

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

Año IV

Enero de 1928

Núm. 37

El requisito de la viabilidad del nacido en el Código civil

III.—EL DERECHO ROMANO Y LA VIABILIDAD.

La personalidad jurídica como supuesto necesario en la vida de relación, fué objeto especial de estudio por los jurisconsultos romanos. En confirmación de la importancia que concedieron al problema, a más de la brillante estructura de sus tesis y resoluciones, basta observar la amplitud de límites que concedieron al titular de derechos, tomando como punto de partida la concepción del feto, condicionado al hecho del parto, y terminando en su extinción con el hecho físico de la muerte, y, aun más allá, con la ficción de la herencia yacente, fórmula jurídica sustentada en la teoría de la continuación de la personalidad.

La protección del concebido no nacido se encuentra plenamente declarada en el Fragmento 7, D. I. 5: *Qui in ulero est, périnde ac si in rebus humanis esset, custoditur quotièur de commòdi ipsius partus quocritur; quamquam prosit*, con sólo las siguientes salvedades: aplazar sus efectos hasta el nacimiento, entendiendo por tal la separación completa del feto en relación con el cuerpo de la madre, sin que influya para nada que la separación sea natural o artificial (*perfecte natus*) y no considerar nacido al que carezca de vida al efectuarse la separación, o su conformación le haga incluir en el concepto de monstruo (1).

(1) L. 129 DE VERB SIGN: *Non sunt liberi qui contra formam humani generis converso more procreantur; veluti si mulier monstruosum aliquíd, aut prodigiosum cuixa sit.*

Basta con los textos citados para comprender que el Derecho romano exige en el feto, como requisitos esenciales para reconocerle personalidad jurídica: nacimiento, nacer vivo y tener figura humana. Debaten los romanistas sobre las circunstancias del nacimiento, sobre qué signos son sintomáticos de la vida, y sobre cuáles deformaciones distancian al recién nacido del patrón humano para llevarle a la conceptualización de monstruo, pero no observamos discrepancia alguna en admitir como postulado de aquel Derecho los tres requisitos mencionados.

En contraposición a este común sentir, aparece la postura adoptada por los autores al preguntarse si el requisito de la viabilidad era exigido por el Derecho romano como esencial componente de la idea de personalidad. A la cabeza de los que defienden la tesis de que la viabilidad no es exigida por el Derecho romano, figura Savigni (1), seguido por Domat (2), Vangerow Dahne y Seuffert (3), etc., y últimamente Isnardi (4), que a fines del siglo pasado disiente certeramente al lado de Savigni. La tendencia opuesta es representada, entre otros, por Wachter (5) y Windscheid (6).

Veamos, de la manera más concreta posible, los argumentos que se aducen:

La palabra viabilidad fué conocida de los jurisconsultos romanos. Sirve de base a esta creencia, ser palabra de raíces latinas y haber sido empleada por escritores, aun no juristas, como Plinio (7). A tal convicción llegan sobre este particular autores como Savigni (8), que no dudan expresarse en términos categóricos: «... podría creerse que era (la viabilidad) una invención de los jurisconsultos modernos y que no tuvieron los romanos idea alguna de ella; pero lejos de suceder así, la conocieron perfectamente».

La exigencia del requisito de la viabilidad en el Derecho roma-

(1) Savigni: *Sistema del Derecho Romano actual*. Madrid, 1878, página 385 y siguientes.

(2) Domat: *Loire civiles*, tomo prem., pág. 318 y siguientes.

(3) Citados por Wachter: *De partu vivo non vitali* Lipsia, 1866.

(4) Francesco Isnardi: *Principio e termine della Personalità dell'Individuo*. Torino, 1896.

(5) Wachter: ob. cit.

(6) Windscheid: *Diritto delle Paudette*.

(7) *Hist. Nat.*, lib. 7, c. 4 al 5.

(8) Savigni: ob. cit., pág. 385.

no fué tenida por cierta entre los jurisconsultos del siglo XVIII y especialmente entre los escritores de comienzos del siglo XIX. Savigni señala los nombres de Carranza (1), G. E. Oeltze (2), Haller y, últimamente, a Glück, a quien acusa de haber llevado al límite de confusión de ideas sobre esta cuestión, aunque reconoce su meritoria aportación de textos y datos. A tal punto estaban influidos en la idea de la existencia de la viabilidad, que alegada ante el Consejo de Estado de Francia, por Chabot, se aceptó como base de la teoría adoptada por el Código francés (3).

En medio de este ambiente de aceptación y tranquilidad, emprende Savigni su crítica contraria basada en observaciones que, hasta la fecha, no han podido ser impugnadas.

Savnigi reflexiona sobre el texto de Plinius (4), ya citado, y concluye que la palabra *vitalis*, empleada dos veces, tiene sólo una referencia al nacimiento vivo, sin detenerse a recoger el aspecto sutil de la viabilidad, y además se refiere al negocio de la legitimidad, siendo, por consecuencia, sus apreciaciones extrañas al problema de la viabilidad.

Continúa Savigni en sus análisis, con el texto de Gellius (5), y advierte que tal texto no se refiere a la capacidad del recién nacido, sino exclusivamente al *ius liberorum* de la madre, no como pena, sino como requisito para conceder un privilegio unido al *ius liberorum*. Por último, se refiere al texto de Paulo, que enumera las condiciones que debe reunir la mujer para heredar, en virtud del Senado Consulto Tertuliano, que era uno de los principales privilegios que se unían al *ius liberorum* (6). A este texto

(1) Carranza: *De p. naturali et legitimo*, cap. 9.

(2) Oeltze: *De partu vivo vitali et non vitali*. (Tema 1.769.)

(3) Isnardi: *Ob. cit.*, pág. 31.

(4) Ante «septimum mensem haud unquam vitalis est. Septimo non nisi pridie posteriore plenilunio aut interlunio concepti nascuntur. Italatinum in Ajipto est et octavo gigni. I am quidem et in Italia tales partus esse vitales contra priscorum opiniones... Masurius auctor est L. Papirium proetorem secundo hendie lege agente honorum possessionem contra cum dedisse quum mater partum se XIII mensibus diceret tulisse, quoniam nullum certum tempus paricudi statum videretur.»

(5) Libro III, c. 16.

(6) Lib. IV, tit. 9 ad. se Tertullianum, Paulus, lib. IV, tit. 6: «Matres tam ingenux, quam libertinoe, ut ins liberorum consecutoe videantur, ter

le concedè Savigni una máxima importancia, ya que se refiere esencialmente a la viabilidad, reconociendo que pueden nacer vivos sin ser viables, *vivos et pleni temporis*, sin que pueda pensarse en qué se refiere al concepto de supérstite, porque Paulo lo niegue ni tiene por objeto encauzar el problema de legitimidad, puesto que se trataba del *ius liberorum*. Por eso entiende Paulo que el interés de la madre no radicaba en que naciere su hijo vivo, sino, además, *pleni temporis*, es decir, viable. Contemplando el texto en este aspecto, se formula Savigni la primera pregunta: ¿Cuál es el tiempo exigido por Paulo *plenum tempus*? Encuentra la contestación en el párrafo quinto de Paulo: La preñez ha de durar un mínimum de seis meses; pero lo grave del caso—sigue argumentando Savigni—es que Paulo apoyó su regla en la autoridad de Pitágoras, y éste, nos dice: *Aut septimo pleno, aut decimo mense*. La contradicción es tan patente, que Noçdot (1) propuso una enmienda al objeto de buscar armónica corrección que dijere: *ut aut septimo, ut pleno decimo mense*. Pero Savigni considera que es una armonía ficticia, ya que *pleno decimo mense* no significa durante todo el curso del décimo mes, sino dentro de él. La clave para resolver la dificultad, la encuentra en un texto de Censorino (2). La frase del texto de Paulo no se refiere al Derecho en vigor, sino exclusivamente a la opinión de Pitágoras. Estudiando con detenimiento los textos, entre la regla de Paulo y la del Derecho romano resulta una diferencia completa. Las conclusiones a que llega Savigni podemos agruparlas en la siguiente forma:

A) La regla de Paulo, expuesta también por Aulio Gelio, sólo se invoca como fundamento del *ius liberorum* y en lo que hacía referencia a los privilegios.

B) Paulo, trayendo a colación la autoridad de Pitágoras, ha querido mostrar una erudición superflua e ininteligible, pues ambas reglas son irreconciliables; y

C) Que, por consecuencia, el texto de Paulo no ha podido

et pleni temporis pariaut 55 Septimo mense natus matri prodest: ratio enim Pythagorei numeri hoc videtur admittere, ut aut septimopleno, aut decimo mense partus maturior videtur.

(1) Noçdot: *Paudectas*, libro I, tit. VI.

(2) Censorino: *De die natali*.

referirse nunca como condición esencial para reconocer la capacidad a un niño nacido vivo.

En el Derecho justiniano no existe dato alguno que acredite la exigencia de la viabilidad, y con la desaparición del *ius liberorum* acabaron las incertidumbres que los textos comentados pudieron ofrecer.

* * *

Los fundamentos en que se sustentaba durante el siglo XIX la idea de que la viabilidad era requisito exigido por el Derecho romano, se pueden concretar en los siguientes textos: L. 12 D. *de statu hom*; en las locuciones; *non integrum animal* y *si vivus perfecte natus est*, de la ley 12 D. *de liberis et port* y 3 C. *de post hered inst* (1). Savigni y los suyos combaten tales fundamentos, observando que la L. 12 D., *de statu hom*, se refiere a regular la genérica capacidad del recién nacido; el *non integrum animal* debía significar un parto falto de cualquier miembro no esencial a la vida, y el *vives perfecte natus* debía entenderse en el sentido de un parto sobrevenido al completo desprendimiento del seno materno.

* * *

Después de los trabajos de Savigni, la opinión se orienta a su lado: La viabilidad deja de ser, en el Derecho romano, un requisito esencial para el reconocimiento de la personalidad jurídica.

La solución de la cuestión, que parecía ya definitiva, vuelve a ponerse en tela de juicio con motivo de la publicación de la obra de Wachter *De partu vivu non vitali*, quien pretende haber comprobado que el requisito de la viabilidad en su sentido propio, es decir, como sinónimo de madurez del feto, era exigida por el Derecho romano.

Wachter, a quien en muchas concepciones sigue Windscheid, parte de dos textos de Paulo: Sent., lib. 4, tít. 9, § 1.º y 12, D. *de*

(1) Recogidos por Isnardi en las págs. 31 y 32 el V. A su vez les recoge de Haller, Oeltze, Polhier, Forti, etc.

statu hom, y fija especialmente su atención en el § 1.º, *Iust de exhered liber*, y 42 de *post hered inst*. Es decir, que la defensa de su teoría la ve Wachter en la contraposición que el Derecho romano hace de las palabras *abortus* y *postumus*. Del estudio de los textos expuestos, deduce Wachter que por *abortus* entendían los juriconsultos romanos el nacido vivo pero no viable por falta de gestación, y por *postumus*, el nacido vivo y con aptitud para la vida; de donde resulta, para este autor, que el Derecho romano exigía la viabilidad aunque en su sentido propio, o sea como consecuencia de una gestación normal.

Isnardi (1) califica de profundamente ingeniosa la tesis de Wachter, pero no le conviene, y al objeto de dejar la cuestión reducida a sus propios términos, interviene contra Wachter, mostrando el más adepto de los *savignianos*.

El texto citado por Wachter, Sent., lib. 4, tit. 9, § 1.º (2), de Paulo, no hace referencia a la viabilidad; trata de exigir determinadas condiciones para establecer una especial capacidad jurídica de la madre, subordinada a un número de partos vivos y maduros. Los motivos de esta exigencia, como los que dieron lugar al Senado Consulto Tertuliano, obedecen a causas sociales de adcentamiento y moralidad de las costumbres romanas, maltrechas en aquella época de libertinaje, en que se conceptuaba odioso el matrimonio: los abortos y los divorcios se sucedían. Como complemento de la razón expuesta, aduce Isnardi: a) Que tal disposición de derecho singular no puede ser aplicable, sino sólo al caso para que fué estudiada; b) Que aun aceptando que no tuviera aquel carácter, la viabilidad nada tiene que ver con la especial capacidad de la madre, al objeto de recibir privilegios, y c) Que concedida la capacidad a las madres para heredar a sus hijos, el texto de Paulo cayó en el olvido.

Afronta Isnardi el segundo texto citado por Wachter como argumento de su tesis, o sea la L. 12, D. de *statu hom* (3); la in-

(1) Ob. cit. pág. 33.

(2) «Onatres tam ingenuae, quam libertinae, cives Romanae, ut ius liberorum consecutae videatur ter et juater peperisse, etc.»

(3) «Septimo mense nasci perfectum partum jam receptum est propter auctoritatem doctissimi hippocratis; et ideo esedeudum est, cum qui est instes nuptiis septimo mense natus est instum filium esse».

interpretación ordinaria que se le da a este texto es poniéndolo en relación con la L. 5 D., *de in ius voc.*; y, por tanto, es de aplicación la máxima *pater ist est quem nuptiae demostrant*. El legislador no tuvo, en la ley 12, intención de referirse a problemas de personalidad; ante un concepto tan vago como el de la L. 5.^a, por lo que se atribuía la paternidad al marido de todos los hijos que pariera su mujer, quiso poner un límite, y éste lo efectuó en la ley 12, apoyándose para ello en los datos que la ciencia médica suministraba, de no poder nacer el infante con vida antes del séptimo mes.

Si tomáramos en sentido absoluto la doctrina contraria, iríamos contra el mismo Hipócrates, quien decía que el parto a los siete meses puede nacer vivo, pero no que todos los fetos nacidos en el séptimo mes sean necesariamente vitales. A este efecto, recuerda Isnardi el dicho de Velpeau: «Es el grado de perfección al cual han llegado los órganos y no la época del embarazo lo que en Fisiología debe servir para determinar la viabilidad del niño; y como la evolución fetal no tiene nada de fijo, un feto de ocho meses puede ser menos completamente viable que otro de siete.»

Completa Isnardi sus observaciones con las razones siguientes: a) Que la ley 12 se refiere a cuestiones de legitimidad; b) Que es una disposición de Derecho singular, inaplicable fuera de su supuesto; c) Que si los jurisconsultos romanos quisieron con la ley 12 diferenciar el recién nacido vivo y prematuro, del vivo y perfecto, no se comprende que en los últimos textos en que funda su teoría Wachter, que se refieren a problemas de capacidad jurídica, no se habla del perfecto natus: d) Que la ley 12 resulta superflua e inútil, tanto desde el punto de vista del ejercicio de la acción en desconocimiento de la paternidad, cuanto si se tiene en cuenta el alcance de la máxima de Hipócrates. Para comprender esta afirmación de Isnardi, bastará tener en cuenta que para los nacidos antes del séptimo mes, carentes, por naturaleza, de vida, el ejercicio de acciones de desconocimiento resulta inútil.

Al tercero de los textos en que se apoya Wachter, o sea § 1.º, Inst. *de exhered liber* (1), y el mismo concepto expresa la

(1) Después de ordenada la necesidad de instituir herederos o desherrar a los hijos póstumos, pues, de lo contrario, al venir al mundo rompe-

L. 2 C., *de posthered inst*, contesta Isnardi recordando el rescripto de los Emperadores Diocleciano y Maximino, que respondían al caso en que la viuda quedara en cinta, afirmando que si la viuda da a luz un aborto, el testamento permanece con todo su vigor para la ejecución, pero si el hijo nace vivo, aunque muera en seguida, el testamento queda definitivamente roto. Sin necesidad de aducir nuevos razonamientos, queda comprobado que en este texto, la palabra abortus está referida al que nace muerto, sin que el póstumo tenga tampoco otra trascendencia que la de nacer vivo y en tiempo, que en relación a la fecha del testamento o a la vida del padre puede merecer tal calificativo.

El último fundamento en que se apoya Wachter es en la interpretación de la L. 3 C. *de posthered illust* (1). Se refiere esta ley al supuesto del feto que encontrándose en el vientre de la madre es omitido en el testamento de su padre muerto. Justiniano, resolviendo las dudas de los jurisconsultos y dictando fallo en la cuestión promovida entre proculeyanos y savinianos acerca de los signos de vida, ordenó que si la criatura está viva después de haberse separado completamente del seno de su madre, aunque haya muerto después o en las manos de la comadrona o después de haberlo puesto en el suelo, dicho póstumo rompe el testamento, puesto que debe sólo averiguarse si vino vivo enteramente a la luz sin presentar formas de monstruo, de prodigio.

Isnardi observa que en la decisión de Justiniano no se emplea

en el testamento, añade: «Si mulier, ese qua postumus operabatur, abortum fecerit, nihil impedimentum est scriptis heredibus ad hereditatem adeundam.»

(1) «Quod certatum est apud veteres, non decidimus. Cum igitur is qui in ventre portabatur, practaritus fuerat, qui si ad lucem fuisset redactus, suus heres patre existeret, si non alius sum antecederet, et nascendo ruptum testamentum faceret: si postumus in hunc quidem orbem devolutus est, voce antem non emissa abac luce sultractus est, dubitabatur, si is postumus ruptum faceret testamentum posset? Et veterum animi turbati sum, quid de paterno elogio etatuendum sit. Cumque Sabiniani crestimabant si vivus natus esse, et si vocem non emisit, rumpi testamentum, aparetque, quod et si mutue fuerat: hoc ipsum faciebat: eorum etiam nos iudicamus sententiam: et saucimus si vivus perfecte natus est: lecet illico postquam in terra secidit, vel inmanibus obstetricis decessit: nihilominus testamentum sumpti, hoc tantummodo requisitum si vivus essem totus processit ad nullum declinaus monstrum del prodigium.»

la palabra «abörtus» en contraposición a «postumus», y ésta sólo como sinónimo del «is qui in ventre portabatur», y claro es que el póstumo bajo esta concepción al venir a la luz puede ser una criatura abortiva o una criatura viva más o menos madura.

Es verdaderamente extraño que las dos escuelas de Savinianos y Proculeyanos, que tanto discutieron sobre los signos acreditativos de la vida, no se preocuparon en absoluto del problema de la viabilidad. Y consecuente con esto la decisión citada de Justiniano, sólo resuelve lo relativo a signos de vida.

En la estudiada resolución de Justiniano sólo puede verse los tres requisitos clásicos que en verdad exigió el Derecho romano para conceder o reconocer la personalidad jurídica: nacer completamente vivo y ausencia de monstruosidad. Si la viabilidad hubiese sido requisito esencial exigido por el Derecho romano, ¿por qué la silencia también Justiniano?

Suponiendo que lo hubiese exigido, ¿a qué normas podía recurrir el Derecho romano para acreditar que el póstumo nacido vivo era al mismo tiempo maduro? Opina Isnardi que no se podía incoar el séptimo *mense nazci, de L. 12, de statu hom*: a) Por ser una prescripción de Derecho singular. b) Porque aplicada a las sucesiones nos lleva a consecuencias falsas. c) Porque si lo hubiese querido aplicar lo hubiese dicho expresamente.

Isnardi, en su intento de no dejar duda en pie, examina el significado del vocablo *abortus* en Plinio, y opina que este autor se refirió con tal expresión a las plantas y particularmente a una especialidad de árboles que viven y dan frutos: «Hay plátanos mantenidos enanos a la fuerza, *quoniam arborum etiam abortus invenimus*» (1). Aquí Plinio habla de abortos en sentido figurado, impropio y no para indicar, como sostiene Wachter, plantas prematuras, sino plantas que aun teniendo vitalidad no alcanzan una justa altura. Si esto fuese una observación endeble, bastaría seguir leyendo a Plinio para convencerse que en otros pasajes de su obra se refiere concretamente al *abortus*, significando el feto que viene al mundo falto de vida. El mismo significado etimológico de la palabra *abortus* se vuelve contra la acepción dada por Wachter: «Abortus es la negativa de Ortus».

(1) En sus *Comentarios*.

En cuanto a la palabra *postumus*, también Wachter violenta su significado al considerarle como calificativo que se daba al niño nacido en madurez de gestación. Sin recurrir a textos y argumentos de autoridad como son, por ejemplo, los brindados por Cuiacccio (1), basta leer el encabezamiento de la L. 5 D. «de rebus dubiis» para entender que los jurisconsultos romanos querían indicar con la palabra *postumus* una persona absolutamente incierta respecto a su definitiva manifestación jurídica. Dos últimas observaciones hace Isnardi a la teoría de Wachter sobre la palabra *postumus*: a) Que no se encuentra en ningún pasaje forma alguna que autorice dar a esta palabra la interpretación de Wachter. b) Que la ley de 3 C. de *post hered iust* no es la única ley que regula el caso estudiado, ya que existe un texto de Paulo que pasó a constituir la L. 12 D. de *liber et port*, en que se acredita el normal significado de *postumus*, sin siquiera mentar esta palabra.

* * *

Hasta aquí textos, interpretaciones y disensiones que nos revelan la postura del Derecho romano en punto a la institución de la viabilidad.

La pasión de los romanistas por el Derecho que estudian, la fe ciega que tienen de encontrar prevenida en él la reglamentación de toda institución, modalidad o matiz jurídico, o el estímulo poco laudable de apoyar su autoridad en concepciones originales, hacen interminables la discusión de estos problemas, y lo que es peor, siembran la duda.

Una seria reflexión sobre lo escrito nos lleva a comprender la razón que asiste a Savigni: «No existe en los textos romanos texto alguno que refiriéndose directamente a problemas de capacidad o personalidad jurídica, exija el requisito de la viabilidad, ni tampoco encontramos una declaración terminante con textos cuyo objeto sea la reglamentación de problemas de legitimación, concesión de privilegios a las madres de donación o sucesorios, y si en ellos nada se nos dice, ir a buscar su existencia y su significado entre escritores no juristas, sólo puede quedar justificado para contestar en discusión, pero no como argumento serio».

(1) En sus *Comentarios*.

«Cuando el Derecho romano y sus jurisconsultos se plantean el problema de la personalidad jurídica, hacen referencia exclusiva a los tres requisitos de nacimiento completo, vida y ausencia de monstruosidad o prodigio; Savinianos y Proculianos discuten denodadamente sobre signos de vida; Justiniano da su fallo sobre la cuestión, y ni las escuelas ni el Emperador se preocupan de la viabilidad. Sólo cuando se reglamentan otros institutos se expresan palabras cuya interpretación retorcida sirven de pábulo a formación de oposiciones críticas. Pero hay algo más grave; por regla general los textos a que se acude para esta última labor, no son representativos de la legislación romana, son concepciones teóricas basadas en los alcances a que llega la ciencia de la época, que por faltarle tiempo de compulsación y crítica no puede aceptarse como verdad. Recordemos a este efecto lo que Savigni concluía refiriéndose al texto de Paulo (lib. IV, tít. 9. ad. Sc. Tertullianum): «Paulo, invocando la autoridad de Pitágoras, ha mostrado una erudición superflua e inteligible, pues ambas reglas son irreconciliables» (se refería a la de Pitágoras y a la sustentada por el Derecho romano). Para mayor comprobación de este extremo, no olvidemos tampoco la influencia que en las concepciones teóricas romanas ejerció Hipócrates, para quien —como dice Aramburu (1)—, como perteneciente a la Escuela Pitagórica, los hechos ceden en importancia a los números, y recordemos también los antojos de la Escuela Itálica con su número siete constituido en clave fundamental de todos los problemas.

La mayor prueba que se puede aportar defendiendo la tesis de que la viabilidad no fué requisito esencial para el Derecho romano, es ver el objeto que perseguían los textos que enfocan para su estudio de viabilidad los comentaristas: la predilección se marca a favor de los que reglamentan la legitimación. El objeto que persiguen éstos, basados en concepto de moral familiar, es dar la reglamentación de efectos jurídicos sucesorios, y la viabilidad es un concepto distinto y de amplitud extraordinariamente superior, al par que anterior en una lógica exégesis jurídica.

Apenas tocan los comentaristas el requisito de la figura hu-

(1) Mariano Aramburu y Machado, en su *Estudio de las causas que determinan, modifican y extinguen la capacidad civil*, pág. 45 y 46. Madrid, 1894.

mana para encontrar en ella un buen conducto que les lleve al problema de la viabilidad. Tal silencio declara una buena intención; en aquellos tiempos la religión y la fábula forman el presupuesto suficiente en el pensamiento del legislador, sin que la falta de viabilidad por la deformación esencial pueda suponer les hiciera negar la personalidad ante la monstruosidad o el prodigio.

El Derecho romano habla con gran frecuencia de monstruos, prodigios y portentos, a quienes niega personalidad, pero la regulación de las circunstancias que han de concurrir en los recién nacidos para ser declarados como tales es muy deficiente.

Los textos que hacen referencia a este problema pueden resumirse en: la ley 135 de verb. sign. (1), con ella se niega a las madres que tales seres paran el «ius liberorum» del Senado consulto Trevelánico, pero les sirven para evitar las penas de la ley Julia et Papia.

La ley 14 D. de *etat hom* (2), por la que se negaba la capacidad de Derecho.

Los textos romanos nos dan muestras de que se hacía distinción entre la monstruosidad, y aquellas deformaciones que no alcanzaban la categoría de monstruosidad (3), leyes 10 y 11 de *statu hom*; 12, párrafo primero D. de *lib et post* y 15, párrafo primero de *testibus*.

Los textos reseñados revelan que la monstruosidad de los nacidos impedían a las madres la adquisición de determinados privilegios y a aquéllos la adquisición de capacidad jurídica, pero

(1) «Quaeret aliquis: si portentosum, vel monstrosus vel debilem mulier ediderit velgualem visu, vel vajitu novum, non humanae fuguased alterius majis animalis, quam hominis partum an quia (mater) enixa est, prodesse ei debeat?»

(2) «Non sunt liberi; qui contra formam humani queris converso more procreantur: veluti si mulier monstrosus aliquid, aut prodijiosus suixa sit. Partus autem puid membrinum humanorum officia ampliavit aliquatemus videtur effectus; et ideo inter liberos connumerarur.»

(3) Doce, párrafo primero D. de *lib. et post* «quid tamen si non integrum animal editum sit sum tamen, au adhuc testamentum sumpat? Et tamen sumpi». L. 10 *statu hom*: «Quaeritur Hermaphroditum ciu comparamus? Et majis puto eius sereus aestimanduma qui in so prevalet». Ley 15, párrafo primero de *testibus*: «Por esta ley se reconoce al hermafrodita capacidad para declarar como testigo y recibir herencias.»

no se divisa entronque alguno con el requisito de la viabilidad.

Las últimas leyes indicadas por las que se establecen diferencias entre monstruos y deformaciones, que pudiéramos llamar secundarias, pudieran dar motivo a que se considerase que la monstruosidad implicaba una deformación esencial que imposibilitaba la vida y que la deformación secundaria era compatible con la vida, y en tal sentido que en este requisito estaba exigido la viabilidad.

A tal interpretación nos oponemos, por creer que la viabilidad, según queda propuesto, no fué exigida por el Derecho romano, que si hubiese considerado lo relativo a figura humana como condición acogedora de la viabilidad, de forma explícita lo hubiere hecho constar en alguno de sus textos; que, muy al contrario, no define lo que por monstruosidad se entiende. Si se atiende a la cultura médica romana, escasa a tal punto, que desconocían las causas de tales fenómenos, explicados hoy por detenciones de gestación, y a las supersticiones de los pueblos de aquella época, se comprende perfectamente que antes de fijarse aquel legislador en aptitudes para la vida se preocupó de respetar la voluntad ultraterrena que en lugar de personas enviaban a la vida un castigo reparador de culpas anteriores.

Busquemos, pues, los orígenes de la viabilidad, como afirman sin excepción los autores modernos en la legislación bárbara, de la que tan magníficas muestras tenemos en nuestro Derecho histórico.

BLAS PÉREZ GONZÁLEZ.

Doctor en Derecho.

(Se continuará.)

COSAS FUNGIBLES ⁽¹⁾

Con el ligero bagaje de un mal estudiante de Derecho, se hallaba el autor de estas líneas, a fines del pasado siglo, ante el Tribunal de la Licenciatura, en el segundo de los ejercicios, teórico y oral, entonces como ahora.

—¿Es lo mismo cosa fungible que cosa consumible?—me preguntó uno de los jueces, D. Leopoldo Alas (Clarín).

—El Código las confunde—respondí, sin duda en un momento de inspiración.

—El Código y muchos autores—replicó el insigne crítico."

Al volver hoy sobre la materia, un poco más documentado, quiero dedicar este modesto recuerdo al querido maestro que tanto ha influido sobre mis estudios y sobre mi vida espiritual.

FUNGIBILIDAD

La palabra *fungible* (del verbo *fungor*: ocuparse en algo o desempeñar un cargo) no se encuentra en el Digesto, aunque otra cosa pudiera deducirse al buscar su significado en el Diccionario Latino-Español de D. Raimundo de Miguel (2).

Un comentario de Paulo al Edicto (recogido en la ley 2.^a Digesto, *De rebus creditis*, 12, 1), parece haber dado ocasión a Ulrico Zasius para inventar la palabra, que también se encuentra en Voet.

«En el mutuo han de ser entregadas cosas que se pesen, cuen-

(1) Conferencia dada en la Universidad Central.

(2) Las expresiones no romanas *cosas fungibles*, *cosas no fungibles...* Girard: *Manuel de Droit Romain*, pág. 256, nota quinta, edición séptima.

ten o midan (*quae pondere, numero vel mensura consistunt*) porque mediante su entrega podemos hacernos acreedores, toda vez que han de sernos satisfechas de un modo genérico más bien que en especie. (*quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem magis quam specie*).»

Uniendo ambos pasajes, se llega a una definición que ha sobrevivido a las vivas discusiones que, sobre el concepto correspondiente, han mantenido en los últimos cien años maestros indiscutibles en la ciencia del Derecho:

Cosas fungibles son las que se pesan, cuentan o miden y pueden ser substituídas por otras de su clase.

Es lógico que su naturaleza se pusiera de relieve en el préstamo mutuo y precisamente al tratar de la devolución de cosas consumibles a que en un principio se hallaba limitado tal contrato. En él se concede, como hace notar Acursio, al deudor, la facultad de consumir lo que hace suyo y de liberarse con la entrega de otra cosa (*per solutionem alterius rei*).

Sin embargo, esta facultad de entregar una cosa por otra (*aliud pro alio*) como contrapuesta a una norma esencial del derecho de obligaciones, sólo puede admitirse, a falta de voluntad expresa, cuando entre la cosa entregada para cerrar el contrato de préstamo y la devuelta en el momento del pago existen diferencias cualitativas sin importancia y perfecta igualdad en el número, peso o medida.

Las cosas que se representan o sustituyen en la función de pago (*functionem recipiunt per solutionem*), desempeñan igual papel jurídico, son *fungibles* (*fungibiles*) (1), y el deudor que haya recibido cierta cantidad de las mismas, cumple su obligación restituyendo otro tanto (*tantumdem*).

La influencia del contrato de préstamo mutuo sobre la cuestión que estudiamos y en especial los desenvolvimientos del sistema monetario, motivaron, por de pronto, la ampliación del concepto de cosas consumibles, distinguiéndose dentro del mismo el consumo natural del consumo civil, con lo cual se reputaban consumibles tanto las cosas que no pueden ser destinadas a su carac-

(1) De Miguel traduce *quae functionem recipiunt* (cosas fungibles), y envía a la palabra *fungibilis*, pero luego registra solamente el plural *fungibiles*.

terístico uso sin destrucción, como las que por el uso corriente salen del patrimonio de que forman parte.

En la primera categoría figuraban el aceite, vino, trigo, etcétera; y en la segunda, el dinero que, según frase de Justiniano, viene a extinguirse en su constante permutación.

Al ingresar en el acervo jurídico la palabra *fungible*, sufrió la atracción irresistible de esta técnica, y en una notable memoria de Thomasio, sobre las diferencias y clasificación de las cosas (1), hallamos ya un error que los Códigos europeos habían de perpetuar:

«Las cosas muebles son fungibles o no fungibles. Aquellas son las que no podemos usar sin *abuso* (*sine abusu*), esto es: sin disminución, transmutación, consunción, disfrute o enajenación. Las últimas son aquellas cuyo uso sin abuso es posible.»

En el Código Napoleón se encuentra la palabra al tratar de la compensación que «sólo tiene lugar entre dos deudas cuyo objeto es una suma de dinero o cierta cantidad de *choses fungibles* de la misma especie». Pero en los demás preceptos que giran alrededor de esta clasificación, y en especial al regular el comodato y el préstamo de consumo (artículos 1.874, 1.878 y 1.892), se habla constantemente del consumo por el uso.

La confusión era tan corriente al mediar el pasado siglo, que en la Tabla Alfabética de los Códigos entonces vigentes en Bélgica se registran, como referentes a *cosas fungibles*, una porción de artículos relativos a las consumibles, y en cambio no se cita el único artículo en que se emplea la palabra *fungibles* (1291).

Del mismo modo, el Código civil austriaco se refiere a la consumibilidad de las cosas en las normas correspondientes a las fungibles (artículos 971, 983 y 1.090).

Culmina el error en el Código civil holandés (artículo 561), y en nuestro proyecto de 1851, según cuyo artículo 383: Los bienes muebles son fungibles o no fungibles. A la primera especie pertenecen aquellos de que no puede hacerse el uso *conveniente* a su naturaleza sin que se consuman; a la segunda especie pertenecen los demás.

El artículo 337 de nuestro Código civil no ha hecho más que

(1) De Miguel traduce *quae functionem recipiunt* (cosas fungibles), y encoe, 1773. Diss. CXXII, cit. por Lomónaco, *Della distinsione dei beni*, 19.

sustituir la palabra *conveniente* por *adecuado*, sin adelantar un paso en el camino de la rectificación fundamental, no obstante los valiosos precedentes de la ley de Partidas.

En efecto, al *definir* qué cosa es *empréstito*; decía el Rey Sabio (Ley. 6.^a, Tit. I de la Part. 5.^a) que existen dos maneras de *empréstamo*: «la una es más natural que la otra, e esta es, como quando. emprestan unos a otros, algunas de las cosas que son acostumbradas a contar, pesar o medir», añadiendo que «pasa el señorío de cualquier destas cosas, al que es dada por préstamo».

Y para evitar que se dislocase el concepto, advertía Gregorio López, con razón, que no siempre constituía préstamo mutuo la entrega de una cosa al peso o por cantidad, sino que debía atenderse a la naturaleza, costumbre, aptitud y adecuación..

Esta doctrina, de pura cepa romana, hizo su camino, sobre todo en Alemania, y sirvió para rectificar el indicado error.

En el Manual de Derecho civil francés, publicado por Zachariae en 1808, se traduce *choses fungibles* por las palabras alemanas *vertretbare Sachen* (cosas representables), y de conformidad con los adelantos industriales de la época, se consignan como ejemplos los objetos no consumibles más conocidos por su indiferenciación: alfileres y agujas.

Tras Zachariae, o con él, porque la denominación parece ya de uso corriente, los pandectistas Mackeldey, Böcking y Windscheid la vulgarizan, a pesar de la oposición de Savigny, que rechaza la nueva expresión como «ininteligible si no se le añade una explicación, puesto que todas las cosas son susceptibles de representación o sustitución, en dinero», y propone el empleo de la palabra *cantidades* para designar las sumas correspondientes.

Después de haber definido las cosas genéricas y específicas, dice Mackeldey en su conocida obra, cuya primera edición apareció en 1814 (1): «Sobre esta diferencia descansa la clasificación de cosas en representables y no representables. Estos conceptos son relativos. Es representable una cosa cuando no entra en la relación jurídica como específica (individual), sino en atención a su género y cantidad, de tal modo que debe ser devuelta *in genere* o *in eadem quantitate et qualitate*. No representable es una cosa

(1) Se ha tenido a la vista la 12.^a (1842), en especial el párrafo 149.

cuando entra en la relación jurídica como individual o específica y debe ser pagada *in specie*» (1).

No de otro modo entiende Windscheid la distinción: «Las cosas en el comercio humano suelen considerarse según su determinación individual o según el género a que pertenecen; estas últimas se llaman cosas *de género*, o también, puesto que en ellas cada cosa individualmente determinada que pertenece al género puede ser representada por cualquier otro individuo perteneciente al mismo, *cosas representables*. En las cosas de género (*representables*) siempre debe indicarse con precisión la cantidad de que se trata: por eso se las llama también cosas de cantidad. Otra designación mucho más usual es la de cosas fungibles» (2).

Con tales padrinos, el término técnico encontró acogida en el Código de Comercio alemán de 1861, en la ley Procesal de 1879 y en el Código civil, que da en el artículo 91 la siguiente definición:

«Cosas representables, en el sentido de la ley, son cosas muebles que, en el tráfico, se determinan ordinariamente por el número, la medida o el peso.»

II

BASES DE LA CLASIFICACIÓN

En la rápida reseña que acabamos de hacer sobre la aparición del término *fungibles* y el desenvolvimiento del concepto correlativo, hemos visto a las leyes y a los jurisconsultos apoyarse alternativamente en la consumibilidad de las cosas, en la diferencia de género y especie, o mejor, de especie a individuo, en la divisibilidad y en la figura jurídica de la representación.

Como estas ideas son perfectamente distinguibles, hemos de preguntarnos si el concepto de cosas fungibles es un fantasma que cambia de sudario a cada momento o si nos hallamos en presencia de una categoría jurídica que vive al amparo de las características indicadas, pero con independencia de las mismas.

(1) Sigue en esta clasificación a Aug. Frid. Schott: *Pr. de rebus, quae functionem recipiunt*. Lips, 1767.

(2) Pandectas, párrafo 141.

Este último supuesto es el lógico y los ejemplos que en la vida, o más bien, en el conocimiento científico se nos presentan a cada paso, nos relevan de una cumplida demostración.

A la consideración de quien trata de describir un *puñal* se ofrece, en primer término, como fundamento etimológico la propiedad de poder tenerse o emplearse con la mano cerrada (*puño*), en seguida, las características de la cuña y de la relación entre el volumen y la superficie, luego la exigencia de la dureza, tenacidad y pulimento del material, etc. Todas estas ideas influirán en la definición del arma ofensiva y en su fabricación, pero radican en sectores científicos inconfundibles.

Vamos a intentar la discriminación que nos interesa entre los conceptos de fungibilidad, consumibilidad, genericidad, divisibilidad y representación.

Consumibilidad.—La constante transformación de la materia encadena al mundo con las férreas consecuencias de dos principios: «nada se crea ni nada se pierde», «todos los cuerpos son perecederos». Desde uno y otro punto de vista, sería imposible clasificar las cosas en consumibles e inconsumibles, ya que todas desaparecen con la acción de las fuerzas naturales y ya que los elementos simples perduran a través de los siglos.

El concepto jurídico de consumibilidad se aplica, en primer lugar, a las cosas que por el uso adecuado a su destino se extinguen, trasmutan o desaparecen (*res quæ usu consumuntur*).

Para precisar este concepto habría que insistir: a) sobre la necesidad lógica de que el uso sea instantáneo o breve, en un solo acto o en varios sucesivos inmediatamente; b) sobre el valor de la frase *adecuado a su destino*, entendiéndola, no en un sentido de finalidad cosmogónica, sino de aplicación a las necesidades de la vida humana, y c) sobre la relatividad del *consumo* que a veces se provoca por la pérdida de las características que hacen apreciable o dan valor a una cosa.

Sólo así podríamos resolver las controversias relativas a la consumibilidad de los trajes de máscara, guantes blancos, etc., y a otros mil ejemplos que la vida diaria nos presenta como casos de solución difícil frente a los paradigmas de cátedra: la vela que se acaba, el pan que se come, el pitillo que se fuma.

Ya hemos indicado que por analogía con este consumo, natu-

ral o físico, se había incluido en el concepto a las cosas por su propia esencia destinadas a ser transferidas o enajenadas.

No se extingue ni se destruye la moneda por unas cuantas transmisiones, es cierto, pero su ordinaria utilización priva al dueño de su propiedad y produce iguales efectos prácticos que la más radical extinción. En el lenguaje vulgar se equipara al dinero con las cosas que se evaporan, se le llama *espíritu puro*, y el mismo pueblo silba al avaro de Horacio, que se extasia en la contemplación de su arca (1).

Desde que una legislación principia a reconocer la validez de los contratos en que se transfiere el uso de una cosa con retención de la propiedad, la distinción de cosas consumibles y no consumibles adquiere una capital importancia. El préstamo asume la modalidad de *comodato* si la utilización ha de realizarse sin consumir la cosa, mas la figura jurídica se transforma en cuanto lo entregado son cosas consumibles, cuya restitución, si ha de conferirse alguna ventaja al prestatario, es materialmente imposible.

De aquí la triple exigencia que el mutuo pone de relieve: un acto translativo del dominio de la cosa prestada (*traditio*), paso de la propiedad al que la recibe y devolución por equivalencia.

Esta última característica sirve de diferencia específica para la clasificación de los bienes por su fungibilidad, y explica los motivos que originaron la confusión de cosas consumibles y cosas fungibles. Si el préstamo *mutuo* aparece como préstamo de *consumo* es casi lógica la asimilación impugnada.

Pero en el fondo, la consumibilidad, como dice Planiol (2), es una cualidad de hecho de ciertas cosas que les hace impropias para ser objeto de un derecho de goce temporal, a cuya terminación se han de encontrar intactas, y esta cualidad se aprecia examinando la cosa aisladamente y sin que haya necesidad de compararla con ninguna del mismo género, ni aun de saber si las hay semejantes.

De aquí se sigue, añade Bensa (3), que las relaciones jurídicas encaminadas al simple goce o disfrute de la cosa, tanto en el

(1) *Populus me sibilat; at mihi plaudo ipse domi, simul ac nummos contemplor in arca.*

(2) *Traité de Droit Civil*, I, párrafo 2.179, octava edición.

(3) *Studi in Onore di Carlo Fadda*, II. Sul concetto di cose fungibili.

campo de las obligaciones como en el de los derechos reales, no pueden tener lugar en orden a tales cosas al regular la figura correspondiente y queriendo aplicarles las mismas normas, al menos en su alcance económico, es preciso encontrar sustitutivos jurídicos y conceder al titular la facultad de consumirles con la obligación de restituir otras tantas cosas de la misma cualidad. Nos aproximamos con esto a una enajenación o a una permuta cuya contraprestación deba realizarse pasado un plazo, pero todavía permanece dentro del círculo trazado para contener al préstamo.

Ahora bien: desde el instante en que al comercio humano pueda convenir que ciertas cosas, consumibles o no, sean devueltas en la indicada forma o, mejor dicho, sean sustituidas por otras de iguales condiciones, habremos dado el paso de consumibles a fungibles. Ya no nos circunscribiremos a los comestibles, a las bebidas y a los combustibles, sino que pasaremos a los clavos, útiles, ruedas, piñones, máquinas, acumuladores, productos químicos, metalúrgicos o industriales y comprenderemos que hace unos años se haya discutido en Alemania, con motivo de un contrato de suministro, si pueden reputarse fungibles..., ¡¡los acoirazados!!

La corriente jurídica se desborda. ¿Cómo encauzarla?

En un principio se indicó que así como la característica de consumible era algo natural, dependiente directamente de la sustancia de la cosa, la fungibilidad dependía, pura y exclusivamente, de la intención de las partes contratantes. Ambas afirmaciones son incorrectas en cuanto es necesario dar valor al *destino humano* de las cosas y a la voluntad de los contratantes para determinar su consumibilidad en una relación jurídica concreta, y a los caracteres físicos y organolépticos, así como a la forma de las cosas, para explicar las prácticas comerciales que las transforman en fungibles.

«Se pretende a veces (son términos de Planiol) que la fungibilidad depende de la intención de las partes y la consumibilidad de la naturaleza de las cosas. Es un error. La intención de las partes no basta para hacer fungibles dos cosas que no se prestan a ello por su naturaleza, como dos casas, dos cuadros, etc.» (1).

(1) Loc. cit., párrafo 2.184

La antítesis, dice Windscheid, por razón de la sustituibilidad, se funda sobre una norma objetiva, el uso comercial corriente, apoyado en cualidades naturales de la cosa (1).

La reacción de las prácticas comerciales sobre las cosas físicas es, sin embargo, mucho mayor en el orden examinado que en el de la consumibilidad. Los ejemplos de cosas ordinariamente consumibles que se prestan *ad pompam et ostentationem*, para adornar las mesas en los festines o los escaparates de una casa de cambio, significaban muy poco al lado de las cosas no fungibles en una esfera de vida que pasan a ser fungibles en otra.

Para la modesta costurera que paga a fuerza de sudores la cuota semanal de su máquina de coser, para el industrial que ha conseguido dotar a su escritorio de una máquina de escribir y para el deportista que ha comprometido sus ahorros en un automóvil, la Singer, la Underwood y el Buick son cosas perfectamente individualizadas y no fungibles; para las respectivas casas constructoras y para las sucursales, filiales y agencias que tienen diseminadas en el mundo entero las máquinas, piezas y accesorios son intercambiables y sustituibles.

El ejemplar mismo de esta Revista que el lector tiene ante los ojos, es un folleto determinado y no fungible, mientras para la Empresa editora y para las librerías no asume mayor *individualidad* que una plegadera, una aguja o un fotograbado.

¡Y a qué distancia nos hallamos con estos ejemplos de las cosas consumibles!

Genericidad.—Sobre esta noción intentaron los primeros pandectistas del XIX basar la diferencia característica de las cosas fungibles. Mackeldey, según hemos adelantado, parte de la idea de género para precisar el fundamento de la clasificación. «Bajo la palabra *genus*, dice en el citado párrafo, se entiende en el lenguaje jurídico no tanto una clase entera de cosas, como una sola cosa que se determina por el género a que pertenece, y en tal sentido entra a servir de objeto en una relación jurídica; *species*, por el contrario, significa una cosa aislada que es determinada individualmente.»

Por el mismo camino marcha Windscheid en el pasaje más

(1) Pandectas, párrafo 141.

arriba transcrito, y son de Planiol las siguientes expresiones: «Sobre la distinción de cosas fungibles y no fungibles descansa la importante clasificación de las obligaciones de género y deudas de cuerpos ciertos. Se dice que una obligación se refiere a un género (*genus*) cuando la cosa debida se halla determinada solamente por su cualidad y su cantidad, como 100 kilogramos de trigo, o de carbón mineral; se dice que la deuda tiene por objeto un *cuerpo cierto* cuando la cosa debida está individualmente determinada, y ella misma, no otra, debe ser entregada al acreedor.»

La antítesis en cuestión pertenece, como hace notar Ihering (1), a los conceptos elementales de toda Jurisprudencia, y se encuentra en el Derecho romano en formas diversas: *genus* y *species*, *res generaliter relictæ* y *res relictæ*, *incerta* y *certa res*, *summa* y *corpus*, *quantitas* y *certum corpus*. ¿Se habrá inventado una palabra bárbara (*fungible*) para expresar un concepto condici-

Para fijar con precisión (indica el mismo jurisconsulto) el concepto de determinación genérica y específica, es necesario atender a otros factores que, sin tener influencia sobre ella, perturban su inteligencia y aplicación. Y en primer término, a la conformación de las cosas, es decir, a la diferencia entre las fungibles y las no fungibles. Esta diferencia únicamente tiene que ver con aquella antítesis en cuanto las cosas fungibles son ordinariamente determinadas por su género y las no fungibles de un modo específico. Sólo que así como las primeras pueden ser determinadas individualmente en las relaciones obligatorias (por ejemplo: el dinero que tengo en el arca), las últimas pueden, al contrario, ser consideradas de un modo genérico (por ejemplo: los esclavos, los animales en ciertas aparcerías). En estos supuestos, se dice que las cosas *genéricas* son tratadas como *no fungibles*, y las cosas *específicas* como *fungibles*, invirtiendo los términos de la comparación; porque la antítesis *fungible-no fungible* es dada por las mismas cosas y parece más independiente de la voluntad de las partes, mientras la contraposición *genéricas-específicas* refleja la influencia de la voluntad en el modo de determinar las cosas. La delimitación del género está a discreción de los testadores o

(1) *Beiträge zur Lehre von der Gefahr bei im Kauscontracte. Jahrb. für die Dogmatik*, 4, 400.

contratantes: *una* bodega de vino, *uno* de mis caballos, son cosas genéricas; *el* tonel que tengo en la cueva, *mi* galgo, específicas.

Sin detenernos a discutir el acercamiento excesivo que esta doctrina impone a las obligaciones genéricas y a las alternativas, veamos el razonamiento con que Bensa, en la citada investigación, trata de separar lo fungible de lo genérico.

«Evidentemente, si pensamos en el negocio jurídico del que resulta típicamente la fungibilidad del objeto, encontramos que la obligación de restituir otro tanto (*tantumdem*) en calidad y cantidad, implica obligación de cosa genérica; y que la razón de ser de esta restitución de *genus* consiste en que el mutuario toma a préstamo la cosa para consumirla, devolviendo oportunamente al prestamista el equivalente. Es lógica, por lo tanto, la inferencia de que la fungibilidad presupone la genericidad y la consumibilidad.»

«Y también parece plausible la idea de que las cosas consumibles debían de ser por fuerza fungibles, en cuanto el representarlas en su identidad individual sería un obstáculo para el consumo, del cual depende la utilización de las mismas, en conformidad a su naturaleza.»

«Finalmente, si tenemos una obligación de *genus*, conviene recordar que todo individuo o pluralidad de individuos que satisfaga los requisitos cualitativos y cuantitativos del objeto, tal y como se halla en aquella genéricamente determinado, vale para agotar la misma finalidad; y entonces, podemos ser inducidos a considerar como fungible, respecto a la relación en hipótesis, cualquier posible tanto del género (*tantumdem ejus generis*) en contraposición a otro tanto del mismo género (*tantumdem ejusdem generis*).»

«... Puesto que el mutuo romano fué el terreno en que típicamente germinó la figura de la fungibilidad, no es inútil observar que, en el punto de arranque, las cosas que se prestan no se perfilan como *genus*, sino como cuerpos ciertos (*certa corpora*), aunque designados cuantitativamente, ya que el contrato se perfecciona por la entrega (*re perficitur*) y, en su virtud, las cosas dadas al mutuario son desde el principio individualmente determinadas. De esta entrega específica surge la obligación genérica de restituir otro tanto (*tantumdem*), y éste, especificándose en su

día, desempeñará su papel (*functio*); pero lo susceptible de representación es el objeto de la entrega originaria, que se hallaba individualmente determinado y no por categoría.»

«El mismo fenómeno se reproduce en las otras relaciones en las que se desenvuelve la fungibilidad propiamente dicha, es decir, en todas veremos la sustitución efectiva de cosa a cosa con igualdad de género y cantidad, lo que implica claramente que la sustancia del negocio jurídico va orientada al *genus*, pero también que ésta obligación genérica tiene por causa un estado precedente en el que lo genérico se hallaba individualizado...»

«Por el contrario, en todas las relaciones donde no exista esta doble graduación, sino pura y simplemente la genericidad del objeto, serán muchas e importantes las consecuencias que surgirán de tal característica, pero no las de fungibilidad, que es por sí misma una ecuación y necesita dos miembros, de los que falta uno en el supuesto.»

En una de las notas que Bonfante ha puesto al libro III de las Pandectas de Windscheid, encontramos observaciones importantes sobre la discutida distinción: «La cuestión fundamental, dice, en el tema de cosas fungibles, es su distinción de aquellas determinadas sólo por el género. La opinión más simple es la de los autores que hacen sinónimos fungibilidad y género, indicando con aquella palabra la característica de las cosas de que se compone el género, de ser sustituibles recíprocamente. En este sentido, Crome y Chironi reconocen en la fungibilidad la sustituibilidad propia de las cosas determinadas genéricamente. En el Tratado de Derecho civil, que este último escribió con Abello, se halla indicada la necesidad de distinguir entre fungibilidad y género, conceptos respecto de los cuales se admite una gran afinidad. Pero no se aclara ulteriormente la razón de esta diferencia.»

«Otros, a su vez, distinguen entre cosas fungibles y género o especie. Una idea que Brinz apuntó sin insistir mucho sobre ella, y que otros autores han desenvuelto, distingue dos hipótesis: que los individuos del género sean susceptibles de una elección o escogido, o que no lo sean de ninguna manera por su absoluta identidad. Karlowa distingue cosas de género fungibles y cosas de géneros infungibles. La especificación que el deudor hace en estas últimas, tiene por efecto inmediato la concentración, y se

opera con una selección: por el contrario, en las primeras, no hay posibilidad de escoger y basta una separación realizada puramente con peso, número o medida.»

«Con este mismo criterio, dice nuestro Coviello, una cosa infungible puede ser designada genéricamente en un contrato; pero en tal caso, el deudor no puede liberarse dando una cosa cualquiera de las que pertenecen al género, como si se tratase de cosas equivalentes y sustituibles, sino que existe un derecho de elección con sus correspondientes límites.» «Coviello cita con tal propósito el artículo 870 del Código civil, que aplica un notable principio romano (probablemente interpolado por los compiladores), en cuya virtud la elección debe ser hecha con un criterio medio: no hay obligación de dar la cosa de cualidad óptima ni tampoco la facultad de entregar una de cualidad pésima (1). Respecto de las cosas fungibles, el pensamiento de una elección entre los objetos es inconcebible, ya que todos se equivalen.»

«La idea fundamental es, pues, que las cosas de género, a pesar de la cualidad de poder ser tomadas en consideración como tales, y sin atender a sus características individuales, todavía son susceptibles de una cierta diferencia entre objeto y objeto, de suerte que entre ellas no exista una plena y recíproca sustituibilidad, pudiendo encontrarse entre ellas, unas mejores y otras peores. En tal supuesto, se dice que hay infungibilidad. Dudamos que este criterio resista a un ponderado examen. No está claro cómo podemos distinguir cosas genéricas entre las cuales la elección es posible, y cosas genéricas entre las cuales no se puede escoger. Si la elección es posible, ¿significa esto que concurren también notas individuales? Realmente no creemos que este sea el concepto en que se inspira aquel criterio distintivo. Porque también a las cosas fungibles, si la equivalencia entre los objetos no es perfecta, se podrá aplicar, en todo caso, el principio por el cual no se halla autorizado el acreedor para ofrecer la peor.»

«Todos los esfuerzos para distinguir la fungibilidad del género parecen vanos y carentes de una base exegética, así en las fuen-

(1) Véase el artículo 875 del Código civil español, sobre todo el último párrafo, a cuyo tenor la elección de la cosa mueble legada será del heredero, quien cumplirá con dar una que no sea de la calidad inferior ni de la superior.

tes romanas como en el Código civil. Verdaderamente, si el género se entiende a su vez como se debe entender, no ya como una categoría naturalista, sino como una categoría social, no puede tener su base mas que en la equivalencia de los objetos, según la opinión común, los usos del comercio y la voluntad de las partes contratantes. Existen cosas en que las notas individuales son imborrables y series en que desaparecen totalmente: en las producciones humanas, por ejemplo, los objetos de arte, se dirá que tienen un sello individual y que son, en su virtud, cosas infungibles; por el contrario, los productos industriales, incluidas las fabricaciones artísticas, forma característica de nuestros días, son cosas fungibles.»

«Pero se trata más bien de graduaciones que no de verdaderas oposiciones. Parece que únicamente debe admitirse que el concepto de género se adopta más fácilmente y en un sentido amplio para comprender objetos cuya fungibilidad no es a veces constante.»

Divisibilidad.—La particularidad de que en el préstamo de consumo se entregan las cosas contadas, pesadas o medidas, podría hacernos creer que la fungibilidad se halla íntimamente relacionada con la propiedad de las cosas que provoca la clasificación de las obligaciones en divisibles e indivisibles. En efecto, el trigo, el aceite, la harina, el arroz, y, en menor grado, los huevos; las manzanas, el pescado, etc., cuando entran en las relaciones jurídicas, permiten la distribución entre varios deudores y el pago total mediante prestaciones parciales. ¿Estando entonces en posesión de uno de los hilos con que Molineo intentaba recorrer el laberinto de lo divisible, y llamaremos fungibles a las cosas que por su naturaleza son susceptibles de división?

El concepto de fungibilidad es anterior, lógicamente, al de distribución por partes de una prestación. Una cantidad de dinero, unos cuantos hectolitros de alcohol etílico de cierta graduación pueden ser divididos entre los subrogados de un deudor, por muchos que sean, y pagados por cada uno en proporción a su débito. Lo mismo cabe decir si el número de cuerpos ciertos corresponde exactamente al de acreedores o deudores o es divisible por el último: doce gallinas de raza determinada, entre dos, tres, cuatro, seis o doce acreedores o deudores.

Pero el problema de la fungibilidad se presenta aun cuando no haya más que un solo deudor y un acreedor. Es más, existe en relaciones jurídicas que se refieren a un solo objeto o parte de una cosa indivisible. Un librero pide a un colega en préstamo el volumen segundo de una obra que tiene varios y la vende completa a un parroquiano. El volumen se entrega, en esta hipótesis, como cosa fungible cuya propiedad pasa de uno a otro librero y del último al comprador.

Las influencias de la fungibilidad de las cosas sobre la doctrina del pago o de la comunidad, ya fueron percibidas por Marcelo y Ulpiano y aparecen de relieve en los siguientes ejemplos: si debo diez duros que he de pagar en diez semanas, no hay contradicción lógica en que el pago lo haga con un mismo duro; si una cantidad de cosas fungibles pertenece a varios, la división se hace entre ellos por peso, número o medida, si no es fungible, mediante cuotas ideales.

Sin duda, la circunstancia de que en el comercio, una vez dada la naturaleza de la mercancía, se otorgue valor esencial al número, peso o medida, indica que los objetos individuales pierden esta concepción y sólo *funcionan* como representantes de un tipo ideal. Las cosas que se venden por docenas, gruesas, millares, manos, resmas..., si no son idénticas, no merecen en el tráfico corriente la calificación de distintas.

Y, a medida que los números manejados aumentan, desaparecen las características de cada individuo, y lo *infungible* se hace fungible: la compra de un caballo para un jinete, como la de un traje para un *pollo pera*, son asuntos en que no se puede hablar ni remotamente de sustitución, pero la adquisición de ganado en tiempo de guerra o la de ropas hechas para un bazar, son negocios de líneas generales en que, al lado de las condiciones técnicas figuran las cantidades, no la lista detallada de los objetos.

Esto explica la poderosa corriente que desde la inspirada intuición del pueblo romano corre a través de la glosa y aflora en el siglo XIX con las siguientes expresiones de nuestro Gómez de la Serna (1):

«En el mutuo la cosa que se da para que se devuelva otra es,

(1) Curso histórico-exegético del Derecho romano, 2.º, 125, tercera edición. Madrid, 1863.

cierta por el número, por el peso o por la medida. Es otro tanto y no la misma cosa la que debe ser restituída, y por lo mismo sólo tiene lugar este contrato respecto a aquéllas que pueden ser representadas exactamente por otras... Excusado es indicar que cuando el texto habla de cosas que se pesan, miden o cuentan, no debe tomarse literalmente, porque entonces no habría una cosa que no pudiera ser objeto del mutuo, sino de aquellas que *según el uso del comercio* se sujetan al número, peso o medida para *apreciarlas y venderlas.*»

Responden las últimas palabras con muchos años de anticipación a la discusión que Lotmar y Wend (1) habían de sostener sobre el transcrito artículo 91 del Código civil alemán.

Según Lotmar apenas es posible concebir una cosa que no pueda ser determinada en el comercio por peso, número o medida. Los objetos de plata se toman, en ocasiones, al peso; los cuadros, por su tamaño, y las obras de arte, por su número. Los sastres no ponen el mismo paño a los trajes, cualquiera que sea la estatura del parroquiano. No basta con que una cosa sea determinada *principalmente* por el peso, número o medida, es necesario que lo sea *completamente*.

Esto sólo acontece cuando las cosas son ordinariamente apreciadas por sus condiciones genéricas. Como decía Lassalle: cosas cuya esencia es la cantidad.

Wend replica que en los citados ejemplos nadie afirmará que sea costumbre determinar las cosas en tal forma: ni los objetos preciosos, ni los cuadros, ni las obras de arte se prestan a esta determinación *por su naturaleza*, y lo mismo puede sostenerse de las máquinas, locomotoras y acorazados. Hay que atender, pues, a la naturaleza de las cosas y a las órdenes que para su fabricación o suministro se den.

Representabilidad.—De igual modo que una persona se dice representar a otra cuando en su nombre hace declaraciones o ejecuta actos cuyas consecuencias son las mismas que si hubieran sido realizados por ella, se indica que una cosa representa a otra cuando desempeña iguales funciones que ella en cierta relación jurídica.

(1) *Wie etwas heisst und was es ist., en el Archiv fur die Civ. Praxis*, 103, 451.

«Este concepto, que mejor pudiéramos concretar con las palabras *subrogación real*, es más extenso que el de cosas fungibles, y sirve de fundamento a normas jurídicas que nada tienen que ver con nuestra clasificación.

Así, por ejemplo, los bienes adquiridos por una mujer casada por permuta con otros bienes dotales (número primero del artículo 1.337 del Código civil), o por compra con dinero perteneciente a la dote (número 4 del mismo artículo), representan en cierto modo a los que la mujer ha entregado en permuta o como precio y se *subrogan* o los *sustituyen* en el activo patrimonial, sean o no fungibles.

Para la determinación de la fungibilidad, basta con que una cosa desempeñe las mismas funciones que otra en el momento del pago, es decir, que sirva para satisfacer directa o inmediatamente una obligación de restituir.

Parece que la única cosa que se halla en estas condiciones es la *cosa debida*, y que no salimos con tales términos del concepto general de obligación, pero, en realidad, indicamos que el pago va orientado a la devolución de un objeto del cual es figura o representación el que entregamos.

Aflora esta doctrina, como hemos dicho, en el derecho romano y en los cursos de Pandectas y se halla tan patente en el pasaje citado de nuestro Gómez de la Serna, como en los civilistas alemanes.

De ellos lo han tomado los franceses :

«Cosas fungibles, para Baudry-Lacantinerie, son aquellas que, según la intención de las partes, pueden, en el pago, ser exacta o idénticamente reemplazadas por otras semejantes (*quarum una alterius vice fungitur*) : en el pensamiento de las partes, una de estas cosas equivale a otra ; tienen el mismo valor liberatorio, porque hay entre ellas una relación de equivalencia» (1).

«Dos cosas, según Planiol, son dichas fungibles entre sí cuando una de ellas puede ser *reemplazada* por otra en un pago. Tienen el mismo valor liberatorio porque al acreedor le es indiferente recibir una mejor que otra... La fungibilidad es, pues, una relación de equivalencia entre dos cosas, en cuya virtud una de

(1) *Traité de Droit civil*, I, 695, 11.ª edición, 1912, París.

ellas puede desempeñar la misma función liberatoria que la otra» (1).

El momento efectivo de la fungibilidad queda oscurecido en el texto de Planiol, si hemos de creer a Bensa (2), porque no indica que el *reemplazar* se refiera a cosas precedentemente recibidas, y más bien parece que se quiere aludir a que es indiferente el pago con objetos ciertos o con otros, sin apuntar siquiera a la identidad de especie, con lo cual se recae en el puro concepto de la obligación de género y se incluye también a las obligaciones alternativas.

La exigencia material de una sucesión de cosas, como base de la fungibilidad, nos llevaría a una concepción raquítica de las relaciones en ella fundadas y nos alejaría de la definición incluida en el Código civil alemán para dejarnos en posesión de un término técnico de escasa fecundidad.

Veámoslo confirmado con un ejemplo :

Yo he vendido a un almacenista de carbón 1.000 toneladas de hulla grasa de la Sociedad Duro-Felguera y adquiero un crédito de 750 toneladas de la misma mercancía que un amigo comerciante ha comprado al almacenista en cuestión. Debo, por lo tanto, en el día de hoy, 1.000 toneladas al almacenista que, a su vez, me debe 750 toneladas. ¿Puedo hacer uso del derecho que me concede el artículo 1.196 del Código civil y entregar tan sólo 250 toneladas?

Indudablemente, porque se trata de *cosas fungibles* y compensables, siempre que en las respectivas obligaciones concurren las demás circunstancias exigidas por el citado texto. Sin embargo, aquí falta la sucesión jurídica a que tanto valor concede Bensa, pues ni yo he recibido en préstamo las 1.000 toneladas que debo, ni soy cesionario del derecho de *recobrar* 750 toneladas prestadas. Ambos créditos han nacido de sendos contratos de compraventa.

Con esto, damos por terminada nuestra discriminación y nos atrevemos a plasmar su resumen en la forma siguiente :

Cosas fungibles son las que por la igualdad de sus propiedades características desempeñan en el comercio las mismas funciones liberatorias.

(1) *Loc. cit.*, párrafo 2.181.

(2) *Loc. cit.*, 364.

La *igualdad de propiedades* no significa pertenencia a un género. El concepto es más amplio y abarca a las cosas que por su *generación* conservan las cualidades distintivas de sus ascendientes (género naturalista: pollos, pescados y aun semillas), así como a los productos industriales que son susceptibles de reproducción indefinida (libros, periódicos, etc.), y a los títulos, monedas y valores de igual representación.

Desempeñar igual papel en el comercio equivale a ser admitidos corrientemente en subrogación unos de otros. Aunque la voluntad pueda hacer entrar dentro del grupo cosas que en la práctica comercial no se sustituyen recíprocamente o, por el contrario, pueda excluir del mismo a las cosas que corrientemente se sustituyen, no hemos de otorgar a esta autonomía un papel absorbente en las relaciones jurídicas que venimos estudiando.

Por último, nos referimos a las funciones liberatorias, porque en el momento del pago es cuando la fungibilidad impone la nota decisiva. Quien entrega un duro para pagar cinco pesetas no da una cosa por otra (*aliud pro alio*), no da ni adjudica en pago, sino que paga, en realidad, lo debido. Las diferencias de tamaño, superficie y dimensiones se desvanecen ante la equivalencia liberatoria.

JERÓNIMO GONZÁLEZ.

(*Se continuará.*)

La legislación hipotecaria en nuestras Facultades de Derecho

No digo ninguna novedad al afirmar que la enseñanza de la legislación hipotecaria en las Universidades es muy deficiente, casi nula en absoluto, sin duda porque los Catedráticos conceden preferencia al Derecho civil, y, además, porque la materia nada tiene de agradable en los primeros momentos, mientras no se penetra uno del espíritu que la informa y no conoce los interesantes y diferentes problemas a que da lugar su aplicación.

Y por eso sucede que la mayoría de los licenciados salen de la Escuela ayunos por completo de cosas hipotecarias y se ven después obligados a estudiar, para desenvolverse profesionalmente, aquello de que no se les dió en las aulas la debida explicación que instruyese sus inteligencias y formase sus sentimientos, porque no basta decir, como Wester: «Lo que yo sé puede saberlo cualquiera.» Lo que importa es saber estudiar y saber aprender, pues el Profesor es el verdadero faro que ilumina y guía a los escolares en el proceloso mar de la ciencia del Derecho; es el que sienta los jalones para convertirlos en juristas.

Claro es que ha de entenderse esta palabra en su acepción más amplia, y comprende no sólo a los Jueces, sino a todos los demás llamados por sus funciones a imponer la justicia, piedra angular de las naciones, haciendo cumplir las leyes como manifestación del Derecho, puesto que no son sólo juristas los que vengan ofensas, persiguen a los malvados y apoyan a los hombres de bien. Esa frase alcanza a todos, Registradores, Notarios, etcétera, porque desempeñando fielmente cada cual su cometido, es

la mayor garantía de la paz social y se contribuye al funcionamiento de lo que constituye el eje de la vida colectiva y regula las relaciones humanas; y para eso es convenientísimo, indispensable, sentir la vocación del Derecho, sin la que no es posible vivir una vida jurídica plétórica de razón, de lógica y de sentido, ni cooperar a que la libertad, en su pura esencia, tenga como base el mantenimiento del orden y el respeto a la autoridad.

Y como para enamorarse del Derecho y acariciar el ideal de la Justicia es necesario capacitarse concienzudamente de las disciplinas que integran aquél, resulta evidente que hace falta enseñar con amplitud la ley Hipotecaria para que se le tome cariño, para que se puedan apreciar con acierto sus ventajas, ya que es innegable que allí donde la propiedad está puesta en claro, los litigios son menos, el crédito territorial se desarrolla con encantadora normalidad y permite a los Estados contarle como factor importantísimo para el progreso y considerarlo elemento consubstancial de su existencia próspera y floreciente, y, a la par, evita que los propietarios cuenten con un medio de empobrecerse dejando en manos de la curia el producto de sus tierras; con lo cual viene a ejercerse una acción tutelar tan útil y provechosa como la dispensada sobre las personas y bienes de los menores e incapacitados, pues al litigante tenaz es preciso ponerle freno, ya que su obsesión, su familiarización con el papel sellado no le consiente ver que queda en las redes de la justicia lo que quizá le sea menester para subvenir a sus necesidades.

Esa amplitud de enseñanza que pido pueden y deben darla los Registradores de la Propiedad de las capitales donde existen establecidas Facultades de Derecho, toda vez que si al militar, por serlo, se le supone valor, es racional suponer suficiencia a los Registradores para adiestrar a la juventud en el conocimiento de la legislación hipotecaria, aunque únicamente sea por la práctica de que carecen otros, ya que con nosotros no cabe el caso del herrero de Arganda, que de tanto machacar se le olvidó el oficio.

Si esa reforma se implantara, seguramente sería acogida con general aplauso, y sus beneficios serían indiscutibles para los que más tarde pasaran por el duro tamiz de la oposición, y para los que se dedicasen a ejercer la profesión de abogado, y así no

leeríamos dictámenes referentes a materia hipotecaria que son enormes herejías jurídicas. A esa reforma se podría llegar con un pequeño sacrificio por parte del Erario, que nada significaría comparándolo con el mayor grado de cultura que proporcionaría, y ya entonces aseveraríamos que la escuela de juristas abarcaba en sus disciplinas las más importantes para ser denominadas tales; comprendía los diversos aspectos requeridos por la ciencia, porque el Derecho no es cosa inflexible, petrificada y muerta, algo que se resiste a la mudanza de los tiempos o al medio en que se desenvuelve; no, por el contrario, es algo vivo que se engendra y transforma en las entrañas mismas de la vida, porque el Derecho se desarrolla viviendo; máxime cuando en los actuales momentos el concepto de la propiedad evoluciona intensa y rápidamente, no siendo fácil predecir sus derroteros.

Esa reforma es urgentemente imprescindible y de ella no puede por menos darse cuenta el Gobierno al saber que por ignorancia del Derecho inmobiliario, en varias oposiciones a Registros no se cubrieron todas las plazas convocadas.

Y lo expuesto es para el caso de que no se piense en aumentar en un curso la carrera de Leyes, en el que se enseñe también Derecho notarial y legislación del impuesto sobre Derechos reales, como circunstancia necesaria para opositar a la Judicatura, Abogados del Estado, Notarías y Registros, de igual manera que se exija el título de Doctor para opositar Cátedras; y de ese modo los juristas del porvenir, con mayor bagaje de conocimientos, sentirán la emoción del Derecho, y en un sistema de amplias garantías jurisdiccionales, el público y el privado vivan, sin languideces, la vida exuberante que engrandece a los pueblos.

RAMIRO GOYANES.

Registrador de la Propiedad.

Reformas inoportunas

Al tener conocimiento de la redacción de cierto anteproyecto que se pretende someter a la aprobación de la Dirección y del Excmo. Sr. Ministro de Gracia y Justicia, comprensivo de reformas en nuestra ley Orgánica, y entendiendo que algunas de dichas reformas, aparte de pecar de extemporáneas, llevan en sí el germen de una injusticia, he creído mi deber escribir estas cuartillas sin más objeto que aportar unos cuantos argumentos que, por ser hijos de la equidad y la razón, pudieran impedir la realización de dicho propósito.

En dicho anteproyecto se pide: 1.º Supresión del turno de clase, no quedando otro medio para la provisión de los Registros que el concurso por rigurosa antigüedad. 2.º Los excedentes que quieran reingresar en el Cuerpo sólo podrán hacerlo tomando parte en los concursos. 3.º Supresión absoluta de las permutas y 4.º Supresión de la clasificación actual de los Registros y su sustitución por la categoría personal de los Registradores, adquirida automáticamente por el número que se ocupe en el escalafón, sirviendo tan sólo las distintas categorías que se establezcan para efectos de jubilación.

Estas son, en síntesis, las reformas que se pretende adquieran estado legal en virtud de un Decreto-ley, que les sirva de pasaporte para su entrada en la próxima reforma del Reglamento.

Pasemos a examinar el alcance y fundamento de las mismas por el orden de su enumeración:

SUPRESIÓN DEL TURNO DE CLASE

Pedir en la actualidad la supresión del turno de clase en la provisión de Registros, es, sencillamente, a mi juicio, pecar de inoportuno y privar injustamente a ciertas personas de derechos legítimamente adquiridos.

En aquellos tiempos que existían Registradores de Ultramar, y se hallaba vigente el llamado turno de méritos, de infeliz me-

moria, cabía tachar de injusto el turno de clase, que, a modo de fecunda nodriza, amamantaba a tan privilegiados seres y servía de escudo protector de irritantes privilegios. Pero en la actualidad, suprimido el turno de méritos, desaparecido el privilegio de los Registradores de Ultramar, bien porque han fallecido o porque han consolidado su derecho en virtud de la antigüedad, ¿quién puede tachar de injusto el turno de clase? Hoy no se puede decir, como dijo cierto comentarista, que... «una clase mejor con menor antigüedad significa en nuestra patria sólo una mayor influencia, un mérito ficticio o un nombramiento en Filipinas». Hoy, una clase mejor con menor antigüedad significa un derecho legítima y justamente adquirido en virtud de un concurso. El Registrador que se encuentre actualmente en situación desventajosa para adquirir algún Registro por el turno primero, o de clase, no puede alegar injusticia ni privilegio, puesto que si está en esa situación es por su voluntad. Si pudo concursar y no quiso, si con pleno conocimiento de las consecuencias futuras de su actitud, hace dejación de su derecho y permite que otro lo adquiera, no puede quejarse si el día de mañana se encuentra postergado y es vencido por quien legítimamente usa el arma que él pudo adquirir y voluntariamente renunció.

Todos sabemos que la posibilidad de adquirir una buena clase con poca antigüedad es debido a la falta de paridad que actualmente existe entre la categoría de ciertos Registros y sus rendimientos; pues bien, suprimase la causa en buen hora, hágase una nueva clasificación, vuélvase a hacer tantas veces se crea necesario, pero no se modifiquen preceptos legales que a nadie justamente perjudican con su vigencia, y cuya derogación sería el despojo de derechos legítimamente adquiridos.

EXCEDENCIAS

Al pretender suprimir el turno de clase, es consecuencia inmediata que se pretenda que el reingreso de los excedentes tenga lugar en virtud de concurso, como es natural, por el único turno que queda, o sea por el de antigüedad.

Esta reforma, como consecuencia de la anterior, adolece de

idénticos defectos, y bastan los argumentos expuestos para rebatirla.

Obligar al Registrador excedente a reingresar en virtud de concurso por riguroso turno de antigüedad sin tener en cuenta la clase legítimamente adquirida, es, sencillamente, una arbitrariedad. La legislación actual sobre esta materia está basada en los más estrictos principios de justicia; pues nada es más justo que al Registrador excedente se le otorgue, al volver al servicio, un Registro de rendimientos aproximados al que dejó, y esto solamente se consigue por la provisión fuera de concurso que rige actualmente, pues el reingreso por concurso, aun en el supuesto de admitir el turno de clase, le obligaría, la mayoría de las veces, ante la imposibilidad económica de esperar más, a solicitar Registros de rendimientos bastante más escasos que el que las circunstancias de la vida—más que la voluntad, muchas veces—le obligó a abandonar.

Y no se diga que por este sistema se sustraen Registros a las legítimas aspiraciones de los demás compañeros que hubiesen querido ser nombrados para el mismo, pues existen ciertas disposiciones, algunas recientes, de prohibición de concursar, que, por estar inspiradas en altos principios de justicia, han sido recibidas y son acatadas con unánime satisfacción.

No se me escapa que alguno dirá que el sistema actual puede ser utilizado ventajosamente mediante una hábil preparación, pero a esto, baste decir que estas habilidades, con el sistema actual de cómputo de honorarios, dado su coste, y tiempo de duración, no están al alcance de todos los bolsillos, ni tan quimérica sospecha puede servir de fundamento a una reforma que lastimaría legítimos derechos y no menos importantes intereses.

PERMUTAS

Sólo pensando en maquiavelismos se puede encontrar argumentos con que justificar la supresión de las permutas. ¿Pero es que la mera posibilidad de alguna combinación—que si reúne sospechas de tal, va de seguro al fracaso, ante la facultad discrecional concedida al Ministro, previo informe de la Dirección en el artículo 433 del Reglamento—es motivo suficiente para suprimir

el único medio que tenemos de ver logrados lo antes posible nuestros más íntimos anhelos, el deseo innato en todo ser humano de hallarse entre los suyos? Hágase de mayor duración, si se quiere, la limitación de dos años establecida, y así servirá de poderosa traba que impida injustificables propósitos, pero no destruyamos el camino más corto que tenemos de alcanzar tan bello oasis en esta nuestra vida de eterna peregrinación y aislamiento.

IMPLANTACIÓN DE LA CATEGORÍA PERSONAL

Al principio queda expuesto el alcance de tal reforma. Se trata de suprimir la clasificación actual de los Registros, sustituyéndola por la categoría personal, adquirida automáticamente al ocupar determinados números en el escalafón, sirviendo tan sólo las distintas categorías que en su día se establezcan, para efectos de la jubilación.

Fácilmente se comprende que se trata de implantar en nuestro Cuerpo el régimen recientemente establecido para el personal de la Magistratura, y si tal régimen, por las circunstancias especiales de ese Cuerpo, es digno de aplauso, su implantación en el nuestro a nada práctico conduciría y, en cambio, lastimaría bastantes derechos adquiridos, dignos del mayor respeto.

No soy enemigo de una categoría personal adquirida automáticamente por el número que se ocupe en el escalafón, la cual sirva para efectos de la jubilación; por el contrario, la considero muy justa y beneficiosa para todos, pero, entiéndase bien, sin modificación en el estado actual de cosas, que en nada son incompatibles: una categoría personal conviviendo con las actualmente establecidas y para el exclusivo efecto de la jubilación, y sin perjuicio de otra mejor que pudiera tenerse atendiendo al Registro que se desempeñe.

Y con esto queda expuesta mi humilde opinión sobre las delicadas reformas que se pretenden, deseando de corazón que la mano del cirujano no intervenga, pues nuestro Cuerpo, aunque algo maltratado, no necesita, por fortuna, tan radicales y peligrosas intervenciones.

JUAN M.^a BEGUÉ.

Registrador de la Propiedad.

Proyecto de reforma del título VI del Reglamento Hipotecario ⁽¹⁾

Artículo 254. Los de urbanos tendrán las siguientes casillas : 1.^a, número de orden ; 2.^a, aldea o pueblo ; 3.^a, calle ; 4.^a, número ; 5.^a, linderos (con las siguientes subcasillas : a), derecha ; b), izquierda ; c), espalda) ; 6.^a, tomo ; 7.^a, folio ; 8.^a, número de la finca en el Registro ; 11.^a, referencias.

Al principio de cada libro se dejarán una o varias páginas en blanco, para que el Registrador anote las variaciones de nombre que sufran las calles contenidas en dicho libro, según las referencias, que están obligados a darle de estos cambios los Alcaldes.

No obstante esta obligación, los Registradores, todos los años, en el mes de Enero, preguntarán por escrito a todas las Alcaldías de su distrito hipotecario si ha sufrido variación en el año anterior el nombre de alguna calle, y en caso afirmativo, cuál sea el nuevo. La respuesta, si fuere positiva, la anotará el Registrador en las páginas dichas, y en todo caso la archivará en un legajo especial.

Cuando la Alcaldía no conteste en el mismo mes o en todo Febrero, el Registrador lo pondrá en conocimiento de la Dirección general de los Registros, la cual gestionará el cumplimiento del servicio.

A los índices de rústicas y urbanas se llevarán todas las fincas que se anoten o inscriban como finca nueva o que por segregación resulten así. También se extenderá un nuevo asiento, con

(1) Véase el número anterior de esta REVISTA.

el número de orden que le corresponda, cuando se modifique algún lindero (o notablemente la cabida, sin que haya segregación), haciéndose en la última casilla de ambos asientos la oportuna referencia mutua.

Siempre que por agruparse con otras o por otra causa legal se extinguiere alguna finca, se tachará todo el asiento con tinta o lápiz rojos o se envolverá con una raya de tinta negra.

El Registrador, al recibir de una Alcaldía oficio comunicando el cambio de nombre de una o varias calles, antes de archivarlo, tachará en la forma dicha el nombre de dicha calle en todos los asientos en que figure.

Artículo 255. El índice de personas tendrá las siguientes casillas: 1.^a, número de orden; 2.^a, apellido paterno; 3.^a, ídem materno; 4.^a, nombre; 5.^a, indicaciones y referencias; en esta última casilla se consignarán unos a continuación de otros el sitio o nombre de la finca, el tomo del Ayuntamiento y el folio, el número de la finca en el Registro y cualquier referencia que quiera hacerse.

Las cancelaciones se indicarán tachando en rojo o envolviendo con raya negra solamente la indicación del tomo y folio o, en su caso, sólo la del folio.

Artículo 256. En el término de seis años, a contar desde la publicación de este Reglamento, se terminarán los índices que han de llevarse con arreglo al mismo, tomando los datos e indicaciones de los índices anteriores, o, si algún Registrador lo prefiriese, directamente de los libros de inscripciones. Los datos tomados de los índices anteriores sólo contendrán las indicaciones que en ellos se hagan.

No se trasladarán las indicaciones ya canceladas, ni los nombres de los que con ellas figuren.

Hasta que termine el libro de índices correspondiente a un Ayuntamiento, las indicaciones de los títulos, que se vayan despachando, se anotarán en los cuadernos o libros que se lleven actualmente, pero consignando todos los datos que exige este Reglamento.

Artículo 257. Siempre que vaque un Registro durante esos seis años se hará constar en el acta de visita cuántos libros de índices ha trasladado por completo el Registrador que cesa, ar-

chivando los antiguos y cuántos asientos de cada letra tiene trasladados de aquellos que estuviere trasladando, y el número de libros de índices que no haya empezado a trasladar.

Al transcurrir los seis años, si no hubiesen sido trasladados todos los índices, la Dirección general señalará la participación de cada Registrador en esa omisión y dará un plazo racional para que se concluyan a costa de los culpables, sin perjuicio de la multa que deberá imponerles de 10 a 1.000 pesetas.

Sólo la Dirección general podrá eximir del traslado de algún libro de índices cuando se lleve con las condiciones exigidas en este Reglamento.

No se abrirán libros complementarios de índices. Cuando los folios destinados a una letra se concluyan, se pasará a los folios en blanco que sobren de otra letra, y cuando éstos vayan disminuyendo se abrirán nuevos índices, de los cuales se eliminen las indicaciones y asientos cancelados.

Los nuevos índices que se abran tendrán tantas hojas como se calcule, según los índices antiguos, para que sirvan durante treinta años por lo menos.

Podrá, sin embargo, desencuadernarse cada tomo y encuadernarse de nuevo con más hojas o dividirlo en uno o más, intercalando en las letras que hiciere falta las hojas necesarias, siempre que se haga constar por certificación.

Artículo 258. Los asientos de los índices de personas se extenderán por orden alfabético de la inicial del primer apellido, pero dentro de dicha letra se consignarán por orden cronológico de despacho, unos a continuación de los otros, sin dejar líneas en blanco por regla general, pues el Registrador puede dedicar varios renglones y aun páginas a las personas naturales o jurídicas que estime han de adquirir muchos derechos.

Al final de cada libro o tomo se dejarán tantas hojas como parezcan necesarias, que no podrán bajar de la quinta parte, para índice alfabético de los asientos contenidos en el libro. A cada letra se destinará un número de páginas proporcional a su extensión, y dentro de ella anotará las personas por riguroso orden alfabético de todas las letras de los dos apellidos, dejando entre indicación e indicación espacio suficiente para los apellidos de

letras intermedias que puedan venir posteriormente, espacio que debe calcularse por los índices antiguos.

La referencia se hará al número o a los números de orden, en esta forma: Nieto Abad, números 32, 65, 77, etc. Nieto Acedo, números 25, 33. Nieto Adame, número 68, etc.

Si los dos apellidos fueran muy vulgares y usados en la comarca, será conveniente que además de los dos apellidos se consigne el nombre, pero sin que este nombre influya para nada en el orden alfabético, en esta forma: Nieto Abad, Juan, números 17, 18, 20. Nieto Abad, Antonio, número 101, etc., etc.

Artículo 259. Todo Registrador será directamente responsable de los perjuicios ocasionados en virtud de omisión o error sufridos en los índices acerca de títulos por él despachados, aunque el autor material lo sea otro Registrador posterior, siempre que este último haya basado el acto ocasional en dichos error u omisión.

Los Inspectores, al girar las visitas, pondrán especial cuidado en confrontar varias citas.

PAULINO HUERTA.

Registrador de la Propiedad.

(Continuará.)

Jurisprudencia de la Dirección de los Registros y del Notariado

VENTA DE BIENES DE MENORES DE EDAD. EL ÚNICO JUZGADO COMPETENTE PARA CONCEDER LA AUTORIZACIÓN ES EL DEL DOMICILIO.

Resolución de 1.º de Octubre de 1927. (Gaceta de 4 de Noviembre de 1927.)

En el Registro de la propiedad de Falset, se presentó escritura otorgada por el Notario de Barcelona D. José Loperana Romo, en 7 de Marzo de 1924, por la que doña María Teresa Aragonés Castelló, viuda y vecina de pueblo del partido de Falset, como madre de su hija menor no emancipada, doña Teresa Juncosa, y con la autorización que la concede el Juzgado de Reus, vende a D. Evaristo Fábregas Panues una finca de dicha menor.

Denegó el Registrador la inscripción «por observarse el defecto insubsanable de ser, de conformidad a lo preceptuado en el artículo 164 del Código civil, incompetente el Juzgado de primera instancia de Reus para conceder la autorización de vender a María Teresa Aragonés Castelló, en nombre de su hija menor de edad, Teresa Juncosa Aragonés, debiendo, según dicho precepto, solicitarse tal autorización del Juzgado de primera instancia de este partido.»

Confirmó el Presidente de la Audiencia la nota impugnada, declarando no hallarse extendida la escritura con arreglo a las prescripciones legales, y la Dirección general confirma el auto apelado, con las siguientes razones:

El artículo 164 del Código civil, exige, para que el padre o

madre, en su caso, enajenen o graven los bienes inmuebles del hijo en que le corresponda el usufructo o la administración, la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal, y contra este terminante precepto, no puede alegarse que el citado cuerpo legal es una ley sustantiva y no ha derogado en este punto a la ley de Enjuiciamiento civil, porque, precisamente, en los actos de jurisdicción voluntaria, los límites entre el derecho material y el formal aparecen tan indefinidos que no puede desenvolverse el criterio absoluto de referencia frente al texto claro de una ley.

Del fondo del mismo interés tutelado, es decir, de la necesidad de proteger a los menores contra las posibles extralimitaciones de sus padres, se deriva, lógicamente, la conveniencia de centralizar en un Juzgado el conocimiento de cuantas solicitudes se presenten fundadas en la necesidad o utilidad del acto jurídico, para evitar que un simple supuesto sirva al objeto de obtener varias autorizaciones.

El sometimiento de las partes a cualquier Juez, en los términos prescritos por el artículo 56 de la ley de Enjuiciamiento civil, sólo es una regla para determinar la competencia que ha de ceder, como toda norma general, ante el precepto especial, y uno de éstos, inspirado en la unidad familiar, en las relaciones de vecindad y en el valor determinante que el domicilio tiene en las cuestiones relativas al estatuto personal, es el que se discute en este recurso gubernativo.

PARTICIÓN DE HERENCIA. LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL Y APLICACIÓN A LOS BIENES DE LA MISMA DEL PRINCIPIO LLAMADO TRACTO SUCESIVO.

Resolución de 19 de Octubre de 1927. (Gaceta de 25 de Noviembre de 1927.)

En el Registro de la Propiedad de Morón se presentó escritura de partición de bienes otorgada en Puebla de Cazalla, ante el Notario de la misma, D. Francisco Olmedo, la que fué calificada por el Registrador con la siguiente nota: «No admitida la inscripción

del documento que precede, porque no se expresa de manera clara y precisa la extensión del derecho adjudicado a doña Rosario Asensio Torres por cada herencia (materna y paterna) y porque lo que herede del causante últimamente fallecido, habiéndolo éste adquirido en pago de sus derechos en la liquidación de la sociedad conyugal, ha de constar inscrito previamente a su favor; defectos insubsanables que no permiten tomar anotación preventiva aunque se pretenda.»

En el recurso interpuesto por el Notario, el Presidente declaró que la escritura de partición de herencia se hallaba legalmente extendida, y la Dirección general confirmó el auto apelado, por las siguientes razones:

La principal objeción hecha por el Registrador en la escritura de partición objeto de este recurso, es la derivada del principio llamado de *tracto sucesivo*, en cuya virtud, las fincas y derechos tan sólo pueden ser adquiridos de quien figura o puede figurar en el Registro como titular o propietario.

Para aplicar el mencionado principio a los bienes propios de la sociedad de gananciales, debe tenerse presente la especial naturaleza de dicha comunidad, que, sin constituir una verdadera persona jurídica, distinta de la personalidad del marido y de la mujer, funciona como masa patrimonial afecta a fines peculiares del matrimonio y se refiere a bienes que tanto pueden atribuirse privativamente al marido como a la mujer llegado el momento de la liquidación.

Como consecuencia de esta concepción, que ha hecho pensar a muchos autores en una propiedad *in solidum*, parece lícita la afirmación de que los bienes gananciales, mientras no sean adjudicados a personas determinadas, pertenecen en su totalidad al marido con reserva de los derechos correspondientes a la mujer, o en su totalidad a la mujer con las limitaciones impuestas por el derecho correlativo de su marido, y forman un grupo patrimonial de régimen ambiguo.

Los herederos o causahabientes se colocan en el lugar del respectivo causante y cuando representan al marido y a la mujer indistintamente, por ser hijos legítimos y herederos de ambos y no haberse realizado la división, asumen los derechos de un modo indiferenciado, como si la muerte de los dos hubiese tenido lugar

en el mismo momento, de suerte que casi puede asegurarse que suceden hipotecariamente más bien en la cuota de la sociedad conyugal que en los bienes propios de uno de los cónyuges.

Este criterio, desenvuelto por la Resolución de 30 de Junio último, no contradice a la regla general, que impone la inscripción previa de los bienes transmitidos a título singular, porque en los casos aludidos no se transfiera determinada finca a una tercera persona, sino una agrupación de bienes a varios hermanos, que se los distribuyen por primera vez, del mismo modo que se repartirían en una disolución de sociedad los bienes correspondientes a la compañía formada por los padres durante su vida, que conservara su unidad jurídica en el período de liquidación.

COMPRAVENTA. PARA CALIFICAR LAS FACULTADES DISPOSITIVAS DE UNA PERSONA, ES PRECISO ATENERSE A LOS TÉRMINOS EN QUE APARECEN LAS INSCRIPCIONES HECHAS.

Resolución de 7 de Noviembre de 1927. (Gaceta de 15 de Diciembre de 1927.)

Presentada en el Registro de la Propiedad de Játiva escritura otorgada ante el Notario de Gandía, D. César Coll y Bruk, el 14 de Julio de 1925, por la que los albaceas de doña Leonor Ortiz, fallecida sin descendencia, y en la que se habían reunido las facultades de disponer con las que había sido mejorada por su padre, D. Juan Bautista, venden una finca, el Registrador puso la siguiente nota: «Se deniega su inscripción porque la finca que comprende la adquirió la causante doña Leonor Ortiz por herencia de su padre, D. Juan Bautista Ortiz de Tudela, en pago de su mejora de la mitad del tercio y quinto, cuya mejora se hizo con la condición de que podría disponer tan sólo a favor de sus hijos y descendientes; señalando para el caso de morir sin sucesión (la mejorada) las personas a quienes habían de pasar los bienes objeto de la repetida mejora. Y no concurriendo en el comprador las condiciones señaladas por el D. Juan Bautista Ortiz, no es inscribible la venta hecha a su favor por los albaceas de doña Leonor, al menos mientras subsista en el Registro la limitación indi-

cada. No apareciendo subsanable dicha falta, no es admisible la anotación preventiva.»

El Presidente de la Audiencia, en el recurso interpuesto por el Notario, revocó la nota del Registrador y la Dirección general confirmó el auto apelado, con los siguientes razonamientos :

Para resolver este recurso, es necesario atenerse a los términos en que aparecen las inscripciones en el Registro de la Propiedad, pues sólo mediante su escrupuloso análisis puede el Registrador de la Propiedad y esta Dirección general, que se subroga en sus funciones, determinar las facultades de doña Leonor Ortiz para disponer de los bienes relictos por su padre, D. Juan Bautista, en el concepto de mejora.

Si bien en las inscripciones primeramente practicadas a favor de la misma doña Leonor, se le adjudicaban las fincas *en usufructo*, con las condiciones impuestas por el testador, o sea con la autorización de poder disponer de la mitad del tercio y quinto a favor de sus hijos y descendientes, más tarde la doña Leonor, única superviviente por haber fallecido todos los demás hermanos llamados a la herencia sin dejar sucesión, inscribió a su favor las fincas comprendidas en una manifestación de bienes *en dominio*, con sujeción a las condiciones impuestas por el causante en su testamento.

De la redacción de la cláusula de mejora se desprende que la voluntad del testador era reservar a sus hijos y a los descendientes de los mismos los bienes adjudicados en tal concepto, y, en consecuencia con el destino que las Leyes de Toro concedían a la mejora propiamente dicha, no llamó como sustitutos a personas extrañas, sino a cuatro hijos no mejorados y a sus descendientes, nombrando en el remanente herederos a todos sus hijos por partes iguales y *de libre disposición*.

La prueba relativa a la premoriencia aludida de todos los hijos y descendientes de D. Juan B. Ortiz llamados por la cláusula sexta de su testamento al goce del tercio y quinto después de doña Leonor, ha sido practicada ya como requisito indispensable para la inscripción de la expresada manifestación de bienes, y a estos pronunciamientos debe sujetarse la calificación mientras por los Tribunales de Justicia no se rectifique el asiento, sin volver a exi-

gir documentos que en su día debieron ser presentados y censurados.

En la misma inscripción se han concentrado las facultades de disposición que podrían corresponder a todos los hermanos en la heredera sobreviviente, doña Leonor Ortiz, con la fórmula de que su derecho de dominio quedaba únicamente sujeto «a las condiciones aun posibles de cumplimiento de las establecidas por el causante», frase que no se refiere a un usufructo con facultad de disponer a favor de los hijos, sino a la plena propiedad limitada por la prohibición de disponer, si los tuviere, a favor de otras personas.

Así lo corrobora la particularidad de que en la escritura de manifestación de bienes, inscrita en los Registros de Játiva, Albaida y Alberique, después de indicar las circunstancias del fallecimiento de los herederos, se consigna textualmente «que la única descendiente que vive y queda del causante D. Juan Bautista Ortiz y Tudela, es la señora exponente doña Leonor Ortiz y Malquer, quien, además, y por las defunciones dichas de todos sus otros hermanos, reúne en sí, como heredera también de ellos, según así se acreditara en el Registro de la Propiedad, con la correspondiente documentación, todas las herencias de los mismos, y, por tanto, todos los derechos contra la herencia de su padre, viniendo por todo ello a ser en la actualidad la única persona a quien corresponden dichos bienes del tercio y quinto, sin otra limitación que la de transmitirlos a sus descendientes, si llegase a tenerlos.

NO PROCEDE RECURSO GUBERNATIVO CONTRA NOTA CANCELATORIA DE CARGAS.

Resolución de 4 de Noviembre de 1927. (Gaceta de 16 de Diciembre de 1927.)

El Alcalde de la villa de Malagón, en nombre de los vecinos de dicho pueblo, interpuso recurso gubernativo contra una nota marginal, por la que el Registrador de la Propiedad de Ciudad Real cancelaba cargas mencionadas por haber caducado de dere-

cho, a tenor de lo dispuesto en los artículos 401 y 402 de la ley Hipotecaria. El Presidente de la Audiencia, previo informe de aquél, declaró la improcedencia del recurso, y la Dirección general, teniendo en cuenta que se trata del mismo, resuelto, por dicho Centro el 16 de Septiembre último, confirma el auto apelado.

TRANSMISIÓN DE LEGADO. ORDENADA SU INSCRIPCIÓN POR MANDAMIENTO JUDICIAL, DEBE ELLA PRACTICARSE EN CUANTO NO PUGNE CON LO QUE RESULTE DEL REGISTRO O PERJUDIQUE A QUIEN, APARECIENDO COMO TITULAR DE LOS BIENES, NO HAYA SIDO OÍDO EN EL PLEITO..

Resolución de 12 de Noviembre de 1927. (Gaceta de 19 de Diciembre de 1927.)

Don Joaquín María Gastón, instituido legatario en determinados bienes por D. Jacinto Zalduendo y Montoya, en testamento otorgado el 20 de Julio de 1879 ante el Notario de Pamplona, don Salvador Echaide, requirió a doña Casimira Francisca Montoya, heredera legitimaria a título universal de dicho causante, para que le reconociera su derecho a percibir el legado; y ante su negativa, se siguió demanda correspondiente, que fué objeto de sentencia dada por el Tribunal Supremo, declarando válido dicho legado y condenando a la heredera a hacer entrega del mismo.

Ya en período ejecutivo de sentencia, el Juzgado de primera instancia de Estella, luego de haber dado posesión al legatario señor Gastón de las fincas que constituían aquél, inscritas por información posesoria en favor del causante Sr. Zalduendo, expidió mandamiento al Registrador de la Propiedad de dicho partido ordenando la inscripción de la transmisión del legado en favor de dicho legatario sobre varias fincas y dos censos, que judicialmente le habían sido entregados.

El Registrador puso al pie de tal mandamiento la nota siguiente: «Suspendida la inscripción del presente mandamiento por los defectos, al parecer subsanables, siguientes: 1.º En cuanto a todas las fincas y censos que comprende, porque condicionando el legado, cuya inscripción se ordena, por la procedencia de los bienes, es preciso justificar ésta en forma que sea eficaz con-

tra los demás legatarios e interesados en el testamento que no han intervenido en los autos, sin ser bastantes tampoco los datos del Registro. 2.º En cuanto a los censos, además, por no describirse las fincas censadas.»

Interpuesto por el interesado recurso contra tal calificación, declaró el Presidente de la Audiencia haber lugar al mismo, y la Dirección general confirma, en cuanto a su parte dispositiva, el auto apelado, y ordena al Registrador de la Propiedad que ponga en conocimiento de la Junta provincial de Beneficencia los datos correspondientes, en virtud de las siguientes consideraciones:

En este recurso gubernativo debe resolverse si es inscribible el mandamiento expedido en la ejecución de sentencia por el Juzgado de Estella al Registrador de la Propiedad del mismo partido, a fin de que inscribiera a nombre de D. Joaquín María Gastón cincuenta y tres fincas, como incluídas en el legado hecho a este último por D. Jacinto Zalduendo, de los bienes procedentes de su abuela doña María Eugenia Lapedriza.

El Tribunal Supremo ha declarado, con fecha 12 de Marzo de 1926, en el pleito seguido por el legatario D. Joaquín María Gastón, contra doña Casimira F. Montoya, como pariente más próxima y heredera abintestato del Sr. Zalduendo, que el legado hecho por éste a favor del Sr. Gastón, es válido en la forma, extensión y límites que se indica en la cláusula séptima del testamento, y que la demandada señora Montoya había de estar y pasar por tal declaración, haciendo entrega del legado al legatario.

La ejecución de la reseñada sentencia entre las partes que han intervenido en el pleito, es de la competencia del Juzgado de primera instancia que ha decretado la inscripción, y al mismo corresponde, con vista de los elementos de juicio y documentación aportada, la especificación de los inmuebles que, como procedentes de la abuela del testador, deben reputarse comprendidos en los términos del legado, quedando en estos particulares cubierta la responsabilidad del Registrador por los pronunciamientos judiciales, siempre que no contradigan al estado del Registro y a las inscripciones vigentes.

Si bien la entrega de los legados compete al heredero o al albacea autorizado para darla, y en el supuesto discutido, el Tribunal Supremo parece haber concedido especial valor a las institu-

ciones de herederos hechas por vía indirecta en el testamento del señor Zalduendo, es indudable que no ha anulado la declaración de herederos abintestato obtenida por la señora Montoya, que, en consecuencia, se halla legitimada para actuar como heredera única y entregar el legado aludido o los bienes en que consistan:

Con los anteriores razonamientos no se niega que el testamento sea válido para todos los interesados en su efectividad, ni se priva a los demás legatarios de las acciones que les competan y puedan ejercitar con arreglo a las leyes, porque los derechos del legatario, mientras no se presuma un conflicto o se discuta sobre la respectiva prelación, son independientes y pueden ser llevados al Registro con los títulos en que la inscripción haya de fundarse.

Si el heredero no se presta voluntariamente a realizar la entrega, se halla autorizado el Juez para obrar en su representación, y el mandato expedido a tal efecto debe ser inscripto en cuanto no choque con el estado del Registro o no perjudique a quien aparezca como titular de los bienes sin haber sido oído en el pleito, y como en el caso presente los legatarios e interesados en el testamento no han instado especialmente la anotación de sus derechos ni son los llamados a realizar la entrega de las fincas objeto del mandamiento, falta la base legal en que pudiera apoyarse la nota del Registrador.

El Registro no debe recargarse con supuestos y datos que pongan en tela de juicio la legitimidad de los derechos transferidos y alejen a los terceros de la contratación sobre los bienes inscriptos, por lo que no procede se extienda como condición resolutoria ninguna indicación relativa a la procedencia de las fincas, y antes al contrario debe dejarse amparado el derecho de los demás interesados frente a los terceros adquirentes por el artículo 23 de la ley Hipotecaria, y poner en conocimiento de las personas llamadas a velar por las instituciones de Beneficencia o por las colectividades indeterminadas, los extremos más importantes de este debate, por analogía con lo dispuesto en el artículo 2.º de la Real orden de 21 de Abril de 1908.

SOCIEDAD CONYUGAL. LIQUIDACIÓN DE LOS BIENES DE LA MISMA Y
APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL TRACTO SUCESIVO.

Resolución de 29 de Noviembre de 1927. (Gaceta de 20 de Diciembre de 1927.)

En el recurso interpuesto por el Notario de Puebla de Cazalla, D. Francisco Olmedo, contra nota del Registrador de la Propiedad de Morón, por la que éste denegó la inscripción de una escritura de partición de bienes por falta de previa inscripción en favor de un causante de la adjudicación al mismo en pago de sus derechos en la liquidación de la sociedad conyugal de finca por él adquirida durante matrimonio, el Presidente de la Audiencia declaró hallarse bien extendida dicha escritura, y la Dirección general confirma el auto apelado por entender que este problema ha sido planteado por los mismos funcionarios en términos análogos, y ha sido resuelto por el Presidente de la Audiencia, con iguales pronunciamientos, en el expediente gubernativo que terminó con la Resolución de este Centro directivo de 10 (debe ser 19) de Octubre último, sin que en el caso actual la particularidad de no ser cada uno de los interesados hijo legítimo de los dos cónyuges que formaban la sociedad de gananciales en cuestión, ni heredero de ambos, constituya un motivo legal o doctrinal para modificar el criterio entonces sustentado. (Véase dicha Resolución en este mismo número.)

COMPRAVENTA DE BIENES ADQUIRIDOS POR HERENCIA GRAVADA CON
PROHIBICIÓN DE DISPONER DE ELLOS EN FAVOR DE EXTRAÑOS. NO
ES INSCRIBIBLE.

Resolución de 30 de Noviembre de 1927. (Gaceta de 22 de Diciembre de 1927.)

Ante el Notario de Tudela, D. Felipe Flórez, se otorgó en 16 de Abril del año 1927 escritura por la que D. Eugenio Frauca Barreneche vende a D. Angel Pérez Sanz tres fincas rústicas que

aquél adquirió por herencia intestada de sus padres, D. Lino y doña Estefanía, habiendo, a su vez, adquirido dos de ellas el don Lino por herencia de sus padres, D. José Frauca y doña Josefa Belanuz, los que en su testamento y memoria testamentaria prohibieron disponer de los bienes entre extraños y sólo facultaron para hacerlo en favor de hijos y nietos, estableciendo reversión a los hermanos y sobrinos de D. Lino, si al fallecimiento de éste o de sus hijos no tuvieran sucesión.

El Registrador de la Propiedad inscribió en cuanto a una de las fincas y no admitió la inscripción de las restantes, «porque con arreglo al testamento y memoria otorgados por los cónyuges don José Frauca y doña Josefa Belanuz, y la interpretación que dieron los albaceas, D. Eugenio Frauca Barreneché, que es nieto de los testadores, no puede disponer de los bienes de aquella procedencia sino en favor de sus hijos o descendientes legítimos por causa de muerte, de matrimonio o tomando estado, y, además, los albaceas, en uso de las facultades que les concedieron los testadores, interpretando la reserva, manifestaron que no se podía vender ni gravar dichos bienes, y no siendo subsanable dicho defecto, no es admisible la anotación preventiva aunque se pidiera, extendiendo esta nota con arreglo a lo dispuesto en el artículo 85 del Reglamento».

El Presidente de la Audiencia dejó sin efecto la nota del Registrador, y la Dirección general, vistos los artículos 41 de la ley Hipotecaria, 51 y 124 de su Reglamento, mas la Resolución de 7 de Noviembre de 1927, revoca el auto apelado y confirma la nota del Registrador, con las siguientes consideraciones:

A tenor del artículo 41 de la ley Hipotecaria, quien tiene inscrita la propiedad de inmuebles se reputa propietario efectivo de los mismos, con arreglo a los términos de la inscripción, por lo que tales pronunciamientos se hallan bajo la garantía de los Tribunales y han de producir todos sus efectos mientras por los mismos no se declare su nulidad o se rectifiquen en forma legal, según lo preceptúa el artículo 51 del Reglamento hipotecario.

Dos de las fincas de la escritura calificada han sido adquiridas por D. Lino Frauca; padre del enajenante, en virtud de la cláusula tercera de la memoria testamentaria otorgada por sus padres, D. José Frauca y doña Josefa Belanuz, quienes después

de instituir heredero universal a su hijo, el mencionado D. Lino, añadieron: «Si al fallecimiento de D. Lino o sus hijos no tuviesen sucesión, todo lo que existe tiene reversión a sus hermanos o sobrinos, en los mismos términos que los demás, exceptuando la cantidad de 5.000 duros, de que podrá disponer libremente en favor de quien quiera.»

Además, los albaceas designados por los mismos testadores en la cláusula octava del testamento, bajo el que murieron, en uso de las facultades que para prevenir cuestiones se les había conferido, y conociendo el deseo y objeto perseguido por aquellos, declararon que estaban sujetos a reserva, para resolver las dudas, los bienes raíces de la herencia, excepción de la huerta de Dominicos, y que la obligación de reservar correspondía a los hijos y nietos de don José Frauca y doña Josefa Belanuza, concretando todavía más su pensamiento con la afirmación de que la reserva consistía «en que los poseedores de los bienes no pueden disponer de ellos sino en favor de sus hijos o descendientes legítimos», y «en que los bienes así legados no se pueden enajenar, gravar, ni aun deteriorar».

Estas disposiciones, vigentes en el Registro de la Propiedad, como lo acredita la certificación reclamada para mejor proveer, impiden la inscripción de cualquier transferencia libremente otorgada por D. Eugenio Frauca, nieto de los testadores aludidos, y no pueden ser rectificadas en un recurso gubernativo, por muy claras que estuviesen las extralimitaciones de los albaceas, y por muy precisos que aparecieren los textos legales sobre que se apoyase la impugnación.

Tampoco puede el Notario autorizante alegar que las fincas objeto de la venta se hallan precisamente en el grupo de bienes adquiridos con libre disposición, como comprendidos en la cantidad de 5.000 duros, a que se refiere la cláusula citada del testamento, porque, o los otorgantes de la escritura de venta lo hicieron constar así, en cuyo caso el Notario debió haberlo consignado en la escritura, o nada dijeron de este particular, y en tal supuesto no compete a aquel funcionario la adición de un extremo que, por otra parte, resulta contradictorio con los datos aducidos por el Registrador.

DERECHO HEREDITARIO. NECESIDAD DE LA PREVIA INSCRIPCIÓN A FAVOR DE LA HEREDERA PARA PODER INSCRIBIR LAS VENTAS HECHAS JUDICIALMENTE A NOMBRE DE ELLA, POR OBLIGACIONES POR LA MISMA CONTRAÍDAS.

Resolución de 1.º de Diciembre de 1927. (Gaceta de 23 de Diciembre de 1927.)

En ejecución de sentencias dictadas a consecuencia de demandas interpuestas contra doña Angeles Fernández de Bustamante, a la que se embargó el derecho hereditario que la correspondía como única y universal heredera de su esposo D. José Salmerón Amat, anotándolo en el Registro, se solicitó por D. Antonio Amat, como mejor postor en las subastas celebradas, que se le otorgara de oficio la correspondiente escritura, caso de negarse la demandada, y que en ellas se hiciera constar que de no poder inscribirse las fincas objeto de las ventas, por no estarlo a nombre de la demandada, se considerase comprendido en la venta el derecho hereditario de dicha señora sobre ellas para poder inscribirlo.

Accedió el Juzgado a dichas peticiones ordenando que de no poder inscribirse las fincas se inscribiera el derecho hereditario que correspondía a doña Angeles Fernández Bustamante en ellas, y presentadas las correspondientes escrituras en el Registro de la Propiedad de La Carolina, el Registrador no admitió la inscripción «por aparecer inscritas las fincas a nombre de D. José Salmerón Amat, persona distinta de la demandada, y estimándose insubsanable dicho defecto, no es procedente la anotación preventiva».

Interpuesto recurso por el comprador, el Presidente de la Audiencia revocó las notas del Registrador, y la Dirección general, vistos los artículos 20 de la ley Hipotecaria; 71, 103 y 141 de su Reglamento; las Resoluciones de 3 de Abril y 2 de Junio de 1914, y 13 de Noviembre de 1926, confirma la nota del Registrador, revocando, por tanto, el auto apelado, por las siguientes razones:

El derecho hereditario, en el sentido de conjunto de facultades

que del causante de un herencia pasan al heredero o herederos sobre la totalidad del patrimonio relicto, se refiere directamente a la masa hereditaria, *universum jus*, como a una entidad independiente, en cierto modo, de sus elementos económicos, y única en tal aspecto, aunque en funciones de denominador permita la configuración de cuotas o fracciones pertenecientes a varias personas, por ello denominadas coherederos.

Así entendido, el derecho hereditario no se concreta en los bienes, derechos, acciones o deudas que constituyen la herencia, de suerte que pueda hablarse de la cesión del derecho hereditario que recaiga sobre cosa determinada, o, al menos, en esta forma no tiene acceso al Registro de la Propiedad, que sólo por excepción admite la transferencia y gravamen de las cuotas hereditarias.

Si el heredero es único y sus facultades de disponer no se hallan limitadas por testamento, la enajenación de su derecho hereditario, en cuanto afecta a una cosa, o equivale a la transferencia de los derechos específicos que le competen por razón de la herencia causada sobre la misma cosa, o se refieren a la cesión parcial del patrimonio hereditario considerado como unidad; y así como en el primer supuesto sería necesario inscribir las fincas o derechos transmitidos a favor del transferente, para cumplir las exigencias del tracto sucesivo, en el segundo debería precisarse, con datos numéricos, la magnitud de la cuota transmitida, toda vez que el haberse trabado el embargo sobre bienes especiales nada dice de la extensión y límites del derecho universal en cuestión.

El precepto claro y terminante del artículo 20 de la ley Hipotecaria, en sus dos párrafos primeros, comprensivos, por decirlo así, de la norma general que establece la necesidad del tracto sucesivo en las inscripciones del Registro, no tolera más excepciones que las taxativamente señaladas en el mismo artículo, entre las cuales no cabe incluir, sin alguna violencia, el caso que motiva este recurso, ya que la relativa a testimonio de autos de adjudicación o escritura de venta verificada en nombre de los herederos del ejecutado, a que se contraen los Resultandos de esta Dirección general citados en el recurso, suponen que la ejecución se hubiera entablado contra el causante mismo y por obligaciones reales o personales por él contraídas, por lo cual basta y se exige única-

mente que los bienes adjudicados o vendidos se hallen inscritos a su nombre, puesto que como sucesores de él obran los herederos; caso distinto del de embargarse y transmitirse, como ahora, bienes propios ya de la heredera, aunque no inscritos a su nombre y por obligaciones suyas, en el cual el tracto se interrumpiría de no exigirse la inscripción previamente a su venta, como se deduce de algunas Resoluciones de este Centro y entre ellas la citada de 13 de Noviembre de 1926.

En la inscripción de bienes adjudicados por herencia, deberán hacerse constar las circunstancias enumeradas en los primeros párrafos del artículo 71 del Reglamento hipotecario, de aplicación indudable, tanto en el supuesto de que sean aquellos enajenados por el heredero como en la hipótesis de que lo hayan sido por el Juez en representación del mismo.

SOCIEDAD CONYUGAL. LIQUIDACIÓN Y ADJUDICACIÓN DE LOS BIENES DE LA MISMA. APLICACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO.

Resolución de 5 de Diciembre de 1927. (Gaceta de 5 de Enero de 1928.)

En escritura otorgada en 27 de Abril de 1925 ante el Notario de Puebla de Cazalla, D. Francisco Olmedo Herrera, por la que se formalizan operaciones de herencia, puso el Registrador de la Propiedad de Morón nota denegando la inscripción en cuanto a lo que se adjudica por sus herencias paterna y materna a uno de los herederos por no expresar de una manera clara y precisa lo que por cada una adquiere, porque si bien pueden acumularse ambas herencias en un solo documento, hay que determinar con exactitud lo que comprende la de cada cónyuge, máxime por lo que heredó del últimamente fallecido, que en el caso presente entró en su patrimonio en pago de sus derechos en la liquidación de la sociedad conyugal, y a título de legado de su consorte ha de inscribirse previamente a su favor para que resulte en el Registro el tracto sucesivo exigido por el artículo 20 de la ley Hipotecaria.

Interpuesto recurso por el Notario en cuanto a dicho defecto, y al de falta de alguna cédula personal, el Presidente de la Au-

diencia declaró bien extendida dicha escritura en cuanto al fondo de la misma, pero no en su forma, y apelado este auto tan sólo por el Registrador, la Dirección general lo confirma una vez más, entendiendo que este problema ha sido planteado por los mismos funcionarios en términos análogos, y que ha sido resuelto por el Presidente de la Audiencia, con iguales pronunciamientos, en los expedientes gubernativos que terminaron con las Resoluciones de este Centro directivo de 19 de Octubre y 29 de Noviembre del año último. (Véanse en este número.)

SOCIEDAD CONYUGAL. LIQUIDACIÓN Y ADJUDICACIÓN DE LOS BIENES DE LA MISMA Y APLICACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO. LOS DOCUMENTOS QUE SE INCORPOREN O TRASLADEN A UNA ESCRITURA, DEBEN INSERTARSE TAL COMO SE HALLEN ESCRITOS.

Resolución de 6 de Diciembre de 1927. (Gaceta de 11 de Enero de 1928.)

El Notario de Puebla de Cazalla, D. Francisco Olmedo, autorizó, en 7 de Noviembre de 1926, escritura formalizando las operaciones divisorias del caudal de herencias paterna y materna, y presentada en el Registro de la Propiedad de Morón, por el Registrador se denegó la inscripción en cuanto a la mitad de un casa «correspondiente a la herencia paterna, porque lo que se herede del cónyuge últimamente fallecido, ha de constar inscrito a su nombre en virtud de la liquidación de la sociedad conyugal, y esta inscripción previa ni está hecha ni se solicita. Y no pareciendo subsanable ese defecto, no es admisible la anotación preventiva aunque se pretendiera. Suspendida la inscripción de la restante mitad de dicha casa, correspondiente a la herencia del padre, que éste adquirió en estado de viudo, por advertir el defecto subsanable de usarse guarismos en la expresión de las fechas de las certificaciones del Registro general de actos de última voluntad, insertas en el instrumento, sin tomar anotación preventiva por no solicitarse.»

Interpuesto recurso, el Presidente de la Audiencia, declaró bien extendida la escritura en cuanto al fondo del asunto, o sea en

cuanto al primer extremo de la nota, pero no en cuanto a la forma, y la Dirección general revoca parcialmente el auto apelado, en alzada del Notario, declarando que la escritura se halla redactada en forma legal, por considerar, en cuanto al punto fundamental de no hallarse inscrita a nombre del cónyuge últimamente fallecido, de los causantes de la sucesión, la finca o parte de finca que le fué adjudicada en la sucesión del premuerto, que este problema ha sido planteado y resuelto por los mismos funcionarios y en términos que resultan de los expedientes terminados con las Resoluciones de 19 de Octubre, 29 de Noviembre y 5 de Diciembre de 1927.

Por lo que hace referencia al segundo extremo de la nota, entiendo el Centro directivo que la prohibición de abreviaturas y guarismos consignada en los artículos 25 de la ley del Notariado y 231 de su Reglamento, con el principal objeto de evitar ambigüedades y confusiones en el instrumento público que se redacta, no puede hacerse extensivo a los documentos que se incorporen o trasladen a la escritura notarial propiamente dicha, en primer lugar, porque la forma intrínseca de los indicados documentos puede hallarse regulada por preceptos distintos de los notariales; en segundo lugar, porque la copia de un documento debe aproximarse lo más posible al contenido del original del que depende su energía jurídica, y, en fin, porque la interpretación rigurosa de los mencionados textos llevaría a denegar la transcripción de todos los certificados, talones y documentos en que se hubieran empleado abreviaturas, dejado sin cubrir líneas, etc., o, por lo menos, a conceder al Notario una temeraria autorización para completar el sentido de los signos, abreviaturas y cifras que debe trasladar.

Este razonable criterio debe sobre todo sostenerse en el presente caso, por referirse las cantidades consignadas en guarismos a la fecha de apertura del Registro de actos de última voluntad, conocida auténticamente por todos los funcionarios, y a la fecha de expedición de un certificado del mismo Registro, indicada en el *resultando* de un auto judicial con relación al documento original aportado al procedimiento correspondiente.

PARTICIÓN DE HERENCIA FORMALIZADA POR ALBACEA TESTAMENTARIO..
NO ES NECESARIO, PARA PODER INSCRIBIRLA, LA ACEPTACIÓN DE LOS
HEREDEROS.

*Resolución de 12 de Diciembre de 1927. (Gaceta de 16 de Enero
de 1928.)*

En escritura otorgada en 8 de Julio de 1926 por el Notario de Puebla de Cazalla, D. Francisco Olmedo, D. Antonio Núñez Galván, albacea partidor comisario del testador D. Andrés Zamora Rosa, formaliza la partición de herencia de éste por sí sólo, sin intervención de los herederos, si bien advierte que procede de acuerdo con ellos, debiendo tener presente que el causante mejora a su hija Carmen en la cantidad de 250 pesetas, que le serán entregadas en la forma que ella desee.

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Morón, el Registrador denegó la inscripción con la siguiente nota: «Suspendida la inscripción del documento que precede por observarse los defectos subsanables siguientes: Primero, no se acredita la forma en que la mejorada Carmen Gutiérrez Zamora desea que se entregue la mejora; y segundo, el testador comparece sin cédula personal a otorgar el testamento, y no consta que la presente después. No se toma anotación preventiva por no haberse solicitado.»

Interpuesto recurso por el Notario, el Presidente de la Audiencia declaró que la escritura de referencia no se hallaba extendida conforme a derecho, sin tratar del extremo segundo de la nota por no haber sido materia del recurso, y la Dirección general, vistos los artículos 1.056, 1.057, 1.073 y siguientes del Código civil, las Resoluciones de 12 de Noviembre de 1895, 22 de Enero de 1896, 22 de Enero de 1898, 25 de Noviembre de 1899, 18 de Mayo de 1900, 11 de Septiembre de 1907, 30 de Abril de 1917, 10 de Julio de 1920 y 6 de Marzo de 1923, entre otras, revoca el auto apelado, declarando legalmente extendida la escritura en cuestión, con arreglo a la siguiente doctrina:

La partición hereditaria formalizada por el comisario nombra-

do con arreglo al artículo 1.057 del Código civil, es un acto jurídico que por su carácter unilateral se aproxima al testamento, tanto por los precedentes que en él derecho patrio pueden encontrarse sobre sus íntimas conexiones como por la redacción paralela de los artículos 1.056 y 1.057 del dicho texto legal.

La partición solemnizada causa estado y no puede ser impugnada en vía gubernativa, y ha de producir, mientras los Tribunales no declaren lo contrario, los efectos y consecuencias que lógicamente se deriven de los términos en que se halla redactada, conforme lo ha reconocido este Centro en varias de las Resoluciones citadas.

Los herederos que se crean perjudicados por la interpretación dada a las cláusulas testamentarias, por la valoración del caudal relicto o por cualquiera otra circunstancia, pueden atacar la partición o solicitar su rescisión en los términos y con las limitaciones fijadas en la Sección cuarta del capítulo sexto del título segundo del tercer libro del Código civil; pero mientras no se ejercite este derecho ha de reputarse válida y legítima la partición celebrada con las formalidades de derecho.

No obstante la falta de aceptación de los herederos, la doctrina de este Centro ha permitido la inscripción de las operaciones particionales otorgadas por el comisario, como si el ineludible requisito de la aceptación de la herencia se entendiese asimilado a una condición suspensiva; y aunque esta analogía parezca discutible, encuentra su apoyo en el principio que permite la inscripción de bienes o derechos a favor de personas que no han consentido de un modo explícito la adquisición.

La adjudicación hecha a la heredera mejorada en la escritura, pende, como todas las otras, de la aceptación que en principio se presume y que más tarde será acreditada, bien de un modo explícito por la manifestación de los adquirentes, bien de una manera implícita por los gravámenes o transmisiones que después se impongan o realicen.

RECURSO GUBERNATIVO. TIENE PERSONALIDAD, Y DEBE TRAMITARSE, EL INTERPUESTO POR EL NOTARIO CONTRA NOTA DEL REGISTRADOR AUN DESPUÉS DE INSCRITA LA ESCRITURA POR HABERSE SUBSANADO LOS DEFECTOS.

Resolución de 15 de Diciembre de 1927. (Gaceta de 18 de Enero de 1928.)

Por el Notario de Mérida, D. Germán Pérez Olivares, se autorizaron, en 23 de Febrero y 9 de Abril últimos, dos escrituras por las que D. Abelardo López de Ayala y Gardoqui, por sí y en representación de sus hermanas, vende parte de una finca segregada de otra; y el mismo, con dicho carácter y representación, hipoteca el resto del mencionado inmueble.

Suspendió y denegó, respectivamente, el Registrador de Mérida, dichas escrituras, por falta de capacidad, principalmente de la persona que intervenía como representante. Subsanaron los interesados los defectos, e inscritas dichas escrituras, se interpuso por el Notario recurso contra las calificaciones denegatorias, solicitando se declarase que las escrituras se hallaban extendidas con arreglo a las formalidades legales.

Alegó el Registrador y declaró el Presidente la falta de personalidad en el recurrente por hallarse ya inscritas las escrituras y no haberse alegado, en la calificación, motivo que afecte al decoro o crédito profesional del Notario, y la Dirección general, vistas las Resoluciones de 10 de Mayo de 1878, 8 de Octubre de 1873 y 19 de Septiembre de 1895, revoca el auto apelado y acuerda que por el Presidente se resuelva sobre si los instrumentos notariales se hallan o no extendidos en forma legal, por las siguientes razones:

En las citadas Resoluciones se pone de relieve que el Notario, movido por un triple interés: doctrinal, profesional y económico, se halla autorizado para interponer el recurso gubernativo contra la calificación del Registrador, a no ser que por actos propios o por renuncia expresa haya provocado la caducidad de su derecho.

Así entendido este excepcional expediente, no cabe aducir, contra su tramitación, que carece de finalidad práctica, porque aparte del interés que para el Notario encierra la solución de un problema sometido a su ministerio, la nota del Registrador, cuando afec-

ta a la redacción del instrumento público, pone en entredicho la competencia profesional del fedatario y amenaza a su patrimonio con la poco grata perspectiva de una responsabilidad legalmente estatuida.

Colocados el Notario y el Registrador de la Propiedad en la misma línea de jurisdicción voluntaria, siquiera el último por su actuación posterior aparezca como censor del primero, no es congruente con la naturaleza de sus respectivas funciones la comparación con los grados diversos de las instancias judiciales en que se funda el escrito del Registrador para solicitar la declaración de falta de personalidad.

CAPITULACIONES MATRIMONIALES. LA NOVACIÓN DEL CONTRATO MATRIMONIAL EN ARAGÓN EXIGE LA ASISTENCIA Y CONFORMIDAD DE LAS PERSONAS QUE HAYAN INTERVENIDO EN EL PRIMITIVO CONTRATO.

Resolución de 14 de Diciembre de 1927. (Gaceta de 23 de Enero de 1928.)

Ante el Notario de Barbastro, D. Pedro Ferrer, se otorgó, en 26 de Septiembre de 1924, escritura de capitulaciones matrimoniales, con ocasión del proyectado enlace entre D. José Canudo Blecua y doña Josefa Bergés Aguilar, en las que intervino, entre otros, el padre de la contrayente, D. Plácido Berges, quien la entregó legítima, pactándose, además, que los cónyuges vivirían en la casa y compañía de sus tíos, D. Pablo Biul y doña María Aguilar, los que nombraban a su sobrina, dicha doña Josefa, heredera universal de sus bienes.

Por otra escritura de 29 de Mayo de 1926, ante el propio Notario, los cónyuges primeramente citados convienen con sus tíos en separarse de su casa y compañía, devolviéndoles éstos las cantidades que habían aportado y cancelando la hipoteca por los últimos constituida en garantía de la devolución de aquéllas, además de renunciar a la herencia que les hicieron.

Presentada esta última escritura en el Registro de la Propiedad de Barbastro, por el Registrador se puso nota, no admitiéndola «por observarse el defecto de que constituyendo tal renuncia una renovación de la capitulación en que fué otorgada antes de y para el matrimonio de los cónyuges D. José Canudo y doña

Josefa Berges, ha debido concurrir al otorgamiento del precedente documento el padre de doña Josefa, D. Plácido Berges Pardina, que también concurrió al otorgamiento de aquella capitulación, según dispone el párrafo segundo del artículo 58 del Apéndice del Código civil, correspondiente al Derecho foral de Aragón. Estimándose tal defecto de carácter insubsanable, no sería admisible la anotación preventiva aunque se solicitase.»

En el recurso interpuesto, el Presidente de la Audiencia, confirmando la nota del Registrador, denegó la inscripción de la escritura en cuestión, y la Dirección general confirma el auto apelado, fundamentando así su doctrina:

En la escritura primeramente mencionada compareció D. Plácido Berges, con doña Josefa Berges, según se consigna en la primera parte de dicho instrumento público, haciendo constar el fedatario que, a su juicio, todos tenían la capacidad legal necesaria *para el otorgamiento de esta escritura de capitulación matrimonial*, sin distinguir qué personas intervenían a efectos particulares y cuáles como otorgantes directamente interesados en el fondo del contrato o como partes contrapuestas en las relaciones jurídicas.

Esta indeterminación continúa a través del cuerpo de la escritura con la frase «tenían los comparecientes convenido formalizar la oportuna escritura de capítulos y llevándola a efecto de grado y cerciorados de su respectivo derecho, la otorgan», con lo cual se pone de relieve que las complejas relaciones y prestaciones de la escritura en cuestión forman un todo orgánico, un verdadero contrato, único por su forma y por las recíprocas manifestaciones de los comparecientes, sin que sea dado al Registrador que ha de calificar rescindir el acto jurídico o dividir la continencia para limitar las declaraciones del padre compareciente a recibir la renuncia de su hija en orden a los derechos hereditarios.

La intervención del padre, que ha de prestar su licencia o su consejo favorable a la celebración del matrimonio, y ha de separar a la hija del patrimonio familiar, significa, en unas capitulaciones prenupciales celebradas en el Alto Aragón, más que una nueva prueba de reverencia por parte de los contrayentes, el cumplimiento de un deber tradicional por parte del padre, llamado en primer término a cuidar del porvenir de su hija y a vigilar la redacción

de las estipulaciones sobre que haya de desenvolverse la futura sociedad conyugal.

El Notario recurrente, en su escrito de apelación, entiende que no existen mas que dos maneras de ser otorgante en un instrumento: por adquirir derechos u obligaciones o por suplir la falta de capacidad o llevar la representación de otra persona, y esta enumeración es deficiente en cuanto deja fuera la actuación de las personas llamadas a levantar una prohibición de disponer, como el padre que da su consejo favorable para el matrimonio de su hija, y concurre al perfeccionamiento de sus capitulaciones en vista de las seguridades y condiciones pactadas.

Los pactos contenidos en la escritura citada sobre vida común, sucesión hereditaria, reversión y usufructo, han sido necesariamente modificados, y la situación familiar liquidada mediante la entrega de cantidades, dejando subsistente la segunda escritura, objeto del recurso, tan sólo dos pactos de viudedad y gananciales, por lo cual no puede negarse que mediante declaraciones de voluntad hechas por los contrayentes y sus tíos, se han variado las principales condiciones de las capitulaciones matrimoniales, es decir, ha habido una verdadera novación del primitivo contrato.

El artículo 58 del Apéndice foral aragonés exige para novar después del matrimonio capitulaciones que antes se hayan otorgado por los padres y otros ascendientes de los cónyuges, aunque éstos sean mayores de edad, la asistencia y conformidad de aquéllos mientras vivan, y ni siquiera recoge la salvedad final del artículo 1.319 del Código civil, que permite prescindir de su concurso si la comparecencia no fuere necesaria conforme a la ley:

SOCIEDAD CONYUGAL. LIQUIDACIÓN Y ADJUDICACIÓN DE LOS BIENES DE LA MISMA Y APLICACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO. NO ES DEFECTO QUE IMPLDA LA INSCRIPCIÓN EL INSERTARSE, EN LA COPIA DE UNA ESCRITURA, DOCUMENTOS COMPLEMENTARIOS CON LOS GUARISMOS O ABREVIATURAS CON QUE SE HALLEN EXTENDIDOS.

Resolución de 13 de Diciembre de 1927. (Gaceta de 27 de Enero de 1928.)

En el Registro de la Propiedad de Morón se presentó escritura otorgada el 26 de Octubre de 1926, ante el Notario de Pue-

bla de Cazalla, D. Francisco Olmedo, en la que se formalizan operaciones de división y adjudicación de herencias intestadas paterna y materna. El Registrador, presentada que le fué la copia de dicho documento, puso nota denegatoria en cuanto a la falta de determinación de los bienes que pudieran corresponder a la herencia del cónyuge primeramente fallecido, y a la falta de previa inscripción en favor del segundo de lo que le correspondió en virtud de la liquidación de la sociedad conyugal; y suspensiva por lo que hacía referencia a no estar salvadas las raspaduras que contenía el documento presentado, y por usar guarismos en la expresión de las fechas de las certificaciones del Registro general de actos de última voluntad insertas en dicho título.

El Presidente de la Audiencia declaró bien extendida la escritura en cuanto al fondo, pero no en la forma, por haber apreciado la existencia de los dos últimos defectos, de los que el primero, o sea el relativo a no hallarse salvadas las raspaduras, quedó excluido del recurso con anuencia de los interesados, por lo que la Dirección no hace sobre él declaración alguna, «sin que por esto se entienda que el defecto haya sido subsanado en forma reglamentaria».

La Dirección general confirma el auto apelado en cuanto al defecto insubsanable, por tratarse de problema planteado por los mismos interesados y resuelto en expedientes que fueron finalizados con las Resoluciones de 19 de Octubre, 29 de Noviembre y 5 y 6 de Diciembre de 1927; y lo revoca por lo que hace referencia al último de los defectos de la nota del Registrador, por las razones aducidas en la Resolución que va en último lugar de las citadas, todas las que se insertan en este número de la REVISTA.

LUIS R. LUESO

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sentencia de 15 de Junio de 1926. (Gaceta de 25 de Enero de 1927.)

DESAHUCIO. PRECARIO. LEY HIPOTECARIA.

En juicio de desahucio de determinada finca rústica, se alegaba por el demandante: tener inscrito en el Registro su título de dominio; que en la escritura de adquisición se hizo constar que la finca se hallaba libre de toda carga, y no se consiguió que estuviera afecta a contrato alguno de arrendamiento o de concesión de precario en otro título jurídico a favor de tercero susceptible de limitar al comprador la libre posesión de la misma, sin que tampoco en los libros del Registro de la Propiedad apareciese inscripción o anotación alguna limitativa del dominio del vendedor; que la finca la explotaba el demandado sin pagar merced ni arrendamiento de ninguna clase al exponente, ni haber celebrado con él estipulación alguna contractual, por cuyo motivo, cualquiera que fuese el título, legal o ilegal, al amparo del cual poseía y explotaba el inmueble siempre resultaría un precarista frente al demandante, por cuanto es una posesión sin derecho para ello, a título gratuito, y por tanto, asistido el demandante, como dueño, de la facultad de desahuciarle de ella, facultad que igualmente le competía en su calidad de comprador, o sea, tercero con respecto a los vínculos jurídicos que hubiesen podido mediar entre el demandado y el vendedor de la finca, puesto que ésta aparecía como libre en el Registro de la Propiedad y en la escritura no se consignó pacto alguno que limitara el libre disfrute de ella.

La parte demandada excepcionó a su vez haber celebrado con el vendedor de la finca un contrato verbal con objeto de que se roturara y plantara parte de ella, cuyos trabajos debía efectuar el alegante, así como la compra de los árboles y su cultivo y conser-

vación, conviniendo además en que cuando los árboles comenzaran a dar fruto estipularían la cantidad anual que debía satisfacerse al propietario de la finca, en relación con el número de árboles plantados, siendo el término mínimo de duración del contrato el de treinta años, con indemnización al demandado, terminado el contrato, del valor de los árboles que dejara en producción; que, conforme a lo convenido, el demandado empleó capital y jornales en la plantación, cultivo y conservación de lo plantado durante diez años consecutivos sin obtener rendimiento, debiendo encontrar en los años venideros su compensación; que de ello se deducía que el demandado ostentaba un título de ocupación y disfrute distinto del que nace de un arrendamiento, y no era arrendatario ni precarista, ya que su derecho tenía como fundamento la estipulación de un contrato del que se derivaba un derecho real a su favor, puesto que los árboles que formaban parte integrante de la finca le pertenecían en propiedad, y el actor al adquirir la finca no compró otros derechos que los que pudiera cederle el vendedor.

El Juzgado de primera instancia de San Felú de Llobregat, y después la Audiencia territorial de Barcelona, en apelación, declararon haber lugar al desahucio, y el demandado, interpuesto recurso de casación, alegó: 1.º Infracción por violación del precepto contenido en el Digesto, libro 43, título 26, ley primera, y por aplicación indebida del artículo 1.565, número 3.º de la ley de Enjuiciamiento civil; consistiendo la infracción en declarar haber lugar al desahucio, a pesar de no estimar que hubiera existido de parte del propietario de la finca gracia, liberalidad o concesión a favor del recurrente, estableciendo que basta el hecho de no pagar merced para que exista el precario; y 2.º Infracción por aplicación indebida del artículo 1.571 del Código civil, porque aparte de la contradicción resultante de su aplicación al caso que se supone de precario, dicho artículo no autoriza el desahucio, sino el juicio declarativo correspondiente para decidir acerca de la terminación del arrendamiento cuando, como en el caso de autos ocurría, el demandado se opuso a la demanda fundado en la existencia de un contrato diferente del de arrendamiento.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso declarando: que según establece el párrafo primero del artículo 1.571 del Código

civil, en los contratos de compraventa el comprador tiene derecho a que termine cualquier arrendamiento que pudiera existir al verificarse la venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la ley Hipotecaria; y que, como la escritura por la que el actor adquirió libre de toda carga la pieza de tierra a que se contraía la demanda, no contenía estipulación alguna que facultase al demandado para seguir ocupándola, ni éste tenía tampoco inscrito ningún derecho en el Registro de la Propiedad que enervase el ejercicio de la acción utilizada al amparo del artículo 1.571 del mencionado Código civil, y como a virtud de las prescripciones en el mismo contenidas y de lo prevenido en el artículo 41 de la ley Hipotecaria, de los hechos afirmados en la sentencia recurrida de carecer el demandado de título inscrito que le autorizase a poseerla y no pagar precio de arrendamiento a la parte recurrida, no podía derivarse otro concepto que el de precarista, que a los efectos de los artículos 1.564 y 1.565 de la ley de Enjuiciamiento civil, dicho fallo acertadamente le asignó, resulta inconcuso que la Sala sentenciadora, al dar lugar al desahucio, se ajustó a los referidos artículos y no contradijo las disposiciones del Digesto, que con ellos se suponían infringidas.

Sentencia de 17 de Junio de 1926. (Gacetas de 25 y 26 de Enero de 1927.)

LOS ARTÍCULOS 41 Y 23 DE LA LEY HIPOTECARIA EN CASO DE DESAHUCIO

En recurso de casación contra sentencia de la Audiencia territorial de Barcelona que dió lugar al desahucio de una finca urbana con el fundamento de que el demandado—después recurrente—ocupaba uno de los pisos sin pagar merced, y por lo tanto a precario, se alegó: 1.º Infracción de los artículos pertinentes del Código y de la ley de Enjuiciamiento civil en relación con la doctrina sustentada por el Tribunal Supremo en otras sentencias, según la que, no puede ser eficaz en derecho la acción de desahucio cuando al título de dominio que la sirve de fundamento se le opone otro de igual naturaleza que tienda a justificar la posesión

en que se halla el demandado, pues la declaración del derecho a mejor poseer no es propia del juicio sumario, sino del declarativo correspondiente; 2.º Error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, pues el demandado excepcionó y probó en tiempo oportuno que se hallaban *sub iudice* un juicio ordinario por él promovido para que se declarase testamento sacramental una manifestación ante testigos, nombrándole heredero universal, de la propietaria de la finca, y otro juicio en que solicitaba se declarasen nulas las declaraciones de herederos ab intestato hechas a favor de los hermanos de aquélla y las ventas por ellos realizadas de los bienes de la herencia, y entre éstos, de la casa de que se trataba, y 3.º Infracción, además, por aplicación indebida del artículo 41 de la ley Hipotecaria y de la jurisprudencia, que de conformidad con él declara suficiente la inscripción del dominio en el Registro, para que quien la haya obtenido sea reputado poseedor y pueda promover el desahucio contra los arrendatarios, colonos o poseedores en precario, puesto que ni aquella disposición legal ni la jurisprudencia que se invoca, pueden ser aplicables al caso en que el demandado no viene poseyendo en concepto de precarista, sino por otro título dominical cuya validez y eficacia no puede discutirse ni darse por resuelta en juicio de desahucio, y porque, además, según el artículo 23, párrafo segundo de la misma ley Hipotecaria, también infringido por falta de aplicación, la inscripción de las fincas adquiridas por herencia no surte efectos en cuanto a terceros hasta después de transcurridos dos años, pues si no surten efectos, claro está que no puede transmitir la posesión, que es uno de ellos, aquel que obtiene una inscripción sometida a ese aplazamiento de eficacia contra terceros.

El Tribunal Supremo, aceptando el primer motivo del recurso, y excusándose, por ello, de hacer declaraciones respecto del segundo y del tercero, declaró haber lugar a aquél, casando y anulando la sentencia recurrida, por las siguientes consideraciones:

Que si bien a primera vista la copiosa jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de desahucios parece contradictoria, es lo cierto que cuando se la estudia y medita se llega a la conclusión y a la convicción de que es uniforme en todos los aspectos variables que presenta la realidad de la vida; y así, siempre se defiende por los Tribunales la posesión real y efectiva para tener la

cualidad de parte legítima al fin de promover el desahucio, y; sin embargo, hay veces que teniendo personalidad para el ejercicio de la acción se encuentran obstáculos que impiden el lanzamiento. Hay otras veces en que hay una posesión de derecho y otra contradictoria de hecho, y aunque la primera tenga que garantizarse por aplicación de lo dispuesto en el artículo 41 de la ley Hipotecaria, las particularidades del caso obligan a dejar las declaraciones para otra clase de juicios; y; por último, se ha tenido que aceptar la llamada doctrina general, o sea que no pueden discutirse en un juicio sumario y especial, como es el de desahucio; cuestiones que por su importancia requieren un examen y discusión propios solamente de un juicio declarativo correspondiente; y

Que los hechos indicados en los Resultandos de la sentencia recurrida demuestran que pocas veces con mayor razón que en el caso actual, se ha aplicado la doctrina general, pues sin negar la personalidad de la parte actora para promover el desahucio al amparo del artículo 41 de la ley Hipotecaria, hay que determinar en el juicio declarativo si puede ser enervado el derecho por el párrafo segundo del artículo 23 de la citada ley adjetiva, por tratarse de una posesión nacida de un derecho hereditario; porque sin negar el carácter de precarista del demandado, la circunstancia de poder ser heredero testamentario y preferente al derecho que ostenten los herederos abintestato, impone que en los juicios declarativos se determine la relación de la cosa con la misma y con las personas; y por último, porque las especialidades del presente caso revisten un carácter tan extraordinario como haber sido el demandado arrendador que cobraba las rentas del cuarto que el demandante tenía en la casa con el carácter de arrendatario hasta el momento en que se nombró un administrador judicial.

No hemos de insistir demasiado, a la vista de ésta y otras sentencias del Supremo, en nuestra opinión—reiteradamente expuesta en las páginas de REVISTA CRÍTICA—de que en ellas el Alto Tribunal infringió, por inaplicación, el precepto, para nosotros claro y terminante, del artículo 41 de la ley Hipotecaria y, lo que es más, el criterio seguido por el Supremo mismo en otras muchas de sus sentencias, no obstante afirmarse en uno de los Considerandos de esta que ahora nos ocupa la uniformidad de tal jurisprudencia

en materia de desahucios (1). La recientísima reforma (de 13 de Junio último) sufrida por el artículo mencionado, quita interés, en esto al menos, a la discusión en la práctica de los Tribunales, aunque llega en un momento en que, según palabras de la Exposición del Real decreto modificativo, en las últimas sentencias se reconoce ya plenamente la prelación y ventajas de la posesión tabular frente al cultivo real, *porque la letra de la Ley prestaba poca base a las normas tradicionales*.

No hemos de hacer tampoco afirmaciones en defensa o en contra de la reforma realizada, ni, desde otros puntos de vista, emitir opinión sobre si el artículo 41, tal como era antes del 13 de Junio; cumplía o no su cometido, fué o no acertado en su orientación o se habían exagerado su extensión y alcance. Sólo diremos que el artículo 41, a nuestro juicio, modestísimo desde luego, reflejaba claramente—y con el fin de robustecer la sustantividad de los asientos del Registro—la orientación de sus redactores hacia los postulados de Códigos y leyes de los pueblos germanos en materia inmobiliaria, aunque acaso no concedían estos, tan radicalmente al menos, la presunción posesoria a favor del propietario, por el hecho sólo de haber logrado la inscripción; pero presunción, que tal como pasó a nuestro Derecho, no era desde luego *iuris et de iure*, aunque sí tan fuerte que únicamente podía destruirla o desvirtuarla otra prueba plena de la existencia, judicialmente decla-

(1) De los Considerandos de las sentencias de 24 y 26 de Junio, insertas a continuación, resulta afirmada terminantemente la siguiente doctrina: que la posesión real de la finca—indispensable para poder ejercitar la acción de desahucio—, se confiere por la tradición simbólica que del instrumento público se deduce y la presunción legal de posesión que da la inscripción, cuya eficacia, a los fines procesales del desahucio, no pueden destruir otros títulos que no tengan ni la solemnidad de la escritura pública ni la inscripción; que es doctrina del Supremo, robustecida por lo dispuesto en el artículo 41 de la ley Hipotecaria, la de que para promover el desahucio es título bastante el de compraventa inscrito en el Registro de la Propiedad, y que a quien incumbe acudir, al juicio declarativo es al demandado, mas sin que por ello se detenga la realización del derecho del actor, que prevalece, desde luego, a todos los fines del juicio sumario de desahucio, cualesquiera que sean los derechos de aquél contra el actor o sus predecesores en el dominio de la finca, que pueda hacer efectivos en otro juicio para el que no han de ser un obstáculo los pronunciamientos de la sentencia recurrida, ya que ésta se limita a estimar procedente el lanzamiento.

rada, de la realidad de un derecho contradictorio del que aparecía en los libros del Registro; es decir, una sentencia conseguida ya en un juicio declarativo (nunca sumario, como el de desahucio) con todas las garantías necesarias en derecho y mediante impugnación también de la inscripción misma (artículo 24).

Ahora, después de la última reforma, la doctrina sentada por el Supremo en esta y otras sentencias, queda de acuerdo con lo que dispone el artículo 41 de la ley Hipotecaria. Alegado por el demandado, para resistir el desahucio, un motivo *serio*, a juicio, claro está, del Tribunal: un título jurídico, fundamento de la posesión efectiva del inmueble en que se halla, el Tribunal mismo, no abrirá, desde luego, discusión—que no consentiría la índole sumaria de este juicio posesorio—sobre el mejor derecho a la posesión—*ius posesionis*—de los contendientes, pero *se abstendrá* de conceder el desahucio pedido, remitiendo a las partes a las resultas del oportuno juicio declaratorio.

Banco Español de Crédito

Capital: 50.000.000 de pesetas

Domicilio social: Alcalá, 14, Madrid

CAJA DE AHORROS

Intereses que se abonan: 4 por 100. Libretas, máximum 10.000 pesetas

Cajas abiertas los días laborables de 10 a 2

Sucursales en España y Marruecos

Corresponsales en las principales ciudades del mundo

Ejecucion 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 41 y de 16 a 17.

Jurisprudencia administrativa del impuesto de Derechos reales

I

Devolución de ingresos del impuesto de Derechos reales satisfecho para pago de deudas. No procede aquélla si no consta adjudicación expresa de bienes determinados para pago de las deudas.

En una testamentaria en la que no se formalizó hijuela especial para pago de una deuda consistente en una hipoteca, porque del valor de la finca gravada se dedujo la carga, se hizo constar que había otras deudas para cuyo pago, en la hijuela de viuda, se puso un epígrafe especial comprensivo no sólo de las deudas, sino de devolución de parafernales y pago del legado, y para todo ello se adjudicaron diversos bienes muebles e inmuebles, entre ellos un cortijo, que antes del año fué vendido por la viuda en mayor precio que el importe de la hipoteca, manifestando la vendedora, en la escritura, que el objeto de la venta era cancelar ese gravamen; y posteriormente, después de más de un año, expuso a la Delegación de Hacienda que había pagado las demás deudas, y solicitaba la devolución del impuesto pagado por ese concepto según los artículos 168 y 8.º, párrafo noveno. Desestimada la petición, recurrió al Tribunal Provincial, que rechazó igualmente el recurso por no haber reclamado todos los herederos, sino sólo la viuda, por no haberse adjudicado bienes concretos para pago de la deuda, constando que fué deducida la deuda hipotecaria del valor de la finca y, por lo tanto, no hubo adjudicación, porque la finca

enajenada se impute al pago de tres conceptos y no se cumple el párrafo cuarto del artículo 8 y primero del 167; y, por último, por no constar la cesión de bienes por el adjudicatario al acreedor en solvencia del crédito y por falta de prueba de la aplicación del exceso de precio de la finca vendida al pago de las cantidades rebajadas de la herencia como deudas. *En síntesis, por las mismas razones, rechaza el recurso el Central, declarando:* Según el artículo 8.º, párrafos cuarto y noveno, y 167, número primero, para que surja el derecho de devolución de lo pagado como impuesto en concepto de adjudicación para pago de deudas, es indispensable: 1.º Adjudicación expresa de bienes determinados a una persona para pago de débitos.—2.º Que se acredite que los mismos bienes adjudicados para pago han sido cedidos al acreedor en satisfacción del crédito o enajenados en el plazo de un año a contar desde la adjudicación; no hecha adjudicación expresa de bienes determinados en la testamentaria para abono de deudas, sino manifestado que no se hacía adjudicación por haberse rebajado del valor de la finca el de la carga y que las demás deudas fueron englobadas en otros varios conceptos, sin asignar bienes especiales para la deuda, falta el primer requisito, y ello imposibilita, material y jurídicamente, la concurrencia del segundo, pues no existiendo adjudicación expresa no es posible acreditar la enajenación de esos mismos bienes con ese fin exclusivo; faltando estos requisitos queda reducido el hecho al cumplimiento por el heredero de las obligaciones del causante de que responde según los artículos 661 y 1.911 del Código civil, y ese pago, que no reúne los caracteres reglamentarios, no justifica la devolución. (Acuerdo del Tribunal Central de 19 de Julio de 1927.) 38.

II

El reconocimiento de propiedad a favor de una Sociedad de unas fincas, llevado a efecto por un Juzgado en nombre y representación, de oficio, del demandado, condenado por Sentencia firme a elevar a escritura pública ciertos documentos privados en los que se declaraba y reconocía que aquellas fincas, aunque el particular las había adquirido a su nombre y las tenía inscritas

en el Registro, eran de la Sociedad demandante y que si bien las había adquirido por documento público y satisfecho el precio las compró por orden y cuenta y con dinero que la Sociedad le dió, ha de considerarse como transmisión de las fincas y pagar el impuesto por ese concepto.

El artículo 8.º del Reglamento de 1911 y el 9 del vigente preceptúan que el reconocimiento de propiedad a título de haber obrado como mandatario de la persona a cuyo favor se hace se considerará como verdadera transmisión, a no ser que en el título de la que se supone realizada por poder o encargo consten en forma legal tal carácter y circunstancias; y este precepto tan claro impide mantener dudas respecto de la procedencia de la liquidación, pues no sólo no consta que por el supuesto mandatario se hiciera figurar en la compra el carácter que se le atribuye por la Sociedad reclamante, sino que no se han acompañado al recurso los documentos de adquisición de fincas por el mandatario ni el testimonio de la Sentencia que se dice ser reparadora de la supuesta infidelidad del aludido demandado, supuesto mandatario; y de la parte dispositiva de la Sentencia, transcrita en la escritura de compra, por la que se giró la liquidación reclamada sólo aparece que se condena al demandado a elevar a escritura pública unos documentos privados de reconocimiento de dominio acompañados a la demanda; para llegar a la declaración de la Sociedad de que se estime que la escritura está exceptuada del impuesto y se la devuelva lo pagado no pueden ser admisibles las razones referentes al alcance de la Sentencia y escritura (que según aquélla son reparadoras de actos dudosos del mandatario) y a la imposibilidad, por insolvencia de éste de resarcirse de los perjuicios sufridos en un largo pleito, porque tales alegaciones son únicamente motivos de equidad que no pueden prevalecer frente al precepto expreso reglamentario, y porque la reparación de esos daños; uno de los cuales pudiera ser el pago del impuesto reclamado, es de la competencia de los Tribunales ordinarios sin que a la Administración sea lícito otorgar en perjuicio del Tesoro una dispensa fiscal contraria a un precepto reglamentario a título de compensación de quebrantos por la circunstancia ajena a ella de que un litigante sea insolvente o por no poder ser reparados en otra for-

ma sustituir a aquéllos. (Acuerdo del Tribunal Central de 12 de Abril de 1927.) 28.

III

La exención reglamentaria de las compraventas mercantiles efectuada por correspondencia no puede alcanzar al traspaso de un negocio mercantil íntegro, con todas las existencias que se hallen en la casa comercial, efectuado mediante cartas de oferta y aceptación firmadas en el mismo día ante Notario que levanta acta protocolizando aquéllas, mediante cuyas acta y carta se pretendió resolver un compromiso de venta anterior entre los mismos contratantes.

La venta efectuada por las cartas y acta indicada, no está incluida en la exención del número 8.º del artículo 6.º, que exime del impuesto los contratos privados sobre mercaderías efectuados por correspondencia, en primer término porque el contrato no se refiere a géneros determinados, sino a todos los de una casa comercial, en cumplimiento de un compromiso anterior, lo cual no guarda relación con la forma ordinaria de los contratos privados sobre mercaderías, y en segundo término, porque ni por la letra de la excepción, que como tal es de interpretación restrictiva, ni por los fundamentos en que se apoya, consistentes en la dificultad de gravar las convenciones rapidísimas del comercio, lo cual entorpecería la marcha de éstas, puede ser aplicable a una venta que no es de las habituales en el tráfico corriente, hecha en forma distinta; por otra parte, no puede estimarse que un contrato hecho por cartas firmadas a presencia del Notario, que levanta acta y la protocoliza, sea un contrato hecho mediante correspondencia mercantil según la significación usual y legal de ese concepto, dándose, además, la circunstancia de no figurar tales cartas en el libro copiador de correspondencia exigido en los artículos 33 y 41 del Código de Comercio para las Sociedades, como las de que se trataba, revelando la oferta y contestación simultáneas ante Notario, aunque sea por cartas, y la protocolización de ésta revelan la existencia de un contrato de compraventa sujeto al impuesto, no debe concederse la exención a los contratos sobre mercadería, que consten en documento liquidable, aunque medien cartas, pues,

en otro supuesto, sería fácil eludir el impuesto haciendo a todo contrato precediese la oferta y la aceptación en carta. (Acuerdo del Tribunal Central de 26 de Abril de 1927.) 31.

IV

Procedimiento. Declaración de lesivo. Aceptación por el contribuyente del valor en venta.

Formulado voto particular por un vocal de un Tribunal provincial acerca de la resolución dictada por éste, debe elevarse al Central conforme al artículo 78 del Reglamento de Procedimiento, y antes de los cuatros años este Tribunal ha de resolver si procede proponer al Ministro de Hacienda la declaración de lesivo, para que el Fiscal recurra contra aquél ante el Tribunal contencioso, según los artículos 2.º y 7.º de la ley de 22 de Junio de 1894. Vendida una cosa en cierto precio, y unida certificación del Catastro en el que se le asignaba un valor en venta de más del doble, se liquidó por este último; pero alegado por el particular que el Tribunal a que se refiere el artículo 17 de la ley de 29 de Diciembre de 1910 señaló un líquido imponible muy inferior, el Tribunal Económicoadministrativo Provincial revocó el acuerdo apelado, determinando se comprobase únicamente capitalizando el líquido imponible; el vocal secretario formuló voto particular por entender que era procedente la comprobación por el medio reglamentario del valor en venta, y porque según la *Circular de la Dirección de lo Contencioso de 3 de Mayo de 1926*, al interpretar los artículos 74 y 81 del Reglamento, claramente dispone se compruebe por el valor en venta. *El Central declara*: que en este expediente no consta acreditado que por el contribuyente se hubiese aceptado el valor en venta señalado a la casa, no siendo por ello obligatorio dicho medio de comprobación; no puede, pues, afirmarse que haya lesión a los intereses del Estado por el hecho de no haberse admitido el valor en venta como medio reglamentario de comprobación. (Acuerdo del Tribunal Central de 7 de Junio de 1927.) 32.

GABRIEL MAÑUECO.

Abogado del Estado.

ACABA DE PUBLICARSE

TRATADO DE DERECHO INMOBILIARIO

POR

D. FRANCISCO BERAUD

REGISTRADOR DE PRIMERA CLASE (NÚMERO 1 EN SU OPOSICIÓN), EX PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN DE REGISTRADORES, PUBLICISTA Y PROFESOR DE LA CÁTEDRA DE HIPOTECARIA EN LAS PREPARACIONES DE NOTARÍAS Y REGISTROS DEL INSTITUTO REUS

Y

D. MANUEL LEZÓN FERNANDEZ

REGISTRADOR DE PRIMERA CLASE (NÚMERO 3 EN SU OPOSICIÓN), VOCAL EN LAS OPOSICIONES A REGISTROS, AUTOR PREMIADO POR LAS REALES ACADEMIAS DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS Y DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN, NOMBRADO POR ESTOS MÉRITOS COMENDADOR DE LA ORDEN DE ALFONSO XII Y VOCAL DE LA COMISIÓN DE FOROS EN LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Precio: 32 pesetas

LA OBRA CONSTA DE DOS TOMOS, VENDIÉNDOSE CADA UNO A 16 PESETAS

La necesidad y el interés que suscita la aparición de un libro aumenta cuando figuran en su portada nombres prestigiosos, y surge llenando un vacío en nuestra literatura jurídica inmobiliaria.

De carácter algo práctico existen algunas obras, pero anticuadas en orden a muchas materias, y adoleciendo de extensión extraordinaria. En la obra que ofrecemos al público, todo se armoniza, porque dentro de una síntesis pronunciada se tratan las cuestiones palpitantes, el derecho científico, el positivo, los problemas que pueden presentarse, la exposición y solución de casos prácticos que se analizan a la luz de la razón, de la hermenéutica legal y de la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como de la Dirección general de los Registros—que se lleva al día—con el juicio crítico que merecen, imparcial y sereno. Demuestra lo anteriormente afirmado, el estudio que se hace del art. 17 de la Ley. La investigación histórica se detiene en las Leyes de 1861, 1869, 1873 y 1909, exposición de motivos y artículo 75 del Reglamento. Doctrinalmente se estudian en el artículo las tres situaciones de inscripción, anotación y asiento de presentación, con el examen de las múltiples cuestiones que de él se derivan (la de asientos contradictorios, duración de la vigencia del asiento de presentación, si es aplicable a las menciones, su importancia con relación al artículo 20 y la copiosa y trascendental jurisprudencia que ha recaído con motivo de su aplicación).

Un estudio tan completo se ha consagrado al artículo 20, al 29, a los heredamientos en Cataluña, usufructo viudal en Aragón, artículo 34, crédito refaccionario y otros, y se dispensará igual trabajo a todos los que restan y merezcan un estudio serio y concienzudo.

En suma, el Tratado de los Sres. Beraud y Lezón significa una preciada contribución al estudio del Derecho inmobiliario. Será acogido con el mayor favor por el mérito que encierra y por aparecer en una época de creciente interés por esta clase de problemas.

INSTITUTO REUS
PRECIADOS, 23.—MADRID

ADVERTENCIA.—Se remite gratuitamente una entrega a todo el que lo solicite.