

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

Año III

Octubre de 1927

Núm. 34

FIDEICOMISOS

Origen y evolución

La lectura (en los números 23 y 28 de esta Revista) de un resumen de la magnífica disertación del Dr. D. Felipe Clemente de Diego, en la inauguración del curso académico de 1926-1927 sobre el llamado fideicomiso de residuo, me ha movido a exponer unas ligeras consideraciones sobre el fideicomiso en general, para tratar con mis modestas fuerzas de fijar su antiguo carácter y su evolución, hasta su actual significado.

Es siempre digna de consideración la lenta evolución de una institución jurídica desde un primario período de formación inconsciente; en un doble sentido: en tanto en cuanto el pueblo no comprende la institución jurídica que vive y siente como propia; y también en cuanto no la vive como derecho, sino como costumbre principalmente religiosa a un período semiconsciente, en que ya es consciente en cuanto a derecho; pero inconsciente en cuanto al principio informador del mismo, y al fin a un período de muerte del derecho y al par conciencia del mismo, por investigadores extraños al pueblo que lo creó, por supervivencias y perduración de formas y figuras, muertas, vacías de contenido y encerrando sin vida otras instituciones con el antiguo nombre, pero ya sin su peculiar significado.

Así ocurre con la institución del fideicomiso, nacida de las más profundas raíces del espíritu romano, llena de vida y sentido, durante el período de pleno dominio del *jus civile*, entremezclada y muerta ya, en el derecho justinianeo; llena de vida nuevamente para el investigador moderno, que la contempla a la luz

del principio informador de la sucesión romana, y muerta, dando nombre a instituciones opuestas a lo que fué en esencia, en nuestros modernos derechos.

Pero no se puede comprender su desarrollo, sin adueñarse del espíritu del derecho en que nace; de modo que sólo engarzado en el derecho sucesorial romano, podemos comprenderle, en su origen y vista, su evolución; clara aparecerá su distribución de las figuras así nombradas en el moderno derecho.

Y sólo así, puede lograrse que, consideradas a la luz del principio vivificador, recobren las instituciones la vida, se levanten nuevamente erguidas y fuertes, como parte de un organismo, y muestren la lucha de creencias, pasiones e intereses, conflictos de voluntades y realidades, para crear el derecho y el esfuerzo de un pueblo, no sólo para crearlo, sino para mantenerlo, afirmarlo y transmitirlo de generación en generación.

Nos es, pues, necesario, para este ligero examen del fideicomiso, considerar como supuesto el principio esencial de la sucesión romana, o sea el testamento, es la inmortalidad romana; es de esencia religiosa, es la perduración de la voluntad del muerto, que se afirma como inmortal y que logra, en el heredero desprovisto de ventaja material alguna, su más pura representación; en modo alguno, la herencia implica una disposición patrimonial.

El testador nombra su continuador, el heredero instituido, y dispone aparte de sus bienes; esta disposición es de derecho público, tiene fuerza de ley y expresión solemne y es refrendada por la comunidad en la reunión de los Comisios per cunis o por sus representantes, como testigos, en el antiguo testamento, *per oes et libram*.

La disposición patrimonial, se hace en forma civil solemne e imperativa: es el legado.

El testador no utiliza el derecho, se sirve de la fidelidad, la fe aún viva, en la religiosidad específicamente romana, y es el fideicomiso. *Ulpiano*, XXIV, I: «Legatum est quod legis modo, id est imperative, testamento relinquitur; nan ea, quæ precativè modo relinquantur, fideicommissa vocantur.» XXV, I: «Fideicommissum est quod non civilibus verbis, sed precativè relinquitur, nec ex rigore juris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis.»

Fidelidad que, para robustecerla, emplea el juramento, sobre el futuro cumplimiento de su voluntad; el más general, «per Lares», que tanto nos debe aclarar el espíritu de la institución este juramento, este acto religioso; de encomendar la vigilancia del cumplimiento de la voluntad del muerto, a los dioses Lares, a los de la casa, a los que más teme ofender el sucesor.

El cumplimiento de la disposición pende de la confianza, pero no simplemente de la confianza personal del testador en las cualidades del heredero, sino de su confianza, en la fuerza del sentimiento religioso del romano, en la creencia, en la supervivencia de la voluntad y la necesidad religiosa de que tal voluntad tuviese un continuador, y que tal voluntad se realizare. Responde, pues, el fideicomiso, aún más que el legado, al espíritu específico romano; el heredero, el fiduciario, cumpliendo los mandatos del de *cujus*, sin obligación civil, sin poder ser forzado coactivamente, a la entrega de los bienes, responde perfectamente a la idea de que la voluntad del muerto actúa en él, y cuando por la entrega total del patrimonio en el fideicomiso universal, entregada la hereditas, queda sin ventaja patrimonial alguna, es cuando es más heredero, entonces; es el heredero que responde al deseo del testador, actuando por él, sólo en consideración a él no por interés ni beneficio alguno. El es su heredero, es su continuador y en su fe encomienda, actúe como el desearía actuar, confía en que su voluntad se cumplirá «testator fidei heredis committebat» *Inst. de fidei, hered II*, 23, y repiten la idea nuestras Partidas, Ley 14, tít. 5, P. 6. *Fideicomissaria substitutio* en latín, tanto quiere decir en romance, como establecimiento de heredero, que es *puesto en fe* de alguno...

Este concepto amplio del fideicomiso implica el no compartir en modo alguno la corriente y general opinión de ser el fideicomiso un arbitrio, para eludir prohibiciones legales y salvar incapacidades para heredar, del rígido *jus civile*; explicación forzosamente limitada y tan generalizada, sin embargo, pues no comprendido su fondo religioso no se considera su vitalidad y se limita la explicación de su origen, a pesar de chocar tal explicación con nuestra idea de la aptitud de un pueblo que siendo el supremo e insuperable artífice del derecho, aparezca a veces como extrañamente perplejo en sus resoluciones jurídicas, manteniendo formalismos, para nosotros inútiles, pero para él representantes de lo

más puro de su espíritu, y que aun decaído éste, e influenciado el *ius civile* por el honorario, procura mantener y defender.

No es explicación del origen de una institución jurídica del desarrollo y amplitud del fideicomiso romano ver en él sólo un artificio para eludir leyes prohibitivas; nos debe extrañar de ella el que aparece el pueblo jurista por excelencia formulando la ley prohibitiva; la manifestación de su conciencia jurídica, para, como arbitraria, eludirla. ¡Raro espectáculo!, pues o la ley responde a la conciencia jurídica o no; si la ley responde, como es natural suponer, dado que ningún poder extraño ha obligado al pueblo a formularla, la formula para eludirla sin más contenido ni significado que ese, o sea un artificio para evitar el someterse a la ley, será una rebeldía, un fraude condenable y condenado, y en modo alguno de él podrá surgir una institución de amplio desarrollo, merecedora de respeto y con acogida en las costumbres, como de honda raigambre, y, finalmente, en la legislación, respetada y querida por el pueblo y reglamentada por los emperadores. Si, por el contrario, es la ley prohibitiva la que pugna con la conciencia jurídica, es inexplicable su promulgación, y aún aceptada ésta, como un hecho anterior, su vigencia; pues lo natural ante un nuevo estado jurídico será abrogable y no eludirla continuamente, y no ocurre así en el fideicomiso, pues siendo, por ejemplo, una de las leyes que se señala que procuraba eludir la «Voconia de mulierum hereditate», año 585, no sólo ésta no es abrogada, sino que, de tal modo no choca con la conciencia jurídica, que se condena el eludirla, y poco después de más de un siglo se dicta la «lex Falcidia de legatis 714»; cuando de ser contraria, lo natural sería abrogarla en vez de inventar trámites para incumplirla.

Difícil es explicar que una institución, para cuya vigilancia se crean hasta dos pretores especialmente afectos, no tenga otro origen que satisfacer deseos «in frauden legis».

Esta limitación, a mi juicio, para comprender el origen del fideicomiso, proviene, entre otras causas, de las siguientes: 1.ª) Primera, la general incomprensión del derecho sucesorio romano, estudiado, no tratando de comprender las creencias específicas de que surge, sino considerándolo a través de nuestro moderno concepto, que no ve en la sucesión más que cambio de titulares del patrimonio. 2.ª) Segunda, de considerar como genuina represen-

tación del derecho romano el derecho justiniano, que, si a nuestros ojos puede aparecer como el resultado de un proceso de superación, de un derecho menos humano, no debemos olvidar que el tal progreso ético sólo es posible en tanto en cuanto implica la negación de su peculiar carácter, y que lo que bajo un aspecto es progreso, bajo otro no es mas que la decadencia del genuino derecho romano, aun conservando mil formas y supervivencias, pero muertas y vacías de su espíritu creador, vencido por un derecho más equitativo, pero extraño. Así es como siendo el derecho sucesorio el más peculiar y específico, y dentro de él el fideicomiso, su forma más significativa de su estudio nos aparece aquí lejos de ser el derecho justiniano, la forma más acabada del derecho romano, es su completa negación; y 3.ª) Tercera, en los fideicomisos, llenos de espíritu religioso, sin reglamentación civil, es fácil considerar, erróneamente, como punto de partida de su evolución, la reglamentación bajo Augusto y considerar el período anterior como de nacimiento de la figura, para eludir prohibiciones legales en vez de considerar como fué realmente; que decaído el espíritu público, desaparecido de hecho su forma de gobierno (la República), crecida la ciudad por considerable afluencia de extranjeros, naciente el imperio al debilitarse las creencias públicas, al entibiarse la fe, precisa una coacción para la restitución; que antes, sin ninguna obligación legal por un íntimo y sentido deber, realizaba el fiduciario.

No creo, pues, en la opinión de que sea el fideicomiso una forma de disposición que nacida en la costumbre viviese pugnando con el «*jus civile strictum*» (número 23 de esta Revista, p. 824), ni, como afirma Pandelletti, citado por el señor De Diego, una brecha abierta en el exclusivismo y en el formalismo del derecho de los testamentos y legados, sino todo lo contrario; no es forma solemne del derecho civil estricto, precisamente, porque responde consuetudinariamente a la necesidad religiosa íntima del «*ius civile*»; éste se codifica, precisamente, porque la fuerza de la costumbre va decreciendo; la codificación de las XII Tablas responde a un primer debilitamiento de la fuerza religiosa de la costumbre. (Wilson. *L'Etat*, tomo I, p. 23.) Todo hombre está obligado a conformarse rigurosamente a la costumbre de su tribu y de su casa. La superstición (léase religión) da más fuerza a cada ligadu-

ra, a cada nudo del hilo tradicional... (V. Letelier. *Génesis del derecho*, etc., p. 582.) «Durante la primera etapa de la vida de los pueblos, etapa que siempre se prolongó larguísima, corresponde exclusivamente a la costumbre establecer nuevas normas jurídicas y nuevas instituciones políticas y civiles», p. 603. «La irreformabilidad (de las costumbres) garantiza de generación en generación la íntegra transmisión de una verdadera herencia de adquisiciones jurídicas», Código de Manú. Precisamente esa manifestación, por su carácter consuetudinario, debía movernos a considerar que su no reglamentación legal responde a que la fuerza del espíritu nacional que encarna es aún viva y fuerte, no exige que se formule legalmente, para que sea cumplida; no debe olvidarse, en contra de nuestras opiniones modernas, que la ley implica un previo debilitamiento de la costumbre; por ello, la institución que responda al espíritu nacional, es la que menos precisa legislar sobre ella, pues todo el pueblo la vive y siente como propia, sin precisar se le formule y declare en forma imperativa.

Por ello es natural que el fideicomiso no produzca obligación civil hasta después de Augusto, y no reciba, hasta Constantino y Teodosio II, formas preceptivas y que se defienda de la ingerencia en su campo de un espíritu opuesto; como nos lo prueba el que, introducido por la «lex Falcidia» en los legados, siga negándose bastante tiempo (hasta Vespasiano) su aplicación a los fideicomisos.

Claro que nuestra opinión no quiere negar en modo alguno que el fideicomiso, con su ausencia de formas solemnes, sin acción para reclamar civilmente la restitución, no pudiera ser a veces utilizado para eludir una prohibición legal, pero este abuso no es bastante para ser una explicación suficiente de su origen, máxime cuando sabemos que en Roma, al ser conocidas prácticas para eludir prohibiciones, utilizando el fideicomiso, se condenan éstas; así se prohibió el utilizar el fideicomiso para que heredasen peregrinos.

La mayoría de las figuras jurídicas, pueden presentar formas que se presten a abusos y que puedan y sean utilizadas en forma antijurídica, «in fraudem legis», en el campo fideicomisario, lo es el llamado fideicomiso tácito, combatido en Roma y en nuestro derecho (Ley 15, 5.^a-6.^a Partidas; 5-26 Junio 1862; esta ley de Par-

tidas prohíbe que la designación del fideicomisario sea confidencial, artículo 782, Código civil), pero no debemos deducir de un abuso que naciera para abusar, y en modo alguno ese abuso y la lógica enemiga contra el fideicomiso tácito, debe generalizarse a todas las demás formas del mismo.

El fideicomiso es en su esencia un modo de disposición de bienes, sin rigorismo civil, institución que se desarrolla paralela al legado y sobre igual base, y, como señalaremos someramente, con evolución semejante e idéntico fin al identificarse en el derecho justiniano; dice por ello *Serafini*: «Los legados, en su más amplio sentido, se dividen históricamente en legados *fideicommisae singula rei*»; los legados se caracterizan por su disposición *lege modo, do lego*, etc.; los fideicomisos por su disposición no imperativa, *rogo*, etc.; esa es la característica del género, pero con gradación desde la forma específica de cada figura a la figura hermana, a través de formas menos diferenciadas; genuino representante de la forma *legata*, el *legatum per vindicationem* de cosa cierta y propia del testador; legítimo representante de la forma *fideicommisae*; el fideicomiso universal u orden rogada de transmitir el patrimonio como un todo, el verdadero y único heredero (el fiduciario), al beneficiario del mismo (el fideicomisario), he aquí las dos formas típicas, pero luego formas híbridas, el *fideicommisae singula rei*, el *legatum partitionis*.

Ambas responden, pues, al mismo principio, base del sistema sucesorio romano, la supervivencia de la voluntad individual en el heredero, por consecuencia, amplia libertad de disposición en el testador y deseo natural en éste, para lograr su más pura y desinteresada representación de ordenar la transmisión de los bienes a persona distinta del heredero.

Siendo idéntica su base lógica, el principio indicado, e idéntica su base jurídica, el principio de libertad, recogido para los legados en las XII Tablas «*Uti legassit super pecunia tutelare suce rei, ita ins est*», sus diferencias, que señalaremos algunas, no son bastante a impedir una evolución semejante, hasta el completo triunfo del espíritu opuesto, en el derecho justiniano.

Ambas son atribuciones patrimoniales, siendo su diferencia principal, más que ser en sus formas genuinas, singular el uno y universal el otro; el ser el legado disposición solemne e imperativa

y el segundo, ruego no solemne; por ello, el legado sólo puede ser ordenado en forma solemne, en testamento y después de la institución del heredero; como base y sostén que es ésta de todo el edificio testamentario. «Ante heredi institutione legari non potest», mientras que el fideicomiso no estaba sujeto a forma ni fórmula, podía ser verbal, y de estar en el testamento, podía ser antes o después de la institución.

El legado pendía de la institución: si el heredero sostén del testamento desaparecía, el legado perdía su fuerza; sólo en consideración al heredero, vale, y no es posible un legado, para después de muerto el heredero. «Post mortem heredis legari non potest, ni ab heredis herede legari videatur, quod juris civilis ratio non patitur.» *Ulpiano*, XXIV, 16.

El legatario no podía ser gravado, a su vez, con legado. «A legataris legari non potest», ídem XXIV, 20, en modo alguno podía actuar como continuador de la voluntad del de «cujus», distribuyendo legados: el que sólo tiene un crédito contra la masa o la propiedad de algún objeto de ella. El fideicomiso podía ser gravado con legados, porque aunque en esencia sea un legado o sea una atribución patrimonial, ésta no la recibe «legis» modo.

Parece una contradicción; pues sin el soporte de la voluntad, el heredero, el legado no existe; el legatario, mero acreedor, no puede cumplir legados; sin embargo, puede gravarse con legado el fideicomiso; pero es que, como extraño al testamento, no le comprende la imposibilidad lógica de que existan en él dos representantes al mismo tiempo de la voluntad del muerto, o sea el heredero instituido y el legatario, gravado con legados y entregando estos en nombre del de «cujus»; mientras que la existencia fuera del testamento, de alguien, el fideicomisario gravado que entregue bienes, aun en nombre del muerto, en modo alguno repugna al derecho civil, pues no puede hacerlo como heredero, fuera de la solemnidad testamentaria, de cuya unidad lógica interna, aun comprendido el fideicomiso en el testamento, él no forma parte.

El derecho de acrecer, que se daba en los legados llamados de propiedad, no se da en fideicomisos antes de Justiniano.

Los legados «per vindicationem» y el legado al heredero, el «legatum per proceptionem» producían un derecho real, pues la

propiedad se transmitía al legatario, el fideicomiso sólo engendra obligación personal.

Son, pues, figuras diferentes, encarnaciones de un mismo principio, con evolución semejante, a través de la cual se van aproximando, «con el transcurso del tiempo, se fueron aproximando cada vez más, los legados y los fideicomisos, acabando por confundirse en una sola institución» *Serafini*. En efecto, las formas tan ricas y significativas de los legados «per vindicationem, per proreptionem, per damnationem y sinendi modo», van perdiendo importancia y agrupándose a la forma de más vitalidad y posibilidades, el «legatum per damnationem», el más amplio, pues permite el legado de cosa ajena, y al par se acercan al fideicomiso, con la forma del «legatum partitionis», legado de parte de la herencia. «Potest autem et alia pars, velut tertia, vel quarta legari, quoe species partitio vocatur.» *Ulpiano*, XXIV, 25.

La fusión de las formas de legados se verifica gradualmente por el Senado Consulto Neroniano, que declara que el legado caduco, en su forma específica, puede valer como legado «per damnationem»; pero la Constitución de Constancia c. 21 de legatis, VI, 37, que establece que puedan hacerse indistintamente, con cualquiera de las fórmulas, las cuatro especies de legados, y al fin Justiniano, que de hecho encuentra realizada la unificación de los legados y que el fideicomiso por las Constituciones de Constantino y Teodosi II ha adquirido formalización, no sólo llama «subtilitatem» a las distinciones entre unos y otros legados, sino que los asimila a los fideicomisos, para unificar su naturaleza, «unam naturam imponere», reduciendo no sólo los legados a una forma única, el «per damnationem», sino uniéndolos al fideicomiso «...ut nulla sit inter ea differentia, sed quod de est legatis hoc repleatur esc natura fideicommissorum, et si quid ampliur est in legatis, per hoc crescat fideicommissorum natura». Just. § 3, II, 20.

Se llega, al fin, a la pérdida del sentido de ambas instituciones, que ni se distinguen entre sí ni apenas tampoco de la institución de heredero, que perdida su importancia y significado, sólo se considera disposición patrimonial.

Indiquemos algo del camino para llegar a este resultado, primero en el campo de los legados, después en el de los fideicomisos.

Base común, la voluntad del muerto, que cree en su inmortalidad, la religión que cree igualmente en ella y en su permanencia, el sometimiento religioso del heredero a las consecuencias de su identidad con el difunto (hasta en nuestras Partidas, tratando sobre los herederos suyos, repitiendo la frase de la Novela 48, p. 1, «... qui iiden cum defuncto...», se dice, ley 21-3, Part. 6. «... E llamaron los Sabios antiguos a tales erederos como estos suyos, porque son como una persona e una cosa con el testador...»); este principio de identidad, generador de todo el sistema sucesorio del «ius civile», lleva en sí el germen de su propia ruina, en tanto en cuanto el «heris», a quien se impone la sumisión absoluta, tiene a su vez voluntad propia, igualmente fuerte e igualmente considerada como la esencia de su personalidad, de tal modo que al aflojarse la coacción religiosa, tiene necesariamente que surgir la voluntad del heredero, frente a la del testador, rebelarse contra la tiranía del muerto y empezar a ver la herencia, no en consideración al muerto, sino en atención a él y a las ventajas que pueda reportarle; en lucha inevitable con el muerto, que busca un heredero, sin ventaja alguna, como su mejor continuador.

De aquí la evolución de un derecho primitivo, que probablemente consideraba transmisibles al heredero hasta las penas y honores personalísimos del muerto, a un derecho de simple transmisión patrimonial.

Debilitado el nexo religioso, los herederos repudian las herencias a que son llamados, con todo o casi todo el patrimonio distribuido en legados, y al fin consiguen, utilizando el horror del romano a quedar sin heredero, que hacia fines del siglo VI [571 (?)] se dicte la «lex Furia», en virtud de la cual, el heredero, que veía evaporarse el patrimonio en legados, consigue se ponga un límite, mil ases, cantidad máxima que puede adquirir un legatario, aun legándole mayor valor; la ley reporta un beneficio al heredero, pero se dicta en consideración al testador y a que éste, por la repulsa del heredero (sin ventaja patrimonial alguna y respondiendo «ultra vires»), no quede sin continuador. «Idque iporum testatorum gratia provisum est ob id quod plerique intestati moriebantur, recusantibus scriptis heredibus pro nullo aut minimo lucro hereditates adire» Just., II, 22.

Pero, como a pesar de la ley el patrimonio podía dividirse en

legados de mil ases, «*poterat quinque hominibus singulis milles asses legando totum patrimonium erogare*», sin quitar nada al heredero y respondiendo sin embargo de «sacra» y deudas «ultra vires», en 585 se dicta la «lex Voconia de mulierum hereditate», y en ella se prohíbe que nadie pueda recibir individualmente, mas que el heredero en su unidad; de aquí un gran obstáculo para despojar al heredero, pues siempre percibirá algo, y su percepción será norma y límite de los legados posibles; pero aún podía el testador rebajarla por la multiplicación de legados de poca importancia, y que así sucedió en realidad, utilizando el testador este último recurso (por ilógica que actualmente nos parezca su conducta), nos lo muestra, el que poco después de más de una centuria, en 714, se dicta la «lex Falcidia de legatis», por la cual el heredero adquiere directamente ya el derecho a detraer una cuarta parte (Quadrans) del as hereditario; es, pues, la solemne declaración de muerte del antiguo derecho; al implicar la institución de heredero un derecho patrimonial, derecho pleno a una cuarta parte de la herencia, limitando la facultad de disposición del de «cujus», que queda reducida a disponer de tres cuartas partes (Dodrans).

Indicada la evolución de los legados, veamos la de los fideicomisos.

Venían estos cumpliéndose sin más coacción que la religiosa, de ser cierta nuestra opinión; al decaer el espíritu del «ius civile», al debilitarse la conciencia religioso-jurídica del pueblo, consecuencia no sólo de la contradicción lógica de su principio básico, sino de la afluencia de extranjeros a Roma, continúa desde el fin de las guerras púnicas, a consecuencia de su crecimiento en poderío, al triunfar el espíritu del derecho pretorio, precisara obligar a cumplir lo que antes sin coacción ni obligación civil era cumplido, y así ocurre realmente al desaparecer de hecho la República, al ser derrotado el derecho sucesorial romano, con la publicación de la ley Falcidia, en tiempo de Augusto; en una palabra, el fideicomiso pasa a ser de hecho una obligación civil, por la que el fideicomisario puede obligar al heredero a la entrega del patrimonio.

Siendo, como dice *Lassalle* (Sistema de derechos adquiridos, tomo 2, pág. 103), la ley Falcidia la definitiva derrota del testador por el heredero y con él la de toda la sucesión romana, precisaba otorgarle una compensación y se le da en el campo del fideico-

miso, obligando al heredero la jurisprudencia a la restitución, y manteniendo el antiguo derecho no se concede la aplicación de la ley Falcidia a los fideicomisos.

Se mantiene, pues, el antiguo principio aún con más rigor, pues el fiduciario puede ser obligado a entregar, pero, por lo mismo, desvirtuado en su esencia, pues ya no descansa en la fe, sino en la obligación. ¿Y cómo puede producirse una tan grave innovación, sin que sea que responda íntimamente a una situación anterior? ¿Y cómo producirse paulatina no imperativamente? Si nuestras afirmaciones son ciertas, si la declaración o el reconocimiento legal no es mas que la confirmación de un estado consuetudinario que pierde su fuerza de coacción íntima, la declaración legal de una obligación, debe corresponder a un deber anterior, y lo encontramos confirmado en este punto; no es gran trastorno convertir un deber en una obligación exigible, aunque a primera vista nos lo parezca el convertir la fidelidad en obligación legal; por ello, Augusto no hace revolución jurídica alguna, tan opuesta, además, en todos sentidos, a su espíritu cauto y cuidadoso, mantenedor de formas externas, sino que no hace mas que reconocer un estado existente, trasladar al campo de derecho lo que fuera del mismo tenía vida propia, así se dice en la Instituta: «*Quod quia justum videbatur et popolare erat, paulatim conversus est in assiduam jurisdictionem*», porque era justo y era popular, no sólo popular, sino justo, es decir, porque era costumbre jurídica.

Pero el mantenimiento del antiguo principio, con daño evidente del derecho, no podía ser duradero; veamos su situación: el heredero ordinario ha triunfado con su derecho a detraer la cuarta; el heredero fiduciario, no sólo no puede detraer la cuarta, sino que puede ser obligado por el fideicomisario a la entrega de los bienes, dejados en fideicomiso o de la hereditas en conjunto en el fideicomiso universal. Se ve, pues, despojado de los bienes, y en su calidad de heredero, que en modo alguno pierde por la entrega, respondiendo de las deudas «*ultra vires*».

Para evitar o eludir en parte, su responsabilidad recurre a una simulación, y así como en el «*legatum partitionis*» llegó a una convención con el legatario, para compensarse proporcionalmente créditos y débitos («*stipulationes partis et pro parte*») en el

fideicomiso, recurre a simular la venta de la herencia al fideicomisario («*stipulationes quasi emptæ vendiæ hereditatis*»), a consecuencia de la cual el fiduciario era indemnizado de lo que como heredero hubiese pagado, y devolvía lo adquirido con tal carácter, pero encontrándose un tercero que respondiese de las deudas hereditarias.

Mas introducido el principio opuesto al romano en el campo sucesorio, aparecía ante el derecho pretorio, poco equitativo, el que el fiduciario, obligado a restituir la herencia, siguiera obligado a responder de sus cargas, y por ello, en tiempo de Nerón, se dicta el Senado Consulto Trebeliano, que, «*Cum esset æquisimum...*», estableció que después de la entrega del fideicomiso no podrían intentarse acciones contra el fiduciario, y al par que concedía acciones útiles al fideicomisario, le sujetaba a las acciones útiles que podían utilizar contra él los acreedores, viniendo del campo del derecho pretorio la figura de un heredero útil: el fideicomisario.

Triunfa aquí también el derecho pretorio del civil; poco puede tardar también en el campo del fideicomiso su derrota definitiva, y ésta tiene lugar en tiempo de Vespasiano, cónsules Pegaso y Pusión, con el Senado Consulto Pegasiano, que aplica al fin la cuarta Falcidia a los fideicomisos.

Los dos Senados Consultos se excluyen: el que no recibe bienes no debe responder de deudas (Trebeliano); el que recibe la cuarta, no hay razón para que no responda como heredero (Pegasiano); de ellos vemos el triunfo del nuevo concepto de heredero (el que recibe los bienes): no recibes bienes, no respondes al nuevo concepto de herederos, no debes responder como tal. Es una total confusión de conceptos: el heredero, ahora heredero patrimonial, no es en esencia distinto del legatario; el legatario no es distinto del fideicomisario, y toda la sucesión es un derecho, en relación a un patrimonio, que queda sin dueño.

El Senado Consulto Pegasiano sólo es aplicable al caso de que el fiduciario no herede al menos la cuarta parte, entonces puede detraer a completar la cuarta y responde como heredero, pero si recibe más de la cuarta parte, es decir, un mayor beneficio que en el supuesto anterior, su responsabilidad es menor, y no responde él sólo de los débitos, hay, pues, una contradicción; pues

una herencia superior a una cuarta parte del as produce menos responsabilidad, para el fiduciario, que una de menos importancia (inferior a la cuarta parte), pues en este caso responde ampliamente como heredero, tanto si detrae la cuarta como si no la detrae, pues si pudiendo hacerlo no lo hace, el renunciar voluntariamente una ventaja no produce alteración jurídica; esta contradicción es, ante el concepto de sucesión patrimonial, completamente inexplicable; por ello, es corriente considerarla como infundada y que, como arbitraria (Serafini), fué suprimida por Justiniano.

Mas si consideramos que el Senado Consulto Pegasiano, a pesar de dar cabida al nuevo derecho con la introducción de la cuarta falcidia, en los fideicomisos, mantiene el concepto antiguo de heredero, y que la detracción de la cuarta la hace el fiduciario, como tal heredero, nos aparecerá lógica la consecuencia de que responda como tal heredero civil; mientras que, si por voluntad del testador, le resta, después de hecha la entrega, más de la cuarta, al no necesitar utilizar el Senado Consulto Pegasiano, no tiene que sufrir las consecuencias del mismo, y puede, sin obstáculo alguno, utilizar la equidad, o sea el principio de responsabilidad, en proporción a utilidad, debiendo, por ello, responder él y el fideicomisario en proporción a sus adquisiciones respectivas (*Lassalle*).

Mas la injusticia del Senado Consulto Pegasiano obliga al fiduciario, para eludir sus consecuencias, a volver a las antiguas «stipulationes», y en su evitación, y borrando hasta el último residuo del derecho civil, significando el triunfo completo del nuevo derecho Justiniano, igual que borro las diferencias de los legados entre sí, y de éstos y los fideicomisos, borra la distinción de los dos Senados Consultos; reciba más o menos de la cuarta, acepte voluntariamente si, obligado por el pretor, responde siempre con el fideicomisario y en proporción a su adquisición; refunde los Senados Consultos, dando la preferencia al más conforme con el nuevo derecho, el Trebeliano; de tal modo, que la cuarta falcidia, aplicada a los fideicomisos por el Senado Consulto Pegasiano, queda, y así pasa a nuestro derecho (aún perdura en Cataluña), al través del romano medieval, con el nombre de cuarta Trebeliánica; así las Partidas, ley 8.^a, tít. II, B. 6: «Tre-

trebellianica dicen en latin, la quarta parte que el heredero deue auer de los bienes de la erencia en que es establecido, quando es rogado del testador, quede despues o entregue la erencia a otri», y así pase, con el nuevo principio de responder siempre, sólo en proporción a su parte. «Otrosi dezimos, que él es siempre tenudo de pagar *su parte* de las debidas que debiesse el testador, quanto *le copiesse a pagar por razón desta quarta parte*», a pesar de ser la misma quarta falcidia de la ley 1.^a, título II, Partida 6.^a «... E por ende dezimos, que quando algún ome faze manda (legado) de todos sus bienes de manera que non dexa al heredero la su parte que deue auer, estonce el heredero puede abascar, de cada una de las mandas la quarta parte della e retenella para si...», quarta que toma el nombre de trebellianica, como hemos dicho, en vez de pegasiana, que debía tener, ley 14, título V, Partida 6.^a, «... sacando ende la quarta parte de toda la erencia, que puede tener para si. E esta quarta parte es llamada en latin trebellianica...»

Triunfa, pues, plenamente el nuevo derecho hereditario, la quarta falcidia, consecuencia del mismo, se aplica a los legados; se aplica a los fideicomisos, en beneficio del fiduciario; se aplica a los fideicomisos de residuo en beneficio del fideicomisario (cuarta inversa). Novela 108, cap. I y II, e influye hasta en la determinación de la legítima. Novela 118.

Mas el testador puede prohibir la detracción de la quarta, Novela 1.^a, cap. II, párr. 2.^o, porque desaparecida la distinción específica, entre heredero y legatario, no siendo el heredero mas que un beneficiario patrimonial, no puede exigir un derecho privilegiado especial ni impedir, en consecuencia, que la prohíba el testador, ya no en su daño, pues sólo responde a prorrata:

Igualmente no choca, con la nueva conciencia jurídica, la aplicación de la quarta falcidia, antes beneficio propio y peculiar del heredero, al fideicomisario, producto de la inversión completa del derecho; el fideicomisario es ya un heredero y ya puede llamarse al fideicomiso una sustitución, ya hay dos herederos, ya es una sustitución fideicomisaria, con los requisitos que señala el señor De Diego: primero, doble delación, disposición, al menos, en favor de dos personas, una la llamada en primer lugar (fiduciario) al goce de los mismos y otra la designada en segundo para

recogerlos (fideicomisario); segundo, obligación civil de conservarlos, el primer instituído, para transmitirlo al segundo (característica esencial, según Sánchez Román), y tercero, orden sucesivo, creado por el testador, en derogación del orden general sucesorio; dos herederos, pues, uno directo del testador, el otro indirecto, por intermedio del primero.

Pero ya no es el fideicomiso romano, con una sola institución (el fiduciario, heredero antes y después de la entrega), sin obligación civil, sino fidelidad. El fideicomiso es hoy una sustitución; el fideicomiso es, en su origen, una atribución patrimonial, sin obligación civil de entrega de los bienes afectos a la misma, sino confiada a la fe del heredero. Hoy, el fideicomiso singular es un legado; el universal, una sustitución; en la mayoría de los Códigos modernos, los latinos, el Código alemán, art. 2.100: «El testador podrá instituir un heredero, de tal modo, que lo sea después que otro lo haya sido (sustitución fideicomisaria)», pero llamando en muchos artículos al fiduciario *gravado*, pues para él es una carga lo que para el testador es una sustitución, y declarando contra el principio romano «qui semel est heres, semper heres», «restituta autem hereditate, is qui restituit, nihilo minus heres permanet», en su art. 2.139: «Al abrirse la sustitución, *dejará el gravado de ser heredero* y entregará la herencia al sustituto.»

En el Código suizo, más bien una carga del fiduciario, artículo 488, párrafo 1.º: «El testador podrá imponer al heredero instituído el *gravamen* de transmitir la sucesión a un tercero...»; artículo 489, párrafo 3.º: «... la sucesión quedará definitivamente a favor de los herederos del fiduciario desde el momento en que, por una causa cualquiera, no pueda efectuarse la transmisión al fideicomisario», art. 491: «El fiduciario adquirirá la sucesión como cualquiera otro instituído. Se convertirá en propietario, con la obligación de restituir»; teniendo por el art. 492, párrafo 2.º: «... En caso de premuerte del fideicomisario, los bienes sustituídos corresponderán al fiduciario, salvo disposición contraria...»

¿Y el fideicomiso de residuo? Es el antiguo «fideicommissum eius quod supererit», limitado primero por la fiel y honesta administración y luego por la cuarta trebelianica inversa, Nov. 108. Hoy, sabiamente estudiado por el señor De Diego (núms 23 y

28 de esta Revista y su obra «Naturaleza jurídica de las disposiciones o cláusulas testamentarias *de residuo*»), y al que remitimos al que desee profundizar en su naturaleza, cláusula llena de flexibilidad y muy usada por el pueblo, que, en su intuición jurídica, la siente adecuada, para el caso frecuentísimo, de desear una transmisión, y, sin embargo, no querer limitar el derecho del primer instituido; así dice la exposición de motivos del Código civil alemán: «Caso de que no queriendo el causante excluir a sus herederos legales, desee las ventajas de la herencia por tiempo determinado en favor de un tercero; v. gr., de su cónyuge, sin sujetarse a las restricciones inherentes al usufructo de la herencia.» Produciendo en Roma, además, cuando la ilimitación era absoluta, cuando no estaba el fiduciario obligado a caución alguna, y la realización del fideicomiso pendía exclusivamente de su voluntad, puesto que podía disponer de modo que no quedase resto alguno, el fideicomiso «*ei quid supererit*».

Ambos fideicomisos, indeterminados en extensión a lo que reste del patrimonio, y además el primero sometido a un plazo (vida del fiduciario), el segundo, pendiente de una condición (existencia de un resto patrimonial, de que no haya dispuesto el fiduciario, quedando sin efecto de no existir éste).

Considérase hoy, por algunos, como disposición modal, como legado a plazo o condicional con condición suspensiva, resolutoria para otros, institución de antiquísimo abolengo y no implicando en modo alguno, ni existencia de un comisario, ni efectos civiles para vínculos secretos, ni vinculación alguna de bienes, sino sólo una disposición fideicomisaria, sin limitar totalmente la facultad dispositiva del primer instituido, por si en ciertas circunstancias se viera precisado a recurrir a ella. Admitiéndose, por ello, modernamente, sin que choque con nuestro espíritu, opuesto a toda vinculación, siendo aplicado, a pesar del silencio del Código, por el amplio criterio admisivo del artículo 675 y la reserva de la facultad del testador de conceder al fiduciario más derechos de los legales normalmente, artículo 784 del Código civil. Resolución de la Dirección general de los Registros de 26 de Mayo de 1925.

El Código alemán le da carta legal en sus dos formas, artículo 2.137: «Cuando el testador haya restringido el derecho del

sustituto a lo que quede de la sucesión, cuando la sustitución se alza, se entenderá que ha liberado al gravado de las restricciones y obligaciones indicadas en el artículo anterior.»

Lo mismo sucederá, en caso de duda, cuando el testador haya dispuesto que el gravado «tenga derecho a disponer libremente de la sucesión», pero si bien le libera de las obligaciones de los artículos a que el 2.136 hace referencia, vuelve al antiguo principio romano del arbitrio de buen varón, que también defiende el señor De Diego, art. 2.138, párrafo 2.º: «... Si contra lo prescrito en el párrafo 2.º del art. 2.113 (sobre disposiciones a título gratuito) hubiese dispuesto el gravado de un objeto de la sucesión, o si, con intención de perjudicar al sustituto, hubiese mermado la herencia, estará obligado a la indemnización de daños y perjuicios.»

¿Y los fideicomisos sucesivos? Ya indicamos que el fideicomisario podía ser gravado con legados y fideicomisos, si el testador, usando de esta facultad, establecía el *gravamen* de restitución a otro u otros beneficiados, surgía la forma del fideicomiso sucesivo; hemos subrayado la palabra *gravamen* para que no olvidemos que no se trata de una sustitución, sino de una carga; para que la sustitución fuera posible, sería preciso que desapareciera el concepto propio del fideicomiso, que el fiduciario y el fideicomisario adquiriesen igual significado e importancia; hemos visto que esto se produce con el ocaso del derecho romano; entonces tiene ya una base firme para desarrollarse la figura, bajo la forma de una sustitución sucesiva, pero como al surgir está la propiedad plenamente individualizada y contraria la libertad de disponer, aunque tenga ya una base en la posibilidad legal de sucesivos fiduciarios, sólo surge, y sólo podía surgir en un sistema sucesorio patrimonial y en una organización individualista del derecho, como una carga y como carga contraria a la libertad de disposición de ser perpetua es limitada por Justiniano, Nov. 159, cap. II; así que lo mismo el fideicomiso sucesivo libre que su forma de fideicomiso de familia se extingue al cuarto grado, y se transmite por el orden establecido por el testador, y en los de familia, como supletorio, el orden legal ab intestato.

Pero al adueñarse el derecho romano justiniano del mundo germano, tomará esta figura un desarrollo e importancia enorme,

producida por dos causas: primera, ser la cédula social germana, no el individuo, sino la familia; segunda, la especial comunidad germana de bienes raíces y de todos los no adquiridos, por la existencia de un patrimonio familiar. Así, que lo mismo que los germanos alteran la necesidad de la adición de la herencia y alteran el carácter de las legítimas, que fundan en la copropiedad, alteran este fideicomiso, que de ser una carga pasa a ser un patrimonio con un titular permanente (la familia) y sucesivos tenedores, en representación de aquélla (los miembros de la familia a que va correspondiendo), suponiendo que éstos no heredan sucesivamente unos de otros, sino todos directamente del fundador.

Además, por la confusión medieval de propiedad—dominio, imperio, jurisdicción—, consecuencia del espíritu germano y propia del feudalismo, surge el segundo carácter de esta nueva institución, o sea un orden especial de sucesión, aparte del legal ab intestato el dueño de los bienes; generalmente, el señor que quiere perpetuar el nombre de su estirpe y mantener el brillo y esplendor de su casa, estatuye, en virtud de su amplio poder dominical, una excepción al orden sucesorio legal, en los bienes que afecta al cumplimiento de su deseo, establece un orden sucesorio privilegiado.

Esto confirma nuestra afirmación al empezar este trabajo, perdura el nombre antiguo, pero con un contenido distinto por completo; así este fideicomiso no es, no ya sólo un fideicomiso, sino que no es, siquiera, una sustitución, siendo, por el contrario, una institución a favor de una persona jurídica: la familia.

Conjunto de bienes, propiedad de una familia (Código prusiano), usufructuado sucesivamente por miembros de la misma, sin facultad de disponer, ni *inter vivos*, como simples usufructuarios que son, ni *mortis causa*, como patrimonio transmisible por su orden privilegiado.

Origen de los mayorazgos, de los *Familiengüter*, tan importantes en su día, tan combatidos en la edad moderna (Jovellanos: *Informe sobre la ley agraria*), contrarios a la libertad de disponer, y amortizando paulatinamente la propiedad. De aquí su supresión, leyes de la revolución francesa, a partir de la del 14 de Noviembre de 1792, y en nuestra patria, leyes de 27 de Septiembre y 11 de Octubre de 1820, que suprime los fideicomisos, mayo-

razgos y toda clase de vinculaciones, disponiendo quedasen los bienes libres y que se dividiesen por mitad entre el poseedor actual y el representante del derecho expectante o sucesor inmediato, y libres al poseedor actual, caso de no haber sucesor, preceptos mantenidos por Real decreto de 30 de Agosto de 1836 y Ley de 19 de Agosto de 1841.

Limitados en el Código francés y demás modernos y en el nuestro, art. 781: «Las sustituciones fideicomisarias, en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto, siempre que no pasen del segundo grado o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador», casi repitiendo el terminante precepto de la ley de 11 de Mayo de 1888, Base 16, párrafo primero: «Materia de las reformas indicadas (en las sucesiones por la Base 15) serán, en primer término, las sustituciones fideicomisarias, que no pasarán, ni aun en la línea directa de la segunda generación, a no ser que se hagan en favor de personas que todas vivan al tiempo del fallecimiento del testador.»

El Código alemán, también las limita, pero no por grados, sino por un plazo; dice la exposición: «Ocurren también casos en que él dispone de sus bienes por testamento, abrigue serios temores de que los herederos disipen los bienes que quiere se conserven en su familia. Según la mayoría de las leyes en vigor, sólo aparece la sustitución fideicomisaria una vez, o al menos, en número determinado de casos; el derecho común (romano) limita en los fideicomisos de familia la sustitución a cuatro grados; el prusiano los permite dos veces; el francés y el bávaro, una sola.»

«También parte el nuevo Código del principio de que no puede sujetarse la sucesión por tiempo indeterminado al establecimiento de una institución, sustrayéndola a la libre circulación, aunque tampoco limita la sustitución fideicomisaria, según el número de casos, creyendo más equitativo señalar un plazo para que cesen sus efectos (art. 2.109, treinta años de la muerte del causante)...»

ANTONIO MARÍN MONROY.

Notario.

La reforma de la ley Hipotecaria en sus artículos 41, 399 y 400⁽¹⁾

IV

INSCRIPCIÓN Y POSESIÓN

A las dificultades insuperables que en el moderno Derecho se presentan cuando se trata de desenvolver el instituto de la posesión, únense en materia hipotecaria los problemas de la investidura, o de su derivada la inscripción, en términos tan complejos, que el estudiante desconfía de los métodos para hallar soluciones exactas y de los resultados mismos obtenidos.

Las legislaciones europeas han recibido su savia y sus materiales del derecho romano y del germánico, fundidos, no armonizados, por el derecho canónico.

Para el derecho romano, propiedad y posesión, señorío jurídico y potestad de hecho, se hallan separados por un abismo procesal (*nihil commune habet proprietas cum possessione*). Para el germánico, la manifestación ostensible del derecho real, autenticada por la investidura o la inscripción, equivale a la propiedad misma si el interés social entra en juego, si el tercero contrata confiado en el Registro, y no pierde sus energías porque, en realidad, la cosa se halle sometida al poder de una persona distinta del titular.

Las dos corrientes se hallan en distintos planos, y aunque éstos se cortan en la línea de la posesión de muebles, de tal suerte que el poseedor de buena fe y el dueño de un saco de trigo están en el derecho medieval igualmente legitimados para disponer a favor de

(1) Véase el número 30 de esta Revista, pág. 425.

tercero, la distancia en el ordenamiento inmobiliario es tan enorme que no puede ser salvada por medio de artificios técnicos.

Con el objeto de fijar las ideas, supondremos que el Derecho germánico se sitúa en el plano de la publicidad, y el romano en un plano procesal, y tendremos, simplificando:

PUBLICIDAD

Investidura o inscripción.

Propiedad.....	} <small>LITIS.</small> {	Posesión.
Acciones reales.....		Interdictos.

La solución elemental que se ocurre a quien por primera vez saluda estas materias, es la de colocar en un mismo plano a los tres conceptos en la siguiente forma:

Propiedad — inscripción — posesión.

En efecto, para el vulgo, la inscripción hipotecaria es superior a la posesión e inferior a la propiedad.

Pero como los tres conceptos responden a instituciones diferentes y a procedimientos distintos, la noción vulgar no sirve al especialista que necesita ahondar en el problema, mas que como punto de partida.

«El actual ordenamiento de la posesión continúa de igual modo el Derecho romano de la *possessio*, y el germánico, de la investidura. Nuestro concepto de la posesión es de estirpe romana, descansa en el poderío real sobre las cosas y es, en su consecuencia, menos amplio que la investidura. Sólo que en su desarrollo y en sus especies se halla determinado por los fundamentos de la investidura, y precisamente por esto se aleja más que la noción posesoria romana del concepto de un mero estado de hecho. Entre los efectos de la posesión sobresalen la protección posesoria y la usucapción del Derecho romano. De pura cepa germánica, por el contrario, son los preponderantes efectos de la publicidad sobre la efectividad y transmisibilidad de los derechos reales. Por tal motivo se separan aquí el derecho de muebles y el ordenamiento hipotecario. En el derecho de muebles, la posesión ha asumido las funciones de publicidad específicas de la investidura; en el derecho

hipotecario las ha cedido a la inscripción. Si se examinan las partes fundamentales del derecho de la posesión y del derecho inmobiliario en sus íntimas conexiones y en sus complementos exteriores, no dejará de reconocerse que el sistema de la investidura no se ha perdido por completo. Como manto de los derechos reales, como forma aparente de la situación jurídica, como relación autenticada que produce efectos mientras las operaciones no sean quebrantadas por el verdadero derecho, se conserva todavía vigente la *posesión*, por lo que se refiere al patrimonio mueble, y la *inscripción* en los libros hipotecarios, por lo que toca a los bienes inmuebles» (1).

Se arguye, sin embargo, que el problema planteado por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria es netamente español, y en unos tiempos en que la inmensa mayoría de los licenciados en Derecho no conocemos a Ramos del Manzano ni a Sarmiento de Mendoza, damos por terminado el papel de la posesión en materia hipotecaria y nos empeñamos en sacar de la inscripción en el Registro unas consecuencias inadecuadas al sistema y al criterio de nuestras leyes civiles.

En estas afirmaciones llevamos un retraso de cien años, porque el problema de la posesión tabular, vivamente discutido al promulgarse el Código civil austriaco, encontró en el primer tercio del siglo XIX juriconsultos que adoptaron la posición radical hoy mantenida en España por algunas autoridades hipotecarias.

Este Cuerpo legal contenía, en efecto, disposiciones que llevaron a distinguir la posesión *natural* de la *tabular* o de los libros. Por ejemplo:

Artículo 321. ... la posesión legítima de un derecho real sobre cosas inmuebles sólo se adquirirá por la inscripción reglamentaria en los Registros públicos.

Artículo 322. ... Cuando la cosa fuese inmueble y existieran Registros públicos, el derecho de posesión corresponderá exclusivamente al que se halle inscrito como poseedor de ella.

Artículo 350. La posesión de los derechos y cosas inmuebles que se hallen inscritas en los Registros públicos terminará cuando sean cancelados..., o cuando se inscriban a nombre de otro.

(1) Gierke, «Deut Priv.», II, pág. 211.

Parece, por lo tanto, que en las fincas inscritas sólo podía existir la posesión *tabular*, y que la *física* quedaba rebajada a la categoría de tenencia natural. Así lo propugnaron Drdacki en 1827, y Packmann poco tiempo después (1). El titular inscrito debía ser puesto en posesión inmediatamente por el Juez, aunque hubiera vendido la finca al mismo demandado. Se comparaba el poseedor *tabular* a un médico con título, y el *natural* a un curandero.

Estas radicales opiniones no encontraron eco ni en la teoría ni en la práctica. Una larga serie de estudios que se extiende a través del segundo tercio del pasado siglo puso en evidencia que la negación de la posibilidad de una posesión física sobre inmuebles, contradecía los principios básicos de la posesión y de la usucapión.

Sólo que la mayoría de los comentaristas, después de aceptar la posesión *tabular* y la *física* como especies del género posesión, no se preocupó de fijar las recíprocas influencias de la realidad sobre el Registro ni de señalar los criterios con que debieran resolverse los conflictos posesorios.

Algunos avanzaron que la posesión física debiera subordinarse a la *tabular*, pero Randa (2), con enérgicas expresiones, sienta la doctrina que en la actualidad sostienen los Códigos y los autores de las naciones *hipotecarias* por excelencia.

«Únicamente la posesión *física* es verdaderamente posesión, la *tabular* no es ni siquiera una especie coordinada de la *física*: su concepto (esencia jurídica) es distinto; su nacimiento y pérdida se regulan por preceptos especiales; finalmente (y esto es fundamental) los efectos jurídicos de ambas difieren totalmente, porque la posesión *tabular* no goza de la característica protección posesoria de los interdictos.»

En efecto, la posesión *tabular* no es el señorío o tenencia de una cosa, ni el disfrute de un derecho unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos (3), sino que refleja el hecho de la inscripción en el Registro.

(1) Cit. por Randa, «Der Besitz», pág. 57 de la segunda edición. Leipzig, 1876.

(2) Op. cit., 60 y sig.

(3) El artículo 309 del Código civil austriaco y el 430 de nuestro Código civil se hallan redactados en forma análoga.

La adquisición y pérdida de la posesión tabular siguen las reglas de la inscripción y cancelación, sin atender al señorío de hecho. La confusión de la misma con la tradición ha sido impugnada por nuestro Sánchez Román mucho antes de la ley española de 1909.

Por otra parte, si los interdictos proceden cuando el que se halle en la posesión o en la tenencia de una cosa haya sido perturbado en ella por actos que manifiesten la intención de inquietarle o despojarle o cuando haya sido ya despojado de dicha posesión o tenencia, ¿podemos forzar los términos de la doctrina y de la ley hasta el extremo de desconocer la relación que existe entre la perturbación o el despojo y la posesión o tenencia físicas?

Tras el citado Drdacki, que otorgaba la protección posesoria únicamente a la posesión tabular, propusieron otros autores que se extendiera a la física y para armonizar la técnica tradicional con la hipotecaria, se indicó que el poseedor físico o natural debía ser protegido contra los no inscritos, como un tenedor, pero no frente al titular inscrito.

También trataron de vencerse las dificultades intercalando entre el procedimiento sumario (*interdictal*) y el petitorio (*declarativo*) un *possessorium ordinarium* en que se discutía el justo título y se concedía su valor a la posesión más antigua.

De hecho, la admisión de dos posesiones simultáneas y de igual especie (tabular y física) llevaba al callejón sin salida de la coposesión solidaria (*compossessio in solidum*).

Para evitar estas contradicciones, la doctrina austriaca, con Minasiewicz, Unger y Randa, retrocede a una posición que casi es la española, anterior a la ley de 1909.

El concepto y la esencia jurídica (según los autores citados) de la llamada posesión tabular, son completamente distintos de los correspondientes a la posesión física; los efectos jurídicos de ésta no son compartidos por la posesión tabular, que propiamente *no es posesión*, sino más bien la constancia efectiva en los libros registrales de una relación jurídica. Sobre esta apariencia ostensible, se funda la ley para proteger al titular y al tercero mediante principios y consecuencias hipotecarios.

Así: la inscripción en el Registro perfecciona la transferencia de la propiedad como la tradición en las cosas muebles; las car-

gas inscritas son las únicas que gravan al tercero adquirente, mientras las no inscritas no le dañan; la confianza en los datos hipotecarios queda protegida por la afirmación doble de que los derechos no registrados no existen, y las acciones de nulidad caducan rápidamente, y, en fin, se concede a la posesión tabular la potencialidad de originar la prescripción o usucapión tabular.

Desde este punto de vista, como la posesión tabular y la física yacen en distintos planos, no se percibe la posibilidad de colisiones.

A todo más puede precisarse la situación jurídica con la afirmación de que el titular registrado, que se halla en la tenencia del inmueble, *possidet justo titulo*, y en algunas legislaciones especiales del Imperio austriaco se niega al poseedor físico la usucapión *contra tabulas*.

Con términos absolutos cierra esta discusión una de las exposiciones más conocidas del Derecho austriaco (1):

«Ateniéndonos al concepto de posesión, la posesión tabular o registrada, que consiste en que alguien se halle inscrito en el Registro como propietario de una cosa inmueble o como titular de cualquier derecho real sobre ella, no es verdadera posesión. La inscripción no es ningún poder efectivo sobre la cosa ni tampoco el goce de un derecho; aquel poder corresponde frecuentemente a una persona no inscrita y entonces aparece solamente ésta (el llamado poseedor físico) como poseedor jurídico. Sin embargo, la inscripción produce ciertos efectos que son análogos a los de la posesión (de ahí el nombre: posesión de libro); pero los efectos esenciales de la posesión, la protección posesoria falta por completo al titular inscrito como tal.»

«La inscripción, dice una sentencia austriaca, es solamente un medio para asegurar el ejercicio de un derecho, pero no el ejercicio mismo.»

En la antigua Ordenanza hipotecaria para los Estados del rey de Prusia, de 20 de Diciembre de 1783, de donde ha surgido el derecho inmobiliario del siglo XIX, encontramos repetidamente la chocante expresión *título de posesión* (*titulus possessionis*) para designar al que acredita una transferencia, como si los cambios poseso-

(1) Krainz. Pfaff, Ehrenzweig-System des öst. allg. Privatsrechts, quinta edición. Viena, 1913, I, pág. 459.

rios fueran lo único que importara al Registro. Pero basta una ligera ojeada a los artículos 55 y 58 del Título segundo para comprender que con tal término se refiere la ley a lo que nosotros llamaríamos títulos de propiedad inscribibles.

«Aquél a cuyo nombre se ha inscrito en los libros hipotecarios el *título de posesión* de una finca está legitimado para realizar actos de disposición sobre ella en los mismos libros.»

«Quien quiera inscribir su *título de posesión* en el Registro, debe presentar al Colegio el instrumento público de adquisición, sea compra, permuta, donación, última voluntad, etc.»

La misma terminología emplean las leyes hipotecarias de mediados de siglo. El artículo 16 de la ley de Baviera, promulgada el 6 de Noviembre de 1843, dice a la letra :

«El folio de los libros principal y de hipotecas debe expresar : 6.º El poseedor (*Besitzer*) o poseedores de la finca (propietario, enfiteuta...) con el título de posesión (*Besitztitel*), e indicación del precio cuando el título de posesión consista en una compraventa...»

Respondía esta nomenclatura a la idea de que la inscripción en tales sistemas era una posesión cualificada, ya que la propiedad es de imposible prueba ante una oficina de jurisdicción voluntaria.

Pero de ninguna manera se olvidaban los efectos de la tenencia física. Claramente se deduce esta separación de los comentarios al párrafo segundo del artículo segundo de la misma Ley, a cuyo tenor la transmisión de la posesión no es necesaria para la transferencia de la propiedad inmobiliaria. Este párrafo no quiere decir, según Heyne (1), que la inscripción en el Registro sustituya a la entrega natural o produzca los efectos jurídicos propios de la misma, y en su consecuencia, el comprador de un predio, a quien el vendedor exija el precio después de inscribir la venta, pero antes de entregárselo, puede alegar la excepción *non adimpleti contractus*.

Con unanimidad indiscutible, los grandes civilistas alemanes omiten todo desarrollo de la llamada posesión tabular y ni en los 125 tomos del *Archiv für die Civilistische Praxis*, ni en los 75 del Anuario de Ihering, que contienen los más profundos estudios sobre la posesión romana, publicados en los últimos cien años, he podido

(1) Comment. I, 46, Leipzig, Tauchnitzjun, 1843.

encontrar ningún argumento en favor de la extraordinaria teoría que absorbe en la inscripción la posesión física de un inmueble.

En cambio, discuten en la actualidad, reconociendo la supremacía de los austriacos, el concepto y límites de la prescripción tabular (*Tabularersitzung*) que más abajo será objeto de nuestra investigación.

V

POSESIÓN TABULAR

De las anteriores consideraciones deducimos que la llamada posesión tabular mira por una parte al derecho de propiedad, y por otra a la efectividad del mismo. Tiene el carácter místico de la investidura (*gewere*) y las apariencias de un señorío de hecho.

Por eso, al discutir cualquiera de los problemas que plantea, vemos a los autores saltar de la propiedad a la posesión, del petitorio al posesorio con riesgo de confundir los principios fundamentales de legislaciones, como la nuestra, de tipo eminentemente romanista, sobre todo en el derecho adjetivo.

Es necesario hacer el esfuerzo supremo de la jurisprudencia alemana, más afectada que nosotros por las influencias de la investidura, y encajar en los procedimientos romanos la técnica hipotecaria.

No es la primera vez que en Castilla se presenta el problema, como vamos a demostrar en breves palabras.

Aunque la investidura germánica incorporaba la propiedad a solemnidades y actos exteriores (corporales), se daban casos en que no iba acompañada con el señorío de hecho. Los más característicos de esta *investidura ideal* eran:

- 1.º La adquisición de bienes por sucesión hereditaria.
- 2.º La cesión de bienes intervivos por acto judicial (*auflassung*).
- 3.º La pérdida del goce de una finca por acto violento o desposesión ilegal.

Así como dentro del segundo apartado, ha florecido el derecho hipotecario, se desenvolvió sobre el primero la sucesión mortis causa desde la Edad media.

Nuestro derecho clásico concluyó por aceptar el paso de la pose-

sión desde el muerto al vivo, como los estatutos y ordenanzas franceses, alemanes e italianos. Y al desenvolver esta posesión civil o civilísima, los Comentaristas de las leyes de Toro llegan a conceptos, frases y soluciones cuya continuación debe buscarse en el derecho alemán moderno.

No vacilo en afirmar que Covarruvias, Gómez, Paz, Oroz, Molinas y Llamas entenderían, si vivieran, mucho mejor los estudios de Gierke que los autores y comentaristas del artículo 15 de la ley Hipotecaria de 1909 y que al referirse «a lo establecido por los estatutos de Francia e Italia», y al citar en comprobación de sus asertos «un catálogo de autores extranjeros» daban muestras de una erudición sumamente recomendable en los actuales momentos consagrados a los apuntes y a las Academias preparatorias.

La primera duda que planteaban nuestros juristas era la de «si la posesión que se transfiere por sólo el ministerio de la ley, sin intervención de algún otro extremo de verdadera o fingida aprehensión, es en realidad verdadera y produce todos los efectos de la que se adquiere por la natural aprehensión» (1).

Resuelta afirmativamente la cuestión, surgía el pavoroso problema de «si dos pueden poseer a un tiempo una misma cosa», y aquí estalla la discordia en términos que cierran el camino a toda esperanza de avenencia.

Llamas continúa: «Como por esta posesión civil y natural que se transfiere por ministerio de la ley al inmediato sucesor, ninguna utilidad le resulta si un tercero ocupa o se mantiene en la tenencia de los bienes vinculados, corresponde tratar ahora de los medios de que podrá valerse para conseguir la corporal o material ocupación de dichos bienes.»

¿No parece este párrafo una introducción al estudio de los medios procesales para hacer efectivo el artículo 41 de la Ley Hipotecaria?

En el fondo, se trata siempre de medir la investidura ideal con las reglas romanas. Unos la introducen forzosamente en el concepto de posesión y configuran un ficticio *corpus possessionis* o se contentan con la mera *posibilidad* del señorío real; otros hablan de

(1) Véase la discusión condensada en los Comentarios a la ley 45 de Toro, por Sancho Llamas.

un derecho a poseer. Sólo que, como dice Gierke, de quien tomo estos conceptos (1), la investidura ideal no es ni *possessio* ni *jus possidendi*, y si concedemos valor universal y absorbente a la posesión romana, debemos declarar que la *investidura* es una imposibilidad jurídica.

Sirva de disculpa tal afirmación a todos los que intentamos resolver el enigma.

Por de pronto, la protección posesoria mediante la legítima defensa y los interdictos de retener y recobrar no se explican fácilmente si no son referidos a la posesión física.

Repeler la fuerza con la fuerza (*vim vi repellere licet*), ser respetado, inquietado, amparado o restituído en la posesión (artículo 446 del Código civil), son términos inaplicables a las modificaciones y cancelaciones en el Registro.

Disfrutar la posesión (artículo 447), percibir los frutos (artículo 451), hacer gastos para su recolección, concluir el cultivo (artículo 452), efectuar impensas necesarias, útiles o voluntarias (artículo 453 y siguientes), son conceptos extrahipotecarios. Y permitir la discusión interdictal de los actos registrales, sobre la base de que han sido practicados por mera tolerancia o sin conocimiento del poseedor, o se han llevado a cabo con violencia, para conservar el paralelismo con los tres vicios, *vi*, *clam* y *precario*, raya en los límites de la demencia.

En una legislación como la nuestra, que declara perdida la posesión por abandono, sin necesidad de declaración ante el Registrador, por cesión hecha a título oneroso o gratuito, aunque el Registro nada diga, por la destrucción o pérdida total de la cosa o por quedar ésta fuera del comercio (circunstancias que casi nunca se hacen constar mediante el oportuno asiento) y por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año, ¿nos atreveremos a sostener que la posesión se pierde por la inscripción de la transferencia del dominio o derecho real, o por la cancelación de la inscripción correspondiente, sustituyendo el artículo 460 del Código civil por el 77 de la Ley Hipotecaria?

La posición radical del legislador de 1909 para el que todos los

(1) «Deut. Priv.», II, 194, nota 30.

derechos reales son capaces de producir situaciones posesorias y que, admitiendo la posibilidad de impugnar la inscripción, como inexacta, no permitía, según algunos, discutir la posesión en sus procedimientos característicos, ha de estimarse como uno de los episodios de la lucha de la inscripción contra la posesión. En el último cuarto del pasado siglo, la práctica hipotecaria ha tratado de responder a la vida real, y los Registros rurales de la propiedad se transformaron en Registros de la posesión. Ahora se intenta resolver el problema sustituyendo la protección hipotecaria por la posesoria. Nueva señal de impotencia: se adopta el uniforme y las armas del enemigo para introducir el pánico en sus filas, y la confusión es general.

El sistema hipotecario tiene medios adecuados a la defensa de la propiedad y gana poco empleando los fusiles como mazas.

A todo más, podemos conceder a la posesión tabular las características de posesión de buena fe y con justo título, cualificada por la inscripción, siempre que encuentre base suficiente (*corpus*) en la vida real y efectiva. Se presumirá, por lo tanto, que el titular posee por sí mismo y con arreglo a la inscripción, que la posesión ha continuado durante el tiempo de la misma, que es pública, pacífica y no interrumpida.

A este criterio responde la modificación introducida por el Decreto de 13 de Junio último, cuyo alcance, con arreglo al preámbulo, estriba en llevar al juicio petitorio las materias de propiedad, así como al posesorio las de posesión, y en conceder efectos plenos a las declaraciones del Registro en uno y otro, mientras que los Tribunales no declaren que el contenido de la inscripción no es cierto o que hay otra posesión preferente.

Cotejemos los casos de inexactitud estudiados en el anterior trabajo con las situaciones posesorias correspondientes, y veremos con claridad la solución de los problemas.

Enajenación realizada por una persona que lleva los mismos nombres y apellidos del titular.—El tercer adquirente que ha inscrito su título de compra entabla un interdicto contra el dueño, que sigue en posesión de su finca. El juez, sin entrar en el problema de propiedad, falla a favor del último, que hace muchos años posee quieta y pacíficamente la casa y no la ha vendido.

Igual solución se impone en el caso de que un mandatario, a

quien se hubiese revocado formalmente el poder, vendiera una finca que su mandante siguiera poseyendo.

Error en la inscripción.—El derecho de usufructo se ha inscrito por error sobre una finca que pertenece a un legatario, quien con anterioridad ha sido puesto en posesión por un albacea autorizado. El usufructuario reclama la cuasiposesión y el juez, a pesar del Registro, no se la concede.

Documento nulo.—Una persona que ha comprado cierta finca a un heredero voluntario y que se halla hace años en posesión de la misma, se ve demandada en un interdicto de recobrar, por el heredero, instituido en un testamento posterior, que ha logrado inscribir su título. El juez resuelve contra el Registro y remite la cuestión de propiedad al declarativo correspondiente.

Cancelación equivocada.—El nudo propietario de buena fe consigue la cancelación del derecho de usufructo mediante la presentación de un certificado de nacimiento de un hermano del usufructuario que, si viviera, tendría la edad fijada en la inscripción. Ambos hermanos llevaban en el Registro civil el mismo nombre. El juez resuelve a favor del poseedor el juicio posesorio.

En estos supuestos, que damos a modo de ejemplo y para que se vea la amplitud del tema, la cuestión de propiedad puede ser resuelta a favor del propietario o titular hipotecario, pero en el procedimiento posesorio, el Registro no será el factor decisivo.

VI

LA PRESCRIPCIÓN EN EL SISTEMA HIPOTECARIO

Desde el momento en que concedemos a la posesión tabular, encarnada en una tenencia física o en una actuación especial, la categoría de posesión privilegiada, nos vemos llevados a admitir también una usucapión tabular y a tratar de la prescripción en sus relaciones con el Registro.

Tema es éste que ha sido poco discutido en nuestra patria y que, con la legislación de 1909, ha recibido mayores desenvolvimientos de los que pudieran encontrarse en los comentaristas y autores de derecho hipotecario.

Desde luego pueden distinguirse los casos en que la inscripción

ya la posesión marchan paralelamente, de aquellos otros en que hay una manifiesta divergencia entre ambas. Y como el asiento en el Registro puede tener un contenido positivo (inscripción *stricto sensu*) o negativo (cancelación), será posible asimilar el primer presupuesto a la usucapión y este último a la prescripción extintiva o, si se quiere, de acciones.

Así agrupados los problemas, vamos a estudiar rápidamente la

Prescripción.	{	Según el Registro (<i>secundum tabulas</i>)...	{	Adquisitiva (1)
				Extintiva (2)
	{	Contra el Registro (<i>contra tabulas</i>)....	{	Usucapión civil (3)
				Prescripción de la acción civil (4)

(1) *Prescripción según el Registro. Adquisitiva.*—Las declaraciones positivas del Registro, cuando son invocadas por terceros, hacen inútil la mayor parte de las veces el instituto de la prescripción, pero cuando se alegan *inter partes* o cuando el llamado tercero no goza de la protección hipotecaria, dejan un ancho campo a tales normas.

En cualquiera de los casos antes citados de inexactitud del Registro, por no corresponder sus declaraciones a la realidad jurídica, ya sea el vicio del título o de la misma inscripción, podemos encontrarnos con una posesión tabular que, con el tiempo, se transforma en dominio.

El que hace muchos años ha comprado de buena fe a un mandatario cuyo poder estaba revocado, y ha recibido de manos de éste la finca, que desde entonces viene cultivando como propia, no será un tercero hipotecario frente al vendedor y verdadero dueño, pero se halla autorizado para acogerse a la prescripción tabular.

Reúne al efecto los requisitos preceptuados en el artículo 35 de la Ley Hipotecaria, tiene su título inscrito, es reputado poseedor (artículo 41), y además desconoce oficialmente el vicio que invalida la adquisición, por estar bajo la garantía de un funcionario público.

Inscripción y posesión se cubren, y si el tiempo exigido por las leyes ha transcurrido, la defensa del titular ante los Tribunales será relativamente fácil.

El artículo 399 de la Ley Hipotecaria exigía una posesión tabular de treinta años para que la inscripción de posesión se transfor-

más en inscripción de dominio. Este precepto, transcrito de la ley de 21 de Abril de 1909, no se conciliaba mucho con el carácter de poseedor de buena fe atribuido por la misma ley al titular, según el Registro, y de aquí la necesidad de reformar el número 1.º del citado artículo 399 en el Real decreto que comentamos, exigiendo tan sólo el transcurso de diez años desde la fecha de la inscripción.

En la hipótesis de que el derecho inscrito no sea el de dominio, ni un derecho real de los que se adquieren sin *título*, tomando esta palabra en su sentido estricto, creemos igualmente aplicable la doctrina expuesta, toda vez que las inscripciones funcionan reglamentariamente como *títulos*. Pero ha de advertirse que la inscripción fundamental en las servidumbres, es la realizada en el folio del predio sirviente, y que los artículos 539 y 540 del Código civil no se refieren al Registro de la Propiedad.

La usucapión en todos estos supuestos correrá apoyada en la inscripción, con arreglo a sus términos y a la posesión física (artículo 1.949 del Código civil).

Cuáles derechos tienen una situación posesoria correlativa (*quasi-possessio*) y hasta qué punto cabe alegar la prescripción de los no comprendidos en este grupo (por ejemplo: la hipoteca), son cuestiones que reservo a la investigación de los estudiosos.

(2) *Prescripción según el Registro. Extintiva.*—De igual modo que las inscripciones, pueden las cancelaciones ser nulas, falsas o ineficaces, y el titular de una finca o derecho que ha de ser mantenido en su posesión, con arreglo a los términos del Registro que declaran extinguido un gravamen, es asimilable al poseedor que, en el ordenamiento antiguo, se apoyaba en la falta de ejercicio de una servidumbre para pedir que se reputase libre de cargas su derecho de dominio.

Esta prescripción, como la anteriormente examinada, ha de apoyarse en la realidad, es decir: además de la cancelación de la servidumbre en el Registro, exigiremos un estado de hecho correspondiente a la inscripción.

No podemos entretenernos en precisar si la prescripción extintiva en tales casos es más bien una prescripción de acciones (artículo 1.961 del Código civil) que una extinción por el no uso (número 2.º del artículo 546).

La cancelación equivocada en el Registro faculta al verdadero

titular para pedir la reinscripción de su derecho, mientras no haya terceros hipotecarios, y esta acción confesoria tiene su término prescriptivo que ha de contarse desde la fecha del asiento de cancelación. Por otra parte, el estado real de los predios (número 3.º del citado artículo) reforzado por la negativa del Registro, extingue el derecho correspondiente.

(3) *Prescripción contra el Registro. Adquisitiva.*—Pasemos ahora a examinar los casos en que la posesión física actúa frente a la inscripción y termina por perfeccionar una usucapción *contra tabulas*.

Llaman ante todo nuestra atención los supuestos de inexactitud registral, por defectos del título o de la inscripción, acompañados de una posesión física correlativa del verdadero derecho y antitética del asiento vigente. Tengo dos predios (A) y (B) por herencia de mi padre, que lindan con las mismas carreteras y con otras fincas de uno de mis hermanos. Vendo uno de ellos (A), y por error se inscribe sobre el folio del otro (B), la enajenación. Sin embargo, la posesión física corresponde exactamente a las declaraciones del título y el comprador durante muchos años cultiva y disfruta la finca (A). Si a consecuencia de una enajenación que mi acreedor ha provocado en procedimiento de apremio, un tercero adquiere la misma finca (A) e inscribe en el folio correspondiente, ¿quién será el dueño?

El artículo 35 de nuestra Ley Hipotecaria es insuficiente para resolver la mayor parte de los conflictos entre propietario verdadero, titular inscrito y poseedor de buena fe.

Con arreglo a la ley Nacional Prusiana podía ser adquirido un predio por prescripción contra el titular inscrito. Cuando la persona a cuyo favor aparecía la inscripción no era el verdadero dueño, quien adquiriera de él e inscribiera no podía hacer efectivo su derecho contra el *dueño real*, que continuaba en el goce y posesión de la finca.

Las leyes promulgadas en el mismo país durante el mes de Mayo de 1872, conferían únicamente al titular inscrito la propiedad, *mientras viviera*, y sólo por la transferencia registrada permitían que el predio saliera de su patrimonio. Fuera del Registro no se engendraba el dominio, sino en los casos siguientes: cuando la finca no estuviese inscrita, cuando el titular hubiese muerto o cuan-

to la persona a cuyo favor aparecía la inscripción no fuera el verdadero dueño (por ejemplo: en los casos de subasta, expropiación, etcétera, etc.)

Citado queda el artículo 927 del Código civil alemán que señala los requisitos y procedimientos necesarios para que pueda ser privado de su derecho, por vía de edictos, el propietario, desaparecido, de una finca inscrita en el Registro, cuando hubiera sido poseída por otro durante treinta años (1).

En este precepto se inspira la reciente reforma del artículo 450 de la Ley Hipotecaria para resolver la contradicción que existía entre los artículos 24, 41 y 82 de un lado, y la regla segunda del artículo 393 por otro. Según los primeros, no pueden ser anulados ni cancelados los asientos del Registro, cuando el titular no presta su consentimiento, mas que por los Tribunales de Justicia en juicio contradictorio. Según la última, si la finca o derecho real, que han de ser objeto de una información posesoria, resultan inscritos, el Juez declara no haber lugar a practicarla y podrá el interesado justificar su dominio mediante el procedimiento establecido en el artículo 400.

La Dirección encontró muy deficientes las garantías de este texto legal y se negó constantemente a cancelar los asientos de propiedad contradictorios. La nueva redacción permite la inscripción de las informaciones de dominio, aunque en el Registro aparezcan inscripciones contradictorias, siempre que éstas contasen más de veinte años de antigüedad y el titular respectivo hubiera sido citado en debida forma y no hubiera comparecido a formular oposición.

(4) *Prescripción contra el Registro. Extintiva.*—Diferente de los examinados supuestos es el relativo a la prescripción a favor del poseedor de un inmueble, de las acciones emanadas de un derecho real inscrito.

La acción hipotecaria prescribe a los veinte años, contados desde que pueda ejercitarse con arreglo al título inscrito (artículo 128 de la Ley Hipotecaria), pero no estamos autorizados para extender esta norma a todos los derechos reales inscritos; en primer lugar, porque el carácter híbrido de la hipoteca se destaca en el término de los veinte años, y en segundo lugar, porque lo que propiamente

(1) Véase el número 30 de esta Revista, pág. 427.

prescribe es el crédito que arrastra consigo en nuestra legislación al derecho real.

La inscripción en el Registro, como la prescripción, se dirigen al aseguramiento de la justicia, pero mientras la prescripción considera incierto o dudoso el derecho no ejercitado durante largo tiempo, protege el Registro al titular que, por haber observado las prescripciones hipotecarias, mantiene vigentes sus facultades.

Carece, por lo tanto, de base la prescripción en cuanto el asiento conserva vivo el poder jurídico y equivale al ejercicio del derecho o, al menos, anuncia a todos, cuáles son las pretensiones del titular.

Si éste existe y no ha desaparecido, puede comparecer y oponerse a todo intento de cancelación. ¿Bastará con el transcurso del tiempo para que la prescripción de acciones produzca sus efectos y le reduzca a la categoría de un titular nominal de un *dominium sine re*?

Sabido es que la lucha entre el artículo 35 de la Ley Hipotecaria y el 1.959 del Código civil se ha decidido a favor de la prescripción *contra tabulas* de treinta años, ya sobre la base de que por ser extraordinaria no necesitaba título ni buena fe, ya porque la Ley Hipotecaria favorecía al tercero y no lo es el titular respecto del prescribiente.

Aun suponiendo que la posesión tabular introducida por el artículo 15 de la ley de 1909 haya cambiado el planteamiento del problema e imposibilite la aplicación del artículo 1.959, que exige para prescribir una posesión no interrumpida, siempre se alegraría ante los Tribunales españoles el artículo 1.963 del mismo Cuerpo legal con el objeto de paralizar la acción reivindicatoria. Falta en nuestro Código una disposición análoga a la contenida en el artículo 902 del alemán: Las acciones derivadas de derechos inscritos no prescriben.

Sin embargo, este mismo Código permite la prescripción de las rentas exigibles en virtud de un derecho real y la de las servidumbres cuyo ejercicio se haya hecho imposible por las obras efectuadas en el predio sirviente.

JERÓNIMO GONZÁLEZ

(Continuará.)

Orientaciones necesarias

«... Por la Dirección General se redactará... y los preceptos que respondan a la mejor organización y mayor efectividad de la Institución.»

(R. D. de 21 de julio de 1927.)

Próximamente, a juzgar por el extractado Real decreto que sirve de tema a estas líneas, serán encajadas orgánicamente en el nuevo Reglamento Hipotecario que elabora la Dirección General de los Registros, todas aquellas reformas que, ora han aparecido con intervalos de tiempo y fragmentariamente en la *Gaceta*, respondiendo a necesidades jurídicas del momento, ya vienen siendo aconsejadas por técnicos y publicistas en larga serie de años y experiencia. Por lo enunciado en la disposición nombrada, es amplísimo el índice de reformas que se tratan de implantar, comprendido en dos enunciados generales, o sea : Primero : La mejor organización de la Institución Registro. Segundo : Su mayor eficacia. Y la Dirección General, con sus hombres y el material profuso acumulado a través de tantas disquisiciones, memorias e informes sobre necesidades y lagunas de la Legislación, de sabia jurisprudencia orientadora, lejanas las necesidades parlamentarias turbadoras de la serena y articulada visión del jurisconsulto, es la esperanza fundadísima de que la Institución hipotecaria ha de alcanzar el deseado grado de plenitud y eficacia tan, por tantos conceptos, escasa hasta ahora.

A nuestro juicio, la reforma verdaderamente trascendental ha de afrontar, no sólo la paridad de las realidades hipotecarias y las

que surgen a extramuros de sus normas—cosa que no se lograría sin el complemento de un Catastro racional—ni tampoco multiplicando las combinaciones que dan elasticidad al crédito inmobiliario, sino que tiene que atender de una vez el problema de la propiedad ausente del registro, y aun el de aquélla que ya a su amparo emigra del mismo. Este es tal vez el más importante que ha de presentarse a todo reformador de la ley, y de nada valdrán las fórmulas más o menos acertadas que se injerten en nuestra legislación, como sobre un cuerpo inanimado, si de nuevo la indiferencia, el desconocimiento o la desconfianza popular las esterilizan.

Influyen, y no pretendemos descubrir nada nuevo, varias causas en el problema anunciado últimamente y que pueden clasificarse en las siguientes: A) Obstáculos derivados de la división del tiempo (art. 20). B) Rigorismo formal del tracto sucesivo y deficiencias de la titulación. C) Fisonomía de la propiedad en las distintas regiones de España. D) Sistema fiscal y predominio del documento privado en muchas de ellas. E) Multiplicidad de funcionarios y oficinas y, por tanto, de gastos y tramitación. F) Desconocimiento de la legislación hipotecaria y de su importancia social.

Extensamente podría tratarse de cada uno de los extremos nombrados si no se temiera pasar los límites de un artículo de Revista. Este temor y la certeza de que otros profundizarán en ellos con más autoridad y competencia, nos obligan a examinarlos tan sólo superficialmente.

* * *

Trasladada a 1.º de Enero de 1922 la fecha que marca la diversidad de requisitos para la inscripción con o sin antecedentes del artículo 20, subsiste prácticamente infranqueable, la barrera opuesta a mucha titulación que de abandonar el camino real del dominio, tiene que acudir al suburbio posesorio con linderos *ad hoc*, por lo que nos parecen inconsistentes—aunque clásicos—los argumentos esgrimidos por el Sr. Morell en defensa de la división del tiempo, y de la necesidad de la preexistencia del derecho inscrito y que por conocidos no reproducimos; la misma limitación de sus efectos en dos años es su contradicción más elocuente y la confirmación de servir sólo de obstáculo a la inscripción de la propiedad rezagada o convencida.

Es, pues, necesario abandonar el sistema de la preexistencia

del derecho en el Registro y acabar con la ficción y el fetichismo de las fechas trasladables de vez en vez, exigiendo, sí, la preexistencia del derecho en el transmitente con la oportuna presentación de su título fehaciente debidamente calificado por el Registrador, y limitar a tres meses los dos años que en la actualidad carecen de efectos contra tercero los derechos inscritos al amparo del artículo 20.

En su consecuencia, el párrafo tercero del mismo podía quedar redactado en esta o parecida forma: «No obstante podrán inscribirse sin dicho requisito los documentos que se otorguen por quien justifique con documento fehaciente la adquisición anterior del derecho inscribible, con tal de que no estuviese inscrito el mismo a favor de otra persona; pero en el asiento solicitado se expresarán las circunstancias esenciales de tal adquisición, tomándolas de los documentos necesarios al efecto.»

El párrafo cuarto:

«Estas inscripciones no surtirán efecto contra tercero hasta transcurridos que sean tres meses, a contar desde que fueran hechas.»

Y el párrafo sexto:

«Cuando no resultare inscrito a favor de persona alguna el mencionado derecho ni se justificase la anterior adquisición del otorgante, los Registradores harán anotación preventiva, a solicitud del interesado, la que subsistirá el plazo señalado en el artículo 96 de esta ley.»

De esta manera se distinguía entre los derechos ya inscritos, que para las inscripciones sucesivas habían de tener por base la anterior inscripción del transmitente, y los derechos ingresados por primera vez en el Registro que verían facilitada su entrada en la forma dicha.

* * *

El rigorismo formal del tracto sucesivo, que exige, con las salvedades comprendidas en el mismo artículo 20, encadenamiento absoluto de todas las transmisiones, opone también obstáculos imposibles de salvar. Roto cualquier eslabón de la cadena, el que pretende inscribir se ve imposibilitado de hacerlo por lo oneroso de la operación en unos casos, en otros por la dificultad de reunir toda la documentación necesaria o subsanar los defectos de que adolece, sin

que tampoco le sea dable acudir al expediente posesorio o de dominio, porque al identificarse la finca sería denegada la inscripción, salvo en el caso de transcurso de veinte años a que se refiere la última reforma.

* * *

Conocidas son las diversas características que presenta la propiedad en cada una de las regiones españolas: concentrada en unas, dividida en otras hasta la atomización, en la penumbra muchos dominios directos, se hace preciso, como decía en 1877 el señor Martínez Alvarez en el discurso de apertura de Tribunales «... medidas legislativas para que la constitución de nuestra propiedad rural se realice por tal modo, que ni se acumule con exageración, como en los grandes cortijos de Andalucía, con el inmenso proletariado de las muchedumbres, ni se disperse y divida y subdivida hasta lo infinito, como en las comarcas del Norte, enflaqueciendo el cultivo, anulando la producción, y haciendo imposible en nuestro suelo la aplicación de los progresos de la Ciencia». En vano, pues, se implantarán reformas inmobiliarias si no se atiende debidamente a la idiosincrasia de algunas regiones, y la pequeña propiedad, numerosísima y de enorme importancia en su conjunto—comarcas enteras—, no se entregará a los progresos de la Ciencia, ni, por tanto, rendirá el beneficio social debido, si no se dictan normas que pudiéramos calificar de forales.

* * *

Intimamente unido a los anteriores enunciados se encuentra el documento privado que, no sólo domina donde la propiedad arrastra vida miserable, sino que va minando y sobreponiéndose a la sana titulación pública, protegido por las necesidades del Fisco, a lo que puede añadirse el desconocimiento de la ley Hipotecaria—incluso desterrada de los estudios universitarios—y que contribuye a darla fama de abstrusa y misteriosa, de ente fantástico, de «seca, árida y horripilante legislación hipotecaria», como la nombra el maestro Azorín, y da por resultado el desconocimiento de su importancia social, la misma del dominio cierto e incontrovertible.

El documento privado, secuela de esta ignorancia y vestigio ancestral de la libertad de contratación—que, a nuestro juicio, debe

ser controlada por el Estado—, es la filoxera de la propiedad rural, a la que va tornando cada vez más incierta, preñada de todas las disidencias, expuesta a todos los expolios y nutridoras de todas las ansias laberínticas de leguleyos y usureros. La misma razón lógica que dispone la no validez de la hipoteca mientras no se constituya ante funcionario público, y se inscriba, debe generalizarse para que los contratos sobre el dominio y sus modificaciones no se constituyan válidamente, sino mediante la intervención de un fedatario y la inscripción en cuanto a los inmuebles y derechos reales, pudiéndose repetir los citados por Jerónimo González en sus «Estudios»: «No es el verdadero derecho el que se oculta como venenoso aguijón, sino el que se luce como una armadura de gala entre sus compañeros y conciudadanos.» Naturalmente que esto es prácticamente difícil en la actualidad, mientras que para la contratación más sencilla en materia y cuantía, tengan que intervenir con frecuencia Juzgado, Notaría, Oficina liquidadora y Registro, rueda dilatada y costosa, cuya sola perspectiva infunde terror al propietario y lo lleva de arribada forzosa al documento privado.

Facilitar y simplificar, teniendo también como ideales de nuestra legislación aquéllos que preconiza Torrens (cit. J. G.) como conseguido por su sistema.

Eliminar la inseguridad proveniente de las múltiples causas de resolución, haciendo seguras las transacciones e irrevocables los títulos.

Introducir la claridad y precisión, eliminando la obscuridad y la palabrería.

Reducir el coste y el tiempo.

Proteger al adquirente contra los fraudes y la mala fe.

Dar a la propiedad el verdadero valor.

Disminuir el número de pleitos sobre la propiedad territorial, y, además, dar al crédito inmobiliario la máxima elasticidad y procurar la identificación de la propiedad por medio de un Catastro que no sobreponga las miras tributarias a las jurídicas.

Jurisprudencia de la Dirección de los Registros y del Notariado

RECURSO DE QUEJA EN EL CASO DEL ARTÍCULO 272 DEL REGLAMENTO.
NO CABE TERCERA INSTANCIA ANTE LA DIRECCIÓN. DEBER DE RELACIONAR O ENUMERAR LOS TÍTULOS Y SUS COMPLEMENTOS.

Resolución de 28 de Abril de 1927. (Gaceta de 11 de Junio de 1927.)

En el recurso de queja formulado por D. José del Portillo contra el Registrador de la Propiedad de Almansa, por haberse éste negado a hacer constar en el asiento de presentación de varios documentos el contenido de dos instancias que acompañaba, una solicitando la inscripción de dichos documentos, y otra en que se refutaban calificaciones anteriores del Registrador, el Juez delegado declaró, en el auto oportuno, no haber lugar; resolución que, confirmada por el Presidente de la Audiencia, fué objeto de recurso ante la Dirección, la que acordó declararlo inadmisibile, por considerar que si bien pueden reputarse complementarios de los títulos inscribibles, todos aquellos documentos en que los interesados hagan manifestaciones de voluntad, peticiones relacionadas con el Registro, descripciones de las fincas en cuestión, o relación de datos interesantes para la práctica de los asientos, y, en su consecuencia, las instancias discutidas debieran haber sido relacionadas brevemente, o, por lo menos, enumeradas en el asiento de presentación a los efectos de poder en su día justificar este acto, es lo cierto que el recurso de queja por la negativa del Registrador a comprenderlos en el Diario ha de darse por terminado con la apelación ante el

Presidente de la Audiencia, y no cabe una tercera instancia ni un nuevo recurso de queja, después de transcurridos con exceso los quince días a que se refiere el artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento civil, caso de que, en analogía con lo dispuesto en la Real orden de 8 de Marzo de 1920, se estimase aplicable.

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE BIENES DE CAPELLANÍAS. NECESIDAD DE CITAR A LA REPRESENTACIÓN DEL ESTADO.

Resolución de 5 de Mayo de 1927 (Gaceta de 22 de Junio de 1927.)

En el Juzgado de primera instancia de Carmona se presentó instancia solicitando la incoación de expediente de dominio por D. Francisco Chiclana González, en representación de D. Juan Caballos Pérez, de fincas que éste poseía hacía más de 20 años, y que se hallaban inscritas en posesión desde el 2 de Noviembre de 1897, en favor de la Capellanía de D. Luis Tomás Maestre. Citados el Ministerio Fiscal, el Administrador de Capellanías vacantes del Arzobispado, y, por edictos, las personas a que pudiera perjudicar la inscripción que se pretendía, y transcurrido el término de los 180 días, se dictó auto de aprobación, mandando inscribir dicho dominio en la forma que se solicitaba.

En el testimonio presentado, el Registrador de la Propiedad puso la siguiente nota: «No admitida la inscripción del precedente documento por observarse los defectos siguientes: primero, no haber sido citada ni oída la representación del Estado, infringiéndose lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 503 del Reglamento de la ley Hipotecaria; segundo, que estando inscrita la posesión de las fincas a nombre de la Capellanía que fundó D. Luis Tomás Maestre, no se acompaña la Real orden declaratoria de estar exceptuadas de la desamortización, y, tercero, no haberse citado al titular de las inscripciones, o, en su defecto, a los que puedan tener derecho, con arreglo a la fundación de la citada Capellanía, y no pareciendo subsanables los expresados defectos, no es admisible la anotación preventiva.»

En el recurso interpuesto, en el que informó el Juez en el sentido de parecerle procedente la nota recurrida, el Presidente de la

Audiencia declaró bien denegada la inscripción respecto del primer motivo de la nota, agregando, en cuanto a los otros dos, que no aparecen bien justificados, ya que no puede decirse infringido el párrafo segundo del artículo 503 del Reglamento, habiéndose citado al Administrador de Capellanías y a las personas a quienes pudiera perjudicar la inscripción.

La Dirección general, considerando que de los tres motivos contenidos en la nota tan sólo el primero ha sido apreciado por el auto recurrido, tan solo en cuanto a él confirma éste, estimando los dos últimos como definitivamente desestimados, ya que el Registrador no formuló apelación, con la doctrina que sigue.

En los expedientes y juicios que tengan por finalidad atribuir bienes procedentes de Capellanías a las personas llamadas por la ley a su disfrute, se hallan interesados, aparte de la Iglesia, por lo que a la conmutación de cargas piadosas se refiere, y de las familias a quienes corresponde el patronato activo o pasivo, la administración pública, a quien compete la clasificación de los bienes comprendidos en las leyes desamortizadoras y la declaración de no hallarse sujetos a las mismas las Capellanías de sangre que por su carácter familiar constituyen verdaderos patrimonios de los particulares.

Todas las disposiciones complementarias de las leyes de 1 de Mayo de 1835 y 11 de Julio de 1856, han reconocido a la potestad civil este derecho de examinar la validez y fuerza legal de los documentos presentados en apoyo del carácter familiar de una fundación y del derecho de las personas que soliciten los bienes, así como la facultad de discutir en el procedimiento adecuado si la Capellanía o el beneficio está subsistente por conservarse el patronato en las líneas llamadas por el fundador, y, en su consecuencia, el admitir la inscripción en el Registro de bienes de esta clase a la sombra de un expediente de dominio, sin audiencia ni citación de la representación competente del Estado, abriría un camino por donde, sin ninguna de las garantías apuntadas, derivaría la adjudicación de las fincas dotales de *Capellantas*, beneficios y fundaciones piadosas.

ENAJENACIÓN DE FINCA POR DÉBITOS A LA HACIENDA. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 80 DEL REGLAMENTO. NOTIFICACIÓN A LOS HEREDEROS DEL DEUDOR. LA ACCIÓN DEL COMPRADOR PARA SOLICITAR LA INSCRIPCIÓN, NO PRESCRIBE.

Resolución de 18 de Mayo de 1927. (Gaceta de 24 de Junio de 1927.)

En 13 de Junio de 1893, y ante el Notario de Villahermosa, don Lorenzo de Moya, don Paulino de Zarza y Estacio, como Agente ejecutivo de Hacienda de la zona, previo procedimiento de apremio, seguido con arreglo a la instrucción entonces vigente, de 12 de Mayo de 1888, contra los herederos de D. Bernardo Ortega, en nombre de éstos vendió una casa a D. Juan de Mata Fernández.

El 2 de Octubre de 1925, se presentó dicho documento al Registrador de la Propiedad de Villanueva de los Infantes, quien puso en él la nota que sigue: «No admitida la inscripción del precedente documento, por no resultar del expediente de apremio haberse hecho la correspondiente notificación a los deudores, no procediendo tampoco tomar anotación preventiva.»

En el recurso gubernativo interpuesto, alegó el Registrador, además de lo pertinente a su nota, que, «aunque el artículo 66 de la ley Hipotecaria y sus concordantes del Reglamento no establecen plazo para entablar el recurso gubernativo, no cree que esto permita al interesado entablarlo a los treinta y tres años; y cree, asimismo, que esa acción que se ejercita se la debe considerar como personal, y prescribe a los quince años, conforme al artículo 1.964 del Código civil.»

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador, contra lo que se alzó el D. Juan de Mata, entre otras razones, porque los Registradores no pueden calificar los documentos que se les presenten por sus clientes, como, según él, ocurría en este caso, resultando, por el contrario, de la información practicada, que el Registrador había dejado de tiempo atrás de aconsejar a dicho recurrente, siendo, además, de notar, que la calificación, por lo negativa, era opuesta al interés del presunto cliente.

La Dirección general revoca el auto apelado y la nota del Registrador, por considerar que el artículo 80 del Reglamento Hipotecario, en cuya virtud los Registradores de la Propiedad no pueden calificar los títulos en que se hallen interesados sus clientes, ha tenido por principal objeto evitar la parcialidad en la práctica o redacción de las inscripciones o notas correspondientes, y se refiere, indudablemente, al Registrador y Abogado en ejercicio que con este doble carácter pueda favorecer a su cliente o perjudicar al adversario del mismo; pero no es aplicable a los casos en que aquel funcionario se opone a las peticiones del presunto cliente, sobre todo cuando la nota calificadora, como sucede en este recurso, reproduce otra de bastante antigüedad y los servicios profesionales no se han prestado desde hace tiempo.

Si bien las notificaciones preceptuadas por las Instrucciones de apremio deben ser practicadas escrupulosamente y con las mayores formalidades para defender los derechos de los contribuyentes, cuyas propiedades serían de otro modo objeto de verdaderas confiscaciones, no ha de juzgarse con un criterio, hoy predominante, la tramitación de expedientes sujeta a Instrucciones ya derogadas, sino atender al contenido de las mismas, para declarar la legitimidad de los actos administrativos que han causado estado.

A tenor del número 4.º del artículo 71 de la Instrucción de apremios de 12 de Mayo de 1888, «si el deudor se niega a recibir la notificación, o si no se halla en su casa y se niega su familia, o si no se encuentra a nadie de su familia o de sus criados domésticos, firmarán los testigos con el Agente una de las cédulas expresivas del hecho, para que la acompañe como justificante al expediente, remitiendo el otro ejemplar al alcalde de la localidad, a los efectos que estime convenientes», precepto que aparece cumplido en el expediente en cuestión, que dice a la letra: «cuya providencia no se notificó a los herederos de D. Bernardo Ortega, por ignorarse su paradero y no tener personas que legalmente los representen en Villanueva de los Infantes, por lo cual se entregó la cédula duplicada al señor alcalde de dicha villa.»

La argumentación del Registrador arranca del supuesto de no hallarse justificada la ignorancia del domicilio de los deudores, para concluir exigiendo que se acredite la devolución, por el señor alcalde, del duplicado de la cédula, con la prueba de haberse prac-

ticado la notificación, mientras en el auto apelado se declara inaplicable al caso el número 4.º del artículo citado de la Instrucción, y se exige la publicación de edictos de conformidad con el artículo 77 de aquélla, sin que en dicho texto se encuentre la tramitación a que alude el Registrador, por recomendable que fuese, ni en el artículo 77, que no se refiere a la forma de las notificaciones, ni en el 67, que establece la publicación gratuita de edictos en los *Boletines Oficiales*, sin aludir a las notificaciones, se encuentre base suficiente para denegar la inscripción solicitada.

El haber transcurrido más de treinta años desde que se autorizó la escritura de compra-venta y se creó el nuevo estado de cosas, lejos de invalidar la acción que corresponde al comprador para pedir la inscripción de aquel documento público, indica que hay una falta de concordancia entre el Registrador y la realidad jurídica, que debe corregirse mediante titulación auténtica.

DEHESA BOYAL. ES DEFECTO QUE IMPIDE TODA INSCRIPCIÓN DE CESIÓN POSTERIOR LA FALTA DE EXPEDIENTE POR EL QUE SE DECLARE HABER PERDIDO TAL NATURALEZA.

Resolución de 3 de Junio de 1927. (Gaceta de 25 de Junio de 1927.)

El Ayuntamiento de Fuencarral (Madrid), dueño en el Registro de una finca dehesa, titulada de «Valdelatas», calificada como dehesa boyal por Real orden de 29 de Abril de 1864, acordó, en la forma de mayoría del Pleno de la Corporación que exige el único artículo del Real decreto de 18 de Junio de 1894, previo anuncio en el *Boletín Oficial*, sin reclamación, y el asentimiento de los Ministerios de Fomento y Gobernación, la cesión gratuita de parte de dicha finca a la Diputación Provincial de Madrid, con destino a Hospicio, Granja agrícola y Campo de experimentación, otorgándose al efecto la correspondiente escritura, en 3 de Agosto de 1926, ante el Notario de El Molar, D. Tomás Martín Lunas.

Presentado este documento en el Registro de la Propiedad de Colmenar Viejo, por el Registrador se puso la siguiente nota:

«Denegada la inscripción de este documento, porque teniendo la dehesa de Valdelatas el carácter de dehesa boyal del pueblo de Fuencarral, no puede ser enajenada sino en las condiciones que establece el artículo 24 del Reglamento vigente de Hacienda Municipal, sin que la Real orden, sin fecha, del Ministerio de la Gobernación, que se inserta en el expediente, disponiendo que la cesión acordada por el Ayuntamiento de Fuencarral a favor de la Diputación Provincial de Madrid, con destino a la instalación del Hospicio, no está comprendida en el artículo 24 del Reglamento de Hacienda municipal, sea de clasificación de la dehesa de Valdelatas, a los efectos de lo preceptuado por las leyes desamortizadoras, cuya clasificación, además, sólo puede ser hecha por el Ministerio de Hacienda, a tenor de lo dispuesto en la Real orden de la Presidencia del Consejo de Ministros de 19 de Junio de 1901, en la que se establece que los expedientes de venta o permuta de bienes amortizados son de la exclusiva competencia del expresado Ministerio, y suspendida la inscripción del propio documento porque dentro de la vigencia de los preceptos del Código civil y del Estatuto municipal no se ha cumplido lo dispuesto en los artículos 150, número 25, y 220 del referido Estatuto, y por observarse el defecto de que la numeración del párrafo noveno de la escritura en que se describe el terreno objeto de cesión aparece enmendada o rectificada, sin salvarse la enmienda.»

En el recurso interpuesto por la Presidencia de la Diputación, el de la Audiencia revocó la nota del Registrador, y la Dirección general, reunida y oída la Junta de Oficiales, acordó declarar, con revocación del auto apelado, que el defecto señalado en primer lugar por el Registrador subsiste como subsanable mientras no se rectifique la inscripción vigente en el Registro de la Propiedad mediante la declaración de haber perdido la finca su carácter de dehesa boyal, hecha en expediente de desclasificación u otro análogo por el Ministerio de la Gobernación, todo en virtud de los siguientes razonamientos:

Como un reflejo o supervivencia de antiguas organizaciones sociales, cuyos beneficiosos resultados sirven de orientación a la técnica jurídica actual los bienes comunales y, entre ellos, las dehesas boyales son tipos de propiedad corporativa en los que las facultades correspondientes a los vecinos o habitantes de un

pueblo, lugar o parroquia limitan y completan los derechos dominicales del Municipio, hasta el punto de haber sostenido que son cosas cuyo dominio no pertenece a nadie, verdaderos complexos de relaciones jurídicas, surgidas de la convivencia y vecindad, situaciones económicas en cierto modo independientes de los vínculos administrativos, y, por lo que «al derecho privado toca, bienes que no pertenecen a una persona moral ni a varios sujetos» pro indiviso.

Este criterio se halla implícito, tanto en los esfuerzos hechos por la glosa para separar estos bienes de los patrimoniales, como en la categórica afirmación consignada en la ley 9.^a, tít. XXVIII de la 3.^a Partida, con referencia a «las dehesas e todos los otros lugares semejantes destos» que «todo ome que fuere y morador puede usar» «e son comunales a todos también a los pobres como a los ricos».

La distinción de bienes propios y comunes de los pueblos se mantuvo con tanta rigidez en la legislación desamortizadora del pasado siglo, y en lo relativo a este recurso gubernativo es fundamental el párrafo segundo del artículo 1.^o de la ley de 11 de Julio de 1855, que exceptuaba de la venta decretada por la ley de 1.^o de Mayo de 1855, la dehesa destinada o que se destine entre los demás bienes del pueblo al pasto de ganados de labor de la misma población.

El artículo 4.^o del Real decreto de 3 de Marzo de 1917, al dar efectividad a la ley llamada de Autorizaciones, suspendía tan sólo las citadas leyes desamortizadoras de 1855 y 1856 y sus disposiciones complementarias, en lo referente a la venta de bienes inmuebles y derechos reales pertenecientes a los Ayuntamientos y a las Diputaciones, con el objeto de preparar la constitución de las haciendas locales, pero nada ha innovado sobre la naturaleza y distinción de los mismos en propios y comunales, del mismo modo que el Real decreto de 4 de Junio de 1921 se ha limitado a encomendar al Ministerio de Fomento la administración de los montes públicos «como lo estuvo antes del año 1896».

El Estatuto municipal ha conservado la distinción de ambas clases de bienes, tanto en el artículo 220, cuyo número primero se refiere a los «inmuebles del patrimonio municipal de común aprovechamiento», y el segundo a los «bienes que sin ser aprovecha-

miento común pertenezcan al Municipio», como en el artículo 310, según el cual, constituyen patrimonio municipal el conjunto de bienes, derechos y acciones que pertenecen a un Municipio, al común de sus vecinos o a establecimientos municipales, y, sobre todo, se refiere especialmente en el artículo 159 al disfrute de los bienes comunales de los pueblos, regulando minuciosamente los aprovechamientos gratuitos, la enajenación de esquilmos, la distribución entre los vecinos, la adjudicación en subasta y la fijación de cuotas por los lotes adjudicados.

El Reglamento de Hacienda municipal, aprobado por Real decreto de 23 de Agosto de 1924, contiene reglas relativas al aprovechamiento de los montes comunales, que, según frase de la exposición elevada a Su Majestad, están inspiradas en la alta conveniencia, así nacional como municipal, de que ciertas formas de propiedad corporativa, lejos de desaparecer, sean acrecentadas, a cuyo fin los estímulos y ayudas que el Poder público ofrezca resultarían siempre inferiores a los que la rutina, la ignorancia, los prejuicios o la codicia excesivos, demandan frecuentemente en muchas comarcas españolas.»

A tenor del artículo 24 del mismo Reglamento, «no obstante lo dispuesto en el número 25 del artículo 150 del Estatuto, y en el número 1 del 222 (?), la facultad de enajenar los bienes de aprovechamiento común, incluyendo entre ellos las dehesas boyales a que se refiere la ley de 11 de Julio de 1856, se entenderá limitada en todo caso al usufructo, cuya cesión será indefinida o temporal, aunque en este caso renovable, y podrá otorgarse únicamente a los vecinos mientras tengan este carácter», y para eludir la prohibición de tan terminante precepto, es necesario demostrar que los terrenos objeto de la escritura calificada, no forman parte de una dehesa boyal, y no se hallan sujetos a la especial reglamentación por que se rigen esta clase de bienes comunales.

Si por una parte no corresponde a los Registradores de la Propiedad ni a este Centro directivo graduar la constitucionalidad de las disposiciones emanadas del extinguido Directorio Militar, es indiscutible, por otro lado, que el Reglamento de Hacienda municipal, por ser complemento del Estatuto respectivo por haber sido aprobado por Real decreto, a propuesta del jefe del Gobierno y de acuerdo con el Directorio Militar, y por contener pre-

ceptos de carácter general, reúne las características de un ordenamiento legal, al que debe prestarse obediencia, sobre todo cuando, lejos de oponerse al espíritu de lo estatuido, desenvuelve los principios sentados en aquel primordial Decreto.

Ni en la letra ni en el fondo del artículo 22 del Reglamento de Hacienda, se encuentra la autorización concedida a los Municipios para hacer la calificación de los bienes inventariados *libremente y por su propia voluntad*, a que alude el recurrente, y que, por el contrario, la formación del inventario ha de realizarse con sujeción a los títulos de propiedad o posesión que ostente el Ayuntamiento y a las prescripciones del artículo 21 de aquel texto, que distingue los bienes que pertenecen al Municipio de los que pertenecen al común de sus vecinos o a los Establecimientos municipales de Beneficencia e Instrucción u otros análogos que dependan del Ayuntamiento.

La Real orden del Ministerio de Hacienda que en la escritura objeto de este recurso aparece reseñada, no ha tenido más alcance que el de acreditar que por haber cesado la intervención de aquel Departamento en la administración de los montes públicos, ha caducado igualmente la facultad que le competía para dictaminar acerca de si el monte Valdelatas tiene actualmente la naturaleza de dehesa boyal, y esta resolución de carácter negativo no sirve ciertamente para salvar el obstáculo que a la cesión de bienes discutida opone el citado artículo 24 y la tradicional legislación sobre la materia.

En cuanto a la Real orden del Ministerio de Fomento, fechada en 28 de Octubre de 1925, tan sólo declara que desde el punto de vista forestal no hay inconveniente alguno en que se lleve a efecto el acuerdo tomado por el Ayuntamiento de Fuencarral para la cesión del repetido monte con destino a nuevo Hospicio, Granja agrícola y Campo de experimentación, sin hacer otra mención de la situación jurídica que una referencia sobre el hecho de figurar el monte Valdelatas con el número 72 en la relación de los que tuvo a su cargo el Ministerio de Hacienda, y ha pasado a Fomento, estando clasificado como dehesa boyal en virtud de Real orden de 29 de Abril de 1864.

Mucho más explícita la Real orden del Ministerio de la Gobernación, en cuanto declara que la cesión gratuita acordada por

el Ayuntamiento de Fuencarral con destino a la instalación del Hospicio, no está comprendida en el artículo 24 del Reglamento de la Hacienda municipal, omite todo pronunciamiento formal sobre la pertenencia de la referida dehesa que pudiera servir para alterar la clasificación de la misma y rectificar la inscripción extendida en el Registro de la Propiedad.

Si bien pudiera admitirse la posibilidad de cambiar la naturaleza de las dehesas boyales, cuando las fincas son roturadas o destinadas a usos distintos o cuando los pueblos las arriendan o arbitran, no debe practicarse la rectificación de los asientos, sin que de un modo auténtico se acredite que los bienes han dejado de ser *comunes* para pasar a figurar entre los *propios* de un Municipio: primero, porque este problema afecta a derechos y aprovechamientos de todos los pueblos como núcleos sociales frente a los Ayuntamientos como organizaciones políticas; segundo, porque la ley de 8 de Mayo de 1888 y disposiciones concordantes no revocaban las excepciones otorgadas a terrenos de aprovechamiento común por haber sido arrendadas con sujeción a las normas vigentes, y tercero, porque la jurisprudencia contenciosoadministrativa ha sentado repetidamente que la propiedad de los bienes comunes ha de acreditarse con arreglo al Derecho civil, y no pierde tal carácter por los repartimientos vecinales, o por haber sido arrendado alguno de sus productos, o por la enajenación de partes integrantes de escaso valor.

No obstante la anterior argumentación, por estar en suspenso las leyes desamortizadoras y no tener la Hacienda del Estado un interés directo en la clasificación de los bienes comunes que hayan perdido tal carácter, puede estimarse como suficiente, a los efectos de rectificar el Registro, un expediente en que se haga la desclasificación o declaración de que la finca ha perdido su naturaleza de dehesa boyal, por el Departamento competente.

En cuanto al último defecto, motivado porque en la copia presentada al margen del número VIII mecanografiado, aparece en manuscrito IX, no afecta a la validez del título ni introduce ninguna variante en su redacción, ni se puede tomar como adición, enmienda ni enterrrenglonado, ni aun significa una corrección necesaria para la mejor inteligencia de la escritura.

BIENES DE PROPIOS. NECESIDAD, CON ARREGLO A LA LEGALIDAD ANTERIOR A 8 DE MARZO DE 1924, PARA SU ENAJENACIÓN, DE LA APROBACIÓN DEL GOBIERNO. OBSERVANCIA, AHORA, DEL ARTÍCULO 24 DEL REGLAMENTO DE HACIENDA MUNICIPAL, TAMBIÉN PROHIBITIVO.

Resolución de 3 de Junio de 1927. (Gaceta de 29 de Junio de 1927.)

En procedimiento de apremio por débitos de contribución rústica, recargos, etc., importantes 3.958,30 pesetas, seguido contra el Ayuntamiento y Propios del pueblo de San Román de los Montes, por un agente auxiliar, solicitó y obtuvo éste de la Dirección del servicio Agronómico Catastral de la provincia de Toledo, una certificación, de la que resulta que a nombre de la Villa y sus propios de San Román, aparece inscrita una dehesa al pago del Aguijón, destinada a monte bajo, certificación que sirvió a dicho agente para obtener la anotación de suspensión del embargo de dicha finca en el Registro de la Propiedad de Talavera de la Reina.

Seguido el expediente, valorada la finca, por capitalización, en 18.961,40 pesetas, fué adjudicada, en subasta, a D. Eusebio Miguel Baños en la cantidad de 8.427,28 pesetas, y ante la protesta formulada por el alcalde de San Román de los Montes ante la Dirección de Propiedades, se informó por la Tesorería de Hacienda de dicho Toledo, aprobando el expediente, otorgándose la correspondiente escritura de venta el 24 de Julio de 1919, ante el Notario de dicho Talavera, D. Pedro Pablo Porras, la cual, presentada que fué en el Registro dicho, se suspendió su inscripción por no aparecer registrada a nombre del Ayuntamiento ni al de ninguna otra persona.

Suplida por el Ayuntamiento la falta de título a medio de la presentación de la oportuna certificación posesoria que fué inscrita a nombre del Ayuntamiento como de sus propios, se presentó de nuevo la antecitada escritura, en la que el Registrador puso la siguiente nota: «Denegada la inscripción del documento que precede, porque los bienes de propios en cuyo concepto se registró a nombre del Ayuntamiento la finca transmitida requerían para su venta aprobación previa del Gobierno; no habiéndola obtenido, resulta insubsanable el defecto.»

En el recurso interpuesto por D. José Mira Domínguez a nombre de dicho comprador, basado principalmente en la mayor capacidad para celebrar actos jurídicos que tienen hoy los Ayuntamientos (sin tener en cuenta que se trata de contrato celebrado en el año 1919), la Jefatura de Montes del Distrito forestal de Toledo remitió un oficio al Registrador, a fin de que suspendiese (!) «la inscripción de la mencionada «Dehesa boyal», con este nombre ni con el de «Dehesa del Aguijón», a nombre de ningún particular hasta que de una manera definitiva resuelva lo que hubiere lugar la autoridad competente».

El Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador, con imposición de costas al recurrente, y la Dirección general confirmó el auto apelado, fundándose en las siguientes consideraciones:

La venta en el procedimiento de apremio, origen de este recurso, ha sido otorgada por el Recaudador de Contribuciones, el 24 de Julio de 1919, y para calificarla ha de atenerse, en primer término, a la legalidad entonces vigente; en segundo lugar, a las disposiciones transitorias de uno a otro régimen municipal, y, en fin, a las disposiciones vigentes, en cuanto pudieran levantar las tradicionales prohibiciones o ampliar la capacidad de las entidades interesadas.

Desde el primer punto de vista, la regla 3.^a del artículo 85 de la ley Municipal de 2 de Octubre de 1877, exigía, para la enajenación de inmuebles del Municipio, la aprobación del Gobierno, previo informe del Gobernador civil, oyendo a la Diputación provincial, aparte de que las Reales órdenes de 7 de Marzo de 1876 y 1 de Marzo de 1883, prohibían hacer efectivos los créditos de contribuciones sobre los bienes de propios.

En cuanto a las reglas de transición, ni en las 28 disposiciones transitorias del Estatuto Municipal, ni en las dictadas con posterioridad a su promulgación se encuentra un precepto que pueda conceder validez a los instrumentos públicos otorgados como el discutido, con infracción de las leyes en su tiempo vigentes, o que, en general, consolide las enajenaciones realizadas sin los requisitos indispensables para su eficacia.

Tampoco puede entenderse subsanado el defecto apuntado por la simple aplicación del número 25 del artículo 150 del Estatuto

Municipal, a cuyo tenor es de la exclusiva competencia de los Ayuntamientos la enajenación de bienes inmuebles, porque, aparte las formalidades que para el caso exigen los números 1.º y 2.º del artículo 220 del mismo texto, y, provisionalmente, el Real decreto de 25 de Septiembre de 1924, es de inmediata observancia el artículo 24 del Reglamento de Hacienda Municipal, que limita la facultad de enajenar las dehesas boyales a la cesión temporal o indefinida del usufructo.

Los eficaces medios concedidos al Estado para hacer efectivos los créditos contra los Ayuntamientos deudores, con arreglo al artículo 109 de la Instrucción de 26 de Abril de 1900, medios también utilizados por las Diputaciones provinciales para la recaudación de sus propios recursos, en virtud de lo establecido en el artículo 114 de la ley Provincial de 29 de Agosto de 1882, no llegaban hasta permitir la enajenación de las dehesas boyales o de los bienes exceptuados por el número 9.º del artículo 2.º de la ley de 1.º de Marzo de 1885 y en el artículo 1.º de la ley de 11 de Julio de 1856.

Si bien es verdad, conforme lo hace constar el auto apelado, que la comunicación de la Jefatura del Distrito Forestal de Toledo, que pone en conocimiento del Registrador la particularidad de hallarse la dehesa en cuestión catalogada, bajo el número 37 como monte público y con el nombre de «Dehesa boyal», no puede servir de base a la calificación hipotecaria ni al recurso gubernativo por la fecha y formalidades de su extensión, también lo es que en la certificación presentada para practicar la inscripción posesoria, así como en el asiento practicado a favor del Ayuntamiento, se consigna que la finca vendida se halla catalogada bajo dicho número y con tal denominación, y no había sido enajenada por estar comprendida en el caso 9.º del artículo 2.º de la ley de 1 de Mayo de 1855.

LUIS R. LUESO.

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia administrativa del impuesto de Derechos reales

XXXVIII

Reconocimiento de propiedad. Adquirida una finca por compra en escritura pública, la declaración y reconocimiento hechos por el comprador en documento privado de que la finca no le pertenece a él, sino a un hermano, por cuenta y con dinero del cual la adquirió, debe tributar como reconocimiento de propiedad en concepto de transmisión a título oneroso y no como donación entre hermanos.

La cuestión a resolver es la interpretación del párrafo 2.º del artículo 8.º del Reglamento de 1911, según el que la declaración de propiedad u otro derecho a título de haber obrado como gestor de la persona en cuyo favor se hace la adquisición de los bienes a que se refiere la declaración se considerará como verdadera transmisión si en el documento de la que se supone realizada por poder o encargo no constan éstos en forma legal, y consiguientemente ha de declararse, si dadas las circunstancias del caso el reconocimiento hecho por un hermano a favor del otro ha de conceptuarse transmisión a título lucrativo u oneroso. Relacionado el párrafo transcrito con el anterior del mismo artículo que sujeta al 4 por 100 las compraventas, adjudicaciones en pago y cesiones a título oneroso se comprende que el reconocimiento de propiedad aludido se ha estimado en general que tiene el carácter de trans-

misión onerosa, como las demás del artículo, y no lucrativo; y más concretamente se dispone lo mismo en relación con los bienes muebles en el párrafo último del artículo 23 del Reglamento, confirmando la interpretación dada al artículo 8.º, párrafo segundo, precepto asimismo que está en armonía con el párrafo primero del artículo 11 del Reglamento y número 22 de la tarifa de 1920, que declaran sujetos al 4 por 100 el reconocimiento de derechos reales, excepto el de hipoteca, y entre ellos, el derecho de dominio, que es el real por excelencia; del documento privado, base de la liquidación, no puede deducirse se trate de una donación por no existir en él un acto de mera liberalidad, nota distintiva de las simples o gratuitas, según los artículos 618 y 1.274 del Código civil ni que se den las circunstancias de las remuneratorias u onerosas, según los artículos 619 y 622 del mismo, pues no es razón suficiente la consignada en el fallo apelado (que se revoca) de no mediar prestación recíproca en el documento privado entre los contratantes, toda vez que al contraerse el artículo del Reglamento citado al reconocimiento de propiedad a título de obrar como mandatario de otra persona no exige concurren dichas prestaciones, que si fueran previas darían lugar a una transmisión a título oneroso ordinaria, cuya regulación estaba ya hecha en el párrafo primero del artículo 8.º y sería, por lo tanto, innecesaria otra especial del reconocimiento de propiedad.

El Tribunal Supremo en caso análogo declaró en sentencia de 18 de Enero de 1913 (*Gaceta* de 30 de Junio) que la declaración o reconocimiento de dominio debía tributar como cesión a título oneroso. (Acuerdo del Tribunal Central de 25 de Octubre de 1926.) 166.

XXXIX

Bienes reservables. Las fincas heredadas por una madre por muerte abintestato de un hijo y transmitidas del mismo modo a otro hijo son reservables por ministerio de la ley, según el artículo 811 del Código civil, aunque no se haya hecho constar ese carácter al adquirirlas, en el Registro de la Propiedad y deben tributar por el parentesco entre el reservatario y la persona de quien inmediatamente proceden, o sea el hermano, y no por el

del reservatario y su madre ni por el de aquél y el padre de quien en definitiva dimanaban. Corresponde a la Abogacía del Estado revisar las liquidaciones de los liquidadores de partido y para ello hay el plazo de quince años.

El abogado del Estado al revisar la liquidación distinguió las fincas que el heredero había heredado de su madre y ésta de otro hermano premuerto de los demás bienes, aplicando a aquéllas la tarifa de hermano a hermano y a éstos los de padres a hijos. El interesado alegó que no hay herencia reservable si no se acepta en ese concepto, y aun en otro supuesto debía liquidarse por el parentesco entre el padre (de quien es heredero el hermano del que procedían los bienes) y el nuevo heredero (hermano del heredero anterior) y que en todo caso debía descontarse el impuesto pagado de más por la madre, ya que lo satisfizo por el pleno dominio y no debía haberlo hecho mas que por el usufructo; que el error padecido fué de hecho y para reclamarlo había cinco años, y por fin que la revisión se hizo después de los dos años señalados en el artículo 76 del Reglamento.

La reclamación es desestimada totalmente. Según el artículo 126 del Reglamento en relación al 11 de la ley del Impuesto, la Abogacía del Estado puede revisar las liquidaciones de los liquidadores de los partidos en el plazo de quince años desde que se giraron, sin que ello afecte al expediente de comprobación ni al plazo de dos años que hay para efectuarle, según los artículos 7 de la ley y 76 del Reglamento; dado el texto, bien conocido del artículo 811 del Código civil, no puede dudarse que las fincas en cuestión tenían el carácter de reservables, y como según el artículo 33 del Reglamento el reservatario debe en ese caso satisfacer el impuesto, atendido el grado de parentesco entre él mismo y la persona de quien procedan los bienes, prescindiendo del reservista, no hay duda de la procedencia de la liquidación, según el tipo y tarifa aplicados, teniendo en cuenta el parentesco entre los hermanos; corroborando esta doctrina y como base de la misma ha de tenerse en cuenta que el Tribunal Supremo en sentencias de 16 de Diciembre de 1892, 4 de Julio de 1906 y 30 de Diciembre de 1912, declara que el grado de parentesco que menciona el artículo 811 es el que media entre el reservatario y la persona de quien proceden inmediatamente

los bienes, por cuanto del fallecimiento de éste se derivan el derecho y la obligación de reservar: y siendo la ley fuente de obligaciones según el artículo 1.089 del Código civil, es suficiente la declaración del artículo 811 del mismo para que surja la obligación de reservar en cuanto se den las condiciones fijadas en éste, sin necesidad de pacto alguno en que se asigna tal carácter a determinados bienes y sin que sea preciso su inscripción como reservables, a no ser en cuanto tercero conforme a los artículos 199 y 191 de la ley Hipotecaria y 221 al 228 de su Reglamento; no procede hacer declaración ahora respecto de la liquidación de los bienes adquiridos por la madre del hijo premuerto ni de si pagaron o debieron pagar en usufructo o no por falta de datos y porque no se trata sino de la liquidación por la herencia del reservatario. (Acuerdo del Tribunal Central de 9 de Noviembre de 1926.) 167.

XL

Procedimiento. El Tribunal Central es incompetente para conocer de un recurso interpuesto contra un acuerdo del Delegado de Hacienda, dictado con motivo de una reclamación contra el apremio de primer grado por débitos del impuesto de derechos reales.

La razón es que, según el artículo 1.º del Reglamento de 29 de Julio de 1924, las funciones de la Administración se diversifican en actos de gestión y en acuerdos de resolución de reclamaciones; los primeros se ajustan a los respectivos reglamentos en cada ramo hasta que haya un acuerdo que conceda o deniegue un derecho, contra el que procederá la respectiva reclamación, ejerciéndose las funciones de gestión por los distintos organismos Central o Provinciales y entablándose las reclamaciones ante el Tribunal competente, según sea quien haya fallado, y después, los recursos que sean procedentes; y dictado el fallo por el Delegado de Hacienda, de conformidad con la propuesta de la Abogacía del Estado, según cuyo informe procedía declarar que a tenor del artículo 119 del Reglamento del impuesto los interesados deben comparecer ante la Oficina liquidadora para la notificación de la liquidación,

teniéndoles por notificados y pasándoles el perjuicio a que haya lugar si no lo hacen, no procede contra tal fallo recurso ante el Tribunal Central, sino ante el Provincial, pues el Delegado falló en acto de gestión no de resolución, y la competencia para el recurso respectivo es de dicho Tribunal Provincial, según el artículo 41 del Reglamento de Procedimiento. (Acuerdo del Tribunal Central de 15 de Octubre de 1926.) 176.

XLI

Procedimiento. El recurso de nulidad fundado en el supuesto de haberse cometido un error de hecho en el fallo provincial recurrido es inadmisibile cuando de lo que se trata no es de un error de hecho, sino de apreciar de distinto modo una cuestión de derecho, cual es si hubo error en la fijación de la base liquidable por el liquidador.

No puede dudarse de la competencia del Tribunal Central para resolver el recurso de nulidad porque expresamente se lo atribuye el artículo 108 del Reglamento de Procedimiento, sea cualquiera la autoridad que haya dictado el fallo, estando presentado en plazo y ante autoridad competente según el artículo 107, renunciando el recurso contenciosoadministrativo. Fijada la base de una liquidación por el liquidador se entabló reclamación económicoadministrativa contra la comprobación de valores, reclamación que fué desestimada por el Tribunal Económico Provincial por extemporánea, por haber sido interpuesta después de los quince días reglamentarios, y contra el fallo de este Tribunal se entabla el *recurso de nulidad*, alegando que el liquidador incurrió en un error de hecho y el plazo para la reclamación económicoadministrativa era no de quince días, sino de cinco años. *El Central declara inadmisibile el recurso.* Procedería éste en caso de error manifiesto de *hecho*, y como la impugnación del fallo del Provincial no se funda en un error en que él haya incurrido, sino en que dicho Tribunal estima que la naturaleza jurídica de un error atribuído al liquidador acerca de la comprobación de valores es de derecho y no de hecho (y por ello fija como plazo para reclamar quince días y no cinco años),

es decir, en la apreciación jurídica de una actuación, lo cual no encaja en ninguno de los conceptos del artículo 105 del Reglamento de 29 de Julio de 1924; tampoco puede admitirse como recurso de apelación por impedirlo la cuantía, según el artículo 42 del mismo, sin que por tratarse de extemporaneidad de una reclamación pueda sostenerse es de cuantía indeterminada, pues a ello se opone el 47, que prohíbe se estime como tal un asunto en que exista concretada una cantidad como base de imposición, aunque se discutan asuntos generales. (Acuerdo del Tribunal Central de 9 de Noviembre de 1926.) 177.

XLII

Desistimiento de petición de condonación. Es competente para acordarla el Tribunal Central ya que según el artículo 114 del Reglamento de Procedimiento le corresponde por delegación permanente del Ministro conocer de peticiones de condonaciones cuando la multa excede de 500 pesetas, y según el artículo 26 del mismo debe conocer del desistimiento de una pretensión la autoridad competente para resolver esta, debiendo admitir el desistimiento cuando el Estado no tenga interés en su continuación como ocurre en la petición de desistimiento de una solicitud de condonación. (Acuerdo del Tribunal Central de 26 de Octubre de 1926.) 181.

XLIII

El plazo para promover una reclamación referente a negativa de baja de bienes de personas jurídicas es el de quince días hábiles desde la notificación del acuerdo de la Abogacía del Estado; el plazo para recurrir en alzada, cuando no consta la notificación con los requisitos del artículo 34 del Reglamento de Procedimiento, es decir, providencia íntegra, recurso procedente, autoridad ante quien haya de entablarse y plazo es, según el artículo 86 en relación al 38 del mismo, de quince días hábiles después de transcurridos los ocho desde la publicación del acuerdo en el Boletín Oficial. Para acordar la baja de titu-

los nominativos de una persona jurídica convertidos en valores mobiliarios basta la certificación de la Dirección de la Deuda en que conste la conversión con los números, series, valor nominal y efectivo de los nuevos títulos al portador; pero para que sean dados de baja totalmente y en absoluto por haber sido vendidos dichos títulos al portador es indispensable póliza de Agente de Cambio y Bolsa o de Corredor de Comercio, no bastando una certificación del Banco que hizo la operación.

Y, por lo tanto, deben darse de baja los títulos nominativos, pero seguir en vigor los al portador, en tanto no se presente aquel documento.

Tal es la doctrina que fija el Tribunal Central en acuerdo de 26 de Octubre de 1926, 186, en vista de los arts. 32, 62, 34, 38, párrafo 2.º, y 86 del Reglamento de Procedimiento, Real orden 1.º de Mayo de 1922, 201, párrafos 1.º, 2.º y 4.º del Reglamento del Impuesto y 1.216 del Código civil, habida cuenta en cuanto al fondo que con la certificación de la Dirección de la Deuda se cumplen los requisitos para la baja en el artículo 201, número 4.º del Reglamento, pero en cuanto a los valores públicos, según el número 2.º del mismo artículo, es necesario póliza de Agente, no siéndolo la certificación del Banco ni aun documento público dado el concepto del 1.216 del Código.

XLIV

El convenio por el que un Ayuntamiento adquiere de un particular una cantera a cambio de cederla en arriendo al último por un período de diez años mediante el pago de un canon por los adoquines que de ella se extraigan, valuados en total cada año en 2.000 pesetas, no debe ser calificado como donación de la cantera hecha al Ayuntamiento, sino como cesión de inmuebles a título oneroso, debiendo, para fijar la base, emplear la Oficina liquidadora, no sólo la capitalización al 5 por 100 de la renta, sino los demás medios ordinarios y el extraordinario de la tasación.

Como consecuencia de un acto de conciliación celebrado por un Ayuntamiento con un particular, con avenencia, y por tanto

sin que llegase a entablarse la demanda respectiva, convinieron en escritura pública en que el particular reconocía la propiedad de una cantera a favor del Ayuntamiento y éste, para compensarle de los gastos, se la cedía en arriendo por diez años, mediante un canon que en totalidad ascendía a 2.000 pesetas, se giraron dos liquidaciones: una por el concepto de arriendo no reclamada, y otra por donación al Ayuntamiento sobre la capitalización al 5 por 100 de la renta anual, al 27 por 100 según el número 37 de la tarifa. El *Tribunal Central revoca esta calificación y anula la liquidación fijando la doctrina del epígrafe*. De los términos literales del contrato no se deduce la existencia de una donación por faltar la liberalidad, nota esencial y característica de las donaciones simples o gratuitas, e igualmente carece de las circunstancias propias de las remuneratorias o con causa onerosa, según los artículos 618, 1.274, 619 y 622 del Código civil y la doctrina del Tribunal Supremo de 5 de Mayo de 1896, que declara que si es el interés de las partes y no la liberalidad de una de ellas lo que determina el contrato, carece éste de los requisitos necesarios para que sea reputado donación, y eso ocurre cuando un contrato oneroso es el que decide al supuesto donante a la donación; por otra parte, según el artículo 22 del Reglamento de 1911, para que un contrato se reputa transacción a los efectos del impuesto ha de efectuarse después de entablada la demanda, calificándose y liquidándose en otro caso el contrato, es decir, si la cuestión no ha adquirido carácter litigioso, sino que se ha resuelto por convenir según la naturaleza jurídica del título que aleguen las partes; y como celebrado acto de conciliación no hubo verdadera litis pendencia, es preciso a la naturaleza jurídica del convenio entre el Ayuntamiento y el particular, convenio que en modo alguno puede calificarse como de adquisición gratuita de la cantera por el Ayuntamiento, pues lo era mediante la compensación de recibir un canon por tiempo determinado, y sin que a ello se aprecie la compensación, pues ha de presumirse lógicamente que el arrendatario, aparte del canon que abona, se queda con una utilidad o beneficio, y esto con mayor razón cuando el arrendatario, supuesto donante, exigió el arriendo como condición para ceder la cantera; y por todo ello el contrato ha de calificarse como cesión a título oneroso de bienes inmuebles, liquidable al 4,80 por 100 del precio estipulado (número 14 de

la tarifa), y para determinar la base hay circunstancias que no permiten la simple capitalización del canon al 5 por 100, según el artículo 1.º del Real decreto de 27 de Abril de 1926, porque cabe presumir que el precio del arriendo se fijó no por el concepto exclusivamente del mismo, sino como condición onerosa de la cesión; debe, pues, apelarse a los demás medios reglamentarios, incluso al extraordinario de la tasación para hallar el verdadero valor. (Acuerdo del Tribunal Central de 9 de Noviembre de 1926.) 192.

GABRIEL MAÑUECO.

Abogado del Estado.

BANCO HISPANO-AMERICANO

CAPITAL: 100 000 000 DE PESETAS

Domicilio social:

Sucursal del Sur:

Plaza de Canalejas, 1. MADRID Duque de Alba, núm. 15.

SUCURSALES Y AGENCIAS

Albacete, Alcira, Alcañiz, Alcoy, Alicante, Almería, Antequera, Aranda de Duero, Badajoz, Barbastro, Barcelona, Béjar, Bilbao, Burgos, Cabra, Cáceres, Cádiz, Calahorra, Calatayud, Caspe, Castellón de la Plana, Cartagena, Córdoba, Coruña, Don Benito, Ecija, Egea de los Caballeros, Elda, El Ferrol, Estella, Figueras, Gandía, Granada, Guadalajara, Huelva, Huesca, Jaén, Játiba, Jerez de la Frontera, Jumilla, La Palma del Condado, Las Palmas, Linares, Logroño, Mahón, Málaga, Medina del Campo, Medina de Rioseco, Mérida, Monforte, Motril, Murcia, Olot, Onteniente, Orense, Palma de Mallorca, Pamplona, Plascencia, Pontevedra, Ronda, Sabadell, Salamanca, Sanlúcar de Barrameda, Santa Cruz de la Palma, Santa Cruz de Tenerife, Santander, Santiago, Sevilla, Soria, Tafalla, Tarrasa, Teruel, Torrelavega, Tudela, Tuy, Utrera, Valdepeñas, Valencia, Valladolid, Vélez Málaga, Vigo, Villafranca del Panadés, Villagarcía, Villarreal, Villena, Vivero, Zafra y Zaragoza.

Realiza, dando grandes facilidades, todas las operaciones propias de estos Establecimientos, y en especial las de España con las Repúblicas de la América Latina.—Compra y vende por cuenta de sus clientes en todas las Bolsas toda clase de valores, monedas y billetes de Bancos extranjeros.—Cobra y descuenta cupones y amortizaciones y documentos de giro.—Presta sobre valores, metales preciosos y monedas, abriendo cuentas de crédito con garantías de los mismos.—Facilita giros, cheques y cartas de crédito sobre todas las plazas de España y extranjero.—Abre cuentas corrientes con y sin interés.—Admite en custodia en sus cajas depósitos en efectivo y toda clase de valores.

Departamento de Cajas de seguridad para el servicio de su clientela, abiertas desde las ocho de la mañana a las nueve de la noche.

Dirección telegráfica: HISPAMER

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sentencia de 23 de Marzo de 1926. (Gacetas de 15 y 16 de Diciembre del mismo año.)

DESAHUCIO DE UNA MINA POR INCUMPLIMIENTO DE CONDICIONES ESTIPULADAS EN EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO. ¿QUÉ CUESTIONES PUEDEN RESOLVERSE EN ESTE JUICIO Y CUÁLES DEBEN REMITIRSE AL JUICIO DECLARATIVO CORRESPONDIENTE?—LA FUERZA MAYOR COMO JUSTIFICACIÓN DE AQUEL INCUMPLIMIENTO.—RESCISIÓN Y DESAHUCIO.

En juicio sobre desahucio de una mina a causa de supuesto incumplimiento por parte de la Sociedad arrendataria de la condición, impuesta en el contrato, que prohibía a ésta la interrupción de los trabajos de explotación, salvo las paradas de costumbre o casos de fuerza mayor, debidamente justificados, so pena de rescisión del contrato, la Audiencia de Albacete dictó sentencia, revocatoria de la del Juzgado de primera instancia, declarando no haber lugar al desahucio por las siguientes consideraciones, entre otras: Que el número 3.º del artículo 1.569 del Código civil sólo puede y debe tener rigurosa aplicación legal, si en él se funda la acción de desahucio, cuando el incumplimiento contractual resulta claro y de toda evidencia, pero no en el caso en que la cláusula o condición, que se pretende se incumplió, da lugar a interpretaciones, o por su complejidad y extensión de su alcance no es el juicio de desahucio el adecuado para resolver sobre esa contienda, sino el declarativo correspondiente, en el cual, con más elementos sobre su justa apreciación, puede ser resuelta.

Interpuesto recurso de casación por el demandante, fué admitido por el Tribunal Supremo, declarando:

Que según lo dispuesto en el artículo 1.569 del Código civil, la acción de desahucio nace desde el momento en que el arrenda-

tario incurre en incumplimiento de cualquiera de las condiciones previstas en el contrato, y existiendo en la ley Rituaria un procedimiento breve y sencillo para hacer valer tal acción, es visto que dentro de estos juicios sumarios cabe, en tesis general, la discusión y solución definitiva del problema que se plantea, sin necesidad de remitirlo al juicio declarativo y solemne; lo cual sólo procede, a modo de excepción admitida por la jurisprudencia, cuando la obscuridad y ambigüedad de las cláusulas contractuales, o la complejidad de relaciones establecidas entre los interesados, hagan tan difícil la apreciación del caso que no pueda estimarse el desahucio sin grave riesgo de indefensión o de error.

Que el simple enunciado de la cláusula del contrato en cuestión, demuestra de modo incontrovertible que tal condición, examinada a que no se interrumpiese el percibo de la renta, dado que ésta consistía en una participación alícuota del mineral que se extrajera, es perfectamente clara y explícita, sin que su interpretación ofrezca ni pueda ofrecer duda alguna, como lo comprueba el que las partes no discuten acerca de su sentido y significado, y, al contrario, el actor y el demandado, como la sentencia recurrida, están conformes en que el caso previsto de la paralización de los trabajos existe desde varios meses atrás, y la duda o complejidad a que se acoge la Sala sentenciadora para desestimar el desahucio pretendido y diferir la resolución de la contienda al juicio declarativo se contrae a lo que sólo es motivo de oposición a la demanda, que ha de justificarse para enervar la acción, y consiste en determinar si se ha producido el caso de fuerza mayor que exculpe la paralización reconocida del laboreo de la mina arrendada; y en este aspecto tampoco se ofrece obscuridad ni perplejidad alguna incompatible con la sencillez de trámites del juicio de desahucio, ya que dentro de la definición que da el artículo 1.105 del Código civil, citado, de la fuerza mayor, y para que en un suceso tenga tal eficacia exculpadora, precisan dos circunstancias: que no haya podido preverse, o que, previsto, fuera inevitable, ninguna de las cuales concurren aquí, y ello es notorio, toda vez que la inundación de la mina, suceso aludido, es una contingencia tan frecuente y prevista que la ley del Ramo y otras posteriores contienen disposiciones adecuadas para lograr los desagües, y la falta de medios económicos jamás se ha teni-

do como suceso inevitable que exonere al deudor de la responsabilidad inherente al cumplimiento de sus obligaciones ; y

Que no podía ser obstáculo al reconocimiento del derecho, que con toda claridad tenía el actor estipulado en el contrato, el que la mencionada cláusula sólo hablase del derecho de rescindir, ya que en los arrendamientos de inmuebles la acción de rescisión, como encaminada a que se reintegre la cosa al arrendador, es la misma que la de desahucio, pues ambas conducen a la misma finalidad, y esta última es la acción rescisoria típica en aquellos contratos, y a ella, en toda su integridad de fin y procedimiento, se habían referido los otorgantes de la escritura de arrendamiento de la mina en cuestión.

De esa jurisprudencia excepcional del Supremo en materia de desahucio, que se cita en el recurso, son muestra : la sentencia de 28 de Noviembre de 1905, que dice así : «El juicio de desahucio implica una verdadera rescisión del contrato de arrendamiento, con la salvedad de cualquiera acción que pueda resolverse en el pleito declarativo correspondiente, sin que, esto expuesto, pueda darse lugar al desahucio cuando la causa o motivo alegado sea de tal naturaleza que no sea dable, atendida su ambigüedad, obscuridad o complejidad, resolver acerca de ellas sin las garantías que a los litigantes ofrecen la tramitación y procedimiento de un juicio solemne, porque, de otra suerte, extremado tal derecho contra el sentido y espíritu de una verdadera finalidad, se vendría, por un procedimiento inadecuado, a vulnerar los principios que rigen la delicada materia de rescisión de los contratos por incumplimiento de supuestas obligaciones, más o menos claras y terminantes» ; y la sentencia de 20 de Diciembre de 1904, que establece igual doctrina, en los siguientes términos : «Establecido el juicio de desahucio como procedimiento de reintegrar al dueño de la finca en el pleno ejercicio de sus derechos dominicales, cuando el arrendatario falta abierta y conocidamente a las obligaciones del contrato, o cuando ha expirado su término, es preciso, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal Supremo, que sean de tal naturaleza las relaciones existentes entre arrendador y arrendatario, que se compruebe claramente en el juicio la infracción de las obligaciones pactadas, ya con relación al pago del precio

o merced estipulada, ya con respecto a cualquiera otra obligación relativa a la manera de llevarse la finca arrendada, pues cuando las obligaciones respectivas son de tal naturaleza, o tan especiales o tan complejas que no sea posible racionalmente apreciar con exactitud su finalidad o transcendencia, se convertirá este procedimiento sumario en medio de obtener, con cierta violencia, la rescisión de un contrato sin las garantías de defensa e información que ofrecen los juicios declarativos...»

Sentencia de 7 de Mayo de 1926. (Gaceta de 7 de Enero de 1927.)

RETRACTO DE COLINDANTES DE FINCA QUE PASÓ A PODER DE UN TERCERO, SIN CONOCIMIENTO DEL RETRAYENTE, DESPUÉS DE INTERPUESTA LA DEMANDA CONTRA EL PRIMER ADQUIRENTE.

En juicio sobre retracto de colindantes de finca rústica, que el demandado afirmaba ser ya urbana, por su destino, y haberla vendido, la Audiencia de Oviedo, confirmando sentencia del Juzgado de primera instancia, declaró el derecho a retraer; e interpuesto por el demandado recurso de casación alegando la infracción de varias sentencias que establecen que si el demandado ya no es dueño de la finca por haberla enajenado a un tercero, ha de presentarse la demanda contra éste, ampliándola al efecto si la enajenación se hizo después de presentada y antes de la contestación, que es la que establece la fecha del principio del juicio; y que al condenar la sentencia al recurrente a otorgar escritura de venta de una finca que pertenece a otro, infringe la doctrina legal del Supremo, que aceptó principios de derecho tan conocidos como los siguientes: que nadie puede dar lo que no tiene; que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio; que la sentencia dictada en un pleito no perjudica a quien no ha litigado; y que no es admisible en derecho que una persona entregue lo que por título no invalidado se encuentra en poder de otra.

El Tribunal Supremo falló, sin embargo, no haber lugar al recurso, declarando:

Que el contrato de compraventa, por su extraordinaria importancia, se resuelve, no sólo por las mismas causas de todas las obligaciones, sino también por el incumplimiento de éstas por

parte del comprador o del vendedor, y por una sustitución especial que existía antes del Código civil y que éste respetó, aunque modificándola en las clases de la misma y en los términos o plazos, que es la conocida con el nombre de retracto ;

Que en la actualidad el retracto tiene dos diferentes manifestaciones y dos naturalezas distintas, pues mientras el convencional es siempre inscribible en el Registro, el legal, ya sea de comuneros, ya de colindantes o asurcanos, no tiene este carácter porque es derecho independiente con vida propia personalísima y no inscribible ;

Que el Tribunal Supremo en muchas de sus sentencias tiene declarado «que para que pueda prosperar la demanda de retracto entablada por un tercero sobre la base de la primera escritura, precisa que la acción se dirija conjuntamente contra los dos interesados a quienes alcanza la cualidad de compradores sucesivos ; pues si se dirige solamente contra el primero, surge la dificultad insuperable de no poderse cumplir lo dispuesto en el artículo 1.521, porque mientras subsista la segunda enajenación ningún derecho tiene aquél sobre la finca que por subrogación puede transmitir al retrayente, y no cabe rescindir dicha enajenación segunda a espaldas del adquirente posterior, o sin que éste sea parte en el procedimiento». Doctrina que reitera la Sala en esta sentencia para el caso de que el demandante tiene conocimiento de la segunda venta concertada entre el demandado (en la *Gaceta* dice demandante) y una tercera persona, bien porque al ser citado de conciliación el primer adquirente manifestara que haciendo uso de su derecho de propietario enajenó la finca por no tener conocimiento de la demanda de retracto, bien por haber hecho esta enajenación después de entablada la demanda, pero con buena fe, dando conocimiento al demandante o verificando la venta con la indicación de estar pendiente la resolución de la primera por la presentación de la demanda de retracto, porque en todos estos casos es obligación del retrayente dirigir la acción conjuntamente contra los dos interesados ; pero no sucede lo mismo cuando, como en el presente, se imposibilita el ejercicio de su derecho al retrayente con una segunda venta, por él ignorada en todo el período expositivo del juicio, porque no existen términos procesales para hacer valer su indiscutible derecho ;

Que no se puede alegar omisión ni negligencia en un retrayente que no dirige la acción contra el segundo adquirente, por no haber tenido conocimiento de esta transmisión hasta que se contestó a la demanda, si solicitó que se le concediera la ampliación de ésta contra el nuevo adquirente y el Juzgado se lo negó por encontrarse el juicio en el período probatorio y haber terminado el expositivo; porque nadie está obligado a combatir por el derecho más allá de lo que indiquen las leyes; porque si hubiese solicitado reposición, y en su caso apelación, de este proveído, no hubiera conseguido su propósito por ir contra los fundamentos básicos del procedimiento; porque tampoco hubiera prosperado un incidente de nulidad del que, como recurso extraordinario, se quería hacer uso antes de todos los ordinarios, y después fundamentarle en un vicio procesal que no existía; y por último, porque nadie está obligado a formular demandas contra terceras personas y acumularlas después cuando durante estos trámites podía haber nuevas ventas, no llegando a hacer efectivo su derecho por la mala fe de los contrarios o de los terceros;

Que las realidades de la vida con sus hechos concretos obligan al Tribunal Supremo a completar su doctrina, y en el caso presente, reconociendo y afirmando la sustentada en sentencias de 10 de Mayo de 1904, 11 de Diciembre de 1905, 8 de Junio de 1906 y otras muchas, hay que ampliarla en el sentido de que si el retrayente dirigió su acción contra el adquirente de la finca sin que en el acto de conciliación, ni antes ni después de interpuesta la demanda ni en todo el período expositivo del juicio, tuviera conocimiento de la segunda transmisión, por no tener términos hábiles procesales para dirigir con fundamento la acción contra ambos compradores, no puede perjudicársele en su derecho por no haber incurrido en error ni omisión que deba serle imputable, pues en otro caso las normas del derecho de retracto, definido por el Código y regulado por la ley Rituaria, serían preceptos muertos, sin vida alguna, porque con transmisiones periódicas y bien estudiadas no se terminaría el juicio ni se definiría el derecho con perjuicio para los retrayentes, con falta de respeto para lo legislado y, lo que es peor, con desprestigio de los Tribunales; y

Que el Tribunal sentenciador no infringió la doctrina legal sancionada por la jurisprudencia, porque no faltó al principio de derecho de que nadie puede dar lo que no tiene, una vez que en ejecución de sentencia se acordaría lo que fuera procedente si la obligación de dar resultase imposible; e igualmente no se viola el precepto de que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, porque el fallo condena únicamente al primer adquirente, absteniéndose en lo que se refiere al segundo, por no haber sido parte en el juicio.

A salvo en el fallo el derecho de los terceros y su posible buena fe, la doctrina que sienta el Supremo en esta sentencia es la acertada, a nuestro juicio. La doctrina jurídica más moderna no hace depender el perfeccionamiento de la relación jurídica procesal de la contestación a la demanda y sí de la citación y emplazamiento, momento desde el cual el demandado no puede alegar ignorancia de los derechos y pretensiones del actor, y debe responder—si la sentencia los declara o reconoce en definitiva—de los perjuicios que con su actuación le causare. Ciertamente que nuestra ley de Enjuiciamiento parece atender al hecho de la contestación a la demanda como punto de nacimiento de la relación procesal, puesto que, de no contestarse, advierte que se dará por contestada (Véanse los artículos 527 y 685, por ejemplo.); pero debe entenderse que la finalidad perseguida con estas disposiciones, es—aparte la declaración de la rebeldía para continuación del juicio en esta forma—la de fijar el transcurso del término señalado para la comparecencia en la citación o emplazamiento, aunque, en todo caso, la fecha de la promulgación de nuestra ley Procesal explicaría muchas cosas por sí sola.

Sentencia de 8 de Mayo de 1926. (Gacetas de 7 y 9 de Enero de 1927.)

DONACIÓN DE FINCAS EN VIZCAYA, REITERADA EN CAPITULACIONES MATRIMONIALES DEL HIJO DONATARIO, CON CLÁUSULA REVERSIONAL.

Hecha donación a un hijo por su madre de varias caserías situadas en el territorio de Vizcaya, el donatario otorgó posteriormen-

te, en unión de su futura esposa, escritura de capitulaciones matrimoniales, a la que concurrió la donante ratificando la liberalidad y estableciéndose como cláusula expresa entre las partes, que si el consorcio se disolviera por muerte del esposo, las fincas y lo demás contratado por él recaerían en la madre, con obligación en ésta de devolver a la novia su dote y arreo y satisfacerle las arras, y si aquélla no existiese ya pasarían las propiedades al hermano del difunto o su representación, con la misma obligación, aparte otras que se expresaban en favor de las hermanas; escritura que fué inscrita en el Registro de la propiedad, y no la primitiva de donación.

Fallecido el donatario, sin descendencia, y antes su madre, el hermano de aquél formuló demanda ante el Juzgado sobre reivindicación de los bienes—ya enajenados por el difunto y su esposa—, alegando que por haber ocurrido el caso previsto en la mencionada escritura de capitulaciones matrimoniales, debía darse a los bienes el destino prevenido en la condición resolutoria de reversión allí consignada, no siendo aplicable el artículo 36 de la ley Hipotecaria, y sí, en cambio, el número 1.º del artículo 37. Los demandados excepcionaron el carácter irrevocable e incondicionado de la donación, que se realizó en la primitiva escritura y no en la de capitulaciones; y que se había padecido error en el Registro al inscribir dicha donación con aquella cláusula reversional establecida en la segunda escritura por el mismo donatario, dueño ya de las fincas, para los efectos de las relaciones de ambos consortes, y con otro alcance y extensión del que manifestaba el demandante.

La Audiencia de Burgos, confirmando la de primera instancia, absolvió a los demandados; e interpuesto recurso de casación por infracción de ley, lo desestimó el Supremo, declarando:

Que en el recurso no se discute la validez de la donación, no siendo la controversia, en realidad, mas que un problema de interpretación para fijar si la cláusula reversional de la escritura de capitulaciones modificó o no la primitiva donación;

Que, aparte de que no se trata de un caso de derecho foral de Vizcaya, que por primera vez se presenta en el recurso, puesto que en la demanda no se ejercita la acción de troncalidad de él dimanante, y sí sólo de una reversión en favor de la donadora al

amparo del artículo 641 del Código civil, con las limitaciones que dicho precepto establece, es lo cierto que al estimar la Sala sentenciadora que no fué nunca el propósito de aquélla prohibir al donatario disponer durante su vida de las fincas donadas, sino que fué éste quien al pactar con su futura esposa las relaciones legales del consorcio que proyectaba, impuso como condición precisa la reversión de dichas propiedades en favor de su madre y hermano para que en el caso de fallecer sin sucesión volvieran a su familia, interpretó con acertado criterio la discutida cláusula, no sólo por su lógico y racional deducir de su texto, en armonía con el del primer contrato, en el que la donación se constituyó, sino porque así lo confirma el hecho de concurrir la donante al otorgamiento de una de las escrituras en que su hijo enajenó una de las repetidas caserías, tanto para hacer renuncia de la mitad del usufructo vitalicio que se reservó en dicho primer contrato, como en demostración de que era ajena a la condición reversional; y

Que tampoco pueden prosperar los motivos del recurso en que se alegan infracciones de la ley Hipotecaria, porque sólo tienen su apoyo en la errónea interpretación que a la cláusula que se debate atribuye el recurrente, a más de que son cuestiones que se plantean por primera vez ante la Sala del Supremo, e insusceptibles, por lo tanto, de casación.

Estas cuestiones, *que se planteaban por primera vez*, según se lee en el último considerando, se referían al contenido de los artículos 389 a 391, 17, 77, 82 y 83, y 24 de la ley Hipotecaria, que se alegaban infringidos por inaplicación y que basta señalar para comprender el alcance y significado del recurso. En relación especialmente con lo que dispone el último de estos artículos, debe tenerse en cuenta que de la certificación del Registro de la Propiedad acompañada con la demanda inicial de los autos, aparecía, entre otros particulares: que la donante, por sí y en nombre de su finado marido, hizo donación de las fincas a favor de su hijo con motivo del matrimonio concertado; que el segundo inscribió su título bajo las condiciones que constaban en la escritura de capitulaciones matrimoniales referida, transcribiéndose en la inscripción la condición resolutoria establecida en ella; y que, con posterioridad a esta inscripción, fueron vendidas las fincas dona-

das y los compradores, al inscribir, a su vez, los títulos de sus compras, lo hicieron sin perjuicio de la condición resolutoria expresada.

Sentencia de 4 de Junio de 1926. (Gaceta de 21 de Enero de 1927.)

TERCERO HIPOTECARIO. SU PROTECCIÓN EN CASO DE VENTA DE COSA AJENA AL NO PROBARSE SU MALA FE.

Declarada en primera instancia la nulidad e ineficacia de unos contratos de enajenación a pacto de retro, y cesión posterior de este derecho, respecto de varias fincas anteriormente donadas por el vendedor a sus hijos, menores de edad—donación que había de inscribirse en el Registro de la Propiedad—, y nulas, en consecuencia, las inscripciones tomadas en cuanto a aquella transmisión del dominio; revocada la sentencia del Juzgado por la Audiencia territorial de Valencia, e interpuesto recurso de casación por la esposa del donante en representación de los menores, el Tribunal Supremo—previa desestimación de la incongruencia alegada contra el fallo recurrido, por no haber sido examinada ni resuelta en el mismo la procedencia de la rescisión de la venta, como realizada en fraude de acreedores, que se propuso subsidiariamente—declara no haber lugar al recurso, porque prescindiendo de la eficacia o ineficacia de la escritura de donación a favor de los recurrentes, lo cierto es que por la circunstancia de no haberse inscrito aquel documento en el Registro de la Propiedad, resulta que, según el mismo, el donante es dueño de los bienes que después vendió, y como el Tribunal «a quo», al apreciar las pruebas en la sentencia recurrida, no estima justificado que los compradores de los bienes conocieran la donación realizada, y esta apreciación, en la que se supone que ha habido error de hecho, no se combate en la forma prevista en el número 7.º del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, es forzoso reconocer que la aludida escritura de donación era desconocida de los recurridos, que por lo mismo son terceros a los efectos de los artículos 27 y 34 de la ley Hipotecaria.

Dura lex, sed lex.—He aquí un caso en que se pone claramente de manifiesto lo irritante, digámoslo así, del sistema hipotecario vigente en España. No se admite, no puede admitirse ni concederse la acción rescisoria por enajenación en fraude de acreedores, porque no se da la condición precisa para ello (artículo 1.295 del Código civil, y 37 de la ley Hipotecaria): la mala fe, demostrada, del tercero, la complicidad en el fraude; no puede ejercitarse tampoco la acción subsidiaria personal para la indemnización de perjuicios contra el causante de la lesión (artículo 1.295 del Código civil, y 38 de la ley Hipotecaria), porque éste, el enajenante, en el caso del recurso, en perjuicio de los donatarios, sus hijos, se ha reducido al estado de aparente insolvencia mediante la enajenación—aparte otros actos—del único derecho que conservaba a su favor: el derecho a retraer. Esta es la consecuencia a que se llega o puede llegarse al entrar en juego los principios informantes de nuestro sistema hipotecario, no lo bastante radical para llegar, admitiendo la intangibilidad e inatacabilidad de la inscripción en todo caso, a la indemnización por el Estado del propietario injustamente despojado. Aparte de ello, la sentencia es lógica y congruente con aquellos principios, puesto que reconoce como único propietario del inmueble enajenado al que inscribió su derecho sobre el mismo, negando aquel carácter al que descuidó hacerlo (artículo 38, número 3.º de la ley Hipotecaria, y 1.273 del Código civil). En la lucha o conflicto de intereses encontrados: el de los verdaderos dueños perjudicados por la enajenación fraudulenta, que no se prueba serlo, y el interés público o general que debe estar cierto de poder contratar sin temor alguno con el que aparece como propietario en el Registro, no es dudoso que debe ser éste el preferido.

El Supremo, sin embargo, no se decidió por esta doctrina en su sentencia de 30 de Diciembre de 1925 (*Gaceta* del 12 de Septiembre de 1926), que comentábamos en el número 31 de esta REVISTA CRÍTICA, correspondiente al mes de Julio último.

BIBLIOGRAFIA

Universidad de Barcelona.—Facultad de Derecho.—*El antiguo Derecho de Obligaciones español según sus rasgos fundamentales*, por Ernesto Mayer. Barcelona. Bosch. 1926.—305 páginas, más dos de erratas y correcciones, una de índice y otra con publicaciones de la misma Facultad, sin numerar.

Es sobremanera interesante la actividad editorial de la Facultad de Derecho barcelonesa. Entre las obras aparecidas hasta ahora, y debidas a su dirección, hay textos inéditos, como el *Libro de los Fueros de Castiella*, edición dirigida por el Profesor Galo Sánchez, y la redacción lemosina del *Fuero de Jaca*, trabajada por el también Catedrático Ramos Loscertales; otros, deficientemente impresos, como las *Costumbres de Gerona*, cuya parte más antigua (*Usatges de Gerona*) ha salido a luz ya, y fué preparada por el Maestro Hinojosa; la obra tan citada como el manual más antiguo de Historia del Derecho castellano (el extracto del trabajo de Francisco de Espinosa *Sobre las leyes y los fueros de España*), que aún no se había impreso, y, por último, trabajos literario-jurídicos, como las investigaciones sobre los *Usatges de Barcelona*, debidas a Ficker, cuya poca difusión estaba, relativamente, explicada por el idioma en que se redactaron. En este último apartado podría colocarse la obra de Mayer sobre el Derecho de obligaciones, cuyo original vió la luz en dos extensos artículos aparecidos en la *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, etc., años 1920 y 1921, págs. 31-240 y 1-67, respectivamente.

Ya Jerónimo González, en sus *Estudios de derecho hipoteca-*

rio, utilizó este trabajo al hacer la historia del principio de publicidad en el Derecho español, y con posterioridad, el Profesor de Historia del Derecho, en Sevilla, Ots y Capdequí, publicó una extensa recensión en el *Anuario de Historia del Derecho español* (tomos I y II).

El interés de esta obra radica en la amplia utilización de fuentes por el autor y en una sistematización que le añade considerable valor técnico.

Los puntos de vista de Mayer pueden quizás en algunas ocasiones combatirse, rectificarse parcialmente en otras. La afirmación con que se encabeza el trabajo, acaso no esté enteramente justificada. Para el autor, el Derecho antiguo español no conoce los contratos consensuales. Ciertamente que no se deja arrastrar hasta la afirmación de que todos los contratos son reales, sino que al lado de esta categoría admite los contratos con formas tasadas, los más interesantes quizás, pero al incluir la regulación jurídica del matrimonio entre las formas del Derecho de obligaciones, acaso él mismo dé pie para combatir su afirmación inicial.

El desarrollo del pensamiento del autor pudiera concebirse así: el Derecho español medieval más antiguo, no conoce contratos consensuales; únicamente existen obligaciones procedentes de contrato real o de delito. Al lado de éstas aparecen bien pronto otras, dimanantes de actos formales o solemnes: la *palmada* en algunas redacciones jurídicas, como el Fuero de Navarra, que perdura en el Derecho consuetudinario; es, en otros casos, el *obstadium* o la *wadiatio*, las formas que amplían el círculo primitivo del Derecho de obligaciones. Dentro de este amplísimo cuadro, hay un primer intento de explicación de nuestro Derecho procesal (páginas 54 y siguientes) y matrimonial (186 s.), que aparecen como los mejores capítulos de la obra; algunas rectificaciones a ideas generalmente recibidas, como la prenda privada en nuestro Derecho, que tampoco deben pasar inadvertidas (página 113 s.) Es igualmente digna de destacarse la construcción que hace de la investidura (página 101 s.), asunto al que tiene dedicado el autor una monografía (*Die Einkleidung im Germanischen Recht*); la aplicación del principio germánico «mobilia non habent sequelam», al Derecho español, aunque en este punto quizás resulte más justificada la posición contraria del Profe-

or portugués Merea, que ha rebatido la opinión de Mayer (Vid. Merea en *Estudos de Historia do Direito português*; Mayer le aplica en la edición castellana de su trabajo, página 106 y siguientes).

El autor conoce y maneja las fuentes impresas de nuestro antiguo Derecho, incluyendo el de Portugal, utilizando ampliamente los diplomas insertos, por ejemplo, en la *España Sagrada* y en otras colecciones, en amplia medida. Acaso resulte un poco precipitado el cuadro que presenta, por pretender construir en conjunto la materia de obligaciones en todos los Derechos peninsulares, no estando, como no están, trazadas las líneas de su formación e influencias, con precisión suficiente.

De todos modos, merece leerse este trabajo, cuya consulta resulta ahora al alcance de todos los juristas españoles por la tralucción hecha. Esta, debida al recensor antes aludido, es fiel y correcta. Se han deslizado, sin embargo, en la impresión algunas erratas que afean el conjunto: por ejemplo, el casi constante empleo de la palabra «intimidación», en lugar de «intimación» (salvada en la fe de erratas); algún germanismo en la versión (por ejemplo, página 99), mucho más numerosos en el trabajo del *Anuario*; ciertos nombres mal transcritos: Ennein, por Esmein (página 254, nota 52); algunas concordancias raras, como «del ponsores», página 304, y la «debita manifesta», páginas 270 y 271. Hubiera sido muy útil un índice alfabético de materias y autores citados, aunque esta falta es imputable al autor y no al traductor.

Es de tener en cuenta, para valorar debidamente el esfuerzo hecho por el traductor, que las dificultades inherentes siempre a una versión del alemán, se acrecienta aquí de modo extraordinario por el empleo simultáneo del tecnicismo histórico y el jurídico.

ROMÁN RIAZA

Catedrático.