

REVISTA CRÍTICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

---

Año III

Diciembre de 1927

Núm. 36

---

## Cuestiones sobre la mejora

*Si el mejorado transmite a sus herederos la mejora revocable cuando premuere al mejorante y éste fallece sin cambiar de voluntad.—Si es válida la escritura de mejora que no es de capitulaciones matrimoniales y en la que el mejorante dice que mejora a un descendiente suyo en un tercio de sus bienes, sin describirlos.*

La primera cuestión se nos presenta con la pretensión de unos hijos de un mejorado que falleció antes que el mejorante, y fallecido éste sin cambiar de voluntad intentan los herederos del mejorado inscribir el derecho hereditario tomando por base el título de mejora revocable, y aquí tropezamos con el problema de si el mejorado que premuere al mejorante transmite la mejora a sus herederos. Si el tercio de mejora fuera de la misma naturaleza que la legítima estricta no había duda que los herederos del mejorado representarían a éste en cuanto a la mejora al fallecimiento del mejorante; pero mirando el Código civil y el derecho antiguo patrio, bien puede observarse que la parte de la herencia destinada a mejorar no puede sumarse a la parte de la legítima corta como se hace en el primer párrafo del artículo 808 del Código civil, que hace una suma de sumandos heterogéneos, distintos cual se infiere del artículo 782, del segundo párrafo del mismo artículo 808 y de otros posteriores del Código civil. Más consecuente estaría el legislador si cumpliera el segundo párrafo de la base 16 de la ley de Bases del Código, que distribuye el haber hereditario en tres partes: una, que constituye la legítima de los hijos; otra, para mejora, y otra para disponer de ella libremente; y en este sentido emplea el Código la palabra legítima en los artículos 782, 815, 819,

820, 821, 825, 829, 851 y otros; mas quiso seguir la tradición de la legislación anterior incluyendo en la legítima aquella parte de la herencia de que el testador puede disponer a favor de quien no es heredero forzoso, con tal que sea descendiente.

El Código define lo que es legítima en el artículo 806, diciendo que es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por éstos herederos forzosos. En esta definición cabe la legítima que llaman corta de los hijos, cabe la de los ascendientes, la de los hijos naturales, etc., pero no el tercio de mejora, del cual puede disponer el causante, y, como luego veremos, no está reservado a herederos forzosos; y no cabe porque es de naturaleza distinta, institución de España, *sui generis*, una porción de bienes del patrimonio del causante de que éste puede disponer a favor de descendientes, sea cual fuere su grado de parentesco; y si no dispone de este tercio de mejora, lo heredan los hijos legítimos, como heredan también el tercio de libre disposición si no dispone del mismo.

Los autores del Código, empapándose en el mar de confusiones que a este respecto contiene el proyecto de 1851, encasillan el tercio de mejora en el primer párrafo del artículo 808, que determina la legítima de los hijos legítimos, como lo hace dicho proyecto en el artículo 642, separando el tercio de mejora en el siguiente párrafo del mismo artículo 808, al acordarse de lo que establecía dicha base 16; pero, no obstante separarle, sólo con el primer párrafo ya dejaron margen a que algunos tratadistas, entre ellos Morell y varios abogados en sus dictámenes, digan que el mejorado transmite la mejora revocable a sus herederos, aunque premuera al mejorante, fundándose en que el Código en dicho párrafo incluye el tercio de mejora en la legítima, y que por lo mismo cabe el derecho de representación. Veamos como no es posible.

La mejora, desde que es conocida, desde la *Dum Ilicita* de Chindasvinto, en la proporción de un décimo de los cuatro quintos de la herencia, por la amplia interpretación que daban a la frase *filiu vel nepotes*, entendiendo que podían los padres mejorar a los nietos viviendo los hijos; en el *Liber iudiciorum* de Ervigio, en la proporción de un tercio de los cuatro quintos, que permitía imponer cargas al mejorado a favor de descendientes de

éste, cargas que a veces implicaban sustituciones; en el Fuero Juzgo en el siglo XIII, donde dice «*ni el fiio, ni la fiia, ni el nieto, lo que oviere daquela tertia non puede ende facer nenguna cosa, si non lo que mandó el padre o el avuelo*», que indica se podía imponer cargas o señalar sustituciones a favor de descendientes no herederos forzosos con tal que lo mandase el padre o el abuelo, y tanto se respetaba «*lo que mandó el padre o el avuelo*», que llegó entonces a tener ya efecto la mejora directa a favor de los nietos viviendo los padres de éstos, hasta el extremo de que el Fuero Real quiso poner límite a esta facultad, estableciendo que «*ningun home, teniendo hijos o nietos o dende ayuso (abajo), que hayan de heredar*», podía hacerlo, y luego aparece expresamente facultado el padre para mejorar a los nietos, aun viviendo los hijos del mejorante, en la Ley XVIII de Toro, y tan ampliamente fué interpretada que ha habido casos en que se ha mejorado a personas que ni siquiera eran descendientes de los herederos forzosos, Ley que pasó a la segunda de la Nueva Recopilación y a la segunda de la Novísima, vigente a la publicación del Código. Los autores del Código, aunque no fueron o no quisieron ser explícitos como dicha Ley de Toro, redactaron los artículos 782, 808, 823, 824 y 833, atinentes a la mejora, de forma tan ambigua que la Dirección de los Registros y del Notariado, por Resolución de 5 de Junio de 1898, declaró que podía ser mejorado el nieto del mejorante viviendo el padre de aquél, porque no había precepto en el Código que lo prohibiera, y lo mismo resuelve el Tribunal Supremo en la Sentencia de 19 de Diciembre de 1903, tomando por base estos artículos. Y si es posible mejorar a personas que no son herederos forzosos del mejorante, ¿cómo poder incluir el tercio de mejora en la legítima? ¿Cómo admitir en tal caso que los descendientes del mejorado representen a éste en una sucesión de bienes que el mejorado adquiriría sólo a merced de la voluntad del mejorante, cuando el derecho de representación sólo tiene lugar si los causahabientes deben a la ley y no a la voluntad del causante la sucesión?

Aparte de esto, y aunque el mejorado fuera heredero forzoso respecto del mejorante, podría serlo en cuanto a la legítima corta y no en lo relativo a la porción destinada a mejora, pues que el Código, donde se refiere a herederos forzosos, lo hace siempre

con relación a la parte de bienes de que el causante no puede disponer, hasta tal punto que en el artículo 814, igual a la Ley XXIV de Toro, tiene la mejora la misma consideración que la manda, que corresponde al tercio de libre disposición, según lo exige el artículo 828, y en el artículo 833, como en la Ley XXI de Toro, se permite al mejorado renunciar la herencia (o legítima corta) y admitir la mejora, lo mismo que en el artículo 890 se concede renunciar la herencia y aceptar el legado.

La sentencia de 13 de Junio de 1903 dice que «la mejora depende, exclusivamente, a diferencia de la legítima, de la voluntad libre de quien la hace...», y si los herederos forzosos lo son en cuanto a la porción de bienes de que su causante no puede disponer, a contrario sentido, serán herederos voluntarios los favorecidos con la mejora, como lo serán los beneficiados con las mandas o legados, y así el mejorado estará comprendido en el artículo 766 del Código, que dice que el heredero voluntario que muere antes que el testador no transmite ningún derecho a sus herederos. Aquí se resisten los que tienen la opinión contraria a creer que el mejorado esté comprendido en este artículo, alegando que la mejora es parte de la legítima, según el referido primer párrafo del artículo 808; pero si no estuviere el mejorado comprendido en este artículo, habría que atribuirle, como tal mejorado, la cualidad de heredero forzoso. ¿Y cuándo el mejorado es nieto del mejorante, viviendo el hijo de éste? Se supone que no le llamarán heredero forzoso. Además, el artículo 912, en el número 3.º, expresa que tiene lugar la sucesión intestada, cuando el heredero muere antes que el testador, y, como dice Sánchez Román, aquí el Código se refiere a toda clase de herederos, forzosos y voluntarios. Si, por ejemplo, un padre tiene dos hijos y mejora en testamento a uno de ellos y mueren ambos antes que el testador, dejando los dos descendientes, fallecido el testador sin otorgar otro testamento, ¿se le ocurrirá a alguien decir que el hijo o hijos del mejorado adquieren la mejora a favor de éste? No es posible, pues bien claro se ve en dicho artículo 912, que dado este caso se abre la sucesión intestada del mejorante, y entonces heredan los descendientes de los hijos del mejorante, dado el caso del ejemplo, con arreglo al artículo 933 del Código, dividiendo la herencia en dos partes iguales, una para cada stirpe,

sin tener en cuenta para nada la mejora. Y si el mejorante mejora a dos de los hijos y uno muere antes que el causante, la parte vacante de la mejora la heredan los herederos legítimos del mejorante, según el artículo 986 del Código, toda vez que en el tercio de mejora no se da el derecho de acrecer, que sólo se admite en el tercio de libre disposición, conforme al artículo 985, y no la heredan los herederos del mejorado, sino en la parte que les corresponda, representando a su padre en unión de los hijos del mejorante; es decir, que cuando el mejorado premuere al mejorante la parte de aquél queda abintestato, y se abre la sucesión del mejorante, parte testada y parte intestada, sucediendo, en cuanto a esta parte, los hijos del mejorante y los del mejorado; los primeros, por derecho propio, y los segundos, por derecho de representación, conforme al artículo 934 del Código.

De suerte que no se puede admitir el criterio de que el mejorado que premuere al mejorante transmite la mejora revocable a sus herederos, como opinan algunos, fundándose erróneamente en que dice el Código que la mejora forma parte de la legítima y que por lo mismo la adquieren los herederos del mejorado por derecho de representación, sin tener en cuenta que la ley concede el derecho de representación sólo cuando se trata de suceder en aquellos bienes respecto de los cuales el causante del representado no ha dispuesto, o no ha podido disponer (legítima), cuando muere intestado en todo o parte de la herencia, o en la parte de la legítima estricta en el caso del artículo 929 en relación con los artículos 761 y 857, representando a los hijos que son incapaces o desheredados, y en el caso del número 3.º del artículo 912, representando al hijo que premuere al causante. Ya decía la sentencia de 4 de Abril de 1871 que tratándose de una sucesión voluntaria no puede tener lugar el derecho de representación que sólo procedía en la sucesión legítima entre descendientes o colaterales en segundo grado y en las sucesiones vinculares. Por algo el Código trata del derecho de representación en el capítulo referente a la sucesión intestada; y además, como este derecho de representación es una excepción a la regla de que el grado más próximo excluye a los demás, no puede nunca interpretarse en forma extensiva, según se deduce de la Sentencia de 8 de Noviembre de 1906.

Aún más, si en este caso tuviera lugar el derecho de representación sería tanto como admitir las mejoras tácitas, contra lo que establece el Código, salvo lo dispuesto en el artículo 828, que permite una mejora tácita objetivamente; mas no falta el Código en ningún artículo al carácter de ser personalísima la mejora, y admitido aquí el derecho de representación resultaría concedida una mejora tácita subjetivamente, resultarían mejorados individuos a quienes el mejorante no determinó.

Otra cuestión existe respecto a la forma de las mejoras. En este partido y la parte limítrofe de Asturias y Becerreá existe una costumbre establecida por algunos Notarios (otros se niegan) de hacer la mejora no en testamento, ni en capitulaciones matrimoniales, como sería lo más natural, ni en forma de donación describiendo los bienes, como permite el artículo 825, en relación con el 633 del Código, sino en una simple escritura ante Notario, en que comparecen el mejorante y mejorado, disponiendo el mejorante que mejora a su hijo o hija en la tercera parte de sus bienes (sin describirlos), reservándose o no el usufructo mientras viva el mejorante, y el mejorado acepta la mejora, dando las gracias al mejorante. ¿Sería válida la mejora constituida en esta forma? La Ley XVII de Toro, decía: *«Quando el padre o la madre mejorase a alguno de sus hijos o descendientes legítimos en el tercio de sus bienes en testamento o en otra postrimera voluntad o por otro algún contrato entre vivos, ora el hijo esté en poder del padre que hizo la dicha mejora o no fasta la hora de su muerte la puede revocar quando quisiere»*, y a continuación dice: *«salvo si hecha la dicha mejora por contrato entre vivos oviera entregado la posesión de la cosa o cosas en el dicho tercio contenidas a la persona a quien la hiciere, o a quien su poder oviere, o le oviere entregado ante escribano la escriptura dello o el dicho contrato se oviere hecho por causa onerosa con otro tercero, así como por via de casamento, o por otra cosa semejante, que en estos casos mandamos que el dicho tercio no se pueda revocar»*. De esto se deduce: 1.º Que antes del Código las mejoras eran revocables por regla general; 2.º, que por excepción podían ser irrevocables, y para ello era preciso que fuesen hechas entre vivos mediante cualquiera de los requisitos siguientes: a), que hubiera entrega de la cosa o cosas que constituían la mejora o se

entregase ante Escribano la escritura de pertenencia; *b*), que dicho contrato se hiciese por causa onerosa con otro tercero, por ejemplo, por vía de casamiento; y 3.º, que la mejora revocable podía ser hecha: *a*), por testamento u otro acto de última voluntad que había entonces; *b*), en contrato en que no hubiese entrega de bienes, ni, por tanto, hacía falta la determinación de éstos, bastando referirse al tercio de mejora y que el contrato no fuera oneroso.

Se admitía, por tanto, la forma por nosotros expuesta. Una vez publicado el Código ya no admiten todas estas formas de constituir la mejora, y así dice Sánchez Román que las mejoras por contratos sólo admiten las variedades siguientes: 1.ª En forma de donación con expresa voluntad de mejorar; 2.ª, en capitulaciones matrimoniales, y 3.ª, en contrato oneroso con un tercero. En ninguna de estas formas puede estar comprendida la expuesta; no puede estar comprendida en la forma de donación, porque no determina las fincas ni las describe como para la donación se exige en el artículo 633 del Código, y tampoco cabe en las otras dos formas, porque no se trata de capitulaciones matrimoniales, requiera la mejora referida suele hacerse con ocasión de matrimonio, en la que así suelen expresarlo, y menos cabe en un contrato oneroso con un tercero.

Manresa y Lacoste admiten una forma de mejora revocable, sin entrega de bienes por medio de contrato entre mejorante y mejorado, pero no sabemos si admitirían esta forma sólo en vista del artículo 825 del Código, considerándole en forma de donación con efectos de mejora, describiendo, desde luego, los bienes.

El Código, en el artículo 827, dice así: «La mejora, aunque se haya verificado con entrega de bienes, será revocable, a menos que se haya hecho por capitulaciones matrimoniales, o por contrato oneroso celebrado con un tercero». Según este artículo, las mejoras son revocables e irrevocables; las irrevocables, para serlo, habrán de hacerse en capitulaciones matrimoniales o por contrato oneroso con un tercero. Y las revocables, ¿en qué forma pueden hacerse? Pueden, desde luego, hacerse en testamento, que es la forma más corriente; pueden hacerse en forma de donación con declaración de que se extienda como mejora, según expresa el artículo 825, y habrá que describir individualmente las fincas,

como preceptúa el referido artículo 633. Y si no encontramos precepto alguno del Código que prohíba otra forma de escritura de mejora, ¿por qué no admitir aquella forma en que se mejora en todo o parte del tercio destinado a este fin, sin describir ni determinar los bienes que constituyen la mejora? Se puede decir que el artículo 827 tiene un contenido análogo a la referida Ley XVII de Toro, con la diferencia de que la entrega de bienes de la mejora no determina, como en la Ley de Toro, la irrevocabilidad, y que, además, dicha Ley ponía por ejemplo de contratos onerosos con un tercero los contratos por vía de casamiento y en el Código se ponen las capitulaciones matrimoniales entre las causas que determinan dicha irrevocabilidad, aparte del contrato oneroso con un tercero. Y en lo que se refiere este artículo a las mejoras revocables viene a admitir las mismas formas que la citada Ley XVII: Testamentos y contratos, y en la forma de contratos puede estar comprendida la forma en cuestión.

Claro está que, si miramos a la naturaleza de la mejora revocable y queremos asimilarla a algún otro acto, más semejanza tendrá con las donaciones *mortis causa* que con las donaciones *inter vivos*, y más si entendemos que las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante no son mas que legados, pues que el Código en los artículos 814, 828 y 833, en relación con el 890, equipara los efectos de la mejora y del legado, como antes hemos visto, y si equivale esta mejora revocable a donación *mortis causa*, tendría que constituirse por las reglas de la sucesión testamentaria; es decir, que la forma de la mejora revocable tendría que ser por testamento. Mas viendo que el artículo 825 admite mejoras revocables en forma de donación y teniendo en cuenta que el Código permite celebrar contratos sobre esta parte de la herencia futura, como excepción al segundo párrafo del artículo 1.271 del mismo Código, entendemos puede admitirse la mejora revocable en escritura pública sin describir los bienes refiriéndose sólo al tercio de mejora.

No obstante conceptual como legal esta forma de hacer la mejora, no dejamos de reconocer que en la práctica traerá más perjuicios que ventajas. En primer lugar, hemos de hacer constar que aquí en este partido y donde hay la costumbre de adoptar esta forma de mejora, los mismos mejorantes fallecen sin hacer

otra disposición, y, por lo mismo, abintestato en cuanto al resto de la herencia, confundiendo esta forma de mejora con el testamento, deparando así la necesidad de una declaración de herederos que lleva consigo una enormidad de gastos. Y luego advertimos que en alguna ocasión no producirá efectos esta mejora revocable, como será cuando el mejorante haya hecho con anterioridad a la mejora en esta forma testamento mejorando a otro descendiente, toda vez que entendemos que la última mejora, hecha en la forma de que tratamos, no revoca la mejora hecha en testamento; o, lo que es igual, que el testamento no puede ser revocado por otro acto con efectos para después de la muerte del causante que no sea testamento; podría ser derogado en todo o en parte por una donación entre vivos o por otro acto con efectos de enajenación en vida del testador, pero no por un acto distinto del testamento que tenga efectos por muerte del causante. En una palabra, la mejora del testamento, si ha de ser revocada por otra mejora revocable a persona distinta, tendrá que estar hecha en otro testamento perfecto, según los artículos 738 y 739 del Código civil.

MANUEL VILLARES PICO.

Registrador de la Propiedad.

# MEDIANERÍA

PRECEDENTES. ORDENACION. NATURALEZA.  
PROBLEMAS.

Medianería se llama a la pared, muro, cerca, vallado, etc., que separa dos fundos, y sobre la cual los propietarios de los mismos tienen ciertos derechos comunes e indivisos.

Medianería es el término expresivo del derecho de los mismos, aunque a veces se emplea también para indicar el objeto de estos derechos, o sea el muro, cerca o vallado.

Para unas ligeras consideraciones sobre este derecho, dividiremos la materia en: Precedentes, Ordenación o reglamentación legal, Naturaleza, e indicar algunos problemas que pueden presentarse, requiriendo una nueva ordenación legal, producto de una mayor atención y un más detenido estudio de esta figura.

Si con mi modestísima aportación promuevo un despertar de esta atención, aunque los resultados a que pueda llegarse por plumas más autorizadas que la mía discrepen o contradigan los que señale, se habrá cumplido mi propósito.

## PRECEDENTES

La figura jurídica medianería, no podía surgir en los pueblos de la antigüedad:

Primero. Por la no individualización de la propiedad territorial; las tierras ocupadas temporalmente por la horda (caza y frutos naturales), recibidas después por ésta de su Dios protector, atribuídas después a la comunidad, tribu, gens, etc., etc., al So-

berano últimamente, se entregaban para su explotación en parcelas (lote, suerte, alodio, a=hloth) a los componentes individuales del nascente Estado, y el régimen religioso-político, autorizante de esta atribución, era la garantía de la misma, sin que se establecieran límites permanentes, ni precisar de ellos más que :

A) En las fronteras del territorio, limítrofes o con pueblos hermanos confederados, o con un terreno sin dueño, zona de aislamiento, teatro de las correrías de otros pueblos, terreno sin Soberano ni Dios protector.

B) En los espacios considerados morada del Dios, lugares de celebración de ceremonias, vivienda a veces del sacerdocio, cuidadosamente delimitados y, por regla general, prohibido el penetrar, bajo severísimas penas, salvo en las grandes fiestas y solemnidades.

Al fijarse más el pueblo a la tierra, consecuencia de una más constante y regular explotación agrícola, se determina más su relación con ella, y los límites de las propiedades se ponen bajo la salvaguardia de los Dioses, que amenazan con horribles castigos su alteración (Babilonia, Asiria), o bajo un Dios especial (Terminus), especie de detentación, en nombre del Dios propietario, al que se deben tributos en especie, el temor al castigo sobrenatural garantiza los límites marcados. Deuteronomio: «Mal-dito sea el que remueva los linderos de su prójimo.»

Precisa, pues, una individualización avanzada de la apropiación de la tierra (Dinastía, Zin Amasis, Solón) para que surja el verdadero límite continuo y permanente y con él la regulación de la medianería o figura jurídica de los derechos sobre el límite común ; y, además, se requiere que el individuo venza a las supervivencias de los derechos comunales (servidumbres, derechos de pastos, después de levantadas la cosechas, amplísimos pasos pecuarios, etcétera).

Segundo. Por precisar, además, un crecimiento urbano para adquirir su pleno desarrollo e importancia. El límite rústico es de fácil regulación ; el urbano presenta mayor complejidad.

Por ello, tampoco puede adquirir la figura amplio desenvolvimiento en el derecho antiguo. Las urbes nascentes son agrupaciones de caseríos rústicos, que se reúnen junto a los templos y lugares de peregrinación (mercados y ferias primeras), junto a

fortalezas, en principio montes con defensas naturales y próximos a cursos de agua, para resistir asedios, pero son casas aisladas y de materiales poco duraderos.

En Roma, la casa es morada del Dios Laar (1) (etrusco), ha de estar por ello separada de las demás; la casa es una *insulae*, rodeada del *ambitus*, debiendo entre unas y otras mediar el espacio legítimo (dos pies y medio en fundos urbanos), producto natural del antiguo horror a la agrupación que tan vivo nos manifiesta la Biblia en el pueblo judío: Isaías, «¡Ay! ¡Ay! de los que juntáis casa a casa y añadís tierra a tierra hasta el término del lugar.»

Dada esta separación, vemos que es necesario un crecimiento de la urbe, una afluencia de negocios e intereses, de actividad concentrada en un lugar, con concurrencia de los interesados: propietarios, esclavos, mercaderes, peregrinos, cambiantes, intérpretes, etc., que haga subir el valor del suelo, para que las casas se unan, se entremezclen y penetren y surja con ello la necesidad jurídica de regular las servidumbres urbanas y el estado especial de medianería.

No se presentó, pues, a la consideración de los juristas romanos; tenía que resentirse de una primera reglamentación puramente rústica y aun de una posterior urbana fragmentaria por costumbres y ordenanzas municipales.

Para que la materia exija mayor atención y una más exacta regulación tenemos que llegar a las urbes modernas, en propiedad plenamente individualizada, renta consiguiente de la tierra y consiguiente extraordinario valor del suelo (productor sin trabajo de plus valía), a más de las nuevas complicaciones de una técnica de construcción, forzada por la renta a cada día mayores elevaciones.

Su primera reglamentación es producto de costumbres. En España, costumbres de Barcelona principalmente; en Francia, costumbres de París y Orleans.

Encontramos regulada la medianería (*pariet mitgera*) en las célebres Ordenaciones de Sancta Cilia de Jaime II (Brocá-Durán y

(1) *Cicerón*. Pro domo, 4 «hic arce sunt, hic foci, hic dii penates.»

Bas-Mouton), comprendidas en el título II *De servituts*, libro IV, volumen II de las Constituciones, con carácter de servidumbre urbana, principalmente «Costumbres de la ciudad de Barcelona sobre las *servidumbres* de las casas y honores, vulgarmente dichas de Sancta Cilia», Ordinaciones I-39 y 40. De aproximación a la pared, 3 y 13 de pared medianera, 6 a 8 de agua, en y cerca de pared medianera, 23-38 cercas de huerto, 56 cerca en conducción de agua y desagüe: y relacionadas con ella, 2 y 50 de claraboya, 19 y 45 letrina, 21 telares, 35 contrapared en huerto junto a edificio ajeno, 54 pozo, 55 horno, 65 y 66 cerca en terrado, 67 a 70 paredes de piedra y de ladrillo y su valuación. Y en los capítulos 58, 59 y 65 del Privilegio *Recognoverunt* Próceres «De las consuetuts de Barcelona», título XIII, libro primero, volumen II de las Constituciones: que prohíben cargar en pared hecha por el vecino, aun en solar medianero (era costumbre hacerla en él, hasta la altura del primer piso, el que primero construía), sin convenio o pago previo de la mitad del costo de la obra, Ordenación 3 y 40; ni cargar en pared común sin pagar los gastos que le correspondan, Capítulo 59, P. Rec. Proc.; de no existir la medianería y salvo los derechos adquiridos, luces, por ejemplo (Ord. I y 2, Cap. 58 P. Rec. Proc.), podía, sin embargo, construirse junto a la pared ya construída, sin que surgiera la medianería (Ord. 39).

En Aragón está también regulada con carácter rústico, por las Ordenanzas de Montes de 22 de Mayo de 1722, Cap. 125: «La tapia que se construya entre dos heredades, por convenio de los dueños, debe levantarse en la margen inmediata y construirse con *tierra tomada por mitad* de una y otra heredad y a costa de ambos dueños; las costas del tapiar han de pagarse a medias», clara forma de comunidad. Según las Ordenanzas, no estaban obligados en igual proporción en caso de mayor elevación hecha por un solo Cap. 126, tenían derecho de abandono para no tener que contribuir a los gastos (Cap. 129), y concedían el derecho de adquisición forzosa de la mitad de la cerca ya construída por otro (Cap. 131).

Fijémonos en esta reglamentación tan peculiar al límite rústico, que será luego la de los Códigos modernos y que no podrá aplicarse a los nuevos problemas urbanos, es decir, se regula, pa-

red o muro, en principio sólo de tierra, implicando, como tal tierra, no separada del suelo, un derecho de condominio de éste, natural en el término rústico donde no puede verse su limitación inaceptable hoy. Es lo mismo en Cataluña, Ord. 43 de Sancta Cilia: «Si alguno fuese requerido para cercarse con su vecino, debe poner por su parte *la mitad del suelo*, y si él no quedase cercado como el requirente, nada está obligado a pagarle hasta que esté cercado, así como lo estuviese el otro, a excepción *del suelo, del cual debe poner la mitad...*»

Tales son los precedentes de la regulación en esta materia, costumbres más o menos generales, recopiladas o no, y Ordenanzas municipales. Castán: «En nuestro derecho histórico, la medianería estuvo sometida a las reglas inorgánicas de las Ordenanzas municipales y de la jurisprudencia, hasta que la ha regulado sistemáticamente el Código civil.»

Veamos esta regulación sistemática, copiada del Código civil francés, y dejando como vigentes supletorios, Ordenanzas y Usos locales (art. 571).

#### ORDENACIÓN

La estudia el Código en el libro 2.º, título 7.º, «De las servidumbres»; cap. 2.º, «De las servidumbres legales»; sección 4.ª, «De la servidumbre de medianería», estudiándola como una sola figura, sin distinguir, como en Francia, desde su ley de 20 de Agosto de 1881, la de muros y la de otras clases de límites (artículos 666 a 670 del Código civil francés).

*Constitución.*—Es frecuente por convenio entre los propietarios colindantes; es también corriente a consecuencia de enajenación reservarse tal derecho en la pared divisoria.

Por prescripción de treinta años, poseyéndola como común (Planiol).

La constitución que ofrece interés es la que se efectúa por mandato legal; la ley establece presunciones a favor de la existencia de la misma, art. 572 (653 Código civil francés), salvo que existan signos exteriores contrarios, arts. 573 y 574 (654 y 666 Código civil francés, 921 Código civil alemán: éste no los enumera), pero además se concede un derecho de adquisición forzo-

sa, de la mitad utilizable, de un muro ya construído, y debemos fijar nuestra atención en este punto, pues aclarará luego la naturaleza de este derecho.

Según nuestras costumbres forales, lo usual, era construir sobre terreno de ambos dueños y luego, el no constructor, reteniendo la propiedad de la mitad del suelo, al construir a su vez o precisar utilizar el muro, pagaba al constructor la mitad de los gastos hechos por éste; ésta era la costumbre en Cataluña, y así debe también considerarse el capítulo 131 de las Ordenanzas para Zaragoza (Ciudad y huerta).

Igual derecho se encuentra en otros países; en Suiza, por ejemplo, el llamado «Recht der halben Hofstatt».

El Código civil francés estableció en su artículo 661: «Todo propietario lindante con un muro, tiene también la facultad de hacerlo medianero en todo o en parte, reembolsando al dueño del muro la mitad de su valor, o la mitad del valor de la porción que quiere hacer medianera, y la *mitad del valor del suelo* sobre el que está construído el muro»; es decir, adquisición legal forzosa, total o parcial, no sólo en la mitad de lo construído, sino de la mitad del suelo ajeno, resultado natural de los vestigios de unos precedentes puramente rústicos y de una poco profunda atención al problema.

Este precepto tiene que chocar a los comentaristas, y la pobreza del modo de eludirle es la mejor prueba de nuestra afirmación; faltos de un claro concepto de la naturaleza de la medianería, no pudiendo por ello oponer una mejor ordenación, un nuevo principio, frente al legal; respetando a éste, que es tan sólo resultado de una repetida reglamentación consuetudinaria en tal sentido, se limitan a evitar el choque del precepto con otros legales y eludir la cuestión, que repugna a su conciencia jurídica.

Así, Planiol (812, tomo primero), tiene que afirmar la naturaleza del derecho que concede el artículo 661: «Dispone, pues, contra su vecino de un verdadero *derecho de expropiación*, puesto que éste no puede negarse»; ésta es la realidad, un derecho de expropiación, y como la concesión de este derecho le repugna, trata, primero, de quitarle importancia, como violación del derecho de propiedad; segundo, de, forzando argumentos, asimilar el interés privado del expropiante a un interés público, diciendo ...

primero : «Bien es cierto que en la mayoría de los casos, el vecino no deseara mas que consentir en tal cesión (?), que se traduce para él en el reembolso parcial de sus gastos», y segundo : «Además, este derecho no es, hablando propiamente, una *expropiación por causa de utilidad privada*, ésta fundada sobre un principio de interés general, puesto que su objeto es evitar una pérdida de terreno, de trabajo y de materiales». No conocemos las poderosas razones que hagan, que para ahorrar materiales y trabajo a un propietario, éste pueda adquirir forzosamente parte del terreno del otro, que para que no se emplee terreno en dos muros, cuando para las necesidades de los predios baste con uno, se conceda derecho a adueñarse forzosamente, no de parte de un muro, como parece natural, ya que con ello se lograría plenamente el ahorro de trabajo y material perseguido, sino de parte del *terreno ajeno* en el que esté construido el muro, y ofrecemos a los tratadistas (El señor De Diego publicó un magnífico estudio en la *Revista de Derecho Privado*, núm. 120, Septiembre, 1923.) este caso especialísimo de expropiación.

Como es natural, faltos de una base lógica, en igual falta incurrirán los demás tratadistas, por más que traten de eludirla ; así Baudry-Lacantinerie (836, tomo primero) : «Para justificar este atentado al derecho de propiedad, no es bastante, al afirmar que el vecino que pide la medianería tiene un gran interés en adquirirla y que el dueño del muro no tiene mas que un pequeño interés en no cederla, nuestro derecho no admite la *expropiación por causa de utilidad privada*. Es preciso, pues, añadir que el interés privado del vecino se une en este caso al interés general, que exige que no se pierda un terreno de valor en construcciones inútiles.» Repetición semejante. Por mucho valor que tenga el terreno que no quiera utilizar inútilmente un propietario, no menor para el colindante tendrá el suyo, y no hay modo de justificar satisfactoriamente el que por necesitar del muro se expropie el suelo, por más que tal interés privado se disfrace y oculte con el interés público.

Por ello, se impone una interpretación restrictiva de tal artículo ; así, la jurisprudencia francesa lo limita a muros, no a otras especies de cierres, a muros en el mismo límite, de tal modo que por pequeña que sea la separación de la línea divisoria de

los fondos, aun hecha la construcción con ánimo evidente de eludir el precepto legal, el artículo 661 no debe ser aplicado. Inútil nos parece hacer observar que el mismo gasto superfluo de suelo, trabajo y materiales habrá con dos muros contiguos que con dos muros separados unos milímetros, pero es que apenas se encuentra un resquicio se elude el artículo, que por poco meditado, concede más de lo que debe conceder, por lo que, lo necesario es estudiar su extensión y ver si aun limitando ésta, podría mantenerse la figura jurídica y atenderse a la necesidad a que responde.

Se limita también su utilización al propietario, discutiéndose en caso de usufructuario, censualista y superficiario; se niega al arrendatario y se limita también el muro construido en zanja de desagüe o conducción (artículo 668 del Código civil francés; la Ord. 56 de Sancta Cilia, dice: «no estrechando el paso del agua»).

Nuestro Código, a pesar de tomar casi todos sus preceptos del Francés, no repite el citado artículo; sólo establece el derecho de expropiación en el caso de darse por uno de los dueños mayor elevación al muro medianero, artículo 578 (660 del Código civil francés): «Los demás propietarios que hayan contribuido a dar más elevación, profundidad o espesor a la pared, podrán, sin embargo, adquirir en ella los derechos de medianería, pagando proporcionalmente el importe de la obra y la *mitad del valor del terreno* sobre que se le hubiere dado mayor espesor.»

Se presenta la cuestión de: si, en el caso, no de mayor elevación, sino de construcción por un propietario en el límite, se dará en nuestro derecho la facultad del artículo 661 del Código civil francés; así lo abona nuestro precedente, capítulo 131 de la Ordenanza de Zaragoza, y creemos, desde luego, que sí; pues el alcance de ambos preceptos (artículo 661 francés y artículo 578 español), en tanto en cuanto limitan el derecho de propiedad del constructor o elevador es el mismo, debía no existir tal derecho de expropiación del suelo, pues ni está justificado, ni es necesario; pero establecido por la ley en un caso, no hay, dentro del terreno legal, razón para negarlo en otro.

En el caso de mayor elevación, el artículo 578, es claro, se pagará la mitad de los gastos de la obra y la mitad del valor del suelo, en el que se aumentó el muro de espesor; y como según

el artículo 577 (659 del Código civil francés), en su párrafo tercero: «Si la pared medianera no pudiese resistir la mayor elevación, el propietario que quiera levantarla tendrá obligación de reconstruirla a su costa, y si para ello fuere necesario darle mayor espesor, deberá darlo de su *propio suelo*», vemos que en el fondo coincide con el artículo 661 del Código civil francés, y aunque en el caso de mayor elevación hay aún más razones de utilidad, por la superposición y unión de la obra nueva, para conceder la medianería; en el sentido que nos ocupa, lo que hay es adquisición por expropiación forzosa de un terreno (la mitad del mayor espesor) de otro propietario, caso idéntico en principio al que pudiéramos llamar de adquisición originaria.

Igual parece ser la solución de nuestra jurisprudencia, fundándose en Ordenanzas supletorias, según el artículo 571. (Sentencia de 12 de Enero de 1906.)

¿Se admitirá en nuestro derecho la adquisición parcial? Creemos que sí, estando de acuerdo ambos dueños para fijar la parte que ha de ser utilizada. No hay razón para rechazarla, admitida la total, aunque como luego indicaremos, debe distinguirse en la parcial, según ésta sea en longitud o en altura.

También puede quedar constituida la medianería, por readquisición aun perdida por abandono.

*Prueba.*—Por prescripción lo será la de la extensión utilizada. Pruebas son, en cierto sentido, las presunciones legales. En construcción, por convenio, lo serán las pruebas de éste. En otro caso, no regulado especialmente la inscripción de este derecho, los títulos, lo general es que sólo expresen: «Linda con pared medianera», si ambos títulos coinciden; prueban, si sólo consta en el de uno de los dueños; se ha discutido su fuerza, negada por la mayoría, que protege al otro dueño, como tercero, a quien no debe perjudicar título ajeno. Sin embargo, la jurisprudencia francesa le ha concedido valor, fundándose en que no hay precepto legal alguno que exija que el título sea común. (Baudry-Lacantinerie, p. 835, tomo primero.)

*Ejercicio.*—Es general reglamentar su uso por reglas semejantes a las de la copropiedad, artículo 579: «Cada *propietario* de una pared medianera podrá usar de ella, en proporción al derecho que tenga en la *mancomunidad*; podrá, por lo tanto, edificar

apoyando su obra en la pared medianera o introduciendo vigas hasta la mitad de su espesor, pero sin impedir el uso común y respectivo de los demás medianeros. Para usar el medianero de este derecho, ha de obtener previamente el consentimiento de los demás interesados en la medianería; y si no lo obtuviere se fijarán por peritos las condiciones necesarias para que la nueva obra no perjudique los derechos de aquéllos» (artículo 662 del Código civil francés).

Artículo 922 del Código civil alemán: «Cuando los vecinos tengan derecho a utilizar en común una de las obras designadas en el artículo anterior, podrá cada cual servirse de ella, con arreglo al destino que resulte de la naturaleza de la obra, mientras no perjudique al derecho del otro...»

Partiendo de igual principio el Código civil francés, concede, sin embargo, en su artículo 657, el derecho a utilizar todo el espesor para introducir «poudres ou solives», si bien en el caso de precisar utilizar la pared la otra parte en el mismo punto, concede a ésta el derecho de reducirlas hasta la mitad, cortando mecánicamente la parte que sobresalga del plano medio ideal.

Los partícipes tienen el derecho de dar mayor elevación, artículo 577 (658-659 del Código civil francés): «Todo propietario puede alzar la pared medianera...» En el Código civil alemán, no por sí sólo, pues precisa el consentimiento de los demás partícipes (artículos 745 y 922).

Se prohíbe la división material (artículo 656 del Código civil francés).

Se prohíbe la apertura de huecos, artículo 580 (artículo 675 del Código civil francés).

La participación en los gastos comunes de sostenimiento, reparación, etc., serán proporcionales al derecho de cada uno, artículo 575 (artículo 655 del Código civil francés, artículo 922 del Código civil alemán y 698 del Código civil suizo). Tan dependiente la proporción en los gastos de la extensión del derecho de cada partícipe, que Huber y Wieland sostienen que en caso de ser mayor la parte de los gastos satisfechos por uno de los partícipes, habrá una presunción a su favor de un mayor derecho en la cosa.

Disposición: De acuerdo por reglas de copropiedad.

**Destrucción:** Se permite indemnizando, si es necesario, el previo derribo para poder dar mayor elevación.

**Extinción.**—No le son, dado su destino, aplicables las reglas de división del condominio.

Puede ser por convenio de todos los interesados.

Por destrucción de la cosa.

Por plazo, condición, etc., si se establecieron en el convenio.

**Prescripción:** Por uso como propia por uno de los interesados durante treinta años; discutida por algunos tratadistas, que creen debe presumirse simple tolerancia de los demás.

**Abandono.**—En la constitución la forma más interesante es la legal por expropiación; en la extinción lo es también la forma legal o abandono.

De igual modo que las dificultades teóricas en la constitución legal provienen de la unión de suelo y vuelo, en el abandono veremos surgir las mismas, pues lo que allí se produce por adquirir por expropiación terreno ajeno, aquí de igual modo por abandono se adquiere por ministerio de la ley, que no separa el suelo de la construcción, un terreno ajeno y aun con más gravedad, pues se adquiere aun estando construída la pared en el límite, o sea, descansando por mitad en ambas heredades.

Precedente en Roma, el «rem dereliquendo» (L. 6, § 2, Dig. VIII, 5; L. 2, § 4, Dig. XLIII, 81, etc.); en Francia, el antiguo «deguerpissement», hoy «délaissement»; en España, Capítulo 129, Ordenanza de Zaragoza, o sea el «acto por el cual el propietario gravado con carga real, hacía en justicia abandono de su derecho de propiedad, para librarse de tal carga», aplicable a la medianería, para librarse de las cargas del sostenimiento, por ser la obligación de contribuir a las mismas semirreal, de las llamadas «propter rem» (Planiol, p. 770 y 811, tomo primero; Baudry-L., p. 842, tomo primero).

Nuestro Código le recoge en el artículo 575 (656-667 del Código civil francés), párrafo segundo: «Sin embargo, todo propietario puede dispensarse de contribuir a esta carga (Gastos comunes), renunciando a la medianería, salvo el caso en que la pared medianera sostenga un edificio suyo.» Además de esta excepción, que se justifica, pues de admitir el abandono seguiría disfrutand-

do de los beneficios sin contribuir a los gastos, se exceptúa también el caso de tratarse de reparaciones ocasionadas por su culpa.

### NATURALEZA

Creemos que en la naturaleza de la medianería debe distinguirse: 1.º Naturaleza del derecho a adquirirla, y 2.º Naturaleza del derecho adquirido.

El derecho de adquisición, estimo es una limitación legal al derecho de propiedad, pues fundándose en consideraciones utilitarias, la ley obliga al propietario de una cosa suya, construída por él, a ceder la mitad o una parte de su derecho sobre la misma al dueño del fundo vecino, al que la ley concede un verdadero derecho de expropiación.

Si estas limitaciones legales de la propiedad se llaman por algunos servidumbres legales, el derecho de adquirir la medianería será una servidumbre legal; si la existencia de una limitación general a todos los propietarios no merece el nombre de servidumbre legal, se deben diferenciar las verdaderas servidumbres como extensiones y restricciones de facultades dominicales, de éstas que llamamos *fronteras jurídicas* del dominio, y el derecho a adquirir una participación en la medianería será una limitación legal, consecuencia de la relación de vecindad de los dominios y de la mayor utilidad para los propietarios.

No creo sea ésta la cuestión importante, la de positiva trascendencia, cuya solución puede variar no sólo el concepto, sino la ordenación legal; es la de la naturaleza del derecho de los partícipes en la medianería, que presenta dos aspectos íntimamente unidos y dependientes entre sí: 1.º Naturaleza del derecho; 2.º Extensión u objeto del mismo.

Nuestro Código, como hemos visto, siguiendo los precedentes nacionales, la sitúa, desde luego, entre las servidumbres, y entre éstas, en las legales. Sin embargo, del contenido de sus preceptos, reglas de disfrute, participación en gastos, etc., se deduce que lo regulado es una copropiedad; los artículos 577 y 579 hablan de propietarios; el 579 del derecho de éstos en la *mancomunidad*, y además, las indemnizaciones del artículo 578 (mi-

tad del valor del terreno) no son las correspondientes a la adquisición de una servidumbre.

Manresa parece defender la división del Código, considerándola la servidumbre. La jurisprudencia la llama servidumbre legal. Valverde y Sánchez Román, la consideran como una comunidad especial, distinta de la general, por poder darse en la medianería el que cada condueño lo sea de una parte conocida y susceptible de material designación.

Para De Buen, más que servidumbres son dos mutuas limitaciones, producto de la relación de vecindad. Para De Diego, ni puede considerarse propio condominio, por poder determinarse partes, ni propia servidumbre de un predio sobre el otro, siendo más bien una especial reglamentación de relaciones de vecindad, con restricciones mutuas al dominio de los predios limítrofes, y Castán considera como más aceptable la opinión de De Diego.

Planiol la estudia en la copropiedad e indica que debían considerarse más bien como dos propiedades adheridas (inconciliable con el artículo 657 del Código civil francés): «En rigor la pared medianera debía ser considerada como dividida en dos en toda su altura por un plano vertical trazado sobre la línea de separación de ambas fincas, y cada propietario debería poseer en pleno dominio la mitad situada frente a su finca y en su terreno. Pero, como observa Pothier, se ha evitado tal sutileza. Siendo, pues, inseparables las dos partes de la pared medianera, se considera ésta como en indivisión real y en todo su espesor *común* a ambas partes.

Para Baudry-Lacantinerie es una *comunidad* con indivisión forzosa; para Wieland «la *copropiedad* parece justificada, salvo convenio o uso local en contrario».

La regulación del Código francés es casi idéntica en sus bases al nuestro. El Código alemán establece en su artículo 922: «... En lo demás los derechos y deberes recíprocos de los vecinos, se regularán por las disposiciones relativas a la indivisión» (artículos 741 al 758). El texto alemán del Código civil suizo encabeza «Derecho de *copropiedad* sobre los signos de la demarcación», y el artículo 670 repite: «Los cierres que sirven de demarcación entre dos inmuebles, tales como los muros, setos y valla-

dos que se encuentren en el límite, se presumirán que pertenecen en *copropiedad* a ambos vecinos.»

Es, pues, casi general la respuesta al primer punto, naturaleza del derecho de los limítrofes, una copropiedad; pero una copropiedad especial:

- 1.º Por no ser divisible.
- 2.º Por poderse designar materialmente las partes de cada uno.
- 3.º Por tener más facultades que las de un comunero ordinario (elevación).
- 4.º Por precisar para que se produzca cierta situación de los fundos, y
- 5.º Por su origen por expropiación en ciertos casos.

Hasta ahora marchamos de acuerdo en lo esencial con leyes y doctrinas, pero llegamos al centro de la cuestión y tiene que surgir la discrepancia en el segundo punto que señalamos, o sea: extensión del derecho de los copropietarios; objeto de la copropiedad.

Casi todos, leyes y publicistas, opinan que aunque con peculiares caracteres este derecho es un condominio, ya hemos señalado, como así debía parecer, dada su precedente regulación consuetudinaria, primera y principalmente de límites rústicos; de aquí el considerar como un todo único el objeto de este derecho, suelo y vuelo, tierra y construcción.

Nosotros creemos, por el contrario, que ambos elementos deben separarse; que el derecho de los copropietarios debe ser una copropiedad en un derecho de superficie, que al hacer entrar en juego la propiedad del suelo, ni es preciso ni se mantiene mas que por razones históricas y sólo produce cuestiones y litigios sin resolver problemas interesantísimos.

Ya indicamos, en el caso de adquisición por expropiación, cómo se debaten los tratadistas a quienes repugna tal extensión. Con nuestra tesis la ley sólo limita la propiedad, en lo que verdaderamente es útil y necesario al expropiante, respetando la propiedad del suelo, que permanecerá en su propietario y concediendo sólo una copropiedad sobre el vuelo, adquirida previo pago de una doble indemnización: A), dé la parte del costo de construcción que corresponda a la parte a utilizar por el nuevo par-

tícipe, y B), de un canon correspondiente al derecho de utilización superficiaria, de la parte de suelo ajeno, correspondiente a la parte de suelo expropiada.

Igualmente choca la doctrina corriente con la conciencia jurídica en el caso de abandono. Se ha construido en el límite ocupando suelo por mitad de ambas propiedades: A uno de los condueños, le son gravosos los gastos de la medianería, y para no tener que contribuir a los mismos, hace abandono de su derecho. ¿Por qué se ha de entender que al pur hacer abandono de parte de su fundo? ¿Por qué han de adquirir los demás partícipes la parte del suelo del que abandona? ¿No es posible dar adecuada reglamentación a este derecho sin hacer intervenir para alterarla a cada momento la propiedad del suelo, como si éste fuera un accésorio de lo construido sobre el mismo?

Cuestiones resueltas todas, a nuestro juicio, con la solución que proponemos. El que hace abandono, lo hace de su derecho en la comunidad: éste es un derecho de superficie, los demás condueños a quienes acrece el derecho abandonado, adquieren un derecho de superficie sobre parte del fundo ajeno; pero no dominio del suelo, que sigue en poder de su dueño, y que en modo alguno éste intentaba renunciar; los límites de las fincas no sufren variación.

Se darán, pues, con nuestro concepto de esta figura los siguientes derechos en los partícipes:

Primero.—Pared construída sobre el límite, terreno por mitad de cada finca.

A) Antes de adquirirse la medianería:

Constructor.

Suelo. Plena propiedad del muro construído.

Suelo. Plena propiedad de la mitad de su finca.

Derecho de superficie sobre la mitad del otro propietario.

No constructor.

Suelo. Propiedad en su mitad, gravada con superficie.

B) Después de adquirir el no constructor la medianería:

Suelo. Copropiedad de ambos dueños.

Suelo. Propiedad de cada uno en su parte, gravada con un derecho de superficie común.

Segundo.—Pared construída junto al límite, en suelo de un solo propietario.

A) Antes de adquirirse la medianería por el otro :

Constructor.

Plena propiedad de suelo y vuelo.

B) Después de adquirida la medianería :

Constructor.

Vuelo. Copropiedad con el otro dueño.

Suelo. Propiedad gravada con superficie y coparticipación en este derecho.

No constructor.

Vuelo. Copropiedad adquirida por expropiación.

Suelo. Coparticipación de un derecho de superficie sobre suelo ajeno.

Vemos que aparece el dueño del suelo con una participación en un derecho de superficie sobre el mismo, pero como sólo se llega a tal resultado al momento de surgir la copropiedad de este derecho de superficie, creemos posible la figura, sin que a ello se oponga la dificultad de que exista derecho real de un propietario sobre su propio fundo, supuesto tan combatido por algunos escritores.

#### PROBLEMAS

Señalaremos algunas cuestiones para controlar una y otra opinión.

La actual ordenación legal, si bien se examina, sólo considera el caso siguiente : muro de igual espesor, entre fincas rústicas o urbanas de poca altura, con dos plenos dominios colindantes y fundos en igual plano superficial.

Creo bastará con que consideremos lo que es la construcción en una gran urbe moderna para apreciar las infinitas cuestiones que quedan faltas de reglamentación y la mala solución que forzosamente ha de resultar de aplicar los preceptos legales a supuestos no previstos por el legislador.

Así, dice Planiol (pág. 808, tomo primero): «La medianería da lugar en la práctica a procesos innumerables...»

Señalaremos en rápida enumeración algunas cuestiones.

A) Construcciones limítrofes hechas en un fundo por su propietario; en el otro fundo, por un superficiario.

El abandono por el superficiario de la medianería, ¿cómo va a implicar pérdida del suelo para el dueño?

La indemnización por adquirir la medianería, construída por el superficiario, ¿cómo va a ser la suma de los gastos de construcción que correspondan y la mitad del valor del suelo?

Será la suma de los gastos de construcción correspondientes y la mitad o del canon de superficie o de la parte del precio que corresponda a la medianería expropiada, en proporción al que el superficiario hubiera pagado, si el pago fué en una sola entrega.

Si, por el contrario, el que construyó fué el dueño limítrofe y el superficiario adquiere después la medianería, ¿qué significa la finca que éste adquiere en plena propiedad por expropiación, situada entre las dos ajenas y con una extensión superficial de la mitad de la superficie del muro?

B) Casas colindantes, una de un solo dueño; otra, dividida en pisos, con diferente dueño cada uno.

C) Medianería adquirida por el dueño de una casa, y sobre ésta construye otro nuevo piso.

D) Edificio dividido en pisos con diferentes dueños, y uno de los pisos, a su vez, con diferentes dueños en sus partidos o con paredes limítrofes dentro del plano del mismo.

E) Casas que naturalmente se encuentran a distinto nivel superficial o que por más profunda cimentación en una, por una mayor elevación, empieza el muro en la una mucho más bajo que donde profundizan los cimientos de la otra.

F) Caso en que sólo interese la adquisición de parte de la medianería, no en división longitudinal, sino en elevación por medianerías superpuestas.

G) Medianería subterránea en cuevas, sótanos, etc., etc.: a), con medianería simple límite; b), con medianería utilizada en la construcción.

H) Caso de destrucción del muro, naturalmente, o por convenio, en medianería adquirida sobre suelo ajeno, ¿cuál debe ser el límite de las propiedades, desaparecido el muro?

I) Caso de, a pesar de tener adquirida la medianería en suelo ajeno, construir pared, junta en el propio ¿linderos?

J) Elevación. ¿Produce cada adquisición de la medianería sobre la mayor elevación, dada por un propietario, una variación en los linderos de las fincas?

K) Elevación, no sobre toda la pared, sino sobre suelo propio y sobre la mitad de la pared. ¿Procederá adquisición legal en tal caso? ¿Excederá, de contestarse negativamente, de la utilización normal del muro?

L) Medianería con terrenos del Real Patrimonio, con propiedad pública, con cementerios, etc., etc.

LL) Medianería en minas.

M) Inscripción en el Registro de la Propiedad.

Creo que éstas y mil más cuestiones posibles reclaman imperiosamente una nueva y mejor regulación legal. Sólo nos limitamos a esta llamada de atención, y si en algo contribuye a que encuentren mejor solución, aun siendo ésta opuesta a la que sostenemos, se habrán colmado nuestros deseos.

ANTONIO MARÍN MONROY.

Notario.

# Proyecto de reforma del título VI del Reglamento hipotecario

## A MANERA DE PRÓLOGO

Acaso contra la publicación de este trabajo en la REVISTA podrá argüirse que no es doctrinal. Y el hecho es cierto, aunque no en absoluto, pues en el estudio de las leyes entra también el de su pragmatismo y el de su utilidad, sin las cuales toda ley, por sabia que sea—es decir, deslumbradora y fantástica, pues sabia no puede ser—, siempre resultará un puro juego de la dañosa imaginación. Mala es la práctica sin la teoría, pues no conduce sino a la rutina, que es el estancamiento y la muerte de las instituciones, pero ¡cuán estéril es por sí sola la segunda!

Yo no pretendo otra cosa que ofrecer normas que me han parecido solución práctica de las dificultades y enmienda de los defectos que he encontrado en mis numerosas peregrinaciones por Registros y contribuir en lo posible a fijar el verdadero carácter de nuestra carrera o profesión, el de burócratas, el de trabajadores de oficina.

El Registro, a mi parecer, que no comparten algunos compañeros, necesita más de Martas que de Marías. Se ha dado a nuestra carrera un matiz exagerado de intelectualismo un tanto a la bohemia, y se ha exagerado un poquito la altura de nuestra misión de calificadores o fiscales civiles. Precisamente por exagerar ese carácter, encerrándonos en nuestra torre de marfil, como todo modernista (algún tiempo lo fuimos), la gente, que al principio nos admiraba como sacerdotes de un culto esotérico e intérpretes de una ley sibilítica, ha llegado a pensar que el tiempo que pasa-

mos alejados de los pequeños y despreciables menesteres de la oficina, fieles continuadores del personaje de Daudet en Jack, no lo dedicamos a soñar, sino a digerir.

Hay que trabajar y uniformar la práctica en las oficinas, lo cual no puede conseguirse sino reglamentando bien el trabajo interior, obligando a los Registradores, por muy intelectuales y sabihondos que sean, a que asistan a la oficina y atiendan a los pequeños menesteres de ella, como índices, etc., etc., desligándolos, en cambio, de la esclavitud de la residencia fuera de las horas hábiles, esclavitud que sólo sirve para dar más medios y facilidades de ausentarse a los que menos delicadeza y miedo saludable tengan, y, por último, creando una inspección verdadera de los Registros, no ésta de mentirijillas que ahora tenemos, que se practique por *diablos metidos a frailes*, es decir, por Registradores prácticos.

Pocas pueden ser las reformas del reglamento, si a la vez el Gobierno no dicta una nueva ley, transplantando a aquél los muchísimos artículos que por su pura y absoluta adjetividad le corresponden y eliminando los inútiles y anticuados.

Así, por ejemplo, en el título VI, sobre «el modo de llevar los Registros», estorban en la ley y deben pasar al reglamento los artículos 244, 249 y el segundo y tercer párrafo del 248, y quizás media docena más, si se la quiere dejar reducida a lo que debe ser: a principios y normas que informen el sentido de la institución y no necesiten cambiarse, sino cuando adaptados por diversos y aun opuestos reglamentos, no hayan respondido a las exigencias de la realidad.

No examino siquiera los artículos 239 al 242, 247, primer párrafo del 248 y 250 a 253, puesto que, a mi juicio, deben eliminarse sin incluirlos en el reglamento: unos, por inútiles; otros, porque no son de materia hipotecaria, y otros, como el 250, porque establecen una excepción completamente injustificada, que sólo da lugar a aumentar los gastos de la titulación con una partida que no tiene Arancel y a agriar las relaciones entre algunos Notarios y Registradores, que reivindicán cada uno para sus oficiales el monopolio de ese ingreso no fiscalizable.

## PROYECTO DE REGLAMENTO HIPOTECARIO

## TITULO VI

*Del modo de llevar los Registros.*

(No menciono los artículos que a mi juicio no necesitan reforma.)

Artículo 242. En los Registros de la Propiedad se llevarán los siguientes libros principales: 1.º, de inscripciones; 2.º, diario; 3.º, de incapacitados, y 4.º, de anotaciones.

Estos irán legalizados en la forma que señala el artículo 238.

Además, se llevarán los siguientes libros auxiliares: 1.º, de índices de fincas rústicas; 2.º, de índices de fincas urbanas; 3.º, de índices de personas; 4.º, Diario de honorarios; 5.º, libro de estadísticas; 6.º, libro de inventario, y 7.º, libro talonario de presentación.

Estos irán legalizados como dispone el artículo 238, pero no por el Juez Delegado, sino por el mismo Registrador.

Los libros de inscripciones y el Diario se formarán como disponga la Dirección general y los restantes con hojas de papel común, encuadernadas en pasta, media pasta o en tela, rayados con arreglo a los modelos que acompañan a este reglamento.

Art. 243. El Diario será apaisado, de cien hojas. La portada ocupará la cara de la primera hoja y en ella se extenderá la siguiente inscripción: Diario número ..... del Registro de la Propiedad de ..... Empieza en .....

A continuación, en esa misma cara, se extenderán la certificación y la diligencia del artículo 238.

El primer folio estará formado por la vuelta de la hoja primera y la cara de la segunda. Contendrá las siguientes casillas: 1.ª, número de orden; 2.ª, hora; 3.ª, minutos; 4.ª, naturaleza del título; 5.ª, naturaleza del acto jurídico; 6.ª, fecha del título; 7.ª, autoridad, Notario o funcionario; 8.ª, transmitente; 9.ª, adquirente; 10.ª, Finca (sitio o nombre); 11.ª, nombre o firma del presentante, si lo hubiere, o indicación de que se ha recibido por correo (sólo firmará el asiento el presentante cuando ejercite su derecho); 12.ª, cartas de pago (con las siguientes subcasillas: a)

número de ellas ; b) oficina liquidadora ; c) fecha de su expedición ; d) número con que se archiva ; 13.ª, calificación.

Esta última casilla servirá para anotar las indicaciones del despacho del título. Si éste fuere denegado o suspendido, en esa casilla sólo se anotará la referencia al sitio que ocupe la nota de despacho, que será la primera línea en blanco y las posteriores necesarias e irá autorizada con la firma sin rúbrica del Registrador.

Cada día, al abrirse el Registro, se estampará la fecha en la primera línea en blanco o en la primera útil cuando alguna o algunas estén inutilizadas, pero haciendo constar entonces, bajo la firma del Registrador, la causa. A continuación, sin solución de continuidad, se extenderán los asientos de los títulos por el orden de presentación y a la hora señalada, en la línea siguiente al último asiento pondrá el Registrador : «Siendo las ..... horas, queda cerrado este Diario», y a continuación firmará sin rúbrica.

Si el día siguiente fuera festivo, escribirá en el primer renglón siguiente : «Mañana, día ....., es festivo».

Art. 245. El libro de incapacitados se formará con hojas rayadas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior, y tendrá, por lo menos, veinticinco folios.

Constarán en él, por riguroso orden cronológico de despacho, los asientos relativos a las resoluciones judiciales, etc. (el resto como ahora).

Las cancelaciones de estos asientos se harán por nota marginal.

Contendrá el encasillado siguiente : (como ahora).

Al final tendrá el correspondiente índice alfabético.

Art. 252. Asimismo, llevarán los Registradores tres libros de índices por cada Ayuntamiento o sección, uno de personas, otro de fincas rústicas y otro de urbanas.

Cada libro estará compuesto de los tomos que juzgue necesarios el Registrador, haciéndose el cómputo con referencia a los índices antiguos (1).

(1) Sería un error muy grande introducir el sistema de índices por fichas : 1.º, porque hay que hacer en cada ficha o papeleta más indicaciones que en los libros, y esto consume más tiempo ; 2.º, porque si se usa papel ordinario es muy fácil, al hacer la busca, trasapelar una ficha, y si se usa papel cartulina, los índices serán carísimos ; 3.º (ésta es decisiva), por-

El mismo cómputo servirá para señalar el número de letras que ha de abarcar cada tomo y el de folios que se han de dedicar a cada letra.

Para los asientos dentro de cada letra, se seguirá el orden cronológico. No obstante, el Registrador puede dedicar varias líneas y aun páginas a los sitios o a las personas que prevea han de figurar muchas veces en dichos índices.

En los de rústicas y urbanas podrá, y en los de personas deberá, el Registrador hacer al final de cada libro un índice por riguroso orden alfabético. Si el libro de índices tuviera varios tomos, ese índice de índices se hará al final de cada tomo, dedicando los folios que se estimen precisos o en un tomo aparte.

Art. 253. Los índices de rústicas, y lo mismo los de urbanas, estarán encuadernados en forma apaisada.

Los primeros tendrán las siguientes casillas: 1.<sup>a</sup>, número de orden; 2.<sup>a</sup>, parroquia o aldea; 3.<sup>a</sup>, sitio o partida; 4.<sup>a</sup>, nombre de la finca, si lo tuviere; 5.<sup>a</sup>, naturaleza de la misma; 6.<sup>a</sup>, hectáreas; 7.<sup>a</sup>, áreas; 8.<sup>a</sup>, centiáreas; 9.<sup>a</sup>, linderos (con las siguientes subcasillas: a) norte; b) sur; c) este, y d) oeste); 10.<sup>a</sup>, tomo del Ayuntamiento; 11.<sup>a</sup>, folio; 12.<sup>a</sup>, número de la finca en el Registro, y 13.<sup>a</sup>, referencias.

PAULINO HUERTA

Registrador.

(Continuará.)

que en el sistema por fichas es muy fácil perder una y a nadie puede hacerse responsable, y 5.º (ésta es definitiva), porque cuesta mucho más trabajo, tiempo y dinero el hacerlos y el buscar los datos.

# El prelegado en el Derecho Romano y en el Derecho Moderno

por don Felipe Clemente de Diego.

De nuevo nos ha ofrecido el ilustre profesor de la Universidad Central, con motivo de la solemne apertura de los estudios de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, una monografía tan interesante y documentada como todas las suyas, y con decir esto queda hecho su mayor elogio.

El cuadro sintético del discurso es el siguiente :

*Concepto y origen del legado.*

*Concepto del prelegado : sus condiciones y efectos.*

*El prelegado y el Derecho sucesorio moderno.*

\* \* \*

Según los propios términos del Sr. de Diego «la disposición testamentaria que se significa con la palabra legado puede asumir figuras diversas y cumplir fines diferentes ; no es, desde luego, institución de heredero o disposición que atribuya la sucesión *in universum jus* ; empero, prescindiendo de algunas especies que pueden considerarse como desviaciones del tipo común, es disposición atributiva de un derecho particular a cargo de la herencia provocada con el ánimo de beneficiar a alguno ; siendo sus caracteres más comunes y generales, como dice Ruggiero, el constituir una liberalidad *mortis causa* y el de determinar una sucesión a título particular del favorecedor al disponente.»

Prelegado viene de *praelegatum* y éste es participio del verbo

*praelego*, *as*, *are*, que significa legar de antemano, mandar en el testamento por mejora o por privilegio, *peculia filiis* (Scaevola). Así dice el gran latinista Raymundo de Miguel. A *legare*, que significa legar o mandar en testamento, se incorpora la partícula *prae*, que da idea de delantera, de anticipación; *praeceps*, cabeza primera, que va delante; preceptor..., precipitado, que va hacia adelante, que va declinando o hacia abajo; *praecox*, cocido o maduro demasiado pronto, antes de tiempo, antes de lo normal.

En las fuentes jurídicas, *praelegare* tiene estas dos acepciones:

1.<sup>a</sup> Devolver o restituir algo a uno por legado, como *praelegare dotem*.

2.<sup>a</sup> Legar a un heredero algo, en precedencia o aparte de su porción hereditaria, por ejemplo: *sriptis haereditus singulis certa praelegavit*.

Esas dos acepciones determinan dos sentidos de prelegado: el uno, impropio o lato; estricto y técnico, el otro.

En efecto, prelegado es el legado de cosa ya perteneciente de hecho o de derecho al legatario, en que el objeto del legado es, como decía Cujas, una *res quodammodo sua*. Así, por ejemplo, el prelegado de dote, por el que el marido deja a la mujer su dote, justificado en el antiguo Derecho por falta de una acción eficaz para la restitución de la dote y más tarde por el *commodum representationis*, pues ofrecía una más pronta exacción, deviniendo una especie de legado de deuda; Justiniano, dice en sus Instituciones (párrafo 15, título XX, libro II), para justificarle *valet legatum quia plenius est legatum quam de dote actio*; así el prelegado de peculio a favor del sometido a potestad o de alguna cosa en compensación del peculio. *Praelegare* se aplica también al caso en que se deja al deudor lo que éste debe al testador, estando a la apariencia de que ya lo ha tomado de sí y aún se habla de una *obligatio praelegata* cuando se exonera al gestor de negocios ajenos, legándole aquéllo que él debería restituir (Scuto).

El significado propio de *praelegare*, el más empleado en las fuentes jurídico-romanas, es el de legar al heredero; prelegado es la disposición testamentaria en forma de legado en favor de quien es llamado al *universum jus defuncti*, o sea al heredero. No todo legado hecho a favor del heredero es, sin embargo, prelegado. El legado que el heredero debe recibir de su coheredero o de un legata-

rio no ofrece nada de particular en cuanto a su eficacia, según la teoría general de los legados; el verdadero prelegado, en sentido técnico, se da cuando el legado dispuesto en favor del heredero está a cargo del mismo heredero, el cual viene a ser a un tiempo honrado y gravado con el legado, lo que sucede generalmente cuando, no imponiéndose la carga del legado especialmente sobre un heredero, recae la carga sobre todos. Algunos autores, entre ellos Pfeiffer y Buchholtz, quieren comprender ambos casos bajo la denominación de prelegado, aunque calificando al primero de impropio o anómalo. Rotshirt dice, al recordar los dos sentidos de *preceptio*, según vaya dirigida al extraño o al heredero, que en este segundo caso no es otra cosa que un legado a favor del heredero por el que, según Teófilo, el testador declara que el heredero debe tener, además de su porción hereditaria, un algo más sin participación de los otros herederos (*precipuum*). Pero en este respecto distingue tres supuestos: a), que este *precipuum* deba ser prestado por un no heredero, en cuyo caso no hay prelegado; b), que los coherederos, como individuos y no propiamente como herederos, sean obligados a prestar el *precipuum* a su coheredero, en cuyo caso nada de particular ofrece tampoco la doctrina; y c), que los herederos, como tales, deban pagar el *precipuum*, en cuyo caso ya se presenta el legatario como heredero favorecido por el legado y al propio tiempo gravado con su prestación, y esto ofrece complicaciones y dificultades que engendran una doctrina especial. No estamos autorizados, sin embargo, a limitar el concepto gramatical y técnico a este legado, como hacen muchos al denominarle *prelegatum proprium*.

Las características propias singulares del prelegado propiamente dicho, quedan recogidas en la definición que da Scuto de esta figura jurídica: *Disposición testamentaria en forma de legado, independiente en esencia de la aceptación de la herencia por parte del favorecido, con cuya disposición el testador asigna un elemento patrimonial cualquiera a persona llamada al «universum jus defuncti», con cargo a su cuota hereditaria.* El prelegado, en fin de cuentas, no es en sí mismo más que un legado a favor del heredero y cuya prestación o gravamen pesa sobre el mismo en todo o en parte. Por esto, decíamos poco ha, que a su virtud concurrían en un mismo sujeto la cualidad de heredero y de legatario y la de favorecido u honrado y gravado al mismo tiempo con su prestación.

No estará demás que, siguiendo al esclarecido jurista italiano, insistamos un poco sobre estos caracteres para ir delineando la figura del prelegado, distinguiéndola de otras figuras jurídicas. Atendiendo a su naturaleza, el prelegado es una disposición testamentaria en forma de legado que confiere al heredero favorecido un título de adquisición (*jure legati*), independiente de otro título (*jure hereditatis*), que le confiere su cualidad de heredero.

No era inusitado entre los romanos que los testadores dispusiesen por sí mismos la división del caudal relicto entre los herederos, y también, en consecuencia, que asignasen en ella determinados objetos a éstos como en pago de su cuota hereditaria. Estas disposiciones testamentarias por las que se asignan tales o cuales objetos a tal o cual heredero son distintas esencialmente del prelegado, porque son como una consecuencia de la vocación hereditaria, una dependencia del llamamiento a la herencia, como complemento suyo que facilita la tarea del *arbiter* en la división y adjudicación del patrimonio hereditario, y en tal respecto no constituyen título independiente de adquisición y su eficacia va tan ligada a la cualidad del heredero que con ella desaparecen; todo lo contrario de lo que justamente sucede con el prelegado, que es propiamente un legado a favor del heredero, que concede a éste un título especial de adquisición, independiente de la cualidad de heredero y subsistente, por tanto, aun después de haber desaparecido ésta por renuncia o no aceptación del heredero mismo.

Nuestros jurisconsultos vieron por punto general en el prelegado un legado o manda que se hace a uno de los herederos, bien sean legítimos o extraños. Así lo define Llamas y Molina y no discrepa de él Gutiérrez y cuantos juristas han tratado de esta materia, aunque no sea más que por incidencia. El jurista cordobés Andrés Angulo, hablando de la mejora, dice que puede hacerse en contrato o en testamento, y cuando se hace en testamento a uno de los herederos instituídos no es otra cosa que un prelegado, es decir, un legado hecho a uno de los herederos..., lo que más propiamente suelen llamar los jurisconsultos *praeceptio*. El doctor Nieto afirma que el prelegado, en nuestro Derecho real, se toma por *praeceptio*; tal es la opinión común de los jurisconsultos, pero no deja de consignar que, aunque todos convengan en que la mejora es un prelegado, no toman este nombre tan es-

trictamente como nosotros, como quiera que la mejora responda más bien al legado de partición dejado al heredero.

La conexión del *praecipere* con el *praelegare*, indujo a los escritores antiguos a distinguir entre el prelegado y el legado a favor de uno de los coherederos, porque aquél lleva consigo la cláusula de anteparte (la *praecipio*) y en éste surgiría de la atribución de un objeto a uno de los coherederos con exclusión de los otros que en otro caso debieran concurrir a él; en aquél, la porción que recae sobre la cuota del favorecido se adquiere *jure* hereditario, mientras que en éste la perdería por nula e inválida. Mas no hay razón para la distinción en el caso de que el gravamen del prelegado cargue sobre toda la herencia, y naturalmente, sobre la cuota del favorecido por él, porque en ambos casos la disposición es considerada como legado propiamente prelegado. Otra cosa sería el legado a un heredero que gravase exclusivamente a los otros coherederos; éste sería un simple legado que seguiría la doctrina general de legados y en ningún caso sería prelegado.

El legatario en el prelegado es un heredero llamado directamente por el testador al *universum jus* del difunto.

Si el heredero del legante es único, ¿cabrá el prelegado?, o de otro modo, ¿el prelegado con que se favorece a un heredero requiere esencialmente el llamamiento y concurrencia de otros herederos a la misma sucesión? La opinión sobre este problema estaba ya muy dividida en la época de nuestro doctor Nieto, que consume todo un capítulo (el III) de su monografía, en rebatir los argumentos de los que sostenían que era inconcebible el prelegado para el heredero único y en fundamentar la tesis por él sostenida de la posibilidad del prelegado en favor del heredero *ex asse*. Los primeros eran más en número y su opinión la llama *communis sententia*; entre ellos cuenta a los jurisconsultos nacionales Castillo en sus *Controversias* (libro II, capítulo XIII, número 3.º) y Molina (*De primogeniis*, libro II, capítulo II, número 3.º). Entre los modernos no hay tampoco unanimidad: unos limitan la figura del prelegado al legado en favor del coheredero, exigiendo, por tanto, de necesidad la concurrencia de varios herederos en la misma herencia, a lo que suelen ir llevados de la conexión entre *praecipio* y *praelegatum*, ya que aquélla exige pluralidad de herederos para uno de los cuales se aparte algo de

la masa común que en principio pertenece a él con los demás; otros, en cambio (Nieto, Pfeiffer, Pfordten, Buchholz, Peregrini, Merlin, Clausen, Bernstein, Scuto...), la extienden aún al caso de ordenarse el prelegado en favor del heredero único, *ex asse*, bien que reconociendo todos, salvo el primero, la escasa utilidad que en la práctica ofrecería la tal figura, dada la doctrina romana.

Condición *sine qua non* del verdadero prelegado es el que el gravamen de su prestación o pago recaiga sobre el mismo favorecido, o sea el prelegatario, el cual, si es heredero o legatario a un tiempo, responde por su cuota hereditaria del pago del legado. Esta concurrencia de cualidades determina la naturaleza específica y los efectos característicos del prelegado romano. Si el gravamen del prelegado recayese sobre los otros herederos exclusivamente, entonces la relación jurídica, constituida a favor del prelegatario, sería la de un legado ordinario, y nada obstaría por este lado a su plena eficacia, desvaneciéndose por completo la figura del prelegado propiamente dicho, y quedando un simple legado a favor de un heredero, a lo sumo un prelegado impropio o anómalo de que ya sabemos hablan algunos escritores.

Cuando la carga del prelegado recae sobre toda la herencia, no hay duda que resultan afectados y comprometidos a su pago todos los herederos, incluso el heredero prelegatario, porque gravada la herencia, quedan gravadas *ipso facto* las cuotas hereditarias de los coherederos, que son fracciones ideales de ella. Cuando el legado determine una relación obligatoria de heredero y legatario, la obligación alcanza a todos los herederos aun sin especial disposición del testador, porque entonces es la herencia la que los obliga. Cuando el legado constituya una relación de Derecho real, porque se transfiere directamente al legatario la propiedad de un objeto del testador, también resultan afectados todos los herederos, porque aquél queda sustraído a la herencia y a la posesión ideal que a cada uno de ellos corresponde; el legado es *delibatio hereditatis*, como decía Florentino. Por lo demás, la distribución del gravamen del prelegado entre los herederos sigue las normas generales, según que el testador les grave genérica o nominalmente a uno, a varios o a todos conjuntiva o disyuntivamente.

El testador puede subordinar la eficacia del prelegado a la

condición de que el prelegatario llegue a ser heredero (*si heres erit*), y entonces, naturalmente, por justa observancia de la voluntad del testador, ley de la sucesión, tendrá que cumplirse la condición de aceptar la herencia para que el prelegado pueda surtir sus efectos propios. También el testador puede poner la condición contraria, es a saber, favorecer con el prelegado al heredero en el caso de que no llegue a ser heredero (*si heres non erit*).

Constituye el llamamiento al prelegado y la vocación hereditaria dos títulos distintos e independientes: singular, aquél; universal, éste; legado, el primero; herencia, el segundo; y ambos conceptos en el prelegado concurren a una sola persona que, al mismo tiempo, es heredero y legatario. Como heredero sucede *in universum jus defuncti*; y, en tal supuesto, se subroga en la posición jurídica del causante al respecto de todas sus relaciones jurídicas hereditarias, activas y pasivas en proporción a su cuota; como prelegatario, tiene la vestidura de un simple legatario y sólo adquiere derecho a los objetos comprendidos en el prelegado. Esta doble cualidad que ostenta el prelegatario, de legatario y heredero, explica luego las relaciones que mantiene con los otros coherederos, con los legatarios y los acreedores. Y es claro que si es único heredero, *heres ex assæ*, la invalidez del legado es total, si es heredero, por parte en unión de otros coherederos, la invalidez es parcial, tan sólo por la porción que recae sobre su cuota hereditaria. Esta porción, perdida para el prelegatario, se adquiere por los colegatarios por derecho de acrecer, y si no existiesen colegatarios, o no tuviesen el derecho de acrecer, queda en la cuota hereditaria del prelegatario, adquiriendo éste prácticamente la totalidad del legado: esta parte, *jure hereditario* y, el resto, *jure legati*. Nuestro doctor Nieto reconocía ya esto, bien que entendiéndose que aun lo adquirido por el prelegatario, *jura hereditario*, lo adquiriría fuera y aparte de la cuota hereditaria, como cosa extraña a ésta.

Este último concepto del doctor Nieto no es enteramente correcto. El prelegado, dice Scuto, por la parte que no se adquiere por el prelegatario ni por los colegatarios, deja de existir como legado, perdiendo su naturaleza de tal, y por eso el prelegatario retiene esa porción *jure hereditario* como heredero gravado con la carga de la prestación, y no ya como legatario; lo que del legado

no es adquirido por alguno es caduco, y análogamente al caso general queda como parte de la cuota hereditaria gravada de que se hubiera distraído el legado si hubiera sido eficaz, y, en consecuencia, a aquella porción del legado no puede dejar de aplicarse las normas que regulan la cuota hereditaria.

\* \* \*

Estudia después el docto profesor los efectos del legado frente a la cuarta falcidia, a la restitución por fideicomiso, a la garantía por evicción y a la responsabilidad por deudas y entra a dilucidar el tema relativo a la *naturaleza y razón justificativa de la invalidez del prelegado*.

Dos grupos de teorías se disputan el campo:

a) La teoría de la nulidad inicial que afecta desde el principio a la disposición ordenadora del legado, parte del supuesto de la imposibilidad de una relación jurídica constitutiva de legado, cuando la misma persona aparece designada como favorecido y gravado (*Honoratus et oneratus*). Pugna con la noción misma del legado, decía Degenkolb, cuando el testador grava con la prestación del legado a aquel a quien lega. No hay verdadera *delibatio* cuando el testador da con una mano lo que sustrae con la otra. El prelegado, dicen estos escritores, consta, desde el principio, de dos partes: una, ineficaz, aquella cuya prestación recae sobre la cuota hereditaria del prelegatario (que es, además de legatario, heredero), y que, quedando en ésta, era adquirido por éste *jure hereditario*, y otra, válida, como legado y en proporción a las cuotas de los coherederos.

Mas ¿cómo se explica la validez y eficacia que ulteriormente puede tener el prelegado, por ejemplo, cuando el prelegatario no llega a ser efectivamente heredero? La primera doctrina que pretende explicar este fenómeno es la de la convalecencia, si es lícita la palabra (*Convalescenstheorie*), debida al jurista italiano Bartolomé Chessi y seguida por Buchholtz y otros muchos. Afirma esta doctrina que la invalidez inicial es producida por una sutileza (*subtilitas juris*) que contrasta con la voluntad del testador, y por eso no subsiste cuando el prelegatario no llega a ser heredero de un modo efectivo, en cuyo supuesto tiene lugar

una nueva delación de la herencia por la que se hace válido en base a la voluntad del testador lo que en el primer momento era nulo.

b) Frente a estas doctrinas de la convalecencia, se ha formulado la llamada por los alemanes *Evanescenztheorie*, que parte del principio contrario, es a saber: de la validez inicial del prelegado, validez existente en el momento de la muerte del causante (*dies cedens*), y que se desvanece más tarde, a lo menos por la parte que grava la cuota hereditaria del prelegatario, tan luego como éste acepta la herencia. Sostenida por Ulrico Zassio, Cuyas, Pfeiffer, Pforten, Kuntze y Arndts, ha sido profundamente desenvuelta por Ferrini. La diligente y esmerada exégesis que éste hizo del párrafo 1.º, fragmento 75, título I, libro XXXI del Digesto, esclareció el tema de tal modo, que concordando las soluciones todas de las fuentes romanas, ha llegado a alcanzar general asentimiento entre los escritores.

Concluamos, pues, afirmando que el prelegado en principio y desde luego es válido salvo que con posterioridad en el momento de ser actuado encuentre un obstáculo que se oponga a la validez o eficacia del mismo; ese obstáculo procede de que el heredero beneficiado esté gravado con la prestación del prelegado y acepte la herencia, obstáculo que no puede existir *ab initio* porque no nace con la disposición misma. Por lo demás, esa ineficacia es limitada a la parte que recae para su pago en la cuota hereditaria del propio prelegatario, consecuencia de los principios jurídicos romanos sobre la sucesión *mortis causa*.

La indagación relativa a la *razón* que *justifique* esa total o parcial ineficacia del prelegado, es de la mayor importancia porque, además de dar luz sobre la solución que se dé a muchos puntos concretos a que irradia la doctrina del prelegado, prepara también o echa las bases generales de orientación respecto a si esta doctrina romana del prelegado en el silencio de la ley debe o no ser admitida en el Derecho moderno. Porque si esta doctrina es consecuencia de los principios que los romanos establecieron en cuanto a la sucesión *mortis causa*, lógico es que allí donde esos principios hayan variado no hay razón para mantenerla.

Los escritores modernos, en general, han ahondado poco en este problema. Unos se contentan para explicar la ineficacia del prelega-

do con enunciar el principio de que nadie puede ser acreedor y deudor de sí mismo; otros, con referencia al legado de contenido real u originador de Derechos reales, invocan la regla de que nadie puede reivindicar la cosa de sí mismo. Los juristas romanos se contentaban con formular la regla: *heredi a semet ipso inutiliter legatur*, sin duda porque los principios sucesorios a la sazón vigentes eran reconocidos por todos y a nadie le sugería dudas la aplicación de la regla. Nosotros, que no vivimos ya aquel ambiente ni aquellos principios, no nos damos cuenta tan intuitiva y directamente de la razón de esa invalidez del prelegado y hemos menester de traerla a reflexión para explicarnos bien todos los resultados de la doctrina, que la mayor parte de las veces aparecen en contradicción con la voluntad del testador.

Nuestro doctor Nieto va por otro camino y encuentra la razón de la invalidez del prelegado en el principio de que dos causas lucrativas no pueden concurrir en una misma persona y respecto de un mismo objeto. En el párrafo 5.º del capítulo 2.º de su *Tractatus de praelegatis* hace mención de las razones que se oponen a la validez del prelegado, diciendo que el legado hecho al heredero por la porción de herencia que éste adquiere o ade no vale *quia a se ipso sibi legari non potest*, para que no concurren en un mismo sujeto *actio et passio* que nuestro Derecho no admite; igualmente, sigue diciendo, la parte que se debe a sí mismo el heredero, en el prelegado debe caer; de otro modo, sería acreedor y deudor a un tiempo contra las reglas del Derecho. Además, adquirir por derecho hereditario aquella parte, es como adquirir la herencia y si ésta es adquirida por la adición, nada nuevo puede adquirirse por aquella porción porque *quod nostrum est amplius nostrum fieri nequit ex vulgare juris regula*. En último término, si suponemos que la adquisición de aquella parte es una nueva adquisición, *duplex causa lucrativa concurrir contra textum*... El prelegatario por su cualidad de heredero, tiene ya derecho a la parte del objeto legado correspondiente a su cuota y como legatario tendría un nuevo título lucrativo a la misma adquisición, y no digas, concluye el doctor Nieto, que la adquisición de la herencia a veces es dañosa, pues nuestra doctrina *potior viget in hereditate lucrosa quae solvendo est*.

Si el legado hecho al heredero cuando es único puede parecer a nuestros ojos vano, no así el realizado a favor del coheredero,

porque es bien posible, dice Bonfante, que en la relación de coherencia la parte de uno de los coherederos sea acrecida con una liberalidad especial dispuesta por el testador en su favor. Siguiendo la pura lógica patrimonial, la solución afirmativa de la posibilidad de este caso puede razonarse así: las dos disposiciones, herencia y prelegado, se suman, es decir, el heredero prelegatario toma de la masa común su cuota y el prelegado, el coheredero solamente su cuota hereditaria. Pongamos un caso muy sencillo: Ticio, Caio y Sempronio, son instituidos herederos cada uno por un tercio de una herencia de valor 180, y a Ticio se le deja además un prelegado de 30. El patrimonio hereditario del difunto debe satisfacer tres cuotas hereditarias iguales, más un legado. Constituída la masa hereditaria, el legado se separa antes de ella y las cuotas hereditarias son reducidas cada una a 50: Ticio prelegatario de 30 (por ejemplo, de una casa de valor de 30) toma sus 50 más los 30 (o la casa de ese valor) y acaban por tener 80; sus coherederos sólo tienen cada uno 50.

No discutamos, continúa Bonfante, si esta solución, emanada de la lógica general de las instituciones patrimoniales, es plenamente correcta, ni si es conforme a las exigencias lógicas del derecho sucesorio moderno. El jurisconsulto romano no razona así. Un instinto que se le comunica del organismo de sus instituciones le prohíbe admitir que el prelegado se destaque de la masa hereditaria como una manda independiente. El grava sobre toda la herencia, o por mejor decir, sobre los herederos, aun sobre el favorecido, en la medida o proporción de su cuota. Y esto supuesto, la conclusión se precipita: porque el heredero *sibi debere non potest, a se vindicare non potest* el prelegado caduca en proporción a la cuota del coheredero favorecido, o como dicen los romanos, *pro parte hereditaria ipsius non consistit*. Esto no quiere decir que el heredero prelegatario deba siempre renunciar a aquella porción de la cosa legada que grava sobre su cuota; sólo quiere decir que él no se la paga a sí mismo ni la reivindica de sí, sino que la conserva a título de heredero y no de legado. Los romanos decían que él retiene el objeto prelegado por un doble título sobre dos distintas partes de él: sobre una, o sea aquella que resulta de las porciones que gravan sobre las cuotas de los coherederos, *jure legati, quasi legatarius*; sobre otra, o sea la que grava su cuota, *jure hereditario, quasi heres*.

En el ejemplo antes puesto, el prelegado de 30 a favor de Ticio grava en 10 cada una de las cuotas de Ticio, Caio y Sempronio. Mas por la cuota de Ticio es nulo en cuanto no se paga a sí mismo los 10, bien que retenga éstos *jure hereditario*. Así tendremos que Ticio conservará sus 60 y recibirá además 20 de sus coherederos, en total, 80; 60 a título de herencia y 20 a título de legado; Caio y Sempronio no pagarán más que 10 cada uno, quedándose con 50.

Mas todo esto que parece un juego meramente teórico, conduce a consecuencias de una gravedad excepcional en contraste manifiesto con la pura lógica patrimonial y con la voluntad del testador. Toda la teoría del prelegado consiste en esa serie de ilaciones lógicas de esta construcción de su nulidad parcial y los romanos no se arredraron ante sus resultados por extraños que fueren.

Entre estas extrañas consecuencias de la construcción romana puede recordarse ésta. Si a los coherederos se deja un objeto conjuntamente, los coherederos por cuotas menores obtienen más del legado que los coherederos por cuotas mayores, ya que en el legado *per damnationem* cada uno recoge como legado de los coherederos en proporción de su cuota y paga a su vez en proporción a la suya propia, y en los *per vindicationem* (en todo legado en tiempo de Justiniano) cada uno adquiere *jure accrescendi* la parte caduca del coheredero, esto es, la parte correspondiente a su cuota hereditaria, lo que conduce al mismo resultado. Los romanos dijeron: si uno de los coherederos es instituido por once onzas y otro por una, y a ambos se prelega un fundo, el instituido por once onzas recibe la duodena parte del fundo, y el instituido por una onza recibe, a su vez, once duodécimas partes de él (párrafo 12, fragmento, 34, título I, libro XXX Dig.).

Es decir, añadiremos por nuestra cuenta, que si el testador deja a un heredero (A) tres cuartas parte de su herencia y a otro (B) una cuarta parte y les impone un prelegado de 100.000 pesetas que absorbe toda la herencia, el resultado sería el siguiente:

El heredero A vería anularse la parte del legado (75.000 pesetas), que tendría que pagarse a sí mismo, y el heredero B recibiría esta cantidad por derecho de acrecer. Viceversa: el heredero de las tres cuartas partes adquiriría por derecho de acre-

cer las 25.000 pesetas, que su coheredero debería satisfacerse a sí mismo.

Thibaut, con referencia al recíproco derecho de acrecer entre coherederos prelegatarios, no vacila en decir que se trata de un principio extraño (*Wunderlicher Satz*); Schütze dice: «nosotros contemplamos la sutileza de la teoría romana del prelegado con un sentido demasiado lleno de maravilla para poderse decir admiración»; Dernburg declara que es un juego burlón, un razonamiento mecánico que da un resultado en pleno contraste con la voluntad de los testadores alemanes.

Otros critican la teoría romana, considerándola fuera de los principios romanos, o teniendo en cuenta solamente la voluntad del difunto; así el holandés Grönewegen hablaba contra la *juris romani scrupulosa subtilitas a mente testatoris et nostrorum morum simplicitate aliena*, insistiendo en que, por amor a las sutilezas, no se debe violar la voluntad de los difuntos. Tewes la califica de hipersutil y no natural (*eine hypersubtile, Unnatural*), es decir, un monstruo. Holzschuter dijo que esta artificiosa figura del perspicaz sentido romano aparece seguramente como una pura caricatura (*ein blosses Zerrbild*). Arndst manifiesta que la decantada elegancia de los jurisconsultos romanos no es digna de aplauso, y deplora que los *compiladores justinianeos* no cancelasen completamente las trazas todas de esta construcción jurídica. Clausen no se quedó corto tampoco en esta despiadada crítica, pues llama a la teoría romana del prelegado «dogma falso e irracional (*ein falsches, irrationales dogma*)», que los romanos mismos abandonaron casi siempre en el uso práctico»; y, en otra parte, dice que es una pura fantasía y estropeadura del espíritu (*ein blosses Hirngespinnst, eine Unbeholfenheit des Geistes*).

El insigne Kohler no enmudeció tampoco ni fué parco en sus críticas. La teoría romana, dice, es ilógica; ella es fruto de una infiltración del sentido jurídico oriental y de un exagerado escolasticismo. Las reglas del prelegado romano son caprichosas hasta la locura y constituyen un deshonor para el Derecho romano. Ellas impresionan como algunos cuentos de los escritores árabes y han resultado fallidas todas las tentativas para darlas un sentido más razonable. Gangi, en la recensión del *trabajo* de Scuto, no duda en afirmar que falló la tentativa de éste, como fallaron to-

das las intentadas para justificar la teoría romana, lo que convence de que la teoría no tuvo un sólido fundamento, y por ello son justificadas las acerbos críticas de que ha sido objeto.

Sin duda hay un fondo de verdad en la crítica que va dirigida contra la teoría romana del prelegado, con su invalidez parcial en cuanto a la parte que corresponde a la cuota hereditaria del prelegatario, con su derecho de acrecer entre los coherederos colegatarios y con tantos otros resultados y consecuencias que de la misma se derivan, según hemos visto y que suelen ser contrarios a la evidente voluntad de los testadores; pero dicho sea en honor de los jurisconsultos romanos, esa teoría no es fruto de mera sutileza ni responde a influencias orientales, ni la construcción es caprichosa, antes al contrario, encaja en los principios fundamentales de la sucesión romana; de ella lógicamente se deriva, y aunque la voluntad del testador quede desatendida, no es por otra cosa que por obedecer el imperio de aquellos principios, como tantas veces sucede, ya que la voluntad, alma de los actos jurídicos, también del testamento, sólo puede moverse y ser eficaz jurídicamente dentro de los límites trazados por el Derecho objetivo.

La voluntad del difunto se actuaba en la sucesión testada romana con la institución de heredero; los efectos patrimoniales eran inherentes al título, al *nomen heredis*, y era el Derecho el que los quería. En el Derecho moderno, por el contrario, dispone directamente del patrimonio y regula a su placer los efectos patrimoniales.

Es esta voluntad del difunto la que campea cuasi soberana sin estar tan encadenada al obstáculo del título de heredero que tanta fuerza tenía en Derecho romano con sus efectos predeterminados en la ley. Y en este punto, esa voluntad debe ser acatada y cumplida. Si un testador, teniendo cien por patrimonio, instituye un heredero por la mitad, dejándole además un legado de veinte, el único heredero nombrado tendrá cincuenta a título de herencia y veinte a título de legado; la otra mitad del caudal relicto, o sea cincuenta, pertenecerá a los herederos legítimos. Si el testador instituyó por herederos a Ticio y a Caio, por partes iguales, y además hizo un legado de veinte a favor de Ticio, uno y otro tendrían cuarenta a título de herencia, y además Ticio recibirá veinte más a título de legado. Esa es la voluntad del difunto, voluntad que era quebrantada en Derecho romano, según el cual, en el primer caso, Ticio, he-

heredero único, hubiera obtenido los cien a título hereditario, siendo completamente nulo el legado, y en el segundo, habría obtenido Ticio sesenta, cincuenta a título de herencia y diez del coheredero, a título de legado (1).

El heredero moderno es un adquirente universal, adquirente de la *universitas justinianeae* del patrimonio en un sentido nuevo, que a la adquisición de los derechos agrega la asunción de las deudas como elementos de *universitas*, y al propio tiempo es un ejecutor de la voluntad del difunto, y, por lo tanto, encargado del cumplimiento de los legados. Es la ley la que impone el respeto a la voluntad del difunto. Por lo tanto, en el prelegado es siempre excluida una verdadera obligación consigo mismo en el sentido de que el heredero asuma la posición del acreedor y deudor de la prestación. El derecho a la prestación deriva siempre del difunto y al heredero incumbe solamente la obligación cuando no haya incompatibilidad objetiva de ejecutar y cumplir la última voluntad si acepta la herencia, como es también obligado a llevarla a efecto cualquier ejecutor testamentario favorecido con un legado. El heredero sucesor ha cedido el puesto al heredero adquirente y ejecutor, y mientras el heredero sucesor, representando verdaderamente en la relación el lado activo y pasivo, encontrándose, en consecuencia, por razones subjetivas en una posición jurídicamente incompatible, el heredero adquirente y ejecutor del Derecho moderno es puesto por la ley en relación con la voluntad inmanente del difunto; de donde se deduce que si los dos títulos, herencia y legado, concurrentes en la misma persona, son objetivamente compatibles (como puede suceder y no sólo en el caso de coherencia) el sujeto de ambos está obligado y tiene interés eventualmente en distinguirlos.

Ya se comprende cómo el Derecho moderno, contra lo que el romano disponía, el prelegado es válido por entero y su título es distinto del de herencia, y en esta razón ya no tendrán lugar muchas de las consecuencias que en Derecho romano producía. Su cómputo *pro parte* en la ley Falcidia, pasó a la historia con ésta; su retención por entero en la restitución fideicomisaria, salvo voluntad en contrario del testador, es cosa evidente en el Derecho

(1) Ejemplo tomado de Bonfante.

moderno; excluido el derecho de acrecer a favor del colegatario extraño por aquella razón que le haría factible en el Derecho romano, ya que ahora el prelegatario no adquiere ninguna parte del prelegado *jure hereditario*, y por este concepto ya nada caduca ni queda vacante. El prelegado puede imputarse en pago de la legítima, al tenor de lo dispuesto en el artículo 815 de nuestro Código, ya que según él, el heredero forzoso a quien haya dejado el testador por cualquier título (también por legado) menos de su legítima, podrá pedir el complemento de la misma. Puede ser obligado a colacionar si así lo dispone el testador, y podrá ser reducido o anulado el legado en cuanto lesione la legítima de los otros herederos (artículos 1.037, 820... Código civil español).

Por la recensión,

J. G.

# Jurisprudencia administrativa del impuesto de Derechos reales

## LVII

- 1.º *La rectificación de una institución de heredero, llevada a cabo por los mismos herederos, mediante escritura pública en la que acomodan aquélla a los preceptos del Código civil, no supone transmisión de bienes entre ellos, y al liquidarla se ha de atender exclusivamente a las participaciones fijadas por los mismos;*
- 2.º *La reversión de bienes al ascendiente donante por premorir el descendiente donatario, constituye una transmisión en plena propiedad a favor de aquél, según el artículo 812 del Código civil;*
- 3.º *La herencia, por tanto, de un causante que en su testamento dispone únicamente: «a mi muerte, pasen los bienes a mi madre, y a su muerte, a mi hermana», rectificada por las mismas herederas mediante una escritura pública, ajustándola a la legítima de los ascendientes, ha de liquidarse en cuanto a la mitad en pleno dominio a la madre, y en cuanto a la otra mitad, el usufructo a la madre y la nuda propiedad a la hija, fijando la base de aquél y de ésta según la edad de la usufructuaria;*
- 4.º *Para que las liquidaciones sean definitivas, deben firmar la relación de bienes todos los interesados, y*
- 5.º *No es necesario prorratear una adjudicación para pago de una hipoteca cuando no hay verdadera adjudicación y todos los interesados están conformes.*

*Doctrina.—Cuestiones planteadas:* 1.ª Interpretación de la cláusula de institución de herederos; 2.ª Naturaleza de la reversión

de los bienes al ascendiente por premorirle el descendiente donatario; 3.<sup>a</sup> Si las liquidaciones son definitivas, y 4.<sup>a</sup> Adjudicación para pago de deudas.

1.<sup>o</sup> De los artículos 809 y 813 del Código civil y de la prohibición de imponer gravámenes sobre la legítima, se deduce que la madre tiene derecho a la mitad de la herencia sin condiciones, y sólo en cuanto a la otra mitad podía imponerlas el causante, cuyo testamento, rectamente interpretado, no parece suponer ni un usufructo vitalicio de la herencia ni una prohibición de enajenar toda ella, sino sólo de lo que él podía lícitamente disponer, y por lo tanto, al rectificar o aclarar tal institución, las herederas, únicamente vinieron a sustituir al Juez que hubiera declarado lo mismo si se hubiese entablado acción de suplemento de legítima, según los artículos 815 y 817 de dicho Código, dando la verdadera interpretación ajustada a la ley; no ha habido, pues, renuncia, ni cesión de derechos, ni tales conceptos se pueden, por tanto, liquidar, sino fijación de participaciones hereditarias ajustada al Código civil, lo cual no constituye transmisión de bienes.—2.<sup>o</sup> Esta cuestión se diversifica en dos: a) Si los bienes donados deben deducirse previamente del caudal relicto, ya que la reversión es independiente de la herencia del donatario; b) Naturaleza del título de readquisición de los bienes por el donante. Ambas provienen del artículo 812 del Código civil. a) Es tan absoluto éste, en cuanto a la exclusión de otras personas de la herencia de los bienes donados, que permite afirmar que el donante readquiere lo suyo con exclusión de las legítimas; pues si entre éstas se distribuyeran y hubiere que pagar al viudo, podrían sufrir una disminución los bienes revertibles, con infracción de dicho artículo; sin embargo, en el caso resuelto, fijadas las participaciones por los herederos en la escritura sin atender a los revertibles, hay que estar a dicha estipulación; b) El ascendiente sucede en las mismas cosas, si están en la herencia, o en otras equivalentes, no revertiendo los bienes si no existen, y por ello se ve que el donatario tiene el pleno dominio de aquéllos, y, si los enajena, no están sujetos a condición resolutoria; únicamente le está prohibido disponer mortis causa; tampoco son aplicables los preceptos referentes a las reservas (817 y 968 del Código), pues si bien el 812 se relaciona algo con ello, no participa de su naturaleza, según el 968; y por estas exclusio-

nes, y como consecuencia del precepto de que los ascendientes *suceden* a los descendientes en *las cosas donadas*, es forzoso concluir que la reversión implica una transmisión en pleno dominio.—3.º Para que las liquidaciones sean definitivas es indispensable que las relaciones de bienes estén firmadas por todos los herederos, según el artículo 38 del Real decreto de 21 de Septiembre de 1922. Si falta uno y no hay poder, no tiene aquél carácter.—4.º La finca gravada con hipoteca no ha sido objeto de adjudicación expresa y la participación no es por partes iguales; hallándose conformes los herederos, en vez de prorratar la hipoteca es más fácil que la dividan, en relación a la porción de cada una. (Acuerdo del Tribunal Central de 7 de Diciembre de 1926.) 171.

### LVIII

Resuelto por acuerdo del Tribunal Central de 24 de Noviembre de 1925 que procedía detraer de los bienes relictos por una causante el importe de un crédito que se le había adjudicado en usufructo, al fallecimiento de su esposo, y que se rectificasen las liquidaciones rebajando de la base liquidable el importe del crédito, se hizo así por la oficina liquidadora, pero sin devolver a los interesados los intereses de demora, cobrados al hacer la liquidación. Promovida nueva reclamación ante el Tribunal Central respecto de ese extremo, éste se declara incompetente porque la suma de los intereses no llega a 5.000 pesetas, según el artículo 42 del Reglamento de 29 de Julio de 1924, remitiendo el asunto al Provincial. (Acuerdo de 14 de Diciembre de 1926.) 173.

### LIX

*Comprobación de una compraventa.—1.º La comprobación de valores que no sea hecha por capitalización del liquido imponible, renta amillarada del Registro fiscal o Catastro o por la aceptación de precios del valor en venta que en ellos figure, constituye un acto administrativo que debe ser notificado a los interesados para que presten su conformidad o formulen reclamación económico-administrativa; y no realizada la notificación se priva al interesado de un recurso y debe serle admi-*

*tida la reclamación que al conocer la liquidación formula contra la comprobación.—2.º Pédida por el interesado la tasación pericial como medio de comprobación, debe accederse a ella, y es nula la efectuada mediante capitalización de la renta consignada en una declaración jurada presentada por el propietario a los efectos de la contribución territorial.*

1.º Del artículo 79 del Reglamento se deduce que sólo en los casos en que los datos proceden del Registro fiscal no se admite reclamación alguna contra la base, a menos de que haya presentado reclamación de agravios contra aquéllos antes de la presentación de los documentos a liquidar y se procederá a hacer la liquidación conforme a los mismos; en los demás casos es preciso notificar la comprobación a los interesados para que la recurran en el plazo de quince días o lo consientan, por constituir un acto administrativo; utilizado como comprobación la capitalización de la renta de una declaración jurada presentada en la Administración de Contribuciones, debió notificarse su aprobación a los interesados, y al no hacerlo así ha de admitirse la reclamación entablada cuando conocieron la liquidación. 2.º Conforme al artículo 84 del Reglamento, la tasación pericial se acordará por la Oficina liquidadora, como medio de comprobación cuando lo pidan los interesados, conforme al artículo 79, o sea procedente según el Reglamento; ejercitado, pues, aquel derecho por los compradores de una finca cuyo precio la Administración decidió comprobar, era inexcusable acceder a su petición, ordenando a la Oficina liquidadora la práctica de la tasación pericial propuesta, y, por lo tanto, es nula la comprobación practicada por otro medio y la subsiguiente liquidación que se giró. (Acuerdo del Tribunal Central de 22 de Marzo de 1927.) 175.

## LX

*Aunque por regla general en las adquisiciones realizadas mediante subasta pública notarial, judicial o administrativa la base liquidable es el precio de adjudicación, puede la Dirección de lo Contencioso acordar en casos justificados la comprobación por*

*... otros medios, para lo cual han de dirigirse a aquélla los liquidadores o los Tribunales Provinciales, o Central.*

Esta es la doctrina fijada por el Tribunal Central en vista de lo prevenido en el artículo 1.º del Real decreto de 6 de Septiembre de 1917, modificativo del 6.º del antiguo Reglamento, concordante con el párrafo segundo del artículo 61 del actual; y apareciendo un oficio de la Administración de Rentas públicas en que se consigna el líquido imponible cuya capitalización reglamentaria da un valor muy superior al precio de la subasta, está justificada la comprobación y, de consiguiente, el acuerdo recurrido, consistente en que por la Abogacía se solicite autorización de la Dirección para practicarla, no sólo mediante la capitalización del líquido imponible, sino por cualquier otro medio reglamentario. (Acuerdo del Tribunal Central, de 26 de Julio de 1927.) 71.

#### LXI

*Procedimiento. El plazo para apelar es el de quince días hábiles, a contar desde el siguiente a la notificación, según el artículo 62 del Reglamento de Procedimiento, de 29 Julio 1924; y no justificado que un día determinado sea inhábil por celebrarse en él fiesta cívica en la capital a donde correspondía el fallo de primera instancia, como alegaba el recurrente, debe desestimarse el recurso interpuesto a los dieciséis de notificado el acuerdo apelado, toda vez que las autoridades provinciales han informado que el supuesto día inhábil estuvieron abiertas las oficinas y se despachó al público. (Acuerdo del Tribunal Central, de 26 de Julio de 1927.) 82.*

#### LXII

*Herederos de confianza, según derecho catalán. El heredero de confianza solidario tiene personalidad para impugnar las liquidaciones giradas a nombre de una iglesia, a cuya construcción habían de dedicarse las cantidades que se obtuviesen con la venta de los bienes de la herencia, cuando no están aún realizados ni se ha hecho cargo de ellos la Iglesia.*

Instituídas herederas de confianza tres personas por un testador catalán, manifestaron que los bienes hereditarios habían de venderse y aplicarse su importe a la construcción de un templo, y sin que constase la venta de los bienes ni la entrega del capital, la Oficina liquidadora giró dos liquidaciones, una al 2 por 100 y otra, como herencia número 38-c al 20 por 100; uno de los herederos solidarios de confianza impugnó la liquidación pidiendo se aplicase el número 69 de la tarifa, por ser dinero para construcción de templos; el Tribunal Provincial negó personalidad al reclamante, porque girada la liquidación al templo y no a la herencia la representación de aquél y no la de ésta pudo entablar la reclamación. *El Central declara:* que no consta que los bienes hereditarios hayan sido realizados y entregados al templo ni aun que éste, mediante su legítima representación, haya aceptado la herencia; y siendo el heredero de confianza, según la legislación catalana, un mandatario encargado de transmitir los bienes a otra persona según las instrucciones del testador, conforme declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 Marzo 1896, ha de estimarse que los herederos solidarios de confianza nombrados por el testador continuaban ostentando la representación de la testamentaria a todos los efectos legales, al girarse las liquidaciones, y, por lo tanto, no apareciendo aún cumplida la voluntad del testador, los aludidos herederos siguen teniendo la administración de los bienes de la herencia y tienen personalidad para entablar la reclamación contra liquidaciones que de un modo directo afectan a bienes cuya defensa está encomendada a aquéllos. (Acuerdo del Tribunal Central de 21 de Junio de 1927.) 88.

### LXIII

*Ejecución de obra con suministro de materiales. La distribución del precio entre uno y otro concepto ha de constar en el cuerpo mismo del contrato, como estipulación fundamental de éste y no meramente en los antecedentes ni en certificación aparte, testimoniada en la escritura, a los efectos del impuesto; no constando en las estipulaciones, ha de aplicarse la presunción reglamentaria para fijar la base de tributación.*

*Doctrina.*—Según el número XV del artículo 2.º de la ley de 28 de Febrero de 1927, aplicable, según su primera disposición transitoria, por ser un contrato posterior a 1.º de Mayo de 1926, y conforme al párrafo cuarto del artículo 18 del Reglamento de 26 de Marzo de 1927, en los contratos de ejecución de obras, si el arrendador se obliga a poner los materiales, se ha de apreciar un contrato mixto de compraventa o suministro y ejecución de obras, fijándose el valor de aquélla, cuando no se especifique en el contrato en los 2/3 del precio, como transmisión de muebles, y el de éstas en el 1/3 restante; y para que tal especificación pueda prevalecer sobre la presunción legal respecto a la proporción aludida, es indispensable que conste *en el mismo contrato a todos los efectos*, y no exclusivamente a los del pago del impuesto, pues de otro modo quedaría al arbitrio de los interesados burlar la base tributaria, determinando la que ellos quisieran; así se previene, además, en el párrafo tercero del artículo 27 del Reglamento, que contiene igual presunción para los contratos de suministro en que figura arriendo de servicios, precepto de evidente analogía y que en el Reglamento de 1911 figuraba en un solo artículo, el 24, que el de obras, respondiendo la separación a cuestión de orden y no a la idea de establecer distinción en materia esencialmente análoga; fijado, pues, el precio en las estipulaciones, como total único, sin especificar en ellas el de los materiales ni el de la mano de obra o jornales, es inexcusable aplicar la presunción del Reglamento para fijar la base, aunque entre los antecedentes de la escritura y documentos testimoniados haya una certificación del Ingeniero del Estado encargado de la vigilancia de las obras en la que se expresa que, a los efectos del impuesto, deba distribuirse, para mano de obra, tal cantidad, pues ese documento no puede alterar lo estipulado ya que esa supuesta distribución se hizo después de otorgar la escritura y sólo a los efectos del impuesto; es decir, que no se extendió la certificación como resultado de una convención de los contratantes, sino para fijar la base del impuesto, lo cual es contrario a la letra y espíritu de la ley; tampoco puede servir otra escritura posterior, si en ella se patentiza que se pretende no una variación de las estipulaciones de la primitiva ni una modificación del contrato, sino que sólo se trata de arbitrar un medio para conseguir la devo-

lución de lo que se cree pagado de más, aparte de que la procedencia de la liquidación se ha de basar en el documento liquidado y no en otro posterior desconocido del liquidador; así se ha resuelto un caso análogo por acuerdo de 8 de Febrero de 1927; si bien la liquidación tiene carácter provisional, y está sujeta a rectificación anual y a una final definitiva, según el artículo 51 del Reglamento, tal rectificación sólo puede afectar a las cantidades globales satisfechas por el contrato, pero no a la distribución o proporción de obras y materiales que necesariamente ha de hacerse en el contrato mismo. (Acuerdo del Tribunal Central de 12 de Julio de 1927.) 91.

#### LXIV

*Impuesto global sobre el conjunto de bienes hereditarios o caudal relicto. Las cantidades que se han de deducir para fijar la base liquidable en el impuesto sobre el caudal relicto global son las que constituyan la base de las liquidaciones de los padres, descendientes, beneficencia o instrucción y templos; pero no cantidades iguales a ésta a favor de otras personas, sea el cónyuge u otros herederos, debiendo deducirse aquéllas del caudal relicto íntegro comprobado.*

En una herencia se fijaron, como base para el impuesto sobre el caudal relicto; 375.497,69 pesetas por la cuota viudal y legado al cónyuge viudo, deducidas ya las 2.000 pesetas, y sobre esa base se giró la liquidación correspondiente a nombre del viudo; éste y el único hijo heredero reclamaron, alegando que conforme al artículo 39, la ley de 28 de Febrero de 1927, debe deducirse, para la liquidación, una cantidad igual a la que corresponda a los hijos legítimos y que siendo la herencia del hijo aludido 566.246,78 pesetas, debe quedar exceptuada del impuesto la cuota del viudo por no exceder de esta última cifra, y que, en todo caso, el artículo 242 del Reglamento no puede prevalecer sobre el texto de la ley. *La reclamación es rechazada.* El artículo 38 de la ley fija las exenciones del impuesto sobre el caudal relicto, y el 39 de la misma, regula la forma de determinar *el caudal relicto liquidable*, estableciendo que se ha de obtener fijando el *valor comprobado* del caudal relicto íntegro sujeto al tributo conforme al artículo 36 (o sea el con-

*junto de bienes o derechos* situados en territorio nacional que deje al morir todo español o extranjero), y de ese *valor íntegro* es del que se han de deducir los *conceptos* que expresa el citado artículo 39, entre ellos, según el número tres de éste, *una cantidad igual* al que corresponda a los hijos, y, por lo tanto, resulta absolutamente claro que el artículo 39 no trata de establecer nuevas excepciones del impuesto, materia ya regulada en el 38 exclusivamente, sino de fijar las cantidades deducibles *del total caudal relicto*, como consecuencia necesaria de la excepción concedida a los adjudicatarios de las mismas; si la cantidad deducible del *caudal relicto íntegro* fuera una suma igual a la de los descendientes, ascendientes, beneficencia o instrucción o templos quedarían excluidas de la deducción estas mismas cantidades en contra del artículo 38, y esto llevaría consigo que en todas las sucesiones en que hubiera hijos o descendientes, como la legítima de éstos son los 2/3, conforme al artículo 808 del Código, superior al tercio restante, éste disfrutaría siempre de exención, de aplicar la doctrina de los recurrentes, lo cual es contrario al espíritu y letra de la ley; carece de razón jurídica la concesión de exenciones por cantidades iguales a las expresamente declaradas exentas por parentesco u otros conceptos, pues tales exenciones beneficiarían a personas en quienes no concurren las circunstancias requeridas para la exención; del mismo número tercero del artículo 39 se infiere que la cantidad declarada deducible es la misma de los padres, de los hijos, etc., y que la igualdad establecida en el precepto hace relación a las cantidades que habrían de servir de base a las liquidaciones a cargo de aquéllos, si estuvieran sujetas al impuesto (parece ser se refiere al global del caudal relicto, pues al general de Derechos reales lo están) y no en general a las declaradas por los interesados, o sea que ha de ser igual al valor comprobado por la Oficina liquidadora, que correspondería tomar como base de liquidación en cuanto a las personas que disfrutaran de exención, y conforme a esta interpretación, única racional, el artículo 242 del Reglamento del Impuesto se refiere ya concretamente, en su número tercero, al valor comprobado de los bienes y derechos en que sucedan los herederos que disfrutaran exención, según el citado artículo 38 de la ley. (Acuerdo del Tribunal Central de 19 de Julio de 1927.) 106.

## LXV

*La comprobación de valores de una compraventa de unas fincas no puede hacerse mediante la aplicación del precio en que se vendieron otras partes de las fincas de idéntico origen que las ahora enajenadas por no estar distribuido el precio en la venta actual ni en la fijada como precedente, y si hay sospecha de que las fincas valen más del precio en que se enajenaron, debe apelarse a la tasación pericial como medio extraordinario de comprobación. Si al vender una finca consta que de una hipoteca impuesta sobre ella y otras vendidas anteriormente se había hecho cargo, para cancelarla, el comprador de estas últimas, no procede aumentar la parte proporcional de dicha hipoteca al precio de la finca ahora vendida.*

El medio de comprobación empleado por la Oficina liquidadora, consistente en tomar como valor de las fincas vendidas ahora en conjunto el precio en que fué enajenada otra finca segregada del mismo cortijo de que algunas de las ahora transmitidas proceden, no es aplicable; porque no estando distribuido el precio en la venta actual entre las varias fincas, ni en la que se acepta como precedente, falta el término de comparación y el comparable; el hecho de que el transmitente en la venta actual haya aceptado tal medio de comprobación en otra transmisión (adjudicación en escritura particional) en que fué él el adquirente, no puede perjudicar al que lo es ahora, una vez reconocida su improcedencia; tampoco es posible agregar al precio estipulado el valor de las cargas de las fincas, puesto que no queda gravando sobre las vendidas ninguna carga de las que se haga responsable el comprador, excepto una porción que ya se computa en el precio y se deduce de lo entregado, y sólo las cargas que se hallan en tales condiciones son agregables, según el Real decreto de 6 de Septiembre de 1917 (en los antecedentes de la escritura se hacía constar que si bien sobre las fincas que se vendían y otras vendidas anteriormente gravaba una hipoteca, se había hecho cargo de ésta el comprador de la venta anterior, garantizando esa obli-

gación con nueva hipoteca y estando ya libres las ahora vendidas); y habiendo indicios de que el verdadero valor de las fincas es superior al precio satisfecho, debe promoverse expediente de comprobación mediante el medio extraordinario prevenido en el artículo 75 del antiguo Reglamento por no ser aplicables los ordinarios. (Acuerdo del Tribunal Central de 5 de Julio de 1927.) 116.

## LXVI

*Deudas deducibles. No lo son del caudal hereditario las consignadas en el testamento del causante, no justificadas con documentos que tengan fuerza ejecutiva; no procede deducir los gastos de entierro y funeral si no se pide al solicitarse la liquidación, acompañando entonces los respectivos justificantes, siendo extemporánea la petición formulada después de girada la liquidación.*

Conforme al artículo 95 del antiguo Reglamento, en las transmisiones *mortis causa* son deducibles las deudas de cualquier clase que resulten contra el causante si se justifica su existencia con documento público o privado legítimo y bastante a hacer fe en juicio, según el artículo 1.429 de la ley de Enjuiciamiento civil, pero no lo serán las reconocidas por el causante en su testamento o por los interesados en la escritura particional, si no se comprueban, mediante documento que reúna los requisitos indicados, la fecha anterior a la apertura de la sucesión, y no habiéndose presentado documento de esta clase, no son deducibles las deudas; en cuanto a los gastos de entierro, última enfermedad y funeral, si bien son deducibles en cuanto se hallen en proporción con el caudal, usos y costumbres, es indispensable que los interesados manifiesten, en el documento liquidable, a cuanto ascienden, y presenten con aquél los justificantes; y no habiéndolo hecho así, y no habiendo presentado entonces justificación de tales gastos para que los tuviera en cuenta el liquidador al liquidar, deduciéndolos, no es posible admitir la reclamación posterior que aquellos han formulado, por extemporánea, porque tal petición y su prueba debió hacerse ante la Oficina liquidadora al presentar

los documentos; para que surtieran efecto en la liquidación; así se resolvió. además, por el Tribunal Central en expediente 149, de 1925-1926. (Acuerdo del Tribunal Central de 5 de Julio de 1927.) 119.

#### LXVII

*Compraventa comprobación. Cuando el vendedor se hace cargo de la cancelación de una hipoteca; no debe aumentarse el importe de ésta al precio de la compraventa para fijar la base liquidable; sino que ésta ha de ser el valor que resulte mayor entre el comprobado, sin deducir las hipotecas y el precio de la enajenación, sin adicionar el importe de las mismas.*

En una escritura de compraventa aparecía que fijado el precio, que se entrega a plazos al vendedor, éste se hacía cargo de la cancelación de unas hipotecas que gravaban las fincas vendidas, comprometiéndose a cancelar aquéllas en un plazo determinado; el liquidador, para fijar la base de liquidación, sumó al precio de la compraventa el importe de las hipotecas; los interesados reclamaron pidiendo no se adicionase al precio el importe de las cargas, por haberse transmitido los inmuebles libres de las mismas. El Tribunal Central admite esta tesis, declarando: Que si bien las hipotecas no tienen la condición de cargas deducibles, según lo dispuesto en el artículo 94 del Reglamento de 20 de Abril de 1911, según el cual, en las transmisiones a título oneroso, para determinar la base liquidable, ha de adicionarse el importe de las cargas no deducibles al precio, es lo cierto que tal disposición sólo puede tener aplicación en el supuesto normal para que fué dictada, en que sea de cuenta del adquirente el satisfacer al acreedor hipotecario el importe de su crédito, puesto que en ese caso el valor de las fincas transmitidas está integrado por el precio que el comprador ha de pagar al vendedor más la cantidad que aquél ha de abonar al acreedor, al mismo tiempo o en su día, al vencer el crédito; pero cuando el vendedor queda obligado a cancelar las hipotecas, pagando él al acreedor hipotecario, no puede estimarse que el importe de éstas formen parte del precio, por no constituir una prestación de cosa por parte del adquirente que represente

equivalencia de valor en la finca que se transmite, existiendo una deducción expresa de cargas que no han de quedar subsistentes, sino que se cancelarán sin desembolso por el adquirente de la finca gravada; este mismo requisito de que las hipotecas hayan de quedar subsistentes para que su importe se adicione al precio convenido o al de adjudicación al adquirente en subasta pública, notarial, judicial o administrativa, para hallar la base liquidable, es el exigido en el Reglamento vigente de 27 de Marzo de 1927, artículos 100 y 61, párrafos cuarto y tercero; sin perjuicio de esta doctrina, deben tenerse en cuenta los preceptos generales referentes a la base liquidable (artículos 59 y 60 del Reglamento de 1911, y 60 y 61 del vigente), según los que el impuesto recae sobre el verdadero valor de los bienes el día de la transmisión con deducción de las cargas o gravámenes que disminuyan realmente su estimación, sirviendo de base en las transmisiones, por regla general, el valor oficial que resulte de la comprobación administrativa, si fuera mayor que el declarado por los interesados, y, por lo tanto, la base que ha de servir para liquidar la compraventa, en casos como el actual, es el valor mayor que resulte entre el comprado de las fincas vendidas, sin deducir las hipotecas, y el precio de la enajenación, sin adicionar el importe de aquéllas. (Acuerdo del Tribunal Central de 26 de Julio de 1927.) 131.

GABRIEL MAÑUECO.

Abogado del Estado.

# Jurisprudencia de la Dirección de los Registros y del Notariado

COMPRAVENTA. LA FACULTAD DISPOSITIVA CONCEDIDA EN TESTAMENTO OTORGADO EN ARAGÓN POR UN CÓNYUGE AL SUPÉRSTITE, DEBE SER INTERVENIDA POR LOS PARIENTES A QUE SE REFIERE EL FUERO ÚNICO «DE LIBERACIONIBUS». NECESIDAD DE CONSIGNAR EN EL DOCUMENTO LOS PARTICULARES DEL CASO.

*Resolución de 19 de Julio de 1927. (Gaceta de 23 de Septiembre de 1927.)*

Falleció D. Delfín Villellas Santaliestra, bajo testamento otorgado en 10 de Mayo de 1924, ante el Notario de Graus, D. José Loscertales Durat, en el que, entre otras disposiciones, nombra a su esposa, tutora de los hijos menores, la concede el usufructo vitalicio sobre todos los bienes del testador, facultándola para que pueda por sí sola vender dichos bienes para pago de deudas y atenciones de la familia, quedando la justificación de la necesidad al dictado de la conciencia de su citada cónyuge, doña Manuela Gudel Loscertales.

Esta, por escritura de 7 de Diciembre de 1925, ante el Notario de Monzón, D. Vicente Jaén Gallego, vendió a D. Manuel Turmo Gudel una casa en Barbastro, y presentada la correspondiente escritura en el Registro de la Propiedad, por el Registrador se puso la siguiente nota: «No admitida la inscripción del precedente documento, por observarse los siguientes defectos: primero, que habiendo sido adquirida la finca vendida a título oneroso por don Delfín Villellas Santaliestra en estado de casado, a cuyo nombre

continúa inscrita, sin expresarse el de su esposa, tiene tal adquisición carácter de ganancial, y ha de preceder la liquidación de la sociedad conyugal y la consiguiente adjudicación e inscripción de la finca a favor de quien corresponda ; segundo, que aun supuesto que tal liquidación hubiera tenido lugar y la casa vendida, como se dice en este documento, hubiera correspondido en su totalidad a doña Manuela Gudel (quien sólo solicitó por otro documento la inscripción de la mitad indivisa), como heredera usufructuaria de su esposo D. Delfín Villellas, con la facultad de enajenación y gravamen que se indica en esta escritura, tal facultad concedida por éste en su testamento, se estima nula por perjudicar y ser contraria a los derechos legitimarios de sus hijos, toda vez que al tiempo del fallecimiento del testador, la legítima de los hijos en Aragón, estaba constituida por todos los bienes de la herencia, por cuya razón el infrascripto denegó la inscripción de dicha facultad, solicitada en otro documento por doña Manuela Gudel, y tercero, que aunque se concediera validez y eficacia a la supradicha facultad de enajenación, como ésta la limita el testador a los casos en que se vea precisada su viuda a ello para pagar deudas del causante y de la sociedad conyugal, y satisfacer necesidades de la casa y familia, no se alega ni se expresa en esta escritura, que la venta otorgada lo sea para llenar algunos de estos fines, no pudiendo, por tal omisión, precisarse si la vendedora obra dentro de los términos en que está autorizada o si se ha excedido de ellos. Pareciendo insubsanable el segundo de los expresados defectos, no sería procedente la anotación preventiva, aunque se solicitare».

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador, en el recurso interpuesto por el Notario y la Dirección general, en apelación, confirmó el auto, sin perjuicio de que la escritura en cuestión pueda ser ratificada por los parientes consuetudinariamente llamados a tal efecto, en virtud de la siguiente interesante doctrina :

En virtud de haberse conformado el Notario recurrente con el primer número de la calificación recurrida, y por no haber interpuesto apelación el Registrador, tan sólo deben ser examinados en este recurso los otros dos defectos, relativos a la validez de la disposición testamentaria de D. Delfín Villellas, y a la necesidad de expresar la causa de la enajenación que se pretende inscribir.

Para resolver el primer extremo discutido, o sea la validez de la clausula en cuya virtud el D. Delfín Villellas otorga a su esposa amplias facultades de disposición sobre los bienes relictos, es preciso tener en cuenta, no sólo el espíritu del famoso apotegma *stándum est chartæ*, sino la especial constitución de la familia altoaragonesa, las costumbres de la región y el criterio de libertad civil que informa su desenvolvimiento jurídico.

Con el objeto de conservar la unidad de la familia, facilitar el gobierno del patrimonio después de la muerte de uno de los cónyuges y evitar costosas intervenciones judiciales, se ha desarrollado en las regiones pirenaicas la costumbre de conceder, tanto en las capitulaciones matrimoniales como en testamento, al viudo o viuda la facultad de usufructuar los bienes habidos y por haber, tutelar los hijos comunes y disponer como señores mayores con arreglo a la llamada costumbre de *Búlgaro* o en términos todavía más amplios.

Estas extraordinarias facultades se hallan templadas por la existencia del Consejo doméstico, que el Congreso de jurisconsultos aragoneses, reunidos en Zaragoza el año 1880, propuso como modelo del Consejo de familia, por la tradicional intervención de los dos parientes a que se refiere el fuero único «De liberationibus», por el nombramiento de ejecutores testamentarios y por las declaraciones de los parientes consanguíneos del cónyuge premuerto o de ambas líneas.

A los fines de liquidar y proteger los intereses de los hijos de familia en los extraordinarios casos en que sus padres puedan desconocerlos o abandonarlos, conviene conservar la indicada intervención de los parientes, y así viene a confirmarlo un jurisconsulto tan entusiasta de la libertad civil y tan conocedor del derecho consuetudinario del Alto Aragón, como D. Joaquín Costa, que, con referencia a la facultad de vender, concedida por el heredero a su consorte, las menos veces en escritura nupcial, y las más en testamento, reconoce que la concesión ofrece peligros y que la jurisprudencia la ha desautorizado.

En cuanto al segundo defecto, una vez exigida la intervención de los parientes, llamados por la costumbre local a completar las facultades dispositivas del cónyuge superviviente, ellos son los que han de apreciar las circunstancias del caso o la necesidad de la ena-

jenación, y de todo ha de consignarse expresión suficiente en el documento público que se otorgue.

ANOTACIÓN DE EMBARGO DEL DERECHO A RETRAER. TRANSCURRIDO EL PLAZO FIJADO SIN EJERCITAR EL RETRACTO, SE PRESUME LA CONSOLIDACIÓN DEL DOMINIO. NO HALLÁNDOSE EXTENDIDA LA NOTA DE CONSOLIDACIÓN, PUEDE EL VENDEDOR FORMULAR CONTRA TAL ACTO OPOSICIÓN JUDICIAL, DIRIGIDA CONTRA EL COMPRADOR ; PERO NO UN TERCERO CONTRA SÓLO EL VENDEDOR.

*Resolución de 23 de Julio de 1927. (Gaceta de 29 de Septiembre de 1927.)*

En el Registro de la propiedad de Lugo, se presentó mandamiento de embargo del derecho que D. José Pita López se reservó de retraer varias fincas al venderlas a D. José Páramo, solicitándose la anotación preventiva como consecuencia de autos ejecutivos seguidos contra dicho vendedor por D. Antonio Arias Mosquera, y por el Registrador de la propiedad, en 7 de Diciembre del año anterior, se puso nota, reproducida en 15 de Marzo último, que dice así: «denegada la anotación preventiva del embargo del derecho de retraer las fincas a que se refiere dicho mandamiento, porque habiéndolas vendido el ejecutado y otro en 40.000 pesetas, con pacto de retro por tres años, a contar de la fecha de la escritura, que es de 7 de Diciembre de 1922, quedando en poder de los vendedores en arrendamiento por cierta merced, con otros datos propios de esta clase de contratos, como el que si dejase transcurrir un año sin pagar los intereses, que son por cuatrimestres, se entenderá extinguido el referido pacto de retro y las fincas definitivamente vendidas al comprador, cláusulas que se expresan en la inscripción, que es de 28 de Marzo de 1923, y como envuelven una condición resolutoria, puesto que al margen de la misma no consta nota alguna de prórroga del derecho a retraer y de ella se desprende la extinción de ese derecho, a pesar de no constar la nota para la consumación definitiva de la venta ; siendo esta falta insubsanable, no procede tampoco operación alguna.

El Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador, y

la Dirección general, vistos los artículos 1.506, 1.507, 1.509 y 1.518 del Código civil, el 16 de la ley Hipotecaria, el 154 de su Reglamento, las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de Febrero de 1908 y 28 de Junio de 1922 y las Resoluciones de 18 de Mayo y 18 de Junio de 1898, 10 de Abril de 1900 y 5 de Noviembre de 1919, confirma la nota del Registrador, con revocación del auto apelado, por las siguientes consideraciones.

En la venta realizada con pacto de retro, el vendedor conserva el derecho de recuperar la cosa vendida durante el plazo fijado, y una vez transcurrido éste sin haberse cumplido las obligaciones fijadas en el artículo 1.518 del Código civil, el comprador adquiere irrevocablemente el dominio de la finca vendida y puede solicitar la extensión de la nota que previene el artículo 16 de la ley Hipotecaria en la forma establecida por el artículo 154 de su Reglamento.

Desde que transcurre el plazo convenido para la retroventa hasta que se presenta en el Registro la escritura pública o la sentencia que acredite el ejercicio del retracto, en el supuesto de haberse llevado a cabo, o hasta que se extienda la nota declarativa de que no ha tenido lugar y se ha consolidado el derecho del comprador, existe un período de ocho días, en el que el derecho de retraer no puede ser cancelado sin el consentimiento de su titular, y otro período indefinido que comienza tras los citados ocho días, durante el cual el interesado en la consolidación del dominio puede reclamar, si no consta la resolución, rescisión o modificación del contrato de venta, que se haga constar la adquisición definitiva e irrevocable del inmueble o derecho.

Mientras el comprador no solicite la extensión de la indicada nota, puede el vendedor o sus causahabientes formular judicialmente su oposición y obtener un mandamiento de embargo que obre como una prohibición de disponer, o mejor dicho, provoque la anotación preventiva correspondiente; pero esta oposición y este mandamiento han de formalizarse en el procedimiento dirigido contra el mismo comprador, que es el autorizado para hacer efectivo el derecho de consolidar su adquisición, según el citado artículo 154 del Reglamento hipotecario, y no a sus espaldas, en los autos seguidos contra el antiguo vendedor, cuya autorización para cancelar no es necesaria una vez transcurridos los ocho días aludidos:

No es cierto, según afirma el auto recurrido, que por no haberse

extendido la nota de la consumación de la venta, deba entenderse subsistente en el Registro la inscripción del derecho de retraer, sino que, al contrario, por haberse extinguido el plazo fijado, sin que se ejercitase el retracto por tratarse de una circunstancia negativa que el comprador no puede demostrar y por haber transcurrido con exceso los ocho días, que el Reglamento concede al primitivo vendedor para presentar los documentos que le interesen, ha de presumirse la consolidación del dominio.

La acción para pedir la nulidad de la nota de consumación de la venta, o para obligar al comprador a devolver la finca comprada, una vez extinguido el plazo, dentro del cual ha de realizarse la retroventa, sin haberla formalizado, afecta directamente al mismo titular inscrito y que el embargo del derecho de retraer, oportunamente practicado, no sería un obstáculo para que el comprador obtuviese la extensión de la nota ni iría dirigido contra él, sino contra el vendedor, razón por la cual debe exigirse que aquél también sea el demandado o el ejecutado, si se quiere impedir la consolidación hipotecaria de su derecho.

De una parte, el plazo fijado para retraer en el caso discutido, ha terminado el 7 de Diciembre de 1925, sin que conste en el Registro su prórroga o la rescisión o la modificación de la venta inscrita, y por otra, el juicio ejecutivo en que se ha dictado el mandamiento, ha sido incoado por D. Antonio Arias, contra D. José Pita López, vendedor, y doña Concepción Pita, pero no contra D. José Páramo, comprador y único autorizado para pedir la nota de consolidación, cualesquiera que sean las cantidades que, por razón de pagos a cuenta, deba satisfacer este último o los compromisos de otro orden que haya adquirido con el vendedor.

#### REGISTRO MERCANTIL. IMPUGNACIÓN DE HONORARIOS.

*Resolución de 5 de Agosto de 1927. (Gaceta de 6 de Octubre de 1927.)*

En el recurso interpuesto por la entidad mercantil «Petróleos Porto-Pi, S. A.» impugnando los honorarios devengados por el Registrador mercantil de Barcelona, la Dirección general, con vista

de la Real orden de 29 de Julio último, declara que los honorarios devengados por la inscripción llevada a efecto en dicho Registro, de la escritura de modificación de los Estatutos de la mencionada Sociedad, no pueden exceder de 250 pesetas.

CANCELACIÓN DE SUBHIPOTECA. PARA DECLARAR EXTINGUIDA UNA OBLIGACIÓN POR CONFUSIÓN DE DERECHOS, NECESITAN REUNIRSE EN UNA MISMA PERSONA LOS CONCEPTOS DE ACREEDOR Y DEUDOR. LA CANCELACIÓN DE UN CRÉDITO HIPOTECARIO EXIGE EL CONSENTIMIENTO DE LA PERSONA A CUYO FAVOR ESTÉ INSCRITO O PROVIDENCIA JUDICIAL.

*Resolución de 14 de Septiembre de 1927. (Gaceta de 13 de Octubre de 1927.)*

En el recurso interpuesto por D. Raimundo Iglesias Nodal, en representación de doña Dolores Escoda, contra nota del Registrador de la propiedad de Balaguer, negándose a cancelar una subhipoteca, que ya fué objeto, por lo que hacía referencia a la personalidad del recurrente, de la Resolución de 22 de Enero último, inserta en el número 28 de esta Revista, correspondiente al mes de Marzo último, donde constan los antecedentes y calificación de dicho funcionario, el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador, «acordando, en su lugar, la inscripción de la cancelación de la subhipoteca solicitada por el recurrente, sin perjuicio de la suspensión de la misma, si aquel funcionario estimase la existencia de algún defecto formal de naturaleza subsanable, que impida su inscripción hasta que sea subsanado», y la Dirección general, vistos los artículos 1.192 del Código civil, 82, 83 y 107, en su regla octava, de la ley Hipotecaria y Resolución de 19 de Junio de 1888, acordó, con revocación del auto apelado, confirmar la nota del Registrador, fundamentándolo en la forma que sigue:

... Por haber interpuesto el Registrador solamente, y no el interesado, la apelación del auto presidencial, ha de reputarse este firme en lo relativo a los defectos subsanables de falta de ratificación y no expresión de la medida de los inmuebles en el sistema métrico.

Entre la subhipoteca, derecho real en cuya virtud se sujeta un crédito hipotecario al cumplimiento de una obligación, y la cesión

del mismo derecho, hay unas diferencias casi tan esenciales como las existentes entre la transferencia de la propiedad de una finca y el gravamen hipotecario que sobre la misma puede constituirse, de suerte que, si bien por vía ejecutiva el acreedor subhipotecario puede llegar a obtener la adjudicación del crédito hipotecario, mientras esto no suceda es incorrecto hablar de subrogación, y para el Registro han de estimarse distintos los dos créditos, respectivamente asegurados por la hipoteca y la subhipoteca, cualquiera que sea su enlace.

Para declarar extinguida una obligación por confusión de derechos, exige el artículo 1.192 del Código civil que se reúnan en una misma persona los conceptos de acreedor y deudor, supuesto que no se da en el caso discutido, porque no se trata de una sola obligación, sino de dos independientes: la asumida por doña Dolores Vives Ballcels, respecto de doña María Curiá, y la contraída por esta última a favor de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Lérida; y aun en la hipótesis que la citada Caja de Ahorros, se hubiera subrogado en la deuda real y personal de doña Dolores Vives y pudiera discutirse la procedencia de la *compensación*, existirían dos créditos y dos deudas entre las mismas personas, no una sola persona que fuera acreedora y deudora en la única relación obligatoria existente.

La cancelación del crédito hipotecario inscrito a favor de doña María Curiá, no puede practicarse sin que conste el consentimiento de la misma o providencia judicial, con arreglo al artículo 82 de la ley, toda vez que dicha señora conserva las facultades dispositivas del derecho de hipoteca, sin ninguna limitación jurídica por los gravámenes posteriores, como el dueño de una finca hipotecada puede siempre enajenarla sin consentimiento de los acreedores y sin perjuicio del derecho de éstos.

La cancelación total o parcial de la hipoteca constituida a favor de doña María Curiá, llevaría consigo inmediatamente la pérdida o disminución de la garantía correspondiente a los acreedores subhipotecarios, resultado diametralmente opuesto al que se solicita.

RECURSO GUBERNATIVO. IMPROCEDENCIA DEL MISMO CONTRA NOTA  
CANCELATORIA.

*Resolución de 17 de Septiembre de 1927. (Gaceta de 14 de Octubre  
de 1927.)*

El alcalde de Malagón (Ciudad Real), D. Leopoldo Yanguas, interpuso recurso gubernativo contra nota del Registrador de la propiedad de Ciudad Real, en la que cancelaba las cargas a favor de los vecinos de Malagón y del Sr. Duque de Medinaceli, que aparecían mencionadas en una inscripción como procedentes de la extinguida Contaduría de Hipotecas.

El Presidente de la Audiencia lo declaró improcedente, y la Dirección general, vistos los artículos 19 y 66 de la ley Hipotecaria y 51, 120 y 122 de su Reglamento, confirma el auto apelado, considerando que los asientos del Registro de la propiedad están bajo la salvaguardia de los Tribunales, conforme a los explícitos términos del artículo 51 del Reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria, y no pueden ser rectificadas, fuera de los casos previstos en el título VII del mismo Cuerpo legal, mas que por una sentencia obtenida en el procedimiento adecuado.

Este recurso gubernativo no ha sido incoado para impugnar ninguna calificación denegatoria o suspensiva del Registrador, puesta sobre un título inscribible, sino contra cierta nota de cancelación, ya extendida en los Libros del Registro, y en su virtud, al mismo tiempo que va dirigido a dejar sin efecto una declaración indestructible por la vía gubernativa, carece de los requisitos indispensables, según el artículo 66 de la ley y el 120 de su Reglamento, para que sean tramitados esta clase de expedientes, en cuanto no se apoya en un instrumento público, documento inscribible a petición formalizada previamente por los interesados.

COMPRAVENTA DE FINCAS CUYO PRECIO LO CONSTITUYE EL PAGO DE UNA PENSIÓN VITALICIA. SON DEFECTOS QUE IMPIDEN LA INSCRIPCIÓN NO EXPRESAR CON CLARIDAD QUE LA PENSIÓN NO SE ASEGURABA CON CARGA REAL Y NO DISTRIBUIR EL PRECIO APLAZADO.

*Resolución de 19 de Septiembre de 1927. (Gaceta de 20 de Octubre de 1927.)*

En el Registro de la propiedad de Bilbao, se presentó escritura otorgada ante el Notario de la misma Villa, D. Francisco Santiago Marín, el 26 de Septiembre de 1926, por la que D. Juan Covillar y Allende, vendió a D. Pedro Covillar y Ellacuriaga, la participación que le correspondía en dos casas que se describen, siendo el precio o causa del contrato una pensión vitalicia que tendrá el concepto jurídico de pensión alimenticia en favor de D. Juan Covillar, de 894,45 pesetas mensuales.

Suspendió el Registrador la inscripción «por observarse el defecto de que la pensión vitalicia no reúne los requisitos que para el precio de la compraventa exige el Código Civil, e impide, por tanto, que merezca la denominación y se rija por las reglas de este contrato, en el que se constituye como prestación recíproca de una transmisión de bienes, lo cual reviste los caracteres del aleatorio de renta vitalicia, cuyo importe no se distribuye entre los bienes transmitidos, aparte de que por razón del título de su constitución no puede tener el concepto jurídico de pensión alimenticia, que en aquel se pretende atribuirle, y siendo el defecto subsanable, se ha tomado anotación preventiva a instancia verbal del presentante en esta fecha...»

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador, y la Dirección general, vistos los artículos 151, 1.124, 1.445, 1.446, 1.802 y 1.805 del Código civil, los 3.º, 11 y 119 de la ley Hipotecaria y el 189 de su Reglamento; la Sentencia del Supremo de 14 de Noviembre de 1908 y las Resoluciones de 3 de Febrero de 1894 y 19 de Noviembre de 1895, confirma el auto apelado y declara que la escritura en cuestión, no se halla extendida con arreglo a las prescripciones y formalidades legales, por los siguientes fundamentos:

Para perfeccionar e inscribir en el Registro de la propiedad la

transferencia de una finca o derecho por acto intervivos, se necesitan tres requisitos fundamentales: primero, la formal declaración hecha por el titular inscripto de que se transmite su derecho a otra persona capacitada para recibirlo; segundo, la aceptación del adquirente; tercero, una causa jurídica de la transferencia, que corrientemente cristaliza en un contrato.

Respecto de los dos primeros requisitos, en la escritura objeto de este recurso, aparece de un modo indubitable, que D. Juan Govillar, ha querido ceder a D. Pedro Govillar la participación que le correspondía en los inmuebles sitos en la calle de la Autonomía y plaza Elíptica, de Bilbao, sin que conste la existencia de ninguna incapacidad para transferir o recibir por la que en virtud del principio romano «nada es tan conforme a la equidad natural, como que sea valedera la voluntad del propietario que quiere transferir a otro una cosa suya», de conformidad con el tradicional precepto de Alcalá, que da fuerza de ley a los pactos manifestados en cualquier forma y por haberse cumplido la exigencia del artículo 3.º de la ley Hipotecaria, ha de concederse plena eficacia al referido instrumento público que en estos casos no contiene defectos.

Por lo que toca a la causa jurídica de la transferencia, tanto el Notario autorizante como el Registrador que ha calificado, parten de la existencia de un contrato con virtualidad necesaria para justificar la transmisión de la propiedad de una a otra persona; pero mientras el primero sostiene que las obligaciones engendradas, son las típicas del contrato de compraventa, afirma el segundo, que se trata de la constitución de una renta vitalicia; y como las repercusiones de naturaleza real, únicas que interesan desde el punto de vista hipotecario, pueden ser diferentes, según el tipo que se adopte, es necesario, vistas las cláusulas del convenio, determinar su trascendencia.

La capital diferencia entre ambos funcionarios sobre la trascendencia del contrato, que el Presidente de la Audiencia ha resuelto contra el Notario recurrente, puede plantearse del siguiente modo: si estamos en presencia de un contrato de compraventa, la renta vitalicia tiene funciones de precio y la transmisión de la cosa se hace libre de cargas; si, por el contrario, se trata de constituir una renta vitalicia, la entrega de inmuebles se realiza con la carga de la pensión.

Esta diferencia, cuya repercusión hipotecaria es ante todo la necesidad de distribuir la responsabilidad por razón de la pensión entre las fincas, pierde todo su valor en el caso presente, si se tiene en cuenta: primero, que los contratos regulados en el Código civil, son como moldes tradicionales que pueden ser retocados por las partes interesadas cuando no se ajustan a sus intenciones; segundo, que las obligaciones características de tipos contractuales distintos pueden ser mezcladas o confundidas en una figura mixta, sobre todo, en los casos limítrofes; tercero, que según se hace constar en la escritura calificada, D. Juan y D. Pedro Govillar habían convenido la *cesión* o venta de las participaciones; cuarto, que la pensión vitalicia es el *precio* del contrato, y por voluntad de aquéllos se coloca o subroga en el puesto jurídico de tal prestación; quinto, que aun admitiendo que la renta vitalicia constituida sin pacto especial, sujeta las fincas a un gravamen de naturaleza real, esta particularidad puede ser alterada por los contratantes que deseen transmitir libremente el capital en bienes muebles o inmuebles, y, en fin, que el empleo de la palabra *venta* para designar una enajenación a título oneroso, fija un jalón hermenéutico de gran importancia para decidir las relaciones entre los interesados.

No obstante las observaciones anteriores, la circunstancia de no haber expresado con claridad los contratantes que la pensión no se aseguraba con carga real, unida a la necesidad de distribuir el precio cuando se enajenah varias fincas por precio aplazado, llevan a la solución defendida por el Registrador, e impiden declarar que el documento se halle bien extendido, en un expediente como el actual, donde no han sido oídos los interesados.

Respecto del carácter de pensión alimenticia atribuido a la renta, el problema planteado por el Registrador, aunque de gran importancia, no ha sido recogido por el auto del Presidente, y como aquél funcionario no ha interpuesto apelación sobre tal extremo, ha de estimarse caducado el correspondiente defecto.

AGRUPACIÓN DE FINCAS. ES POSIBLE VERIFICAR LA INSCRIPCIÓN DE AGRUPACIÓN Y OBRA NUEVA DE DOS FINCAS INSCRITAS EN FAVOR DE UNA PERSONA JURÍDICA DESIGNADA CON DOS NOMBRES, JUSTIFICANDO QUE SON EN REALIDAD UNA SOLA

*Resolución de 28 de Septiembre de 1927. (Gaceta de 28 de Octubre de 1927.)*

Ante el Notario de Getafe, D. Santiago Méndez Plaza, se otorgó escritura de agrupación de fincas y obra nueva, la que presentada en el Registro de la propiedad del partido, fué objeto por el Registrador, de la siguiente nota: «Denegada la inscripción del documento que precede, porque una de las fincas, cuya agrupación se pretende, está inscrita a favor del «Instituto Religioso Cisterciense», sin que se justifique que este Instituto y el «Monasterio Cisterciense del Val de San José», a cuyo nombre aparece inscrita la otra finca objeto de la agrupación, constituyen una misma persona jurídica.»

En el recurso interpuesto por el Notario, el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador, y la Dirección general, vistas las Resoluciones de 16 de Marzo y 14 de Noviembre de 1892, 18 de Julio de 1893 y 11 de Diciembre de 1926, confirma el auto apelado, con las siguientes consideraciones:

En este recurso se discute la posibilidad de agrupar en el Registro de la propiedad, varias fincas que se hallan respectivamente inscritas a favor del «Instituto religioso Cisterciense» y del «Monasterio Cisterciense del Val de San José».

Este problema ha de resolverse demostrando que las dos personas jurídicas, así designadas, son en realidad una sola, o mejor, que existe una persona jurídica que ha hecho uso en dos escrituras de compra de las dos denominaciones, sin ánimo de separar los inmuebles como pertenecientes a patrimonios distintos.

El hecho de referirse ambos documentos públicos a una Comunidad Religiosa Cisterciense, que se dice ser única en Getafe, la particularidad de haber comprado las respectivas fincas el Sr. Solá, como Superior de la Comunidad, con idéntica autorización, las declaraciones hechas por los comparecientes en la escritura de aclara-

ción de 21 de Febrero de 1927, así como por el Reverendo Padre Fray Isidro Sánchez Velasco, en la escritura objeto de este recurso, y el empleo de un mismo sello en la documentación emanada de la expresada Comunidad, desvanecen cuantas dudas pudieran suscitarse por el uso de una denominación general: «Instituto Religioso Cisterciense», y otra más concreta: «Monasterio Cisterciense del Val de San José».

Con el objeto de patentizar la situación civil y verdadera denominación de la referida Comunidad, este Centro solicitó de la Dirección General de Seguridad una certificación, de la cual aparece que en el Registro de Asociaciones, que obra en la Jefatura Superior de Policía de la provincia de Madrid, aparece inscrita la denominada «Monasterio Cisterciense del Val de San José».

COMPRAVENTA. ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE VENTA CON PACTO DE RETRO, EN LA QUE SE ESTABLECE, QUE UNA VEZ PUESTA EN EL REGISTRO LA NOTA DE CONSUMACIÓN, LA COMPRADORA TIENE OBLIGACIÓN DE VENDER LAS FINCAS ANTE NOTARIO Y ENTREGAR, EN SU CASO, CIERTAS CANTIDADES A LOS VENDEDORES.

*Resolución de 29 de Septiembre de 1927. (Gaceta de 30 de Octubre de 1927.)*

Ante el Notario de Tudela, D. Felipe Flórez López, se otorgó en 28 de Marzo último escritura en la que los cónyuges D. Leopoldo Albasa Membrano y doña Jesusa Bellido Arnedo vendieron a doña Sofía Pérez Merino varias fincas en 8.500 pesetas, con pacto de retro por cuatro años, llevándolas en arrendamiento y pactando además lo siguiente: «Puesta la nota de consumación de la venta en el Registro de la propiedad, la compradora o el compareciente Sr. Apóstegui, o quien ejercite el derecho de aquélla, venderá las fincas descritas en subasta ante el Notario por el precio de su valoración, anunciándose en la forma que tenga por conveniente quien haya de enajenarla, y con el importe del remate se pagarán a doña Sofía Pérez las 8.500 pesetas, las rentas que se le adeudasen, lo que haya satisfecho por gastos del contrato y pagos legítimos y los gastos de subasta y escritura, y el exceso se entregará a los vendedores.

en la proporción correspondiente si fuéren vendidas en un solo lote o el mayor valor obtenido en cada una de ellas si se vendiesen separadamente con relación al señalado en la descripción de las mismas.»

Presentada dicha escritura en el Registro de la propiedad de Tudela, por el Registrador se puso nota no admitiendo la inscripción, por observar el defecto de ser contraria a lo dispuesto en el artículo 1.862 del Código civil el «anunciarse la subasta de las fincas en la forma que tenga por conveniente el enajenante o compradora una vez que haya transcurrido el plazo del retracto y se ponga la nota de consumación, sin que conste que haya de citarse a los vendedores ni se determine lo que deba hacerse en el caso de no haber postor en la subasta, que se celebre por el precio de la valoración de las fincas, y siendo insubsanables dichos defectos, no es admisible la anotación preventiva, si se pidiere».

Interpuesto el recurso por el Notario, el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador, y la Dirección general, vistos los artículos 1.057, 1.059 y 1.518 del Código civil, el 2.º y 10 de la ley Hipotecaria, el 18 y 154 de su Reglamento, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Noviembre de 1906 y la Resolución de 9 de Julio de 1922, con revocación del auto apelado, declara que la escritura se halla extendida con arreglo a las formalidades y prescripciones legales, con los siguientes considerandos:

La finalidad económica común a varios contratos, de servir para suministrar dinero a persona determinada, no autoriza para confundir jurídicamente la venta con pacto de retro y el préstamo con garantía inmobiliaria, pues para desvanecer tan popular como equivocada apreciación basta tener presente que el vendedor no queda obligado a devolver el precio, mientras el prestatario asume la obligación de reembolsar la cantidad entregada a préstamo, y que el comprador adquiere la cosa irrevocablemente una vez transcurrido el plazo, en tanto que el prestamista no adquiere la garantía por la falta de pago del capital prestado.

En el contrato origen de este recurso, se estipula que, transcurridos los cuatro años sin haberse ejercitado el retracto quedará la *venta consumada irrevocablemente a favor de la compradora*, y si bien es cierto que una vez puesta la *nota de consumación* de la venta en el Registro de la propiedad surge para aquella la obligación de vender las fincas descritas ante Notario y de entregar, en su

caso, ciertas cantidades, el pacto correspondiente no debe tener acceso al Registro, como incluido en el artículo 18 del Reglamento hipotecario y desprovisto de garantía real.

Contra esta lógica consecuencia de las cláusulas estipuladas no cabe alegar que en su día el vendedor quedaría despojado de su propiedad en virtud de una informal subasta, porque ya había dejado de ser dueño desde que por la consumación de la venta se ha transferido irrevocablemente la propiedad al comprador, ni tampoco cabe aducir que el pacto es nulo como contrario a las leyes, a la moral, ni al orden público, porque si el vendedor puede aceptar un precio determinado con reserva del derecho de retraer, mucho más favorable le será un convenio que, sin obligación a devolver la cantidad recibida le promete una futura plusvalía.

Si bien la obligación de vender ante Notario las fincas en cuestión, una vez que sean propiedad absoluta del comprador, forma parte integrante del contrato discutido, no por eso cambia su naturaleza personal por la de un derecho real no definido en nuestras leyes, y si para evitar las dificultades de esta construcción jurídica se transforma la obligación en condición, no solamente se violenta extraordinariamente el valor de los términos empleados en el contrato, sino que se dificulta la venta futura como si se tratara de una adjudicación en pago de deudas con reserva real del exceso del valor.

La resolución dictada por este Centro en 19 de Julio de 1922, no invalida la fuerza de los anteriores razonamientos, en primer término, porque en aquel caso se había estipulado que si no hubiera postor en la futura venta, quedaría la finca totalmente en el pleno dominio y libre disposición de la compradora, lo cual prueba que antes no lo era; en segundo lugar, porque el pacto de venta se había inscrito en el Registro y el derecho del primitivo vendedor había sido objeto de hipoteca, con reserva del derecho de intervenir en la nueva venta y de retraer la diferencia de prima, y, en fin, porque se habían trabado dos anotaciones preventivas sobre el derecho de retracto.

Según reconoce el mismo Registrador de la Propiedad, no puede ser debatido en este procedimiento el carácter usurario de la operación reseñada, ni este Centro se halla autorizado para poner obstáculos a la inscripción del documento calificado, por muy aten-

dibiles que para un Tribunal fuesen las razones desenhveltas en el informe de aquel funcionario y por laudable que sea su celo.

CANCELACIÓN DE CARGAS Y GRAVÁMENES MENCIONADOS EN INSCRIPCIONES. PROCEDE SI NO SE HA SOLICITADO SU TRASLACIÓN AL REGISTRO MODERNO O NO HAN SIDO OBJETO DE INSCRIPCIÓN ESPECIAL Y SEPARADA. (PÁRRAFO 2.º, ARTÍCULO 401. L. H.)

*Resolución de 10 de Octubre de 1927. (Gaceta de 31 de Octubre de 1927.)*

El Registrador de la Propiedad de Martos consignó en una certificación de cargas que una finca aparecía gravada con una de 192.534 reales, sin más circunstancias, según resultaba de la cedula de cargas de un asiento antiguo, trasladado al moderno; y D. Manuel Pérez Pareja, a cuya instancia se había expedido la certificación, presentó escrito a dicho Registrador solicitando se cancelase dicha carga por no subsistente, según los artículos 401 y 402 de la ley Hipotecaria.

A la anterior instancia opuso el Registrador nota que dice: «No procede la cancelación que se interesa en la precedente instancia, porque aun dada la indeterminación del gravamen a que se refiere, el valor del mismo no puede juzgarlo el que suscribe; y en cuanto a su eficacia formal, tratándose de una mención consignada en asiento trasladado al Registro moderno, tiene toda la que se necesita para no poderse practicar su cancelación si no por las normas ordinarias establecidas en la ley Hipotecaria.

Interpuesto recurso, el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador, y la Dirección general, vistos los artículos 29, 401 y 402 de dicha ley y la Resolución de 11 de Junio de 1912, confirmó el auto apelado, razonándolo así:

El artículo 401 de la ley Hipotecaria (31 de la ley de 21 de Abril de 1909), ha tenido por finalidad declarar la caducidad de los asientos extendidos en la Contaduría de hipotecas y de las menciones de cargas y gravámenes de igual procedencia hechas en los Registros modernos, cuando no se hubiera solicitado su traslación a los mismos ni hubiesen sido objeto de inscripción especial o de transmisión inscrita.

Las menciones hechas en las antiguas Contadurías para su traslación a los Registros modernos, que necesitaban, además de la petición de parte interesada, un procedimiento de fijación judicial o administrativo, no podían ser, en otro caso, de mejor condición que las cargas claramente consignadas en asientos independientes de aquellas Oficinas y únicamente pueden vivir al amparo del artículo 29 de la ley Hipotecaria, cuando se refieran al dominio o derechos reales mencionados *expresamente* en las inscripciones o anotaciones preventivas en virtud de transmisiones o reconocimientos *inter-vivos o mortis-causa*, posteriores a 31 de Diciembre de 1862.

En el supuesto discutido en este recurso, no aparece ni la esencia jurídica del derecho reservado, porque se ignora la naturaleza y características de la carga de 192.534 reales, ni la circunstancia de haber sido objeto de petición y transmisión, y antes al contrario, puede asegurarse que el presunto titular no ha solicitado su inscripción ni ha presentado ninguna transferencia inscribible, porque en tales casos constaría su nombre en el Registro.

La Resolución, en consulta, de este Centro, de 11 de Junio de 1912, no asimila las menciones procedentes de la antigua Contaduría a las reguladas por el artículo 29 de la ley Hipotecaria, ni les concede la potencialidad de asientos trasladables en tiempo oportuno, sino que, antes al contrario, reconoce que los citados artículos 401 y siguientes no son aplicables a las referencias accidentales o menciones que puedan existir en dichos asientos antiguos, lo cual no es obstáculo para que los interesados pudieran ejercitar las acciones conducentes a la efectividad de los derechos que creyese les pertenecían por virtud de tales menciones.

LUIS R. LUESO.

Registrador de la Propiedad.