

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

Año IV

Marzo de 1928

Núm. 39

El requisito de la viabilidad del nacido en el Código civil

IV.—LA VIABILIDAD EN EL DERECHO BÁRBARO (a).

Casi todos los autores modernos aseguran (1) que el origen de la exigencia del requisito de la viabilidad se encuentra en el Derecho bárbaro.

El antiguo Derecho germánico exigía que viviera diez días el recién nacido para considerarlo persona; la ley Vestrogótica pedía que el niño fuese bautizado; la Alemánica, que la criatura viviese una hora después de abrir los ojos.

Basta la reseña expuesta, para comprender que el Derecho bárbaro no se conformaba con el parto y la vida, pues si discutible sería la exigencia del bautismo de la ley Vestrogótica, no pueden serlo las circunstancias requeridas por las otras leyes citadas. La hora, bajo el pueril pretexto de que la criatura viese (2) el cielo y las paredes de su casa, el plazo de diez días, significan un período de tiempo que, al ser vivido, implica la aptitud para poder continuar la vida extrauterina.

Es, pues, el concepto amplio de la viabilidad el exigido por el Derecho bárbaro: la viabilidad impropia, en la que se encuentra contenida la viabilidad propia.

La influencia del criterio bárbaro en punto a viabilidad, fué decisiva sobre el Derecho feudal, sobre el Derecho canónico, a

(a) V. el número anterior de esta REVISTA.

(1) Ferrara: Ob. cap. cit.

(2) Isnardi: Ob. cit., págs. 53 y sigs.

pesar de su apego al Derecho romano, y ocasiona en Francia la revisión crítica del concepto que de la viabilidad, apoyada en tales interpretaciones de textos romanos, forjaron los compiladores.

El Derecho italiano acepta casi textualmente la obra de los compiladores, pero su interpretación es idéntica a la elaborada en Francia por los autores que siguieron las inspiraciones del Derecho bárbaro.

La jurisprudencia francesa revela también la influencia del Derecho bárbaro. Así, el Parlamento de Burdeos, recordado por Ferrare (1), siente la constante exigencia del requisito de la viabilidad.

Dicho lo que antecede como precedente inexcusable, veamos la influencia que en la elaboración del concepto de viabilidad tienen la falsa interpretación de los textos romanos y los principios del Derecho bárbaro, que, por lo que se refiere a nuestra patria, ostenta su más rancia representación en el Fuero Juzgo.

V.—LA COMPILACIÓN FRANCESA Y LA VIABILIDAD.

Ya queda dicho que el requisito de la viabilidad, considerado como exigencia del Derecho romano, fué idea dominante entre los jurisconsultos del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX. Tal tendencia había de repercutir, con lamentables consecuencias, en las obras de éstos y en las compilaciones que bajo su dirección se formaron.

Siguiendo un orden lógico, es punto de partida obligado la Compilación francesa, por dos razones fundamentales: Se inspiraron sus autores en el Derecho romano, y no en vano de su veneno se nutrieron en gran parte las legislaciones de países que, como España e Italia, afrontan sin intermitencias el grave problema de la viabilidad.

Parece natural que los jurisconsultos franceses, al tratar de compilar su Derecho, hubiesen dedicado uno de los primeros lugares, quizá en la parte general, al problema de la viabilidad; pero, lejos de cumplir esta exigencia de la técnica, esperan al mo-

(1) Ob. y cap. cit.

mento de la legitimación para explicar el falso concepto que de aquella institución atribuían al Derecho romano y las oportunidades que les brindaban los capítulos relativos a donación y sucesiones, para hacer una mera referencia a aquel término, en algunos momentos dándole conceptualización contrapuesta al significado concedido en el capítulo de paternidad y filiación.

¿Qué significa la viabilidad para la Compilación francesa? (1). Trouchet contesta en forma categórica: La intención del proyecto es considerar viable al niño que ha nacido a término. Estas palabras de Trouchet son de una singular importancia; contra ellas no pueden las argumentaciones de autores que, como Marcadé, Demolombe, Laurent, etc., pretenden dar una distinta interpretación a la intención de los compiladores. Las palabras de Trouchet significan el reconocimiento de la tesis que defendiera Wachter, es decir, que Trouchet, en representación de la Comisión compiladora, contestaba a Napoleón resolviendo el problema, al igual que, según ellos, hizo el Derecho romano, o sea con el concepto de viabilidad en el llamado sentido propio: el nacido vivo de una gestación a término. Y claro es que tal solución en labios de los compiladores, planteaba la interminable serie de problemas, y aun más que los ocurridos en tema de legitimación del Derecho romano, operándose la confusión de instituciones: legitimación y viabilidad, que tanto critican desfavorablemente los autores modernos (2).

¿Qué se entiende, según los compiladores, por nacido a término? Otra vez nos responde Trouchet en las sesiones del Consejo de Estado: Los naturalistas exigen un plazo mínimo de siete meses, y quien nace antes no puede ser desconocido por el padre. Vuelve con esta segunda contestación un eco hipocrático; el maleficio de los itálicos aun sigue en vigor, y con él, la legislación romana que los reconoció a pesar de las enormes dudas que su falta de precisión ofrecía. Pero era necesario pensar en la posibilidad de que pudiese sobrevivir al nacimiento un niño que viniera antes del plazo de ciento ochenta y seis días, que se fijó en el pro-

(1) Locre: *Legislación civil común y criminal*.

(2) Pacifici-Mazzoni: *Istituzioni de Diritto Civile Italiano* Florencia, año 1914; 5.^a edic. Cap. I, tit. II, págs. 30 y sigs.

yecto como término normal, y Boulay busca remedio en defensa del padre, como antes lo hiciera, aunque por conducto distinto, la legislación romana, proponiendo que si el niño nace antes de los ciento ochenta y seis días consecutivos al del matrimonio, y vive diez días después de separado del seno materno, puede ser desconocido por el padre. Razones de moral o desconfianza en la justicia que administraban los Tribunales, decidieron al Consejo de Estado a formular un texto por el que se autorizaba al supuesto padre el ejercicio de acciones de desconocimiento del niño que nacía antes de los ciento ochenta y seis días siguientes al de su matrimonio. Este texto pasa con el número tres a la segunda redacción del Proyecto de compilación, abriéndose amplia discusión sobre el mismo tema al incluirle en el tercer Proyecto que presentó Rigot Prèameneu, sin que las razones aducidas nuevamente por los impugnadores hicieran rectificar su redacción. No obstante, en la discusión previa a la definitiva redacción del Código de Napoleón, pasa a constituir el artículo 314, expresándose así: El niño nacido antes de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, no podrá ser desconocido por el padre en los casos siguientes... 3.º Si el niño no ha sido declarado viable. A pesar de la crítica hecha a este precepto, contraponiéndose que deja un dilema para la madre entre su honor y la comisión de un delito o la ingeniosa teoría del descuido involuntario, para, produciendo la muerte del niño antes de los diez días, mostrar a la sociedad que fué concebido en tiempo. El citado texto pasó íntegro al Código de Napoleón en su Título VII.

Por lo que se refiere a sucesiones, la L. 3 C. de *post hered inst.* «si vivus perfecte natus est», expresa en opinión de los compiladores por boca de Chabot (De L'Allier), que el recién nacido era producto de una gestación a término, viabilidad propia, e igual interpretación les merece la L. 2 del mismo título, y la L. 3 de *suis et legit hered.* Y aun cometieron nuevas omisiones en sucesión testada e intestada y en materia de donación al olvidarse dar el concepto de qué entendían por sér no vital.

Como complemento de esta reseña, citemos a Pothier en su Pandectarum recordado por Isnardi, que, interpretando la L. 2. C. de *post inst.*, dice: «El nacimiento de un póstumo no rompe el testamento no siendo perfecto», añadiendo que se entiende por

nacimiento perfecto el del hijo que ha nacido vivo entre el número de meses requerido para un parto perfecto. Y con referencia a la L. 2, § 9, D. de *suis et leg. hered.*, añade: «Aquel que estaba en el útero no es admitido a la herencia, sino cuando a continuación haya nacido y además haya nacido en el término legal.» Y en su trabajo sobre Sucesiones, vuelve a afirmar: «Es necesario, para tener la capacidad de suceder, haber nacido a término.» Por lo demás, para esto basta nacer en el séptimo mes, según la Constitución de Antonino Pío y la opinión de Hipócrates. Tal era el ambiente en que se desenvolvía la Compilación.

Con lo dicho, queda hecho un suficiente acopio de muestras sintomáticas de la falaz interpretación de los textos romanos.

Una crítica-resumen de lo dicho, puede ofrecernos las siguientes conclusiones:

A) Se habla de viabilidad en confusión con otros temas: legitimación, donación, sucesión testada e intestada. El método empleado por los jurisconsultos romanos, aligeró a los compiladores franceses de la carga que supone reflexionar unos instantes sobre lo que es elemental previsión exegética.

B) Se concibe la viabilidad en su sentido propio, como nacimiento a término, imposibilitándose para estructurar un concepto más extensivo y necesario de dicha institución, sin que valga contra esta afirmación, que es la de Trouchet, las formas retóricas de un Bigot Prèameneu al decir que sería viable el niño que está en condiciones de proseguir la senda de la vida, o la expresión de Chabot refiriéndose al no vital: «El que nace para morir», o Duveyrier, exigiendo que el niño nazca provisto de todas las facultades de la vida. Se observa en todas estas expresiones la superación de forma, o la nota patética que se adecúa a momentos como aquél en que se discute sobre el amor materno y su honor, en lucha, bajo el imperativo mandato de un texto legal. Pero no tendrán fuerza para convencer que la intención del Proyecto de Compilación nos quisiese dar con el término viable la significación de los dos sentidos en que se estudia: propia e impropia.

Ya lo decía, sin ningún género de ambages, Trouchet, a requerimientos del primer Cónsul en el Consejo de Estado: es viable el que ha nacido a término.

C) Confunden, como en Derecho romano se hizo, los proble-

mas de legitimación y viabilidad, y en esta confusión llegan los compiladores a extravíos injustificados: Interpretan mal y olvidan la significación de la L. 5 D. de *in ius voce*, y aun más 'a L. 12 D. de *statu hom.*

Recordemos que el primero de estos textos era la afirmación de la máxima «*pater is est quem demonstrant*», y que ante tal vaguedad, el legislador romano, arrepentido de las enormes consecuencias que en el orden moral y sucesorio podía traer la imputación al padre de todos los hijos que diera a luz su mujer, puso un límite en la L. 12 D. *statu hom.*, prescribiendo que el marido es considerado padre de los hijos que diera a luz su mujer en el séptimo mes de matrimonio, y esta disposición, que conformaba con los datos suministrados por la ciencia médica, y que se proponía en forma eficaz, alentada por un doble interés, el del padre y el de la moral social, se traduce por los compiladores en forma ineficaz, como precepto muerto, al decir que no podrá ser desconocido por el padre el niño que nazca antes del plazo legal de los ciento ochenta y dos días después de la celebración del matrimonio. ¿Qué interés anima el derecho concedido al padre? ¿Necesita alimentos quien nace en tales condiciones? ¿Hereda el hijo al padre estando éste vivo, o, caso de haber muerto, le impide a sus herederos ejercitar las acciones de ilegitimidad?

D) En materia de sucesiones, el cuadro es verdaderamente desolador. Chabot de L'Allier, el que había dado interpretaciones equivocadas a la L. 3 C. de *post hered iust.*, a la L. 2 del mismo título y a la L. 3 de *suis et legit hered.*, decía pomposamente en una sesión legislativa pro-Compilación (1): «Hay una regla general en dicha materia, por la que es necesario existir para tener la capacidad de suceder; de aquí la consecuencia de que es incapaz de suceder aquel que no ha nacido vital. Cuando el infante no ha nacido vital, se reputa no haber vivido nunca con relación a la sucesión; en este caso, es igual que el infante haya muerto o que nazca para morir.»

Conforme a estos fundamentos parece que quiere interpretarse la Compilación, pero ¿qué es nacer para morir? Trozo altisonante de Chabot, que bien pudiéramos aplicar a un octogenario;

(1) Isnardi: Ob. cit., pág. 62.

¿Qué plazo de vida tiene quien nace para morir? ¿Qué signos acreditan la vida verdad? ¿Qué consecuencias jurídicas trae la muerte del niño, según el momento en que se produzca? ¿Es vida la convulsión refleja del feto que acaba de desprenderse del seno materno? ¿Qué se dice acerca de la muerte del recién nacido, ocasionada por defectos orgánicos o por trastornos funcionales consecutivos a ausencias o deformación de órganos esenciales de la vida?

Dentro de la *Compilación* no puede contestarse a estas preguntas. Los compiladores no supieron resolver los problemas de la viabilidad, y es natural que así sucediera.

Los jurisconsultos romanos no la exigieron, y la ausencia de tal instituto originó dificultades; los compiladores franceses, en tema de romanistas convencidos, crearon de tal requisito un verdadero «abortus» de lo que en buena técnica debió ser una «aptitud» para la vida extrauterina y una expectativa para llegar a ser hombre en la vida de relación.

La postura de los compiladores franceses con referencia a la viabilidad, origina una gran escisión entre los jurisconsultos. De una parte, sustentan la opinión de los compiladores, Troplop, Chabot, Frenier, Aubry, Rau, etc. En contra de esta tendencia, atribuyendo a la *Compilación* que la viabilidad por ella exigida era la impropia, se hallan civilistas de autoridad, como Demolombe, Mourlon Laurent, etc.

Esta segunda tendencia siguiendo la inspiración germánica, hace una falsa imputación a los compiladores, pero tiene la virtud de ir elaborando la buena doctrina que en su justo fundamento llevaba el éxito.

La nueva doctrina expuesta por Demolombe se concretó a una fórmula ya reseñada: es incoherente que el legislador considere no vital a la criatura nacida viva, pero incapaz de seguir viviendo por prematura, y no de igual tratamiento a aquella que ha nacido viva después de una gestación normal, pero afectada de vicios orgánicos que irremediablemente la llevan a la muerte.

La influencia del Derecho bárbaro triunfó en Francia. Códigos

e intérpretes siguieron sus huellas. Autores juristas del momento actual, como Planiol (1), siguen definiendo la viabilidad como «aptitud para vivir, *vitae habilis*», y Capitant (2), dice: «Cuando nace con los órganos necesarios para la vida, cuando está de tal suerte conformado que puede vivir.» El Código francés vigente se manifiesta, según dijimos, en idéntico sentido.

Italia, en sus Códigos y jurisprudencias, sigue las huellas del Derecho francés, pero del Derecho francés perfeccionado por la revisión que inicia Demolombe. Como única excepción de la doctrina italiana, merece citarse a Pacifici y Mazzoni y Serafini, que sigue el cauce de los compiladores concibiendo sólo la viabilidad propia.

La influencia bárbara sigue rigiendo entre los autores italianos modernos. Así, Ferrara (3): «es la aptitud para seguir viviendo, cuando esta aptitud falta, bien por parto prematuro, bien por defecto orgánico esencial, la viabilidad no existe»; Chironi y Abella (4): «que sea de conformación capaz de vida independiente»; Barassi (5): «la criatura provista de una integridad orgánica que le permita continuar la vida», y Dussi (6): «el que no contenga deficiencia de órganos esenciales a la vida». En igual sentido se manifiesta el Código civil vigente en Italia, según tenemos indicado.

VI.—LA VIABILIDAD EN NUESTRO DERECHO HISTÓRICO.

El Fuero Juzgo, representación genuina del Derecho bárbaro, nos brinda la exigencia de la viabilidad. Su influencia fué decisiva en el ulterior desarrollo del Derecho español. Hoy mismo, en nuestro Código civil vigente, retoña la savia del Código godo.

En efecto: las leyes 18 y 19, título 2.º libro IV del Fuero Juzgo dicen, respectivamente: «Establecermos que aquél que nasse non

(1) Planiot: *Traité de Droit Civil*, pág. 145, t. I.

(2) Capitant: *Introduction a l'étude du Droit Civil*, 4.ª édit., pág. 138.

(3) Ob. cit.

(4) *Trattato di Diritto Civile Italiano*. Porte prai., pág. 175.

(5) *Instituzioni di Diritto Civile*.

(6) *Instituzioni di Diritto Civile*.

debe aver la buena de los padres, fueras si despues que fue nascido recibiere baptismo e vizquiere X días» (1); «el padre muerto si el fijo o la fija *visquieren* diez días o más o menos, o fuera baptizado quanto que pertenecía de la buena del padre todo lo deve aver la madre» (2).

En tales preceptos, el requisito de la viabilidad existe, y se exige señalando plazos de vida complementados por el bautismo. Se ha dicho que los citados textos sufrieron alteración al ser traducidos al castellano, pero, hasta el presente, tai modificación no está suficientemente acreditada, al par que—como dice Gutiérrez—esta cuestión no nos pertenece, y que el hecho es que tales textos existen (3).

(1) Ley 18: La cosa que es dubdosa, si non fuere de partida por razón muchas veces cae en yerro. Ca muchos omnes suelen contender, si el ninno que es nascido e muere ayna, si puede aver la buena del padre. E a esta entención queremos nos poner tal término. La razón de natura tal es, que aquel que nasce non puede prender ninguna cosa ante que si mismo, que es fecho de tiniebras. Doneas ¿en qual manera puede prender heredad sobre la tierra qui non puede prender el empezamiento de la luz de este mundo? ¿Equi non puede usar de los elementos de los cuales era fecho, ¿cuemo podrá aver las cosas que no dexaron ver, e cuemo aora partida de las cosas de este mundo en su muerte, que lo deciera aver si vis quies, e cuemo será contado en os bivos al cual fué más allegada la muerte que la vida?, e asi en medio de la luz es luego muerto y es entrado en las tiniebras. E porque los padres suelen aver la buena de tal fijo, a que la vida del innoro sea tal que cuemo puede aver la vida celestial así aya la vida terrenal; establecemos que aquel que nasce non deve aver la buena de los padres fueras si despues que fuere nascido recibiere baptismo e vizquiere x días, que tal omne que cubdicia ganar la buena del padre de la madre por este nimno, se esfuerce este de ganarle ante la vida celestial por el baptismo; e asi aquel que finca despues del, aya la buena. E quando el nimno a la tierra por heredad e las cosas celestiales que son apareiadas, sus herederos ayan los terrenales, y este gane las cosas que defallen. E que si el muerto non puede usar las cosas terrenales, derecho es que si el que non, que pueda ganar las cosas celestiales.

(2) Ley 19 dice: Cuemo deven los padres ganar la heredad de los ninos. El padre muerto el fiio o la fiia visquieren diez dias, o más o menos e fuere baptizado, quanto quel pertenisís de la buena del padre todo lo deve aver la madre, e si la madre muriese, otro si el padre non puede aver la buena que avis aver del fiio o de la fiia de parte de la madre fueras si mostrare que el fiio o la fiia visquio diez dias o más o menos e fué baptizado.

(3) Gutiérrez, en su obra *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español*.

Los textos del Fuero Juzgo en materia de viabilidad incitan a plantear algunos problemas: ¿Qué causas motivaron entre los bárbaros la exigencia de la viabilidad? Para contestar a esta pregunta, precisa, a nuestro entender, enfocar el campo del Derecho público. La intervención de la autoridad al objeto de conservar las buenas costumbres del pueblo germano, tan alabadas por Tácito, es un hecho constante en el desarrollo de la vida social bárbara, y claro es que tal requisito de la viabilidad, como premisa esencial en problemas de legitimación, donaciones, sucesiones, etcétera, había de ser declarado y regulado en sus cuerpos de leyes.

¿La ley 18 merece una crítica favorable? Sea cualesquiera el concepto que tengamos de la viabilidad, hemos de reconocer que el legislador godo tuvo el acierto de llevar a la ley lo que corrientemente ya se conocía y comprendía, o sea la necesidad de tener en cuenta la actitud para la vida extrauterina del recién nacido, al objeto de reconocerle personalidad. De forma, que pidió el hecho físico del parto, o sea el desprendimiento completo de la criatura del seno de su madre, estableció el plazo de diez días de vida para considerarle viable, y por último, exigió el bautismo.

Un examen detenido de las exigencias de esta ley, nos lleva a una crítica favorable. Quienes le miren a través del concepto que actualmente vamos construyendo de la viabilidad, podrían objetar al plazo de diez días, a su fundamento, o sea al ánimo de tenencia que puerilmente le atribuye el legislador godo al niño antes y después de los diez días, y una confusión exacerbada de conceptos celestiales y terrenos. Para quien no caiga en anacronismo, la ley 18 significa un avance serio en la construcción de la viabilidad. Por primera vez, se exige en la legislación patria, bajo condición de diez días de vida a partir del hecho del nacimiento, y como complemento esencial, el requisito del bautismo. El plazo de diez días señalado indica con claridad que con él se buscaba la actitud para la vida extrauterina del recién nacido, sin distinguo de inmadurez de parto o defectos orgánicos esenciales. Fué el plazo señalado una concreción legal, basado seguramente en una creencia producto de la observación, o regla fija dada por el legislador para evitar incertidumbres. Sea uno u otro el fundamento, merece la consideración de los estudiosos, aunque sólo fuera por el influjo que ha ejercido en el Derecho nacional, pues con pequeñas mo-

dificaciones, el plazo es exigido, con la salvedad del Fuero Real y las Partidas, en todos los cuerpos legales que han regido incluso es preceptivo en el artículo 30 del Código civil vigente.

Preocupaciones de la época y una decisiva influencia religiosa, sirven de fundamento al plazo y reclaman el bautismo. Por último, debe encontrarse natural la confusión de expresiones celestiales y terrenas en aquella legislación, ya que el origen de la personalidad tiene en su contenido algo de divino y mucho de humano.

¿Merece igual crítica favorable la ley 19? Indudablemente, no. La regla fija que nos había dado la ley 18, de los diez días de vida para la existencia de la viabilidad, desapareció bajo la expresión «más o menos» que usa la ley 19 que comentamos. Y como no señaló plazos mínimo y máximo, la incertidumbre surgió, como surge siempre que el legislador abandona a los intérpretes lo que puede ser tasado en la ley. ¿Sería la rectificación de un exceso de reglamentación que supone la ley 18? No lo creemos, atendido que más lógico y posible hubiese sido una nueva redacción de la ley 18, pues tratándose de leyes redactadas en una misma época, los avances de la Medicina y del Derecho en el tiempo que medió entre la redacción de una y otra no pudieron hacer cambiar el pensamiento del legislador. El natural temor a encerrar en límites fijos lo que por naturaleza es desconocido, tal vez hiciera al legislador buscar una fórmula más útil, olvidándose de las palabras de la ley 18 y del objeto bondadoso que perseguía.

EL FUERO REAL.

La ley 3.^a, título 6.^o, libro III del Fuero Real (1), se preocupa del origen de la personalidad.

Comparando este texto con los ya dichos del Fuero Juzgo, se

(1) Como deben ser excriptos los bienes del difunto quando la muguer quedare preñada, o no hubiere otros fijos del marido.

Si el que muriere dexare su muger preñada, e no hoviere otros fijos, los parientes más propinquos del muerto en uno con la muguer escriban los bienes del muerto ante el alcante; e tengalos la muguer e si despues naciere fijo o hija, e fuere baptizado haya todos los bienes del padre: e porque no se pueda facer engaño en la nascencia del fijo o de la hija al alcalde con los

notan diferencias notables: el Fuero Real sólo exige los requisitos de nacer, nacer con vida y ser bautizado, sin señalar, por consecuencia, plazo alguno que acredite la viabilidad. Pacheco (1) critica favorablemente la decisión del Fuero Real no exigiendo plazo, y Gutiérrez dice (2) que tratándose de un Código basado en el Fuero Juzgo, parece presumible que siguiera rigiendo el plazo señalado por éste, aunque después se rectifica afirmando que un comentarista explica el espíritu de una ley, pero no puede ponerle apéndice. Reflexionando sobre esta cuestión, nos parece exagerada la postura de Gutiérrez. No significa ponerle apéndice a una ley investigar si una laguna que su redacción deja, puede ser llenada por otra anterior disposición, cuya vigencia sea dudosa, mucho más obligado el comentarista en el presente caso, puesto que, como veremos en seguida, es posible que de la vigencia o no del citado plazo penda resolver sobre si el Fuero Real exigió o no el requisito de la viabilidad.

El hecho no interrumpido de haber exigido un plazo de vida más o menos largo nuestros cuerpos legales, con excepción de las Partidas (representación genuina del Derecho romano), hace presumir que el factor tiempo de vida extrauterina seguía exigiéndose a pesar de silenciarlo la ley 3.^a del Fuero Real. No olvidemos tampoco que el precedente señalado por el Fuero Juzgo era muy reciente; que el Fuero Real se inspiró en aquel cuerpo legal, y que en el tiempo que medió entre la publicación de uno y otro, la evolución de la ciencia médica no fué capaz de producir el cambio. Indirectamente, la exigencia del bautismo prueba que la criatura para ser persona había de vivir algún tiempo fuera del seno materno.

En contraposición a estas conjeturas, surgen motivos de conparientes sobredichos pongan dos mugueres buenas, al menos que estén delante de la nascencia con lumbre; y no entre otra muguer a aquella hora fuera aquella que la hobiese a servir a la parición: y esta sea bien cargada, que no pueda facer engaño: e si la cruatura muriere antes de ser baptizada, hereden su buena los parientes más propinquos del padre, e no de la madre e si despues que fuere baptizada muriere heredelo la madre.

(1) Francisco Pacheco, tomo primero de su *Comentario Histórico, Crítico y Jurídico a las leyes de Toro*, págs. 203 y sigs.

(2) *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, por el Dr. D. Benito Gutiérrez, T. II, pág. 160 y sigs. Madrid, 1868.

sideración: el texto de la ley 3.^a, que comentamos, no se refiere a plazos, y si hubiere querido exigirlos muchos más, si les consideraba requisito esencial, les hubiera exigido expresamente; el supuesto lógico de que era la ley 3.^a la única vigente en la materia después de la publicación del Fuero Real; que si bien la ciencia médica en su desenvolvimiento no estimuló el cambio de parecer, la Religión, cada día ejerciendo mayor influencia, hizo que el legislador sólo se preocupase de salvar el alma, imprimiendo carácter a quien ante el Derecho quisiera suponersele instrumento transmisor de patrimonios, y, en definitiva, que no definiéndose el concepto de vida y señalándose los signos de la misma, podía pasar por vivo el que nació muerto. Con relación a este último punto, no debemos olvidar que en todo tiempo, los movimientos mecánicos pueden darse en el cuerpo del hijo muerto y que esto sería suficiente para el conocido bautismo de socorro, sin que pudiera tener eficacia la prueba pedida por la ley 3.^a, pues con plena conciencia, las recatadas mujeres que fueron testigos del parto dirían que con el auxilio de la luz del día (ya que es necesario suponer que algunas mujeres parieran de día), o con el de la lumbre, vieron moverse a la criatura y que en tal acto se le administró el bautismo. Confirmando lo que dejamos dicho, recogemos de Pacheco la opinión de que se ve, con arreglo a este Código, que aun la vida instantánea era suficiente con tal de que la santificara el bautismo.

No podía aquella sociedad consentir que fuera heredero de un cristiano otro que no lo era (1). Y así, la preocupación religiosa o social hacen que el legislador olvide otros detalles que se elevan a la categoría de condiciones sustantivas en cuanto al requisito de la viabilidad se refiere.

De lo expuesto, tomando un temperamento de imparcialidad, hay que concluir que el Fuero Real, en su ley 3.^a citada, deja dudas acerca de si exigió o no el requisito de la viabilidad, siendo lo más seguro opinar por la negativa.

BLAS PÉREZ GONZÁLEZ.

Doctor en Derecho.

(Se continuará.)

(1) Llamas Molina: *Comentario Crítico Jurídico literal a las leyes d' Toro*. Segunda edición. Madrid, 1852, págs. 127 y sigs.

Las construcciones del usufructuario en el fundo que goza

El artículo 487 de nuestro Código civil, de contenido incierto, aparece sin una explicación razonable de su existencia, en contradicción con el artículo 1.368 del mismo Código, con olvido de la dinámica del usufructo y sin enlace con la verdadera técnica de la accesión a la propiedad. De sus similares, 599 francés y 495 italiano, pese a sus diferencias de expresión literal, puede decirse otro tanto.

Oigamos a Gary, el orador del Tribunal: «La equidad, parece por de pronto oponerse a que el propietario aproveche a costa del usufructuario de la mejora evidente de su cosa; pero cuando se considera que el usufructuario mismo ha recogido el fruto, que esta mejora no es, de otra parte, a los ojos de la Ley, que el resultado natural de un goce *eclairée* y de una administración prudente y vigilante; cuando se piensa, en fin, en los litigios infinitos que lleva en su nacimiento la disposición que os es sometida, no se puede rehusar su asentimiento.» Si, pues, debido a su desagrado o utilidad es que el usufructuario hace lo que un buen padre de familia habría hecho en su lugar, sobre ello no puede ampararse una obligación de indemnizar por parte del propietario, es que no hay aquí más que la presunción romana *donasse videtur*. Pothier y Domat reproducen la doctrina romana sobre gastos hechos por el poseedor de mala fe y se presume lo que está en evidente oposición con la intención del poseedor; esto es: que el usufructuario quiera beneficiar, gratificar al propietario.

Siguieron al Derecho Romano y a Pothier, entre otros, Tullier, Proud'hon, Bonnier et Roustain; para todos ellos el derecho de accesión hacía propietario al nudo propietario y no había derecho a indemnización.

Hoy Baudry-Lacantinerie (1) aun refuerza a los partidarios del «donasse videtur», el principio estaba justificado—afirma—por el Derecho Romano, en que el poseedor de mala fe no podía usucapir nunca, pero hoy no ocurre esto, y, por tanto, esa presunción sería infundada; en cambio, la justifica en el usufructuario, su posesión no es «animo domini», su título implica reconocimiento del derecho del propietario y da por cierto el que se presume que sus construcciones las hace para gozarlas durante el usufructo, para abandonarlas más tarde al propietario.

Pero la mayoría de los autores no siguen esta dirección: Planiol afirma (2) que si antes era lógica la solución de la máxima, hoy la autoridad del Derecho Romano debe ser descartada y pide equiparar al usufructuario con el poseedor de mala fe, al cual ya no se le niega la indemnización por el propietario.

Marcadé califica de falso e inícuo el principio de una pretendida donación que no está ciertamente en el pensamiento del constructor; Demolombe lo califica como «una suposición evidentemente falsa y contraria, tanto a la verdad, como a la equidad»; Laurent, en igual sentido; Dumoulin, decía más moderadamente: «Imo constat de contrario quod non vult donare, sed potius alienum usurpare.»

Y es que el «donasse videtur» no estaba en el texto y sólo fué obra de los intérpretes. Aquél sólo habla de la punición merecida por la culpa de haber construido sobre el suelo que el constructor sabía no le pertenecía. «Si quis in alieno solo sua materia aedificaverit, illius fit aedificium cuius et solum est: et si scit alienum solum esse, sua voluntate a misisse proprietatem materiae intelligitur... et culpa ei objici potest, quod temere aedificaverit in eo solo quod intelligeret alienum» (3). Si hubiese tenido derecho a retirar los materiales no se hubiera podido imaginar el «donasse»; pero no; esa Ley decía: «Si quid (fructua-

(1) *Précis de Droit civil*, tomo I, pág. 787.

(2) *Traité élémentaire de Droit civil*, tomo I, pág. 896 (cuarta edición).

(3) L. 15, D. de usuf.

rios) *inaedificaverit, postea cum neque tolere hoc neque refigere posse*»; pero añadía que si se arruinaba o demolía lo edificado, pudiera el usufructuario reivindicar los materiales «*refixa autem posse vindicare*».

Vinnio (1) afirmaba debía entenderse la renuncia a la propiedad de los materiales como una simple presunción «*juris tantum*», susceptible de ser combatida por una situación de hecho en contrario: «*Caeterum si qua probabilis conjectura sit, ob quam videri possit licet sciens, non tamen animo donandi aedificasse, dissoluto aedificio, materiam vindicare non prohibetur.*» (L. 2, *Cod. de rei vindicatione*.)

El «*jus tollendi*» que le otorga el artículo 487 de nuestro Código civil, desvanece totalmente la discutida presunción, y en este derecho, que por algunos se ha calificado de bárbaro, van incluidas las posibilidades máximas a que puede pretender el usufructuario, según nuestro Código civil. Se dice no se debe dejar depender del usufructuario el imponer al nudo propietario el saldar gastos que no hubiere querido hacer, y que tal vez se halle imposibilitado de pagar; una mejora no se impone jamás y, sin ella, el usufructuario hubiera podido gozar de la cosa.

Veremos que es algo gratuito afirmarlo así, pero además estos peligros no los ha querido ver el legislador en otros preceptos de nuestro Código, como en el artículo 1.368, citado antes en el 1.391, y en otros, como el 1.518 y el 1.652, en los que se impone el indemnizar mejoras que puedan agravar la posición de la parte a quien se restituye la dote inestimada o los parafernales, así como la del retrayente o censualista respectivamente.

Es necesario examinar si al usufructuario le es lícito mejorar y aun construir nuevas edificaciones en compatible armonía con las obligaciones que el contenido del usufructo le imponen; si podemos pensar en aquella punición, bien merecida, por no haber derecho que le competa para ello, y que fuera una inmoderada extensión de su facultad de goce de la cosa.

El usufructuario tiene el derecho de gozar como goza el propietario (2), para lo cual debe ser puesto con los bienes del usu-

(1) Comentando el párrafo 30 de las Instituciones en el título «*de rerum divisione et adquirendo ipsarum dominio*».

(2) *Dell Usufrutt*, vol. II. Giacomo Venezian, págs. 94 y siguientes.

fructo en una relación que le asegure la posibilidad de ejercitar sobre ellas las propias actividades; el derecho a la posesión forma un elemento esencial del usufructo; en los límites que le son fijados por la necesidad de asegurar la integridad del derecho de propiedad, el derecho del usufructo no es menos independiente ni menos absoluto que el derecho de propiedad; a las mejoras y construcciones no obsta el canon «salva rerum substantia».

No es verdad, como sostiene Proudhon, que esta obligación impuesta al usufructuario, lleva necesariamente a la extinción del usufructuario cuando la sustancia de la cosa ha cambiado.

De la violación de aquella obligación, él es personalmente responsable; se puede, a la arbitraria mutación de la sustancia, comunicar como sanción última con la pérdida del usufructo, sin que a la persistencia del objeto en las condiciones ordinarias se deba entender subordinada la persistencia del derecho. Ni el Derecho Romano mantenía una correlación constante entre el límite impuesto al goce del usufructuario y el límite puesto a la persistencia del usufructo, y la prohibición de las modificaciones realizadas por el usufructuario no habrían tenido por efecto la extinción de su derecho.

En las *Pandectas*, de Glück (1), hay la afirmación de Galiani, que sostiene que Paulo, con las palabras, «salva rerum substantia», habíase referido a la «cualidad» de la cosa que puede ser objeto del usufructo, cuyo concepto, para evitar todo equívoco, expresa así: «es aquella servidumbre personal, en fuerza de la cual se puede usar y gozar de la cosa de otro *en todos los modos posibles*, conforme a su naturaleza, pero de tal manera, que a la terminación del usufructo se pueda restituir la cosa natura, no importando que con el uso ordinario se haya deteriorado». Mucius Scaevola, en su comentario al artículo 487 del Código civil, cree igualmente que la forma o sustancia no se altera con edificar o construir (pero hace la salvedad de que siempre que antes no estuviera dedicado el solar a algún otro objeto determinado), pues que retirando el usufructuario los materiales de lo construido vuelve el terreno a su primitivo estado y se devuelve

(1) *Pandectas*, tomo VII, pág. 30.

la cosa, «in pristinum», al propietario, que podrá destinar al mismo objeto la misma tierra o piedras que ocupaban los cimientos.

No es dudable que si, pues, una construcción es necesaria para que el usufructuario pueda gozar de la cosa, es evidente que tendrá el derecho de hacerlo; pero hay más: aunque esa necesidad no se diera, habrían de considerarse otros criterios.

Demolombe, en tal caso de innecesidad, da al propietario el derecho de oponerse a la construcción, y al hacerlo así decide arbitrariamente en favor del nudo propietario el problema, pues que sería el llamado a calificar de necesaria o no la nueva construcción.

Ello es poner en plano primero y exclusivo, los derechos del nudo propietario: es que el usufructuario tiene que gozar, como el propietario, lo que está en el espíritu de nuestro Código, ya que no en la letra, como textualmente lo dice el artículo 578 del Código civil francés. A la construcción requerida para su goce nada puede oponer el propietario, puesto que él no tiene este goce; lo más que pudiera exigir es la restitución en natura; no hay abuso, pues construir no es abusar de la cosa, y no cabría ni siquiera la sanción del artículo 520 del Código civil.

No olvidemos que el usufructo es un derecho real sobre la cosa y el derecho de goce del usufructuario debe tener una entera latitud en su modo de gozar. ¿Por qué—pregunta Laurent (1)—querer que sus gustos, su manera de vivir, se identifiquen con los del nudo propietario?; es pedir un imposible y es menospreciar el derecho propio, individual e independiente del usufructuario.

Nadie duda que el usufructuario podrá construir, por ejemplo, una casa-cobertizo cuando ello sea necesario para el cultivo del fundo; no hay colisión de intereses ni lesión de ningún derecho, por mientras vive y subsiste el usufructo, y es al expirar éste cuando surgen las cuestiones de la accesión a la propiedad de lo construído como incidencia y secuela de la obligación de restituir la cosa.

Puestos en vista de un usufructo extinto, el artículo 487 del Código civil niega el derecho a indemnización al usufructuario

(1) *Principis de Droit civil français*, tomo VI, págs. 604 y siguientes.

por las mejoras útiles y de recreo que puede realizar, y sólo le permite retirarlas, si fuere posible hacerlo, sin detrimento de los bienes: ¿«quid» de las construcciones nuevas?

El término mejoras no es un término técnico que tenga una significación legal concreta, y su elasticidad pone a prueba todas las opiniones.

Mejora es, en sentido lato—dice Ricci—, toda innovación introducida en el predio que haya aumentado su valor, pero luego restringe su amplitud de concepto negando que lo sean las innovaciones que traspasen los límites del derecho de goce del usufructuario; las construcciones no son mejoras para él, y nosotros hemos visto que con edificar no se quebranta ningún derecho del nudo propietario. Colin y Capitant (1) dudan de la dificultad de separar las mejoras de las construcciones y establecen así la distinción; las mejoras—dicen—son *hedhas*, en general, a costa de los productos, pero una edificación nueva es un capital, criterio elaborado en vista de la mayor injusticia que por lo común tiene el precepto legal para las construcciones, pero que en definitiva nada resuelve, pues que es la voluntad del usufructuario la que puede hacer que la nueva construcción se haga o no a expensas de esos productos.

No se ha seguido un criterio objetivo, sino que se ha discurrido sobre la base de la solución preconstituída por la ley y se ha dicho; por qué podrá o no el usufructuario ejercitar esta o aquella facultad; se escinden y separan las construcciones de las mejoras de que el texto legal nos habla; a buen seguro que si se hubiera equiparado en este punto al usufructuario con el poseedor de mala fe, cuando menos, como ha hecho la Jurisprudencia belga y piden los autores franceses en su mayoría, la discusión estaría acabada, aunque dudáramos de que la solución fuere certera.

Por esta manera de discurrir, nuestros comentaristas de la ley Hipotecaria se dividen al tratar de si la hipoteca se extiende o no a las nuevas construcciones que realizare el deudor. Aragonés cree, agotando su dialéctica, que entre las mejoras del artículo 111 de la ley Hipotecaria se incluyen las nuevas construcciones; Escosura, Díaz Moreno y Morell opinan en contrario, a pesar de

(1) *Curso elemental de Derecho civil*. Trad. de De Buen, tomo II, volumen segundo, pág. 874.

que este último autor (1) estima que el término «mejoras» de dicho artículo debe tomarse en un sentido amplísimo, comprendiéndolas todas: «necesarias, útiles y de puro lujo o recreo». Pero no nos da la razón precisa de por qué incluye las plantaciones y elevación de edificios entre las útiles y excluye las nuevas construcciones, ya que el mismo autor se extraña de la falta de lógica del pensar de Galindo y Escosura, que consideraban natural la extensión de la hipoteca a edificios construídos de nuevo y juzgaban injusta esa extensión al nuevo piso elevado sobre los existentes, aparte que de nuestra cuenta, y para el caso propuesto, habríamos de descartar del concepto amplísimo de mejoras las necesarias, y que son las reparaciones mayores o extraordinarias, indispensables al usufructuario para el ejercicio de su derecho, como las obras de reparación o seguridad, las que tienen una regulación expresa en los artículos 501 y 502 del Código civil. Mas veamos que todo el barajar de opiniones de los comentaristas citados se hace sin enfrentar el problema y negar resueltamente que las construcciones sean mejoras, sino especulando subjetivamente sobre la justicia del supuesto, a base de presunciones de voluntad, por lo que de nada pueden servirnos (2).

Se ha querido hacer una distinción previa entre mejoras intrínsecas y extrínsecas; Delvincourt la inicia en pos de ese análisis cuantitativo del vocablo «mejoras».

Intrínseca es la mejora que se identifica y se confunde con el inmueble, aumentando su valor, acreciendo la producción a su comodidad, pero sin cambiar su naturaleza propia y constitutiva y sin crear cosa distinta, cuya existencia sea claramente reconocible; las demás son mejoras extrínsecas, como las plantaciones, construcciones u otra obra realizada.

(1) Comentarios a la Legislación hipotecaria. Tomo III, págs. 699 y siguientes.

(2) En Francia, por contra, una semejante cuestión sobre el artículo 2.133, según el que la hipoteca «se extiende a todas las mejoras realizadas en el inmueble hipotecado», ha hecho que la Jurisprudencia (aparte apoyarse en la dificultad práctica de distinguir donde acaba la mejora y empieza la construcción y la invocación que se hizo de la tradición de los jurisconsultos romanos y del antiguo Derecho francés), siguiendo la interpretación general dada a esta frase, ha aplicado a las nuevas construcciones el precepto del artículo 599, equivalente a nuestro 487 del Código civil.

Se hace aplicación del anterior distinguo y las direcciones se multiplican. Delvincourt, Marcadé, Demolombe, Demante et Calmet de Santerre (1) y Pacifici-Mazzoni (2) opinan que el precepto legal referente al usufructo se refiere únicamente a las mejoras intrínsecas y aplican para las construcciones y plantaciones las reglas del poseedor de mala fe.

Otros, como Toullier, Proudhon (3) y Borsari (4), que es quien desenvuelve ampliamente la teoría, comprenden las plantaciones y construcciones dentro del término mejoras a que se refiere la ley al tratar del usufructuario y niegan a éste el derecho a indemnización.

Opinión intermedia es la de Duranton y Aubry et Rau (5), quienes distinguían las plantaciones de las construcciones u obras hechas por el usufructuario; las plantaciones eran simples mejoras a las que aplicaban el artículo 599 del Código francés, equivalente a nuestro 487; las construcciones u obras no las incluían, porque éstas crean una cosa distinta del fondo sobre el cual son levantadas.

Laurent, por último, rechaza a unos y a otros y declara que en ausencia de un texto de derecho positivo, habrá que recurrir a los principios generales del derecho.

Hay falta de precisión en estas distinciones, cuyos miembros no se excluyen recíprocamente, y a cuyos resultados llegan los autores por consideraciones bien distintas. Así Aubry et Rau sienta que el precepto legal que niega derecho a la indemnización al usufructuario es una excepción al principio fundamental «Jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento, et iniuria fieri locupletiores», y es claro que al ser excepción debe interpretarse restrictivamente para comprender sólo las mejoras en el sentido estricto de la palabra. Pacifici-Mazzoni (6) se basa en el criterio de lo principal y lo accesorio al decir que el artículo 495 italiano (equivalente a nuestro 487) no comprende más que

(1) *Cours analyt de Code civil*, tomo II, número 439 bis.

(2) *Comm.*, artículo 495, número 478.

(3) *Tr. Des droits de usufruits*, tomo II, números 1.437, 1.443.

(4) *Comm.*, artículo 495; volumen segundo, 985, páginas 350-361.

(5) *Cours de Droit civil français*, tomo II, 204, números 23 y 24.

(6) *Comm.*, artículo 450, número 187.

aquellas cosas que se unen a otra para su uso, ornamentación o complemento, pero este principio es tan débil que no nos sirve ni para construir una pura teoría de la accesión en general.

Para nosotros la distinción se marca como sigue: mejora es toda innovación en la cosa que aumentando su normal valor deviene en parte constitutiva de la cosa, haciendo que el todo aparezca como «un unitum», sobre el cual la accesión daría todo su juego de no existir el precepto especial del artículo 487 del Código civil (1); las construcciones son transformaciones de la cosa que aumentando su valor devienen a ésta en cuerpo «ex cohaerentibus», y para las cuales el texto legal citado no ha sido escrito (2).

Los orígenes y los precedentes también abonan esta separación.

El Digesto (3) expresa que el usufructuario puede no sólo hacer las reparaciones necesarias en las cosas que disfruta, sino también las voluntarias y hasta de recreo, como colocar espejos, mármoles, colores, pinturas, etc. Y añadía que si el usufructuario hiciera tales reparaciones sin contar con el propietario se entenderían hechas de cuenta de aquél y no podría a su arbitrio destruirlas o retirarlas, a no ser que conservaren su valor separadas de la cosa usufructuada; y esa restricción del «jus tollendi», que nuestro Código civil otorga, al parecer, «in genere», al usufructuario, la concreta también el Código civil francés en su artículo 599 a los espejos, cuadros y otros ornamentos que hubiere hecho colocar, y el Código italiano, si no enumera en la forma precedente, en su artículo 495, el término «adiciones», que tomado del proyecto de Código Albertino fué incluido en el mismo, ha sido interpretado también por la doctrina como excluyente de las construcciones nuevas.

¿Qué reglas aplicar a las construcciones del usufructuario?
¿Habrá que tratarle como al poseedor de mala fe?

En los términos de nuestro artículo 433 del Código civil, es

(1) Con ello negamos sean mejoras las llamadas necesarias, puesto que no aumentan el valor normal ni dan a la cosa otra superior calidad que la que pura y simplemente le corresponde.

(2) Ver las notas de Pietro Bonfante al libro III de las *Pandectas*, de Windscheid (1926), páginas 81 y siguientes, sobre el concepto de parte constitutiva y de cosa simple y compuesta y su relación con la disciplina jurídica de la accesión.

(3) D. L., 7 y 13, párrafos 3.º y 7.º, tít. I, lib. VII.

poseedor de mala fe el que posee en virtud de un título translativo de propiedad del que conoce los vicios, y ninguno de estos extremos pueden aplicarse a los usufructuarios; su título no es de adquirir o translativo, y su condición no es inferior a la del enfiteuta; son poseedores en nombre propio de su derecho real, desmembramiento de la propiedad, y sin que a su título posesorio le afecte vicio alguno; el usufructuario tiene el derecho de gozar, en tanto que el poseedor de mala fe no tiene ningún derecho; el usufructuario tiene el derecho de construir para su utilidad o su agrado, derecho de que carece el poseedor de mala fe.

Pero si ello es cierto, de otro lado no es ni siquiera un poseedor de buena fe, puesto que carece del título o modo de adquirir que le solicita la ley; ¿qué es, pues, el usufructuario? Si carece de título hábil para adquirir, tampoco podemos decir que sea un tercero extraño por completo y sin vínculo de interés que le ligue a la cosa usufructuada y al nudo propietario; esto es: que el usufructuario, al realizar sus construcciones, lo haya hecho sin tener con el propietario del fundo ninguna relación de obligación personal dependiente de contrato o cuasicontrato (1).

Y aquí llegamos a la conjunción de dos mundos que con todo temor enlazamos: decir que el usufructuario obró como un «negotiorum gestor» puede dar la solución del problema.

Al hacerlo así no aplicamos analógicamente para las construcciones el «jus tollendi» que para las mejoras concede el artículo 487 del Código civil; primero, porque no son tales mejoras, y segundo, porque creemos que este derecho debe restringirse todo lo posible, sea quien fuere el que por ley lo pueda ejercitar, como lo ha hecho el Código civil suizo en su artículo 671, limitándolo a las construcciones hechas «contra» la voluntad del propietario, que en ese precepto es el que puede pedirlo.

Por otra parte, ello nos permite indemnizar al usufructuario con la amplitud y garantías que en el caso del artículo 1.892 del Código civil se ofrecen o, cuando menos, no ratificando su gestión el nudo propietario, en los términos en que obliga a éste el artículo 1.893 del mismo Código.

La concepción no es nueva: Borrell, en su hoy indispensable

(1) Baudry et Chauveau. *Traité théorique et pratique de Droit civil*, tomo V, pág. 366.

Dret Civil vigent a Catalunya (1), al tratar de las aplicaciones del usage «Siquis in alieno», en materia de accesión, cita por nota la Resolución de 14 Noviembre 1888, que aplicó el citado usage a la edificación hecha por la viuda en terreno dejado con cláusula de confianza, así como la sentencia de 8 de Julio de 1897, respecto al que de buena fe edifica en suelo del que es condómino, y pide la comparación de estos supuestos, el primero, no muy distante del que nos ocupa, con la gestión de negocios. Garrigues (2) aplica también la noción de la «Negotiorum gestio» al arrendatario que mejora las fincas del propietario, y eso que en la ley el arrendamiento es un derecho personal, y para nosotros, dada la equiparación que el Código civil hace del arrendatario con el usufructuario en este punto, aún lo encontramos más justificado en este último, que es titular de un derecho real.

La solución propuesta tiene su base, de un lado, en la concepción social y generalísima del cuasicontrato, y de otro, en la expansión doctrinal que la «Negotiorum gestio» adquiere en los autores modernos y en la Jurisprudencia (3).

JOSÉ MARÍA FONCILLAS.

Notario.

(1) Vol. II, pág. 82.

(2) Derecho civil común y foral, obra ajustada al primer ejercicio de oposiciones a la Judicatura (1922), por Castan, Garrigues y Goicocchea, página 272.

(3) Ver Demogue el concepto que da del cuasicontrato en su *Traité des obligations*.

Título y modo en el Derecho español

I

LEGISLACIÓN Y DOCTRINA

Poco trabajo cuesta seguir en la legislación española el desenvolvimiento de las teorías que hemos esbozado en nuestros artículos sobre la teoría del *título* y *modo* (1), ya que los principios del Derecho romano, las doctrinas aristotélicas y arábicas y el poderoso influjo del Derecho canónico han dejado huellas indelebiles en nuestros Códigos.

La ley 46 del Título XXVIII de la tercera Partida, siguiendo los pasos del Digesto, del Código y de la Instituta, dice: «Apoderan unos omes a otros en sus cosas, vendiéndogelas, o dándogelas en dote, o en otra manera, o cambiándolas, o por alguna otra derecha razón. E por ende decimos, que por tal apoderamiento como este que faga un ome a otro de su cosa, o que lo faga otro alguno por su mandado, que passa el señorío de la cosa, a aquel a quien apoderasse della...»

Basta, por lo tanto, un *apoderamiento* cualificado por una *razón derecha*. O, de otro modo, basta una transferencia del señorío con causa.

Ni por un momento aparece en esta ley ni en sus concordantes la necesidad de una obligación preexistente o coetánea. La misma *razón derecha* pierde a veces su densidad jurídica para convertirse en presuposición o en mero motivo.

(1) V. los números 2 y 3 de esta REVISTA.

Así, en la ley 46 del Título XIV de la Partida 5.^a surgen como razones de transferencia verdaderos antecedentes psicológicos que impulsan al transmitente a entregar la cosa a otro «cuydando en su voluntad que por aquello que le dava, que yría con él en algund camino, o que le faría otra cosa alguna, o que sería más su amigo, non diciendo señaladamente la razón por que gelos dava».

En el extracto latino de la primera de las citadas leyes hecho por Gregorio López, se emplea ya el tecnicismo discutido, consignando que se adquiere el dominio por la tradición de la cosa en virtud de título hábil (*Acquiritur dominium traditione ex titulo habili*).

En el Código de las Costumbres de Tortosa, se usa también el término técnico *títol* y se declara de un lado que ningún hombre adquiere el señorío de una cosa, aunque la posea si *just títol no ha* (1), y de otro que la propiedad de la cosa donada, permutada o enajenada por cualquier otro título, no se transfiere si *la tradició de la cosa no es feyta*.

En el pasado siglo, las influencias estudiadas son visibles. Para Febrero y sus continuadores, «en toda adquisición concurren... título y modo, o lo que es lo mismo, la causa legítima en virtud de la cual se adquiere, y el acto material de la entrega. El uno no basta sin el otro; se exceptúan, porque no hay necesidad de tradición, la hipoteca, las servidumbres negativas, las adjudicaciones hechas en los juicios divisorios y la herencia» (2).

Como se ve, el campo de la teoría no queda limitado por los actos jurídicos *inter-vivos*, puesto que es necesario formular estas excepciones que hemos encontrado en Heinecio.

Pero todavía descubre más el estrato germánico, cuando llama a la tradición causa próxima del dominio y afirma que sin ella el título sólo produciría derecho personal o a la cosa (3).

Gómez de la Serna, después de referirse a la doctrina de Justiniano, según la cual, «al acto material de la tradición debe preceder la intención de transferir», añade:

(1) VIII Rub. *De reivindicacione*, libro III. Cost. 5. Senyoría nuyt home dalguna cosa no pot auer; ja sia ço que posseesca: si just títol no ha.

(2) *Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, por García Goyena y Aguirre. Tomo I. núm. 739.

(3) *Ibidem*, núm. 773.

«De aquí proviene la doctrina de que, en tanto la tradición transfiere el dominio en cuanto está acompañada de un título hábil, de aquí también la de que no basta en los contratos de mera voluntad sin tradición para transferir el dominio.» Interpretando a *sensu contrario* estas últimas palabras, parece deducirse que para el ilustre hipotecario, bastaba en los contratos la *mera voluntad con tradición* para provocar la transferencia. Por lo menos ataca en dos ocasiones la teoría del título y el modo, aplicada a toda adquisición (1).

«Dije que reputaba como falsa la teoría de que las cosas provenientes de otro requerían siempre para su adquisición título y modo, y como muchos y muy respetables juristas la han establecido como un axioma, creo que bastará para justificar mi opinión citar los ejemplos de las adquisiciones por última voluntad, y las adjudicaciones hechas en los juicios dobles, en que sin tradición se transfiere la propiedad.»

Todavía se expresa con mayor claridad en los *Elementos del Derecho civil*, que publicó en unión de Montalbán: «El fundamento de la tradición (2) es el principio de justicia, en virtud del cual debe tener efecto el acto del que, queriendo desprenderse de una cosa que es suya, la entrega a otro para que adquiera su propiedad» (3).

Sin embargo, no abandonan ambos civilistas la idea de un acto en cierto modo sustantivo, independiente y anterior como justa causa de la tradición, por más que, con algunas expresiones, lo rebajen de categoría y no lo califiquen de título.

«Mas para que la tradición hecha por el propietario que tiene la libre disposición de sus cosas, transfiera la propiedad al que la recibe, es menester que vaya precedida de una justa causa, esto es, de un acto legal que sea la base del derecho que se adquiera, o, por lo menos, de un acto por el cual se manifieste la intención de transferir el dominio.» La aplicación del verbo *preceder* a este último inciso no debe ser admitida sin reservas: la persona que

(1) *Curso histórico exegético*, I, págs. 247 y 257.

(2) *Elementos del Derecho civil y penal de España*. Décima edición, I, página 740. Madrid, Sánchez, 1871.

(3) Esta afirmación se halla casi a la letra tomada de las *Instituciones*, de Justiniano; 40, tit. I, libro 2.º.

entrega un cigarro a un amigo que la saluda en la calle, lo mismo que el comprador de feria, apenas visible entre la turba, que entrega con una mano el precio de la cosa vendida y la recoge con la otra del vendedor ambulante, no asumen con anterioridad una obligación; la causa precedente de la entrega (*solutio*) del tabaco o del precio no es un deber jurídico.

En las mismas doctrinas romanistas parece inspirarse Gutiérrez cuando, al examinar la influencia del error en el título, asegura, siguiendo a Juliano, que invalida la tradición si la discusión recae sobre *causa hábil*, pero no si hay acuerdo en la transferencia (1). De esta afirmación al contrato real o al acuerdo (*einigung*) del Código civil alemán, no hay un paso.

El capítulo que dedica a la materia Sánchez Román, en sus conocidos *Estudios de Derecho civil*, es de los más notables por su sistematización y contenido.

Distingue, en primer lugar, el sentido gramatical de la palabra tradición (*entrega*), del sentido jurídico (*transmisión de derechos reales*), y señala como elementos de esta última:

1.º Preexistencia del derecho que se transmite en el patrimonio del transmitente.

2.º Justa causa o título de la transmisión.

3.º Voluntad de transmitir y de adquirir en el transmitente y en el adquirente.

4.º Capacidad para transmitir y adquirir, según la naturaleza del título.

5.º Acto que la exteriorice material, simbólica o legalmente.

De esto deduce el ilustre jurista que puede existir entrega de cosa sin tradición jurídica, así como faltar la entrega material donde hay tradición jurídica, con lo que en el acto formal transmissivo se desvanece en ocasiones. «El dueño de una finca—dice—podrá, en uso de su derecho, limitar su dominio en ella con la constitución de una servidumbre *altius non tollendi* y crear un derecho real sobre la misma a favor de la propiedad del adquirente, sin que haya mediado entrega ni acto material alguno.»

Sin ánimo de entrar en el estudio de los elementos indicados de la tradición jurídica, hemos de hacer algunas advertencias:

(1) *Estudios de Derecho civil*, III, pág. 37.

1.^a La preexistencia del derecho que se transmite en el patrimonio del transferente es un requisito importante de toda sucesión *inter-vivos* o *mortis-causa*, pero no una *conditio sine qua non* de la tradición. Quedan fuera de la misma, con este riguroso criterio, las transferencias del *no-dueño* que tiene un poder dispositivo, o un derecho real en cuya virtud puede enajenar la cosa ajena, y las adquisiciones de buena fe hechas por contrato con el marido, heredero aparente, etc. (1).

Sobre todo, el Derecho moderno desenvuelve los efectos de la transmisión, partiendo de la legitimación del poder dispositivo, más bien que de la preexistencia de la cosa en el patrimonio del transferente. Y esto lo mismo en el comercio de muebles, donde se adquiere del *no-dueño* en mercados, ferias, Bolsas, tiendas, subastas..., que en la adquisición de inmuebles, donde el principio *nemo dat quod non habet* ha sufrido importantísimas restricciones.

La preexistencia del Derecho queda en todos estos casos sustituida por la existencia de una facultad de disponer o de una norma objetiva que convierte en dueño al adquirente, aunque el transmitente no lo sea.

Algunos de estos supuestos se hallan previstos por el ilustre jurisconsulto, que no sólo concede la facultad de enajenar o constituir un derecho real *por tradición* al dueño o propietario, sino también a quien tenga ese derecho de enajenar o gravar la cosa ajena por otros motivos particulares y específicos, «como sucede al mandatario autorizado especialmente para vender, o con el acreedor hipotecario, que puede subhipotecar este derecho en garantía de un nuevo crédito». Sin embargo, los ejemplos no son de lo más afortunado, porque el primero, de carácter general y fundado en el principio de la representación, recibe una enérgica desviación en todos los ordenamientos jurídicos que reconocen, a quien de buena fe adquiere directamente cosa mueble de la persona que la tiene en su custodia o administración, una propiedad incontrovertible, cualesquiera que sean las limitaciones impuestas por el dueño. El apotegma *Hand whare hand*, cuyo eco encontramos en el párrafo 1.º del artículo 464 del Código civil, es uno de los casos más

(1) Véase, por ejemplo, el artículo de Wend en *Archiv. für die Civ. Praxis* 89, *Erwerb-von Nichteigenthümer*, pág. 56.

claros de la adquisición de cosa enajenada por el que no es dueño (*a non domino*).

Por otro lado, si el supuesto de un acreedor pignoraticio o hipotecario que promueve la venta del objeto o finca dados en garantía, puede tener en ocasiones una relación inmediata con la teoría de la enajenación por quien no es dueño, la hipótesis de constitución de una subhipoteca es un ejemplo de *derecho sobre derecho*, que gira sobre un eje distanciado del punto objeto de nuestro estudio.

2.^a No es fácil precisar qué entiende el maestro por *justa causa* o *título de transmisión*, que a su vez lo es de adquisición. Parece que la define con las siguientes palabras: «la razón legal en virtud de la cual se adquiere, siempre que sea *adecuada y bastante*». Estos últimos adjetivos se refieren indudablemente a la necesidad de cualificar la entrega para que exista verdadera transferencia real.

La simple entrega es indeterminada e indiferente: cuando el poseedor de buena fe restituye la cosa al dueño o el acreedor pignoraticio se la devuelve por haberse extinguido el crédito, o el usufructuario, por terminar el usufructo, apenas si podemos decir que la tradición sea un acto jurídico.

Sobre un acto jurídico se apoya, en verdad, la entrega al depositario, al arrendatario, al usufructuario o al administrador judicial, pero no engendra un derecho real y va dirigido solamente a fines posesorios.

De mucha mayor densidad es el acto transmisivo que tiende a constituir un derecho real fundado en la posesión, por ejemplo, la prenda.

Y, en fin, la tradición produce plenos efectos cuando, como acto de liberación, va encaminada a traspasar el dominio de una a otra persona.

Pero estas finalidades de transferencia dominical, constitución real, régimen contractual o cambio en la tenencia, si nos sirven para descomponer en grupos técnicos las diversas entregas que en la vida sorprendemos, no resuelven el problema de la causa, sino más bien el del consentimiento, en cuanto nos dicen que el *tradens* y el *accipiens* quieren modificar el estado de las cosas, las relaciones posesorias, las de carácter real o los elementos de dos

patrimonios, sin ponernos de relieve por qué razón han querido aquéllos que tales alteraciones se produjesen.

Esta razón en virtud de la cual se adquiere, lleva en la frase de Sánchez Román el calificativo de *legal*. ¿Legal en el sentido de *lícita*, o legal en el sentido de determinada por la ley y admitida en los cuadros técnicos?

La primera interpretación queda excluida por el hecho de que la tradición *ex causa injusta, turpi*, etc., transfiere la propiedad, y así, la mujer de vida airada hace suya la joya con que su amante paga los favores recibidos.

Tampoco podemos valorar la palabra en el sentido de razón registrada en la ley concretamente, porque, más tarde, el ilustre autor alude incidentalmente al título, tanto oneroso (compra-venta, permuta) como lucrativo, y en todo momento se refiere a los contratos que pueden ser *ocasión* de la tradición indispensable para que la propiedad se transmita.

Razón legal equivale, pues, a *causa civilis* o a *causa justa*, y recuerda el texto de Ulpiano: «La tradición es una verdadera enajenación de las cosas *nec Mancipi*, cuyo dominio adquirimos por la misma, si nos son entregadas en virtud de justa causa (*scilicet si ex justa causa traditæ sunt nobis*).

3.ª La separación establecida entre el requisito del título y la voluntad de transmitir y adquirir, nos demuestra que el señor Sánchez-Román no figura al lado de los que, como Puchta, fundan la causa en la «concordante voluntad de ambos interesados en cuanto a dar y recibir la propiedad», ni de los autores que, como Savigny, le atribuyen el papel de indicador de la intención de transmitir, o, como Strempel, dicen: «la justa causa tan sólo tiene la función de poner en claro, por medio de un hecho concluyente, la voluntad de dar y tomar la propiedad en los casos en que no aparezca de un modo explícito».

Lo que no vemos tan claro es si esta separación de voluntad y causa resulta puramente formal, como en Dernburg, y centrada sobre la intención del que transfiere, o si exige una obligación anterior a la entrega.

Más bien nos inclinamos a la idea de que el autor español presupone como requisito de la tradición un *acto jurídico*, real, tangible, plástico. Bien es verdad que, preocupado con la idea de

atacar las doctrinas francesas, que, contra nuestro tradicional criterio, se habían infiltrado en el proyecto de Código civil de 1851, dirige el Sr. Sánchez-Román todos sus esfuerzos a mantener en pie la distinción de *título* y *modo* sobre la base de la preexistencia del Derecho en quien lo constituye o de cierta situación de las cosas en la Naturaleza, sin estudiar el título transmisivo *inter-vivos* con separación. Pero precisamente al aludir a la teoría que afirma ser el *justo título* la causa productora del Derecho, pone de relieve que si hay algo que a la forma, a lo externo y a los actos se refiere, es el título. «Título es el contrato, el testamento, el acto jurídico, lo externo, en fin, susceptible de que por su mediación derive el transmitente un derecho real que le pertenezca, en el adquirente»...

La naturaleza polémica del capítulo dedicado a la teoría, lleva al Sr. Sánchez-Román a conceptos y frases que acaso no reflejen sus ideas sobre la unión de la causa con el resultado de la transmisión.

Así, declara de un lado que «el título sirve sólo para dar ocasión y pretexto» a la adquisición del derecho real, mientras en el momento de concretar, acepta la siguiente definición: «todo acto jurídico que da nombre a la adquisición del derecho real, pero por sí es insuficiente para producirlo», añadiendo: «El título sólo demanda voluntad, manifestada en forma de acto jurídico (compra-venta, permuta, legado, etc.).»

La influencia de las discusiones sostenidas en este último siglo por los romanistas, se nota extraordinariamente en la explicación de D. Felipe Clemente de Diego.

«No basta, dice, con la existencia separada, independiente del *tradens* y del *accipiens*, ambos capaces; es menester que se pongan de acuerdo y formen intención: el primero de transmitir, y el segundo de adquirir la propiedad. A esta intención o consentimiento de las personas o partes, denominan los autores justa causa de la tradición. Generalmente, esa intención se incorpora o exterioriza en un acto jurídico, cuyo objeto es llevar a cabo una enajenación; pero también puede resultar de otras circunstancias, no siendo de esencia a la tradición sino esa mutua voluntad conforme de los interesados en transmitir y adquirir la propiedad. De ordinario, repetimos, esa intención se manifiesta en un acto

jurídico traslativo de dominio (venta, donación, etc.), y por esto, los autores suelen denominar a este acto justa causa de la tradición; mas a nosotros nos parece más concreto y exacto llamar justa causa de la tradición a la intención de las partes, ya que ella y no en el acto en que se exterioriza, es lo esencial a la tradición, como que, sin ella, ésta no causa efecto alguno.»

Como se desprende de estas palabras, la posición del sabio catedrático de Derecho civil es radical; la teoría de las obligaciones se halla desligada de la teoría de la tradición, en cuanto ésta no presupone un vínculo previo al acto transmisivo. Podrá, en ocasiones, ser la tradición un acto liberatorio, pero no siempre el que entrega paga.

El fenómeno transmisivo presentará en el sector examinado apariencias contractuales: concurrencia de voluntades recíprocamente manifestadas para producir el cambio patrimonial; mas entre este acuerdo y el contrato que engendra, modifica o extingue obligaciones, hay un abismo.

Todavía avanza más sobre la vía abierta por Juliano: «Importa poco, *añade*, para la validez de la tradición el que el *tradens* se proponga transmitir por un título (de venta, por ejemplo) y el *accipiens* crea adquirir por otro (por ejemplo, donación), con tal que ambos sean traslativos del dominio. En cambio, el error acerca de la cualidad de la cosa transmitida o de la individualidad del *accipiens* o de la pertenencia de la cosa, anula la tradición, porque excluye el consentimiento de las partes. En efecto, en el primer caso, el *tradens* no entendía ni quería enajenar la cosa entregada, sino otra; en el segundo, no quería enajenarla en provecho del *accipiens*, y en el tercero (como cuando un representante entrega una cosa suya creyendo que es mía), no quiere tampoco transferir la propiedad de aquélla.»

Después de estas expresiones, no ha de sorprendernos que el Sr. De Diego evoque el contrato real de transferencia del Derecho alemán y ponga de relieve el carácter abstracto de este acuerdo de voluntades.

La doctrina española ha conquistado, por lo tanto, el último baluarte de la técnica moderna y ha separado el acto transmisivo de la *causa justa* en que se apoya.

Para hacernos cargo de la trascendencia de estas afirmaciones

que los civilistas avanzan sin reparo, necesitamos dar una idea de los *negocios abstractos*, materia apenas desflorada en la técnica jurídica española.

II

ACTOS JURÍDICOS ABSTRACTOS

La designación actos *sin causa*, con que se les caracteriza, induce a error. Por causa entendemos en castellano, siguiendo los diversos significados latinos de la palabra, tanto la noción de la dependencia en que se encuentra el efecto respecto de las condiciones que le originan (relación de causalidad), como los elementos psicológicos que concurren a provocar el acto volitivo (motivos). En el primer sentido decimos que la fuerza expansiva de la pólvora ha causado la muerte a un ciervo. En el segundo, que el ánimo de aprehender la pieza ha sido la causa del disparo.

Por virtud del paralelismo que existe entre el mundo físico y el moral, cualquier hecho material se traduce en una modificación de relaciones jurídicas. Así, el paso que da en la calle una persona, engendra una modalidad de los deberes de un conductor de tranvía. Pero únicamente cuando la intensidad de esta modificación alcanza cierto grado, es cuando adquiere valor jurídico (por ejemplo: surge el peligro de atropellar al transeunte).

La íntima unión de estas relaciones, no nos impide distinguir los hechos que por vía refleja engendran, modifican o extinguen derechos, de los actos jurídicos que se dirigen consciente e inmediatamente a la obtención de un resultado que la ley tutela y apoya. Si los primeros son verdaderas causas en sentido objetivo, los últimos se justifican por ser causas subjetivas (1).

Dentro de este último apartado se desenvuelven los negocios o actos jurídicos abstractos.

El ordenamiento jurídico concede a las causas finales en cuya virtud la voluntad humana entra en juego, una importancia deci-

(1) Klingmuller distingue en esta investigación: 1. La causalidad exterior perceptible (*Ursache*). 2. La razón suficiente lógica (*Erkenntnisgrund*). 3. Los motivos de la decisión voluntaria (*Motiv*). *Der Begriff des Rechtsgrundes*, página 14.

siva para la cualificación del acto jurídico y de sus consecuencias. Pero lejos de medir la densidad de cada intención con arreglo a su valor psicológico o determinante, concentra la técnica civil su mirada en las llamadas *causas jurídicas*, atendiendo a las ventajas económicas que el sujeto trata de procurarse con la prestación, o a la intención de privarse de ellas sin recompensa, y desprecia corrientemente los *motivos* (*causa causarum*).

Supongamos que al concertar un contrato de compra-venta, A, comprador de un caballo de características bien determinadas, vaya impulsado por las noticias que su administrador le ha dado equivocadamente, sobre la muerte de otro caballo que formaba tronco con el que en las cuadras del mismo A queda: la ley se limita a recoger dentro del esquema contractual, como causa de la prestación del comprador A (precio), la entrega del caballo por el vendedor B. De este modo se rompe el paralelismo que parece debiera existir entre lo psicológico y lo jurídico, en cuanto para aquella técnica, la causa final o el motivo que provoca la determinación es la necesidad de adquirir el caballo, a fin de formar tronco, sin que la compra-venta pase de ser el medio para la obtención de tal fin, mientras para el jurisconsulto, este contrato se presenta en primera línea, independiente de las razones que hayan movido al comprador, y se perfecciona, por lo que a la causa se refiere, con el enlace recíproco de las prestaciones de vendedor y comprador (caballo y precio), cualesquiera que fuesen los motivos (*occasio debendi*).

Síguese de este razonamiento que si el comprador A no necesita en verdad del caballo nuevamente adquirido, porque el agonizante, contra lo que el administrador había afirmado, se restablece y presta servicio, queda obligado por las cláusulas del contrato de compraventa, sin embargo, a pagar el precio.

«En los contratos onerosos, dice el art. 1.274 de nuestro Código civil, se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad.» Los precedentes psicológicos, podemos añadir, que no entran en este concepto, serán motivos de la determinación, pero no causas jurídicas.

Como hemos visto, la doctrina clásica había intentado clasi-

ficar las causas de los actos jurídicos (no solamente de los contratos) en la célebre tricotomía: *animus donandi*, *animus credendi*, *animus solvendi*, es decir, la intención de hacer una donación, de adquirir un crédito o de pagar una deuda.

Schlossmann trató de reducir los tres indicados miembros a una dicotomía: *animus donandi* = *animus adquirendi*, ya que quien paga se libera de una obligación, y tanto se enriquece el patrimonio disminuyendo el pasivo como aumentando el activo.

En general, se ha reconocido en estos últimos tiempos la imposibilidad de enumerar en una lista completa todas las causas que pueden justificar el acto jurídico (1), y en una erudita nota, Winscheid cita los textos clásicos en que se alude a las siguientes: ánimo de donar, de cumplir una obligación, de engendrarla, de inducir al que recibe a hacer una contraprestación, de satisfacer a la condición impuesta en una disposición de última voluntad, de conseguir que el objeto de la prestación cumpla cerca de quien lo reciba una cierta función (arras, dote), o sea distribuido de un modo predeterminado, de asegurar o facilitar a quien lo recibe el ejercicio de una facultad.

En su estudio sobre el concepto de la base jurídica (*Rechtsgrund*), Klingmüller sienta que una transferencia de propiedad puede surgir:

- I. Por sí misma como autofinalidad (*donatio*), o
- II. Con relación a otra finalidad.

Esta puede ser:

1. Constitución de un crédito (*causa futura*).
2. Cumplimiento de una obligación subsistente (*causa proterita*).
3. Un hecho abstracto e independiente: contraprestación o acontecimiento de carácter contingente (*ut aliquid facias, aut ut ego aliquid faciam, aut ut L. Titus aut ut aliquid obtinga*).

Cuando en el acto jurídico falta un fundamento, que por la ley se halle elevado a la categoría de requisito *sine qua non*, se provoca una apariencia sin efectos legales, el negocio es nulo.

Rige tal principio lo mismo los contratos llamados *causales*

(1) Véase Winscheid, párrafo 98, nota 1.^a. A pesar de estas objeciones, Von Thur sostiene que la división tripartita, en lo esencial, puede sostenerse (*Der Allg. Teil des D. B. R.*, página 87).

que los *abstractos*: todos han de ser motivados por una finalidad ajustada a derecho. Pero la reacción de la causa sobre el negocio es distinta en unos y otros.

La promesa, frente a su causa, puede comportarse de dos maneras (1). Puede acogerla en sí como elemento constitutivo integrante, puede también desligarse de su causa determinante y asumir una posición independiente de ella. El mutuario promete porque ha recibido cien a título de préstamo; pero promete también *devolver los cien recibidos*. De igual modo, el comprador no promete una cantidad pura y simplemente, sino más bien una suma de dinero por la cosa comprada. Análogamente, el mandatario no promete un desenvolvimiento de actividad en cierta esfera, sino en la forma requerida para cumplir de ese modo el encargo que se le ha dado. A estos casos se contraponen aquellos en que alguien emite un billete de este contenido: «Prometo pagar el primero del próximo mes, cien a X.» También esta promesa tiene su *por qué*, pero este *por qué* no se halla inserto en la promesa.

En el fondo de cualquier cambio patrimonial (*zuwendung*) (2) se encuentra una finalidad jurídica (la llamada causa) que normalmente es fijada por convenio entre las partes. Si el acuerdo sobre el fin perseguido es parte esencial del acto transmisivo, como pasa en el mayor número de los contratos obligacionales, se denomina el acto jurídico *causal*. En la mayor parte de los casos, el acuerdo sobre la finalidad se trata como un elemento que yace fuera del fenómeno adquisitivo, y no se reclama otra cosa para la validez de la transferencia por medio de contrato, que el acuerdo de las partes sobre el desplazamiento jurídico. Tales cambios patrimoniales se apellidan abstractos, puesto que para su validez se prescinde en principio de la causa.

Efectivamente, los actos abstractos aparecen en un sistema de contratación cuando la obligación cristaliza en forma independiente, bien por exigencias de un virtualismo mágico, como en las legislaciones primitivas, bien para satisfacer necesidades del tráfico, como en los ordenamientos modernos más progresivos.

En todo caso, la solemnidad de la forma tiende a suplir las la-

(1) Winscheid. *Pand.*, pág. 318

(2) V. Thur, op. cit., III-103.

gunas que para la determinación y prueba del negocio jurídico encontraremos en las escuetas declaraciones de los otorgantes.

La voluntad humana, sin embargo, es impotente para liberarse de los necesarios presupuestos del acto jurídico. Aunque D reconozca con toda claridad que debe 1.000 pesetas a una persona determinada y que se las pagará el 1.º de Enero de 1936, sin excusa, excepción ni réplica, la ley no permitirá que se corten de un modo radical las relaciones jurídicas entre acreedor y deudor. El pago deberá realizarse, o, en otro caso, el Juez lo impondrá en trámites de ejecución forzosa; pero el deudor lesionado en sus legítimos intereses, porque la causa no existe o no es lícita, o no ha desenvuelto su potencialidad, o ha caducado, ejercitará una acción personal (*condictio*) contra el acreedor que se ha enriquecido *torticeramente*.

Volviendo a la clásica división tripartita, veremos en las legislaciones modernas frente a la *causa solvendi*, cuando por error hemos entregado una cosa que no debíamos o estaba pagada, la *condictio indebiti* (cuasicontrato del cobro de lo indebido, según nuestro Código civil); frente a la *causa credendi*, cuando no se ha obtenido la finalidad jurídica perseguida con la prestación, la *condictio ob causa datorum*, y, en fin, siempre que el resultado, en un principio alcanzado, se desvanezca o caduque, la *condictio ob causam finitam*.

En esto, se toman los modelos del Derecho romano, que, bajo la figura jurídica de la *Condictio*, incluía una serie de créditos extracontractuales que correspondían al lesionado contra el adquirente en las hipótesis de enriquecimiento sin base jurídica, y que tendían a la devolución de lo indebidamente recibido (1).

Pero el concepto del cuasicontrato ha sido sustituido por una acción de mayor amplitud, independiente de la voluntad presunta de los interesados, que surge cuando uno de ellos se enriquece por la prestación o a costa del otro y sin causa jurídica.

Dentro del sector que estudiamos, podemos encontrar numerosos ejemplos para ilustrar la cuestión:

(1) Voig, en su notable estudio «Ueber die conditiones ob causam. .», discute la clasificación de las *conditiones* en seis o siete grupos: *ob turpem causam*, *indebiti*, *re non secuta*, *causa finita*, *sine causa*, *furtiva* y *ob injustam causam* (cap. VI, pág. 621).

A) Si con el objeto de pagar una deuda de mi causante, yo, heredero único, transfiero una finca determinada, la inscripción correspondiente autentificará el paso del dominio al presunto acreedor. Pero si luego encuentro entre los papeles del difunto un recibo de la cantidad, podré ejercitar la *condictio indebiti* para que la finca vuelva a mi patrimonio.

B) Si conocedor de que un testador me ha legado una suma determinada para el caso de que haya transferido un edificio a cierta Asociación, hago la transferencia y me coloco en condiciones de reclamar la cantidad relicta, habré transmitido definitivamente la propiedad con la inscripción. Pero si a los pocos días se me comunica que el testamento de referencia había sido revocado por otro posterior, haré uso de la *condictio ob causam* contra la Asociación.

C) Si entrego a una Comisión de pagadores todos los bienes que tengo en la provincia de Cádiz, inscribiéndolos a su nombre para que puedan venderlos sin dificultad y satisfacer mis deudas, y por haber prescrito algunas quedan varias fincas en su poder, las reclamaré ejercitando la *condictio ob causam finitam*.

D) Y si transfiero al prometido de mi sobrina un crédito hipotecario en atención al matrimonio proyectado y éste no se realiza, tendré para rescatarlo la *condictio sine causa*.

Aunque en todos estos supuestos los bienes hubieran pasado a un tercero, siempre puedo esperar que se me devuelva la cantidad con que se haya enriquecido la persona por mí favorecida, o que me ceda las acciones que contra el último adquirente le correspondan.

Con este mecanismo se desvirtúan por completo, cuando la ley no ponga directamente otro remedio, los efectos antijurídicos de los negocios abstractos, y, en cuanto se refiere a nuestro tema, se obtiene la máxima estabilidad del dominio.

Las cuestiones litigiosas se limitan a los contratantes; el vicio del acto jurídico no extiende su fuerza corrosiva a las relaciones lícitas que de la transferencia emanen, el tercero queda asegurado, y el comercio de buena fe, con plenas garantías y dotado de facilidades extensas.

Chocante parecerá que el Estado conceda con una mano al adquirente lo que con la otra le quita, pero ¡con cuánta tranqui-

lidad y confianza entrará en negociaciones con el titular aparente cualquiera persona que desea adquirir un derecho!

«Una circunstancia, una sola, debe ser buscada para apreciar la transferencia de la propiedad, dice Ihering (1), la intención de las partes de operar la transmisión; cualquier otra intención debe ser separada. La voluntad abstracta de transferir es la única cosa que debe investigarse.»

Y después de enumerar las ventajas de desdoblar el acto transmisor como en la técnica inmortal, dejando libre juego a las acciones personales, por defecto o falta de causa legítima, concluye: «El mismo juez que haya reconocido y protegido el acto como transferencia válida de la propiedad, podrá rescindirla como pago (*solutio*) nulo; es decir, decretar la obligación de retransmitir, pero no derogar la propiedad misma.» (2).

Aceptemos estas ideas como postulados de un sistema hipotecario, y deduciremos como inmediatas consecuencias, las siguientes:

1.^a Para transferir, constituir, modificar o extinguir un derecho real sobre inmuebles, basta el acuerdo de los interesados acreditados en debida forma.

2.^a Es inútil la presentación en el Registro del acto jurídico causal, si es que se ha formalizado.

3.^a No hay inconveniente en admitir una simple declaración en que el titular A transmite su finca o derecho a B sin otras explicaciones, siempre que aparezca firmada por ambos y acreditada su identidad y capacidad.

4.^a La calificación del Registrador se circunscribirá al *acto real* sin retroceder a la causa.

5.^a El Registro se aleja cada día más de la contratación ordinaria, o, mejor dicho, del derecho de obligaciones.

JERÓNIMO GONZÁLEZ.

(1) *El espíritu del Derecho romano*. Trad. francesa de Menlaere. IV, página 204.

(2) Loc. cit., pág. 207 *in fine*.

Ausencias de los Registradores

Sentencia recaída en el recurso a que se refiere la nota de la Junta Central, inserta en el Suplemento número 80 de 14 de Febrero último, tal como ha sido facilitada por el Abogado de la misma, D. Baldomero Argente :

«En la villa y Corte de Madrid, a 2 de Diciembre de 1927, en el pleito que pende, en única instancia, ante la Sección segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo, entre D. Jesús Corujo Valvidares y D. Antonio Maseda Bouso, representados por el Procurador D. Ignacio Corujo, y la Administración general del Estado, y en su nombre el Fiscal, contra la Real orden expedida por el Ministerio de Gracia y Justicia en 15 de Enero de 1926.

»Resultando : Que con fecha 16 de Diciembre de 1925, la Dirección general de los Registros impuso al Registrador de la Propiedad de Aranda de Duero, D. Antonio Maseda Bouso, la corrección de apercibimiento por haberse ausentado de dicha población en los días 11 y 12 de Octubre de 1925, ambos inhábiles, sin licencia, y recurrido en alzada por el interesado de la anterior corrección, fué ésta confirmada por Real orden del Ministerio de Gracia y Justicia de 15 de Enero de 1926, fundándose en los artículos 297 de la ley Hipotecaria, 438, 457, párrafo 6.º, y 463 de su Reglamento ; Real decreto de 7 de Mayo de 1924, artículo 1.º ; Reales órdenes de 6 de Octubre y 12 de Noviembre últimos, y las resoluciones de 21 de Julio anterior, así como el acuerdo recurrido.

»Resultando : Que por el Procurador D. Ignacio Corujo, en nombre de D. Jesús Corujo Valvidares, como Registrador de la Propiedad y como Presidente de la Asociación de Registradores de la Propiedad y a nombre, asimismo, de D. Antonio Maseda

Bouso y otro, también como Registrador de la Propiedad y como interesado, a quienes afectan la expresada Real orden, se interpuso recurso contencioso-administrativo, formalizando la demanda con la súplica de que se declare que el Real decreto de 7 de Mayo de 1924 no modificó ni pudo modificar la ley Hipotecaria y su Reglamento en el sentido de extender el deber de residencia de los Registradores de la Propiedad a los días inhábiles en que el Registro ha de permanecer cerrado y de calificar como falta la ausencia de los mismos durante dichos días inhábiles, y en consecuencia revocar la Real orden del Ministerio de Gracia y Justicia de 15 de Enero de 1926, tanto en lo que afecta a la corrección impuesta al Sr. Maseda por una falta inexistente, como en el que atañe al derecho de los recurrentes y de cada uno de los Registradores de la Propiedad a ausentarse del lugar de su residencia oficial en los días feriados.

»Resultando: Que emplazado el Fiscal, contestó oponiendo com perentoria la excepción de incompetencia de jurisdicción y pidiendo subsidiariamente se absuelva de la demanda a la Administración y se declare subsistente la Real orden de 15 de Enero de 1926, contra la que se interpuso este recurso.

»Resultando: Que el problema planteado en este recurso se contrae a determinar si el Real decreto de 7 de Mayo de 1924 modificó la ley Hipotecaria y su Reglamento en forma que extendió también a los días inhábiles el deber de residencia de los Registradores, siendo indudable que no introdujo tal modificación.

»Resultando: Que, en primer lugar, el citado Real decreto no podía operar tal modificación, en virtud del artículo 5.º del Código civil, y aunque el Real decreto de 15 de Septiembre de 1923 da fuerza de ley a los decretos del Directorio Militar, en el de 21 de Diciembre del mismo año, artículo 1.º, apartado c), se decía que el Directorio examinará y aprobará o rechazará los proyectos de decreto que hayan de tener carácter de ley, lo que demuestra que solamente tienen carácter de ley aquellos en que expresamente se hacía constar su condición de Decretos-leyes, y el Decreto que se examina, ni se llama Decreto-ley, ni fué promulgado con tal carácter, por lo que no pudo modificar la ley Hipotecaria ni su Reglamento.

»Segundo. Que, además de no modificarlo, tampoco lo quiso

así; de la lectura del preámbulo se colige que el propósito no es tal modificación, sino cortar los supuestos abusos de una pequeña parte de los Registradores e inaugurar una serie de medidas que conduzcan a la homogeneidad de situación legal de los Registradores con los demás funcionarios públicos, como exigen la equidad y la calidad del servicio que hoy prestan, sancionando debidamente las infracciones del deber de residencia. La misma deducción resulta del artículo 1.º del repetido Real decreto, que dice que los Registradores sólo podrán ausentarse del punto de su residencia oficial cuando hayan obtenido licencia o desempeñen comisiones del servicio, conforme a lo dispuesto en la ley Hipotecaria, la Real orden reclamada, en su Considerando tercero, pretende que las palabras «conforme a la ley Hipotecaria» aparecen separadas con una coma, lo que demuestra que se refiere por igual a las licencias y a las comisiones, pues de haber querido referirse a estas últimas tan sólo, no hubiera podido establecerse esa separación por medio de una coma.

»Tercero. Prueba irrecusable de que no modificó la ley Hipotecaria es el hecho de que el Real decreto de 7 de Mayo de 1924 no establece ninguna sanción para el caso de ausencia durante los días inhábiles. Esta ausencia no la castiga la ley Hipotecaria, ni su Reglamento, y nunca han sido castigadas; de haberse querido modificar la legislación hipotecaria en tal sentido, además de decirlo expresamente, hubiera establecido la correspondiente sanción. La Real orden recurrida pretende que las nuevas faltas deben ser sancionadas conforme a lo establecido en el Reglamento Hipotecario, y esto conduciría a una verdadera herejía jurídica, la de aplicar a una falta la sanción establecida para otras, sin declaración previa.

»Cuarto. Que en la Real orden reclamada se establece que el ejercicio de la función encomendada a los Registradores no puede reducirse a una mera comunicación con el público, sino que les impone deberes que hay que cumplir en todo momento, especialmente con relación al archivo de la oficina, que está exclusivamente bajo la vigilancia del propio Registrador.

»Y esto parece indicar que los Registradores han de tener permanentemente montado algo parecido a una guardia de vista del archivo por medio de la persona del Registrador. Ninguna dis-

posición de la legislación Hipotecaria, ni ninguno de los artículos del Real decreto de 7 de Mayo de 1924 autoriza esa equivocada conclusión.

»Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Antonio María de Mena.

»Visto el artículo 1.º de la ley de 22 de Junio de 1894.

»Vistos los artículos 4.º y 6.º del Reglamento de la misma fecha.

»Considerando : Que la demanda que ha dado origen al presente pleito, en cuanto está promovida a nombre de D. Antonio Maseda, impugna una resolución en la que se le impone una corrección disciplinaria de apercibimiento, y con arreglo a lo dispuesto en el caso 2.º del artículo 6.º del Reglamento de 22 de Junio de 1894, no son materia de recurso contencioso-administrativo las correcciones disciplinarias impuestas a funcionarios públicos civiles y militares, excepto los que impliquen separación del cargo de empleados inamovibles según la Ley.

»Considerando : Que la otra declaración que, a nombre de don Antonio Maseda, se pretende en la demanda relativa al derecho a ausentarse de su residencia oficial los días feriados, tampoco entra el hacerla en las atribuciones de los Tribunales de lo Contencioso, no sólo porque, en cuanto a este demandante, la doctrina que en los Considerandos de la resolución impugnada se establece, referente a la extensión del deber de residencia de los Registradores de la Propiedad, es el fundamento de la corrección impuesta, y como el interesado no puede, según queda dicho, combatir en vía contenciosa dicha corrección, no le es lícito tampoco impugnar los fundamentos en que se basa, sino, además, porque si se estudia en abstracto dichos fundamentos, con separación de la conclusión a que en el expediente conduce, tiene un carácter general y orgánico que los excluye de la vía contenciosa, con arreglo al caso 1.º del artículo 4.º del Reglamento de lo Contencioso.

»Considerando : En cuanto la demanda está propuesta a nombre de D. Jesús Corujo, como Presidente de la Asociación de Registradores de la Propiedad, es también incompetente para conocer de ella la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, por el doble concepto de que en cuanto impone a D. Antonio Maseda una corrección disciplinaria, no lesiona derecho alguno propio de la Asociación de Registradores de la Propiedad ni de su Presi-

dente, y no reúne las condiciones que para ser impugnada en vía contenciosa exige el artículo 1.º de la Ley orgánica de esta jurisdicción, y en cuanto establece reglas referentes a deber de residencia de los Registradores, tiene un carácter general y orgánico que la excluye de la vía contenciosa, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4.º del Reglamento de lo Contencioso.

»Fallamos: Que estimando la exención de incompetencia alegada por el Ministerio Fiscal, debemos declarar y declaramos la incompetencia de esta jurisdicción para conocer de la demanda interpuesta a nombre de D. Jesús Corujo, como Presidente de la Asociación de Registradores de la Propiedad, y de D. Antonio Maseda, contra la Real orden expedida por el Ministerio de Gracia y Justicia de 15 de Enero de 1926. Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta de Madrid*, e insertará en la Colección legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—*Carlos Groizard.*—*Antonio María de Mena.*—*Félix Jarabo.*—Todos con rúbrica.»

Por Real orden inserta en la *Gaceta* de 3 de Enero de 1928, se dispuso que se cumpla en sus propios términos la anterior sentencia.

* * *

Sentencia dictada en el recurso interpuesto por D. José Sánchez Vilches, contra la Real orden que lo declaró en situación ilegal como Registrador de la Propiedad de Bilbao, y ordenó su baja en el Escalafón del Cuerpo:

«En la villa y Corte de Madrid, a 18 de Febrero de 1928, en el pleito que ante Nos pende en única instancia, entre D. José Sánchez Vilches, demandante, representado por el Procurador D. Luis de Pablo y Olazábal, con la dirección del Letrado D. Angel Ossorio Gallardo, y la Administración general del Estado, demandada, y en su nombre el Fiscal, contra Real orden del Ministerio de Gracia y Justicia de 23 de Febrero de 1926.

»Resultando: ...

»Visto siendo Ponente el Magistrado D. Angel Díaz Benito.

»Visto el Real decreto de 12 de Junio de 1922.

»Visto el Real decreto-ley de 7 de Mayo de 1924, cuyos artículos 1.º y 3.º dicen: «Artículo 1.º Los Registradores de la Propiedad sólo podrán ausentarse del punto de su residencia oficial cuan-

»do hayan obtenido licencia o desempeñen comisiones de servicio, conforme a lo dispuesto en la ley Hipotecaria. Artículo 3.º: Los Jueces de primera instancia delegados para la inspección de los Registros, no podrán, en lo sucesivo, conceder a los Registradores autorizaciones de ninguna clase para ausentarse, y si éstos se vieran imposibilitados para desempeñar su cargo por enfermedad u otra causa grave urgente, despachará el Juez los asuntos de urgencia del Registro, poniendo el hecho en conocimiento de la Dirección general, por telégrafo, para que ésta resuelva lo procedente. Si los Registradores dejaren de servir el Registro no hallándose en disfrute de licencia, prórroga o comisión, no percibirán honorarios, y declarada la situación ilegal, se les tendrá por renunciantes y se les dará de baja en el Escalafón del Cuerpo. Los sustitutos de los Registradores sólo despacharán el Registro cuando el Registrador se halle en uso de licencia, prórroga o comisión, siempre autorizados por el Juez, y entendiéndose que en cualquier otro caso procedieron en representación del propio Juez delegado para la inspección del Registro, debiendo este funcionario encargarse de la oficina y percibir los honorarios correspondientes a los días en que el Registrador esté en situación ilegal.»

»Vistas las órdenes de la Dirección general de los Registros de 18, 27 de Julio y 7 de Octubre de 1925, y 18 de Agosto de 1926, insertas en los respectivos anuarios.

»Visto el título XI del Reglamento Hipotecario de 6 de Agosto de 1925.

»Vista la sentencia de 20 de Abril de 1927.

»Considerando: Que la cuestión debatida en el presente litigio se contrae a determinar la procedencia o improcedencia de la baja del recurrente en el Escalafón del Cuerpo de Registradores de la Propiedad y de la situación ilegal en que fué propiamente declarado, y efectos de ésta con relación a sus honorarios por el tiempo que estuvo en dicha situación, resoluciones motivadas por su ausencia del Registro que servía, por grave enfermedad de su esposa y por su propio estado de salud, y se causó sin haber obtenido autorización o licencia; que si bien pretendió telegráficamente del Centro directivo, no le fué concedida, únicos extremos combatidos por el actor, de los varios que contiene la Real orden de 23 de Febrero de 1926.

»Considerando : Que el Real decreto-ley de 7 de Mayo de 1924 se dictó para impedir los abusos que se cometían respecto del deber de residencia, que no evitaban las medidas y correcciones establecidas en la Legislación hipotecaria y el Real decreto de 12 de Junio de 1922, legislación, por tal causa, modificada en cuanto a dicho extremo, por los preceptos del aludido Real decreto-ley, que a partir de su vigencia regula la materia.

»Considerando : Que por lo expuesto es ociosa la invocación de los preceptos anteriores a dicho Real decreto-ley, si se oponen o enervan las prescripciones del mismo, el que no establece excepciones ni referencias a las disposiciones que antes regulaban las ausencias, salvo la declaración de la situación ilegal, así en cuanto a la sanción como a los procedimientos para declararla e imponerla.

»Considerando : Que para la debida aplicación de dicho Real decreto-ley, en lo referente al constante servicio de los Registradores, se ha de estar, no sólo a su letra, sino al sentido y espíritu que la informa, dándole la debida interpretación, para que la grave sanción que autoriza sea proporcionada a la falta que persigue, y resulta medida penal y justa, con evitación de que el castigo sobrepase a la entidad del hecho ; y sea consecuencia del incumplimiento de deber de residencia, que para ser de gravedad y punible, exige la voluntariedad del funcionario, con desprecio e insubordinación al mandato legal de no dejar el Registro en abandono, sin causa justificada, previamente concedida de la Superioridad.

»Considerando : Que únicamente el abandono del servicio sin causa justa, conocida del Centro directivo, debe, en rigor (atendido el espíritu de la Ley y la equidad en que toda ley se inspira), ser estimada motivo para la declaración ilegal de la situación ; y la sanción gravísima de la pérdida de carrera, como castigo procedente, que se impone al funcionario que desprecia su obligación y quebranta el deber de residencia por su conveniencia y voluntad, lo que constituye, además, un acto de insubordinación.

»Considerando : Que esta interpretación coincide con la que la Dirección general ha dado, al no aplicar el Real decreto-ley de 7 de Mayo de 1924, en todos aquellos casos en que, por causas justificadas, se produjo la ausencia del funcionario, como se infie-

re de las órdenes del Centro directivo fechas 18, 21, 27 de Julio y 7 de Octubre de 1925 y 18 de Agosto de 1926, en algunos por hechos tan calificados como los que constan en la primera de las citadas y en la última, en que se declara probada la ausencia sin licencia, y la inaplicación del Real decreto-ley de 1924.

»Considerando: Que en el caso del presente recurso, no se puede desconocer que el actor se ausentó del Registro que servía, sin recibir la autorización o licencia procedente, lo que si, a pesar de las circunstancias en que se produjo la ausencia, debe, por necesidad o inflexibilidad de la disciplina, corregirse, no es, en rigor, de verdad el caso que sanciona el párrafo 2.º del artículo 3.º del Real decreto-ley de 7 de Mayo de 1924, ya que, atendidos los hechos, no puede decirse que dejó de servir el Registro inopinadamente quien habiendo cesado en su despacho por enfermedad, a tenor del párrafo 1.º del artículo 3.º de dicho Real decreto, en tal situación solicitó telegráficamente (como para tales casos la Dirección general reconoce debe hacerse, según se consigna en la orden de 18 de Agosto de 1926) la licencia, por justificada y grave causa; la espera dos días, marcha ante el peligro de la enfermedad de su cónyuge, pero cuida de dar aviso de su residencia y de su casi inmediato regreso, ya que por todo ello, el Centro directivo tuvo conocimiento de la urgencia del caso, recibió la súplica del permiso, conoció el lugar donde el funcionario se hallaba, quedó el servicio atendido y le constó el regreso, motivos todos que racionalmente no determinan el abandono a que se refiere y pena la Ley de 1924, ni envuelve la insubordinación y voluntario quebrantamiento de la residencia, para la que se establece el severo castigo de la separación.

»Considerando: Que, a mayor abundamiento, la declaración de situación ilegal fué indicada por orden telegráfica de la Dirección (folio 1.º del expediente 2.º), sin alegar fundamentos en la providencia que se acordó (folio 23), motivo por el cual fueron pedidos luego por el propio Centro directivo en su Real orden de 31 de Julio (folio 30 del mismo expediente).

»Considerando: Que el Presidente de la Audiencia, al informar en 15 de Enero de 1926, atendiéndose a la letra del artículo 3.º del Real decreto-ley de 1924, estima, sin embargo, hecha aprecia-

ción de todas las circunstancias del caso, desproporcionada de la penalidad.

»Considerando : Que examinadas las circunstancias del hecho, no puede estimarse éste como renuncia implícita, que motiva la baja en el Escalafón.

»Considerando : Que en atención a cuanto se consigna en los anteriores, la declaración de situación ilegal, efectos de ella en lo que se refiere al percibo de honorarios y baja en el Escalafón, no debe mantenerse, porque, dados los hechos y los términos y espíritu del precepto del artículo 3.º del Real decreto-ley, es improcedente en este caso su aplicación, ya que, en rigor, no puede asegurarse que el actor «abandonó el servicio» en el sentido y con el alcance que a tal acto da el mencionado precepto, y según lo requiere para la irreparable sanción que al efecto establece.

»Fallamos : Que debemos revocar y revocamos la Real orden de 23 de Febrero de 1926 del Ministerio de Gracia y Justicia, en cuanto confirma la declaración de situación ilegal y ordena la baja en el Escalafón de Registradores de la Propiedad del recurrente, en sus conclusiones 1.ª y 2.ª, y sin efecto, por tanto, también la 5.ª, como consecuencia que es de aquélla, y en su lugar, declaramos que el Registrador de Bilbao, D. José Sánchez Vilches, debe ser repuesto en su cargo.

»Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la *Gaceta de Madrid*, e insertará en la Colección legislativa, la pronunciamos, mandamos y firmamos: *Carlos Groizard.—Antonio María de Mena.—Adolfo Balbontín.—Angel Díaz Benito.—Leopoldo L. Infantes.*—Rubricados.

»Publicación : Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Angel Díaz Benito, Magistrado del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública en el día de hoy la Sección 2.ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del mismo, de lo que, como Secretario, certifico.—Madrid, 18 de Febrero de 1928.—*Emilio Gómez Vela.*—Rubricado.»

Por Real orden acordada en Consejo de Ministros y publicada, con sendos Considerandos, en la *Gaceta* de 24 de Marzo de 1928, se ha dispuesto que la precedente sentencia *quede inejecutada en todas sus partes.*

Jurisprudencia de la Dirección de los Registros y del Notariado

SEGREGACIÓN DE FINCA. NO ES NECESARIA LA DESCRIPCIÓN DE LA FINCA TOTAL CUANDO LA SEGREGACIÓN SE HACE DE UNA PORCIÓN TOMADA DE UNA DE LAS SUERTES QUE INTEGRAN LA PRIMERA.

Resolución de 2 de Enero de 1928. (Gaceta de 2 de Febrero de 1928.)

FINCA.

En el Registro de la Propiedad de Puigcerdá aparece inscrita en favor de D. Ramón Juves y Bertrand una finca formada por agrupación de varias suertes, entre estas, bajo la letra A, una compuesta de casa, corrales, era, huerto y un campo llamado el Closal. Dicho don Ramón, por escritura otorgada el 21 de Mayo de 1926 ante el Notario de dicho punto D. Joaquín Piñol, vende a don Francisco Alat una porción de terreno del dicho campo Closal, expresándose que dicha porción se tomaba y segregaba de la antes mencionada suerte letra A.

El Registrador no admitió la inscripción del documento por no describirse la total finca de donde se segrega la porción que es objeto de venta, y en el recurso interpuesto contra dicha calificación, el Presidente de Audiencia declaró bien extendida la escritura, auto que confirma la Dirección general con las siguientes consideraciones :

La palabra *finca* aparece empleada en la ley Hipotecaria y en el Reglamento para su ejecución unas veces con referencia a la superficie deslindada y encerrada en un solo perímetro, y otras como entidad hipotecaria compleja que comprende varias parcelas o diversidad de elementos económicos, y, por lo tanto, es necesario

distinguir los preceptos aplicables a cada uno de estos supuestos de aquellos que son comunes a todos.

En el caso de segregar una porción de finca de la ya inscrita, para constituir una nueva, la exigencia reglamentaria de relacionar la inscripción antigua y la nueva lleva consigo la necesidad de describir la parte y el todo, en forma que evite confusiones o referencias equivocadas y satisfaga a los fundamentales preceptos del artículo 9.º de la ley.

En la escritura origen del recurso se consignan las circunstancias, que se pueden llamar generales, de la heredad situada en el también la parcela de que se ha segregado el trozo vendido, que, con las otras catorce, la integran, de suerte que no sólo posible identificar la finca total con arreglo a los preceptos hipotecarios, sino también la parcela de que se ha segregado el trozo vendido, que, con tal parcela, si no constituye una finca independiente para los efectos del Registro, conserva las características de orden físico de innegable valor en los problemas de identificación.

El artículo 60 del Reglamento citado, a cuyo tenor, siempre que se segregue parte de una finca para formar una nueva, ha de expresarse la cabida total, tiene por principal objeto evitar que de un inmueble inscrito sin tal circunstancia, puedan segregarse indefinidamente fincas o parcelas de cabida fantástica, con grave riesgo de los terceros adquirentes, y esta finalidad no se consigue tan fácilmente obligando a sumar y expresar las medidas de todas las parcelas inscritas bajo el mismo número, como dando la cabida de la porción de terreno encerrada en el perímetro de la que se segrega la nueva finca.

INCAPACIDAD DEL NOTARIO PARA AUTORIZAR «POR SÍ Y ANTE SÍ»
UNA ESCRITURA DECLARATIVA DE EDIFICACIÓN.

Resolución de 3 de Enero de 1928. (Gaceta de 3 de Febrero de 1928.)

El Notario de Campillos, D. Luis Cárdenas Miranda, otorgó en 16 de Marzo de 1927, como adicional de otra de compraventa de 5 de Enero del mismo año, escritura declarativa de edificación de una casa en finca inscrita a su favor, con el fin de que se inscribie-

se de acuerdo con la Resolución de 20 de Mayo de 1895, inscripción que denegó el Registrador de la Propiedad de Archidona «por el defecto de que, estableciéndose en el mismo un derecho a favor del Notario autorizante, se encuentra dicho Notario incapacitado para otorgarlo, según preceptúa el artículo 134 del vigente Reglamento Notarial».

Confirmó el Presidente de la Audiencia la nota del Registrador, y la Dirección general acordó confirmar el auto apelado, por las siguientes consideraciones :

Del espíritu de los artículos 22 de la ley del Notariado y 132 y 133 de su Reglamento se desprende que el Notario no debe autorizar con la fórmula «por sí y ante sí» instrumentos públicos que contengan declaraciones o disposiciones de las que pueda obtener un derecho o beneficio contra otras personas o patrimonios, porque tales ventajas, por mínimas que sean, pugnan con la imparcialidad característica de la función.

La declaración de existir un edificio construido en la finca inscrita a favor del mismo Notario, hecha por éste en el documento calificado, si tiene por objeto completar la escritura de 5 de Enero de 1923, de la que es «adicional», no puede ser otorgada por uno sólo de los contratantes, y si trata únicamente de poner en evidencia una de las inmediatas consecuencias del derecho de accesión, favorece al mismo Notario en cuanto asegura una posesión jurídica o exterior en forma auténtica, una manifestación de voluntad de efectos inmediatos contra terceros.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. PROCEDE TOMARLA AUNQUE LO EMBARGADO SE HALLE AFECTO A OTRA ANOTACIÓN EN LA QUE CONSTE LA PROHIBICIÓN JUDICIAL DE VENDER, GRAVAR, ETC.

Resolución de 7 de Enero de 1928. (Gaceta de 3 de Febrero de 1928.)

En el Registro de la Propiedad de Osuna (no Ocaña, como se lee en el Sumario de la *Gaceta*) se presentó, para anotar preventivamente en dos créditos, un mandamiento expedido por el Juzgado de primera instancia del distrito de la Merced, de Málaga, anotación que fué denegada por el Registrador «porque los créditos em-

bargados aparecen ya anotados con otro embargo, donde se impone judicialmente la prohibición absoluta de vender, gravar y obligar dichos créditos».

En el recurso interpuesto, el Presidente de la Audiencia ordenó la práctica de la anotación, y la Dirección general confirma el auto apelado, considerando que, según repetidamente ha declarado la misma, es necesario distinguir las prohibiciones de enajenar, por su origen, en legales, judiciales y voluntarias, así como en el segundo grupo deben separarse las provocadas por un mandamiento que tiende a asegurar las resultas procesales de aquéllas que en cierto modo cierran el Registro, por exigencias supremas del orden público, e impiden la extensión de posteriores asientos.

La prohibición contenida en los mandamientos que decretan la anotación preventiva del artículo 764 de la ley de Enjuiciamiento Civil, como precaución adoptada contra el rebelde, encuentra en el artículo 44 de la ley Hipotecaria normas adecuadas a su desenvolvimiento, y en los artículos 1.923 y 1.927 del Código civil, una clara transformación en preferencia contra los acreedores que ostenten créditos posteriores a cargo del mismo deudor.

La Resolución de 11 de Agosto de 1916, citada por el Registrador, se refería a un pacto formalizado entre coherederos, de no enajenar los bienes que se le adjudicaron, pacto cuyo alcance no se halla previsto en la legislación Hipotecaria, y que la Dirección general hubo de dar por subsistente y válido, mientras por el Tribunal competente no fuere declarada su nulidad.

ADJUDICACIÓN AL EJECUTANTE DE FINCAS EN JUICIO VERBAL. LOS JUZGADOS MUNICIPALES NO PUEDEN ENAJENAR CON TAL MOTIVO FINCAS DE CUANTÍA MUY SUPERIOR A LA RECLAMADA. (Véanse Res. de 8-4-1927, número 32 de esta REVISTA.)

Resolución de 20 de Enero de 1928. (Gaceta del 24 de Febrero de 1928.)

En el Juzgado municipal de Lérida se siguió juicio verbal civil a instancia de D. Dionisio Benedico Nadal, acreedor hipotecario, contra D. Juan Bañeres Cavero, declarado en rebeldía, en recla-

mación de 600 pesetas del interés de dos años de un crédito de cinco mil, y tasadas las fincas en 15.246,46 pesetas y desierta la subasta, fueron adjudicadas al actor por las dos terceras partes del precio de tasación, expidiéndose testimonio para la inscripción de las fincas.

El Registrador de la Propiedad de Tamarite puso en dicho título la siguiente nota: «No admitida la inscripción del precedente título por los siguientes defectos: 1.º Por incompetencia del Juzgado municipal de Lérida, dada la acción ejercitada y lo determinado en el artículo 62 de la ley de Enjuiciamiento Civil, ya que las partes fijaron al constituir la hipoteca a que se refiere la reclamación de intereses formulada, como domicilio de los deudores la casa número 36 de la calle Mayor de esta villa de Tamarite, y además, la finca hipotecada, en unión con la otra que es objeto de esta adjudicación, radican en este término. 2.º Es, además, incompetente, porque la ley Hipotecaria, aparte del procedimiento extrajudicial, sólo reconoce para hacer efectiva la acción hipotecaria el judicial sumario regulado por la misma ley o el ejecutivo ordinario que señala el título XV, libro II de la ley Procesal, cuyo juicio es de la exclusiva competencia del Juzgado de primera instancia. 3.º Porque, aun cuando fuera permitido a los Jueces municipales conocer de los juicios en que se ejercite acción hipotecaria menor de mil pesetas, no lo es para adjudicar, como se hace en el precedente auto, fincas cuyo valor es muy superior a esas sumas. 4.º Porque constando que el demandado estaba declarado en quiebra con anterioridad a la imposición de la demanda de juicio verbal, debió dirigirse ésta contra los Síndicos, que son los verdaderos representantes del deudor. 5.º Respecto a la casa, o sea la primera de las fincas adjudicadas, porque existiendo anotación de demanda de propiedad en favor de D.ª Engracia Manuel Casal, con antelación al procedimiento entablado en el Juzgado municipal de Lérida, se halla presentada en el Diario la escritura de compra-venta en favor de dicha señora, juntamente con el testimonio de la sentencia recaída en el juicio ordinario correspondiente, declarando la validez de aquélla y que debe sufrir plenos efectos y puede inscribirse en el Registro. 6.º Y por último, que habiéndose seguido juicio verbal civil, no es adecuado en esta clase de juicios el testimonio judicial de adjudicación para que la ins-

cripción se verifique, sino que es necesario la escritura pública: y no siendo subsanables tales defectos, no es admisible la anotación preventiva.»

Interpuesto recurso sólo en cuanto a los extremos 3.º y 5.º, el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador, y la Dirección general confirma el auto apelado sólo en cuanto considera insubsanable el defecto 3.º de la nota, por los siguientes razonamientos:

Por no haberse interpuesto apelación en cuanto a los motivos 1.º, 2.º, 4.º y 6.º de la nota objeto de este recurso, debe quedar firme el auto del Presidente de la Audiencia territorial, por lo tocante a los defectos correlativos, y únicamente han de ser objeto de esta resolución los señalados con los números 3.º y 5.º, o sea la competencia del Juzgado municipal y los efectos de la anotación preventiva, tomada con arreglo al número 1.º del artículo 42 de la ley Hipotecaria.

Según ha declarado este Centro en resoluciones varias, los Registradores de la Propiedad se hallan facultados para calificar los documentos judiciales cuya inscripción o anotación se solicita, en cuanto haga referencia a la naturaleza del procedimiento y a la competencia del Juez o Tribunal que las haya dictado u otorgado, para evitar las consecuencias que acarrearía la inscripción de un título notoriamente nulo por razón de la materia o de la cuantía ventiladas en el pleito con apariencia de legitimidad.

Si bien los Jueces municipales tienen competencia para conocer en juicio verbal de la efectividad y pago de las obligaciones cuyo importe no exceda de 1.000 pesetas y ejecutar los pronunciamientos de la sentencia que dicten, no están autorizados para enajenar con este pretexto fincas de valor muy superior al reclamado, examinando y decidiendo cuestiones que trascienden del indicado límite, sin las formas procesales adecuadas, como en el presente caso lo ha puesto de relieve el auto presidencial.

Respecto al motivo 5.º de la nota calificada, la anotación preventiva del número 1.º del artículo 42 de la ley Hipotecaria no lleva consigo una prohibición de enajenar, y como el documento demostrativo de haber terminado mediante sentencia el juicio correspondiente, ha llegado al Registro con posterioridad a la fecha a que deben retrotraerse los efectos de esta resolución, no cabe,

por ahora, entrar en la discusión de las consecuencias que, en su día, ha de provocar el aludido fallo.

ES POSIBLE QUE LA VIUDA Y HEREDEROS DEL MARIDO, AL FALLECIMIENTO DE ÉSTE, PUEDAN DETRAER DEL PATRIMONIO COMÚN, SIN NECESIDAD DE PRACTICAR LA PARTICIÓN, UN ELEMENTO ACTIVO PARA ENAJENARLO, INGRESANDO SU PRECIO EN LA MASA ; PERO SI SE HACE UNA DIVISIÓN IDEAL, POR CUOTAS, SE NECESITA LA PREVIA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD Y DAR A LOS HIJOS MENORES UNA REPRESENTACIÓN FRENTE A LA VIUDA, QUE TIENE INTERÉS OPUESTO.

Resolución de 25 de Enero de 1928. (Gaceta de 2 de Marzo de 1928.)

Ante el Notario de Irún, D. José Ortiz y Ortiz, se otorgó, en 18 de Marzo de 1925, escritura de manifestación de la herencia quedada al fallecimiento de D. José Pichín y Tejeiro, por su viuda, D.^a María Urizberea, en nombre propio, en representación de hijos menores y como heredera de otro hijo, y D. Eugenio Sánchez y Gutiérrez, como apoderado de otro hijo del matrimonio, en cuyo documento dicha señora renuncia a su cuota viudal, declaran las partes indivisas que a cada uno pertenecen en los bienes gananciales, y deseando hacer constar en el Registro su derecho hereditario, suplican que, sin implicar adjudicación de los bienes, se inscriban en la proporción que expresan.

El Registrador de la Propiedad de San Sebastián no admitió la inscripción «por el defecto de no ser posible inscribir bienes que constituyen el caudal de la sociedad conyugal, disuelta por la muerte de D. José Pichín Tejeiro, a nombre de la viuda ni de los herederos instituidos, sin determinar el derecho y la participación que a los últimos corresponde en dichos bienes, mediante la liquidación de la referida sociedad». No admitiendo la anotación.

El Presidente de la Audiencia declaró bien extendida la escritura, por razones análogas a las que el Notario recurrente expuso en su informe, y la Dirección general revoca el auto apelado, con las siguientes consideraciones :

Si bien no contradice a las modernas orientaciones hipotecarias, la posibilidad de que la viuda y herederos de su marido, interesados en la sociedad de gananciales, detraigan del patrimonio común un elemento activo, sin necesidad de realizar las operaciones divisorias, con el fin de enajenarlo a tercera persona e ingresar el precio de la masa de bienes que les pertenece, es necesario que tal operación se realice en términos precisos que eviten toda confusión y garanticen a los adquirentes el dominio de la finca o la titularidad de los derechos reales enajenados.

El caso discutido en este recurso, aunque parezca referirse a una inscripción del derecho hereditario con arreglo al artículo 71 del Reglamento, tiene por objeto la adjudicación de fincas determinadas, que han de salir inmediatamente, por enajenación a un tercero, del patrimonio común, y para ello los interesados han hecho una división ideal, es decir, por cuotas, de los bienes en cuestión sin haber practicado previamente la liquidación de la sociedad conyugal.

Este procedimiento es defectuoso, porque equivale a dividir bienes de la sociedad en gananciales, sin conceder a los hijos la representación adecuada frente a la viuda, que tiene un interés opuesto; como si se tratase convertir de un modo simplista y sin las garantías legales una serie de derechos que al cónyuge supérstite y a los herederos del difunto corresponden sobre la universalidad patrimonial, en derechos definidos y matemáticamente determinados sobre cosas específicas.

La súplica hecha al Registrador de que inscriba a favor de doña María Urtizberea y de sus hijos las dos fincas rústicas adquiridas durante el matrimonio de aquélla con D. José Pichín, «sin implicar adjudicación de bienes», es contradictoria con la declaración de que pertenecen a dicha señora una mitad indivisa de las mismas fincas, en concepto de gananciales, y una sexta parte por herencia de su hijo Miguel, y a cada uno de sus hijos sobrevivientes otra sexta parte.

ARRENDAMIENTOS. NO ES NECESARIO EN LOS CONTRATOS DE CONSTITUCIÓN DE ARRIENDOS DE PARTE DE UNA FINCA RÚSTICA, SEGREGAR DEL TOTAL LA QUE ES OBJETO DEL DERECHO REAL CUANDO LA PORCIÓN ARRENDADA SE DESCRIBE EN FORMA QUE PERMITA CONOCER LA EXISTENCIA DEL GRAVAMEN Y DETERMINAR EL ALCANCE DE LAS RELACIONES INMOBILIARIAS.

Resolución de 27 de Enero de 1928. (Gaceta de 2 de Marzo de 1928.)

El Notario de Sevilla, D. Manuel Díaz Caro, autorizó, el 13 de Octubre de 1924, una escritura en la que D. Ildefonso Pacheco Montalbo arrendó a la Sociedad Algodonera una finca nombrada Cortijo del Real Tesoro, que se describe detalladamente en su totalidad, y se delimita la parte cedida en arriendo por el trozo de terreno «que está limitado por las acequias llamadas Cinco D y Seis D, construídas por el Sindicato de Riegos, y por los Cortijos de Santa Elena y Mejías, terreno que según se desprende de lo consignado, está rodeado por los límites que se acaban de indicar, y consta de una extensión de 145 fanegas con 2 celemines, equivalentes a 83 hectáreas, 4 áreas y 38 centiáreas».

El Registrador de la Propiedad de Carmona denegó la inscripción del documento «en cuanto a la parte de finca arrendada, por observarse el defecto de que figurando en el Registro como una sola, sólo se grava una parte indeterminada, sin describirse como finca nueva ni solicitarse para su inscripción la segregación correspondiente». Nota reproducida al presentarse de nuevo la escritura calificada.

El Presidente de la Audiencia desestima el recurso promovido por el Notario, con la declaración de que si bien la nota del Registrador carece de fundamento legal al exigir que se segregue de la finca la parte arrendada, procede confirmarla en cuanto a todos sus demás extremos, y la Dirección general, revocando en parte el auto apelado, declara hallarse bien extendida la escritura en cuestión, por la siguiente interesante doctrina:

En virtud del principio esquemáticamente concretado con la frase «una sola cosa, un solo derecho», las fincas inscritas en el

Registro de la Propiedad no pueden ser objeto más que de un solo dominio, así como los derechos reales se extienden a la superficie deslindada, en su integridad, sobre todo cuando llega el momento de discutir las garantías o responsabilidades y de distribuir las cantidades obtenidas entre los que figuran con distinto rango hipotecario.

Por tan fundamental motivo puede afirmarse, en general, que siempre que un derecho real deba concretarse a una porción de finca sin trascender al resto, es preciso segregar la parcela afectada, y en el supuesto de que esa segregación sea hipotecariamente imposible, hay que denegar la inscripción solicitada.

Las anteriores reglas generales no impiden que un derecho real grave la totalidad de una finca para los efectos del rango hipotecario o de la prelación frente a otras cargas y arraigue en una porción física del inmueble, como las servidumbres de luces o de paso u *onoris ferendi*, que pueden ser preferentes por su entrada en el Registro a otro derecho que afecte por igual a todo el inmueble, y, sin embargo, radican en un trozo, lindero o esquina del mismo.

En este último supuesto y en todas las figuras jurídicas similares, no es necesario segregar la superficie materialmente dedicada a construir un camino o a soportar una columna, ni describirla con rigurosa sujeción a los artículos 9.º y concordantes de la ley Hipotecaria, tarea imposible y contradictoria con las bases del sistema, sino que basta con describir el derecho en forma que fije las relaciones inmobiliarias y evite confusiones o perjuicios a terceros adquirentes.

El arrendamiento de un local en edificio que tiene varios no lleva consigo la segregación de una parte como finca independiente, porque en la inmensa mayoría de los casos, la parte segregada carecería de los requisitos necesarios para ser inscrita bajo número especial, y el prohibir que fueran objeto de arrendamiento las porciones, pisos o habitaciones de un edificio que no pudiesen ser inscritas como fincas independientes, trastornaría todas las relaciones contractuales, con patente desconocimiento de la naturaleza de las cosas y de las más arraigadas costumbres.

Aunque no de un modo tan patente, son aplicables los anteriores razonamientos a los arriendos agrarios, en cuanto la ins-

cripción los transforma en un gravamen que lleva consigo la detentación del suelo, tenga o no condiciones la porción arrendada, por su forma, servicios y explotación para ser inscrita como finca independiente.

En el caso objeto del recurso, la porción arrendada se halla descrita como un trozo de terreno limitado por las acequias Cinco D y Seis D, construídas por el Sindicato de Riegos, y por los cortijos de Santa Elena y de Mejías, y que tiene 83 hectáreas, 4 árcas y 3 centiáreas, circunstancias que unidas a la tenencia, dato de imprescindible apreciación cuando se trata de arrendamiento, permiten al tercero, que por el Registro conoce la existencia de éste gravamen, determinar sin vacilación ni duda el alcance de los respectivos derechos.

NO SIENDO LA IGLESIA HEREDERA NI LEGATARIA DE LOS BIENES QUE EL TESTADOR DESTINE A OBRAS PIADOSAS POR SU ALMA, NO ES PRECISA LA PREVIA INSCRIPCIÓN A SU FAVOR, Y BASTARÁ, PARA LA ENAJENACIÓN QUE DE DICHS BIENES PUEDA HACER EL HEREDERO Y EJECUTOR TESTAMENTARIO, LA CONCURRENCIA DE UN REPRESENTANTE DEL DIOCESANO.

Resolución de 3 de Febrero de 1928. (Gaceta de 3 de Marzo de 1928.)

Por escritura otorgada el 23 de Julio de 1925 ante el Notario de Bilbao D. Manuel María Gaitero, D. Celestino Amaya Hidalgo, dueño de una casa chalet titulada «Villa Begoña», inscrita a su favor, tres cuartas partes en pleno dominio y el usufructo vitalicio de la otra cuarta parte, como comprada durante su matrimonio con la finada D.^a Paula Allende Luminaga, de la que quedó como único heredero, vende la totalidad de la finca a D.^a Gloria Goya. Y presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Bilbao, se inscribió en cuanto al pleno dominio de las partes expresadas, pero no se admitió la inscripción de la nuda propiedad de la cuarta parte, por estar destinada por la causante, dicha D.^a Paula, al fallecimiento de su esposo, el pleno dominio de la citada cuarta parte a decir misas por el bien de las almas de ambos.

Por otra escritura ante el mismo Notario, de 27 de Mayo de 1927, comparece, además de los contratantes dichos, D. Ramón Galbarriatu, en nombre de la Iglesia; y por pertenecer a ésta la cuarta parte de la nuda propiedad de la finca expresada, la venden a la misma D.^a Gloria Goya.

Presentada esta escritura en el Registro de la Propiedad de Bilbao, no admitió el Registrador la inscripción, «porque la nuda propiedad de la cuarta parte de dicha finca que es objeto de la venta no consta inscrita en favor de la Iglesia, y lo está, aun por el contrario, a favor de D. Celestino Amaya, en virtud de adquisición de todo predio a título oneroso durante su consorcio con D.^a Paula Allende».

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador, y la Dirección general revoca el auto apelado y declara bien extendida la escritura por estas consideraciones:

La cláusula del testamento otorgado por D.^a Paula Allende, en la que instituye heredero a su marido y establece que al fallecimiento del mismo, y con la mitad de los bienes, se digan misas por el bien del alma de ambos, puede estimarse comprendida en el artículo 747 del Código civil, con la doble modalidad de referirse exclusivamente a misas y de encargar se apliquen por el alma de ambos.

Esta doble modalidad lleva como naturales consecuencias: primera, que el heredero o Albacea no necesita hacer entrega de la mitad de las cantidades obtenidas para este objeto al Gobernador civil, con arreglo a la Real orden dictada en 9 de Junio de 1894 por el Ministerio de la Gobernación, de acuerdo con el Consejo de Estado, y segunda, que a la muerte de la testadora, el heredero puede dar al Diocesano todos los bienes en cuestión, o mejor dicho, el valor de la nuda propiedad capitalizada.

La Iglesia no es heredera ni legataria de los bienes que se destinen a obras piadosas por el alma del testador, y, en este sentido, ni es necesaria la inscripción a su nombre, ni puede transmitir a tercera persona la nuda propiedad de la finca en cuestión; pero como la escritura pública de 27 de Mayo de 1927 ha sido otorgada por D. Celestino Amaya, como único interesado en la herencia de D.^a Paula Allende, y por D. Ramón Galbarriatu, en nombre de la Iglesia, debe entenderse completada la representación

necesaria para enajenar el chalet titulado «Villa Begoña», sin necesidad de inscribir a nombre de persona determinada la nuda propiedad de la cuarta parte, toda vez que el heredero, en estos casos, obra como ejecutor testamentario, y el antepenúltimo párrafo del artículo 20 de la ley Hipotecaria dispensa de la previa inscripción a favor de los albaceas que estuvieren autorizados para enajenar.

El razonamiento de que no ha llegado el caso de que con la mitad de la herencia de la testadora en que fué instituído heredero usufructuario su marido, se digan misas por el alma de los dos, carece de fuerza civil para impedir la enajenación realizada, porque los actos de disposición del Sr. Amaya, en el concepto de heredero y ejecutor de la voluntad de su esposa, tan sólo se hallan limitados por las facultades concedidas a la Iglesia, que es la llamada, indiscutiblemente, a celebrar las misas, y en el instrumento público calificado consta la autorización del Diocesano para la transferencia llevada a cabo.

LUIS R. LUESO.

Registrador de la Propiedad

Jurisprudencia administrativa del impuesto de Derechos reales

XV

1.º *La devolución de ingresos indebidos por duplicación de pago o error de hecho, ha de ser solicitada de la Delegación de Hacienda respectiva.—2.º Solicitado tal devolución del Tribunal Económico-administrativo provincial y dictado acuerdo por éste, es nulo lo actuado y debe ser remitido al Delegado de Hacienda.—3.º Este pronunciamiento puede adoptarse de oficio y aun cuando las partes no lo hayan pedido ni planteado sino otra cuestión diferente de la expuesta.*

Según el artículo 6.º del Reglamento de procedimiento de 29 de Julio de 1924 los contribuyentes pueden solicitar de la Delegación de Hacienda respectiva, dentro de los cinco años, contados desde el ingreso reputado indebido, la devolución de las cantidades ingresadas en la Hacienda por duplicación de pago, por error de hecho, equivocación aritmética o material al señalar el tipo que no corresponda al concepto liquidado; y solicitada una devolución de la liquidación de un contrato de arriendo de un balneario, alegando duplicación de pago, ante el Tribunal Provincial Económico-administrativo y fuera del plazo de quince días señalado en el artículo 62 de dicho Reglamento y accedido a esa petición por el Tribunal, adolece el procedimiento seguido de un vicio substancial de nulidad y ha de anularse, por tanto; la Administración Central tiene el deber de revisar los fallos de las autoridades económico-administrativas, aunque no sea a instancia de parte cuando crea

se han infringido las Instrucciones y Reglamentos, y el de declararlos nulos cuando haya infracciones legales, según Real orden del Ministerio de Hacienda de 22 de Noviembre de 1901; y transferidas al Tribunal Central las facultades y deberes de los Centros directivos por Real decreto de 16 de Junio de 1921, lo fué asimismo la facultad de revisión indicada; según Sentencias del Tribunal Supremo (Sala tercera) de 9 de Marzo de 1922, 23 de Febrero de 1914, 31 de Enero de 1916, 30 de Diciembre de 1919 y 9 de Abril de 1921 la jurisdicción contencioso-administrativa, aun siendo incompetente para resolver el asunto, puede revisar el procedimiento seguido para apreciar si hay alguna violación de norma substancial por ser el procedimiento garantía del derecho de las partes y del acierto de la resolución recurrida. (Acuerdo del Tribunal Central de 8 de Febrero de 1927.) 1.

XVI

Procedimiento. El plazo para reclamar contra un acto de gestión económico-administrativa es el de quince días, según el artículo 62 del Reglamento de 29 de Julio de 1924; e ingresada una cantidad en 29 de Noviembre e interpuesto el recurso en 30 de Diciembre siguiente, es notorio que es extemporáneo y debe ser desestimado. (Acuerdo del Tribunal Central de 8 de Febrero de 1927.)

XVII

Liquidada en 1899 la adquisición de la nuda propiedad de un legado y de una donación mortis causa, ingresado su importe y consentidas esas liquidaciones por la Administración sin ejercer el derecho de impugnarlas ni revisarlas en el plazo de quince años, son firmes; y, por ello, es improcedente e inadmisibile el recurso entablado por la Dirección de lo Contencioso, en función de sus facultades revisoras, pidiendo al fallecer la última usufructuaria en 1925 que se girase liquidación sobre la totalidad de los bienes y a los tipos vigentes en esta fecha. Las oficinas liquidadoras no pueden practicar revisión de liquidaciones.

Caso.—Una testadora, fallecida en 1888, legó, para después de la muerte de su esposo, hasta cuya fecha no se adquiriría derecho

alguno, el usufructo de sus bienes a una hermana, y después de la muerte de ésta, a una hija de la misma, y por fallecimiento de esta última usufructuaria pasaría la propiedad de los bienes a los hijos que tenga de legítimo matrimonio el día de su muerte, con derecho de acrecer los sobrevivientes, no verificándose la división del legado entre ellos hasta después de muerta la madre, última usufructuaria. El marido hizo una donación *mortis causa* a los sobrinos en la misma forma que su mujer. Hecha la testamentaria se liquidó la nuda propiedad a nombre de los sobrinos de la testadora, ingresándose su importe, aplazándose la del usufructo a favor de aquéllos, hasta que tuviera lugar la extinción por muerte de la última usufructuaria.

Fallecida ésta en 1923, se solicitó liquidación por la consolidación del dominio. El liquidador, después de instruir expediente de comprobación, que fué apelado, giró liquidaciones, no por la adquisición del usufructo meramente, sino por la totalidad de los bienes y a los tipos vigentes en 1923, al fallecer la usufructuaria, por estimar que entonces se adquirirían aquéllos, y además por retiros obreros; los interesados pidieron se aplicase el artículo 65 del Reglamento de 1911, al tipo vigente, o sea el de 1881, y por el valor de los bienes al constituirse la nuda propiedad y verificarse la transmisión en 1888; el *Tribunal Provincial estimó esta pretensión*; comunicado este fallo a la Dirección de lo Contencioso acordó la revisión, y la entabló fundándose en que la forma indeterminada de la institución y de la donación impedía apreciar, en el momento de liquidar la herencia, quiénes fuesen los adquirentes, herederos o donatarios del pleno dominio de los bienes, lo cual no se supo hasta fallecer la última usufructuaria, y hasta ese momento no se pudo determinar ni el tipo de liquidación ni el valor de los bienes. *La reclamación es rechazada por el Tribunal Central*. Los recursos en vía económico-administrativa someten al Tribunal todas las cuestiones, aun las no tratadas por los particulares (artículos 20 y 80 del Reglamento de Procedimiento). La oficina liquidadora, al liquidar en 1888, determinó quiénes eran los nudos propietarios y giró las liquidaciones a su nombre y fueron ingresadas sin que contra ese acto recurriese la Administración ni promoviese la acción investigadora en el plazo de quince años (artículo 126 del Reglamento de 20 de Abril de 1911) y aquel acto

se hizo firme; la oficina liquidadora, al liquidar en 1923 el pleno dominio, en vez de la consolidación de la nuda propiedad y usufructo, practicó una revisión de las liquidaciones de 1888, para lo cual no tiene competencia, pues ello es exclusivo de las Abogacías del Estado o Dirección de lo Contencioso (artículo 126 citado): la circunstancia de haber fallado el Tribunal Provincial en cuanto al fondo no rehabilita plazos para ejercitar la acción revisora prescrita, ni hacer perder a las liquidaciones su condición de firmes. (Acuerdo de 4 de Octubre de 1927.) 4.

XVIII

Comprobación de valores. Verificada la comprobación de valores de los bienes legados en nuda propiedad a que se refiere el número anterior, en 1899, sin que se interpusiese recurso alguno ni la Dirección de lo Contencioso ejercitase la acción investigadora, ha de estarse al valor fijado y consentido en 1889, y no puede hacerse nueva comprobación de valores para obtener otra base al consolidarse el usufructo con la nuda propiedad, por muerte de la usufructuaria en 1923, por ser ya firme e inatacable la primera comprobación. Los fundamentos son idénticos a los expuestos en el número anterior. (Acuerdo del Tribunal Central de 4 de Octubre de 1927.) 5.

XIX

Los interesados, al ingresar una liquidación, se muestran conocedores no sólo de la cantidad que se liquidó, sino de la base sobre que se giró aquélla, siendo innecesaria notificación expresa de la aprobación de la base o expediente de comprobación; y transcurrido más de quince días desde el ingreso de las cuotas liquidadas hasta que se impugnó la liquidación y su base ha de estimarse consentidas la fijación de la base y las liquidaciones.

Doctrina.—La notificación de los actos administrativos tienen por objeto que los interesados conozcan determinados acuerdos, de los que se derivan derechos y obligaciones que les conciernen; y como

el expediente de comprobación tiende a precisar el capital base de las liquidaciones, es indudable que si el interesado, después de fijada la base y giradas las liquidaciones ingresó ésta, las conoció cabal y completamente, puesto que verificó el pago, y la cuantía de aquéllas se determina en función de la base; transcurridos más de quince días sin impugnar unas y otra desde el ingreso, la reclamación es extemporánea según el artículo 166 del Reglamento del Impuesto de 1911, en relación al párrafo tercero del artículo 1.º del de 29 de Julio de 1924; es doctrina reiteradamente fijada por la Administración y por el Tribunal Supremo (sentencia de la Sala tercera de 4 de Julio de 1923) que los interesados, al pagar, se dan por notificados, y contra ese criterio no pueden invocarse los artículos 119 y 34 de los Reglamentos del Impuesto (de 1911) y de Procedimientos, por referirse el primero a notificación a los efectos del pago, es decir, a momento procesal anterior al pago mismo, y el segundo a las providencias dentro del procedimiento económico-administrativo, o sea después de formuladas las reclamaciones económico-administrativas. (Acuerdo del Tribunal Central de 13 de Septiembre de 1927.) 7.

XX

Denuncia por defraudación del impuesto. Practicada la comprobación conforme al liquido imponible, si después de giradas las liquidaciones se descubre por denuncia particular un aumento de valor de los mismos bienes declarados, no procede sino girar una liquidación complementaria sobre el aumento de valor si los interesados acceden voluntariamente al pago y han facilitado cuantos documentos se les han pedido, sin imponerles multa alguna, y por esto último es claro que no puede reconocerse al denunciante participación en una multa que no existe ni se ha impuesto. No puede resolver el Central una cuestión no planteada ante el Provincial.

Doctrina.—La comprobación de valores, obligatoria en todas las transmisiones a título lucrativo (artículo 80 del antiguo Reglamento), se practicará, según el 74, acudiendo al amillaramiento, registro fiscal o trabajo catastral, y después indistintamente a los demás medios que aquél señala, sin que la utilización de uno ex-

cluya a los demás si se sospechase que el valor obtenido no revela la verdadera estimación de los bienes; utilizando el líquido imponible de los bienes amillarados y giradas sobre esa base las respectivas liquidaciones al contribuyente que las ingresó, es forzoso reconocer que este no se opuso al fisco; y demostrado posteriormente, a virtud de un expediente instruido por denuncia de un particular, que los bienes declarados tenían mayor valor que el que sirvió de base a la liquidación, surge la cuestión de si aquél ha incurrido en las responsabilidades estatuidas en el artículo 180 del Reglamento para los casos de disminución de valores; ese artículo en su párrafo tercero establece una pena para el caso de haberse disminuído los valores declarados al solicitarse la liquidación provisional; en los párrafos 6, 7 y 8, fija otra para la ocultación maliciosa de valores en los bienes declarados descubiertos por la comprobación (multa de 20 por 100 de las cuotas correspondientes a la diferencia obtenida por la comprobación); entendiéndose que la ocultación es maliciosa si hay un aumento de más del 25 por 100 del valor declarado por los interesados, y que no lo es cuando estos faciliten todos los elementos necesarios para que la comprobación se practique y acepten el resultado de ella; y el último párrafo estatuye otra, finalmente, para los casos en que después de practicada la liquidación definitiva se demostrase una disminución de más de 10 por 100 del valor de los bienes declarados, pena que consiste en una multa igual al impuesto de las cuotas liquidadas por la diferencia del valor que resulte en relación al declarado; estos preceptos son aplicables y si en un caso no se entiende maliciosa la ocultación por facilitar los interesados los elementos de la comprobación y aceptar el valor fijado por la Administración, igual criterio se ha de seguir en el otro caso, o sea cuando la disminución de valores se descubra después de la liquidación definitiva, y por ello ha de admitirse que si los interesados no sólo facilitan a la Administración los medios de comprobación para la liquidación definitiva, conformándose con su resultado, sino que lo mismo han hecho en el expediente de denuncia, aceptando la tasación pericial, según acordó el instructor de éste, designando perito que procedió de acuerdo con el de la Administración y aceptando el valor fijado por la peritación, no existe motivo para estimar constituya ocultación maliciosa la diferencia entre la base conseguida por la capita-

lización del líquido imponible y el valor fijado por la peritación, no procediendo se exija a los herederos, como multa el importe de las cuotas liquidadas por el aumento de valor obtenido. No procede resolver la reclamación de un legatario ante el Tribunal Central, si no ha sido planteada y resuelta por el Provincial, según el artículo 41 del Reglamento de procedimiento. Siendo el único derecho del denunciante el de participar de la multa, según el artículo 131 del Reglamento del Impuesto, si no hay multa no hay participación alguna para él, según sentencias del Supremo de 16 y 27 de Diciembre 1907, 10 Diciembre 1909, 10 Abril 1918 y 8 Marzo y 31 de Octubre 1919. (Acuerdo del Tribunal Central de 22 de Marzo de 1927.) 8.

XXI

Los liquidadores del impuesto carecen de personalidad, como agentes de la Administración, para recurrir de acuerdos declarando no haber lugar a la imposición de una multa y demora, aunque en ella fuesen partícipes, porque la anulación de la liquidación no les afecta inmediato y directamente, ya que en esos casos la Administración no hace sino subsanar los errores padecidos por el inferior al aplicar los preceptos legales, siquiera éste haya de devolver cantidades que hubiera hecho suyas, de prosperar la responsabilidad. (Acuerdo del Tribunal Central de 8 de Febrero de 1927.) 10. Véase REVISTA CRÍTICA, páginas 281, 282, 767, 853, de 1926 y el número de Junio de 1925.

XXII

Comprobación de Valores. Revisión por la Dirección de lo Contencioso y acuerdo de apelación consiguientes.—No es reglamentario, ni por tanto admisible, fijar el valor de una finca mediante una proporción en que se determine el de una extensión no amillarada por el de otra parte amillarada, debiendo acudir a los medios ordinarios o a la tasación pericial. Al Tribunal Central, corresponde conocer de las apelaciones interpuestas por la Dirección de lo Contencioso, cualquiera que sea su cuantía. La reclamación económico-administrativa, somete al Tribunal todas las cuestiones del expediente aun no planteadas por los interesados. Los términos del artículo 74 del Reglamento del Impuesto, evidencian

la amplitud con que la Administración puede actuar en la comprobación de valores, sin que por el empleo de un medio esté excluida la utilización de los demás, si con ello se consigue fijar el verdadero valor, siendo completamente libre la facultad de aquélla, de rechazar un medio que dé un resultado deficiente; pero todo ello ha de ser con la condición inexcusable de que el medio utilizado sea reglamentario, no pudiendo llegar esa libertad a aceptar un medio que el mismo liquidador estima deficiente por no hacer referencia ni comprender a toda la superficie de la finca y procurar suplir esa deficiencia mediante una proporción indicadora de la renta líquida que correspondería a la extensión total del predio, *según* el título, calculando la renta por la que el Catastro asigna a la extensión incluida en él, pues esto no está admitido en el Reglamento; si el Catastro es insuficiente, debe acudirse a la tasación pericial, pues lo demás es arbitrario. 2.º Según el artículo 23 del Real decreto de 27 de Abril de 1926, a la Dirección de lo Contencioso corresponde la revisión de los fallos de los Tribunales Provinciales, cualquiera que sea su cuantía (artículos 126 y 127 del Reglamento del Impuesto de 1911). 3.º Según el 20 del Reglamento de 29 de Julio de 1924, la reclamación económica somete a las autoridades administrativas competentes todas las cuestiones del expediente. (Acuerdo del Tribunal Central de 5 de Abril de 1926.) 12.

XXIII

Para que se pueda utilizar como medio de comprobación el valor asignado en venta, en el Catastro, es indispensable que se haya notificado aquél al interesado y no haya interpuesto reclamación alguna; no siendo así no puede utilizarse aquel medio de comprobación sin perjuicio de utilizar los demás reglamentarios, incluso la tasación. Hecha una comprobación de compraventa de una casa, tomando como base para la liquidación el valor en venta con que figura en el Catastro, no estando aquél notificado aquél al interesado y no haya interpuesto reclamación, verificar aquélla por medio reglamentario, y fijada la base, girar ésta.

Fundamentos.—No obstante lo dispuesto en el antiguo Reglamento del Impuesto, en sus artículos 74 y 79, de que contra la com-

probación del valor en venta de los Registros fiscales, sólo se admite reclamación, si con anterioridad se ha impugnado la valoración asignada en ellos a los inmuebles, esto se entiende si se ha notificado al propietario la estimación dada a su finca por la Administración y aquél la ha consentido, según Real orden de 30 de Julio de 1927, que dispone la notificación especial de todos los extremos de la valoración catastral; no hecha esta notificación, el valor asignado en el Catastro no puede servir de base para la comprobación de la base en el impuesto de derechos reales sin perjuicio de que la Administración utilice los demás medios reglamentarios. (Acuerdos del Tribunal Económico administrativo Central de 25 de Octubre de 1927.) 13.

GABRIEL MAÑUECO.

Abogado del Estado.

Banco Español de Crédito

Capital: 50.000.000 de pesetas

Domicilio social: Alcalá, 14, Madrid

CAJA DE AHORROS

Intereses que se abonan: 4 por 100. Libretas, 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.

BIBLIOGRAFIA

MORELL-CAMPUZANO.—*Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, por J. Morell y Terry, Registrador de la Propiedad. Segunda edición, corregida y adicionada por D. Fernando Campuzano y Horma, Registrador de la Propiedad. Tomo I, artículos 1.º al 5.º. Tomo II, artículos 6.º al 41. *Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros*, vols. XIX y XX. Madrid, Editorial Reus, S. A.

Pocos años después del en que nuestro ilustre compañero el Sr. Morell y Terry publicó su obra *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, que, como sucesora de la de los Sres. Galindo y Escosura, nos sirve a diario, con carácter de insustituible, de consulta y guía, se empezó a notar la necesidad de remozarla y completarla. Y no porque el éxito haya dejado de coronar los esfuerzos, nunca bastante destacados, del que fué nuestro querido compañero, ya que la edición de que hablamos supone con relación a su precedente un avance considerable en cuanto al método expositivo, aplicación de la jurisprudencia, exposición de doctrina, desarrollo de principios nuevos en el régimen inmobiliario, procedentes de otras legislaciones y que pugnan por abrirse paso en la nuestra, profundidad y tino de apreciación, labor verdaderamente benedictina de acopio y aportación de toda clase de datos legislativos, todo lo que procede y es de aplicación en el género doctrinal y práctico a que la obra pertenece, sino porque, aunque no extensas, ha habido reformas de legislación, impuestas unas por necesidades más o menos reales y sentidas del momento social, justificadas otras por la natural trayectoria que en la atmósfera en que vivimos desarrollan líneas y relieves originales; se han presentado problemas nuevos,

casos varios sobre los que se pronuncian los jurisconsultos, y que resuelve muchas veces de modo disconforme la jurisprudencia; existían lagunas y vacíos, interpretaciones que, por lo casuísticas, estaban necesitadas de revisión, de contraste entre unas y otras para que, después de un estudio detenido y serio, se nos presente una opción bien documentada y con las máximas garantías de acierto en su aplicación.

Otro compañero, D. Fernando Campuzano y Horma, que desde que recibió el espaldarazo de aptitud para pertenecer a nuestra carrera, ha dedicado su poderosa actividad y su clarísima inteligencia a este género de estudios, acometió, con todo el brío de su juventud, con toda su excelsa voluntad, con la autoridad y conocimientos que proporciona una preparación constante y una labor de maestro, la tarea verdaderamente ardua y difícil de poner al día la obra del Sr. Morell y Terry.

Van publicados ya—y bastan y aun sobran para nuestro objeto—los dos primeros tomos, y en ellos el Sr. Campuzano, respetando el plan seguido en la obra de Morell y la orientación doctrinal y hermenéutica que le dió su autor, ha logrado modernizar y completar la tarea de su predecesor. Así podemos observar que para el mejor manejo y más fácil estudio, se añaden en forma sintética, a continuación de cada artículo de la ley Hipotecaria que lo requiere, las concordancias con otros de la misma, su Reglamento y demás leyes pertinentes y relacionadas, con más los precedentes del mismo artículo, sobre el que viene a seguida el comentario, a ratos original y desde luego fundamentado con la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Dirección, todo seleccionado, servido con una prosa limpia y correcta.

Había en la obra de Morell tesis inciertas, apuntes iniciados, dudas y problemas que quedaban sin solución, vacilando su autor antes de sentar una afirmación comprometedora, rígida, dogmática, siempre expuesta. Campuzano ataca todos o casi todos estos problemas y otros planteados por la práctica, por la jurisprudencia y por los programas de oposiciones, e intenta resolverlos, sin esquivarlos, cual podría hacerlo, dándoles una solución que podrá o no ser la definitiva—faltan muchos pasos que dar antes de que algunos problemas hipotecarios la tengan indiscutible—, pero que ni es superficial, ni carece de sólido fundamento, ni puede

tildarse por falta de una investigación de tipo moderno en perfecta consonancia con la misión que se ha impuesto y que con éxito verdaderamente grande ha llevado a feliz término.

En el tomo segundo se recogen las novedades legislativas referentes al Catastro, Consejo Superior Ferroviario, tracto sucesivo, Apéndice foral de Aragón, Estatutos provincial y municipal. Decreto sobre redención de foros y otras más, que hacen sea necesaria esta obra a todo aquel a quien acucie el natural deseo de hallarse al corriente del actual movimiento legislativo.

Pero no se ha limitado a esto, con ser mucho, el trabajo de Campuzano, sino que al encontrarse con reformas como la reciente, tan discutida por su importancia y tan temida por sus consecuencias, del artículo 41 de la ley Hipotecaria, se enfrenta con ella y acomete su estudio, desde su precedente el artículo 15 de la ley de 21 de Abril de 1909, con la interpretación que mereció adicionada con la jurisprudencia recaída, hasta llegar al momento actual, en que su reforma suscita comentarios y provoca críticas de D. Jerónimo González y de los Sres. Mon Pascual, Navarro Carbonell y López de Haro, las que son recogidas y comentadas, para terminar sustentando un criterio propio, de un indiscutible mérito por la sagacidad observadora que dedica a todos los componentes, a los factores todos que es preciso reunir y rumiar antes de pronunciarse sobre problema tan interesante, tan complejo y tan definitivamente influyente en la marcha futura de nuestra Institución.

Recomendamos la lectura de este Comentario, que ocupa las páginas 797 y siguientes del segundo tomo. Ella convencerá mejor que cuanto pudiéramos añadir aquí de que Campuzano no sólo se halla capacitado para remozar y completar la obra de Morell, sino que posee preparación bastante, capacidad sobrada, méritos propios y vuelo suficiente para actuar como comentarista, atento no ya a la finalidad práctica que necesitamos los que hemos de aplicar las disposiciones legales, sino también a la labor científica de investigación, indispensable en una obra doctrinal de la altura de la que nos ocupa.

Hasta ahora podría serles permitido a los que no conocieran la ya extensa y fundamental labor de Campuzano, el dudar de la suerte que pudieran correr los *Comentarios* del inolvidable Morell y Terry. En lo sucesivo, todos los que lean lo que indicado queda,

tienen elementos sobrados de juicio para esperar que en nada desmerezca de la de su antecesor la tarea del ilustre hipotecarista don Fernando Campuzano y Horma.

Hemos dejado pasar el tiempo, más del debido, a los méritos e importancia de la obra de Campuzano, acaso no el necesario para que nuestra limitada inteligencia se hallase en condiciones de poder pronunciarse sobre ella, sin dedicar a su autor el tributo debido de publicidad y agradecimiento, cumpliendo el encargo que recibimos de la Dirección de esta REVISTA.

Sirvan para ello estas líneas, en las que hemos pretendido evitar, sin tener la seguridad de haberlo conseguido, el peligro, siempre inminente cuando la amistad interviene, de precipitarnos por el cauce del panegírico desdibujado, que produzca en la mente del que nos lea el recelo sobre la justeza de estas modestas observaciones.

LUIS R. LUESO.

Registrador de la Propiedad

SÁNCHEZ JIMÉNEZ (ROBERTO).—*El riesgo imprevisible en la vida del Derecho privado*.—87 páginas. Editorial Caro Raggio. Madrid.

No es la intención del autor explicar lo que el riesgo imprevisible es y significa dentro del Derecho público ni cómo nació la doctrina formada por las imperiosas reclamaciones de un estado de hecho surgido a consecuencia de la situación anormal y violenta creada por la guerra, a quienes habían contratado sin contar con la posibilidad de tal acontecimiento. Este estudio se desenvuelve dentro del campo de Derecho privado y aun en el dominio estricto de esta materia, no le parece oportuno al Sr. Sánchez Jiménez reproducir las consideraciones de orden general, ya muy sabidas, que se han vertido sobre la nueva construcción.

Su trabajo tiene dos partes:

En la primera, de índole técnica, se intenta fundar la esencia

del riesgo imprevisible en la conformación interna de los contratos, y muy especialmente de algún tipo de contratos.

En la segunda, se busca la aplicación práctica de la fórmula a la vida jurídica y en concreto a ciertas manifestaciones de la misma.

En la vida del contrato, la doctrina ha consagrado casi unánimemente una atención delicadísima y especial al momento de su formación, de tal manera, que se ha creado una copiosa fuente de estudio exclusivamente dedicada al examen del papel de la voluntad individual y a los efectos de las declaraciones hechas por los contratantes.

La declaración de voluntad contractual emitida válidamente y recogida del mismo modo por el contratante opuesto, liga obligatoriamente a quien la emitió. Pero el punto verdaderamente difícil está en determinar concretamente la extensión de la obligación. No es lo mismo decir que liga a lo declarado o a lo querido por el contratante, o a todas las consecuencias que se deriven de lo declarado o querido, o simplemente a las consecuencias necesarias o a las normales.

La obligación puede nacer para ser ejecutada de modo completo e instantáneo o para tener una vida larga con sucesivos cumplimientos parciales. La obligación simple de entregar una cosa termina en el momento que la cosa se entregó, y normalmente el Derecho no tiene por qué volver a ocuparse de ella. Los problemas que con relación a este punto se originan, son de relativa dificultad y sencillez: o la obligación se cumple normalmente o se incumple parcial o totalmente, ya voluntariamente, ya por caso fortuito. Quien ha contratado con vista a la ejecución inmediata, presta su consentimiento sobre datos bastante seguros y con escasas contingencias. Cuando la ejecución queda en su totalidad aplazada, o cuando el contrato es susceptible de múltiples y repetidas ejecuciones parciales, la cuestión varía totalmente. La elasticidad del incumplimiento por caso fortuito o fuerza mayor no es suficiente para llenar todos los problemas que pueden surgir.

Es indudable, y en esto coincide la mayoría, que si al momento de contratar se representase ante el contratante las modificaciones que con el transcurso del tiempo habrían de sufrir el

objeto sobre que contrató y la *ratio contractualis*, la declaración de voluntad expresiva del consentimiento no sería unitaria y simple, sino múltiple y variable, adaptada a cada supuesto nuevo. No es menos indudable, que no pudiendo verificarse la representación antedicha, y siendo perturbador dentro del Derecho, que el consentimiento pueda decaer a la menor novedad surgida, la ley supone y establece la obligación en aquel punto, donde no puede decirse lógicamente que la voluntad la creó. Pero esta obligación legal, distinta de la convencional, no puede ser establecida en todo caso sin esperanza posible de redención para los contratantes. Lo sería si la causa y el objeto sólo existieran en el momento de perfección del contrato y permanecieran ajenas a todas las derivaciones de la ejecución posterior. Pero esto es inadmisibile. En el contrato de ejecución inmediata, el problema no puede normalmente presentarse. Pero en el contrato de ejecución retardada o sucesiva, la perfección no es otra cosa que el momento de acuerdo de los elementos normales, bajo circunstancias normales también. Si entre este momento y el de la ejecución o ejecuciones, muy posteriores, las circunstancias varían profundamente, el consentimiento, el objeto y la causa quedan asimismo profundamente influenciados por la variación y hay que estimar que el contrato se renueva constantemente. Porque ningún elemento puede permanecer fijo cuando las circunstancias en que se gestó cambian. Esta es la diferencia esencial entre el contrato, en el cual la ejecución sigue a la perfección, de aquellos otros en que la ejecución o ejecuciones se distancian.

He aquí, pues, cómo el autor ve el fundamento del riesgo imprevisible en el Derecho privado, basado en la propia constitución interna de aquellos contratos en que la ejecución no sigue inmediatamente a la perfección, y es claro que a medida que la ejecución o ejecuciones son más retardadas, la posibilidad del riesgo aumenta proporcionalmente. En realidad, el consentimiento prestado a condiciones actuales, no debe servir para distintas condiciones futuras. La influencia del medio jurídico, social y económico sobre el contrato, debe traducirse en una fórmula que le preste la mayor estabilidad posible, pero también la más grande flexibilidad.

La dificultad más considerable surge cuando se trata de bus-

car la fórmula para encajar dentro del Derecho el riesgo imprevisible.

Para abordar con alguna seguridad el problema de encontrar una fórmula que satisfaga, aunque sea medianamente, todas las exigencias, evitando los peligros más acusados, hay que partir de una idea concreta. Y es que el riesgo, como causa general, no se produce para uno solo de los contratantes, sino para todos. Las teorías explicativas hasta ahora enunciadas por la doctrina, no sirven sino en cuanto satisfacen esta petición.

No es que haya error en el contrato, como se aprecia en ocasiones, porque el error, si se produjo, conduce a consecuencias distintas según su entidad, consecuencias, por otra parte, determinadas en las normas actuales.

La falta de causa que también se alega lleva a otros resultados. El enriquecimiento injusto es doctrina insuficiente, si no se produce por una alteración profunda de la normalidad de los elementos del contrato y a costa del contratante opuesto, determinando paralelamente un empobrecimiento igualmente injusto. Algo semejante puede decirse de la lesión, cuando ésta no ocasiona rescisión del contrato.

Las teorías que fundan su doctrina en la cláusula *rebus sic stantibus*, el abuso del derecho o la influencia de instituciones sociales, convienen ya en el propósito de explicar el riesgo imprevisible por una causa general que afecta a los dos contratantes.

Otras doctrinas, como la del equilibrio de intereses, se funden en realidad en alguna de las anteriores. La que basa el riesgo imprevisible en la utilidad general, hace referencia tan sólo al derecho público, pero no al privado, a menos de no ampliar excesivamente el concepto de utilidad general.

El riesgo imprevisible ha de consistir, por tanto, en el acaecimiento de un hecho que afecte fundamentalmente al contrato mismo (o a los dos contratantes si se prefieren otras teorías).

Naturalmente, este hecho no será debido a la voluntad de los interesados, sino totalmente ajeno.

Finalmente, no colocará a los obligados en posición de imposibilidad absoluta de cumplir lo prometido, sino solamente dificultará de tal modo la ejecución, que, de seguirla adelante en la forma pactada primeramente, se origine un desequilibrio de inte-

reses, esto es, un empobrecimiento injusto en uno de los contratantes con un enriquecimiento injusto en otro u otros.

Del Código civil está ausente la teoría del riesgo imprevisible, como lo está también de los cuerpos de Derecho privado vigentes en los demás países.

No obstante, entre el articulado de nuestro Código hay principios suficientes para encontrar atisbos de la noción, si no siempre como *riesgo imprevisible*, sí, al menos, como *circunstancia imprevisible*.

La manera amplia en que el artículo 1.105 está redactado, daría pie a los Tribunales para construir sobre él, sin grave violencia, la doctrina del riesgo imprevisible. «Nadie responderá—dice—de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables.»

Se ha hecho alguna incursión en tal artículo con motivo de riesgo imprevisible, aunque sin delimitar claramente la teoría, por las Sentencias de 13 de Enero de 1920 y 24 de Febrero de 1921, dictadas en la materia contenciosoadministrativa. En el Derecho privado, no sólo no hay movimiento favorable de la jurisprudencia, sino más bien opuesto. Ningún caso concreto se ha sometido a la resolución del Tribunal Supremo con entera precisión, pero en alguno distinto en que pudo establecer principios fundamentales que abriesen el camino, el criterio sentado no deja lugar a grandes esperanzas.

Por lo demás, dentro del articulado del Código civil se puede encontrar, como dije más atrás, algunas disposiciones que guardan relación, siquiera sea lejana en la mayor parte de los casos, con el *riesgo imprevisible*, o, al menos, con la concurrencia de *circunstancias imprevisibles*.

- A) En la compraventa (artículo 1.485).
- B) En el arrendamiento (artículo 1.575).
- C) En el mandato (artículo 1.736).
- D) En el depósito (artículo 1.776).
- E) En la fianza (artículo 1.843).
- F) En las obligaciones a plazo, en general (artículo 1.129).

El *riesgo imprevisible* encaja en algunas instituciones de Derecho privado:

- A) Suministros.

B) Arrendamientos de fincas urbanas, de fincas rústicas, de minas, de servicios, aparcería y en el arrendamiento de obras.

En resolución, el autor se ha propuesto poner de relieve estas ideas: 1.^a Que el Derecho actual proporciona soluciones insuficientes para los casos de eventualidades imprevistas en el cumplimiento de los contratos. 2.^a Que la fuerza mayor es inútil para aquellos supuestos en que la obligación puede cumplirse todavía, aunque empobreciéndose uno de los contratantes. 3.^a Que el Derecho, como orden de equilibrio social y económico, debe tender a la supresión del azar en los contratos, procurando seguridades para el futuro. 4.^a Que la norma de solución para el riesgo imprevisible, debe tener presente que el interés social y el corriente de los contratantes es el de que el contrato se ejecuta o siga ejecutándose, aunque en condiciones de equidad, y que la rescisión, como remedio violento, debe sólo quedar reducida a casos extremos. 5.^a Que igualmente hay que tener presente que siendo las prestaciones de las partes, en principio, recíprocas, condicionadas y equilibradas, la alteración económica de una de ellas debe ir seguida de la alteración consiguiente en la contraprestación. 6.^a Que en defecto de ley, y en presencia de un criterio rígido de los Tribunales, los contratantes deben ponerse a cubierto por sí mismos de los riesgos imprevisibles con las oportunas cláusulas contractuales.

Ha sido también finalidad del trabajo movilizar la práctica jurídica por un cauce nuevo, y este último propósito no resultará tan ambicioso como el autor indica.

LA REDACCIÓN.