

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

Año IV

Mayo de 1928

Núm. 41

El requisito de la viabilidad del nacido en el Código civil

LAS SIETE PARTIDAS.

La Partida VI, título VI, ley XVI (1); la ley 4.^a, título XXIII, Partida IV (2), y la ley 5.^a, título XXIII, Partida IV (3), dan el material necesario para que nos formemos idea de lo preceptuado en este monumento legal en relación a la viabilidad. De su lectura se deduce que dos son los requisitos exigidos a la criatura para considerarle persona: que nazca viva y que tenga figura humana. Con recordar que las Siete Partidas del rey Don Alfonso representan en nuestra historia legislativa el elemento románico que había de luchar con el elemento visigótico y su secuela de nuestro genuino Derecho, se comprenderá el origen y significado de sus exigencias, relevándonos de un detenido comentario la extensión que al Derecho romano hemos concedido en este trabajo. Hagamos, no obstante, algunas indicaciones:

(1) Sin testamento muriendo algun ome, dexando su muger preñada o cuidando que lo era, decimos que nin hermano nin otro pariente del muerto, non deve entrar la heredad del finado; ante deue esperar, fasta que la muger encaezca. E entonces, si el fijo o la hija nasciere viuo, el aura la heredad en los bienes del padrex.

(2) Lo más que la muger preñada puede tener la criatura en el vienbre son diez meses. Otrosi la criatura que nasciere fasta en los siete meses, que solo que tenga un dia del septimo mes, que es cumplida e vividera. Eso anismo debe ser juzgado de la que nasce fasta en los nueve meses.

(3) Non deben ser contados por fijos los que nascen de la muger et non son figurados como omes, asi como si hiciesen cabeza u otros miembros de bestia. Más si la criatura que nasce ha figura de ome muguer haya miembros sobejanos o menguados, no empesce para poder heredar los bienes de su padre et de su madre et de otros parientes.

El plazo de diez días prevenido en el Fuero Juzgo, silenciado en el Fuero Real, sigue sin exigirse por las Partidas, no lo pedía el Derecho imperial, ni fué recordado por Don Alfonso. No en vano se tuvo otro objeto que construir sobre bases romanas que tampoco se preocupaban de este requisito. El nacimiento, los signos de la vida, a pesar de la solución dada por Justiniano entre proculeyanos y savinianos sigue en las Partidas sin reglamentación; sólo nos habla de la figura humana, superando a su patrón en la claridad y matización de sus conceptos.

El Derecho romano, como en su lugar queda dicho, reguló escasamente los relativos monstruos. Sirven de antecedentes la ley 5.^a, título XXIII, Partida IV, la ley 135 de *verb sign*, la ley 14 de *statu hom*, la ley 10 de *statu hom*, la 12, párrafo primero, D. de *lib let post*, y la 15, párrafo primero, de *testibus*.

En la ley 5.^a, título XXIII, Partida IV, nos dice que «non deben ser contados por fijos los que nasen de la muguer et non son figurados como omes como si hubiesen cabeza o otros miembros de bestia»; después, para mayor claridad, distingue este tipo de nacidos de aquellos otros «que haya miembros sobejanos o menguados», a quienes se les reconoce personalidad.

En un empeño apasionado, este requisito pudiera dar salida a la viabilidad, interpretando que se niega personalidad a aquellos que por su deformación orgánica no nacen con aptitud para vivir, a diferencia de aquellos que teniendo sólo una deformación, no esencial a la vida, se consideran viables. Pero quien con imparcialidad estudie este requisito y tenga en cuenta su origen románico, y la influencia de la religión y las creencias nigrománticas del siglo XIII, reflejadas en algunos pasajes de las mismas Partidas, terminará declarando que no tuvo propósito Don Alfonso y los suyos de buscar por tal medio el requisito de la viabilidad.

Aunque el propósito que se perseguía quede satisfecho, no deben terminarse estas indicaciones sobre la viabilidad en las Partidas sin prevenirnos de una objeción: que la ley IV, título XXII de la Partida IV exige el requisito de la viabilidad en el significado propio de este término, es decir, como el nacido vivo a término. Esta ley, como dice Sánchez-Román (1), se refiere a la legitimidad

(1) *Estudios de Derecho civil*. Segunda edición. Madrid 1911. Tomo II, página 166.

dad, y ya sobre esta confusión de materias hemos dicho lo suficiente. Gutiérrez, refiriéndose a esta ley (1), opina que en ella se formulan, en preceptos generales, las presunciones, aunque respetadas no infalibles, del anciano de Coos, bajo la autoridad de Hipócrates. Llamas y Molinas (2) escribe que Alfonso el Sabio, conformándose con las disposiciones del Derecho común, establece en la ley que comentamos que el tiempo más largo que una mujer puede tener la criatura en el vientre es el de diez meses, y dice algo más: «si la nascencia de la criatura tañe un día del oncenio, no debe ser contado por fijo». Para completar los detalles de esta ley, fijémonos que señala también un mínimo de gestación en forma matemática: «Otrozi, la criatura que naciese fasta en los siete meses, que sólo que tenga un día del séptimo mes, que es cumplida e vividera.»

Veamos los lunares que presenta la ley que comentamos: En primer lugar, repitamos una vez más que esto ataña exclusivamente a cuestiones de legitimidad no a viabilidad. La palabra *vividera* que en ella se lee, sólo significa un complemento o consecuencia de una mala interpretación dada a la teoría de Hipócrates, quien, como tuvimos ocasión de señalar en la primera parte de este trabajo, no afirmó que todos los que nacen en el séptimo mes nacen vivos, sino que pueden nacer vivos sin que deba interpretarse que se refiera a viabilidad. Además, y ya que constantemente se confunde nuestro tema con la legitimidad, digamos que con el precepto comentado se llegó al máximo imperialismo legislativo ofreciendo en un Código fijaciones matemáticas de plazo contra natura (3), y no presunciones, como Gutiérrez y otros comentaristas han querido ver.

(1) Ob. cit.

(2) Sancho Llamas Molina: Ob. cit., página 137 y sigs.

(3) Las observaciones sobre plazos máximos y mínimos de gestación revelan la incertidumbre que por naturaleza ofrece este problema. Hipócrates, en su libro de las Carnes y en el de la Naturaleza, afirma que el máximo de la gestación eran diez meses. Aristóteles, en su *Historia de los animales*, llega a la misma conclusión; Pablo Zaquías trata del parto que excede de diez meses; Justiniano, en el capítulo II de su *Novela* 38, opina que el nacido después del oncenio mes de la muerte de su padre no se ha de tener por legítimo. En cuanto al plazo mínimo de gestación, señalaban siete meses Aristóteles, Plinio, Hipócrates, Faleno y Aulo Féllo, en sus *Noches Aticas*.

LAS LEYES DE TORO.

El gran daño y gasto que recibían sus súbditos a causa de la gran diferencia y variedad que había en el entendimiento de algunas leyes del reino, según el encabezamiento de las de Toro, obligaron a la reina Doña Juana a publicar este nuevo Cuerpo legal. Por lo que se refiere a nuestro tema, ningún otro comienzo sería más apropiado. Los precedentes sobre la materia constituyan un verdadero caos.

Fuero Real y Partida, encauzándose en reconocimiento de personalidad, por caminos distintos, y los Fueros Municipales (1), exigiendo sólo el requisito del plazo de vida, aptitud para vivir, viabilidad en su verdadero sentido, pero sin nuevos datos que mezcan estudio especial, y oscilando aquellos entre veinticuatro horas y diez días. «La notoria oposición entre la legislación de Partidas y las leyes anteriores—escribe Aramburo—hizo necesaria una nueva solución que conciliase estas discrepancias, y a este fin se dictó la ley 13 de Toro.»

Entre la diversidad de problemas que planteaba la multitud de disposiciones anteriores, y que dejaban sin resolver, preocupa a Pacheco el hecho de la vida como presupuesto de la viabilidad. «En aquellos primeros instantes de la existencia—dice—, la vida tiene que ser algo de bien tenue y de bien dudoso; cuando a los pocos momentos ya no se conserva, bien puede vacilarse, bien puede disputarse sobre si al nacer se tuvo o no se tuvo.»

Las leyes de Toro trataron, sin duda alguna, de solventar la situación difícil en que el problema se encontraba, y a este fin se

Pero Hipócrates rebaja el plazo a 182 días; Fañeno nos dice también que sólo vió un caso de nacer con vida una criatura con 184 días de gestación. Llamas Molina y Alfonso de Aguilera, en sus *Adiciones a Don Hermenegildo de Rojas*, post. II, cap. IV, recogen opiniones de importancia. Jerónimo Huerta, médico de Cámara de Felipe IV, afirmó que vió un parto de cinco meses, y que el feto era vital. Francisco Valle refiere haber visto criaturas de cinco meses, también vitales. El célebre médico Fortunio Licet fué nacido al sexto mes. Además de lo expuesto para echar por tierra los plazos sistemáticos de las Partidas, bastaría preguntar: ¿qué médico se atrevería a afirmar si un niño nació a los siete meses exactos o a los siete meses y un día?

(1) Aramburo: Ob. cit., págs. 34 y 35.

redactó su ley XIII (1). ¿Consiguieron el objeto que se proponían los autores del Código Taurino con la redacción de su ley XIII? Veamos, con la ayuda de sus principales comentaristas, las sugerencias que su texto nos brinda. Dice Gutiérrez (2) que la ley XIII de Toro, en cuanto hermanó la coincidencia de ciertos extremos, fué necesaria; en cuanto define la viabilidad, es insuficiente y es oscura; con la frase que nazca vivo todo, produce un desconcierto de interpretación sin llegar a ponerse de acuerdo; al definir la viabilidad, tomaron el peor de los caminos: la exigencia de veinticuatro horas de vida, y para colmo de incertidumbres finaliza con las palabras: «ni aun será natural si nació en tiempo en que no podía vivir naturalmente».

Pacheco (3), después de justificar la intervención de las leyes de Toro en nuestro tema, hace una crítica favorable a la primera parte de la ley XIII, creyendo que los autores de estas leyes no tuvieron más remedio que volver la vista hacia el Fuero Juzgo, «perfeccionándole en su idea y haciéndole consecuente en su expresión». Basta la conceptuación de dos comentaristas tomadas al azar para notar el desacuerdo a que antes aludíamos.

Analicemos la ley XIII: La primera preocupación de la ley es distinguir los abortivos de los naturalmente nacidos. Exige para estos últimos el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) Nacer vivo todo; b) vivir veinticuatro horas naturales; y c) ser bautizado antes de morir. Los que no reúnan tales condiciones, ordena la ley que se tengan por abortivos.

a) *Nacer vivo todo.* Ya lo ha dicho Gutiérrez: «Tres siglos

(1) Para evitar muchas dudas que suelen ocurrir acerca de los hijos que mueren recién nacidos, sobre si son naturalmente nacidos o son abortivos. Ordenamos y mandamos que el tal hijo se diga que naturalmente es nacido y que no es abortivo cuando nació vivo todo, y que después de nacer vivió 24 horas naturales y fué bautizado antes que muriese, y si de otra manera nascido, murió dentro de dicho término o no fué bautizado, mandamos que el tal hijo sea habido por abortivo y que no pueda heredar a sus padres, ni a sus madres, ni a sus ascendientes, pero si por el ausencia del marido o por el tiempo del casamiento claramente se provase que nació en tiempo que no podía vivir naturalmente: mandamos que, aunque concurran en el dicho hijo las cualidades susodichas, que no sea habido por parto natural ni ilegítimo.

(2) Ob. cit., págs. 160 y sigs.

(3) Ob. cit., págs. 203 y sigs.

hace que las leyes Taurinas vieron la luz pública, y aun sus comentadores no se han puesto de acuerdo sobre la frase.» La tendencia general es la de hacer una doble interpretación. Unos afirman que precisa descomponerla de la siguiente forma: «Que nazca todo y que nazca vivo», y otros son partidarios que la tal expresión quiere indicar que la criatura nazca completa de miembros y viva.

Las Partidas, y antes el Fuero Juzgo, sólo exigieron el requisito de nacer vivo; aquí, la ley XIII, para aclarar y concretar el concepto, nos añade inoportunamente la palabra *todo*. Pensar que la palabra *todo* quería indicar que carecía de viabilidad el que le faltase algún miembro, aunque fuese secundario, no esencial a la vida extrauterina, o de algún modo imposibilitado, sólo puede autorizarlo una interpretación grosera, apegada a la letra. El Derecho español, a la época en que se publicaron las leyes de Toro, había matizado suficientemente este aspecto del problema. Las Partidas nos hicieron el distingo al referirse al requisito de la figura humana en su ley 5.^a, título XXIII, Partida IV, reputando como personas a aquellos seres que venían al mundo con miembros menguados o sobejanos. Lo que seguramente quiso decir la ley XIII en la expresión que interpretamos, es lo que daba a entender el Derecho romano con su perfecto *natus*, es decir, que se desprenda completamente del seno materno teniendo vida la criatura. No puede ni debe verse en este extremo el requisito de la viabilidad cuando tan a las claras nos lo muestran en otra expresión, objeto del apartado siguiente: .

b) *Vivir veinticuatro horas naturales*. Casi todos los comentaristas ven en tal prevención la exigencia del requisito de la viabilidad, y tal observación se impone como cierta. No le bastó a la ley XIII exigir el nacimiento vivo todo, sino que además reclamaba que viviese veinticuatro horas, y claro es que no puede perseguirse otro objetivo que el de conceptuar como verdadera vida extrauterina e independiente la de aquel que rebasa el plazo señalado; quien no llegue a él sólo ha tenido un reflejo de vida, una sombra de vida, como decían los antiguos comentaristas; no tenía vitalidad; sin ella, no se podía ser persona para la ley.

Los comentaristas atacan briosalemente el plazo, mientras Gutiérrez señala éste como el peor de los caminos a seguir; otros, en

el mismo sentido, señalan la injusticia que representa tomar por vida, por ser apto para la vida, al que sólo ha tenido un conato de existencia y que ha vivido veinticuatro horas bajo los solícitos cuidados de la familia y de la Medicina, o que quien siendo apto por su constitución fisiológica, habiéndole ocurrido un accidente mortal antes de las veinticuatro horas, no sea considerado como persona.

Sólo enfocando la bondad de que la ley dé una regla fija en evitación de las dudas e incertidumbres que la prueba pericial provoca en estos casos, puede explicar la alabanza de algunos escritores (1), pero nunca justificar una medida que va no solamente contra los antecedentes que la ciencia médica servía en aquellos tiempos, y sigue sirviendo en los actuales, sino contra la realidad misma de donde tiene que partir toda ley, evitando el camino de las deformaciones y abuso de la ficción.

Quienes como Palacios Rubios, tanto pesó en la concepción de este Cuerpo legal, dejan abandonado este requisito, comentaristas como Llamas Molinas apenas lo mencionan, y, en general, se produce la impresión de que quisieron exigir como elemento esencial para reconocer la personalidad la aptitud para la vida, pero no se les ocurrió más medios que exigir un plazo convencional, que tal vez nada diga ni pueda decirlo como exigencia imperativa en punto a viabilidad; otra suerte hubiera corrido como presunción *juris tantum*, aunque tal vez nuestra crítica hubiese sido también desfavorable; la exigencia imperativa de las veinticuatro horas de vida es un absurdo, la exigencia de las veinticuatro horas como presunción *juris tantum*, es un requisito ineficaz.

c) Que fuere bautizado (2), ya traemos deatrás esta exigencia, y fieles a ella las leyes de Toro, a la influencia religiosa, lo prescribió como esencial. La no existencia de Registro alguno de orden civil hizo práctica y eficaz la exigencia dicha, pero una conveniencia de tal índole no justifica la condición del bautismo. Sólo el exceso de fe mantenía vivo este requisito. «Natural parece—dice Gutiérrez—en una sociedad cristiana que no se dé parte en los

(1) Pacheco: ob. cit., pág. cit.

(2) Aunque fuera por la comadre, pág. 73. *Compendio de los comentarios extendidos por el Maestro Antonio Gómez*, escrito, por Pedro Nolasco de Lino. Madrid, 1777.

derechos civiles al que no la tiene en los espirituales. Como los gentiles están incapacitados por nuestras leyes para heredar, los respetos de piedad señalan un límite a los derechos del padre sobre el hijo nacido a la vida de la naturaleza, pero no a la vida de la gracia.» Si tales razones convencían a Gutiérrez, no es de extrañar que en pleno siglo XVI hicieran del bautismo requisito esencial.

Queda por estudiar la segunda parte de la ley XIII. Sánchez-Román (1), que elabora su obra sobre Derecho nacional, nos dice que esta segunda parte se refiere a problema distinto de la viabilidad, cual es el de la legitimidad, y en igual sentido se pronuncia Valverde (2). Tal afirmación es la síntesis y resumen de la crítica hecha por casi todos los comentaristas de las leyes de Toro. No debió la Ley extender este segundo párrafo; está desencajado, de contenido contradictorio y, como secuela, productor de dudas e incertidumbres.

Quizá de entre los comentaristas a la ley que estudiamos, el más acertado sea Pacheco; a este efecto, escribe que el único alcance que se le puede dar a este segundo párrafo es ser una excepción de la regla general que sienta en el primero. Así como en éste, al encontrarse cumplidos los requisitos que señala, reconoce la personalidad del ser que les ostenta, en el segundo afirma que no hay tal nacimiento natural (causante de derechos civiles), supuesta siempre la muerte del recién nacido, aunque se cumplan aquellos requisitos, si por razón de fecha de matrimonio o por ausencia del marido, se probase que nació en tiempo que no podía vivir naturalmente. La consideración de imposibilidad—continúa Pacheco—vence aquí en el ánimo del legislador al hecho del alumbramiento con verdadera vida. Cuando el recién nacido no muere, el supuesto de la ley falta, y sucumben todas sus apreciaciones y mandatos.

La teoría de Pacheco es ingeniosa, y sólo una explicación como la dada puede aplicarse a este precepto. Si se toma la ley XIII en el sentido literal de sus palabras, ha de convenirse en los siguientes defectos:

(1) Ob. cit., t. cit., pág. cit.

(2) Ob. cit., t. I, pág. 220.

- A) Confusión de viabilidad y legitimidad.
- B) Que nos lleva al escabroso problema de señalar máximos y mínimos en el período de gestación.
- C) Que aun admitida la existencia de un plazo común, los términos para el cómputo existen en la legitimidad, matrimonio y nacimiento, pero no en la viabilidad, nacimiento, pero el momento de la concepción, por naturaleza es desconocido.
- D) Lo anómalo de considerar como conceptos idénticos parto natural y parto legítimo.
- E) Que, a pesar de plantear tantos problemas, a más de los que ya existían, no da solución a ninguno de ellos, ni siquiera se observa la preocupación de recordar algún precepto anterior que, rigiendo la materia, llenase alguna de sus infinitas lagunas, como lo preceptuado en la ley IV, título XXIII, partida IV, sobre plazos de preñez natural.

LA NOVÍSIMA RECOPILACIÓN.

La ley II, título V, libro X copia la ley XIII de Toro, por lo que huelga su comentario.

* * *

Resta de nuestra evolución jurídica el estudio de la viabilidad en el proyecto de 1851 y en la ley del Matrimonio civil, que constituyen los antecedentes necesarios inmediatos del Código civil vigente.

El artículo 107 del proyecto del Código civil de 1851 prescribe que el nacido tenga forma humana y que viva 48 horas completamente separado del seno materno. En este proyecto se sigue exigiendo un plazo de vida bajo la influencia visigótica, como síntoma suficiente de aptitud para la vida, y una figura humana de aborigeno romano.

La ley del Matrimonio civil de 1870, en su calidad de texto oficial, se creyó en la necesidad de terminar la discusión que produjo el texto de la ley XIII de las de Toro, transscrito en la novísima, y a este efecto consignó en su artículo 60: «Para los efectos civiles, no se reputará nacido el hijo que no hubiere na-

cido con figura humana y que no viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno.»

Tal fué el modelo que sirvió a nuestro legislador del 89 para construir el artículo 30 de nuestro vigente Código civil, con sólo introducir una reforma en la redacción, favorable a la mejor comprensión del mismo.

EL DERECHO FORAL Y LA VIABILIDAD.

Pocas líneas merecen nuestros Derechos regionales en relación a la viabilidad. El Derecho catalán, como dice Pellá y Forgas (1), refiriéndose a los artículos 29, 30 y 31 de nuestro Código civil, refleja en esta materia el influjo del Derecho romano. Hace un recuerdo al Digesto, libro II, título VIII, *De mortuo inf.*, ley segunda; libro I, título V, *De statu hom.*, leyes VII y XXVI, fundándose en Nodot (2), para comprobar la inspiración romana del Derecho catalán con motivo de la viabilidad. Con ligereza opina este autor que nuestros artículos del Código (29, 30 y 31) no hacen otra cosa que recoger las máximas en la materia de Derecho romano (3), pero lo esencial es hacer notar la aplicabilidad de nuestro Código dentro del Derecho catalán, a cuyo efecto aduce las sentencias de nuestro Tribunal Supremo fechas 24 y 28 de Junio de 1897, 18 de Octubre de 1899, 7 de Mayo de 1902 y 27 de Octubre de 1903, así como una decisión de la antigua Audiencia de Cataluña, que comenta Cristany bajo el título «*Au partus exfeto ventre eriduc sit vitalis, et sit successibilis, tam active quam passive*», en su obra *Sacri Supremi Senatus Kthaloniæ decisiones*. En resumen: el Derecho catalán nos lleva en materia de viabilidad al Derecho romano y acepta como bueno y conveniente nuestro artículo 30 del Código civil.

Por lo que respecta al Derecho foral navarro, para nadie es un misterio su base de Derecho romano.

Sin embargo, en esta materia de viabilidad no podemos dejar

(1) Código civil de Cataluña.

(2) *Operum omnium*, t. II, com. al lib. I, tit. V del Dig., ley de 1767.

(3) Bastaría referirnos al plazo de las veinticuatro horas para desvirtuar esta opinión.

de recordar la ley LII de las Cortes de Pamplona, que completó el Derecho romano, exigiendo, a más del parto, entendiendo por tal la separación completa de madre e hijo, por medios naturales o artificiales, el requisito de las 24 horas de vida. Exigía, además, el bautismo, sin vigencia desde la publicación de nuestro Derecho constitucional. Aun se proveyó, en régimen de pruebas de vida extrauterina (1), por medio de dictamen médicolegal o de testigos, «si suspiró o no el niño, se averigua por el peso específico de los pulmones, por el variado procedimiento de la docimasia». Por lo demás, la influencia del Derecho romano es decisiva.

* * *

Jadó y Ventades (2) afirma que no encuentra en el Fuero de Vizcaya ley alguna que especifique las circunstancias que han de reunir las personas naturales o jurídicas para que se les considere con capacidad o personalidad civil, por lo que en esta materia hay que recurrir al Código civil.

La novísima recopilación de Vizcaya exige que la criatura viva doce horas y reciba el agua bautismal (3).

Aragón no nos ofrece ninguna particularidad en la institución que estudiamos; exige para reputar nacido, a los efectos civiles, los requisitos de figura humana y veinticuatro horas de vida extrauterina (4).

* * *

El requisito de la figura humana llega a nuestro Código civil después de una gestación histórica, que tiene su concepción en el Derecho romano y se transmite por conducto de las Partidas, leyes de Toro, la novísima recopilación y la ley del Matrimonio civil. Según la justificación hecha de este requisito, la influencia de la superstición religiosa y la fábula, en comisión con la

(1) Víctor Cobián y Junco: *El Derecho civil privado de Navarra y su codificación*. Madrid, 1914, pág. 334.

(2) Rodrigo Jadó y Ventades. Obra póstuma: *Derecho civil de Vizcaya. Comentarios a las leyes del Fuero de Vizcaya*. Segunda edición. Bilbao, 1923., página 174.

(3) Aramburo: ob. cit., nota a la pág. 38.

(4) *Derecho civil aragonés*. Don Andrés Blas, Madrid, 1873.

incultura médica de tiempos anteriores, produjo en Roma tal condición, repetida después en los cuerpos legales señalados.

Al hacer el estudio de este requisito en el Derecho romano, se adujeron razones para contrarrestar el supuesto de que la distinción entre monstruos y deformados significaba la exigencia de viabilidad. La distinción se reproduce en las Partidas, sin que la expresión de sus textos, ni el ambiente del siglo XIII, nos den bases para defender la correlación entre la condición de figura humana y el requisito de la viabilidad, y otro tanto podemos decir de los demás cuerpos legales que la recuerdan entre sus reglas.

Pero el hecho es que la figura humana se exige en nuestro Código, y ello supone una supervivencia legal ineficaz e inoportuna en la actual cultura, o por el contrario, y esto debe ser más cierto, una exigencia en relación con la viabilidad.

En conclusión y relativamente a la figura humana, la historia jurídica nos dice que ha sido una exigencia extraña a la viabilidad, la conceptuación que hoy merece, al plantearla a nuestro Código, ese problema de técnica a desarrollar.

Contrariamente, la evolución histórica nos afirma que en el requisito de que viva veinticuatro horas el recién nacido se halla la exigencia de la viabilidad.

¿Qué puede significar exigir un plazo de vida? El plazo en esta oportunidad no puede aceptarse más que como un medio de prueba, y la prueba tiene que estar referida al nacimiento, a la vida o a la aptitud para continuarla. El nacimiento se acredita plenamente por el hecho físico del parto, en el momento en que, separados los cuerpos de madre e hijo, se rompe el cordón umbilical. La vida es, en la mayoría de los casos, un hecho físico que cae instantáneamente en la observación de quien la contemple. Uno y otro hecho no requieren plazo, sería su concesión ineficaz; la rotura del cordón umbilical o la vida se producen momentáneamente. La diferencia de estos supuestos, en relación con el de la aptitud para la vida, es evidente, pues ésta significa la iniciación de un desarrollo de vida independiente, en que se muestra que la energía transmitida en el seno materno al hijo es capaz de conservarse e impulsar la vida autónoma del recién nacido. El desarrollo natural se opera paulatinamente, ya que la naturaleza no procede *per saltum* y todo desarrollo supone tiempo.

El Derecho bárbaro, reconociendo este acerto por lo que a nuestra historia legislativa se refiere, exige en el Fuero Juzgo el requisito de los diez días de vida, y los Fueros municipales, representación de nuestro genuino Derecho, recogen el plazo, exigiendo desde 24 horas hasta los diez días del Fuero Juzgo; el Fuero Real ofrece dudas acerca de si exigir o no la viabilidad, por no referirse expresamente a un plazo entre sus requisitos; recoge de nuevo el plazo de la ley XIII de Toro y continúa en su tradición la ley del Matrimonio civil. No puede por menos de considerarse significativo esta insistencia del plazo, vario, según las creencias, conveniencias o como medio de transacción en discusiones, pero plazo al fin, y significativa también la constante preocupación de los comentaristas de encontrar en el plazo la exigencia de la viabilidad.

Por las razones expuestas, creemos haber demostrado que el requisito de la viabilidad se halla exigido en el artículo 30 de nuestro Código civil, en el apartado que dice «y viviere 24 horas enteramente desprendido del seno materno», sin perjuicio de investigar, en el trabajo de construcción técnica que emplazamos, si el requisito de viabilidad está también prevenido en la condición de figura humana, dado el concepto que la ciencia médica formula actualmente sobre el contenido de esta *conditio juris*.

BLAS PÉREZ GONZÁLEZ.

Doctor en Derecho.

Institución conjunta de herederos en usufructo y en nuda propiedad, según el artículo 787 del Código civil. Su naturaleza y problemas de hermenéutica jurídica que plantea

Con harta frecuencia se presenta en la práctica, así ante los Tribunales de justicia como en el Registro de la Propiedad, la interpretación de cláusulas testamentarias en orden a la institución de herederos en usufructo, con o sin facultad de enajenar ; disponiendo los respectivos testadores, que ocurrida la defunción de los usufructuarios, sucederán en los bienes usufructuados, de que no hubieren dispuesto los usufructuarios en el primer caso, otros herederos determinados (los sobrinos, por ejemplo, del testador, sin derecho de representación a favor de los hijos de éstos), que llegado aquel caso, adquirieron los respectivos bienes en pleno dominio.

Entre las modalidades con que acostumbra a efectuarse esa institución de herederos acoplada al artículo 787 del Código civil, que, aun cuando colocado incongruentemente en la sección de las sustituciones, difiere de éstas ; dado que los nudo propietarios no son sustitutos de los usufructuarios, sino herederos directos del *cujus*, simultáneamente instituídos con los tales usufructuarios, excogitaremos la que precedentemente reseñada queda, por ofrecerse como la más compleja de las instituciones hereditarias en usufructo y en propiedad, cuya validez ordena el precitado artículo, al estatuir, cual estatuye en su primer inciso, que las dis-

posiciones en que el testador deje a una persona el todo o parte de la herencia y a otra el usufructo, será válida.

En el caso propuesto, tres son los problemas a solucionar, que entre sí se eslabonan, constituyendo una verdadera concatenación lógica : Primero. La institución de herederos en la forma expuesta de desintegración del pleno dominio y distribución de las facultades dominicales entre los tales herederos simultáneamente, es perfectamente válida, cual expuesto queda, sin que ese modo de institución hereditaria tenga el carácter de sustitución que el Código parece atribuirle, al comprender el precitado artículo 787, en la Sección tercera, capítulo II, título tercero, libro tercero del Cuerpo legal de que se trata, no obstante la opinión, en sentido opuesto, del notable comentarista García Goyena, y de la asimismo sustentada en pro de nuestra misma tesis por el ilustre jurisconsulto portugués Díaz Ferreiro ; habida consideración a que en el caso de referencia insistimos en ello, los herederos en la nuda propiedad adquieren su respectivo derecho del testador, no del usufructuario en el momento mismo de su fallecimiento conjuntamente con el de usufructo adquirido por el titular del mismo ; consolidándose el tal usufructo con la nuda propiedad y refundiéndose el dominio pleno, ocurrida que sea la extinción del primero, por fallecimiento del usufructuario.

Ello decir quiere : que la adquisición del derecho de nuda propiedad hay necesidad de referirla al preciso momento de la muerte del testador, no en modo alguno—y de absurda cabe calificar la opinión contraria—a la fecha de la defunción del usufructuario, en la cual fecha tan sólo se verifica la referida consolidación de las respectivas facultades dominicales divididas en poder de los herederos en la nuda propiedad.

Valiéndonos de la fórmula jurídica romana del *dies cedit* y del *dies venit*, para análogos efectos jurídicos, el derecho de los últimos cedió o fué adquirido al fallecimiento del testador o causante común de los derechos sucesivos de uno y otros ; pero el advenimiento de aquél o su efectividad efectuóse automáticamente al extinguirse el usufructo por muerte del titular de éste, que nada por propio derecho transmite, y de quien, por consecuencia, nada reciben jurídicamente los nudo propietarios.

No se da en este caso, como alguien erróneamente cree, una

condición suspensiva en la adquisición del derecho de los últimos, confundiendo deplorablemente la naturaleza jurídica de las condiciones suspensivas y de las resolutorias, sino una condición de esta última índole, en cuanto pueda sobrevenir la contingencia de que no exista remanente de bienes de la herencia al ocurrir la defunción del usufructuario, por haber hecho éste uso de la facultad de disponer de todos los que integran la respectiva masa hereditaria; pero el derecho hereditario, en sí mismo considerado, adquirido está desde la muerte del *cujus*, al cual momento se retrotrae también la adquisición de la plenitud dominical, ya que la eficacia jurídica de la transmisión mortis causa precisa referirse a la última voluntad transmisora del común causante, como único titular o dueño del patrimonio hereditario o *universum jus defuncti*.

Dilucidada esta primera cuestión de que en el caso objeto de nuestra labor interpretativa trátase, no de un caso de sustitución fideicomisaria, sino de una institución conjunta de herederos en usufructo y en la nuda propiedad, incuestionablemente válida por mandato imperativo de la ley; la segunda cuestión a dilucidar y resolver es la concerniente a determinar si los herederos en la nuda propiedad están o no sometidos a una condición suspensiva en la adquisición de tal derecho; punto que dejamos asimismo examinado al desarrollar el primero de los tres que integran el tema propuesto; pero que esclarecemos más, corroborando los razonamientos doctrinales dogmáticos y exegéticos, con las aportaciones de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pronunciada en dos luminosas sentencias de 14 de Febrero de 1916 y 8 de Abril de 1927 (*Gaceta de 18 de Octubre* del propio año).

Siéntase en la primera de aquéllas la buena doctrina consistente en que, aun cuando el pleno dominio no lo adquieren en casos como el de que se trata, aquellos de los llamados herederos instituídos que sobreviviesen al fallecimiento de la usufructuaria, no así por lo que a la nuda propiedad se refiere, porque este derecho no era incierto ni estaba subordinado a condición suspensiva, sino que nació y lo adquirieron desde el momento del fallecimiento del testador, siendo tan sólo incierto el derecho al pleno dominio, o sea, la consolidación del usufructo con la nuda propiedad simultáneamente adquirida con aquél, cuya consolidación de-

pendía del fallecimiento del usufructuario y de que existiesen bienes, por no haber hecho uso éste de la facultad de enajenarlos que el causante le confiriera.

Tal doctrina encuentra confirmación en los términos más explícitos y categóricos en la otra reciente de 8 de Abril de 1927, que también citada queda, en la cual, tras de la declaración normativa fundamental en materia de interpretación de disposiciones testamentarias, de la necesidad de relacionar lógicamente las cláusulas de aquéllas por el nexo de finalidad común, dado el todo orgánico que forman y que no permite sean desarticulados para interpretar rectamente la última voluntad del testador, sienta como principio general de derecho la transmisión de derechos del heredero nudo propietario, a sus propios herederos, cuando fallece antes que el usufructuario, a base de los siguientes supuestos y razonamientos jurídicos: 1.^º Formulada una cláusula testamentaria en el sentido de disponer del usufructo de todo el patrimonio del testador *en pro de su cónyuge*, y en otra del propio testamento, para que se cumpla cuando muera su esposa, que los bienes, derechos y acciones del otorgante a que el tal usufructo vitalicio se contrae, los recibirán entonces en pleno dominio los herederos que designa—entre los mismos, un hermano del de *cujus* en una tercera parte—, es incuestionable que las citadas palabras, para *que se cumpla cuando muera su esposa*, no afectan a la institución de los tales herederos nudo propietarios, sino al momento en que ha de consolidarse en ellos el pleno dominio de los bienes hereditarios, evidenciándose asimismo que estuvo en el pensamiento y en la deliberada voluntad del testador transmitir a estos herederos, desde el primer momento de la defunción del testador, la nuda propiedad de los mencionados bienes, pues tan sólo de esa suerte podía operarse en ellos la consolidación del dominio pleno; 2.^º Extinguida por el fallecimiento del testador su personalidad civil, en cuanto a los derechos susceptibles de transmisión, verificóse ésta automáticamente en consonancia con los artículos 657 y 661 del Código civil, transfiriéndose *ipso facto* la nuda propiedad de los bienes dejados en usufructo a su mujer durante su vida, ya que de no ser así había necesidad de suponer que hubo un lapso de tiempo en el cual coexistió ese dominio directo con su correlativo de usufructo, sin sujeto o titular; esto es, un dominio sin señor; lo cual cons-

tituye un absurdo, por cuanto ambos derechos, útil y directo, integran un todo jurídico substancialmente inseparable, cual se reconoció por la sentencia de 20 de Marzo de 1916, y según las inspiraciones del buen sentido jurídico; 3.^º Ocurrida la defunción del heredero en la nuda propiedad, después de la muerte de su hermano y causante, como ya tal derecho estaba adquirido sobre la tercera parte de los bienes hereditarios y cuando ya había instituído, a su vez, el nudo propietario heredera de todos sus respectivos bienes a su cónyuge, es de toda evidencia que, con arreglo a los artículos 657 y 661 del invocado Código, al ocurrir el fallecimiento de la usufructuaria se consolidó en aquélla el dominio pleno de la tercera parte de los bienes cuya nuda propiedad había ya adquirido como heredera universal de su difunto marido; 4.^º Al resolver la Sala sentenciadora en tal sentido, no infringe los artículos 759 y 799 del Código civil.

En los considerandos y pronunciamientos de derecho de esta sentencia, como de la de 1916, con la cual mantiene la más perfecta congruencia, el Tribunal Supremo da por implícitamente instituídos herederos en la nuda propiedad, conjunta o simultáneamente con la institución de heredero en cuanto al usufructo vitalicio, a los que han de recibir la herencia en pleno dominio, al óbito del usufructuario; lo cual necesariamente presupone que los tales herederos, en los que ha de consolidarse el usufructo con la nuda propiedad, recibiendo la plenitud dominical, extinguido que el primero sea, tenían adquirido el derecho de la tal nuda propiedad desde el momento mismo de la muerte del común causante, en cuya fecha prodújose la desintegración de las facultades dominicales constituidas por los dos indicados derechos reales de usufructo y de nuda propiedad, incorporándose a los patrimonios de los respectivos titulares, el cual derecho de nuda propiedad, desde el momento de su adquisición automática antes del fallecimiento del usufructuario, es, por su propia naturaleza jurídica, transmisible a los herederos del adquirente, en los que se consolidará el pleno dominio, desaparecido que sea del escenario de la vida y, consiguientemente, de la actuación jurídica, el usufructuario.

De interpretar el caso en otro sentido, caeríase en absurdo tan monstruoso—y en ello estamos de perfecto acuerdo con la fundadísima doctrina del más alto Tribunal de la nación—, como el de un

derecho de nuda propiedad errante, sin sujeto ; un derecho incierto o nebuloso en el tiempo que media entre el fallecimiento del causante común y el del usufructuario ; no concibiéndose derecho alguno sin la persona que sea titular del mismo, dado que el tal derecho constituiría en ese absurdo supuesto una abstracción sin vida, y dejaría de ser una atribución de medios o condiciones para la realización del fin humano, que es la característica esencial del *cujus*.

No se trata por lo expuesto, como muy bien declaró el Tribunal Supremo en sus precitadas sentencias, de que el derecho sucesorio de los herederos en la nuda propiedad, que lo son aquellos que han de consolidar en su poder el pleno dominio de los bienes hereditarios, tuviesen en suspenso tal adquisición hasta el fallecimiento de la usufructaria. No ; lo que está en suspenso en caso tal es la adquisición del pleno dominio, pero no en modo alguno la relativa al mencionado derecho de nuda propiedad.

Ello nos lleva como por la mano al planteamiento y solución de la tercera cuestión, que debe ser un inflexible corolario de la anteriormente resuelta ; es, a saber : si una vez adquirido desde el momento de la muerte del testador el mencionado derecho de nuda propiedad por los respectivos herederos y transmitido, en su consecuencia, a los respectivos herederos de éstos por fallecimiento de aquéllos, puede obstar a esta última transmisión el que en la respectiva cláusula testamentaria hubiesen sido llamados a la nuda propiedad con el usufructuario los sobrinos del causante sin representación. El rigor de los principios jurídicos impone, a nuestro entender, la solución negativa con sólo parar mientes en que lo más conforme y congruente con la voluntad del de *cujus* en el supuesto de referencia, a la luz de las normas interpretativas de los actos de última voluntad, que hacen prevalecer ésta sobre las palabras a base de las lógicas conexidades de unas cláusulas con otras, dentro del todo orgánico que constituyen, es que la prohibición del testador en orden a la representación de los tales sobrinos contráese al momento mismo de la defunción del testador, en que se adquirió el derecho de nuda propiedad, y al cual momento hay que referir necesariamente el ordenamiento de la disposición testamentaria.

Y siendo ello así, es evidente, con la evidencia de un axioma,

que en ese primer momento tan sólo los primeros sobrinos heredarían la nuda propiedad sin tener a la sazón en cuenta los segundos por voluntad expresa del testador; pero esta exclusión de la representación en la fecha adquisitiva de los respectivos derechos, no obsta a que después de adquiridos éstos por los primeros y no por los segundos sobrinos, transmitan aquéllos a los últimos, a su fallecimiento, los tales derechos, sin que la prohibición alcance a esta posterior transmisión.

Tal es la conclusión incontrastablemente legítima que se desprende del rigorismo de los postulados jurídicos dominantes en la materia; partiendo de las premisas fundamentales fuera de toda racional controversia de no tratarse ni de sustitución fideicomisaria ni de institución de herederos subordinada a condición suspensiva, dado que ésta única y exclusivamente existe en cuanto a la adquisición del usufructo y a la consiguiente consolidación del dominio pleno, ocurrido que sea el fallecimiento de la usufructuaria; pero no por lo que concierne al derecho de nuda propiedad, que salió armado de todas las armas y es transmisible por actos inter vivos y mortis causa desde el instante mismo de la muerte del testador.

Si en el supuesto de referencia se confirió por el testador al usufructuario la facultad de disponer de la herencia, recayendo en los nudo propietarios tan sólo el remanente del caudal hereditario que no hubiese aquél enajenado, en caso tal quedarían sujetos los últimos a la condición resolutoria de que exista o no tal remanente; pero nunca condición suspensiva en el momento de la generación del tal derecho de nuda propiedad seguido del pleno dominio, extinguido que sea el usufructo por fallecimiento de su titular.

Pero, aun en la absurda hipótesis, que como tal rechazamos por indiscutiblemente inconciliable con nuestra tesis, reconocida como la única admisible por el Tribunal Supremo, de que tuviese las características de una condición suspensiva el tiempo que media entre el fallecimiento del testador y la adquisición del pleno dominio por parte de los herederos en la propiedad al óbito del usufructuario, esa misma supuesta o inadmisible condición suspensiva, no impediría el nacimiento del derecho de nuda propiedad al mismo tiempo que el concerniente al usufructo, siendo aquel derecho

transmisible, dada la certeza de la realización del hecho futuro de la defunción del usufructuario. Y ello así, por mandato imperativo del artículo 799 del Código civil.

Otra bien distinta es la interpretación que la jurisprudencia administrativa y contencioso-administrativa viene dando, a los efectos del impuesto de derechos reales y transmisión de bienes, a cláusulas testamentarias concebidas en términos análogos a los que sirven de supuesto a nuestra labor interpretativa, reputándose en la tal jurisprudencia administrativa, como condición suspensiva, el tiempo intermedio entre el fallecimiento del testador—en el caso del artículo 787 del Código—y el del usufructuario, en que los nudo propietarios adquieren de su respectivo derecho, desde el momento de la muerte del común causante consolidan el pleno dominio; pero una tal infundada doctrina, con vistas a una exacción fiscal, no entraña, no puede entrañar la virtualidad jurídica que aparejada lleva la surgida de la Sala de lo civil del primer Tribunal de la nación, definidora del *jus en concreto*, dentro del choque o juego de encontrados intereses y derechos de índole civil, puestos en estado de conflicto o de litigio.

Y aun cuando la jurisprudencia del Tribunal Supremo no constituya fuente de derecho, según el artículo sexto del Código civil, tiene, en todo caso, el valor de un principio general de derecho, que es la tercera de las tales fuentes pre establecida en el citado precepto legal.

Y ello así, por haber declarado el propio Tribunal Supremo, en reiteradas sentencias, que la calificación de ser principios generales del derecho los en tal concepto invocados, precisa su previo reconocimiento o consagración de tales por aquel Tribunal, en cuanto definidor del derecho en concreto; por donde viene a erigirse indirectamente la jurisprudencia del Tribunal de que se trata, en fuente de derecho o de doctrina legal básica, como tal, del recurso de casación que autoriza el artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en tanto ésta no se ponga en concordancia con el Código civil, solucionando el paradojismo e incongruencia que en ésta, como en otras instituciones, se advierte entre las normas del derecho sustantivo y el adjetivo.

MANUEL LEZÓN

Registrador de la Propiedad.

El nuevo Código Notarial de Cuba

La Cámara de Representantes ha dado término a la discusión del Código Notarial formulado por el Doctor Grau, Representante y también Decano del Colegio Notarial de la Habana.

El proyecto consta de 300 artículos que, en resumen, hacen las siguientes reformas :

Los Cónsules en funciones de Notarios.—Se faculta a estos funcionarios para que en su calidad de representantes de Cuba en el extranjero otorguen toda clase de escrituras, cualquiera que sea la nacionalidad del otorgante y siempre que la escritura surta efectos en Cuba.

Ejercicio del Notariado.—Para desempeñar la función del Notario será preciso obtener por oposición la plaza. La mujer casada tendrá que ser autorizada irrevocablemente por su esposo. Los Notarios podrán ejercer fuera de los límites del término municipal que constituye el lugar de su residencia, salvo contados casos. No podrán exceder las Notarías de una por cada 4.000 habitantes en la Habana y 5.000 en el resto de la República.

De la excedencia.—El Notario que cuente más de un año de servicio y se hallare en el ejercicio de su cargo, tendrá derecho a solicitar que se le declare excedente por un período no menor de un año ni mayor de seis.

La fe pública en materia electoral.—El Notario está habilitado para intervenir en las sesiones que en funciones de escrutinio celebre cualquier Junta electoral, aunque sea fuera de su residencia. Se innovan los preceptos del Código Electoral en cuanto a que no

podrán ser nombrados Notarios qué no pertenezcan al distrito notarial al que va designado.

Las permutas.—Los Notarios que deseen permutar lo solicitarán de la Dirección de los Registros y del Notariado, obligándose a servir efectivamente la Notaría permutada bajo pena de perder el derecho al retiro. De manera que se evitarán las ventas de Notarías. Para permutar, será necesario haber servido en la Notaría dos años, cuando menos.

La identidad.—Los Notarios podrán expedir certificados de identidad. La mujer casada no necesitará la asistencia ni la autorización de su esposo, ni los menores de edad la de sus padres o tutores para obtener el certificado de identidad.

Del matrimonio.—El Notario podrá instruir los expedientes y autorizar la celebración del matrimonio civil en la misma forma que lo autorizan los Jueces municipales.

Tribunal de Honor.—El Notario que en el ejercicio de su cargo cometiere infracciones graves de disposiciones legales o reglamentarias, sin perjuicio de las acciones civiles o criminales, quedará sometido a la jurisdicción de un Tribunal de Honor. De igual modo quedará sometido a dicho Tribunal el Notario que realizare actos o procediera en forma que le haga desmerecer en el concepto público.

Los testigos instrumentales.—Se suprime los testigos instrumentales cuando los comparecientes saben y pueden firmar. En cambio, se ha hecho obligatorio la firma de los pliegos de los instrumentos.

Jubilaciones y pensiones.—Se establece la jubilación y la pensión para los Notarios: obligatoria, cuando esté física o mentalmente incapacitado; voluntaria, cuando hubiese desempeñado el cargo por más de veinticinco años o cuenie cincuenta y cinco años de edad y más de veinte de servicios. No se requiere la prestación de servicios continuada, ni se computa el tiempo anterior al primero de Enero de 1899. A los miembros del Ejército Libertador se les cuenta doble el tiempo que en el mismo hubieren prestado sus servicios. El derecho a gozar de jubilación o pensión no es incompatible con cargo electivo, ni con el de empleos en el Estado, la Provincia o el Municipio, ni en el Poder Judicial ni en el Legislativo; pero no se devengará durante ese tiempo la cantidad co-

rrespondiente a la jubilación o pensión. Se regulariza también el derecho a disfrutar de pensión por los familiares del Notario. El derecho a la pensión o jubilación empieza a contarse desde tres años a partir de la vigencia del nuevo Código Notarial.

Fondo para jubilaciones y pensiones.—Se instituyen sellos, cuotas de ingreso, descuentos forzosos a los empleados de la Junta Directiva del Colegio Notarial y primer mes de sueldo de éstos. Las cuotas serán las siguientes : Notaría de la Habana y primera categoría, 3.000 pesos al año ; de segunda, 2.400 pesos , y de tercera, 1.800 pesos.

Procedimiento para el cobro de honorarios.—Los Notarios tendrán la vía de apremio para el cobro de sus honorarios y suplementos. Bastará que recurra, según la cuantía, al Juzgado respectivo, con escrito en que jure ser cierta la cuenta formulada. El Notario que se excediere en el cobro, abonará el duplo del exceso a la parte perjudicada y la multa que tenga a bien imponerle el Juez como medida disciplinaria. Todo Notario deberá fijar al público un cuadro sinóptico de los aranceles.

El proyecto pasará ahora al Senado para su discusión.

DR. ANDRÉS SEGURA CABRERA.

Una nueva modalidad tutelar

La *Deutsche Juristen Zeitung* recogió en sus crónicas de Derecho extranjero un caso curioso y nuevo de realidad jurídica. De él, transformado el motivo que guió su recogida, extracto en pro del título de este artículo, los datos que en mi sentir interesan. Ivon Cnimzo es un joven soviet. Habita actualmente, por decisión judicial, en una casa de salud del litoral báltico. Tiene actualmente diecinueve años cumplidos. Es, por lo tanto, desde hace uno, mayor de edad. Procede de una familia finlandesa, presa de una tara hereditaria, al parecer incurable. La enfermedad tiene un proceso típico, casi seguro, ligado mediáticamente a la edad. Cnimzo asegura, aseguró en sus escritos, que hacia los veinte años las taras de sus mayores aparecen. Según sus testimonios, a partir de esa fecha es de una garantizable probabilidad la manifestación en los organismos de sus miembros. La revista silencia la enfermedad. Realmente, no interesa. Cualquiera que sea, lo cierto es que se transmite por la generación; que en cada descendiente permanece oculta, insospechada, pero latente; y que en muchos familiares surge *ex die* sin remedio alguno, de prevención ni de cura.

Su aparición trastorna la capacidad. Fatalmente, en el sujeto jurídico que prende, deriva en locura. Ella surge, tramitados unos ataques epilépticos de duración variable. La familia de los Cnimzo suelen ser, pues, titulares alternativamente capaces. No pueden obrar plenamente hasta los dieciocho años. Obran válidamente, *per se*, desde los dieciocho hasta la aparición de la tara. Si ella, como generalmente sucede, se presenta, su capacidad se borra, y con ella su independencia jurídica decae. En su primer estado son minoristas. En el segundo, titulares perfectos. En el tercero, inválidos legales.

Ivon Cnimzo se encontraba en 1927 en posesión de cuantos derechos privados consigna la actual legislación civil rusa. El

mismo día de su mayor edad autorizó privadamente un documento, concebido, en esencia, de esta manera. «Por si en mi naturaleza encuentra exteriorización, en su día, la enfermedad, en mí probablemente latente, de mis padres, yo, ciudadano ruso, mayor de edad, declaro mi deseo de que si algún día es preciso someterme a curatela privada (en Rusia hay además una tutela nacional), sean mis tutores ...», y aquí el joven soviet entresaca entre sus amistades la de un vecino amigo, el cual, según su voluntad, sería su curador, en lo jurídico, si el temido momento de su locura llegase.

Ivon Cnimzo se encuentra demente. Sus pesimistas predicciones se han cumplido. Vive loco, oficialmente declarado, en una celda de Saratow. Su desequilibrado cerebro necesitó, al ser recluido, de un órgano representativo que supliese su fatalista demencia. Y en Rusia se presentó, con su caso, ante su ordenación civil, un problema bifronte. De un lado, la validez de su previsión, ante el problema de las fuentes del derecho, que es el que la revista recoge. De otro, esa misma validez jurídica, engarzada en el marco de los derechos sobre la propia personalidad. Prácticamente interrogados, se formulan así. ¿Es más válida la autonomía de la voluntad que las formales fuentes rusas en una época de exclusivo costumbrismo jurídico? ¿Puede una persona designar para el futuro su propio tutor?

La primera interrogación sólo tiene importancia en una ley nacional, examinada desde el punto de vista del tiempo y del espacio. La segunda interesa a toda ordenación jurídica. Es una anticipación de nueva realidad práctica, hasta hoy desconocida, que precisamente por ser nueva no está expresa y formalmente autorizada por ningún modelo civil.

El caso de Ivon Cnimzo, en el primero de sus problemas, para el fin que mueve este artículo, sólo merece su exposición, sin glosa. Es sabido que Rusia, y con ella casi todo el Septentrión europeo, siente, ante el problema de las fuentes de su derecho subjetivo, una predilección marcadísima por la costumbre y el uso. Hasta tal punto, que en su larga historia sólo contó, antes de la entronización bolchevique, con un solo cuerpo de sistemática civil. El Zaconovb, de Speranyk, que fué el único atisbo de reglamentación civil escrita debido a Nicolás I, es, fué, una recopilación de-

las costumbres jurídicas del tiempo de los Zares. El Zaconovb-ya no rige. En 1923, Goibrugch consigue promulgar una nueva legislación civil, muy condensada—435 artículos—. Es, al igual que el anterior, un Código costumbrista, producto de un fenómeno étnicogeográfico, porque las costumbres rusas son hermanas gemelas (salvo excepciones tan radicales como escasas) del asega frisón, del logman escandinavo, y, en general, de cuantas elaboraciones democráticas campean en los actuales derechos que sean secuelas del antiguo y curiosísimo Código Báltico, monumento legislativo supranacional, obra de Alejandro II.

En medio de esa tan descarada idolatría hacia la costumbre, se destaca la reciente decisión rusa sobre el caso de Ivon Cnimzo. Reconoce la legalidad del documento por él suscrito, en parte patrimonial y en parte personalísimo, a pesar de que la costumbre repudiaba tácitamente, en excepción curiosa, la sucesión contractual, salvo en los Municipios de Poltawa, que no eran precisamente la sede jurídica del actual recluso de Saratow.

Pero lo verdaderamente interesante del caso es la segunda interrogación. ¿Puede una persona designar para el futuro su propio tutor? Esta es una cuestión que Rusia ha resuelto afirmativamente. Es, hasta la fecha, la única ordenación que la autoriza, dando un ejemplo de adelanto y de liberalidad hacia lo privado, que tanto contrasta con los lemas del socialismo integral que saturan todo su derecho económico. En Rusia suprimió de un plumazo la propiedad particular inmobiliaria, la Constitución de 1918 ; se trastocaron los principios más sólidos de la ciencia económica ; hasta prendió el comunismo en las ramas del derecho familiar, decreándose en algunas comarcas la repugnante socialización de la mujer desde los diecisíis a los treinta y dos años. Y es típico, allí mismo, en medio de tanta barbarie, fruto de la bochornosa omnipotencia campesina, aparecen aciertos como los de la auto-contratación ; como la teoría del agobio del deudor, causa extintiva de obligaciones, hoy tan en boga ; como la reserva mental, vicio del consentimiento contractual, plasmada en su artículo 33, que el modelo austriaco, y ahora el húngaro, se apresuraron a recoger ; como esta nueva modalidad tutelar que permite el deferimiento de esta institución por el propio interesado.

La autotutela, valga este nuevo vocablo, es la manifestación

práctica que más acusa la cristalización jurídica del discutido problema de los derechos sobre la propia persona. Adolfo Ravá, en su «*Diritto su la propia persona*», anticipó que no estaba lejana la época en que tal teoría, entonces vaciada en los utópicos moldes de la *lege ferenda*, tomase carta de naturaleza en los Códigos. Y el jurista de Torino no erró en su vaticinio. El ejemplo de Rusia, con Ivon Cnimzo, demuestra sobradamente que aquella doctrina, como otras tantas, pasan de ser atrevidas vanguardias jurídicas, buenas tan sólo para rellenos académicos en Ateneos a lo cubista.

La autotutela encaja en el grupo de actos intervivos o mortis causa, que no tienen obligado matiz económico, pese al lema de Fioretti, sobre el contenido, necesariamente monetario, del Derecho civil. Hoy día, en que sólo un jurista rezagado puede sostener que el testamento implica inevitablemente una novación patrimonial, el acto de exteriorizar la voluntad reflejándola sobre sí, vertiéndola sobre uno mismo, debe considerarse, por lo que afecta al organismo tutelar, perfectamente válido. Si algún precedente general merece citarse a título de ejemplo de analogía, valgan las herencias en favor del alma. Su titular pasivo, causalmente, es el mismo sujeto disponente a través de otros fiduciarios, jurídicos y a la par fideicomisarios económicos, obrantes a título de gestor. Nombrar heredera al alma es, para un creyente, verter en sí mismo el contenido económico de una transmisión ; y si la beneficencia, la enseñanza, la amortización heredan, lo hacen reflejamente, no por causa, sino por obligado fin, ya que el alma, como ente incorporal desconocido, cierra sus puertas, ante su construcción netamente espiritual, a todo lo que sean resultados jurídicos materiales ; y cede al empleo lo que ella, como especie de mano muerta, no puede disponer, usar ni volver a transmitir.

Tal acto, cuya legalidad hoy nadie niega, es, pues, una faceta de los derechos sobre la propia persona. Otra parecida lo es el acto de autotutelarse. El fundamento es idéntico. La filosofía de sus fines, análoga. Es más, la autotutela tiene sobre las herencias proalmas una estimable ventaja : la de ser eminentemente material, pues no precisa posarse en los planos de la espiritualidad, de la psiquis. Es más inmediatamente práctica. Incide sobre la propia materia, sobre lo corporal, que es más tangible, más general y, en su consecuencia, más jurídico.

Sería imperdonable en estos renglones hacer caso omiso del único trabajo que poseemos sobre el asunto. Es una curiosa monografía, debida a nuestro Créhuet. Como Ravá con los derechos sobre la propia persona, Créhuet, en 1921, sostuvo su bondad en el terreno de los principios; y la defensa, acertadísima, sólo ha necesitado media docena de años para hacer ver cuanta razón encerraban las alegaciones del ilustre autor de «La Tutela Fiduciaria». Ya, universalmente al menos, no se difiere la tutela por las tradicionales del derecho de Roma, copiadas en casi todos los códigos de tipo latino, y entre nosotros, en el artículo 204 del Código civil. Una deferencia más se ha intercalado; y el mandato, la propia comisión, amplía la esfera de las delaciones en que se apoya y descansa; el que por antonomasia es el fundamental de los órganos tuitivos civiles. Antes que el fenómeno del cariño o del afecto (tutela testamentaria), y antes, naturalmente, que otros más distanciados sentimientos, expresos o presuntos (tutelas legítima y dativa), se tarifen, el propio cariño, más egoísta, más previsor, más humano, debe gozar, entre nosotros, de un atributo que a nadie daña y a muchos puede favorecer.

Toscamente queda expuesto el caso, en doctrina. Habría que analizarlo también en ley, haciendo balance de inconvenientes y ventajas, derivadas en posibilidades o imposibilidades de diferencias, en cada uno de los diversos supuestos del sujeto nombrante, según el linaje de la incapacidad (minoridad, interdicción, etc.). Ello convertiría, acaso, en tentativa de disertación lo que sólo puede tener aspiraciones de modesto artículo, enhebrado al correr de la pluma, sin más ilación de conceptos que el intento expositivo de un *leit motiv*. Cuando las normas de nuestro Código se reformen, «vuelvan a impregnarse del espíritu de los tiempos», como sabiamente dice, fundamentando la derogación de la ley, el preámbulo del texto japonés, será hora de recordar el caso de Ivon Cnimzo, y el ejemplo ruso. Mientras, basta con señalar el chispazo en el menos obligado de los modelos extranjeros, brindándolo al honor de la lectura.

ELOY SÁNCHEZ TORRES

Abogado del Estado.

Jurisdicción notarial

La sociedad, para su conservación y duración, necesita organizarse jurídicamente, coordinando los poderes y deberes de los individuos en un concierto general, que establece la paz entre ellos y el orden público. El Derecho es la forma de armonía social, ordenando la vida de los asociados sobre bases fundamentales, que se crean en cada época indispensables para la existencia de la sociedad.

Base del Derecho se considera a la libertad, y por eso tutela la de cada uno la ley, pone límites a la de todos, determina la esfera en que se pueden mover y los protege cuando obran dentro de los confines morales y jurídicos que señala.

La libertad jurídica suele definirse: facultad que corresponde a cada hombre para juzgar la rectitud de sus acciones; la independencia que necesita la voluntad para sus determinaciones, por ser la volición una coordinación jerárquica con subordinación de tendencias, deseos y razones en un silogismo moral para resolver conflictos entre dos ideas, intereses o deberes, que luchan y se concilian, eligiendo los mejores (1).

Las relaciones de cooperación de los individuos en la sociedad, causa de la interdependencia social, exigen una organización jurídica que, respetando las libertades de los asociados y restringiéndolas en la medida indispensable, establezca las condiciones para el pacífico y armónico desenvolvimiento de la vida de los asociados, en una convivencia colectiva dentro de un ordenamiento legal.

Contienen las leyes civiles las normas de organización de la

(1) Demogue: *Notions fondamentales du Droit privé*, págs. 286 y siguientes.

vida privada de los individuos, que ordenan su conducta y regulan sus relaciones, creando un régimen de Derecho en las garantías debidas para que puedan ellos desenvolverse con sus intereses protegidos en la sociedad. Resulta el régimen jurídico del conjunto ordenado y armónico de los intereses generales de todos los asociados y particulares de cada uno.

La justicia, con número, peso y medida, traza reglas de proporcionalidad, igualdad y armonía entre los hombres para mantener constantemente el equilibrio en sus relaciones, y el Derecho, actuando los principios de lo justo, los traduce en preceptos que instauran el orden jurídico en la colectividad y lo defienden protegiendo los actos que reglamentan y anulando los que no se conformen con él, para no comprometer con acciones injustas el régimen social, pues muchas personas sacrificarían a sus conveniencias particulares los intereses generales y el concierto fundado en el conjunto de condiciones de pacífica convivencia civil.

La cooperación indispensable a la vida de los individuos y del cuerpo social se reduce a un cambio de prestaciones de dar y de hacer, que se verifica por medio de obligaciones creadas por el contrato. Producen los convenios una mutación en el orden jurídico, al crear, modificar o disolver relaciones de derecho. Por medio del contrato se cambian cosas y servicios, nacen derechos y deberes, y las relaciones sociales de las personas se vigorizan con vínculos legales para cumplir necesariamente lo convenido. La fuerza del contrato se deriva de la voluntad de los individuos, que por la libertad de disponer de sus personas y bienes los obliga la ley a mantener y cumplir la disposición. Los límites de la contratación, señalados con los requisitos de la figura y forma de los actos, tienden a regular el uso e impedir el abuso que pueda el individuo hacer de su persona y bienes.

Por la contratación se cambian libremente entre las personas poderes y deberes, y se desarrolla la vida de ellas conforme al régimen legal, naciendo del conjunto de convenios o tratados de paz la tranquilidad colectiva y el orden jurídico, forma y resumen del social. La función social del contrato consiste en armonizar y enlazar las acciones de cooperación con que se auxilian mutuamente los individuos, equilibrar y concordar en justicia sus prestaciones, fundar y regular la comunidad jurídica con arreglo al ordenamiento

to legal para que todos puedan participar de los efectos de ella, crear y cumplir los derechos civiles pacíficamente para su desenvolvimiento normal dentro del orden establecido por las leyes civiles.

El Derecho privado tiene por sujeto al individuo que lo crea; por fundamento, a la sociedad en que se desarrolla y completa con el deber, y por causa, al Estado que lo sanciona. Al multiplicarse las necesidades de los hombres y complicarse sus relaciones, deben perfeccionarse los derechos civiles con fijeza, firmeza y certeza, para que cumplan su función de seguridad en la protección de los intereses individuales y armonía con los colectivos.

El Estado, con su gran sistema de cooperación civil, auxilia a las personas en la celebración de los actos jurídicos con la forma pública. Cumple la tutela jurídica exigiendo con función de justicia la conformidad de las acciones de las partes con las leyes, para mantener el orden jurídico y evitar que se perturbe con la infracción de sus preceptos. Tutela de la ley que debe actuarse en la esfera oficial y ejercerse su función ejecutiva con el mismo poder de sus fuerzas dominadoras de los actos jurídicos para su legitimidad, valor y efectos, por cuyo motivo solicitan los celebrantes la aplicación de sus preceptos y acatan voluntariamente su cumplimiento.

La ley pone a disposición de los interesados la forma pública, como instrumento de precisión de los actos que los perfecciona con valor y efectos que no tienen en sí mismos, ni pueden las partes darles por sí solas. Por precepto del legislador recurren a la forma pública las personas que aspiran voluntariamente, *in volentes*, a la protección jurídica para sus contratos y documentos, con las garantías que el régimen legal les concede cuando se colocan bajo su amparo con los requisitos debidos.

Es la tutela de la jurisdicción voluntaria que para satisfacer necesidades de la contratación y del comercio presta el Estado, con las garantías de la protección legal, a los derechos que nacen de los actos solemnes, e insertan en documentos públicos para evitar las lesiones futuras. La intervención del Estado para la solemnidad de los actos y sus documentos, con pleno valor legal y efectos de firmeza y certeza, se considera en los países más adelantados: función de jurisdicción voluntaria y administración de justicia ci-

vil, no sólo por ejercer una función de autoridad con que el Magistrado autorizaba los actos de concordia en pública forma procesal, sino por realizar otra función de justicia, ejecutiva de la ley, que exige la conformidad del acto con sus preceptos; en cuya virtud contribuye a la afirmación en la práctica del régimen de Derecho privado con la actuación y aplicación de sus normas a las declaraciones de voluntad para legalizar el negocio y colocarlo bajo la protección de la tutela jurídica, evitar el litigio o servir de base a la resolución judicial. Para ejercer la tutela preventiva de la jurisdicción voluntaria creó la Magistratura notarial y le encomendó la autorización de los actos jurídicos y de su documentación con numerosos requisitos de fondo y de forma. *Auctoritatem interponere*: Interponiendo su autoridad, en que consiste la autorización, solemniza el acto y lo completa con una función constitutiva o integrativa del negocio en la forma esencial y probatoria, aumenta su valor entre las partes y le añade efectos sociales. Formado el documento por una autoridad pública, a presencia de las partes que lo reconocen como verdadero y aprueban manifestando su conformidad con las declaraciones que contiene, adquiere certeza y firmeza perpetuamente entre ellas y sucesores, y no la pierde aunque fallezcan. Por las firmas se aceptan los derechos y obligaciones que relata y se le confiere eficacia.

La función del Estado no se limita a restablecer las leyes violadas y los derechos lesionados, sino que, en evitación de futuras controversias, interviene, a solicitud de los interesados, para hacer firmes y ciertos algunos actos jurídicos de la vida civil, que por su importancia, duración y trascendencia probablemente ocasionarían cuestiones litigiosas. Forma parte de la tutela jurídica esa función administrativa de la jurisdicción voluntaria porque presta garantías a los derechos civiles contra lesiones futuras. Aunque necesaria, porque sin ella no tendrían valor los actos, o lo tendrían menor, no pertenece a la función de juzgar de la Magistratura judicial.

Se reputa la jurisdicción voluntaria, forma especial de la actividad del Estado en la autorización de actos que no podrían nacer o se formarían imperfectamente sin la cooperación oficial. Cuando el acto jurídico debe documentarse por su naturaleza, importancia, duración y trascendencia, ya por afectar a intereses so-

ciales o particulares de personas incapaces, bien para asegurar con un juicio preventivo su legitimidad, el Estado impone su perfeccionamiento en forma oficial con el concurso de sus órganos.

La ley exige la intervención de las autoridades judiciales o notariales en los casos de emancipación, adopción, matrimonio, aceptación de herencias, inventarios, testamentos, particiones y contratos. En consonancia, el Derecho público establece varias formas de cooperación jurídica necesaria, con órganos diversos, para conseguir determinados efectos, según la función que la ley les asigna. (Pressuti.)

La forma escrita, solemne y pública, requiere una constatación auténtica por una autoridad judicial o notarial. En Alemania, la organización notarial figura en un título de la ley imperial sobre asuntos judiciales de jurisdicción voluntaria. Proponen algunos que se llame jurisdicción honoraria porque, con fundamento, en la dignidad e importancia de su cargo se encomendó al Magistrado una función de autoridad para autorizar solemnemente la celebración y documentación de actos jurídicos. No corresponden por su materia y fin al Derecho público, sino al buen régimen del Derecho privado, las funciones político-civiles de autorización de negocios particulares, mas constituyen la jurisdicción honoraria, como forma especial de la actividad pública del Estado que coopera con su autoridad en la creación de negocios privados con valor y efectos que no tienen en sí mismos ni pueden las partes darles por sí solas.

Se conserva la denominación, porque se formó la primitiva jurisdicción voluntaria con los negocios privados que debían recibir sanción oficial y forma pública con la autorización del Estado. Los Magistrados que solemnizaron con su autoridad, por distintos procedimientos, la forma pública de actos y documentos fueron los primeros Notarios de Roma. Por la confusión de poderes y la falta de órganos adecuados, la Magistratura judicial ejerció ambas jurisdicciones. Las funciones judiciales y notariales continuaron confundidas hasta que el aumento considerable de negocios hizo necesaria la separación. Se dividió la jurisdicción voluntaria en judicial y notarial, correspondiendo a cada una sus facultades, actos jurídicos y procedimientos. Al Notariado se le concedieron los contratos y demás actos que debían celebrarse en

la esfera oficial por la conformidad de las partes, para que autorice su celebración y documentación con la potestad que tenían las autoridades judiciales. Autoridad, funciones, materia y procedimientos de la jurisdicción voluntaria en la autorización solemne con forma pública (oral y escrita) de los actos jurídicos de concordia para aumentar su eficacia, pasaron a los Notarios. No se limitó la reforma a la separación de las dos fes, judicial y notarial, según la opinión corriente en España.

Por no haberse deslindado bien la función administrativa del Poder ejecutivo, que coopera en la esfera oficial a la formación y documentación de los actos, y la función judicial, que resuelve las contiendas, quedaron los Jueces con una parte de la jurisdicción voluntaria, que venían ejerciendo por tradición, en virtud de conceptuarlos más capacitados, y se conservaron varios procedimientos mixtos de naturaleza civil y procesal para preparar la forma pública documental de algunos negocios que se tramanan con diligencias judiciales y notariales, como testamentos ológrafo y de palabra, cuadernos particionales, etc. La división de Poderes judicial y ejecutivo no consiente que continúe por más tiempo la confusión, y exige, en consecuencia, que se conceda a la Magistratura notarial de la jurisdicción voluntaria la autorización de todos los actos extrajudiciales en cumplimiento de la ley.

Se llama jurisdicción voluntaria porque, primero con la figura del proceso real y después con algunas de sus formalidades, coadyuvaban Jueces y Magistrados, en nombre del Estado, a la declaración, prueba y ejecución de los derechos entre partes conformes, que recurrían a la forma pública (procesal) para darles firmeza y certeza. En el procedimiento *in jure*, las partes comparecían tan solemnemente, como en juicio, ante el Magistrado, para que aprobase el acuerdo de ellas con una fórmula autorizante de igual valor que la sentencia: *do, dico, scilicet*.

Con el procedimiento *in jure*, que sirvió para autorizar solemnemente los actos de concordia, se formó la jurisdicción voluntaria, distinta de la contenciosa. En la organización antigua, los Tribunales, por su autoridad y funciones de justicia, ejercieron la jurisdicción voluntaria, autorizando contratos públicos y documentos auténticos. Además se instituían jueces notariales de los contratos y sus documentos, para regularlos en justicia, redactarlos con los

requisitos legales en documentos públicos, recibir confesiones y reconocimientos de deudas, ordenar y dirigir su ejecución. En la reorganización francesa se recuerda que, autorizados los actos y sus documentos por esos jueces voluntarios con su autoridad y funciones de justicia, por trámites solemnes de jurisdicción honoraria, revisten un carácter de firmeza semejante al juicio y la irrevocabilidad de un fallo.

Por haber correspondido al Notariado los actos y el procedimiento, la materia y la forma, la potestad y funciones autorizantes de la jurisdicción voluntaria, las partes continuaron compareciendo en la esfera oficial y declarando solemnemente su voluntad ante la autoridad pública, para que la confirme y sancione en forma de contrato, confesión o reconocimiento. Las funciones de la autoridad notarial que autorizan en audiencia solemne la celebración de un contrato público, la confesión de los derechos y obligaciones que produce y su reconocimiento en justicia, y lo documenta auténticamente, le comunican el carácter de un proceso judicial, el valor de un juicio, la firmeza y certeza de un fallo. El Notario recoge las declaraciones de voluntad, las amolda a la ley, deduce como efectos los derechos y obligaciones que producen, las copia en el escrito, de conformidad con las partes que discuten y aquilatan su expresión y aprueban después de leído, y autoriza todas esas diligencias en audiencia solemne. El contrato recibe en el documento la firmeza y certeza de la sentencia que lo reconstituye en el litigio. Por eso, en Francia se asimila al juicio el documento público autorizado con diversas formalidades por un funcionario que declara en él la voluntad de las partes como la proclama el Juez en el fallo, fijando los derechos y obligaciones de cada una, conforme a lo manifestado por las partes y a lo dispuesto en la ley.

La contratación y el comercio, a fin de satisfacer la firmeza y certeza social de los derechos, reclaman una pública forma documental para la validez o la prueba de algunos actos por su importancia, duración y trascendencia. Por los contratos se actúa el régimen legal en la sociedad, se ajusta a él la vida jurídica de los individuos y se conserva el orden en su seno con la declaración y cumplimiento pacífico del Derecho, naciendo del conjunto de tratados de paz la tranquilidad colectiva. Pone en movimiento el Notario, con variedad de funciones profesionales y técnicas,

todas las instituciones del Derecho civil, donde se modelan los actos jurídicos. Elevóse a funcionario oficial porque participa del Poder público y ejerce una de sus funciones : la autorización de actos y documentos legítimos auténticos y ejecutivos, para que la forma pública pueda cumplir sus varios fines.

Siempre correspondió a la jurisdicción voluntaria como una de sus principales funciones la de autorizar por procedimientos diversos actos y documentos en forma pública. Se denomina impropiamente poder certificante esa facultad de autorizar documentos oficiales de indudable fe (pública) para todos, al confirmarlos el legislador con una presunción de certeza legal o absoluta, que no permite impugnar civilmente, para instituir la prueba documental plena, por ser imprescindible en el régimen jurídico un buen sistema probatorio para la fijeza y firmeza de los derechos. El Estado, cumpliendo con su deber, establece los medios de prueba, su jerarquía y los procedimientos de formarlos ; juzga el valor de cada uno según la fe que le merece y se la concede plena al documento público, convirtiendo la certeza moral que admite la posibilidad de lo contrario, pero tiene a su favor una probabilidad, en legal o absoluta, para que no pueda combatirse en procedimientos civiles. El Estado autoriza documentos oficiales para que prueben plenamente, cuando exige la escritura cual documento de la existencia del negocio o medio que lo demuestra ; por cuyo motivo, sin ella no nacen los derechos o se paralizan sin poder ejercitarse por falta de prueba. El documento, al probar por sí mismo el acto que contiene, lo hace cierto, cumpliendo la función certificante que le concede la ley. El escrito recibe fuerza de prueba plena o fe (pública) para todos por las formalidades de su autorización en la esfera oficial que lo hacen público y auténtico, dejando de ser privado y dudoso.

El Estado, ejerciendo la tutela jurídica de los intereses particulares y colectivos que debe proteger y armonizar, coopera a la formación y documentación de los derechos privados para sancionarlos por medio de la forma pública de firmeza y certeza con una función autorizante de legislación, autenticidad y ejecución. Coadyuva a la actuación de las leyes civiles que constituyen el régimen jurídico privado por amoldar y someter al imperio de sus normas las declaraciones de voluntad, para que produzcan dentro de él las

mutaciones apetecidas de crear, modificar o extinguir vínculos legales.

En la función autorizante de la jurisdicción voluntaria halla la forma las garantías protectoras de los actos para que puedan cumplir los derechos que nacen de ellos la función de seguridad de los intereses que constituyen su objeto. Función administrativa necesaria dentro del régimen legal, porque sin ella los actos y contratos no nacerían o se desarrollarían imperfectamente y tendrían menos valor y los documentos una eficacia mucho menor. Con las garantías que presta el Estado a la jurisdicción voluntaria, se desarrolla su autorización con una función de asistencia técnica en el consejo y dirección de los negocios y otra función legalizadora de justicia que exige la conformidad del acto con las leyes para su legitimidad y otra de documentación firme y cierta, de valor y carácter jurisdiccional. Con funciones de jurisdicción y justicia tutela el Estado los derechos privados en su nacimiento, mutación y cumplimiento voluntario para su vida sana y desarrollo pacífico en la normalidad, con lo cual contribuye a realizar el orden jurídico dentro del orden legal y afianza la paz social en la colectividad. El legislador francés dice que la tranquilidad pública reclama al Notario, para fundar en bases inquebrantables la propiedad y la familia, las sucesiones y los contratos.

Distinguiremos la formación del acto jurídico y de su documento.

Acto público.—Es la declaración solemne de voluntad que, causando efectos en el orden jurídico crea, modifica o extingue vínculos de derecho: la recibe y sanciona el Notario con función de autoridad.

Cuando la ley prescribe un medio determinado de manifestación, una forma oficial del negocio jurídico, debe recibir la declaración una autoridad pública de un modo solemne (1). En Alemania los actos pueden formalizarse ante el Juez o el Notario en forma judicial o notarial. Uno y otro son competentes para conocer en asuntos de jurisdicción voluntaria.

En los actos oficiales debe manifestarse el consentimiento solemnemente en forma pública (oral y escrita) como requisito legal de su celebración. Fué siempre función de autoridad de las Magis-

(1) A. Tuhr: *Parte general del Derecho civil*, pág. 165.

traturas judicial y notarial autorizar con solemnidad en forma pública los actos y sus documentos por distintos procedimientos de jurisdicción voluntaria. El Magistrado consiguió la potestad de autorizar los actos que solicitaban las partes celebrar solemnemente, y para darles firmeza y certeza los sancionaba interponiendo su autoridad en audiencia pública.

Se consideran elementos de la forma pública los medios de manifestación oral y escrita de la voluntad. Los celebrantes son *partes* del acto, o elementos que participan en su formación. La Magistratura notarial con su función de autoridad completa el valor del mismo y aumenta sus efectos: *auctoritas*, de *augeo* aumentar.

Las partes comparecen formalmente en audiencia notarial para celebrar de conformidad un acto solemne de jurisdicción honoraria con plena eficacia dentro del régimen jurídico. Sus graves declaraciones recibidas por una autoridad que las consagra y sanciona, deben revestir la seriedad de las confesiones *in jure* o de los reconocimientos *in judicio*, que no pueden modificarse ni revocarse y por eso tienen el valor de pronunciamientos judiciales. La actuación notarial parece un elemento esencial en la tramitación de la forma pública, porque con su función de autoridad solemniza el acto y su documento, los perfecciona con eficacia máxima de validez, prueba y ejecución. La función autorizante se cree *constitutiva* de los negocios jurídicos en la forma esencial porque no nacen ni tienen existencia sin las solemnidades de ella. En los demás casos *ad probatum* se conceptúa *integrativa* del contrato, porque como si fuera preliminar carece de energía inicial para cumplirse y al convertirse en definitivo (público) con la forma, recibe la fuerza necesaria para probarse y ejecutarse, pudiendo las partes pedir su realización o la efectividad de sus obligaciones después de formalizado.

La ley civil presenta los diversos tipos de categorías jurídicas para encerrar en límites prudentes a las caprichosas creaciones de la libertad en los contratos; y el jurista notarial construye el acto adaptando a la voluntad en la figura más adecuada. Para que la voluntad sea eficaz ha de manifestarse con los requisitos de la figura y forma de cada acto. Formalidades de la declaración que le dan validez, firmeza y certeza, no son obstáculos sino salvaguardia y

garantía de la libertad, que aseguran la manifestación reflexiva, seria y sincera de la voluntad.

Las partes se limitan a exponer el caso y fin que se proponen solicitando la aplicación de la ley adecuada al negocio para conseguir su validez. El Notario, como consejero de ellas con funciones directives y consultivas de asistencia técnica, explica las circunstancias esenciales, naturales y accidentales del acto, la combinación de los elementos económicos y jurídicos en cada categoría, las consecuencias de obligaciones y derechos que se derivan, para que los celebren con la capacidad y preparación necesarias y sean eficaces, sin vicios de error, dolo o invalidez que permitan impugnarlos por procedimientos de nulidad. Manifestados por los celebrantes sus propósitos económicos y sus deseos de obrar jurídicamente, ejercitando la facultad (*facultas juris*) que corresponde a toda persona para producir las consecuencias que el Derecho asegura y protege al sujetar el acto a su dominio, el Notario actúa la ley adecuada, *norma agendi*, la elige, concuerda e interpreta sus preceptos para precisar su finalidad, alcance, fuerza y aplicabilidad; la relaciona con los hechos para deducir las consecuencias jurídicas que se producen, en lo que consiste su *aplicación*. Forma técnica de unión de la ley con la voluntad en sus declaraciones normativas y reguladas para construir el negocio jurídico con los elementos esenciales que lo constituyen y los naturales y accidentales que lo completan por disposición de la ley o de las partes.

Los actos solemnes exigen para su validez o prueba el empleo de algunas formalidades (orales y escritas) no bastando el consentimiento de las partes para celebrarlos.

Documento jurisdiccional.—Se llama público por ser su autor un funcionario encargado de formarlo en la esfera oficial con varias diligencias. Su solemnidad consiste en las muchas formalidades con que se autoriza para garantizar la seriedad de las declaraciones de voluntad y su manifestación escrita con claridad y exactitud, firmeza y certeza. Forma permanente la escritura de las declaraciones porque las conserva y perpetúa, se denomina instrumento de la documentación. Se distinguen entre los elementos del documento la persona, tiempo y lugar de su formación. El documento auténtico demuestra el hecho de su formación, o sea por quién, dónde y cuándo se formó; prueba por sí mismo que procede de su

autor y el acto que contiene. El negocio se celebra verbalmente y se documenta. Sirve la escritura para formarlo o demostrarlo, cual documento de su existencia o de su prueba.

La institución social de la autenticidad con fuerza de prueba plena, cual conjunto de todos los medios probatorios, solamente se concibe en documentos jurisdiccionales de autoridad pública.

La facultad de documentar o formar un documento público y auténtico que contiene declaraciones de voluntad o manifestaciones de los hechos para su demostración con prueba plena que excluye la duda y discusión sobre su existencia, corresponde especialmente a los órganos jurisdiccionales, porque resulta necesaria a los fines del proceso y desarrollo de la función judicial, coadyuvando a la actuación de la ley al fijar formalmente por escrito la verdad jurídica con certeza, para facilitar la resolución del litigio cuando no lo evita.

Se conceptúa jurisdiccional, aunque no lo sea el órgano que la ejerce, la facultad de documentación por su finalidad de actuar la ley (1). Se confirió al Notario la facultad de documentación, para que autorizase con potestad semejante a la judicial, documentos jurisdiccionales, que tienden a preparar o hacer posible el objeto de la jurisdicción. El documento, cual medio de prueba, se limita a una fijación formal o convencional de la verdad de los hechos, pues su eficacia demostrativa no consiente que se considere la verdad real como resultado de la averiguación por ese medio. Las partes hacen fe con sus declaraciones dispositivas, de las obligaciones que crean, y con sus manifestaciones, de la afirmación y fijación formal de hechos pasados (confesiones) o de derechos (reconocimientos). Los procedimientos probatorios no pasan de medios de acertar la verdad en diversos grados de probabilidad para la posición de los hechos en el debate judicial por una fijación formal. El documento por el modo de su formación con el acuerdo de intereses en contraste, viene a fijar formalmente con los hechos el *presupuesto* de la norma a realizar en el proceso. Constituye en consecuencia un equivalente de los medios judiciales de prueba de los presupuestos de hecho de las normas que se deben actuar en el litigio (2).

En el sistema romano se confiaba a la autoridad judicial la po-

(1) A. Romano: *La facoltà giurisdizionale di documentazioni*, págs. 2 y 48.

(2) Carnelutti: *La Prova civile*, págs. 32, 35, 41, 42 y 44.

testad de conferir a los documentos privados fuerza de prueba o fe (pública) para todos por medio de la sentencia o con las formalidades de la insinuación. La sentencia y el acta son los documentos públicos del Juez y Magistrado que, previa comprobación, acreditan la verdad del escrito privado, o su formación por las partes y le conceden fuerza de prueba para demostrar las declaraciones que contiene. Se convierte en documento comprobado y adquiere autenticidad para justificar que procede de sus autores y puede probar en consecuencia las declaraciones de ellos que relata. Se incorpora a otro que lo completa, formando ambos un documento público y auténtico de prueba (probada o preconstituida).

La facultad de documentación perteneció a los Tribunales y se comprendió entre las del Poder jurisdiccional. Fueron sus órganos el Juez que actúa con funciones diversas y el Secretario que lo auxilia, hasta el punto de necesitar en toda actuación de su concurso para documentarla en forma pública, afirmando bajo su fe la verdad de lo actuado. Al formalizar los actos y sus documentos, el Juez los autoriza comunicándoles todo el valor de su autoridad, y el Secretario, como simple auxiliar (Escribano), los escribe con los requisitos necesarios, cooperando ambos a la documentación pública y auténtica de carácter jurisdiccional, cual si se desarrollase dentro del proceso. El Secretario llegó en nombre y representación de los jueces, aunque no estuviesen presentes a la autorización de los contratos y sus documentos. El Escribano que obraba en funciones notariales con independencia del Juez, autorizaba la documentación con la autoridad propia que en él había delegado el rey, obispo, conde o señor investido de jurisdicción que le nombró. La fórmula autorizante indica que ejerce esa autoridad : *Et ego Johannes auctoritate imperiali publicus notarius juris requisitus scribere... et in formam publicam redigi.* Oficial público que autoriza las diligencias procesales y las escrituras de los contratos, pertenece al orden judicial y coadyuva a la administración de justicia al concederle una parte del poder de los jueces para preparar la prueba plena como si el documento fuese reconocido en juicio y confirmado en el fallo. Jaubert dice al Cuerpo legislativo : los instrumentos del Notario deben revestir el mismo carácter de autenticidad inherente a los documentos de la autoridad pública, pues de ella proceden sus funciones, y en consecuencia corresponde su nombramiento al Jefe del

Estado. Se concedió al Notariado la potestad de autorizar oficialmente documentos públicos y auténticos con la autoridad, facultades y solemnidades que empleaban Jueces y Magistrados en acto de jurisdicción voluntaria o contenciosa para formalizarlos con fuerza probatoria y ejecutiva.

El Notario copia exactamente en el escrito las declaraciones que recibe de los interesados ejerciendo la función de documentar. Después lo publica con el acto que contiene leyéndolo en audiencia solemne a las partes, para que lo aprueben y manifiesten su conformidad de lo escrito con lo declarado, en presencia de los testigos que concurren con funciones de asistencia social en representación del pueblo. El documento se reviste de forma pública y auténtica por un procedimiento de comprobación que autoriza un funcionario oficial. Son las formalidades de la insinuación que confirmaba el Magistrado con su autoridad, para convertir solemnemente en público y auténtico el documento privado del tabelón. Análoga a las del reconocimiento del escrito por sus autores en el juicio y declaración de verdadero en el fallo, para demostrar su autenticidad y conferírsela plenamente con una confirmación de la autoridad judicial.

No fué una separación de las dos fes, como se cree generalmente, sino de jurisdicciones. Se dividió la jurisdicción de las pruebas en judicial y notarial, correspondiendo a cada una su procedimiento para practicarla en la esfera voluntaria o conterciosa. Así pasó al Escribano el poder del Juez para dar a sus documentos la fe de verdaderos que les confería la sentencia; o la cualidad de públicos y auténticos con fuerza de prueba que les atribuía el Magistrado con las formalidades de la insinuación. Esa potestad que tenían Jueces y Magistrados de autorizar documentos probatorios con fe (pública) para todo, como si se tratase de prueba documental practicada dentro del juicio, pertenece a la jurisdicción voluntaria del Notariado y se ejerce por un procedimiento especial de conferir autenticidad. En virtud del poder jurisdiccional de las pruebas, autoridad y formalidades de su formación, puede merecer el documento fe indudable al legislador para concedérsela plenamente en grado de certeza, e imponer a los súbditos la creencia forzosa en su contenido.

Por el prestigio y decoro de la función autorizante (técnica y de autoridad) se confió al Notario la formación completa del docu-

mento en concepto de autor y responde de la exactitud de todo cuan-
to han dicho y hecho las partes a su presencia y él copió en el es-
crito. Elevándose su participación al grado de formalidad esencial,
no puede ser la de un profesional privado, sino la de un funcionario
oficial que reviste con su autorización al acto y su documento de
forma pública, tanto que resultaría nula la escritura sin la interven-
ción directa del Notario en recibir las declaraciones y copiarlas
en ella. No le permite la ley autorizar sin las formalidades que pre-
ceptúa, como garantías del documento para su validez. Comprende-
n los requisitos internos que configuran el acto, los del escrito y
los que le convierten en público y auténtico. Su solemnidad de-
pende de la función autorizante que observa todas esas formalida-
des en la formación del documento. La nulidad por vicios de forma
le priva de su carácter público y auténtico y de su especial fuerza
probante. Si se exige como forma esencial, anula el acto que con-
tiene. Cuando se reduce a forma probatoria, hay que otorgarlo nue-
vamente. De la reunión de todos los elementos probatorios, la con-
fesión de las partes, la fijeza del escrito, la autorización del Notario
y la certeza legal de las presunciones, resulta la autenticidad del do-
cumento con fuerza de prueba plena.

VÍCTOR LAVANDERA

Notario.

EL TITULAR

(Continuación.)

V

CONSTRUCCIONES Y TEORÍAS

Examinemos el nombramiento de un apoderado que haya de vender la finca en el procedimiento ejecutivo extrajudicial, las adjudicaciones para pago hechas en operaciones particionales, las *pagadurías* constituidas con cesión de bienes y los organismos creados como resultado de un concordato entre el comerciante en vísperas de quiebra y sus acreedores. En tales casos, existen verdaderas transferencias de bienes, unidas a fines determinados, cuyo cumplimiento confiadamente se espera y jurídicamente se impone.

Pero ¿cuál es el lazo que une a la cesión *real* con el fin perseguido? ¿Una obligación parecida a la que liga al mandante con el mandatario o al comitente con el comisionista?

¿O estamos en presencia de lo que Regelsberger llamaba *negocios fiduciarios*?

Distínguense éstos por la desproporción existente entre el medio y el fin. Para alcanzar determinada consecuencia (seguridad, pago), se escoge una forma jurídica (traspaso de bienes) que pasa por encima de la intención económica.

Dentro de tan amplio cuadro caben: los actos por los que una persona se coloca en el puesto del deudor principal para afianzar el crédito; los giros aceptados por deudas probables; la cesión de títulos a un Banco para asegurar una cuenta corriente; la adquisición por otro para facilitar sus negocios; la venta de un establecimiento, quedando el comprador frente al público como agente o representante del vendedor; las empresas llevadas por cuenta de personas (por ejemplo, comunidades y extranjeros) que carecen de capacidad para implantarlas; las concesiones obtenidas por orden de quien no puede

ser concesionario ; las cesiones de letras únicamente para su cobro, pero con endoso perfecto ; las transferencias temporales de acciones para legitimar votaciones ; las cesiones de bienes a personas determinadas para facilitar su reparto ; las constituciones de hipoteca con recibo de cantidad, aunque en realidad tan sólo se abra una cuenta de crédito ; las adjudicaciones para fines específicos...

Se ha intentado clasificar los negocios fiduciarios partiendo de consideraciones diferentes.

Schultze distingue : 1.^º Fiducia con propiedad sujeta a condición o plazo resolutorio. 2.^º Fiducia con derecho real en cosa ajena. 3.^º Fiducia con relaciones jurídicas de carácter obligatorio.

Brütt separa el negocio mixto, en que el fiduciario mismo se halla interesado, de la fiducia pura y desinteresada. Otros ponen de relieve esta antítesis, distinguiendo la fiducia a favor del transmitente y la constituida a favor del fiduciario o de un tercero. También se llama *pura* a la fiducia en que el fiduciario no percibe o tiene interés, e *impura*, aquella en que el fiduciario se halla económicamente interesado.

Por la extensión del derecho transmitido, se distingue la fiducia de todo el patrimonio y la que se refiere a una finca o cosa, la que se apoya en la transferencia de la propiedad y la que solamente atañe a la administración.

El negocio fiduciario se presenta como un acto jurídico complejo, en el que la transmisión de la propiedad o del derecho en la cosa parece el centro principal, y los pactos añadidos son accesorios o satélites. Pero no resulta fácil valorar las fuerzas jurídicas que unen al negocio básico (cesión de propiedad, por ejemplo) con los fines perseguidos (aseguramiento, arriendo de servicios, mandato, etc...). Conformes estamos con que el medio técnico elegido va mucho más alto que el objeto visado, y en que la unidad del acto se halla cimentada sobre la confianza que el transmitente tiene en el fiduciario, pero en cuanto tratamos de elevar a categorías jurídicas estas nociones, sin encuadrarlas dentro del marco tradicional (derechos reales, condición, obligaciones, etc...), introducimos la confusión en las normas y la obscuridad en el Registro inmobiliario. Recuérdese el artículo 33 del antiguo Reglamento hipotecario, que ordenaba se hiciera mención literal de la obligación de pagar deudas o cargas de la herencia o concurso, en las adjudicaciones.

de inmuebles con tal finalidad, y el valor que las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de Mayo de 1890, 23 de Mayo de 1893, 12 de Diciembre de 1900, 9 de Febrero de 1901 y 15 de Octubre de 1903 dieron a la mención reglamentaria.

Para fijar conceptos, distingue Dernburg las relaciones entre los contratantes (internas) de las relaciones con los terceros (externas); en la cesión de un crédito sólo para su cobro, el cessionario (fiduciario) es el acreedor aparente, autorizado frente al deudor para percibir y ejecutar el crédito cedido, mientras que frente al cedente, no pasa de ser un mandatario. Goltz entiende que el negocio fiduciario está compuesto de dos partes principales: un contrato positivo y de fuerza real (*transferencia*), y otro contrato negativo y obligacional (realización de ciertas prestaciones), que limita o anula la propiedad concedida por el primero.

Al ver esta voluntad, que se manifiesta positiva y negativamente, que quiere y no quiere, ¿cómo nos ha de causar extrañeza la viva discusión entablada sobre las analogías entre los actos fiduciarios y los negocios simulados o disimulados?

La doctrina, sin embargo, distingue los actos simulados, en los que las dos partes saben que el negocio carece de contenido jurídico; de los disimulados, en que se encubre, por ejemplo, una donación con el ropaje de la compraventa, y de los fiduciarios en que el resultado exterior se quiere como medio técnico para conseguir cierto fin previsto por ambas partes.

Hablando de la distinción entre actos simulados, en un amplio sentido, y actos aparentes, dice Ihering: «Todo acto simulado encubre una mentira. Lo que pasa, en realidad, lo que se persigue, debe quedar ignorado de los terceros y de la autoridad; por eso se disfraza el acto verdadero, por ejemplo, se encubre una donación con una venta. El fin puede ser el de ocultar un acto contrario a derecho, pero también puede ser el sustraer un acto perfectamente lícito a la curiosidad de los terceros que no tienen interés en el asunto. El acto aparente nada tiene que ocultar. Nadie ignora su significación, la autoridad misma interviene en él con perfecto conocimiento de causa, como en la *in jure cessio* romana; no persigue más que una finalidad técnica, la de obtener un resultado aprobado por el derecho mismo, mediante una aplicación un poco forzada de los procedimientos existentes: es una mentira jurídica

impuesta por la necesidad (*juristische Notlügen*).» Un juego a cartas vistas, como dirá más tarde Regelsberger. Las partes quieren provocar los efectos jurídicos, aunque sean desproporcionados al fin visado, porque no tienen formas jurídicas adecuadas a su pensamiento o porque son incómodas e insopportables.

La voluntad de los contratantes no va dirigida a engañar o enolver a terceras personas, como en los actos fingidos, sino a constituir una situación jurídica sobre la que aquéllas puedan apoyar sus relaciones y exigencias.

Hasta qué punto la ley permite que concedamos a una persona el carácter de titular frente a los demás, pero no frente a nosotros mismos, dependerá de los medios técnicos que se habiliten para obtener este resultado.

En todo caso, la flexibilidad legal no llegará a proteger los traspasos en fraude de acreedores, los manejos dolosos, la colocación de los bienes *en cabeza* de la mujer, hijos..., y la construcción dependerá del hábil acoplamiento de los elementos jurídicos en que se apoya todo el ordenamiento social.

Veamos cómo, según Brütt, los enlazan las tres teorías que tratan de explicar el negocio fiduciario :

1.^a Por la transferencia de la propiedad al fiduciario (pagan-dor, adjudicatario), adquiere éste la plenitud de derechos sobre la cosa y queda únicamente sujeto a los transmitentes por obligaciones personales. El fiduciario no puede lícitamente utilizar sus facultades fuera de la órbita trazada. Pero si lo hace, si el adjudicatario de un inmueble para pago de deudas derrocha el precio o cae en quiebra, ¿se contentará el adjudicante con ser un mero espectador o concurrir con los demás acreedores del quebrado?

2.^a La transmisión fiduciaria no es un acto de disposición patrimonial propiamente dicha, es más bien un apoderamiento : el transferente sigue siendo propietario y podrá separar de la masa de la quiebra o concurso del fiduciario los bienes adjudicados. Pero a cambio de estas ventajas, tropezaremos con graves inconvenientes : el mandato es revocable, la adjudicación no sería inscribible en los Registros y los actos consiguientes deberían ser realizados en nombre del adjudicante.

3.^a Según la opinión más extendida, el negocio fiduciario traspasa la propiedad al *treuhänder* o persona de confianza, pero... a

los fines indicados en la cesión. Parece como si, en vez de una transferencia de cosas, se transmitiera una facultad.

Fuera de estos tres grupos puede colocarse: *a*), la teoría del mismo Brütt, que asimila esta clase de adjudicaciones a la comisión y sienta el principio de que las cosas adjudicadas, si bien pueden ser transmitidas con plenos efectos por el fiduciario, se presume que están en el patrimonio del comitente para cuanto se refiere a los vínculos jurídicos entre comitente y fiduciario o entre éste y sus acreedores; *b*), la de Wienstein, que confiere al negocio la doble virtualidad de transferir la propiedad y atribuir al fiduciario el carácter de apoderado; *c*), todas las teorías que esconden el concepto de propiedad para explicar la *fiducia*.

Desechadas, con tal objeto, las nociones de propiedad desmembrada (dominio directo del comitente y dominio útil del adjudicatario), así como la copropiedad con atribución de plenos poderes al fiduciario y los recursos que la solidaridad proporciona, la técnica ha tratado de abrirse camino descomponiendo el sujeto del derecho de propiedad, en atención a los fines implícitos en la misma. A tal efecto se avanza, con el apoyo de Dernburg, Sohm y von Thur, la idea de que si bien el sujeto de derecho es uno para todo el mundo, pueden existir casos excepcionales en que para A., B. y C. sea uno el titular, y para X. y Z. lo sea otro, y se concluye por separar la propiedad formal (disposición jurídica) de la propiedad material (utilización económica).

La mayoría de los escritores rechazan esta opinión de una propiedad que produce efectos tan sólo hacia afuera (actos del fiduciario respecto a terceras personas), y hacen notar que si la transferencia inicial es abstracta (⁽¹⁾), los pactos fiduciarios nada significan frente a la voluntad del comitente que principia por transferir su cosa al fiduciario, ni limitan, por lo tanto, con fuerza real los poderes dispositivos de éste.

En un ordenamiento hipotecario como el español, que deja a un lado las exigencias del *numero clausus* para admitir derechos reales variadísimos, y que desde el primer momento ha operado con la propiedad sujeta a condición, no será tan difícil la solución del *problema fiduciario* si se consigue precisar las facultades, li-

(1) Véase el número 39 de esta REVISTA, pág. 194.

misiones y prohibiciones de disponer que la inscripción ha de publicar o llevar a conocimiento de los terceros.

En todo derecho, distinguimos nosotros el interés protegido de la misma protección legal, como separamos con claridad la armadura, del cuerpo; pero el intento de escindir el sujeto jurídico en un representante del interés y otro de los poderes dispositivos, si no confiere al primero protección jurídica, no nos importa, porque caerá fuera de nuestro estudio, y si concede al beneficiario acciones o defensas, le transforma en sujeto de derecho.

Vuelve, pues, a plantearse de nuevo cuáles son las relaciones que unen a fideicomitente con fiduciario, y a uno y otro con los acreedores respectivos y con los terceros en general.

Si consideramos al comitente como mandante y al adjudicatario como mandatario, no hay desplazamiento patrimonial, porque yo sigo siendo tan rico después de haber nombrado una docena de representantes o apoderados como antes de nombrarlos, y en su consecuencia, no hay transmisión de cosas, ni efectos reales, ni posibilidad de inscribir en el Registro los actos correspondientes. Si hay adjudicación de bienes inmuebles o derechos reales para fines específicos o para invertirlos en objetos determinados, el número 3.^º del artículo 2.^º de la ley Hipotecaria declara inscribibles los actos o contratos correspondientes.

Pero la técnica moderna parece oponerse a que el lazo de unión entre adjudicante y adjudicatario sea una *obligación* de tipo corriente, según lo da a entender el texto legal citado, y trata de conceder al fideicomitente o al beneficiario una serie de privilegios para que se consiga el fin buscado, o por lo menos para que no se abuse de la posición jurídica correspondiente al fiduciario. De aquí los estudios sobre los efectos de la quiebra de uno y otro, la posibilidad de que el fideicomitente separe de la masa del fiduciario en quiebra las cosas, créditos y cantidades que éste tuviera en su poder por cuenta ajena (1), la resistencia a otorgar a los acreedores del adjudicatario el derecho de perseguir los bienes que se le han adjudicado para pago de deudas, en perjuicio de los acreedores del comitente (2), y la predominante atención que al derecho moderno

(1) Véase, sobre todo, los números 4.^º, 5.^º, 6.^º y 7.^º del art. 909 del Código de Comercio.

(2) La reforma de la ley Hipotecaria de 21 de Abril de 1909 se detuvo en la anotación preventiva que hoy figura en el art. 45.

merecen los intereses cuya satisfacción se busca con estas instituciones de confianza.

Es notable el paso dado por la Dirección general de los Registros en la Resolución de 14 de Junio de 1922, para orientar la doctrina que venimos analizando.

En ella vemos reproducirse las principales opiniones sostenidas por los técnicos alemanes, sin inclinar la balanza a favor de ninguna. Dice así: «La figura jurídica creada por las adjudicaciones para pago de deudas es muy compleja en el fondo, deriva sus principales efectos de los actos en que va incrustada, y, en términos generales, responde, tanto al interés del deudor que obtiene por tal medio una mayor confianza de sus acreedores, o una espera sin concordato, como al de los acreedores que ven la seguridad de sus respectivos créditos, reforzada por la designación de un pagador imparcial y capacitado, y las probabilidades de pago multiplicadas, mediante la formación de una masa de bienes especialmente destinados a tal objeto.»

«En su consecuencia, el tipo estudiado se aleja en los puntos fundamentales, constitución y revocabilidad, de la representación y de los contratos que la provocan, supuesto que el adjudicatario aparece desde el primer momento revestido de facultades y derechos exclusivos y que ejerce en propio nombre, aunque por deber atender al interés ajeno, y por encontrarse en cierto modo privado del goce de los bienes adjudicados, más sea un propietario formal, legalmente autorizado para disponer de los mismos, que un dueño material que los disfrute económicamente.»

«De tales conceptos se deriva, ante todo, una posición exterior de titularidad real, frente a terceros, que permite al adjudicatario la enajenación independiente o reglamentada de los inmuebles bajo la protección de los artículos 20 y 34 de la ley Hipotecaria, mientras que interiormente, las relaciones jurídicas de adjudicante y adjudicatario se aproximan a la comisión y al mandato, buscan su punto de apoyo en el acto inicial y se desenvuelven dentro de cauces ajenos al Derecho hipotecario.»

«Como conclusión de los principios apuntados, cabe admitir que al adjudicar una masa de bienes para pago de deudas contraídas y formalmente determinadas, se constituye un patrimonio especial, dotado de órganos de disposición que ya absorberá todas las

facultades del adjudicante, a la par que se encarga de cumplir sus obligaciones, ya limitará, expresa o tácitamente, sus facultades de disponer, ya, en fin, adoptará posiciones intermedias, pero siempre caracterizadas por su finalidad fiduciaria, o sea por la atribución de la propiedad o de un derecho a un sujeto activo en interés ajeno y por motivos de confianza.»

En fin, «la antedicha construcción no puede encontrar un verdadero obstáculo en el criterio sustentado por este Centro sobre la necesidad de rechazar las limitaciones de disponer, sin contenido real positivo, a favor de personas determinadas, porque el caso examinado de adjudicación para pago de deudas entra dentro de las excepciones legales previstas en aquella doctrina, como derivado del precepto contenido en el número 3.^º del artículo 2.^º de la Ley Hipotecaria, por ser un acto o contrato en cuya virtud se adjudica a una persona bienes o derechos, con la obligación de invertir su importe en objetos determinados, e igualmente del artículo 45 del mismo Cuerpo legal, aunque las deudas no sean propiamente de la universalidad hereditaria».

JERÓNIMO GONZÁLEZ.

Jurisprudencia de la Dirección de los Registros y del Notariado

COMPROVENTA. PRECIO. LA ESCRITURA DE VENTA DEL USUFRUCTO Y NUDA PROPIEDAD DE UNA FINCA DEBE CONTENER DECLARACIÓN SOBRE EL DESTINO FUTURO DEL PRECIO O DE SU DIVISIÓN ENTRE LOS VENDEDORES.

Resolución de 9 de Febrero de 1928. (Gaceta de 9 de Marzo de 1928.)

Ante el Notario de Puebla de Cazalla, D. Francisco Olmedo Herrera, se otorgó, el 22 de Enero de 1926, escritura por la que el usufructuario y el nudo propietario de una finca se la vendían a otro en precio de 700 pesetas.

No admitió el Registrador de la Propiedad de Morón la inscripción de dicho documento «porque siendo su objeto un doble contrato de compraventa, no se expresa por separado el precio en que cada contrato se realiza, defecto insubsanable que no consiente tomar anotación preventiva, aunque se solicitase. Obsérvese además el defecto subsanable de falta de claridad en la redacción del instrumento : porque después de consignar que uno de los vendedores es dueño del usufructo vitalicio, y otro de la nuda propiedad de la finca que describen, y que vendedores y comprador han convenido la venta de sus respectivos derechos, no se venden éstos, sino la finca».

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador, y la Dirección general, con revocación del auto apelado, declara que no ha lugar a resolver en la forma solicitada por el Notario recurrente, con la siguiente doctrina :

En este recurso debe decidirse si dos personas a quienes corresponde, respectivamente, el usufructo y la nuda propiedad de una finca, pueden transmitir el dominio pleno del mismo inmueble, sin que sea preciso formar una persona jurídica propietaria única de todo el inmueble, ni fijar o indicar el destino o distribución del precio recibido.

La exigencia primordial del sistema hipotecario, cristalizada en el artículo 20 de la ley respectiva, que impide transmitir bienes o derechos no inscritos a favor de los transferentes, puede conciliarse con la transmisión de una totalidad que les corresponde, como dos personas a quienes pertenecen los dos volúmenes de un tratado pueden comprometerse a enajenar y entregar en realidad la obra completa, toda vez que, si bien es cierto que la cosa vendida les pertenece tan sólo *sensu diviso*, no hay precepto legal que les impida transmitirla a *sensu composito*, con efectos peculiares derivados de la unidad de la cosa vendida y del complejo contrato de compraventa.

En la práctica Notarial se redactan las ventas de cosas corporales, otorgadas por varios copropietarios, haciendo constar que enajenan los objetos o fincas descritas en virtud de las facultades que cada uno tiene como titular de la respectiva cuota, sin necesidad de especificar que se transfiere cuota a cuota y sin emplear por ello la expresión inadecuada cuando el comprador trata de adquirir cosa determinada y no cuotas pro indiviso.

La fijación de un precio único como contraprestación de la transferencia, indica que no se quiere llevar a cabo el contrato por partes, sino como compraventa de cosa cierta, de suerte que los vicios de una titulación, la capacidad de uno de los comparecientes y otras mil contingencias o incidentes del acto jurídico, han de provocar consecuencias distintas de las que produciría la transmisión de derechos incorporales.

El precio obtenido por el usufructuario y el nudo propietario que enajenan a un tercero una finca, puede, en primer lugar, entenderse subrogado en lugar de la misma y ser atribuido en usufructo al antiguo usufructuario, y en nuda propiedad a su cotitular; en segundo término, por ser un verdadero crédito de los vendedores contra el comprador, ha de presumirse dividido entre ellos por iguales partes, a tenor de lo dispuesto en los artículos 393 y

1.138 del Código civil; y, por último, como el usufructo y la nuda propiedad, por excepción, tendrán un valor igual, podrá sostenerse que en los casos dudosos la distribución ha de hacerse en proporción al respectivo valor.

En consecuencia, la escritura cuyo objeto sea vender una finca por un precio único, que ha de corresponder al usufructuario y al nudo propietario de aquélla, debe contener las declaraciones necesarias para fijar el destino futuro del precio o su división entre los vendedores, de conformidad con los pronunciamientos de la Resolución de este Centro de 10 de Octubre de 1907.

En la escritura discutida existen los requisitos de capacidad de los otorgantes, preexistencia del derecho en su respectivo patrimonio, finca inscrita, causa jurídica de la transferencia, voluntad de transmitir y aceptación del adquirente, sobre los cuales ha de apoyarse la inscripción de aquélla; pero, en cambio, faltan pactos o indicaciones sobre el destino o distribución del precio, materia de imprescindible apreciación en un recurso que ha de versar sobre la perfecta redacción del documento calificado.

PARTICIÓN DE HERENCIA CON ARREGLO AL FUERO DE VIZCAYA. NO ES DEFECTO, AUNQUE SE RECOMIENDA AL NOTARIO, EL NO ALUDIR EN LA ESCRITURA A LA COMUNICACIÓN FORAL TRATÁNDOSE DE FINCAS ADQUIRIDAS DURANTE MATRIMONIO. ES SUBSANABLE EL DE NO EXPRESARSE CON CLARIDAD LA FORMA EN QUE SE DESEA SEAN INSCRITOS TRES LOTES QUE SE FORMAN CON UNA CASERÍA Y SUS PERTENECIDOS.

Resolución de 10 de Febrero de 1928. (Gaceta de 10 de Marzo de 1928.)

Ante el Notario de Márquina, D. Juan Puig Lázaro, se otorgó escritura de protocolización de operaciones testamentarias, aprobadas judicialmente, entre el viudo y los hijos legítimos del matrimonio, declarados herederos por el Juzgado, en las que renuncia aquél a su cuota vidual, liquidan la sociedad conyugal mediante la atribución a cada cónyuge de la mitad del caudal, y adjudican en pago de haberes, tres lotes, en que dividen una casa y nueve pertenecidos en pro indiviso.

El Registrador de la Propiedad de Marquina, puso en la escritura la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento por encontrar en él los siguientes defectos: 1.º Que si bien es aplicable en toda España el orden de suceder abintestato que establece el capítulo IV, título tercero del libro tercero del Código civil, lo que en este caso concreto no tiene trascendencia práctica, en todo lo demás las sucesiones legítimas, como las testamentarias, se rigen, según el artículo 10 del Código civil, por la ley personal del causante; y, en todo caso, el régimen económico del matrimonio está sometido a ley personal de los cónyuges, que en este caso, por tratarse de vecinos de anteiglesia, es el Fuero de Vizcaya, por lo que al disolverse con hijos el matrimonio de doña Francisca Nachiondo y D. Antonio Galletabeitia, por muerte de la primera, ha tenido lugar la comunicación foral establecida por la ley primera, del título XX de dicho Fuero, correspondiendo, por tanto, la mitad indivisa de la finca inventariada al viudo don Antonio Galletabeitia, y constituyendo la otra mitad indivisa la herencia de la causante; y 2.º No expresarse con claridad la forma en que se desea sean inscritos los tres lotes en que se forman con la casería de Oriosalo y sus pertenecidos, que en el Registro son una sola finca. Si, como parece, se desea que cada lote formado constituya una sola finca independiente, no puede ello tener lugar por no reunir las diferentes piezas o suertes de tierra que forman los lotes segundo y tercero las circunstancias que exige el artículo 57 del Reglamento Hipotecario, y, además, porque aunque las reuniese, no se solicita. Y no pareciendo subsanables estos defectos, tampoco procede anotación preventiva.»

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador, y la Dirección general, revocando en parte el auto apelado, declara que el título sólo adolece del defecto subsanable de no expresar con claridad la forma en que se desea sean inscritos los tres lotes aludidos, fundamentándolo así:

En este recurso debe discutirse primeramente si la división de la casa en Ispaster, con sus nueve pertenecidos, hechas por valores iguales entre D. Antonio Galletabeitia y los herederos de su mujer, doña Francisca Nachiondo, queda invalidada por la circunstancia de no aludir en la escritura a la comunicación foral y haberse consignado las siguientes afirmaciones: que «la finca inventaria-

da fué adquirida constante matrimonio, y tiene carácter ganancial»; que entre don Antonio y doña Francisca no se había otorgado capítulo matrimonial, y por haber dejado hijos, se distribuía el capital relicto de 10.000 pesetas, adjudicando bienes por valor de 5.000 pesetas al viudo y la otra mitad, importante asimismo 5.000 pesetas, a los hijos comunes, con lo cual quedaba «liquidadada la sociedad de gananciales».

Si bien es cierto que los bienes de marido y mujer, cuando dejasen hijos, como en el presente caso, *son comunes a medias*, según la frase de la ley primera, título XX del Fuero de Vizcaya, *aunque el marido haya muchos bienes y la mujer no nada o la mujer muchos y el marido no nada*, es lo cierto que durante el matrimonio esta comunicación se halla en potencia, y si todos los bienes existentes han sido adquiridos en tal período, la liquidación conducirá a iguales resultados económicos, trátese de gananciales o de comunicación foral.

Este resultado se ha obtenido, según afirma el recurrente, en el caso discutido, y aunque siempre es de recomendar que los Notarios aluden directamente a la comunicación foral en la redacción de tales instrumentos, ha de advertirse de un lado, por lo que se refiere a la forma, que la protocolización de las operaciones particionales aprobadas judicialmente se ha llevado a cabo por medio de acta, y de otra parte, por lo tocante al fondo, que como un especialista afirma, «durante el matrimonio, el régimen de comunidad y el de gananciales dan lugar en lo sustancial a iguales resultados económicos, de suerte que no hay ningún obstáculo en lo pasado, ni en lo presente, que se oponga a la inscripción solicitada».

A igual conclusión se llega por el mero reconocimiento, de que la partición, sobre todo si ha sido aprobada judicialmente, crea un estado de derecho y autoriza para pedir la inscripción en el Registro, mientras no sea impugnado por los interesados.

En lo tocante al segundo defecto, los interesados no han manifestado al Registrador cómo querían inscribir los lotes formados con la casa de Ispaster y los nueve pertenecidos, ni es posible deducirlo con exactitud de los términos empleados, pues la apertura de folio aparte a una finca, depende, no sólo de sus características de orden físico, sino también de la voluntad de su dueño.

La indicación hecha por el recurrente en su primer escrito, de que «cada pertenecido, formando finca independiente se inscribirá a nombre del padre los suyos y en pro indiviso entre los hermanos los correspondientes a ellos» y «la parte urbana en pro indiviso entre el padre y los hijos», debe formularse en nueva escritura o en solicitud dirigida al Registrador y en términos explícitos para saber si los siete pertenecidos que forman un solo lote y los que integran otro, han de figurar como nueve fincas, o sólo como dos.

LUIS R. LUESO.

Registrador de la Propiedad.

Banco Español de Crédito

Capital: 50.000.000 de pesetas

Domicilio social: Alcalá, 14, Madrid

CAJA DE AHORROS

Intereses que se abonan: 4 por 100. Libretas, máximo 10.000 pesetas
Cajas abiertas los días laborables de 10 a 2

Sucursales en España y Marruecos

Corresponsales en las principales ciudades del mundo
Ejecución de toda clase de operaciones de Banca y Bolsa

Cuentas corrientes a la vista con un interés anual de 2 y medio por 100

CONSIGNACIONES A VENCIMIENTO FIJO

Un mes.....	3	por 100
Tres meses.....	3 1/2	por 100
Seis meses.....	4	por 100
Un año	4 1/2	por 100

El Banco Español de Crédito pone a disposición del público, para la conservación de valores, documentos, joyas, objetos preciosos, etc., un departamento de CAJAS DE ALQUILER con todas las seguridades que la experiencia aconseja. Este departamento está abierto todos los días laborables desde las 8 a las 14 y desde las 16 a las 21 horas. **Horas de Caja:** de 10 a 14.

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

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sentencia de 1.^º de Julio de 1926. (Gaceta de 5 de Mayo de 1927.)

LA PRESUNCIÓN DEL ARTÍCULO 41 DE LA LEY HIPOTECARIA. EFECTOS EN CUANTO A TERCERO, DE LA INSCRIPCIÓN DE BIENES ADQUIRIDOS POR HERENCIA.

En esta Sentencia, el Tribunal Supremo casó y anuló la recurrida, de la Audiencia de Granada, confirmatoria de la del Juzgado, que declaró haber lugar al desahucio de quienes opusieron a la demanda su calidad de dueños, por título de compra, anterior, aunque no inscrita, a la transmisión hereditaria, inscrita a favor del actor, y que por tal medio, decían, pretendía reintegrar a su patrimonio una finca vendida, cuyo precio él mismo heredó.

Los razonamientos de la sentencia, como los del recurso, aparecen hoy atinadísimos después de la reciente reforma del artículo 41 de la ley Hipotecaria. Decía el recurrente: «que la presunción que establece el artículo 41, no puede ser de tal naturaleza, que el solo hecho de tener inscrito el dominio de un inmueble permita el desconocimiento absoluto de todo derecho que se le pueda oponer, fundado en título de propiedad también.» Y razonaba el Alto Tribunal:... Cualquiera que sea el concepto que puedan merecer al juzgador los títulos de pertenencia presentados por demandante y demandado, esta clase de procedimientos sumarios son notoriamente

te inadecuados para enervar y hacer ineficaces los derechos de propiedad de que los últimos aparecen investidos por el medio contractual, establecido por el artículo 1.462 del Código civil, para la transmisión del dominio, realizada por el ascendiente de que trae causa el actor, y determinar los efectos jurídicos que con relación a terceros deba producir en el caso discutido la inscripción de bienes hereditarios con arreglo a las prescripciones de los artículos 23 y 41 de la ley Hipotecaria.

Puede verse nuestro comentario a las Sentencias de 17 y 28 de Junio de 1926 en los números 37 y 38, respectivamente, de REVISIÓN CRÍTICA, correspondientes a los meses de Enero y Febrero últimos.

Sentencia de 2 de Julio de 1926. (Gaceta de 6 de Mayo de 1927.)

CONDOMINIO, A LOS EFECTOS DEL ARRENDAMIENTO DE LA COSA COMÚN EN FAVOR DE UNO DE LOS CONDUEÑOS Y SUBSIGUIENTE DESAHUCIO DEL MISMO.

En pleito sobre desahucio incoado por una de las condueñas de una finca urbana contra la otra condueña y hermana, que en unión de su esposo, como gerente de una Sociedad, ocupaban parte de aquélla sin abonar renta, se alegaba por el demandado—contra el que declaró haber lugar al desahucio la Audiencia de Oviedo—, entre otros extremos: ser administrador de la casa en cuestión y, como tal, haber arrendado la planta baja a otra Sociedad, que sustituyó a la primera, de la que venían percibiendo la renta correspondiente; que la actora carecía de personalidad para interponer el desahucio por ser condueña, y sólo podía intentarlo, a tenor del artículo 398 del Código civil, acreditando el consentimiento y acuerdo de los demás condueños, o haciendo uso de las acciones de los demás en beneficio de todos, y aquí el condómino que actuaba no tenía más que la mitad de la finca, y lo hacía contra el que tenía la otra mitad y, por tanto, en perjuicio evidente de uno de los comuneros, olvidando con ello la Sala sentenciadora que la comunidad se rige por los acuerdos de la mayoría o la intervención judicial; y que dada toda esta complejidad de relaciones, no podía darse lugar al des-

ahucio sin previas declaraciones de derecho que, según la jurisprudencia que citaba, no eran propias de esta clase de juicios.

El Supremo desestimó el recurso, declarando : Que es doctrina del mismo, que las relaciones del condominio no obstan para que cualquiera de los partícipes en el mismo pueda adquirir el carácter de arrendatario, por mutuo acuerdo y consentimiento de los demás condóminos, con todas sus derivaciones jurídicas, y pueda también comparecer en juicio en asuntos que afecten a los derechos de la comunidad, bien para ejecutarlos o ya para defenderlos ;

Que, en su virtud, declarando probada la sentencia recurrida que el demandado, marido de una de las condueñas, con el carácter de gerente de la Sociedad, después disuelta, tomó en arriendo para oficinas de la misma la planta baja de la casa, el hecho de que la actora fuera dueña de la otra mitad no es obstáculo para que pueda promover por sí sola, y hasta sin el previo acuerdo de la otra condómina, el juicio de desahucio contra el arrendatario que no ha satisfecho la merced convenida, y que no justificó la calidad, alegada, de administrador del condominio ;

Y que cuando las cuestiones que hayan de ventilarse en los juicios de desahucio sean de tal naturaleza, o tan especiales o tan complejas que no sea razonablemente posible apreciar con exactitud su finalidad y trascendencia, para no convertir el procedimiento sumario de desahucio en medio de obtener con cierta violencia la rescisión de un contrato sin las garantías necesarias de defensa, deben tales cuestiones ventilarse o resolverse en los juicios declarativos que corresponda según la cuantía ; pero esta doctrina de jurisprudencia no tiene aplicación al caso de que aquí se trata, porque aunque del local que utiliza el recurrente para oficinas de la Sociedad son dueñas en pro indivisión ,y por mitad, la esposa de éste y su hermana, la actora en el desahucio, esta comunidad no produce complejidad alguna.

El recurrente ponía de manifiesto, sin embargo, esta complejidad, diciendo : que si bien, según la jurisprudencia, un condómino puede hacer uso de las acciones de los demás en beneficio de todos, aquí el condómino que actúa no tiene más que la mitad de la .

finca, y contra el que tiene la otra mitad, luego no es en beneficio de la comunidad, sino en perjuicio evidente de uno de los comunitarios, al sólo efecto de que el objeto del arriendo sea puesto a disposición de ese condómino sólo, o sea de quien tiene la mitad de la finca, y, por tanto, se aprecia lo erróneo de la doctrina de la Sala en cuanto considera a la actora propietaria de la finca de que se trata, sin que pueda olvidarse que la comunidad se rige por los acuerdos de la mayoría, y que, cuando ésta no exista, o es perjudicial lo acordado por ella, se garantizan los derechos de los que representan la menor parte por la intervención judicial, manera de armonizar la presunción de creer gestionaron lo que más convenía al interés común aquellos que tuvieran más participación en la cosa, pero con el peligro de abuso de poder, por otra parte, de quienes forman esa mayoría; que la complejidad de relaciones se aprecia, entre otros hechos que aduce, por ser el recurrente administrador, según en la conciliación se dice, y en tal concepto arrienda y cobra los arriendos, hecho no negado por la parte contraria, sin que pueda decirse que, a la vez, es inquilino como supuesto gerente de la Sociedad demandada, ya que, caso de existir estos contratos, hubieran sido estipulados por el recurrente como administrador y la Sociedad como inquilina, sin intervención alguna de la comunidad... ; y que si pagó aquélla y cobró el recurrente como administrador, no puede hablarse de desahucio por falta de pago, demostrando todo ello esta complejidad de relaciones que no son las simples que nacen de un contrato de arriendo y, por ello, la imposibilidad de dar lugar al desahucio sin previas declaraciones de derecho que, según la jurisprudencia citada, no son propias de esta clase de juicios.

Sentencia de 5 de Julio de 1926. (Gaceta de 6 de Mayo de 1927.)

DESAHUCIO DE FINCA QUE FUÉ ENAJENADA POR FALTA DE PAGO DE LA CONTRIBUCIÓN, AUNQUE POR ERROR, SEGÚN EL DEMANDADO. VALOR Y EFECTOS DEL TÍTULO INSCRITO EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN RELACIÓN CON EL NO INSCRITO.

En juicio también de desahucio en que el demandante, con título inscrito derivado de quien adquirió la firma en pública subas-

ta, por débitos de contribución, invocaba, entre otros fundamentos de derecho, los artículos 41 y 396 de la ley Hipotecaria, se alegó por el demandado, ser dueño y tener amillarada a su nombre, aunque no inscrita en el Registro de la Propiedad, una de las dos casas—la que ocupaba—en que se había dividido la primitiva, estando al corriente del pago de la contribución por la misma, razón por la cual debía entenderse que la vendida en pública licitación fué la otra; y fundó su recurso contra la sentencia que dió lugar al desahucio en la infracción del párrafo tercero del artículo 1.565 de la ley de Enjuiciamiento civil y del artículo 41 de la ley Hipotecaria: el primero porque el recurrente no ocupaba la casa a precario, sino como dueño, y el segundo porque, adoleciendo el título de adquisición de ese error que producía su nulidad, carecía de aplicación, ya que no podían surtir efecto a favor del demandante las inscripciones del Registro de la Propiedad.

El Tribunal Supremo declaró que desestimado, como desestimó, el recurso en cuanto al supuesto error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, procedía también desestimar lo en el extremo relativo a la infracción de los artículos 41 de la ley Hipotecaria y 1.565, número tercero, de la de Enjuiciamiento civil.

J. A. DE LA P.

Jurisprudencia administrativa del impuesto de Derechos reales

XXIV

Derecho de habitación. Arriendos. Recargo Provincial. El contrato por el cual una sociedad, mediante escritura pública, arrienda a un particular dos pisos de una casa con muebles, libros y ropas, durante toda la vida del arrendatario, por dos mil pesetas mensuales, sin distinción de lo que corresponda a muebles e inmuebles, pudiendo el arrendador dar por terminado el contrato si el arrendatario no satisface dos trimestres consecutivos del precio o traslada los muebles a otro piso o dispone de ellos sin permiso de aquél o no conserva las cosas como un buen padre de familia; e igualmente el arrendador, si avisa con un año de anticipación y entrega una indemnización, ha de ser calificado como arriendo y tributa como tal y no como derecho real de habitación, siendo improcedente, por tanto, liquidarlo al 4 por 100, sobre el 25 por 100 de la capitalización al 5 por 100 del líquido imponible de toda la casa. Debe pagarse el recargo provincial correspondiente.

Doctrina.—La cuestión que se ha de resolver, es la de determinar la verdadera naturaleza jurídica del contrato, a los efectos del impuesto, aplicando la regla general del artículo 4º del Reglamento: el derecho de arriendo y el de habitación, se distinguen: 1.º Este es un derecho real por su naturaleza, e inscribible en el Registro de la Propiedad, desde luego; y aquél sólo es derecho real cuando reúna los caracteres del artículo 2.º de la ley Hipotecaria

número 5.^o 2.^o La extensión del derecho real de habitación se limita (artículo 524 del Código civil) a las necesidades del titular y de su familia ; el arrendamiento puede comprender varias fincas sin limitación en su disfrute ; y 3.^o El arrendamiento se constituye a título oneroso mediante precio cierto, condición que no es inherente a la habitación que puede ser a título gratuito ; en el caso del epígrafe, no aparece constituido un derecho real, puesto que, tanto por el precio como por la porción de finca arrendada, no se ha fijado en atención a las necesidades del arrendatario y su familia, sino por la libre voluntad de los contratantes, habiendo, por otra parte, un precio cierto, abonable periódicamente con facultad de rescisión, tanto por el arrendador como por el arrendatario, si no se pagan a aquél dos trimestres, o mediante el abono de una indemnización, todo ello característico del arriendo ; sin que obste a esta calificación jurídica el pacto de duración del contrato por la vida del arrendatario, deduciendo de ello que falta la condición (artículo 1.543 del Código) de plazo determinado, puesto que si bien no se ha pactado por tiempo fijo, se da la nota de temporalidad, esencial en el arriendo, y aun la de terminación, puesto que su duración se establece con relación a un día cierto, como lo es aquél que necesariamente ha de venir, aunque se ignore cuando ; procede, pues, liquidar por el número 7.^o de la tarifa por el concepto de arriendo, según las reglas de esos contratos y exigir el recargo provincial (artículo 238 del Estatuto Provincial), dada la fecha. (Acuerdo del Tribunal Central de 26 de Abril de 1927.) 22.

XXV

Hechos.—Girada una liquidación con multa y demora, a virtud de expediente de investigación, incoado por el liquidador, que aportó o reclamó todas las pruebas, se hizo efectivo el importe de aquélla y de los honorarios y multa del liquidador. Reclamó un interesado alegando que en ciertos bienes amillarados a su nombre, sólo tenía el causante el usufructo, no debiendo por tanto liquidarse el pleno dominio sino la consolidación : el Tribunal Provincial acordó (oyendo sólo al liquidador que regentaba la oficina y no al que practicó la liquidación trasladado a otro Registro) anular la

liquidación y que se girase otra a los nudo propietarios por la consolidación; no hizo pronunciamiento sobre la devolución de la cuota, de la multa y de los intereses de demora. El liquidador que practicó la liquidación, pretendió se le enviase el expediente a la capital de provincia donde prestaba servicio. El Presidente del Tribunal no accedió a ello y sólo dispuso que en el expediente de devolución del ingreso anulado no se comprendiese, según el artículo 168 del Reglamento del Impuesto, lo satisfecho por multa y honorarios, ordenando al liquidador devolviese al interesado éstos, lo que aquél efectuó. Interpuesto recurso *por el liquidador*, el Tribunal Central *anuló la actuado*.

La Administración Central tiene la obligación de revisar todas las cuestiones de los expedientes aunque no las planteen los interesados, según Real orden de 22 de Noviembre de 1901, y tal obligación compete hoy al Tribunal Central, según el Real decreto de 16 de Junio de 1924, que le transfirió todas las facultades de los Centros Directivos; la jurisprudencia Contencioso-administrativa, en Sentencias de 9 de Marzo de 1912, 23 de Febrero de 1914, 31 de Enero de 1916, 30 de Diciembre de 1919 y 9 de Abril de 1921, ha declarado que, aun siendo incompetente para conocer del fondo, puede revisar el procedimiento y anular lo actuado si hay un trámite esencial infringido por ser el procedimiento garantía del derecho; en consecuencia, dispuesto por el artículo 80 del Reglamento de procedimiento, que los fallos definitivos deben resolver todas las cuestiones que surjan, hayan sido o no promovidas, y aparentiendo que en el recurso económico-administrativo, el Tribunal Provincial *anuló la liquidación* girada a virtud del expediente de occultación instruído por el liquidador, con multa y demora, sin hacer pronunciamiento alguno sobre la devolución, tanto de la cuota como de la multa y honorarios que percibió el liquidador, tal deficiencia implica un vicio de nulidad del fallo del Tribunal Provincial y de los acuerdos posteriores a su ejecución, por lo que previo requerimiento a los interesados—uno de ellos el liquidador por sus honorarios y participación en la multa—para que comparezcan en el expediente y aleguen lo que crean pertinente, debe dictarse nuevo acuerdo por el Tribunal Provincial, resolviendo todas las cuestiones. (Acuerdo de 5 de Mayo de 1927.) 15.

XXVI

Si la cuantía de las cuotas liquidadas y de las multas, no excede de 5.000 pesetas, causa estado el acuerdo del Tribunal Provincial y es incompetente el Central, procediendo sólo recurso ante el Tribunal Provincial de lo Contencioso-administrativo, según los artículos 41 y 42 del Reglamento de 29 de Julio de 1924. Si en la notificación del acuerdo hay error respecto del recurso procedente, tal error, vicia de nulidad la notificación que debe reiterarse indicando el debido, según el 34 de dicho Reglamento con los requisitos indicados en el Capítulo 6.º (Acuerdo del Tribunal Central de 10 de Septiembre de 1927.). 18.

Procedimiento.—Este fué exclusivamente el fallo oficial, pero es tan curioso el caso a que se refiere este fallo, que creemos oportuno exponerle brevemente y consignar una opinión respecto de su solución que no tiene garantía oficial, sino la del distinguido jurisconsulto que la dió. En escritura de capitulaciones matrimoniales, el padre del novio, hizo donación a su hijo, que la aceptó en el mismo acto, de todos los bienes que fueran del donante en el momento de su muerte, y los contrayentes se instituyeron mutuamente herederos usufructuarios y determinaron que, si alguno falleciese sin hacer elección de heredero, le sucederían sus hijos, no juntos, sino con preferencia de sexo y edad; el hijo contrayente premurió al padre y, fallecido este último, la nuera y un hijo suyo, nieto por tanto del donante, otorgaron escritura de manifestación de bienes, en que se declaraba, que el usufructo era de la madre, y la nuda propiedad del hijo. El problema que se presentó al liquidador fué el determinar de quién procedía el usufructo. El liquidador estimó que dominaba del suegro y por ello lo liquidó como herencia de extraños, dado el parentesco de afinidad de éste con su nuera. El distinguido jurisconsulto a que nos hemos referido, estimó que los bienes, y por tanto su usufructo, procedían del marido y debía liquidarse, en relación a su parentesco con el hijo y con la viuda, realizando además otra liquidación por la transmisión de los bienes del primitivo donante al cónyuge donatario. Brevemente resumidos los funda-

mentos de esta opinión son: la nuera no es heredera del suegro, ni testamentaria ni legítima, y no procede suponer una transmisión a su favor, que no se ajusta a la realidad; en las capitulaciones matrimoniales los cónyuges se instituyeron mutuamente herederos usufructuarios, el padre donó al hijo los bienes que poseyera al momento de la muerte y aquéllos establecieron un heredamiento preventivo a favor de los hijos, que es irrevocable; y como la escritura de manifestación de bienes se ajusta a la de capitulaciones, en la cual la donación del padre al hijo quedó perfecta, aunque quedara indeterminada, no por la adquisición del derecho, sino por la cuantía de los bienes donados, ha de deducirse que éstos no pasaron del abuelo al nieto y a la nuera directamente, sino previa transmisión a favor del padre, o sea el contrayente, y de éste a su mujer y a su hijo; debiendo, en consecuencia liquidarse ambas transmisiones. Este criterio se ajusta a las capitulaciones matrimoniales y no se opone a ningún precepto legal. Debe liquidarse, la transmisión del padre-donante al contrayente-donatario, porque subordinada la donación a que haya bienes al morir el donante, sólo después de fallecer, ha podido determinarse la cuantía de la transmisión y sólo entonces ha podido valorarse y liquidarse, y porque los bienes no han sido transmitidos directa del abuelo al nieto.

XXVII

Doctrina. La adjudicación del precio aplazado de una venta, cobrado por un padre en nombre de sus hijos y entregado a éstos, debe tributar como herencia del causante a los hijos, aun cuando la venta estuviera hecha antes de la muerte del dicho causante. El impuesto de caudal relichto no es aplicable a las ventas anteriores a 1º de Mayo de 1926; cualquiera que sea la fecha de presentación.

Caso.—Realizada la venta de una finca, aplazando la entrega del precio para cuando se consiguiera la licencia judicial, por ser menores de edad los vendedores, fallecieron éstos antes de percibir aquél, siendo declarados sus herederos unos primos suyos, cuyo padre cobró en nombre de éstos y les adjudicó el precio. El liquida-

dor giró tres liquidaciones por esta adjudicación: una por herencia de la madre de los menores, causada en 1918; otra por el caudal relicto por uno de los menores, desaparecido en África en 1921, y otra por herencia de éste último. Los interesados reclamaron, alegando que la casa fué vendida antes de fallecer los vendedores, inventariándose aquélla sólo al efecto de la inscripción previa en el Registro de la Propiedad antes de efectuar la de la venta. La reclamación no prospera; en cambio se anula la liquidación del caudal relicto y se ordena agregar el capital, base del mismo, a la masa general para girar nueva liquidación.

Fundamentos.—No es admisible la alegación de los interesados, de que la casa fué vendida antes de morir los causantes, que por ello ni la adquirieron ni la transmitieron porque el fallo se apoya en que no fueron las fincas lo transmitido por herencia, sino los créditos por el precio aplazado de la venta; y bien fueran las fincas las transmitidas, bien los créditos, debió incluirse unas y otras en el inventario, y no hecho así se incurrió en multa y demora.

Según la ley de 28 de Febrero de 1927, las disposiciones referentes al caudal relicto no son aplicables a las sucesiones causadas antes de 1.^º de Mayo de 1926, cualquiera que sea la fecha de su presentación para liquidar; y como según el artículo 41 de la ley la cuota de la liquidación de caudal relicto, se dedujo de la base de herencia del impuesto, debe anularse la liquidación de caudal relicto por ser anterior la fecha del fallecimiento del causante a la de la ley, y girarse otra complementaria, aumentando la cuota que entonces se dedujo. (Acuerdo del Tribunal Central de 19 de Julio de 1927.) 26.

XXVIII

No es preciso, para que al disolverse una sociedad, tribute al 0,50 por 100 y no al 1 por 100, que conjuntamente consten en la escritura de disolución el último balance anterior a la disolución y adjudicación expresa del capital a los socios o a terceros, bastando que se cumpla uno sólo de estos requisitos.

Fundamentos.—Lo mismo, conforme al artículo 18, párrafo 14, del Reglamento de 1911, que al 19, párrafo 15 del vigente de 1927,

la disolución de sociedad tributa al 0,50 del haber social líquido, según el balance anterior al acuerdo de disolución, y sólo si ese balance no se acompaña o no se hace adjudicación expresa de los bienes sociales, tributará al 1 por 100, concepto no modificado, sino meramente precisado por el vigente, al sustituir la disyuntiva o por la locución *en su defecto*; no es por lo tanto necesario que concurran ambos requisitos, sino uno sólo: el actual Reglamento no ha tratado de modificar al anterior en ese extremo. (Acuerdo del Tribunal Central de 19 de Julio de 1927.) 27.

XXIX

Procedimiento.—El plazo para recurrir contra una liquidación es el de quince días hábiles desde el siguiente a la notificación, o en su caso, al del ingreso, según el artículo 62 del Reglamento de 29 de Julio de 1924, por lo que entablada una reclamación contra liquidación de la Abogacía de la Caja de Depósitos, al siguiente de vencer el plazo expresado, se declara extemporánea e inadmisible. (Acuerdo de 22 de Noviembre de 1927.) 42.

XXX

Herencia. La manifestación hecha por la viuda de un causante en su instancia al pedir la liquidación, de que los valores depositados en los Bancos eran propiedad de éste exclusivamente, no puede ser desvirtuada por aportación de certificados de los Bancos, expedidos con posterioridad a la liquidación, girada a consecuencia de aquella manifestación y al efecto de demostrar que eran depósitos indistintos, los constituidos por los valores.

Fundamentos.—La propiedad de los valores se desconocía por la Administración que había de atenerse (antes de la Ley de 26 de Julio de 1922, que estableció la presunción de copropiedad de los cotitulares de depósitos indistintos) a lo que decían los interesados, y declarada y confesada por la viuda la propiedad de la totalidad de los valores depositados a favor del marido, no es lícito a aquélla:

volver de sus propios actos, ni contra las consecuencias que su declaración produjo; ni aun dentro de la regla 4 del artículo 7.^º de la ley de 1922 (hoy artículo 9 del Reglamento), cabe la impugnación producida, porque el hecho de estar constituidos en depósito unos valores, no significa que la ley atribuya su propiedad por mitad a los titulares, sino que ésta sólo establece una presunción que cede a prueba en contrario, y ninguna más eficaz que la declaración de la interesada, que hace prueba plena, conforme al artículo 1.232 del Código civil, y no puede ser desvirtuada por otras manifestaciones posteriores. (Acuerdo del Tribunal Central de 13 de Septiembre de 1927.) 43.

XXXI

La adquisición de material mediante gestión verbal del funcionario correspondiente del Centro Directivo, sin que medie contrato escrito entre la Administración y el proveedor, está exenta aunque a aquella adquisición haya precedido resolución del Centro Directivo acordándola, y aunque se haya hecho efectivo el precio, no en metálico directamente, sino mediante la expedición del correspondiente libramiento.

Cualquiera que sea la calificación jurídico fiscal de esa adquisición, se halla exenta por ser verbal, según el artículo 6.^º, número 5 del Reglamento, sin que esto lo desvirtúe los trámites previos seguidos hasta acordar la compra del material, porque ellos son consecuencia de la especial organización de la Administración, sin que en ellos intervenga el particular, ni le obliguen, no pudiendo estimarse esas diligencias previas como el contrato mismo y deducir así que éste constaba en documento. (Acuerdo del Tribunal Central de 7 de Febrero de 1928.) 45.

XXXII

Deudas deducibles de las herencias. Es indispensable para ello que consten en título, que lleve aparejada ejecución, carácter que no revista una escritura pública en que una persona como apoderado de otra, de la que es administrador general, vende una finca

y cobra el precio, cuyo importe no entregó al poderdante siendo esa la deuda que se pretende deducir de la herencia de dicho apoderado al morir éste.

Fundamentos.—Aunque según el artículo 1.218 del Código civil, los documentos públicos hacen prueba del hecho que los motiva y de su fecha, no basta para que una deuda sea deducible del caudal hereditario, la indubitable prueba de su existencia, pues según el artículo 95 del Reglamento, es preciso que lleve aparejada ejecución el documento fehaciente en que conste, pues esto significa la alusión que ese artículo hace al 1.429 de la ley de Enjuiciamiento civil, según Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de Enero de 1923, 28 de Octubre y 31 de Diciembre de 1921; y como según los artículos 1.435 y 1.440, en relación al 1.467 de la ley de Enjuiciamiento civil, para que pueda despacharse ejecución es preciso que, además de las condiciones del título en que conste la deuda, se trate de cantidad líquida y que haya vencido el plazo de la obligación, es notorio que no reúne los caracteres del título y de la deuda indicados la deuda que surja de una escritura de venta realizada por un mandatario que murió sin entregar el precio al mandante, pues de ese hecho, según los artículos 1.718, 1.720, 1.728 y 1.729 del Código civil, surge la obligación de todo mandatario de rendir cuentas y abonar el saldo, y por lo tanto el mandante sólo tiene acción para reclamar la rendición de cuentas, pero no para proceder ejecutivamente, pues es preciso ante todo precisar la cantidad líquida en que consiste la deuda. (Acuerdo del Tribunal Central de 13 de Septiembre de 1927.) 53.

GABRIEL MAÑUECO

Abogado del Estado.

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

(Continuación.)

- CARRIAZO (Juan de M.).—*Las ideas sociales de Juan Luis Vives.*
- CLEMENTE DE DIEGO (Felipe).—*Curso elemental de Derecho civil Español, Común y Foral.*—Tomo VII.—Derecho de familia.
- COOLIDGE (Calvino).—*El precio de la libertad.*
- GARCÍA OVIEDO (Carlos).—*El concepto moderno de la Expropiación forzosa por causa de utilidad pública.*—Memoria.
- *Instituciones de Derecho administrativo, con referencias a la Legislación y Jurisprudencia españolas.*—Introducción. Doctrina general.
- OSSORIO (Ángel).—*La justicia poder.*—Conferencias.
- PALACIOS MORINI (Leopoldo).—*Los mandatos internacionales de la Sociedad de Naciones.*—Discurso.
- RUIZ GIMÉNEZ (Joaquín).—*Caso interesante de Legislación catastral.*
- TUHR (Andrés V.).—*Parte general del Derecho civil.*
(De la Bibliografía General Española.)

* * *

Ideario Notarial.—El culto Notario de Santa María del Campo, D. Antonio Vázquez Campo, ha lanzado a la publicidad un libro interesante, como obra de juventud, en el que estudia las instituciones y organismos jurídicos, relacionado con el ejercicio de la profesión notarial.

Prescindiendo de las relaciones que llama internotariales y de los conceptos tradicionales rectificados por la evolución jurídico-social, abre brecha en las opiniones corrientes y sienta las bases del Notariado en armonía con una doctrina que le desplaza y con una orientación absorbente, que en nuestra patria, por lo menos, carece de justificación.

Analiza, comenta y en ocasiones refuta las teorías de diversos

autores, y expone ideas propias, de aplicación quizá poco meditada, a los problemas que plantea, desarrollados en temas que distribuye en las tres partes de que se compone el libro.

La primera parte del libro se titula *El Notario*, y en ella trata el autor las materias siguientes: 1.^º La teoría de los poderes del Estado; 2.^º El Poder legitimador; 3.^º El Registro jurídico; 4.^º El Notariado; 5.^º El contacto con la realidad social; 6.^º La labor directiva. 7.^º La labor modeladora; 8.^º La labor constatadora, y 9.^º Los cuatro puntos cardinales.

La segunda parte se titula *El Notario y el Registro de la Propiedad*, y estudia las siguientes: 1.^º Decaimiento de los nuevos sistemas del Registro inmobiliario; 2.^º Derrumbamiento del nuestro; 3.^º Hay que deshipotecar la legislación inmobiliaria; 4.^º La formación del Catastro, y 5.^º El Registro de los derechos inmobiliarios como sección del Registro jurídico.

La tercera parte se titula *El Notario y el Juez*, y está dedicada a las siguientes: 1.^º La función notarial y la judicial; 2.^º El Registro del estado civil; 3.^º La Jurisprudencia; 4.^º El concepto de la falsedad notarial, y 5.^º El bastanteo de poderes.

La enunciación de las materias indicadas evidencia la brillantez y el original atrevimiento del libro, que, si no levanta vivas réplicas, no será por falta de elegante acometividad. En él se consignan elocuente y briosalemente los anhelos iconoclastas del autor y las esperanzas que expresa en los métodos propuestos para el mayor perfeccionamiento y esplendor de la función notarial, que, a nuestro juicio, es, en España, perfectamente compatible con la institución del Registro inmobiliario.

LA REDACCIÓN.

LIBROS ALEMANES

KIPP (Theodor).—*Derecho hereditario*. (Del Tratado en colaboración con Ennecerus y Wolff.)—19.^a edición.—Marburg.

MITTEIS (Heinrich).—*Derecho de familia*. (De la Enciclopedia de Ciencias jurídicas y políticas.)—Berlín.—Springer.

WERNEBURG.—*El Derecho de superficie conforme al Derecho privado, a la Ordenanza industrial y al Código penal*.—Berlín.—Stilke.

- EGGER, ESCHER, HAAB y OSSER.—*Comentarios al Código civil suizo.*—Tomo 1.^o (por Egger): Introducción y Derecho de las personas.—Zurich.—Schulthess.
- FREUND (Heinrich).—*El Derecho civil en la R. Soviética.* (Leyes con explicaciones.)—I. Derecho de familia (Rusia, Ukrania y Rusia blanca.)—Mannheim.—Bensheimer.
- BARÓN DE SCHVERIN.—*Elementos de Derecho privado alemán.*—2.^a edición.—Berlín.—Gruyter.
- (Los rasgos capitales de la formación jurídica en esta materia, dibujados por uno de los más distinguidos historiadores del Derecho alemán, de la generación joven ; baste decir, en su elogio, que se le ha encargado de revisar la 2.^a edición del tomo 2.^o de la «Historia del Derecho alemán», debida al insigne Brunner, que ha aparecido en este año.)
- EHRENZWEIG.—*Sistema de Derecho privado austriaco.* (Séptima edición del Tratado de KRAYNZ, continuado por PFAFF.)—Derecho de obligaciones.—Viena.
- WARHANEK (Karl).—*Derecho hipotecario austriaco.* (Colección de disposiciones legales anotadas.)—Wien.—Imp. del Estado.

REVISTAS EXTRANJERAS

- SCHULTZ (Heinrich).—*La reforma del Código civil.* (Deutsche Juristen Zeitung, 33-1-47/51.)

(No solamente nuevas corrientes en las ideas, sino también progresos en la técnica, exigen, en opinión del autor, esta reforma ; debe abarcar no ya puntos especiales, sino la estructura de la obra, llegando incluso a la parte general. El autor enumera, a manera de índice, estas reformas : supresión de las diferencias entre enfermedad y debilidad mental para la erección del organismo tutelar ; eliminación de los conceptos de *causa de contrato* y *presuposición* en la doctrina sobre el error y sus consecuencias en el derecho de obligaciones ; renovación de los preceptos sobre personas sociales ; concordancia con el nuevo Derecho penal (sobre este tema publicó el mismo autor otro artículo) ; ampliación del concepto de *cosas* en el campo de los derechos reales, admitien-

do la nueva figura de la empresa industrial y otras, que hoy sólo figuran en el derecho de obligaciones ; admisión plena, como lo ha hecho la jurisprudencia austriaca, de la transferencia de los seguros ; planteamiento del registro de prendas mobiliarias, y otras muchas cuestiones relacionadas, principalmente, con el Derecho de familia y algunas con el hereditario.)

.Las anotaciones preventivas y la «buena fe» en el régimen de Registro alemán.

Una sentencia del Tribunal del Imperio ha sentado la doctrina, negada en el fallo de instancia impugnado, de que los preceptos sobre la fe pública del Registro y normal amparo de ella, alcanzan no sólo a las inscripciones, sino también a las anotaciones. (D. J. Z., 33-2-176/177.)

La doctrina expuesta, sin embargo, debe entenderse limitada a las inmediatas aplicaciones del artículo 893 del Código civil, según el recensor.

RAIDT.—*Los análisis de sangre en los procesos sobre investigación de la paternidad.* (D. J. Z., 33-3-232/34.)

(El autor da cuenta de un proceso criminal en Ellwangen (Alemania), donde, por primera vez en este país, se ha utilizado ese medio de prueba ; los resultados, hasta ahora, sólo permiten llegar a una conclusión negativa : que dos personas no son padre e hijo. Sobre tema análogo, un artículo de TRAUMANN, en *Zeits. f. Sexualwissenschaft*, 14-11, y otro de KÖSSLER, acerca de la fuerza probatoria de estos dictámenes médicos, en *Gerichtszeitung*, 79-5.)

BUTTEWG.—*¿Es suficiente, para constituir válidamente un derecho de prenda sobre objetos muebles conservados en un local cerrado, entregar la llave al acreedor, aunque ocultamente guarda otra el ducño de aquellos objetos?* (D. J. Z., 33-6-450.)

(La cuestión ocupa a los comentaristas (Plank, Staub-Könige, Staundinger) y a los tratadistas (Wolf-Ennecerus, entre otros). El autor de esta breve nota se decide por la solución afirmativa,

teniendo en cuenta que en el derecho acerca de los bienes muebles resulta decisivo el hecho de la posesión, públicamente constatado, y para tal efecto es suficiente la entrega de llaves, sin que obste para nada la circunstancia accesoria referida, como tampoco sería obstáculo el que el deudor, dolosamente, se procurase cualquier medio para poder abrir el local donde se guardasen los muebles pignorados.)

OERTMANN.—*La Jurisprudencia del Tribunal del Imperio en asuntos civiles.* (El tomo 117 de la Colección oficial.) (D. J. Z., 33-7-493/97.)

(Un gran número de sentencias sobre las complicadísimas cuestiones planteadas por las leyes sobre revalorización ; algunas alusiones a la parte general del Código civil, como la relativa al concepto de la forma necesaria para la validez del negocio jurídico, donde se insiste en que estos requisitos no pueden ser arbitrariamente sustituídos por las partes, y la que fija el concepto del mandato tácito, referido a actos de giro de letras, consentido y aprobado por el dueño de la explotación comercial ; en el campo de los derechos reales, se presenta un fallo que comprende, bajo el concepto de impensas necesarias, las realizadas con destino a una industria situada en la finca.)

CHRISTIAN.—*La modernización de los libros registrales* (D. J. Z., 33-8-586/589.)

(El autor, que pertenece al servicio de la Inspección judicial, propone la adopción de los métodos modernos comerciales en las Oficinas del Registro : libros de hojas sueltas, principalmente, porque con los libros actuales se pierde una enorme cantidad de horas, y toda vez que las máquinas para escribir sobre libros son costosas y poco prácticas.)

EBEL.—*La reforma de las leyes sobre inquilinatos.* (D. Woch. Archiv., 3-2-65-70.)

(Ha entrado en vigor desde 1.^º de Abril, y se refiere, sustancialmente, al procedimiento para lograr el desahucio ; en una

-forma amistosa, mediante anuncio al arrendador, no seguido de protesta formal del inquilino, durante dos semanas; judicialmente, -cuando se formula oposición. Sus trámites son breves. Como, entre nosotros, el desahucio por falta de pago tiene otro régimen, más próximo al Derecho común.)

. La cuestión de los aranceles judiciales y notariales en Alemania.

El Ministro de Justicia del Imperio, en la sesión del Reichstag fecha 25 de Enero de este año, invitó a los países para llegar a una igualación en cuanto a esos aranceles, y presentó, al efecto, un proyecto de ley. Cuatro días después tuvo lugar en Berlín una Asamblea, a la que asistieron representantes de Asociaciones interesadas, y han publicado un folleto, repartido profusamente, formulando observaciones a la propuesta y pidiendo, ante todo, que no se resuelva ligeramente cuestión tan delicada. Otra propuesta de reforma del Arancel prusiano, relativa a admitir los convenios particulares con los clientes, ha sido ya desechada. (Véase en *Zeit. des deutschen Notarvereins*, 28-3-129/131, una nota, suscrita por el insigne tratadista de Derecho hipotecario y notarial, el Notario OBERNECK, que fué también uno de los redactores del folleto antes aludido.)

. SZKOLNY (Félix).—Las inscripciones defectuosas en el Registro y su influencia en la responsabilidad del Notario. (Zeit. des deut. Notarvereins, 28-2-74/81.)

(El autor, después de distinguir inscripciones prohibidas y simplemente incorrectas (de aquéllas, las que admiten en el ámbito registral derechos no reales, como los derivados del arrendamiento, y de éstos, pactos como el de no enajenar, accesorio de una hipoteca), llega a la conclusión de que la responsabilidad del Notario no puede aducirse como una regla general, sino determinarse en cada caso, según la fe pública del Registro, que en ocasiones dará lugar a un resarcimiento por parte del Notario negligente, pero que en otras determinará que la indemnización sea pagada por el Estado.)

BÖHM.—Aseguramiento de los créditos concedidos por estableci-

mientos bancarios mediante hipoteca. (Z. d. deut. Notarvereins, 28-3-133/36.)

(El autor se propone demostrar que una hipoteca corriente, mediante un pacto especial, puede llenar el mismo cometido que la llamada «hipoteca de máximum», y que ésta es también la orientación señalada por la Jurisprudencia.)

DEMELIUS.—*Retroceso de puesto en las inscripciones registrales.* (Gerichtszeitung, 79-5.)

SCHWAMM.—*La legislación sobre el Registro de prendas en Rumania.* (Gesetzgebung und Rechtspraxis des Auslandes, 4-4.)

VON PAP.—*Derecho hipotecario en Hungría.* (Internationales Anwalsblatt, 14 Marzo-Abril 1928.)

SMITTMANN.—*La cuestión de la vivienda como problema social.* (Deutsche Wohnungs Archiv., 3-1-1/7.)

GÜNTHER.—*Ojeada sobre la Jurisprudencia en materias relacionadas con la legislación especial de inquilinatos durante el año 1927.* (Ibíd., p. 14-20; 3-2, p. 79-82, y 3-3, p. 124-128.)

WEISS (Egon).—*Ojeada sobre la jurisprudencia civil en Checoslovaquia durante el año 1927.* (Ostrecht Zeitschrift für...) Año II. N. 1.

ASCOLI.—*El régimen fiscal de la venta con reserva de propiedad.* (Rivista di diritto civile, 19-6.)

LOEWENFELD.—*La protección de la propiedad privada en el Derecho internacional de la post-guerra.* (D. J. Z., 33-8-651/64.)

KOCH (G.).—*La legislación de Estonia en los años 1918-1926.* (Riga sche Zeits f. Rechtswissenschaft, 2-2.)

PLUMAYER.—*Condena a la cancelación de una hipoteca, pagando la deuda garantizada.* (Deutsche Richterzeitung, 20-3.)

VIDAL.—*La reforma en proyecto de la ley sobre Inquilinatos.* (Einnigungsamt und Mietschöffengericht, 7-12.)

WERNEBURG.—*El arrendamiento hereditario y su investidura.* (Das Grundeigentum, 47-1 y 2.)

KLEBE.—*Jurisprudencia hipotecaria alemana del año 1927.* (Sparkasse, 48-1 y 2.)

ENGELMANN.—*El Derecho civil en China.* (Varios artículos en Zeits. f. vergleichen de Rechtswissenschaft. Tomo 43.)

- VOSSEN.—*La ley francesa de 30 de Junio de 1927 sobre arrendamientos de locales para habitación, comercio o industria.* (*Die Grundstückswarte*, 3-5.)
- LIEDERMANN.—*La separación entre la prenda del fundo y la de los frutos, según el artículo 1.371 del Código civil (alemán) y su eliminación mediante las prohibiciones de enajenar.* (*Gerichtszeitung*, 78-22.)
- DISPEKER.—*Sobre la cuestión de la reserva de rango.* (*Deutsche Hausbesitzerzeitung*, 34-49.)
- MÜNZEL.—*Reserva de rango por el propietario y su pública del Registro.* (*Juristische Rundschau*, 1928. N. 1.)
- FUX.—*Sobre derechos reales.* A propósito del proyecto de Código civil para Checoeslovaquia. (*Juristen Zeit. f. d. Gobiet d. Tschechoslowak. Republik*, 9 1/2.)
- SRB.—*Trabajos preliminares para el Código civil de Checoeslovaquia.* (*The Journal of comparative legislation and int. Law.*, 9-4.)
- TIMASCHEW.—*Propiedad del Estado y propiedad privada en la Rusia de los Soviets.* (*Archiv f. d. civilist. Praxis*, 8-1.)
- MENZEL.—*La formación de los juristas en la R. Soviética.* (Ibidem.)
- CAMMERER.—*La reserva absoluta de rango en las hipotecas: tendencias contrarias.* (*Zeitsch. f. Rechtspflege in Bayern*, 23-23.)
- GÜNTHER.—*Notas para una legislación sobre inquilinatos.* (*Der Grundeigentum*, 46-48.)
- BORDWELL.—*Las reformas en el régimen de la propiedad inmobiliaria inglesa y su interés para América.* (*Yale Law Journal*, 37 y 38.)
- BRUCK.—*Un efecto especial de la anotación indicando orden de preferencia en las hipotecas.* (*Notariatszeitung. Wien.*, 69-11.)

ROMÁN RIAZA.