia de ello, la cancelación del respectivo gravamen hipotecario, sin que se hubiese procedido a la efectividad de las cantidades prestadas por ambos acreedores, siendo así que cada uno de ellos está facultado para ejercitar por su parte y con separación del otro la acción correspondiente.

Tratándose de las demás invocadas Resoluciones concernientes a los casos de hipotecas en garantía de obligaciones mancomunadas de préstamos, ya por parte de los acreedores, cuando varios conjuntamente prestan cantidades en una misma escritura, ya por la de los deudores, si existiendo pluralidad de los mismos, constituyesen aquéllas sobre una finca, reputamos inconcusa la doctrina del Centro directivo sobre la materia, estando, ¿y cómo no?, informada en la letra y espíritu del artículo 9.<sup>º</sup>, número 2.<sup>º</sup> de la ley Hipotecaria, en el que se traduce el cardinal principio de especialidad, en cuanto uno de los básicos de aquel organismo legal, al requerir, por modo imperativo, como una de las circunstancias de la inscripción, la extensión de cualquiera especie de derecho que se inscriba.

A parte de tan racional fundamento, de suyo suficiente a justificar la exigencia legal de especificar la extensión del respectivo derecho real que la hipoteca lleva aparejada, se incrementan por modo tal las disponibilidades económicas de la propiedad inmueble, para no caer en las garras de la usura, ni ser víctima de las inmoderadas y exorbitantes exigencias del acreedor, según se lee en monumental exposición de motivos de la ley Hipotecaria.

Volviendo al punto de partida, en cuanto a la necesidad legal de la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre varias fincas a favor de distintos acreedores, así como a la misma necesidad legal de determinar la parte de crédito correspondiente a cada acreedor, la doctrina definidora de las precitadas Resoluciones es terminante, categórica y explícita, sin dejar margen a linaje alguno de duda ni a distingos bizantinos. Así la Reso-

Resolución de 18 de Julio de 1902, a base de la distinción entre las obligaciones personales de carácter mancomunado y el derecho real de hipoteca que en garantía de aquéllas se constituye, declara que, aun cuando el derecho de los acreedores hipotecarios comprendidos en una escritura, de la cual resulta haber aquéllos entregado conjuntamente a un común deudor una cantidad determinada, a título de préstamo con garantía hipotecaria, se halla regulado por el artículo 1.138 del Código civil, ello, no obstante, como quiera que la extensión de la hipoteca a favor de cada uno de los tales acreedores no está determinada, la omisión de esta circunstancia, que necesariamente debe reflejar en el Registro, constituye un defecto, con arreglo a lo preceptuado en el artículo 21 de la invocada ley Hipotecaria, en relación con lo dispuesto en el número 2.<sup>º</sup> del artículo 9.<sup>º</sup>

Idéntica es la declaración que se hace en las Resoluciones de 28 de Marzo de 1903, 14 de Diciembre de 1912 y 22 de Marzo de 1915; estando concebido el fundamental considerando de la segunda de aquéllas, que invocada queda, en los siguientes términos: «Considerando que no puede hacerse por ello la declaración que solicita el recurrente de hallarse extendida la escritura de que se trata con sujeción a las prescripciones legales, tanto más cuanto que no se expresa tampoco la cuantía o parte que en la hipoteca corresponde a cada uno de los acreedores, infringiéndose lo dispuesto en los artículos 9.<sup>º</sup>, número 2.<sup>º</sup>, y 21 de la ley Hipotecaria, que exigen se haga constar en la escritura la extensión del derecho inscribible, requisito aun más necesario para el caso de que alguno de los acreedores quisiera ceder o subhipotecar el suyo, con independencia del otro acreedor.»

Por lo que concierne a la tercera Resolución, finalmente citada, en la cual se trataba de varios condueños o copropietarios que, en garantía de un préstamo, hipotecaron una casa, el Centro Directivo, de perfecto acuerdo con la Resolución de 26 de Junio y 27 de Diciembre de 1909, denegó la inscripción del respectivo título, por el defecto de no distribuirse la parte de capital prestado y la del crédito supletorio por costas, que correspondía a cada participación de los deudores en la tal finca; fundamentando tal doctrina en consideraciones tales como las de que habiendo contraído los referidos deudores obligaciones mancomunadas y no

solidarias, era inexcusable la constatación en la escritura de la responsabilidad especial que por capital, intereses y costas ha de gravar a cada una de las porciones alícuotas o ideales atribuídas a los distintos condeños, cual si de hipotecas diferentes se tratara.

En esta Resolución se citan como fundamentos legales, todos de congruente aplicación por el Centro directivo, los artículos 399, 1.137, 1.138 y 1.880 del Código civil; 119, 120, 123, 125 y 238 de la ley Hipotecaria; 99 y 100 del Reglamento antiguo para la ejecución de ésta, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Noviembre de 1895 y la Resolución de Junio y 27 de Diciembre de 1909.

Y no se arguya—queremos salir al paso de todas las objeciones—ni con el artículo 122 de la Ley, que tiene como excepciones las ya expresadas de los artículos 123 y 124, cual expuesto dejamos, ni con el 121 de la propia Ley, que si bien ordena que lo dispuesto en el artículo 120 se entenderá sin perjuicio de que, si la hipoteca no alcanzare a cubrir la totalidad del crédito, puede el acreedor repetir por la diferencia contra las demás fincas hipotecadas que el deudor conserve en su poder, pero sin prelación, en cuanto a dichas diferencias, sobre las que, después de inscrita la hipoteca, hayan adquirido algún derecho real en la misma finca, toda vez que ese superávit o exceso de valor de las fincas hipotecadas, que rebasa el límite de la especial responsabilidad hipotecaria a las mismas fijada, no tiene trascendencia real o inmobiliaria que la hipoteca de suyo entraña, según así lo tiene declarado el Tribunal Supremo de 9 de Noviembre de 1881, quedando la parte de crédito a cuya efectividad no alcanzó la hipoteca en la categoría de crédito escriturario, y no privilegiado, como el hipotecario, pudiendo acudirse, para más ampliaciones, a la obra escrita en colaboración con el Sr. Beraud, sobre Derecho inmobiliario, y debiendo agregar a los razonamientos allí expuestos en pro y en contra de tal tesis, el argumento que deriva de la entraña del propio artículo, en orden a que el derecho del respectivo acreedor a repetir por la mencionada diferencia o déficit contra las demás fincas hipotecadas, sólo es reclamable en caso de que éstas se conserven en poder del deudor; lo cual no ocurriría si aquel derecho supletorio ostentase la índole jurídica de hipotecario, en

cuyo caso, aun cuando pase a terceros poseedores como garantía que es de naturaleza eminentemente inmobiliaria, siguiendo a la finca como la sombra al cuerpo, mantéñese vivo el derecho real respectivo (artículos 126 y 134 de la ley Hipotecaria).

Sirva esto de contestación a quienes puedan abrigar dudas sobre la verdadera doctrina jurídica, dentro del sistema de principios de nuestro sistema hipotecario, que no dió carta de naturaleza a la hipoteca solidaria, como en Alemania, y que subordinó la integridad o indivisibilidad limitada a la divisibilidad o distribución de la responsabilidad hipotecaria.

Esto, por lo que concierne a la hipoteca, cuando existe un solo acreedor o deudor; pues si de varios acreedores o deudores se trata, aquella integridad o indivisibilidad limitada tan sólo se concibe respecto a cada una de las hipotecas independientes y separadas, correspondientes a las partes en que la obligación mancomunada se divide.

Mas entiéndase bien—y error notorio fuera creer lo contrario— que no obstante disponer el artículo 1.138 del Código civil que si del texto de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirían divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de los otros; tratándose de la hipoteca constituida en garantía de tales obligaciones, hay necesidad inexcusable de distribuir el gravamen hipotecario en tantas porciones cuantas sean los acreedores y deudores, considerándose hipotecas distintas, aunque recaigan sobre una sola finca, que en tal supuesto se entenderá hipotecada en porciones ideales, constituyendo una comunidad de derechos reales de hipoteca, mancomunada, como tal, en el artículo 392 del Código civil, y pudiendo cada condeño hipotecar su parte ideal, cuantitativamente determinada, al amparo del artículo 399 del propio Cuerpo legal.

La razón fundamental de que la hipoteca sobre las porciones alicuotas de la finca hipotecada en garantía de varios acreedores, resultantes de una obligación mancomunada, se divida en tantas hipotecas cuantos sean aquéllos, surge de la exigencia de la regla segunda del artículo 9.<sup>º</sup> de la Ley, y sus concordantes, los 21 y 130 de la misma, de determinar por modo explícito, terminante e inequívoco la extensión del derecho real de hipoteca, que aun

cuando accesoria de la obligación principal, tiene, no obstante, vida propia, regulándose su virtualidad y efectos por las prescripciones de la ley Hipotecaria, que quedó subsistente y en todo su vigor por el artículo 608 del Código civil; a cuyo tenor, «para determinar los títulos sujetos a inscripción o anotación, la forma, efectos y extinción de las mismas, la manera de llevar el Registro y el valor de los asientos de sus libros, se estará a lo dispuesto en la ley Hipotecaria»; el cual artículo fué interpretado con aplicación a un caso análogo por la Dirección general de los Registros y del Notariado, en el sentido que de su literal contexto, con claridad meridiana, se desprenden, en Resolución de 18 de Marzo de 1894.

Si tras lo que expuesto queda de tan incontrastable evidencia, aun hay quien o quienes, no obstante su cultura, a dudar se atreven de que sea la de que se trata la única doctrina moldeada en los troqueles de nuestro vigente sistema hipotecario, alegando, al efecto, que no les cabe en la cabeza, a consecuencia de la confusión de conceptos hipotecarios, por nuestra parte tan definidos, ¿qué hemos de hacerle? Pensando en que Dios dejó entregado el mundo a las disputas de los hombres, que discuten hasta lo indiscutible, y los postulados, no nos resta más que recomendar a los que en tal situación se hallen, que mediten serenamente y sin dejarse sugestionar por un mal entendido amor propio, que es siempre mal consejero, sobre la sana doctrina propugnada, que, como tal, obtuvo la reiterada consagración del Centro directivo, en cuanto que con una tal meditación conjurarán falsos espejismos y lograrán que la luminosidad de la verdad legal disipe las nebulosidades que hoy envuelven su clara inteligencia en el punto concreto de referencia, tan diáfano de suyo en la dogmática hipotecaria y en la práctica racional, dentro del funcionalismo del Registro inmobiliario.

Por otra parte, sin contar con la reconocida autoridad científica y moral que aparejada llevan las Resoluciones del citado Centro directivo, no sería obra de prudencia dejar de rendir tributo a la doctrina que entrañan, por modo tan concienzudo definida.

MANUEL LEZÓN.

Registrador de la Propiedad

# Las conferencias del Dr. Ferrara

Por la fama de que venía precedido el sabio profesor de la Universidad de Florencia y por lo interesante de las materias expuestas, las seis lecciones que el doctor Francesco Ferrara explicó desde el 14 al 20 del pasado mes de Abril en nuestra Universidad Central, han merecido una atención y recibido una publicidad que honra tanto a la Prensa española como al catedrático italiano.

Más afortunados que nuestros colegas, por hallarnos en posesión de notas que el propio autor ha redactado, comenzamos en este número la publicación de las magistrales conferencias, añadiendo a la traducción algunas observaciones que juzgamos de indiscutible pertinencia.

## I

### INCAPACIDAD NATURAL E INCAPACIDAD LEGAL PARA CONTRATAR

Una de las cuestiones más debatidas es la de si, al lado de una incapacidad legal para contratar, existe también una incapacidad natural y en qué sentido, así como con cuáles efectos. La duda nace del sistema deficiente y defectuoso que tienen los códigos de tipo latino, incluso el español, en los que falta una teoría general del negocio jurídico.

En verdad, nuestra ley establece causas taxativas de incapacidad.

El artículo 200 dice que están sujetos a tutela los menores no emancipados, los locos o dementes, aunque tengan intervalos lucidos, los sordomudos analfabetos, los declarados pródigos en ren-

tencia firme y los que estuviesen sufriendo la pena de interdicción civil.

Después, el artículo 1.263 declara que estas personas no pueden prestar consentimiento, es decir, son incapaces para contratar, y, por lo mismo, si cierran un contrato, tal contrato se halla viciado de nulidad y la acción para anularlo dura cuatro años (artículo 1.301).

Estas causas de incapacidad no se apoyan en el mismo fundamento: ya presupone la ley un imperfecto desenvolvimiento físico y mental de la persona, como en la *edad*; ya se halla movida por la consideración de una anomalía psicológica, como en el caso de demencia; ya se trata de una razón penal, como en el caso de interdicción, o de una protección a la familia, como en el de prodigalidad; pero todas estas razones son en cierto modo independientes del estado de incapacidad en cuanto la persona legalmente incapaz se encuentra en un estado permanente de incapacidad, aunque por casualidad hubiesen cesado en *un caso concreto* las causas que la determinan.

Así, un loco que haya recobrado el uso de la razón será incapaz para contratar, mientras no se revoque la declaración judicial de incapacidad, como será incapaz un joven de veintidós años y once meses, si bien podemos imaginarnos que a dicha edad ya ha alcanzado su pleno desarrollo intelectual. Luego pueden existir personas legalmente incapaces que, no obstante, sean naturalmente capaces para consentir. Pero la cuestión que ahora planteamos es la inversa. Las personas que, según la ley, son capaces, ¿pueden ser naturalmente incapaces para contratar? Por ejemplo, si una persona se vuelve loca de repente, si un individuo obra bajo la influencia de una sugestión hipnótica, o se encuentra en estado de embriaguez, y celebra un contrato, el contrato ¿es válido, anulable o radicalmente nulo?

La ley no responde a esta pregunta y, de la particularidad de ser la incapacidad un estado excepcional y la capacidad la regla, se debería concluir a primera vista que el contrato ha de tener eficacia. Pero esto nos llevaría al absurdo. De aquí que la doctrina dominante en varios países reconozca una doble forma de incapacidad, natural y legal. Es preciso, sin embargo, que nos entendamos sobre el significado de esta antítesis, partiendo del siguiente

concepto : la capacidad jurídica es la *cualidad jurídica para actuar*, mientras la llamada capacidad natural consiste en la *aptitud natural para querer*, y es una condición de hecho. Normalmente, la capacidad y la incapacidad legales coinciden con un estado de hecho correlativo, pero pueden existir con independencia del mismo.

No obstante, cuando la persona por sus condiciones psíquicas se encuentra en estado de inconsciencia, en la imposibilidad de comprender y de querer, no puede realizar una declaración válida de voluntad, porque falta un elemento esencial al negocio jurídico.

El contrato otorgado es inexistente.

El argumento principal sobre que se apoya esta doctrina es el concepto mismo de negocio jurídico, el cual debe contener una declaración de voluntad, y en el Código civil español tal principio tiene un sólido fundamento.

El artículo 1.261 contiene una fórmula enérgica : «No hay contrato sino cuando concurren los siguientes requisitos : 1.º El consentimiento de los contrayentes ... ». El consentimiento es el elemento constitutivo del contrato. Probado, pues, que por el estado psíquico del agente no era posible que éste tuviese la capacidad volitiva, que pudiese manifestar su consentimiento, la consecuencia ineludible es la *inexistencia* del negocio, la inexistencia del contrato que sólo en apariencia se ha formado.

Todo esto no tenía necesidad de ser expresamente formulado por el legislador, puesto que es una consecuencia de premisas generales.

Puede surgir un obstáculo de lo que la ley dispone en materia de testamentos. El artículo 663 dice que es incapaz de testar el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio.

De aquí se podría argüir que si la ley ha tenido en cuenta el estado mental (fuera de los casos de declaración legal de incapacidad) tan sólo en materia de testamentos, esto significa que ha tratado de excluirlo en los demás supuestos. Pero debe replicarse que el artículo 663, lejos de constituir una excepción en el sistema, encuentra su correspondencia en la fórmula del artículo 1.261, que exige el consentimiento como uno de los elementos del contrato.

Se trata, pues, de un defecto de sistemática del Código, en la

formulación de principios que no puede constreñir al intérprete a admitir una solución diferente.

Superada la cuestión de principios, intentemos precisar el ámbito del instituto, poniendo en parangón las dos figuras jurídicas y señalando sus diferencias.

Incapacidad natural e incapacidad legal difieren :

1.<sup>o</sup> En su razón o fundamento justificativo.

La incapacidad natural deriva de la falta absoluta de uno de los elementos esenciales, a saber : *la voluntad y conciencia del agente.*

La incapacidad legal depende directamente de las disposiciones de la ley, que por consideraciones especiales la establece respecto de diversas personas y ciertamente por razones distintas de la aptitud para querer, como en el caso de la mujer casada y del quebrado.

La una es un *estado de hecho* ; la otra, un *estado de derecho*. La incapacidad legal tiene un carácter permanente, mientras la incapacidad natural puede subsistir de un modo transitorio o por razones accidentales.

Pero la antítesis entre capacidad natural y legal no puede significar que la una se halle *fuera de la ley* y la otra *en la ley* ; las dos son legales en el sentido de que son declaradas y presupuestadas por el legislador. La diferencia está en que la incapacidad legal depende directamente de la ley y sólo indirectamente de las condiciones de hecho, mientras la incapacidad natural depende directamente de las condiciones de hecho y sólo indirectamente de la ley.

2.<sup>o</sup> *En los efectos.* Una segunda diferencia se pone de relieve en los efectos.

La incapacidad natural se opone a la formación del negocio jurídico, hace *inexistente* el acto y la inexistencia puede ser invocada sin restricción por cualquiera que en ello tenga interés. En cambio, la incapacidad legal vuelve al negocio simplemente *anulable* y la acción relativa de nulidad dura cuatro años. Además, el negocio absolutamente nulo, no es susceptible de confirmación o ratificación (artículo 1.310), mientras el negocio anulable puede ser convalidado.

El Código civil español, en la teoría de la nulidad, sigue al Código francés y refleja su deficiencia técnica en la materia.

Realmente, la acción de nulidad, regulada en los artículos 1.300 y siguientes, es una acción anulatoria, una acción para hacer anular el contrato que existe *en sí*, aunque viciado.

Pero del mismo Código español se puede inferir la teoría de la inexistencia absoluta del contrato y precisamente del citado artículo 1.300, a cuyo tenor los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1.263 pueden ser anulados, de donde se puede argumentar que si los contratos no contienen los requisitos esenciales, no son contratos, no han nacido, no han venido a la existencia. El contrato tiene una configuración exterior, pero no una realidad intrínseca. Y, por lo tanto, un contrato sin consentimiento, un contrato sin objeto, sin causa, es un *no-contrato*, falta una acción. La ley misma reconoce esto en un caso particular (artículo 1.305), en el caso de que la nulidad provenga de ser ilícita la causa o la obligación del contrato al preceptuar que los contratantes carecerán de toda acción entre sí. Ahora, lo mismo debe decirse cuando el consentimiento proviene de un loco o de un idiota, en cuyo supuesto ninguna de las partes puede hacer valer una acción *ex-contractu*, y, por el contrario, cualquiera de ellas puede impetrar el auxilio de la autoridad judicial, para hacer constar la inexistencia del contrato.

3.<sup>o</sup> *En la prueba.* Aquí se manifiesta la profunda divergencia de ambos institutos.

Mientras la incapacidad legal constituye un *escudo seguro de protección del incapaz*, por cuya virtud los contratos por él celebrados en estado de incapacidad son anulables en su propio interés, en la incapacidad natural será necesario probar que el contrayente, en el momento en que contrataba, se hallaba en un estado psicológico que excluía la voluntariedad y la conciencia de sus actos. Prueba difícil y que constituye, en cierto modo, un obstáculo a la posibilidad de que los contratos sean anulables. Y en este sentido resulta infundado el temor de los que niegan la existencia de una incapacidad natural, afirmando que el admitir una acción de nulidad fuera de las expresas disposiciones legales, engendraría un peligro para la seguridad del comercio y la estabilidad de las convenciones.

No hay ningún peligro, porque la impugnación del contrato por falta de voluntad debe ser robustecida con una prueba cierta de que el sujeto, cuando contrataba, se hallaba en condiciones tales que excluían su libre consentimiento.

Veamos ahora el campo de aplicación de esta incapacidad natural, esto es, en qué casos puede aplicarse la doctrina.

El principio regulador es éste: se precisa que el sujeto contratante se encuentre en la imposibilidad de manifestar una voluntad consciente, se halle en un estado de perturbación psíquica que excluya su voluntad y su conciencia.

Estos supuestos son varios. En primer término, estados de locura o de idiotismo del sujeto, que, sin embargo, no ha sido declarado incapaz ni sujeto a tutela. Nótese que no basta una simple bizarría de carácter, o extravagancia, originalidad o desequilibrio del sujeto para excluir su voluntad y hacer declarar nulo el contrato. Es indispensable una verdadera perturbación cerebral.

Pero no es necesario que la enfermedad mental sea permanente o habitual, porque puede ser transitoria y provocada por un súbito acceso de locura. Todas las formas variadas van aquí comprendidas, sea la demencia o el idiotismo, como también la sordomudez, aunque el sordomudo sepa leer y escribir, la ceguera de nacimiento no acompañada de conveniente educación y tal que haya detenido el desenvolvimiento del nacido ciego.

Son importantes los estados transitorios de perturbación psíquica que anulan la conciencia: así el caso de delirio, fiebre, envenenamiento por cocaína y otros semejantes.

Son interesantes los casos de monomanía o ideas fijas, delirantes, en los que el sujeto, en apariencia normal, pierde la conciencia de sus actos, si se halla bajo la sugestión de la idea delirante. Para examinar la eficacia del contrato es preciso apreciar si su contenido está en dependencia o conexión con la idea fija, y, por consecuencia, es una derivación de la anomalía de su espíritu. De suerte que la misma persona puede casi simultáneamente celebrar contratos nulos o válidos, según que se subordinen o no a la forma de su demencia.

Un importante grupo de anomalías psíquicas se enlazan con el sonambulismo y la sugestión hipnótica. El sujeto pasivo puede sufrir, hállese o no dormido, la sugerencia de otro, ser subyugado

y resultar esclavo de la voluntad ajena. Ahora bien, en tal período de encadenamiento psíquico y de abulia, el sujeto paciente obra como un verdadero autómata, y, por lo mismo, no puede ser responsable de sus actos, ni en el sentido civil ni en el penal. Los anales de la jurisprudencia nos dan ejemplo de testamentos, letras de cambio y liberalidades cumplidas bajo el efecto de sugerencias hipnóticas.

Otros casos se refieren a la embriaguez. Pero en la embriaguez es necesario distinguir diversos estados: un primer período de hilaridad, constituido por una excitación y exaltación de las facultades psíquicas que no es causa perturbadora de la voluntad y conciencia; un segundo estado de embriaguez completa, que se caracteriza por la obnubilación y desorientación de las facultades intelectuales, y un tercer estado de embriaguez profunda, en el cual el sujeto queda inerte e incapaz de querer y de actuar. Este último período nada nos interesa. El que interesa es el intermedio, Ahora, si se ha hecho firmar un contrato a un sujeto en estado de embriaguez, y posiblemente con dolo por parte del otro contratante que lo ha inducido a cerrar el negocio (que con serenidad de espíritu no habría celebrado), el contrato es nulo.

Ultimamente debemos considerar *las pasiones*. Normalmente, puede decirse que el estado pasional no priva al sujeto de la voluntad y de la conciencia, aun cuando las perturbe gravemente: la ira, los celos, el amor, no impiden que las personas contraten válidamente. Pero debe tenerse en cuenta que las pasiones pueden llegar a tal grado de paroxismo en un momento dado que constituyan una demencia pasajera, y resultaría atrevido en tal hipótesis afirmar que los actos realizados bajo el acceso pasional no pueden ser afectados en su validez por el mismo. Por lo demás, se observa que con la pasión puede estar asociada una perturbación psíquica, una idea fija, y entonces esta exaltación morbosa ha de ser tratada como todos los estados patológicos del espíritu.

Una última observación en orden a la prueba. El estado de inconsciencia o de incapacidad volitiva puede ser demostrado por cualquier medio, con testigos o presunciones, sin limitación de ninguna clase, a pesar de que el negocio se haya hecho constar en escritura privada o en documento notarial. Ni es necesario impugnar como falso el instrumento público, por más que el Notario

haya dado fe de la capacidad natural de las partes contratantes. La razón es obvia. La afirmación del estado mental no entra en las facultades del Notario, porque éste no expide certificados de integridad mental a los contratantes, sino que debe consignar solamente las declaraciones que se le hacen o los hechos que en su presencia sucedan, y, por esto, la autenticidad del acto rogado no se extiende a la calificación de las condiciones de espíritu de los otorgantes.

### Observaciones

El indudable interés de la discriminación que el profesor Ferrara estudia en esta conferencia, no ha de impedirnos formular algunos reparos a la doctrina desde el punto de vista español.

Sin tratar de disculpar la deficiente sistemática de los Códigos latinos, hemos de advertir que en el fondo coinciden con las leyes modernas redactadas después de un profundo estudio de las instituciones.

Frente a un período biológico de duración determinado y a los estados patológicos de cierta permanencia que provocan la intervención de las familias y del Estado para tutelar la persona y bienes del incapaz, y en un plano que corresponde más bien al tratado de los actos jurídicos que al de las personas, se colocan las situaciones pasajeras que privan al sujeto jurídico de la conciencia o de la voluntad.

En nuestra técnica podemos distinguir capacidad jurídica (sujecitividad de derecho), de capacidad de obrar (posibilidad de engendrar obligaciones), y dentro de ésta última, la capacidad de actuar (facultad de realizar actos jurídicos).

Como la palabra *capacidad* indica más bien una posibilidad permanente, y en cierto modo abstracta, que un estado momentáneo o transitorio no enfilamos en la misma línea la incapacidad legal y la de hecho mas que en cuanto ambas influyen en la teoría del consentimiento.

Es decir, que en vez de distinguir incapaces legales (menores, incapacitados), incapaces de hecho (los que no pueden prestar consentimiento) e incapaces legales y de hecho (los que además de estar declarados incapaces no tienen, en un momento dado, íntegra conciencia y voluntad normal), venimos a reconocer que no pue-

den prestar su consentimiento los incapacitados general o especialmente (bien *ex ministerio legis*, bien por declaración judicial) y las personas que carezcan o se hallen perpetua o momentáneamente privadas de sus facultades mentales o volitivas.

El trato de ambos grupos, abstracción hecha de la prueba, resultará, por lo tanto, muy parecido en el derecho de obligaciones, cualesquiera que sean las profundas diferencias que en el ordenamiento jurídico de la personalidad se encuentren y los efectos que el Sr. Ferrara pone de relieve (anulabilidad en el caso de *incapacidad legal* e inexistencia en los supuestos de *incapacidad natural*) no se derivarán, tanto de la antítesis examinada como de la gravedad misma del defecto, es decir, de la falta absoluta de consentimiento.

Para nosotros, los contratos celebrados por un epiléptico, monomaníaco, histérico, sonámbulo, neurasténico, delirante, borracho, morfinómano, febricitante, hipnotizado o persona en estado mediumnico, lo mismo que los actos otorgados por un menor o incapacitado legalmente, pueden ser *anulados* con sujeción al artículo 1.300 del Código civil, si estamos en presencia de un consentimiento viciado, o *declarados inexistentes* con arreglo a los artículos 1.261 y 1.310 si falta en absoluto el consentimiento.

No nos atrevemos a sostener que la incapacidad legal lleve consigo, como presunción *juris et de jure*, la incapacidad natural, y que, para impugnar los contratos celebrados por un incapaz legal, exista siempre, al lado de la acción de anulabilidad regulada por los artículos 1.300 y siguientes, la acción de nulidad por inexistencia a que se refiere la doctrina del Tribunal Supremo sobre el artículo 1.261 (por ejemplo, el fallo de 25 de Abril de 1924).

Esta solución es contraria a las sentencias de 31 de diciembre de 1896, 14 de Mayo y 17 de Junio de 1904, 25 de Junio de 1908, 6 de Marzo de 1909 y 3 de Julio de 1923, y a la opinión de los autores, porque entre nosotros no ha arraigado la idea de que los artículos 1.301 y siguientes concedan una acción rescisoria de más fácil manejo que la de nulidad, pero que, por ser un beneficio otorgado a los incapaces, no impide nunca el empleo del último remedio.

Caso, pues, de admitir las acciones de inexistencia como independientes de la acción de anulabilidad, no otorgaremos aquéllas exclusivamente a todos los incapaces naturales, sin distinción, y

ésta, a los incapacitados legalmente, porque entonces, el demente no declarado tal, sería de mejor condición en cuanto al plazo para ejercitar la acción que el inhabilitado, con arreglo al artículo 218 del Código civil, sino que examinaremos, en cada hipótesis, los elementos esenciales del contrato para determinar si el consentimiento existe, aunque viciado, o no existe por absoluta imposibilidad de actuar jurídicamente.

En la jurisprudencia italiana la cuestión es de las más discutidas, y entre la opinión de Giorgi, que admite la incapacidad natural como contrapuesta a la legal (Oblig. IV, párrafos 3 y sig.), y la de Fadda-Bensa, que reconocen ser las acciones de inexistencia las únicas posibles cuando no hay precepto legal expreso que permita la impugnación (Com. a Winscheid-I, nota 6), encontramos a Cimbali y Capitant, que, siguiendo a Aubry y Rau, unifican la materia y conceden a los incapaces tan sólo la acción de anulabilidad correlativa a la desenvuelta en los artículos 1.300 y siguientes del Código civil español.

En nuestra humilde opinión, los casos prácticos de explotación de la debilidad mental sin tutela, por ir casi siempre acompañados de mala fe o dolo, caerán dentro del artículo 1.301 del Código civil, y los supuestos de incapacidad absoluta, natural o legal, se regularán por los artículos 1.261 y 1.310 como actos inexistentes.

En cambio, el demente, como cualquier inhabilitado por auto del Juez, gozará del beneficio del artículo 1.301, aun cuando haya contratado en un intervalo lucido, y no necesitará otra prueba que la de hallarse declarado incapaz. Esto es aplicable a todos los demás casos aludidos en que la obnubilación o la pérdida de las facultades mentales es pasajera.

Un campesino, después de numerosas libaciones, vende y entrega la vaca amarrada a la puerta de taberna a un vecino que le ha ayudado con mayor aplomo en la *liquidación* del precio. Al día siguiente la echa de menos en el corral, recuerda fácilmente lo ocurrido, cuenta el dinero que le ha quedado en el bolsillo, y en vez de reclamar amistosamente, o ejercitar la acción judicial, deja transcurrir los cuatro años. ¿Por qué no hemos de suponer que ha confirmado el contrato o ha renunciado a la acción de anulabilidad?

¿Acaso le hemos de proteger más que al mozarbete aficionado al

champagne que, con ilusiones de colegial, coloca su sortija en el pulido anular de una estrella de cabaret?

Ahora bien, si la voluntad falta por completo, el contrato carecerá del requisito esencial del consentimiento, y tanto la venta del viejo, como la donación del joven, no existirán.

Así se deduce de la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Diciembre de 1907, que sostiene, equiparando la embriaguez y la locura alejadas en el pleito, que, por no hallarse el otorgante en la plenitud de sus facultades intelectuales, *por una u otra causa*, no existía el consentimiento, sin que por hechos posteriores pueda entenderse aquél suplido ni confirmado el contrato.

En cuanto a la frase de que la apreciación del estado mental no entra en las facultades del Notario, es necesario entenderla *cum grano salis*. Es natural que la afirmación de la *capacidad legal*, para celebrar el acto o contrato, puede no ajustarse a la situación jurídica del otorgante, por ignorar el fedatario que aquél se halla legalmente incapacitado, o por no responder la apariencia al verdadero estado patológico, pero el Notario tiene obligación de cerciorarse de que la conciencia, libertad, voluntad, discernimiento y seriedad de los contratantes, son, *a su juicio*, los requeridos por la ley para formalizar el acto o contrato.

La fórmula notarial cubre, por lo tanto, un baluarte muy difícil de asaltar con la prueba no auténtica, y así lo reconoce la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Marzo de 1923, al afirmar que, si bien es exacto que el demandante ha sufrido trastornos mentales que no llegaron a constituirle en incapacidad, no se ha demostrado que, al solemnizar las escrituras, se hallase en estado de demencia, puesto que el Notario autorizante da fe de su capacidad, y esta declaración no se desvirtúa por los documentos unidos a la demanda...

JERÓNIMO GONZÁLEZ.

# La reforma del Código civil

La modificación del Código civil en materia de sucesión abin-testato es la ostensible manifestación, una más, de que nuestra técnica legislativa no se atreva con innovar el todo de la ley substantiva civil y va parcialmente abordando los puntos más enérgicamente reclamados por el movimiento de reforma en la doctrina y en la legislación.

El texto venerando del Código civil español ha permanecido in-cólume, salvo particularísimos retoques, hasta los días actuales, puede decirse que hasta el primitivo Real decreto llamado de inquilinato (21 de Julio de 1920); fué primero el Real decreto de 13 de Agosto de 1892, reformando en su artículo 12 el artículo 570 del Código civil; luego, la ley de 2 de Agosto de 1899, reformando el artículo 1.108; luego, la ley de 21 de Julio de 1904, reformando el artículo 688; el Real decreto de 7 de Diciembre de 1925, aprobando el Apéndice al Código civil correspondiente al derecho foral aragonés; el Real decreto sobre redención de foros, tan esperado; el Código del trabajo, y, por último, la trascendental reforma de los artículos 953, 954 y 955, que no será la final, pue-to que en el horizonte se anuncian diversos Decretos-leyes que han de alterar el régimen de los arrendamientos rústicos (como ya lo ha sido el de los urbanos) sobre propiedad de las aguas subterrá-neas, etc.

Hasta el Real decreto de inquilinato de 21 de Julio de 1920 eran las anteriores modificaciones, aisladas, sin la trascendencia necesaria para acusar la exigencia de reconstruir todo el edificio legal; pero hoy, que la desarticulación del mismo va a alcanzar fronteras lejanas y en que pronto secciones enteras del Código ci-vil habrán pasado al dominio de la historia del derecho español,

valía la pena de pensar en que así como pronto tendremos un Código penal y un Código de comercio novísimos, no menos imprescindible es la organización de la serie numerosa de trabajos que lleva consigo la aspiración que hoy se siente hacia un nuevo Código civil español.

Un culto compañero aborda en esta Revista (1) el porvenir del artículo 1.653 del Código civil tan directamente afectado por la reforma de la sucesión abintestato (2); pronto veremos que hay más artículos tocados de cerca por el Real decreto-ley de 13 de Enero último, que ello es lo de menos, porque no es sólo el articulado en lo que hay que pensar...

Efectivamente, el Real decreto-ley citado, obedeciendo a corrientes doctrinales bien conocidas, ha planteado no sólo la oscuridad que señala el articulista citado, sino otras más que vamos a indicar.

A partir del 1 de Julio próximo (fecha en que empieza a regir la reforma), los parientes más allá del cuarto grado no podrán pedir la declaración de ausencia ni la adopción de las medidas provisionales, quedando modificados a este respecto, el artículo 185 del Código civil en su número tercero; pero supongamos que, empezada a tramitar la declaración de ausencia por un pariente de quinto grado, llega la fecha de 1 de Julio, en que decaen los derechos de dichos parientes, sin que se haya dictado la declaración judicial pertinente, ¿podrá seguirse, a petición de dicho pariente de quinto grado, la tramitación del expediente? Faltan preceptos de carácter transitorio para decidir la cuestión, y sólo el Real decreto de 2 de Abril de 1924 puede favorecer su continuación de oficio al restringir las causas de suspensión del procedimiento a la de petición de suspensión solicitada especialmente por las partes.

La facultad que el artículo 214 concede a los parientes llamados a suceder abintestato al incapaz, también puede encontrar di-

(1) «La sucesión abintestato y el artículo 1.653 del Código civil», Enrique Taulet. (*REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, número 40.)

(2) Yo, ahora, tendré que declarar lo apartado de mi pensamiento, para sentir afán docente alguno al escribir estas líneas, así como la flagrante imposibilidad en que me encuentro para que nadie suponga pretendo ocupar el elevado sitio, ni adjudicarme la suficiente, ni siquiera aproximada, autoridad que el articulista invoca y solicita para tratar este tema.

ficultades si, solicitada la declaración de incapacidad, llega la fecha de vigencia de dicho Real decreto sin haberse resuelto aquélla; si damos por cierta la imposibilidad de seguir el expediente a petición del pariente de quinto o sexto grado, ¿cesará, en cambio, la incapacidad de éstos para deponer ante los Tribunales, según el artículo 217?

El artículo 245, inspirado aún en el viejo aforismo, de que donde está el beneficio de la sucesión debe estar la carga de la tutela, puede dar lugar tal vez a que, al cesar el motivo de excusa aleable derivado de la existencia de parientes de quinto y sexto grado, ahora excluidos del beneficio de la sucesión, pueda ser compelido el que no sea pariente del menor o incapacitado a entrar nuevamente en el ejercicio de la tutela, a tenor del artículo 266; igual razonamiento para el vocal del Consejo de familia, según el artículo 298.

La viuda que crea haber quedado encinta, y que aunque no tenga mucho interés en cumplir el artículo 959 y después el 961, y, sin embargo, ponga su creencia, o la proximidad del parto, en conocimiento de los parientes de quinto y sexto grado (que muy bien pueden estar entre los herederos abintestato, que tan gravemente pueden ser afectados por el nacimiento de un póstumo), si antes estos últimos podían esperar a realizar los trámites de su declaración como tales herederos en evitación de inútiles y gravosos dispendios, ahora, en cambio, tendrán que apresurarse a correr el albur de alcanzar su nombramiento de herederos, por obra del Juez, antes de que llegue la fecha de vigencia del Real decreto citado, a no ser que pensemos que si tal no hicieran, aun sería factible que después de primero de Julio próximo tuvieran facultad para solicitar la tramitación del abintestato, en el supuesto de que no llegara a nacer en condiciones viables el nuevo ser esperado, lo que no podemos patrocinar.

El artículo 1.653 del Código civil, que expresamente habla de los parientes en sexto grado, no hay duda que le contraría y modifica el artículo 954 tal como ahora ha quedado redactado.

Su etiología no puede extraviarse en complicadas disertaciones, pues tan evidente resulta por siempre la preocupación del legislador para consolidar los dominios (valga esta técnica), y así, en materia de retracto legal, se da preferencia a los del dominio di-

recto o útil sobre todos los demás y se apresuran y acucian las ocasiones de reintegrar al dominio cuantas se presenten.

Así, Sánchez Román (1) nos dice que el sentido y alcance de dicho artículo no han sido otros que los de preferir la consolidación en el señor directo del dominio pleno de la finca enfitéutica antes que pase dicho dominio útil al Estado por el llamamiento que de esta persona jurídica hace en último término para la sucesión intestada el artículo 913, pero nada más.

Es pueril pensar (añadiríamos) en el buen deseo del legislador de evitar a los establecimientos de beneficencia e instrucción los inconvenientes que la complicación de relaciones jurídicas del censo llevan consigo, como pensiones, tanto, comiso, etc.; nada hay que temer por ese lado, y el mismo Código civil da los medios para evitarlo. De poco serviría la precaución de la ley si el mismo enfitéuta dispusiere, como puede hacerlo, en virtud del mismo artículo 1.653, que su derecho pasara al Estado si no hubiera preceptos que están por encima de la supuesta cautela del legislador y de la misma voluntad del enfitéuta, que puede sobrepasarla; bastaría en la sucesión abintestada con que, en virtud del artículo 958, no se procediera a la declaración de herederos para adjudicarse el censo, si no le convenía tal cosa al Estado, y si era en la sucesión testada, la aceptación de la herencia es voluntaria y libre, y la aplicación de los artículos 993 y 994 liberan a esas entidades y al Estado de todas las contingencias. Lo más que puede pensarse es que los redactores del Código creyeron no interesaba, por regla general, a esos establecimientos el poseer censos, y derogaron a este respecto el orden del artículo 913 para dar satisfacción a su constante y buen deseo de reintegrar el buen dominio.

No hay tampoco en el precepto del artículo 1.653 nada que se le parezca a condición resolutoria tácita; todo aquello que produce efecto resolutorio no es condición; en el Derecho Romano mismo, según Brugi, ni siquiera la condición resolutoria expresa fué considerada como tipo de condición y ni la condición resolutoria tácita del artículo 1.184 del Código civil francés (equivalente al 1.124 del español) tampoco le parece a Plañoil que sea tal condición, y propone se la llame *action en resolution*. Pero, además, en

(1) *Derecho civil español común y foral*, tomo III, pág. 732.

el artículo 1.653 no se ve que se haya formado entre censualista y censatario relación sinalagmática en los casos en que el censo no se halla constituido por contrato, y aunque tal fuera su título constitutivo, no menos cierto es que el efecto producido por el artículo 1.653 no puede atribuirse a una voluntad concordada expresa o tácita de las partes ; aquí la declaración del efecto es obra de la ley, aunque pueda resistirla la voluntad del enfiteuta disponiendo en otra forma y malamente ante su silencio, podríamos suplir bien su voluntad con la declaración que el precepto legal hace.

Lá voluntad del señor directo sí que cabe suponerla igual al contexto de la ley ; pero no podremos imaginar que el silencio del enfiteuta pueda tener una análoga interpretación, aunque no la resista.

Mejor podríamos hablar de la revocación del derecho del enfiteuta con una finalidad especialísima que da lugar a una derogación transitoria del orden normal de sucesión abintestato que el Código civil tenga establecidos.

La adaptación del artículo 1.653 a los 954, 955 y 956, reformados, nos la da también claramente el pensamiento del mismo autor citado, Sánchez Román, cuando afirma que lo que quiso decir ese artículo 1.653 es que, en defecto de sucesión testada del enfiteuta o de personas comprendidas en los llamamientos que para la intestada, según el 913 y sus *concordantes* hace el Código (menos el Estado), vuelva la finca, ésto es, el dominio útil, al dueño directo en el estado en que se halle, si no dispuso de ella el enfiteuta en otra forma.

De modo y manera que se respetan las dos sucesiones del enfiteuta, testada e intestada, y sólo en defecto de ambas (menos la inclusión del Estado en esta última) se da el supuesto de la consolidación del dominio, que es la finalidad suprema del artículo de referencia ; y si el artículo 913 da el orden de suceder abintestato, los artículos *concordantes*, como el 954 reformado, nos dirá que del artículo 1.653 hay que eliminar los parientes de quinto y sexto grado que desde primero de Julio ya no sucederán abintestato, y, por otro lado, el artículo, también *concordante*, 956, aunque diga que a falta de personas que tengan derecho a heredar conforme a lo dispuesto en las precedentes secciones, heredará el Estado, el

mismo texto del artículo 1.653 aparta a este último del lugar en que le coloca el artículo 913 y su concordante 956.

No son muy grandes ni peligrosas las antinomias y oscuridades que el Real decreto de 13 de Enero último ha causado en la articulación del Código civil, y ello es lo menos grave.

Su base doctrinal acentúa la tendencia socializadora, o, por lo menos, intervencionista, del Estado, que aspira a ampliar la participación de éste en la sucesión, no por la vía impolítica y odiosa del impuesto, sino por otra menos visible en que el Estado, por derecho social, llega a absorber una buena parte del caudal hereditario; también, y esto como novedad, consagra el augurio de algunos escritores sobre el porvenir de la sucesión, al decir que ésta será tal vez corporativa o profesional, puesto que nos habla en el artículo 956 de instituciones de acción social o profesional de carácter público o privado, y entre las que prefiere aquellas a las que el causante haya pertenecido por su profesión y haya consagrado su máxima actividad, antecedente de lo cual teníamos ya, aunque no de carácter oficial, en el *Anteproyecto de Apéndice del Código civil para el Principado de Cataluña*, elaborado por los señores Romaní y Trías, y en el cual se contiene el artículo 721, en donde se dice que, a falta de consortes y colaterales hasta el sexto grado, sucederán las Corporaciones piadosas, caritativas, científicas y de auxilio mutuo a que el difunto perteneciere al tiempo de su muerte, concurriendo por igual en el caso de pertenecer a varias, y en defecto de ellas, sucedería el Estado en la forma que prescribían los artículos 956, 957 y 958 del Código civil; ratifica el carácter de heredero modal o fiduciario del Estado (aunque ello ya no se ve tan claro al destinar una tercera parte de la herencia a la Caja de Amortización de la Deuda pública), y aunque deja subsistente la negativa de que el Estado sea un heredero privilegiado o irregular, deja sentada la declaración de que se entenderá siempre aceptada la herencia a beneficio de inventario, sin necesidad de declaración alguna sobre ello, a los efectos del artículo 1.023.

Si la reforma que nos ocupa queda calibrada brevemente en los términos que anteceden, nuevamente volvemos a plantear la cuestión indicada al principio de este artículo; es hora ya de renovar el tema: ¿se va a la reforma integral del Código civil y en bloque, o se detiene el legislador en las inclusiones parciales, en los injer-

tos de sentido socializador y de avance del intervencionismo del Estado? ¿Es metódica y científica una renovación de la ley civil así realizada?

El procedimiento interpretativo o judicial para la renovación de los Códigos civiles, la interpretación por el magistrado que fuera por obra de la razón subjetiva logrando la máxima objetividad en la producción del derecho en cada caso (1) está en quiebra tanto doctrinal como prácticamente.

Aunque esta razón subjetiva de donde emana la interpretación judicial del texto legal aparezca condicionada y dependiente de la evolución de los pueblos y del orden de las cosas humanas, aunque sea poco semejante con aquella razón absoluta, libre de trabas, cuyo culto profesaban los teóricos del derecho natural, siempre tendríamos que el individuo tiene derecho a no obedecer ninguna regla que no exista todavía como voluntad actual manifiesta de la comunidad: el derecho debe ser positivo, o sea, debe estar puesto antes que aplicado: la razón subjetiva no es fuente del derecho.

Ihering, en su obra «La lucha por el Derecho», critica a Savigny porque idealiza; si, por una parte, el derecho es hijo de la sociedad en que vive, por otra es un elemento director de la propia sociedad; la omnipotencia legislativa es decisiva y la historia nos muestra que el derecho no progresa espontáneamente, sino venciendo obstáculos, luchando no sólo con la ignorancia, con la inexperiencia, sino con los intereses creados.

Prácticamente se afirma por Bulow que la ley es un plan por realizar, y que la práctica de este plan está en el intérprete, o, como dice Clemente de Diego, la interpretación tiende a sacar el total contenido de la ley, y, sin embargo, estos principios que pudieran servir y acoplarse a Códigos civiles de estructura flexible a las conveniencias y progresos de las nuevas direcciones jurídicas, como el suizo y el alemán, no tienen cabida en la anquilosa y casuística reglamentación de nuestro Código civil, en el que el arbitrio judicial poco o nada puede hacer: el derecho a la huelga, por ejemplo, está reconocido al obrero por la ley de 27 de Abril de

(1) La llamada escuela del derecho libre: Franz, Adickes-Zur Lehre von den Rechtsquellen. *Sobre la enseñanza de las fuentes jurídicas*.

1909; pero las anticuadas disposiciones del Código civil referentes al contrato de arrendamiento de servicios dieron lugar a que el Tribunal Supremo anulara lo que se ha creído una conquista del proletariado, declarando (Sentencias de 6 de Mayo, 14 y 29 de Octubre de 1919) que el anuncio de huelga no suspende las obligaciones procedentes del contrato de trabajo, y, por consiguiente, puede el patrono acordar la separación de los obreros huelguistas; en aspecto más técnico, pero no de menor trascendencia social, la jurisprudencia del Tribunal Supremo al interpretar confusamente y declarar con insistencia reiterada como precarios los casos de posesión sin título, ha motivado la última reforma del artículo 41 de la ley Hipotecaria, ya que por algo la posesión figura todavía en el articulado de nuestro Código civil, y por algo también, como dice un ilustre maestro, en contra de espíritus timoratos no será tan demagógico su mantenimiento en el derecho vivo, cuando el Código civil soviético de 1923 la suprime, y en cambio, Códigos burgueses como el alemán y el suizo, le conceden un lugar principal en su plan y remozan la teoría consagrando la tenencia que no sea pura y mera yuxtaposición local, como posesión amparada por el derecho.

Sería pedir demasiado que la jurisprudencia del Tribunal Supremo sacara todo el jugo posible al artículo 1.902 de nuestro Código civil, y que se pudiera desarrollar ampliamente la teoría del abuso del derecho, como así lo ha pensado Calvo Sotelo y le ha parecido también al gran Salvioli que podría lograrse del artículo 1.151 del Código civil italiano; las innúmeras peticiones de reforma que a los cuatro libros del Código civil se demandan no son alcanzables por la labor del intérprete; su impotencia se agigantaría si por ejemplo pretendiéramos lograr mediante ella se introdujera en nuestra patria la novísima teoría del *agobio del deudor*, cuyo sacrificio exorbitante puede llegar a equipararse a la imposibilidad jurídica que daría motivo para sustituir el cumplimiento de la obligación por otra equivalente, teoría que tan amplios desenvolvimientos ha tenido durante la última guerra europea y que el Código civil soviético la ha patrocinado en su texto, y no sabemos tampoco qué medios podría utilizar el intérprete para que, frente a textos legales prohibitivos, pudiera llegar a introducir la investigación de la paternidad, la concesión a la mujer del

derecho a disponer de los productos de su capital y su trabajo, etcétera.

El viejo encono a los Códigos de patrón napoleónico en especial que inició Pelerino Rossi, combatiendo el modelo que culmina, y ha terminado, puede decirse, con los conocidos trabajos de Vadalá-Papale (1), Cimbali (2), Salvioli (3), Charmont (4), M. Leroy (5), Menger (6), Raoul de la Grasserie (7), Cosentini (8), Daguanno (9), Valverde (10), Castán (11), etc., en suma, todo aquel amplio cauce por donde discurre lo por algunos mal llamado socialismo jurídico, y en el que se destacan el matiz igualitario o democrático y el intervencionista como rasgos verdaderamente comunes a todos esos escritores, muchos de los cuales nada tienen de socialistas, ha ido a desembocar en la vida jurídica por vía legislativa, y son leyes especiales y particulares las que pretenden remozar todo el vetusto edificio de los Códigos vigentes.

Se están elaborando *leyes de urgencia*, podemos decir; pero esas leyes no pueden quedar aisladas, y su substancia civil debe cristalizar creando situaciones nuevas que han de incorporarse en los Códigos civiles; luego tendremos que llamar a cónclave a todas esas leyes, civiles unas (como el citado Real decreto-ley de 14 de Enero de 1928), ya de carácter mixto (como la llamada legislación social) para cumplir algo parecido a lo que la base décima pedía para las también mal llamadas propiedades especiales y extraer de aquéllas lo que pudiere servir de base a sustantivos derechos civiles, cuando la obra debió ser a la inversa y dejar construí-

(1) *Il Codice civile italiano e la Scienza*, 1881.

(2) *La nueva fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali con proposte di reforma della legislazione civile vigente*, 1885. (Hay traducción española por F. Esteban García, 1893.)

(3) *Y difetti sociali del Codice civile*.

(4) *Les transformations du droit civil*, 1912.

(5) *Le Code civil et le droit nouveau*.

(6) *Il diritto civile e il proletariato* (traducción italiana de Oberster). Hay también traducción española.

(7) *Les principes sociologiques du droit civil*, 1908.

(8) *La reforma de la legislación civil*.

(9) *Génesis y evolución del Derecho civil*.

(10) *Derecho civil*, tomo I, págs. 23 y sig.

(11) *La socialización del derecho* (*Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, 1915, tomo CXXVII, pág. 278).

do un Código civil adaptable a las nuevas necesidades de bases elásticas y donde se contuvieran los fundamentos de las instituciones, que serán eternas por mientras la vida privada se halla regulada por el derecho; hacerlo de otro modo equivale a contrariar la obra de la codificación y a producir una serie interminable de oscuridades y antinomias legales, en las que el juzgador, con la mejor voluntad, puede extraviarse.

Ni siquiera son unos mismos los redactores que intervienen en la preparación de esas diversas leyes parciales, cuyo espíritu y estructura carecerá de la directriz y unidad indispensable en toda producción científica, resultando algo así como *un Manresa viviente* llamado a regir los actos de nuestra vida civil.

Lo urgente es la organización de una reforma integral del Código civil español, para lo que el tiempo no hay que escatimarlo si deseamos una obra bien lograda; veintidós años tardó la elaboración del Código civil alemán, y el Código suizo, modelo de concisión y apartado de generalizaciones y abstractas concepciones, rige desde 1 de Enero de 1912; pero su preparación la inició Huber, con carácter privado, nada menos que en los años 1886 a 1889 (1), y con carácter oficial en 1892 (2).

JOSÉ MARÍA FONCILLÀS,

Notario.

(1) Con su obra *System des schweizerisches Privatsrechts*.

(2) El Departamento federal de Justicia le encomienda la redacción de un proyecto de Código civil.

## Sobre la reserva de los artículos 968 al 980

Es la institución jurídica de que tratamos—muy discutida teóricamente y rechazada, con excepción de la nuestra, por las legislaciones positivas—una de las más estudiadas y más trabajosamente configuradas por la doctrina patria. Mas, siendo ciertamente esta reserva tema tan obsesionante por las dificultades que encierra su estudio, al que casi ningún autor patrio ha podido resistir, no parece sino que el descontento que generalmente produce su existencia en nuestro Derecho civil impele a no penetrar íntimamente la esencia de los fenómenos jurídicos a que la institución da lugar. Por ello, si bien es innegable que existen en la literatura jurídica española páginas verdaderamente magistrales sobre el asunto, no es menos cierto que éstas refiérense casi únicamente a aspectos parciales y que la totalidad de la reserva a que nos referimos aparece muchas veces desdibujada, borrosa, hasta el punto de que en algunas cuestiones—posición del reservatario, por ejemplo—parece que la doctrina patria no ha querido ocuparse del problema.

Cierto que la empresa no es fácil; los defectos de algunas de las construcciones intentadas así lo prueban. Por esto me limito a dar a las líneas que siguen el solo título de llamamiento a los juristas españoles para un mejor estudio de la institución.

Respecto al reservista, aparece como primera sugerencia, aparentemente justificada por un superficial examen de la posición de los sujetos de la relación, la afirmación de que el obligado a reservar no es propietario de los bienes reservables, gozando en ellos

únicamente un usufructo susceptible de transformarse en irreversible dominio, y existiendo la nuda propiedad en el reservatario. Mas esta opinión, que aparece defendida por ciertas sentencias del Tribunal Supremo (<sup>1</sup>), está hoy completamente abandonada; basta para hacerlo así construir conforme a ella la institución de que tratamos.

Antes de verificarse los supuestos de los artículos 968 y 980, que dan origen a la obligación de reservar, sería el viudo dueño absoluto, con pleno dominio; por el simple acaecimiento de los mismos, quedaría reducido a un mero usufructuario, pasando a los reservatarios la nuda propiedad, y ello sin que jamás hubiesen tenido éstos algún dominio en los bienes antes de que tales hechos se realizaran. Además, la concepción de que un mero usufructo, desprovisto del señorío que radica nudamente en otras personas, pueda convertirse en pleno dominio reabsorbiendo a la nuda propiedad, caso de muerte de los reservatarios, es tan absurda que difícilmente puede explicarse que haya sido algún tiempo aceptada.

Por otra parte, no hay en nuestro Código civil un solo artículo que abone tan extraordinaria construcción, de la que serían lógicas consecuencias la prohibición de enajenar en el reservista, y la facultad de verificar tales enajenaciones *de los bienes, particularmente considerados*, con derecho *en la cosa*, por los reservatarios, aunque siempre condicionando estos actos a la supervivencia suya al reservista. Y basta examinar los artículos 974 al 976 para comprender que aquí se trata de algo más que de un mero usufructo.

Por todo ello, pronto fué rechazada esta configuración por la doctrina: así Sánchez Román (Derecho civil, tomo VI, páginas 1.855 a 56), Manresa («Coms.», tomo VII, página 199) y la mayor parte de los autores españoles. Y este espíritu de crítica es el que inspira la sentencia de 6 de Julio de 1916 al expresar categóricamente que «falta toda analogía entre el reservista y el usufructuario», fundándose, como aquéllos, para tan absoluta afirmación, en la facultad jurídica del reservista de disponer «de los bienes inmuebles como dueño, con las limitaciones impuestas en

(1) 25 Mayo 1861; 16 Junio 1880; 22 Junio 1895; igualmente aparece en los románticos, aunque éstos sólo suelen insinuarlo al hablar de las segundas nupcias: Wiudscheid, Von Mayr, Sohm, etc.

los artículos 974 y 975, y enajenar eficaz y absolutamente los muebles sin más obligación que la de indemnizar conforme determina el 976».

El Sr. Valverde Maruri, en su obra «De los bienes reservables», escribe que «la verdadera naturaleza de las reservas es la misma que la del derecho sucesorio», consistiendo la especialidad de la reserva, respecto de la sucesión en general, en ser «un título más limitado, más circunscrito, pues solamente comprende la sucesión en determinados bienes, a título particular, como si la persona a cuyo favor se constituya sucediera en virtud de una manda forzosa impuesta al difunto por la ley». Pero esta afirmación, indiscutiblemente cierta, tiene de todo menos de solución a los problemas de la posición jurídica de reservista y reservatarios, cuya trascendencia es grande si se pretende resolver las dudas que pueden surgir en la práctica sobre garantías, efectividad, facultades de enajenar e hipotecar, etc., etc., cuya realidad muestra el más leve examen de la jurisprudencia sobre los artículos 968 a 980.

Dentro del campo del derecho sucesorio, Mucius Scaevola, si bien con referencia a la reserva extraordinaria del artículo 811 (1), escribe (Cod. civ. Com., tomo XIV, página 259) «que la institución de derecho más similar a la reserva lineal del 811 es la fideicomisaria, en cuanto es la misma la substancia de una y otra. En ambas, una persona tiene que reservar, o sea conservar y transmitir bienes hereditarios a otra persona. En este sentido, dicha reserva pudiera calificarse de *fideicomiso legal o forzoso*—impuesto por la ley—*resolutorio-condicional*, pendiente de la muerte del fiduciario o del fideicomisario, porque la muerte de uno o de otro produce su extinción». Mas esta opinión no puede tener, lógicamente, otro valor que el de expresar una comparación entre estas dos instituciones de derecho sucesorio, que surge indudablemente en Scaevola de la intuición de lo que hay indudablemente de común entre ellas, completamente distintas por todo lo demás: una limitación a la facultad de disponer, sobre la que luego he de insistir.

Indiscutiblemente, hay entre ambas instituciones tan fundamentales divergencias que no autorizan a ver en la afirmación otro

(1) Por la analogía entre los sujetos de ambas, toda la teoría cree aplicables los argumentos.

valor que el de una mera semblanza. Sin embargo, no basta decir, como hace De Buen (artículo «Reserva de la Encycl. Sur. Esp. Seixs», página 338), al criticarla, que «el reservatario..., mientras vive el reservista, tiene una mera expectativa que puede llegar o no a ser más adelante un derecho perfecto y, en cambio, el heredero fideicomisario adquiere desde el mismo momento del fallecimiento del causante un derecho transmisible incluso a sus herederos, si muere antes que el fiduciario (artículo 784)»; porque, si bien es indudable que el reservatario no tiene un derecho *en* los bienes, no es menos cierto que desde que se produce uno de los supuestos que dan origen a la obligación de reservar, adquiere un mero, aunque discutido, derecho *a* los bienes o a su precio o valor, según el caso de que se trate; mas no es éste aún el lugar de esta cuestión.

Por ello, creo que mejor deberíase buscar la diferencia desde otros puntos de vista, tales como el nacimiento: voluntario, en virtud de una disposición testamentaria, en el uno; legal, necesario, determinado por la realización de ciertos hechos bajo supuestos determinados (existencia de bienes reservables y de hijos de un primer matrimonio), en la otra; adquiérese el derecho desde la muerte del testador en el primero, aunque muera el fideicomisario antes que el fiduciario, y siendo desde aquel hecho transmisible *a los herederos* (784); adquiriéndose en la reserva el derecho (*a* los bienes o a su precio o valor) desde el matrimonio segundo o posterior, o desde el acaecimiento de la hipótesis del 980, mas adquiriéndose *únicamente* como miembro de la «entidad hijos o descendientes», a los que el derecho «pertenece íntegramente y no por fracciones», como dice Morell en sus «Comentarios a la legislación hipotecaria», y que si bien puede existir una cierta sucesión en el derecho (ya que a tenor del 973 «los hijos y descendientes *legítimos* del primer matrimonio sucederán en los bienes sujetos a reserva conforme a las reglas prescritas *para la sucesión en línea descendente*»), ésta se limita a la sucesión intestada, excluyendo terminantemente la voluntaria, y, dentro de aquélla, a la de los descendientes *legítimos*, que sucederán por cabezas o por derecho de representación, según la cualidad de las personas con que concurran (Sánchez Román, ob. cit., página 1.878), etc., etc.

Abandonada esta personal configuración, desenvolvióse en la

doctrina la idea de que en el reservista existía un verdadero derecho de dominio, con caracteres de plenitud ; esto es, que, como dice Sánchez Román (ob. cit., página 1.858, 7.<sup>o</sup>), el cónyuge obligado a reservar es «mientras vive, un verdadero *dueño*, si bien su dominio tiene los caracteres de *circunstancial, condicional* y *revocable*, cumplido que sea el supuesto de la reserva», o, como dice De Buen (art. cit., página 341), «que el reservista es propietario, si bien con una propiedad sujeta a condición resolutoria : la condición de que, al morir el reservista, existan reservatarios». Aunque con ligeras diferencias de detalles, la última posición del problema puede colocarse en los términos expuestos.

Mas, aunque esta construcción es la que más se aproxima, al parecer, a la verdadera conformación del problema, es lamentable qué no se haya reparado en los originales efectos que produce en este caso la supuesta condición resolutoria en la plena propiedad del reservista. En efecto : una verdadera condición de tal carácter puesta en un negocio jurídico cualquiera tendría como consecuencia natural de su cumplimiento la de resolver la obligación, revirtiéndola al estado en que las cosas se hallaban antes de celebrarse ; es decir, como si no hubiese existido nunca el negocio, ni derecho ni obligación en las partes que en él intervinieron, obligando a restituir, y quedando todos los negocios jurídicos celebrados por el adquirente a título condicional-resolutorio subordinados al cumplimiento de esta condición, y subsistiendo únicamente sus actos de gestión, por no poderse extender a ellos la ficción de la resolución y como no incompatibles con el derecho del interesado en ella.

Y es verdaderamente extraño que ninguno o muy pocos de estos efectos se produzcan en el caso de que a la muerte del reservista existan reservatarios, que es la reputada condición en el pleno dominio del obligado a reservar. Así vemos que las enajenaciones de muebles posteriores al nacimiento de esta obligación serán válidas, salvo el deber de indemnizar (976), y que esta retroactividad no opera no sólo sobre las a título oneroso, sino ni siquiera en las a título gratuito, en las que la indemnización se regula por el valor de la cosa al tiempo de la enajenación (978, 3.<sup>a</sup>) ; el único efecto, por tanto, de verdadera condición resolutoria que el supuesto estimado tal produce, es el que consigna el artículo 975, respecto a los

bienes inmuebles enajenados con posterioridad al segundo matrimonio (1).

Por otra parte, el reconocimiento de la afirmación que criticamos llevaría consigo la posibilidad de enajenar *los bienes*, condicionadamente, el reservatario, surtiendo la resolución el efecto de, no sólo resolver las alienaciones del reservista, como antes dije, sino de confirmar tales actos de disposición del reservatario.

Razones todas que llevan a nuestro pensamiento la certeza de que en la institución jurídica de las reservas, el supuesto de la supervivencia de los hijos del primer matrimonio al reservista no tiene la función ni los efectos de una condición resolutoria respecto a la propiedad del cónyuge binubo.

\* \* \*

Pero, desechadas todas estas explicaciones, ¿cómo debemos construir la reserva de los artículos 968 a 80? La afirmación de que en la actualidad constituye una institución jurídica *sui generis*, esbozada por algún patrio autor, con ser indiscutiblemente cierta, no nos ayuda a penetrar en la intimidad de los fenómenos jurídicos que en ella se producen, sin que, por tanto, proporcione criterio alguno para esclarecer las graves cuestiones, antes aludidas, que el silencio del Código deja pendientes, y sobre las que no siempre marchó igual la jurisprudencia.

Sin embargo, el pequeño estudio antes hecho nos enseña que la verdad debe buscarse por caminos distintos (en términos generales) de los anteriormente examinados. Y aunque ello no es fácil, intentaré desarrollar algunos puntos de vista que creo aceptables respecto a esta institución.

\* \* \*

En el sistema del Código civil, los bienes reservables se determinan por su procedencia—lo son aquellos a que se refieren los artículos 968 y 969—y por el título lucrativo de adquisición. Mas, habiendo tales bienes y por tal título en el patrimonio del viudo, y existiendo hijos de su primer o anterior matrimonio, no surge la reserva hasta que se da alguno de los supuestos (taxativos, por ser legales) a que la ley subordina la obligación de reservar.

(1) No tratamos de los enajenados antes, porque no interesan a la argumentación; mas aun considerados, no desvirtúan en nada lo expuesto.

Antes de estos hechos, no hay en los hijos del anterior matrimonio derecho alguno respecto al *conjunto* de bienes de tal carácter: sólo respecto a la porción de bienes que la ley, en beneficio suyo, excluye de la facultad de disposición del titular, con prohibición absoluta de disponer ni aun a favor de los mismos herederos forzados, *legítima estricta* (808), tiene un derecho legal a suceder (salvo las causas de indignidad—756—o de desheredación—853—). Pero, realizado cualquiera de ellos, la reserva surge, y se extiende aquella limitación a la totalidad de los bienes referidos: es decir, que así como antes el derecho de cada hijo estaba integrado por la tercera parte de la herencia dividida por el número de derechohabientes, esta porción se extiende considerablemente en la reserva, si bien no alcanza a todo el complejo de bienes, porque el artículo 972 concede al binubo la facultad de «mejorar en los bienes reservables a cualquiera de los hijos o descendientes del primer matrimonio, conforme a lo dispuesto en el artículo 823».

Antes del nacimiento de la reserva, el dominio del viudo es absoluto y puro a todas luces. Ni la limitación que pone a su disponibilidad el régimen legal de legítimas, ni la posibilidad del nacimiento de la reserva nos darían posibilidad alguna de concebirlo como menos pleno ni como superiormente condicionado. La posibilidad del nacimiento de una obligación legal, como es la de reservar, no puede actuar con la función y efectos de una condición.

Debemos, por tanto, considerar su dominio hasta entonces como perfecto. Pero, entonces ¿cuál es la razón de la desconcertante retroacción de efectos a los actos de disposición anteriores al hecho origen de la reserva? El mismo fundamento de la institución, en el que está conforme toda la doctrina: esto es, el *interés* de aquellos herederos forzados (hijos o descendientes) a suceder en la herencia con exclusión de extraños; en la presunta voluntad del premuerto de que así sería; y, al mismo tiempo, cierta desconfianza hacia el binubo, justificada (si en términos generales esta institución fuera justificable), porque si sólo se abarcaran los actos posteriores de enajenación quedarían excluidas de esta tutela enajenaciones tan importantes como las de los artículos 1.331, 826, etc., etc.

Mas esta afirmación del dominio pleno, ilimitado, cumplidos ya todos los supuestos que dan origen a la obligación de reservar,

no parece ya sostenible, conforme al sentir general de la doctrina y contra el parecer de Sánchez Román (obra citada, tomo VI, página 1.858, 5.<sup>a</sup>). Hay ya una limitación, que actúa sobre los bienes, y que afecta a una de las más importantes facultades del dominio, cual es la de disposición; y si bien el examen de los 974 a 976 pudiera hacer opinar lo contrario, obsérvese que el reservista carece de la facultad de instituir a un extraño heredero testamentario en los reservables; esto es, que los reservatarios son herederos forzosos respecto de los mismos; y que en las enajenaciones intervivos quedan éstas condicionadas al supuesto de supervivencia, ya en sí, ya en cuanto a su valor o precio. El reservista tiene, pues, un derecho de dominio sobre estos bienes limitado en su facultad de disponer. Y esta limitación es la reserva misma, la obligación de reservar—conservar y transmitir—la imposición de un orden de sucesión determinado con carácter de necesidad.

Sin embargo, el dominio del reservista no existe desde entonces resolutoriamente condicionado al supuesto de la supervivencia de los hijos del primer matrimonio: ya vimos antes por qué. Lo que sucede es que la ley liga directamente la reserva a la realización total de varios hechos: si hay hijos, bienes reservables y segundas nupcias, surge desde este momento la obligación de reservar, y esta obligación perdura con todos sus efectos mientras tal estado de hecho exista, persistiendo en el tiempo la situación producida; y directamente ligada a ella, y mientras ella continúe, permanece la obligación legal de reservar, que es de mera garantía y aseguramiento del interés de los reservatarios de suceder con exclusión de extraños y, principalmente, del cónyuge e hijos del segundo o posterior matrimonio.

Es, pues, la institución en sí, la *reserva misma*, el *aseguramiento* y la *limitación* de disponer, la obligación legal, la que nace condicionada al supuesto de que los reservatarios premueran al reservista, que es el caso que actúa de condición resolutoria, determinando su cumplimiento una retroacción de efectos respecto de la reserva misma, mas no respecto del dominio *en sí*, que fué y es relación real de señorío, sin que se extinga por la realización de tal hecho. Como dice Huber («La publicidad en el Código civil suizo»): «El contenido del derecho de propiedad es totalmente jurídico —patrimonial e impersonal—, aunque derive de títulos voluntarios,

hereditarios, familiares. El propietario, por estos títulos, puede estar limitado en su facultad de disponer, pero ello no tiene nada que ver con el carácter real de la relación.»

Para completar el examen debemos estudiar la posición del reservatario.

\* \* \*

Acerca de las opiniones formuladas sobre este punto, apenas si hablaremos. La mayor parte son meras consecuencias de lo anteriormente expuesto: tal la de que el reservatario tiene la mera propiedad de los bienes. Aparte de todo lo antes expresado obsérvese cuan extraño resulta este original nudo dominio que no permite a su titular disponer *de los bienes*; que lo permite al usufructuario; y que no otorga en ciertos casos al dueño la facultad de recuperar la cosa, terminado el usufructo, sino su precio o su valor.

Prescindiendo, pues, de ellas, pasamos a estudiar la doctrina más difundida en nuestros días—la de la expectativa de derecho—tan preponderante entre los modernos, que sólo en tiempos muy recientes ha recibido levísimos ataques, principalmente motivados por alguna sentencia de nuestro Tribunal Supremo.

Conforme a esta teoría el reservatario, antes de la muerte del reservista, no tiene ningún derecho a los bienes; solamente hay una posibilidad de llegar a adquirirlos; la esperanza de que si él no premuere, sucederá necesariamente en ellos a la muerte de aquél. Está sólo en vías de llegar a tener un derecho; pero para que este derecho exista plenamente precisa aún la realización de un hecho, determinante de la perfección del mismo, cual es su no premoriencia al reservista. Mientras este supuesto objetivo no se dé, únicamente se halla en posesión de una mera expectativa.

Sin embargo: ¿tiene absolutamente tal posición el reservatario? ¿No tiene ya algún derecho a que los bienes se le reserven, o el precio o el valor? ¿A qué responden si no las garantías de los artículos 977 y 978? ¿No es posible separar, teórica y abstractamente, su posición durante la reserva y después de ella? ¿Y no tiene ya desde antes de la muerte del reservista un derecho a que la reserva se actúe, y a que la limitación de disponer que implica sea cumplida? ¡Extraña obligación legal esta que, implicando un sujeto beneficiario, no sólo no hace recaer en éste el derecho, sino que ni siquiera lo supone existente!

Estos razonamientos son los que motivaron que el Tribunal Supremo, en sentencia de 1.<sup>º</sup> de Abril de 1914, declarase que «es indudable que desde el momento en que por el ministerio de la ley existe una obligación, y lo es la de la viuda nuevamente casada, de reservar determinados bienes, faltaría el término preciso para la relación jurídica si frente a tal deber no surgiera el correspondiente derecho a favor del hijo del primer matrimonio.» Y ésta es la nueva posición que adopta la doctrina: la de que desde que surge la obligación de reservar hay en el reservatario, no una mera expectativa, sino un verdadero derecho a la cosa (o precio o valor), mas no aun un derecho en la cosa: esto es, un derecho personal.

Pero, ¿puede estimarse siempre, en todos los casos, que el interesado tiene un verdadero derecho a todos estos bienes? Dada la existencia de varios reservatarios respecto de dichos reservables, determinándose las partes por su concurrencia, ¿el derecho se extiende a todos los bienes o, por el contrario, hay alguna fracción de los mismos que se escapan a él? La razón de este distingo, aparentemente extraño y absurdo, se patentiza desde que se observe que el artículo 972 autoriza al binubo para «mejorar en los bienes reservables a cualquiera de los hijos o descendientes del primer matrimonio, conforme a lo dispuesto en el artículo 823». Hay, pues, una parte de los mismos, respecto de los que es muy difícil concebir como derecho su relación de existir varios reservatarios, ya que únicamente tendrá un derecho definido sobre ella en el caso de que el reservista muera sin haber mejorado en ellos a cualquier reservatario.

Con esto dibújase ya claramente la posición que adoptamos sobre la naturaleza jurídica de la situación del reservatario. El reservista hállese respecto a la totalidad de los bienes reservables, desde el punto de vista de la disposición testamentaria, completamente imposibilitado de disponer en favor de extraños. Mas, respecto de los mismos reservatarios, si bien sobre una fracción de dichos bienes lo está igualmente para disponer en beneficio de ellos con infracción de la prohibición legal (1), puede, en cambio, *en favor siempre de los mismos*, mejorar a uno o varios disponiendo de un

(1) Prescindo de la institución conforme a ley; no se trata aquí propiamente de un acto de disposición, aunque la voluntad esté conforme.

tercio de aquellos bienes (1). Es decir, que si bien en aquéllos padece una prohibición, tiene en éstos una facultad legal—puede o no mejorar a su arbitrio: su voluntad es absoluta, dentro de los límites legales, en este punto—. Y si aquella prohibición del reservista engendra, como correspondiéndola, en el reservatario, un derecho, esta facultad legal sólo origina una mera expectativa. De aquellos bienes no puede ser desprovisto, ya que la ley le protege absolutamente; de estos sí, al disponer el binubo en favor de algún otro hijo o descendiente del primer matrimonio, sin que esta mera expectativa se convierta en derecho *hasta que*, por la muerte de aquél sin haber usado de la facultad de mejorar, suceda el reservatario en la totalidad de los bienes como miembro de la «entidad, hijos o descendientes del anterior matrimonio», a la que se refiere la institución.

En cuanto a la otra porción de los bienes no creo pueda negarse que sea un verdadero derecho su relación. Derecho claramente definido por las garantías de los artículos 977 y 978, y por la limitación absoluta que afecta al reservista de disponer de ellos ni aun en beneficio de los mismos reservatarios.

Mas obsérvese que la facultad de entrar en posesión de los bienes objeto de su derecho, no es actuable hasta la muerte del reservista, viviendo alguno de los interesados. Es decir, que los bienes no entran en su patrimonio hasta un cierto día, y siempre que al obligado a reservar le sobreviva algún reservatario.

Vemos, pues, que su derecho está afecto a un término inicial (los bienes son suyos desde la muerte del reservista) y a una condición suspensiva (su derecho no existe si él premuere). Y sin que puedan reducirse ambos elementos a la sola categoría de una condición, aunque es indiscutiblemente cierto que su realización ha de ser simultánea. Es en el momento de la muerte del reservista cuando se determina y comienzan la plenitud y los efectos del derecho. Si le premurieron todos los reservatarios, la relación se tiene por no existida jamás; si le sobreviven, si en el instante del fallecimiento del reservista existe alguno, su derecho a los bienes existe ya plenamente, y *desde entonces*, transmitiéndose a sus herederos, aunque muera, a su vez, segundos más tarde.

(1) En este sentido creo debe interpretarse la referencia al art. 82:

Y, además, no pueden reducirse estos dos supuestos a la única figura de una condición suspensiva porque en la sucesión del reservatario no se dan los efectos retroactivos que son característica esencial de esta categoría de condiciones. Su derecho no se estima, al realizarse ambos, como si existiera desde el hecho origen de la reserva. Surge, *siempre que* no premuera (condición), *desde* la muerte del obligado a reservar (término inicial), momento a partir del cual se producen los efectos de la relación nacida. Es decir, que si bien el derecho no se perfecciona hasta el cumplimiento de aquella suspensiva condición, el objeto del mismo no entra en el patrimonio del interesado sino desde un cierto instante. Y este momento es el de la muerte del reservista que actúa, con carácter de inicial, como plazo o término, ya que, a tenor del párrafo segundo del artículo 1.125, «entiéndese por día cierto aquél que necesariamente ha de venir, aunque se ignore cuándo».

En cuanto a la peculiaridad del posible cambio de muebles por dinero, solamente diremos, para no alargar excesivamente este estudio, que la naturaleza misma de la institución explica su introducción por obra de la ley, en cuanto que, dadas las garantías de los artículos 977 y 978, no daña a los interesados. Y que la posibilidad de enajenar los reservatorios su derecho, consecuencia de lo antes expuesto, ha sido reconocida por la jurisprudencia (Sentencia de 1.<sup>º</sup> de Abril de 1914; Resolución de 27 de Abril de 1917).

E. CAPÓ BONNAFOUS.

# Jurisprudencia de la Dirección de los Registros y del Notariado

HIPOTECA DE SEGURIDAD. LA CONSTITUÍDA SOBRE UNA FINCA EN GARANTÍA DE LAS OBLIGACIONES QUE CONTRAE EL DEUDOR COMO ARRENDATARIO DE OTRA, EXIGE SE PRECISEN LAS CARACTERÍSTICAS DE LA OBLIGACIÓN ASEGURADA.

*Resolución de 28 de Febrero de 1928. (Gaceta de 30 de Mayo de 1928.)*

Ante el Notario de Palma de Mallorca, D. Asterio Unzué Undiano, se otorgó, el 30 de Julio de 1927, escritura por la que don Juan Babiloni Bennasar hipotecó en favor de D. José Ripoll Magraner una finca denominada «El Molinar», para responder de sus obligaciones legales y contractuales como arrendatario del predio «Son Muntaner», limitando esta hipoteca, en perjuicio de tercero, hasta la cantidad de 5.000 pesetas.

El Registrador de la Propiedad de Inca puso en el documento nota suspendiendo la inscripción por observar el defecto de no estar determinada la obligación principal que se asegura con hipoteca al no indicarse duración, precio, ni condiciones de ninguna clase del arrendamiento que se garantiza.

En el correspondiente recurso el Presidente de la Audiencia confirma la nota del Registrador, y la Dirección general, vistos los artículos 32, 105, 142 y 143 de la ley Hipotecaria, 198 y 199 de su Reglamento, y las Resoluciones de 29 de Marzo y 6 de Julio de 1910, 21 de Marzo de 1917 y 31 de Enero de 1925, confirma el auto apelado con la siguiente doctrina :

Al amparo de los artículos citados de la ley fundamental, y

en perfecta armonía con los extraordinarios desenvolvimientos del crédito en los últimos lustros, han ido tomando carta de naturaleza en nuestro sistema las hipotecas llamadas de seguridad, fianza, caución o máximum, que garantizan cantidades u obligaciones cuya existencia, exigibilidad y valor no se acredita pura y simplemente por los términos de la inscripción, aunque sí con arreglo a ella en el tiempo y forma especificados.

Para no tratar con extraordinarios requisitos la constitución de tales garantías, y para hacerlas más fecundas y prácticas, ha admitido esta Dirección general que el crédito personal asegurado dentro de los indispensables límites del derecho real no presentaba los caracteres específicos del que sirve de base a la hipoteca ordinaria o normal, «en lo referente a su determinación, que puede sujetarse a fórmulas sencillas o a reglas complicadas y hasta desconocidas para los terceros»; y, en su consecuencia, no se ha exigido que se identifiquen las letras de cambio aseguradas en la forma aludida ni que se puntualicen los vencimientos de las obligaciones futuras.

Esta amplia libertad se halla, sin embargo, restringida o reducida a límites especiales por la necesidad de saber con certeza cuáles créditos se hallan protegidos por la hipoteca, en atención a que la posición de los terceros adquirentes, agravada por el hecho de ignorar las características de la obligación asegurada, puede resultar equívoca por el doble sentido o por la ambigüedad de los términos empleados para definir el contenido del derecho real.

En la escritura calificada se expresa que D. Juan Babiloni ha tomado en arriendo la finca «Son Muntaner», del término de Buñola, e hipoteca «El Molinar», para responder de sus obligaciones legales y contractuales como arrendatario; pero, tanto por la circunstancia de ser aquella denominación genérica en las Islas Baleares, pues, según afirma el Registrador, en un mismo partido hay infinidad de predios que la llevan, como por las dudas que pueden surgir de los términos empleados sobre si se garantiza un arrendamiento determinado o cualquiera de los contratos que nuevamente se celebren, ha de estimarse que el tercero puede ser inducido a error sobre el objeto de la circunstancia que le interesa y perjudicado, en su consecuencia.

PRO INDIVISIÓN. LA CESIÓN DE PARTE INDIVISA DE FINCA EQUIVALE A UNA AUTORIZACIÓN PARA DIVIDIRLA CON LOS DEMÁS INTERESADOS. CONCENTRADAS EN VARIAS PERSONAS LAS FACULTADES DE ENAJENAR LOS BIENES HEREDADOS, PUEDEN TODOS HACER LA DIVISIÓN DE LO PRO INDIVISO.

*Resolución de 27 de Marzo de 1928. (Gaceta de 2 de Junio de 1928.)*

En laudo-sentencia dictado ante el Notario de Onteniente, don Federico Gomis, los amigables componedores nombrados para liquidar y partir el capital de una Sociedad, adjudicaron a doña Regina Momparler Margarit, viuda de D. Manuel Crespo, miembro que fué de dicha Sociedad, y a los hijos y herederos de éstos, D. Manuel, doña María, D. Antonio y D. José, «en pleno dominio y pro indivisamente, en la proporción que en derecho pueda corresponderles por los conceptos o carácter que ostenten», varias fincas, entre ellas la denominada «La Cava», partido de la Perdiz.

Por otra escritura de 6 de Noviembre de 1923, ante el Notario de Onteniente, D. Juan Gil, el hijo D. Manuel cede, en pago de deuda, a su madre la parte indivisa que le corresponde en la herencia mencionada.

En igual documento, otorgado en 27 de Noviembre de 1924 ante el Notario de Yecla, D. José Martínez, la doña Regina y sus hijos ceden a D. José del Portillo, en unión de otras, la finca «La Cava», consignando los vendedores que la mitad de esta finca y de las otras corresponde a doña Regina por gananciales, y la otra mitad, subdividida en cuatro partes, a los cuatro hijos, tres que comparecen y otro que había cedido su parte a su madre, correspondiendo, además, sobre esta segunda mitad el usufructo vitalicio a la expresada señora.

El Juzgado de Onteniente dictó auto en las diligencias promovidas, decretando la ejecución de dicho laudo y ordenando dar la posesión a los herederos de referencia de los inmuebles que les habían sido adjudicados; y presentado testimonio, con las dos últimas escrituras mencionadas en el Registro de la Propiedad de Yecla,

fué objeto de inscripción en cuanto a las fincas radicantes en dicho partido; pero presentado en el de Almansa, para la inscripción de la finca «La Cava», el Registrador la suspendió: «La sentencia-lauto de los amigables componedores, por no acompañarse el testamento, partida de defunción y certificado del Registro de actos de última voluntad, relativos a D. José Crespo Marcos, ni las cartas de pago justificativas de haber satisfecho el impuesto de Derechos reales por la disolución de la Sociedad, y por no expresarse la participación que pertenece a cada interesado en las fincas que proindivisamente se adjudican a doña Regina Momparier, D. Antonio, D. José, D. Manuel y doña María Crespo Momparier»; «la escritura de cesión de 6 de Noviembre de 1923», por falta de previa inscripción a favor del transferente; por no describirse la finca, cuya inscripción se solicita, y por no expresarse la participación pro indivisa que se transmite; «y la escritura de 27 de Noviembre de 1924», por falta de previa inscripción a favor de los transferentes.»

El citado Sr. Portillo intentó presentar de nuevo en el Registro dichos documentos acompañados de otros y de una instancia y solicitud, negándose el Registrador a consignar en el Diario estas últimas, lo que motivó recurso de queja, que fué desestimado por el Juez, la Presidencia y la Dirección, si bien esta última expresa en un Considerando que las mencionadas instancias «debieron haber sido relacionadas brevemente, o, por lo menos, enumeradas en el asiento de presentación». (Véase página 763 del número 34 de Octubre último.)

De nuevo suspendió el Registrador la inscripción, y en el recurso interpuesto el Presidente de la Audiencia declaró inscribibles y ordenó la inscripción de los tres expresados títulos, y la Dirección general confirma el auto apelado y lo demás resuelto, con vista de los artículos 9, 21 y 245 de la ley Hipotecaria; 70 del Reglamento, 30 de la ley Orgánica del Notariado, 340 de su Reglamento y varias Resoluciones, por las siguientes consideraciones:

En cuanto al primer defecto puesto a la escritura de laudo arbitral, el razonamiento con que el Registrador de la Propiedad trata de enervar las declaraciones hechas por el Presidente de la Audiencia, o sea que en la escritura de 29 de Agosto de 1916, no consta intervención alguna de la autoridad judicial, no puede ser tenido

en cuenta : Primero, porque el documento en cuestión unido al expediente lleva cosido un pliego suscrito por el Secretario judicial de Onteniente, D. José Ballester, con el sello de la Secretaría y el visto bueno del Juez de primera instancia ; segundo, porque este pliego contiene el testimonio de una adición acordada en diligencias sobre ejecución de sentencia, pronunciada por amigables componedores «y para dejarlo incorporado al final» del repetido documento, y, en fin, porque tanto en la copia del laudo como en el pliego adherido figura la nota de presentación en el Registro de Yecla, lo cual prueba que desde el año 1917 el pliego venía referido a la misma copia y no a otra.

No sólo se acompaña a los documentos cuya inscripción se solicita por los recurrentes las cartas de pago del lote correspondiente a D'. Manuel Crespo Marcos, y que por fallecimiento de éste pasa a sus hijos, según expresa el liquidador de Yecla en la nota correlativa puesta en un folio de la escritura del laudo, sino que en el mismo folio aparecen las notas de liquidación provisional por el concepto de sociedad y definitiva, previa comprobación de valores del liquidador de Onteniente, por cuyo motivo, y de conformidad con las Resoluciones de esta Dirección de 14 de Marzo y 8 de Julio de 1910, ha de ser desestimado el defecto segundo de la repetida escritura de laudo.

Si bien la adjudicación hecha en 29 de Agosto de 1916 por los amigables componedores a doña Regina Momparler Margarit y a sus hijos y herederos, D. Manuel, doña María, D. Antonio y don José Crespo Momparler, «en pleno dominio y en la proporción que en derecho puedan corresponderles, por los conceptos o carácter que ostenten», no atribuye específicamente a cada uno una cuota determinada sobre los bienes relictos por su causante D. Manuel Crespo Marcos, indica con bastante precisión que la totalidad de las fincas descritas forman parte del caudal que entre ellos ha de ser dividido, de suerte que, en cuanto se justifique la existencia de una declaración particional, queda completado el cuadro de los requisitos exigidos por la ley para que los bienes pasen desde el *de cuyus* a su viuda y herederos.

La cesión hecha por D. Manuel Crespo Momparler a su madre doña Regina, referida a la parte indivisa perteneciente al mismo en los bienes inmuebles de la herencia de su padre, según aparece

en la escritura de 29 de Agosto de 1916, equivale, cualesquiera que sean, por otra parte, sus innegables deficiencias, a una autorización para dividirlos con los demás interesados y formalizar las operaciones necesarias para su inscripción, puesto que se ha hecho de un modo abstracto y sin ninguna clase de reservas, y se fundaba en un laudo arbitral que había adjudicado todos los bienes que integraban la sociedad universal de bienes y ganancias formada por los hermanos Crespo Marcos.

Una vez concentradas las facultades de enajenar los bienes relictos por D. Manuel Crespo Marcos, en su viuda doña Regina Momparler y en los hijos de ambos, doña María, D. José y don Antonio, pudieron todos hacer la división poseídas *pro indiviso*, y así lo practicaron, aunque en forma que no acredita la pericia del fedatario, toda vez que se inserta la declaración al reseñar el título y se alude a la cuota viudal usufructuaria de doña Regina, sin precisar su extensión, y al fijar la proporción en que reciben el precio los interesados, se distinguen las partes que a dicha señora corresponden por su cuota en pleno dominio y por su cuota usufructuaria.

LUIS R. LUESO,

Registrador de la Propiedad.

# Jurisprudencia administrativa del impuesto de Derechos reales

## XXXIII

1.<sup>º</sup> *Las reclamaciones referentes a exceso de timbre y al impuesto de Derechos reales han de plantearse en escritos separados.* 2.<sup>º</sup> *Los Tribunales Provinciales tienen facultades para resolver cuantas cuestiones surjan del expediente o de la calificación del documento, y por ello pueden decidir que un contrato es de ejecución de obras con suministro de materiales y no de suministro con servicios personales, dejando sin efecto la exención en cuanto a éstos, declarada por el liquidador.* 3.<sup>º</sup> *El contrato por el cual se acuerda la ejecución de las estructuras de hormigón armado de una fábrica, ha de calificarse como de ejecución de obra con suministro de materiales; y no constando en el contrato mismo o en documentos que formen parte integrante de él, ha de entenderse que el suministro comprende los dos tercios del contrato y la ejecución de obras el tercio restante.* 4.<sup>º</sup> *Esta distribución se refiere, no sólo a los contratos otorgados en escritura pública, sino a los privados.* 5.<sup>º</sup> *La fianza constituida para garantizar las obras a favor de una entidad arrendataria de un monopolio del Estado, está sujeta al impuesto en su constitución y en su cancelación.*

*Fundamentos.*—1.<sup>º</sup> Los artículos 3.<sup>º</sup> del Real decreto de 16 de Junio de 1924 y 76 y 23 del Reglamento de Procedimiento Económico-administrativo, previenen que han de formar parte del Tribunal, entre otros, el Jefe de la dependencia a que corresponda el asunto, siendo preciso su asistencia para la validez del acto, y no

pudiendo comprender cada reclamación más que un asunto, por lo que es nulo un acuerdo referente a Timbre, si no concurre el Administrador de Rentas, y no pueden involucrarse las reclamaciones referentes al impuesto de Derechos reales y Timbre. 2.<sup>º</sup> El Tribunal Provincial puede resolver sobre los actos y conceptos liquidables y sobre las liquidaciones procedentes, confirmando, modificando o anulando lo hecho por el liquidador, pues todo le está sometido. 3.<sup>º</sup> El contrato aludido en el que el contratista se obliga a entregar las obras ejecutadas poniendo él los materiales, ha de calificarse como indica el epígrafe, y por ello, conforme al párrafo 3.<sup>º</sup> del artículo 24 del Reglamento de 1911 (párrafo 4.<sup>º</sup> del artículo 18 del actual), han de liquidarse dos tercios como suministro y un tercio por ejecución de obras, toda vez que la distribución del precio de la obra no se consignó en el contrato mismo ni en documento que forme parte integrante de él, según ha declarado la resolución del Tribunal Central de 30 de Marzo y 27 de Julio de 1926, 8 de Febrero de 1927 y Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de Febrero de 1922, y 28 de Marzo de 1923, no pudiendo estimarse como documentos complementarios, integrantes del contrato, ni una carta particular en que sólo se fijan precios unitarios, ni notas o cartas aclaratorias sin firma alguna y posteriores al contrato, y que no tienen signo de autenticidad. 4.<sup>º</sup> Esta distribución se refiere, no sólo a los contratos que se otorguen en escritura pública, sino a los privados, y no sólo para las liquidaciones provisionales, sino para las definitivas, porque el impuesto es exigible, cualquiera que sea el documento en que conste el acto, y las disposiciones para liquidar son aplicables cualquiera que sea la clase de dichos documentos y porque la liquidación definitiva, cuyo objeto es rectificar la provisional a favor o en contra del Estado o del contribuyente, no excluye la aplicación de la presunción legal de la distribución, y al contrario lo exige, si, cuando llegue a hacerse, no consta distribuido en forma legal, para mayor garantía del Estado. 5.<sup>º</sup> La Compañía arrendataria es la obligada al pago de la fianza, según el artículo 59 del Reglamento vigente (58 del de 1911), no alcanzándose la exención que a favor del Estado establece dicho artículo 59 número 1.<sup>º</sup>, porque esta exención es privativa de éste, no alcanzando a una entidad administradora de bienes del mismo. (Acuerdo del Tribunal Central de 28 de Enero de 1928.) 54.

## XXXIV

*Devolución de cantidades abonadas por una adjudicación para pago de deudas, declarada nula y sustituida por otra. Ha de ser formulada ante el Delegado de Hacienda y no ante el Tribunal provincial, que es incompetente para conocer de la misma, desde luego.*

Según el artículo 167 del Reglamento de 1911 (201 del vigente), los contribuyentes que se crean con derecho a devolución de lo abonado por el impuesto, lo solicitarán del Delegado de Hacienda en el plazo de cinco años, desde que se acuerde la nulidad o rescisión, que es como plantearon la cuestión los interesados, siendo incompetente para resolver el Tribunal, si aquél no ha decidido aún nada; y a idéntica conclusión se llega, estudiando la verdadera cuestión, o sea, si los inmuebles adjudicados para pago de deudas se enajenaron dentro del año, a contar desde la adjudicación para pago, según que se estime la primera adjudicación, reputada nula por los interesados o la segunda que se hizo aplicando el artículo 8, párrafo 4.<sup>º</sup> y regla 1.<sup>a</sup> del 167 del Reglamento de 1911; la reclamación administrativa presupone un acto administrativo con el que no se han conformado los interesados y en este caso aun no hay acto administrativo. (Acuerdo del Tribunal Central de 24 de Mayo de 1927.) 57.

## XXXV

*Préstamos. Anticipos. Subvención. Los anticipos concedidos por el Estado a las Compañías de Ferrocarriles, han de liquidarse como préstamos y debe tomarse como fecha de los mismos, la de la Real orden de concesión y no la del libramiento correspondiente, sin exigir multa y demora, aunque la liquidación se gire al expedirse éste, debiendo liquidarse al 0,25 por 100.*

Si bien el reconocimiento de préstamo en escritura pública, documento judicial o administrativo, es suficiente para declarar su-

jetos al impuesto esos contratos, según los artículos 26 y 47 del Reglamento de 1911 (27 y 28 del vigente), han de entenderse otorgados dichos anticipos por las Reales órdenes respectivas, no imputándose, sin embargo, a las Compañías, el tiempo transcurrido desde la fecha de la Real orden a la del libramiento, porque ello es debido a los trámites reglamentarios administrativos en que ninguna intervención ni actuación tienen aquéllas, por lo que sería injusto exigirles multa e intereses de demora; dictadas las Reales órdenes, vigente el Reglamento de 1911, debe liquidarse al tipo de 0,25 por 100 y no al 0,30. (Acuerdos del Tribunal Central de 8 y 22 de Noviembre de 1927.) 59 y 61.

### XXXVI

*Contrato de obra para reparación de una batería y adquisición de maquinaria nueva. Verificados estos contratos por gestión verbal directa del funcionario encargado que pidió presupuesto a la casa vendedora, facilitándolo ésta, se hallan exentos, conforme al artículo 3.º, número 5.º de la ley, pues cualquiera que sea su calificación jurídica, las diligencias previas y la aprobación de Real orden para la compra del material y ejecución de la obra son requisitos administrativos que no envuelven la existencia de un contrato escrito ni obligan al particular hasta que se verifica la venta.*

El Tribunal puede resolver esta cuestión aunque no la planteen los interesados, según el artículo 20 del Reglamento de Procedimiento. (Acuerdo del Tribunal Central de 20 de Diciembre de 1927.) 62.

### XXXVII

Otros acuerdos con idéntica doctrina referente a abono de cantidades por trabajos de composición y tirada de modelos impresos (acuerdo de 22 de Noviembre de 1927) 67, y a fornitura para aparatos telegráficos (acuerdo de 13 de Marzo de 1928) 68, y a adquisición de una máquina para ensayo de resistencia de mate-

riales (acuerdo de 8 de Noviembre de 1927) 69, especificando únicamente, en este último, en sentido de que la cuestión planteada es la de si la compraventa aludida es de las que el artículo 24 del actual Reglamento sujeta al pago de 2,40 por 100 de su valor, cualquiera que sea el documento en que consten, o de las exceptuadas por estar comprendidas en el número octavo del artículo sexto del mismo Reglamento, decidiéndose por esta última conclusión en razón a no constar el contrato en documento alguno y haberse hecho por gestión directa de la Administración en el local de la entidad vendedora, y por el contrario, dicho artículo 24 exige, para que sea procedente la exacción del impuesto, que el contrato conste en un documento, y por ello se trata de compra de mercaderías en establecimiento mercantil, concepto exento.

### XXXVIII

*Subvenciones. Primas a la navegación. Fueros. Los libramientos por primas a la navegación deben pagar como subvenciones, esto es, el 2,40 por 100; pero los expedidos a favor de Empresas navieras domiciliadas en las Vascongadas o Navarra están exentas, por el Concierto económico.*

*Fundamentos legales.*—1.º La Real orden de 22 de Diciembre de 1913, dictada de acuerdo con el Consejo de Estado, *con carácter general declaró* que las primas concedidas por la ley de 14 de Junio de 1909 a la construcción naval y a la exportación de carbón, tienen carácter de subvención y se hallaban sujetas al impuesto de Derechos reales, a tenor del artículo 23, párrafo último, del Reglamento de 20 de Abril de 1911 (reproducido en el 24, párrafo 9.º, del vigente), según el cual se liquidan como bienes muebles las subvenciones a favor de particulares, Compañías o Empresas, cualquiera que sea la persona o entidad que las otorgue, basándose esa disposición en que las primas a la navegación aludidas han de estimarse subvenciones, porque la ley del impuesto no establece distinción alguna entre aquéllas, al declararlas sujetas al impuesto en términos absolutos, y porque, llámense prima o subvención, las cantidades que por ese concepto paga el Estado, son un auxilio económico que el legislador otorga para el fomento de las indus-

trias marítimas ; y esa condición de auxilio, ayuda o socorro es lo que caracteriza la idea de subvención y es la causa eficiente de las que se conceden, no lesionándose, al gravarlas, derecho alguno preexistente, porque no han sido objeto de ninguna estipulación contractual entre el Estado y el beneficiado con ellas, sino que aquél las otorga por su libre voluntad para fomentar las industrias y comunicaciones marítimas en grado conveniente para el interés nacional ; las primas a la navegación otorgadas por el artículo 6 del Real decreto-ley de 21 de Agosto de 1925 y 23 y siguientes del Reglamento de 6 de Septiembre del mismo año, son idénticas a las de la ley de 1909, y, por lo tanto, están sujetas al impuesto como bienes muebles, al 2,40. 2.<sup>º</sup> Pero en cuanto a las Compañías o particulares domiciliados en las Provincias Vascongadas y Navarra, dispuesto por el artículo 30 del Concierto económico de 24 de Diciembre de 1926, y 2.<sup>º</sup>, regla 2.<sup>a</sup>, del Reglamento del Impuesto de Derechos reales de 26 de Marzo de 1927, se hallan exceptuados de éste los actos y contratos referentes a muebles, sea cualquiera el sitio en que se hallen, si el adquirente en los actos intervivos y el causante mortis causa, tienen derecho al régimen foral, es inexcusable reconocer que si una Compañía demuestra que está domiciliada en territorio foral, se la declare exceptuada de pagar impuesto por la subvención que perciba del Estado. La Dirección de lo Contencioso, en acuerdo de 11 de Marzo de 1914, sostuvo idéntica doctrina para una sociedad domiciliada en Bilbao. (Acuerdo del Tribunal Central, 1.<sup>º</sup> Mayo 1928) 51.

(Idéntica doctrina en acuerdos de 17 Abril 1928) 52. (17 Abril 1928) 53. (1.<sup>º</sup> Mayo 1928) 54. (17 Abril 1928) 60. (17 Abril 1928) 61. (1.<sup>º</sup> Mayo 1928) 64. (1.<sup>º</sup> Mayo 1928) 65.

### XXXIX

*Suministro. Los contratos de suministro de gasolina al Ejército, de un modo directo y sin que preceda o subsista contrato escrito, ha de estimarse acto no sujeto al impuesto.*

En el caso expuesto, se adjudicó por Real orden, provisionalmente, el servicio de proveer de gasolina y lubricantes al Ejér-

cito a una Empresa ; pero anulada aquélla, continuó ésta, sin embargo, dando fluido, por la urgencia, aunque sin contrato alguno posterior ni anterior, por lo cual, tales ventas han de estimarse como contrato meramente verbal, sin relación de dependencia con una subasta administrativa, y declararse exentas del impuesto, tanto por la forma verbal de su celebración, cuanto por haberse celebrado en establecimiento y sitio público de venta, según el artículo 6.<sup>º</sup>, números 5.<sup>º</sup> y 8.<sup>º</sup> del Reglamento del Impuesto de 26 de Marzo de 1927. (Acuerdo del Tribunal Central, 27 Marzo 1928.) 77.

## XL

*Devolución de cantidades percibidas por un Liquidador del Impuesto en concepto de honorarios. El Delegado de Hacienda debe requerir y aun compeler, caso preciso, al Liquidador, para que devuelva los honorarios percibidos en un expediente que anuló el Tribunal Supremo ; la cuestión propuesta no es civil, sino de carácter administrativo.*

El Tribunal Supremo, en Sentencia firme y mandada ejecutar, ordenó, al anular un expediente de investigación, la devolución de los honorarios percibidos por el Liquidador al instruir aquél y girar las liquidaciones correspondientes ; los interesados, al advertir que la Delegación de Hacienda sólo devolvía las cantidades ingresadas en el Tesoro público, pidieron se requiriese al Liquidador para que devolviese los honorarios, y si fuese insolvente, que los pagase el Tesoro público ; la Delegación desestimó la petición por estimar que tenía carácter civil, toda vez que las relaciones jurídicas entre el Liquidador y el contribuyente son particulares, dada la independencia que los artículos 130 y 191 del Reglamento del Impuesto reconocen a los Liquidadores para el cobro de sus haberes, y además, porque existía imposibilidad material de la devolución, ya que no se habían ingresado esas cantidades en el Tesoro y no había medio de justificar el expediente de devolución en forma reglamentaria. *El Tribunal Central revoca ese acuerdo por los siguientes fundamentos : La Sentencia del Tribunal Supremo cuya ejecución se pide ordena devolver cantidades pagadas por el in-*

teresado a virtud de un mandato de la Administración, referente a un acto de carácter administrativo, cual es la liquidación del impuesto, y por ello, la Administración misma es la encargada de cumplir la sentencia y ejecutarla, reintegrando el Liquidador y la Tesorería, como agentes de la Administración, lo que cada uno percibió ; al Delegado de Hacienda, como jefe inmediato de los Liquidadores, según el artículo 33 de la ley vigente, corresponde vigilar el cumplimiento de las obligaciones que a esos funcionarios les impone su cargo, y por ello, aquél es el que debe requerir, y en su caso compelir al Liquidador para que cumpla Sentencia del Tribunal Supremo. (Acuerdo del Tribunal Central de 25 Octubre de 1927.)<sup>155.</sup>

## XLI

*Condonación. Adjudicadas a un Banco, por auto judicial dictado en los de una testamentaria, unas fincas; protocolizado el documento en una Notaría, que no entregó la escritura correspondiente hasta el último dia hábil de los treinta siguientes a la adjudicación, e intentado presentar el documento, sin lograrlo, por no ser horas de oficina, debe apreciarse en el contribuyente falta de intención de eludir el pago del impuesto, puesto que presentó espontáneamente el documento al dia siguiente, y condonar los dos tercios de la multa.*

Conforme a los artículos 114 del Reglamento de 29 de Julio 1924 (de procedimiento) y 231 y 232 del del Impuesto. (Acuerdo del Tribunal Central, 3 Enero 1927.)<sup>165.</sup>

## XLII

*Suministros. La adquisición de efectos o géneros justificados sólo por el pedido de material, factura-guía y concesión del crédito correspondiente, sin que conste contrato, convenio o estipulación alguna por escrito público ni privado, están exentos.*

Esos contratos son meramente verbales y están incluidos en el número 5.<sup>º</sup> del artículo 3.<sup>º</sup> de la ley del Impuesto ; todas las diligencias y trámites de la Administración para la adquisición, en-

trega y pago de material, han de estimarse como trámites previos de la contratación, inherentes a la organización de la Administración y ajena a la actuación del particular ; no pudiendo estimarse esas diligencias como el contrato mismo, el cual, en lo administrativo requiere formalidades adecuadas, ni deducirse de aquéllas que exista un documento como contrato si sólo aparecen aquellas diligencias. (Acuerdo de 27 Marzo 1928.) 166.

Otros dos casos idénticos referentes al Ministerio de Marina. (10 Enero 1928.) 167 y 168.

### XLIII

*Procedimiento. El desistimiento de la Dirección de lo Contencioso da un recurso de revisión que había entablado imposibilita al Tribunal para examinar el fondo del asunto reclamado.*

Un Liquidador giró dos liquidaciones por el número 14 de la tarifa al 4 por 100 y por recargo provincial, por la cesión de una contrata de carreteras, y posteriormente giró otras dos al mismo tipo : la primera, por recargo provincial, y la segunda, por la cesión de la fianza de la contrata ; el cessionario apeló al Tribunal Provincial, alegando que la cesión efectuada no era de concesión administrativa, que son las que tienen carácter de inmueble, sino de un contrato de obras, que es mueble según el Código civil ; que la transmisión de concesiones administrativas tributa, según las tarifas y el Reglamento, a un tipo muy inferior al aplicado ; que la cesión de la fianza sólo implica una transmisión de valores mobiliarios y no de inmuebles, y que mientras no apruebe la cesión la Dirección de Obras Públicas, no hay contrato y no deben liquidarse ; el Tribunal Provincial anuló las liquidaciones y ordenó girar una sobre los dos tercios del tipo de la adjudicación, como suministro, y otra sobre un tercio, como contrato de obras, y en cuanto a la fianza, dispuso se girase una por cancelación de la antigua y otra por constitución de la nueva. La Dirección de lo Contencioso interpuso recurso de alzada contra ese fallo, pero posteriormente desistió de él, porque prescindiendo de si fué acertado o no el criterio que presidió el fallo, no se causa en él lesión a los intereses públicos. El Tribunal Central declara terminado el recurso,

por no tener interés el Estado en proseguirlo ni haber otra parte que lo mantenga, conforme al artículo 26 del Reglamento de 29 de Julio de 1924. (Acuerdo del Tribunal Central de 8 Noviembre 1927.) 158.

## XLIV

### *Procedimiento. Notificaciones.*

Omitidos, por error involuntario, en el fallo de primera instancia, tal como figura en el expediente, dos considerandos, no puede entrar el Tribunal Central a conocer y fallar el fondo del asunto, sino que procede devolver el expediente al Provincial para que se notifique al interesado el fallo íntegro, con los dos considerandos omitidos en la anterior notificación, dándole copia literal y concediéndole el plazo de quince días para que alegue lo que deseé, conforme al artículo 34 del Reglamento de 29 de Julio de 1924. (Acuerdo del Tribunal Central de 3 de Enero de 1927.) 161.

## XLV

*Procedimiento. La petición de nulidad de la liquidación de la donación de bienes de la madre a una hija en razón a haberse declarado por el Juzgado competente la nulidad de la donación misma por falta de licencia marital para la aceptación por la donataria, así como la de la nulidad de las demás actuaciones, incluso el apremio intentado para cobro de las cuotas, constituye, no una reclamación contra un acto administrativo de las comprendidas en el artículo 166 del Reglamento, sino una petición de las a que se refiere el artículo 167 del mismo, y es competente para conocer de ella, por tanto, el Delegado de Hacienda y no el Tribunal Económicoadministrativo Provincial.*

*Caso.*—Una madre hizo donación a su hija, sin que lo autorizase el marido de ésta, de unas cantidades procedentes del precio de unas fincas vendidas por el yerno, con poder de la suegra, y que no la había entregado; el marido pidió la nulidad de la dona-

ción por falta de licencia marital, y el Juzgado la acordó; presentada a liquidación la escritura de donación, se giró la correspondiente, con los honorarios del liquidador y Timbre, y, como no se hiciese efectiva, se incoó procedimiento de apremio, sin llegar a ingresar el débito, por haberse suspendido el procedimiento por orden del Tribunal Provincial; el marido, como representante de su mujer, pidió al Delegado de Hacienda que en vista de la sentencia judicial, y ya que no podía devolverse lo que no se había ingresado, se declarase, al amparo del artículo 167 del Reglamento, la nulidad de la liquidación y del procedimiento de apremio, indicando no poder acompañar la certificación del ingreso por no haber tenido lugar; el Delegado de Hacienda remitió esa instancia al Tribunal Provincial, el cual declaró que no podía exigirse el ingreso de la cuota del Tesoro, pero sí las demás responsabilidades; el Tribunal Central fija la doctrina del epígrafe. La reclamación no puede estimarse como económicoadministrativa, porque no se formuló con ese carácter, ni en el plazo de quince días que determina el artículo 166 del antiguo Reglamento (200 del actual), ni ante el Tribunal Provincial, sino que está dirigida al Delegado de Hacienda, invocando precisamente el artículo 167 (201 del actual), y uno de los motivos consignados en éste, o sea la nulidad, por sentencia firme, del acto liquidado, y se ha interpuesto en el plazo de cinco años, no impugnando la liquidación practicada, sin que a ello obste el no haberse pagado la liquidación, pues ello sólo afectará a que no se puede devolver por faltar ese hecho material, pero ello no altera la naturaleza de la reclamación ni impide reconocer que si se cumplen los requisitos que esos artículos señalan para la devolución, el reclamante tendría derecho a ser reintegrado de las cantidades a que se refiere el artículo 57 del antiguo Reglamento y, por lo tanto, la Administración debe declarar la improcedencia de exigir esas cantidades, para lo cual es competente el Delegado y no el Tribunal. (Acuerdo del Tribunal Central de 20 de Diciembre de 1927.) 153.

## XLVI

*Herederos de confianza. Adjudicación para pago de deudas. Herencia. Los herederos de confianza, autorizados en Cataluña,*

son herederos fiduciarios, y si en el testamento no se les autoriza para disfrutar los bienes, no procede exigir el impuesto mas que por la herencia directa del testador al hospital a quien van los bienes en definitiva; no procede exigir el impuesto por adjudicación para pago de deudas si no hay una obligación contractual anterior que se extinga por la adjudicación: la única liquidación será la de herencia, concepto beneficencia privada.

*Caso.*—Un testador catalán instituyó herederos de confianza, con facultades reservadas, a los albaceas; éstos declararon en escritura pública que el fin de la institución era liquidar los bienes de la herencia, liberándoles de toda carga y entregar su importe líquido a la Administración de un Hospital de S. C., ya existente, para sostenimiento de una sala destinada al cuidado de los enfermos, en la cuantía que permitiese la herencia, siendo condición que los albaceas tenían amplísimas facultades, sin que nadie les pidiera cuentas; en escritura relacionaron tres casas, entre otros bienes, girándose la liquidación por el importe de las mismas, a nombre del Hospital por título de Herencia y concepto de Beneficencia, número 28 de la tarifa, letra H, al 4,25 por 100; los herederos de confianza entregaron, por escritura pública, las tres fincas aludidas al Hospital para que éste llevase su gestión directa, con la condición de que, vendidas, se invertiría su producto en valores públicos, cuyo producto se aplicaría al cumplimiento de la voluntad del fundador. Presentada esta última escritura, se giró liquidación por adjudicación en pago de deudas, concepto de tarifa de Beneficencia privada al 2 por 100; el Hospital impugnó esta última liquidación, alegando que nada había adquirido por adjudicación para pago de deudas, sino que las tres fincas las había adquirido por herencia, por el que ya había pagado anteriormente. Rechazada esa reclamación por el Tribunal Provincial, es admitida por el Central, por los siguientes fundamentos:

La cuestión esencial es la determinación del verdadero título por el que el Hospital adquiere las tres casas; según el testamento, el Hospital tenía derecho a adquirir el precio de venta, deducidos legados, deudas y gastos, y, por tanto, el título fué el de herencia, y si bien le fueron entregadas por los albaceas las fincas

mismas con la obligación de destinar su precio al fin señalado por el testador, esa modalidad de entrega no altera el título jurídico ni afecta a la liquidación del impuesto por herencia, ya que éste prescinde de la diferente naturaleza de los bienes y los grava a todos por igual, sean muebles, inmuebles o metálico, con la única excepción del ajuar, según el artículo 31 del Reglamento del Impuesto; por la forma de realizar los albaceas el pago al Hospital, tampoco hay exceso sobre los que debía percibir (que es lo que justificaría la adjudicación en pago de deudas), pues desconocido el precio en que se hubieran podido enajenar las casas hay que aceptar la hipótesis de que el valor comprobado es precisamente el del producto de la venta, y como la adquisición de las fincas lo ha sido con la condición de venderlas y aplicar su importe al fin fundacional, no hay cambio de destino de las fincas, sino subrogación de una entidad a los albaceas para cumplir el testamento.

Según el artículo 33 del Reglamento vigente, *el heredamiento de confianza autorizado por la legislación foral* se considera como fideicomiso, y si el fiduciario puede disfrutarla en todo o en parte, se paga el impuesto como usufructuario por el tiempo de duración, pero como en el caso actual no hay tal, se infiere que la herencia la adquiere el Hospital directamente del testador; tampoco procede estimarse exista adjudicación *para pago de deudas*, porque ésta presupone obligaciones anteriores que se extinguen, y de las que se libera al deudor por el importe de los bienes cedidos, lo cual no se da aquí, por faltar la relación contractual pre establecida que se extinga por la adjudicación de bienes; y por no darse los caracteres de deudor y acreedor entre los albaceas y el Hospital, teniendo, además, aquéllos facultades tan amplias que podían cumplir la voluntad del causante como quisieran; no hay, pues, adjudicación para pago de deudas, sino únicamente la de herencia, número 28, H, de la tarifa al 4,25, que debe subsistir y anular la segunda liquidación de Beneficencia privada al 2 por 100, número 9 de la tarifa. (Acuerdo del Tribunal Central de 13 de Marzo de 1928.) 151.

## XLVII

*Impuesto global sobre el caudal relictio. No alcanza éste a la mitad de gananciales que se adjudica al cónyuge supérstite, sino únicamente a la herencia del causante.*

Según el artículo 37 de la ley del Impuesto, forman parte del caudal relictio, al efecto de determinar el global, todos los bienes y derechos que integran la herencia, transmisible a los efectos del impuesto de Derechos reales, en general, y esta integración está determinada por el Reglamento, ateniéndose estrictamente a los preceptos del Código civil, según se declara en el artículo 41; la naturaleza jurídica de las adjudicaciones en pago de aportaciones matrimoniales o de gananciales es completamente diferente de las que se efectúan por herencia, cuyos preceptos peculiares no pueden alcanzar a aquéllos, como lo evidencia el contenido del título 3.<sup>º</sup> del libro 3.<sup>º</sup> del Código, especialmente el artículo 658 y concordantes, y las disposiciones análogas de la legislación foral, y lo mismo ocurre con el ab-intestato, de lo cual se infiere que la restitución de aportaciones matrimoniales y pago de gananciales no está comprendido en el concepto genérico de herencia, pues ni la voluntad del testador ni la ley en el ab-intestato, son la causa determinante de la transmisión de dichas aportaciones matrimoniales y pago de gananciales, sino que éstas se fundan en los preceptos referentes a devolución de dotes, parafernales y liquidación de la sociedad de gananciales; y por estas razones, los preceptos del artículo 36 de la ley y 238 del Reglamento, de que se comprendan en el caudal relictio todos los bienes que un español deje a su fallecimiento, sólo han podido referirse a los bienes que fueran del causante, y de que éste podía disponer, y no deben extenderse, cuando el causante sea casado, sino a lo que le corresponda después de hecha la liquidación de la sociedad legal de gananciales, careciendo de aplicación, a este caso, el artículo 119 del Reglamento, porque se refiere a la liquidación provisional, en cuyo caso sí es preciso conocer todos los bienes de la sociedad para liquidarla y hacer adjudicación de los distintos conceptos sujetos al

impuesto, pero en cuanto al caudal relicto, existe el precepto especial del artículo 37 de la ley preferentemente aplicable; en ningún precepto de los referentes al impuesto sobre caudal relicto se alude a la sociedad legal, sino sólo a la herencia. (Acuerdo del Tribunal Central de 7 de Noviembre de 1927.) 156.

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, máximum 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.**

## B I B L I O G R A F I A

BENAVIDES MORO (Nicolás). *La colonización y el Acta Torrens en el Norte de África.* Tesis doctoral de Derecho de don.....  
Comandante de Estado Mayor. Enviado por el Ministerio de la Guerra para efectuar estudios en Argelia y en el Protectorado francés de Marruecos. 200 páginas. Valladolid. Imp. Colegio Santiago ; 1926.

La cédula bibliográfica que ofrecemos a nuestros lectores como para que puedan trasladarla al fichero de su biblioteca, se refiere a una obra difícil de lograr en nuestros procedimientos formativos. Un militar-abogado que se preocupe por difundir y comparar sistemas inmobiliarios, y estúdie la aplicación del australiano, intentada por Francia primero en Argelia y Túnez, y después en su Protectorado marroquí, para analizar los elementos que, avalados por la experiencia, pudieran trasplantarse a nuestra Zona de protectorado en África, hay que reconocer y lamentar que no es fenómeno corriente ni fácil.

Por añadidura, la monografía del doctor Benavides si flaquea técnicamente en alguna de sus divulgaciones—por lo mismo que no están escritas para iniciados sino para iniciar en Hipotecaria—, ofrece la palpitación de lo vivido, de la documentación directa, al tratar de la propiedad territorial musulmana: refiriéndose, por ejemplo, al régimen tunecino, después de explicar su «juicioso eclecticismo», como decía Besson, añade: «Los informes actuales del autor de este trabajo, recibidos de prestigiosa fuente de Túnez, le permiten afirmar que el sistema tiene hoy la mejor acogida, especialmente de los indígenas, siendo muy numerosos los inmuebles inscriptos (como prueban las estadísticas) etc..»

Y aquí viene obligado otro reparo: algunas de esas estadísticas no debió reservárselas el autor. Vea cómo al tratar de las peticiones de tierras por los colonos franceses, página 88, las cifras hacen de este capítulo uno de los más convincentes del libro. No recata sus simpatías por el Real Property Act. Al contrastar las opiniones de colonos e indígenas, desfavorables a la implantación del Acta, en unos por falta de Catastro, en otros por contraposición de intereses sociales, en los más por la heterogeneidad que ofrece con las leyes francesas, nuestro autor insiste: «Creemos que el Acta Torrens será al fin establecida en Argelia, por ser mucho mayores sus ventajas que los inconvenientes que allí tenga su aplicación.»

Cómo estaba y cómo está organizada la propiedad en Marruecos es la medula de este trabajo, y no puede sernos indiferente por poco africanista que se sea, aparte el interés jurídico que siempre ofrece. Porque de su enfoque depende en mucho el estímulo y arraigo del colono y la pacífica adhesión del indígena; en una palabra, la solución de nuestro problema africano.

Lo que más interesa de esta tesis doctoral es la aplicación práctica que desde sus principios le sirve de objetivo al ofrecerla como guía de los Interventores y demás funcionarios públicos que hayan de actuar en las mutaciones de propiedad dentro de la zona marroquí sometida al protectorado de España. Así, al describir, por ejemplo, el «bornage», esa «dissección del derecho de propiedad que es al mismo tiempo una información jurídica y una operación topográfica», ante la resistencia de los indígenas, aconseja: «En esto hay una labor educativa a realizar, por la autoridad local de control». Y así siempre. Al hablar después de la inatacabilidad del título inscrito y del fondo de indemnización para el despojado por una inscripción mal hecha, fondo que se nutre del 15 por 100 de los derechos de conservación y al que se acude de un modo supletorio, ante la insolencia del funcionario, dice: «El conservador de Rabat, M. Rousell, que dispensó al autor de esta tesis muy amables atenciones, le dijo que no ha habido que tocar al fondo citado, en Marruecos; lo que habla muy alto en honor de la probidad y competencia de los Conservadores de la Propiedad.»

Muy interesante la variedad que estudia del Acta Torrens en países de costumbre bereber, pero más aún la segunda parte que

dedica a la zona de Protectorado español y especialmente a sus colonos, «legionarios de la paz y de la prosperidad del país».

Parte de un estudio geográfico del territorio sometido y de sus intentos de colonización por la Sociedad española constituida al efecto, y entra derechamente en el estudio inmobiliario con los capítulos previos : «La propiedad en el campo exterior de las plazas de Melilla y Ceuta»—consolidación de las concesiones a particulares por el Real decreto de 27 Marzo de 1925—; «Los inmuebles Majzén»—dahir de 3 Junio 1914—, y «Los Inmuebles Habús»—decreto visirial de 12 de Mayo de 1925—; pasando a plantear «La reforma inmobiliaria en nuestra zona mediante consideraciones generales sobre el dahir jalifano de 10 de Junio de 1914, que implantó el Registro de Inmuebles, pero no logrará hacerlo arraigar si no se arranca de un conocimiento básico de las razas y su consiguiente organización política, social y religiosa, tan distinta, de los varios núcleos que la pueblan», lo cual supone ductilidad y flexibilidad en la aplicación : todo lo contrario del uniformismo.

Con todo, nuestro sistema de Registro colonial ofrece novedades como la inmatriculación directa por el Registrador, previo reconocimiento y deslinde que no pasa al Juzgado de primera instancia si no hay reclamación, y el acoplamiento de la copia del plano (el original queda en el Registro) con el certificado de inscripción para integrantes del «título de propiedad», que son avances más dignos de destacar que el de la responsabilidad de los Registradores, como hace el autor ; pues en la Península se lleva aún en términos más rigurosos, sin que uno ni otro nos acaben de resultar eficientes y preventivos.

Con «Los extranjeros y la propiedad en Marruecos. Condición civil de franceses y extranjeros en la zona francesa y de españoles y extranjeros en la zona española ; transmisión de la propiedad a los extranjeros» acaba este resumen informativo de disposiciones vigentes objetivas ; las que hacen relación al personal se completan con el estudio de «Oficiales de Informaciones, Controleurs e Interventores» de Francia y cómo intervienen para implantar el Acta Torrens, y de «Los Interventores militares de la zona española», precursores de los civiles.

Termina con una sumaria comparación de los regímenes de la propiedad inmueble de Túnez, Argelia y ambas zonas de Ma-

ruecos, y con esta conclusión : «Como es laudable aprovechar la experiencia de los demás cuando se hace racional y no servilmente, creemos precioso el hecho de que se haya adaptado a la nuestra, en parte, el régimen territorial de la zona francesa donde se aplicó, mejorado, el de Túnez, que, a su vez, se inspiró en el sistema Torrens, cuyas fuentes están en el Derecho germánico. El régimen hipotecario español, por haber tomado algunos principios del de Alemania, y por el histórico influjo del Derecho germánico en el nuestro, está más próximo al Acta Torrens que el francés, y por ello sería en España más fácil que en Francia la transición a tal sistema y su implantación integral en nuestra zona marroquí. Pero aunque no se haga esto último (y nada importaría que el Acta no rija en España para que la estableciéramos en Marruecos, pues tampoco rige en Francia, y esta nación la llevó a África) debemos felicitarnos de que se lleve nuestro Registro de la Propiedad al Marruecos español, pues esto implanta un beneficioso principio de asimilación legislativa en lo territorial, etc.»

Completan el estudio un índice de disposiciones legales de la zona francesa sobre inscripción y organización de la propiedad inmueble, otro similar de la española con los centros y disposiciones favorables a la colonización y succincta mención de los inmuebles propios del Estado español en la región occidental, y bibliografía consultada, entre la que abundan conferencias y artículos publicados en Revistas.

En resumen : un meritorio trabajo recopilador, de información directa y bien orientada, que no debe faltar en la biblioteca de ningún Registrador de la Propiedad.

F. C.