

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

Año III

Abril de 1927

Núm. 28

La Hipoteca del Propietario⁽¹⁾

V

NATURALEZA JURÍDICA

La hipoteca del propietario, dice Gierke, es el tipo más caracterizado de los *derechos reales en cosa propia*. A su alrededor se ha desencadenado la discusión sobre la existencia de tales derechos (2).

Para el estudiante español, provisto de escasos conocimientos en materia inmobiliaria, el problema suena a metafísico. Para el Registrador, acostumbrado a ver reflejada en el Registro la existencia de servidumbres impuestas por una empresa que parcela sus propios terrenos y los urbaniza con servicios de agua, gas, electricidad, alcantarillado, vistas, pasos, etc., o que inscribe a favor del dueño del predio sirviente la adquisición, por el mismo hecha, del predio dominante sin cancelar el gravamen, la situación jurídica presenta poco de anormal.

En la ley Hipotecaria falta, sin embargo, una norma específica ; en el Código civil se repite que la reunión del Derecho real y de la propiedad en una misma persona provoca la extinción de aquél (3) y ni siquiera aparece en la técnica inmobiliaria una orientación como la recogida por el artículo 889 del Código civil alemán : «No se extingue el derecho real sobre finca ajena por el hecho de que el propietario de la misma adquiera el derecho o porque el titular de éste adquiera la propiedad de la finca».

(1) Véase el número 27 de esta REVISTA, págs. 175 y siguientes.

(2) *Deuts Priv.*, II, pág. 921.

(3) Artículos 513, núm. 3.^º, y 548, núm. 1.

Ante la dificultad de admitir que pueda corresponder a una persona con el derecho de propiedad, ilimitado y absorbente (mientras no exista facultad de tercero), un derecho real limitativo de la misma, afirman algunos autores alemanes que la hipoteca del propietario no es un derecho de garantía, sino una porción del dominio formalmente separada de la totalidad.

Sólo que esta concepción tropieza con ciertas normas que la contradicen. Así el propietario que enajene su finca continúa siendo titular de la hipoteca, cuando por el mero traspaso del dominio debiera el adquirente recibir todas sus porciones. Además, si el propietario cede su hipoteca, el cesionario no adquiere ningún elemento dominical, sino un derecho real hipotecario. Por otra parte, la resistencia que el puesto registral opone a los acreedores hipotecarios posteriores, la posibilidad de que en alguna ocasión la hipoteca del propietario garantice los intereses y, en fin, la necesidad teórica de admitir en los elementos dominicales un cierto rango, contradicen la noción corriente del derecho de propiedad que ha de soportar las cargas y derechos de toda clase y orden.

Retrocede un poco la teoría con Oberneck, según cuyo pensamiento en el sistema alemán moderno, el propietario está facultado para distribuir *el valor* de su finca en porciones independientes. Estos elementos patrimoniales pueden ser adjudicados a cualquier persona, bajo la forma de hipoteca o deuda territorial, pero también el propietario puede reservárselos a su propio nombre. Es más: cuando la finalidad de garantizar un crédito se desvanece, la hipoteca o deuda territorial constituida a favor de tercero, vuelve al mismo propietario.

La constitución de la hipoteca es un convenio entre el propietario y el favorecido, por cuya virtud el primero otorga al último, bajo la forma de un gravamen de toda la finca, una parte de su valor, con determinado rango y a los fines de liberación.

Consecuentemente, la hipoteca del propietario será el derecho no ejecutable, que corresponde al titular del dominio, por razón del mismo y sobre la propia finca, de retener bajo la forma de gravamen hipotecario una *parte del valor* del inmueble, determinada en cuantía y rango, con la facultad de deducirla del precio que se obtenga en la subasta, o de transformarla en un crédito hipotecario en el supuesto de que se separe la propiedad del derecho.

Dernburg y Guthe entienden que no se hipoteca el valor, sino la cosa, como lo demuestran los casos en que la finca resulta *sobre cargada* con gravámenes que exceden de su valor en venta. En realidad, la finca es tan sólo la *portadora* de su valor en cambio que se exterioriza con la subasta.

Intimamente unida con la anterior teoría está la llamada de los *puestos fijos*, a tenor de la cual cada derecho real permanece invariablemente colocado en el puesto que, según el Registro, le corresponde, como un libro en un estante. Mediante convenios o actos jurídicos, puede alterarse la colocación, subir o bajar en la escala de garantías, cambiar los derechos, dejar su puesto libre, encasillar otros créditos en lugar del primitivo...

La hipoteca del propietario equivale en esta teoría al derecho sobre un puesto vacío, pero no responde por completo al sistema del Código civil alemán, que permite el avance de las hipotecas y derechos reales posteriores cuando se extingue el anterior y se ha convenido la cancelación.

Frente al grupo de teorías aludidas, que respetan el tradicional concepto del derecho de propiedad, se elevan otras construcciones jurídicas sobre la base de que la hipoteca del propietario es un verdadero derecho real. En efecto, si al extinguirse el crédito hipotecario (por el pago, supongamos), los demás derechos de igual clase que gravan *toda* la propiedad, no se extienden como ésta a la parte libre del gravamen, es decir, si la elasticidad de la hipoteca no tiene el mismo coeficiente que la elasticidad del dominio, se debe a que la ley autoriza al propietario para ocupar como titular de la hipoteca su puesto registral. El gravamen perdura y sujeta a la cosa sin necesidad del eslabón intermedio del dominio. El propietario ocupa el puesto vacante por ministerio de la ley y se coloca frente a los demás titulares de un derecho real como titular de la hipoteca no cancelada. Desde este momento asume un doble carácter y sobre él apoya su defensa.

El derecho de hipoteca, independiente del dominio, no figura como accesorio de la finca, sino como objeto patrimonial que no se transmite cuando ésta ni se desvanece en el procedimiento ejecutivo que contra ella se siga.

Sin embargo, los autores, después de reconocer que este derecho real es imperfecto, que la hipoteca así mantenida es defectuosa o

incompleta, han ahondado en la estructura del derecho subjetivo para fundamentar la construcción.

La solución de las dificultades, dice Gierke, debe buscarse en la distinción del lado subjetivo y objetivo de las relaciones jurídicas. Desde el primer punto de vista, la hipoteca del propietario es simplemente una parte integrante del dominio, pero objetivamente considerada constituye un derecho real sustantivo.

Como relación jurídica subjetiva, la hipoteca sobre cosa propia no existe desligada del derecho de propiedad, ni concede al propietario ningún poder dominical que no se halle contenido en el mismo dominio. Las facultades que el derecho real confiere a un tercero contra el propietario no pueden ser ejercidas por éste contra sí mismo. Frente a los demás tampoco adquiere poderes de carácter real que como propietario no le correspondan. En tal aspecto subjetivo, la hipoteca del propietario no demuestra que subsiste una limitación de la propiedad, sino más bien que no existe cierta limitación.

Por el contrario, objetivamente considerada, encontramos en tal figura un derecho real sobre la finca que se halla separado de la propiedad. El contenido necesario de todo derecho de garantía, se detrae del contenido dominical y se configura en un objeto patrimonial independiente. Gracias a la inscripción hipotecaria, esta situación jurídica del inmueble se hace visible a todos y queda dotada de fuerza real. Con ello el propietario retiene una parte de su patrimonio inmobiliario bajo las apariencias de hipoteca. De esta parte puede disponer en forma de transferencia hipotecaria, mientras un acto dispositivo sobre la propiedad de la finca, no se extiende a dicha parte del patrimonio. Cuando se incoa el procedimiento ejecutivo contra el inmueble, se pone de relieve el valor parcial separado por la hipoteca, sin que el propietario a quien pertenece aparezca como deudor real de sí mismo. Solamente subsiste una relación objetiva por virtud de la cual la finca queda gravada como portadora de un débito cuyo correspondiente título de exigir se halla unido a la parte de valor separada por el derecho de garantía. Como en el supuesto de que un título al portador llegue a ser propiedad del respectivo deudor, subsiste objetivamente la duda incorporada al papel, así también por la exteriorización en el Registro se confiere

efectividad objetiva a las relaciones hipotecarias, mientras el derecho subjetivo duerme.

VI

ESPECIES.

Antes de pasar a estudiar las clases de hipoteca del propietario, debemos hacer breves indicaciones respecto a los tipos del derecho de garantía sobre fincas que, en general, se distinguen en Alemania (1).

Por de pronto la hipoteca y la *deuda territorial* (*grundschuld*): ambas sujetan al inmueble al pago de cierta cantidad, pero se distinguen en que, en la hipoteca, el pago tiene por objeto satisfacer directamente un crédito, mientras en la deuda territorial no hay una obligación propiamente dicha y, por lo tanto, el pago tiene por objeto redimir la carga con que se halla gravado el inmueble. Supongamos que en el censo consignativo, nuestra legislación permitiera al censualista que al cabo de cierto tiempo exigiera el capital del censo, aparte de las pensiones, y estaremos en presencia de una figura análoga.

De esta diferencia fundamental, se derivan las siguientes consecuencias: la hipoteca va dirigida al pago de un crédito y depende de la deuda que garantiza.

Si esta queda satisfecha y la hipoteca, *ex ministerio legis*, no se cancela, es porque se transforma en una deuda territorial para pasar a manos del propietario y en tal situación continúa mientras este no la transfiera a otra persona.

Este fenómeno jurídico se provoca lo mismo cuando la hipoteca es registral o transmisible directamente *en el libro*, que cuando requiere la entrega de una *cédula* para producir plenos efectos. Respecto de la hipoteca de seguridad, ya sea ésta de caución o de máximo, los problemas que la hipoteca del propietario plantea son delicadísimos y nos distraerían mucho.

La deuda territorial (*grundschuld*), y la renta inmobiliaria (*rentenschuld*), que se distingue de aquella en que tan sólo auto-

(1) Para mayores desarrollos, véase en este mismo número el trabajo del Sr. R. Lueso sobre los tipos hipotecarios en Alemania.

riza al titular para exigir el pago de los réditos, pero no el del capital (como si se tratara de un censo), son tipos que se prestan por su misma naturaleza a las situaciones especiales que vamos a estudiar, lo mismo cuando nazcan y se transfieran mediante la inscripción, que cuando dependan de la expedición de una cédula.

Para mayor claridad, y siguiendo a Semmelmann, formaremos dos grupos, según el momento en que surja la hipoteca del propietario.

A.—Derechos de garantía que pertenecen al propietario desde el primer momento :

a) La deuda territorial puede ser constituida directamente a favor del propietario y mientras éste no la transfiera, es el titular del derecho.

b) Si el crédito garantizado no se perfecciona, la hipoteca pertenece al propietario. Múltiples son los casos contenidos en este apartado : la no entrega del capital por el prestamista, la nulidad del préstamo con arreglo a las leyes de la usura, falta de poder o revocación del mismo, condición deficiente, deuda futura, falta de consentimiento en el contrato principal, error, dolo, violencia al prestarlo...

c) En los derechos de garantía llamados de *cédula*, el propietario que la retiene en su poder queda protegido como si fuese el verdadero titular. El acreedor adquiere el derecho hipotecario con la entrega del citado documento o cuando el deudor le autoriza para pedirlo al Registrador.

B.—Paso del derecho de garantía desde el acreedor al propietario :

a) Por extinguirse el crédito asegurado, con arreglo a los preceptos del Derecho de obligaciones.

Cuando el propietario es al mismo tiempo deudor : pago, dación en pago, consignación, compensación...

b) Si el propietario y el deudor son dos personas distintas, la deuda personal subsiste, así como la hipoteca perdura, aunque el propietario que ha afianzado al deudor pague, consigne...

Esta situación jurídica presenta caracteres específicos y los autores la designan con un nombre especial, que más tarde examinaremos (*Hypothek des Eigentümers*).

En este supuesto, de ser deudor y propietario personas dis-

tintas, puede extinguirse la obligación asegurada porque el deudor pague, consigne, compense, etc... La hipoteca pasa entonces al propietario, pero el crédito, como es natural, deja de existir. Todo ello sin perjuicio de los efectos que la *fe pública* del Registro produce respecto a tercero y que aquí no se estudian.

Para completar la materia necesitaríamos analizar en este apartado los efectos de la subrogación legal (de gran analogía con los previstos en los artículos 1.212 y 1.839 de nuestro Código civil), los casos llamados de *hipoteca del deudor* (por ejemplo, cuando este ha vendido la finca con la carga de la hipoteca y ha heredado después al acreedor), y los supuestos de la *hipoteca del tercero* (parecidos a los regulados en los artículos 1.158, 1.159 y 1.210, número 2.^º de nuestro Código).

c) Renuncia de la hipoteca. El acreedor, sin renunciar a su crédito, puede renunciar a la hipoteca, sea en vista de un pago próximo, sea porque se le ofrece una seguridad mayor (prenda, valores, letras de cambio, hipoteca sobre otra finca, fiadores, etc...)

Como la renuncia debe ser inscrita para que produzca sus efectos y la hipoteca del propietario no nace hasta que se inscriba, adquirirá el derecho de garantía, transformado en deuda territorial, la persona a quien pertenezca la finca en el momento de inscribir.

d) Cuando el propietario puede hacer valer contra el derecho real una excepción perentoria, adquiere igualmente la hipoteca. Entran dentro de este grupo, todos aquellos casos en que, por falta de efectividad, por caducidad, resolución, prescripción, enriquecimiento indebido, pacto de no pedir... el propietario puede oponer al acreedor una *exceptio perpetua* que desvirtúe el procedimiento ejecutivo hipotecario.

e) En el supuesto de que sea desconocido el acreedor y hayan pasado diez años desde la última inscripción, el propietario que durante este plazo no hubiera realizado ningún acto de reconocimiento de la hipoteca, puede instar judicialmente la caducidad del derecho inscrito y subrogarse en el puesto hipotecario.

Si el propietario tiene el derecho de pagar o de denunciar el crédito al acreedor desconocido y consigna su importe, el juez ha de declarar la caducidad de la hipoteca por exclusión del titular, y surge igualmente la hipoteca del propietario.

f) Confusión. Para hacerse cargo de los supuestos que caen

bajo este epígrafe, es necesario insistir sobre una distinción que en España olvidamos con frecuencia. Una cosa es, la deuda *personal*, y otra, la responsabilidad de carácter *real*. El propietario puede ser al mismo tiempo deudor o puede *no deber* nada en el sentido *obligacional*.

Con la vista puesta en esta distinción, estudiemos los siguientes casos :

1.^º Unión del crédito y de la deuda personal en un solo sujeto jurídico que no es el propietario. Según los dictados del derecho de obligaciones, se extingue la deuda, y con arreglo a los cánones inmobiliarios, el propietario adquiere la hipoteca. Es indiferente que el deudor adquiera el crédito o que, viceversa, el acreedor se subrogue en la deuda. Es lo mismo que el primero herede al segundo o que éste herede al primero.

Sin embargo, puede suceder que el deudor personal tenga derecho a un resarcimiento por parte del propietario, y entonces, surgiría la llamada *hipoteca del deudor*. Tal sería el caso, si al vender el deudor la finca hipotecada a un tercero, éste se hubiese comprometido a satisfacer al acreedor. El derecho de resarcimiento puede nacer del contrato o de la ley, antes de la hipoteca, al constituirla o después de inscrita.

2.^º Unión de la deuda personal y real con el crédito hipotecario en la misma persona. Se extingue la deuda, pero nace la hipoteca del propietario.

3.^º Unión del crédito y de la responsabilidad real en una sola persona, por ejemplo : el propietario, que no es deudor, hereda al acreedor, o el acreedor hereda al propietario : el propietario adquiere el crédito, o el acreedor adquiere la finca. Tanto la hipoteca como el crédito, subsisten en manos del propietario, y el antiguo deudor sigue obligado.

g) Si un nuevo deudor, por convenio con el acreedor, sustituye al primitivo, de suerte que se haya de entender renunciada la hipoteca constituida a favor del primitivo.

V I I

CONTENIDO.

De las especies hipotecarias y de las situaciones examinadas en el anterior capítulo, resultan tres tipos diferentes de la figura que discutimos :

1.^º *Deuda territorial del propietario (Eigentümergrundschulden)*: derecho de garantía que corresponde a un propietario desde el momento en que inscribe a su nombre aquel gravamen.

2.^º *Hipoteca del dueño (Eigentümerhypotheken)*: llamada por Oberneck, hipoteca sin crédito; por Dernburg, hipoteca despojada del crédito, y por Schwind, hipoteca *stricto sensu*.

3.^º *Hipoteca del propietario (Hypotheken des eigentümers)*: derecho que arranca, como el anterior, de una hipoteca ordinaria y pasa al propietario con el crédito correspondiente (llamada por esta razón hipoteca revestida de crédito). Aunque el ordenamiento inmobiliario alemán, como el nuestro, exige la inscripción para que el derecho real de hipoteca quede constituido, las diferentes figuras a que nos venimos refiriendo, nacen con la situación jurídica que les dá vida cuando son derivadas, de suerte, que el asiento en el Registro es *declarativo*, y solamente para favorecer a los terceros interesados entra en juego el principio de publicidad.

Es decir, que la deuda territorial constituida por el dueño a su propio nombre necesita ser inscrita para nacer; pero el derecho de hipoteca inscrito pasa al propietario en cuanto éste paga al acreedor. Unicamente, si un tercero ha adquirido el derecho inscrito, fiado en la inscripción no cancelada, continúa subsistente el régimen acreditado por el Registro.

Como derecho real en cosa propia, la hipoteca del propietario está paralizada mientras no surja un interés contrario a su existencia. El derecho subjetivo duerme, y el propietario no puede hacerlo efectivo para liquidar la situación. En su consecuencia, se le niega la acción ejecutiva y el procedimiento de apremio para hacer efectiva su hipoteca y reembolsarse con el precio de la finca el valor asegurado.

Por el contrario, desde el momento en que un acreedor cualquiera inicia el procedimiento ejecutivo, recobra sus energías la hipoteca y el propietario se coloca como verdadero titular en el puesto hipotecario que le corresponda, con las defensas y ventajas que pertenecerían a un extraño.

Claro es que si, durante la ejecución, continúa en el goce de la finca, no puede reclamar intereses por el valor garantizado, pero si se ha decretado el secuestro o se le han embargado frutos y rentas, está facultado para exigir los intereses correspondientes al tiempo que esta situación dure, o las rentas devengadas en el ínterin, caso de que su derecho provenga de una *renta territorial*.

De los mismos principios se deduce también la consecuencia de que si el propietario cae en quiebra, el valor garantizado por la hipoteca pertenece a la masa común, no a los acreedores hipotecarios posteriores sobre la misma finca.

Todas estas normas son aplicables a los tres tipos más arriba distinguidos. En realidad, la *deuda territorial del propietario* y la *hipoteca sin crédito* tienen iguales desenvolvimientos, porque, como la hipoteca es un derecho accesorio y el crédito personal del deudor contra sí mismo no puede subsistir, en todos los casos de este grupo la hipoteca se transforma en deuda territorial desde que pasa al propietario y queda reducida a una carga abstracta de la finca. Esta transformación se verifica por ministerio de la ley y el Registro que no la acusa contiene una inexactitud.

Por eso Gierke desdeña la apuntada división tripartita y estudia únicamente de un lado la *deuda territorial del propietario* (en la que comprende la *hipoteca sin crédito*), y de otro, la *hipoteca del propietario*.

Esta última (*Hypotek des Eigentümers*, de Hachenburg), como revestida de un crédito, otorga al propietario el derecho real y el crédito personal; pero es natural que durante la unión de estos tres derechos subjetivos (dominio, hipoteca y crédito), en una misma persona la fuerza ejecutiva del crédito hipotecario se encuentre desvirtuada. Además, cuanto el acreedor-propietario reciba porque otro ponga en venta su finca, no sirve para extinguir el crédito que continúa subsistente. Supongamos que yo he garantizado con mi hotel la deuda de 100.000 pesetas que Ticio ha contraído con un banquero, y que, antes del vencimiento del crédito, soy decla-

rado heredero del acreedor. Ticio me deberá 100.000 pesetas y el hotel seguirá gravado a mi favor con una carga hipotecaria de igual extensión. Los procedimientos que yo instara contra Ticio no repercutirían sobre la situación jurídica del hotel más que de un modo indirecto ; por ejemplo : en cuanto yo cobrase del deudor las 100.000 pesetas, la carga hipotecaria se transformaría en *deuda territorial*. Y lo que yo recibiera por la venta judicial de mi hotel no aprovecharía a Ticio. El propietario, sin embargo, podría restablecer la unión sustancial entre hipoteca y crédito separándolos del dominio. Yo puedo, en el ejemplo propuesto, vender el hotel, quedándome con la hipoteca contra Ticio, o ceder el crédito hipotecario quedándome con el hotel.

De todos modos, mientras subsista la unión de los tres elementos jurídicos, esta última figura también será regulada por el derecho inmobiliario como si fuese una *deuda territorial*, aunque conceptual y formalmente será una hipoteca.

Por lo demás, el propietario puede pedir la inscripción a su nombre de la deuda territorial, cancelarla, cambiar su puesto con otros titulares, modificar la inscripción siempre que no perjudique a tercero y gravar o transmitir su derecho *inter vivos o mortis causa*. Los acreedores del propietario pueden, por su parte, embarcar el derecho hipotecario.

En resumen, la hipoteca del propietario se mantiene independiente como un elemento patrimonial substantivo.

VIII

TRANSMISIÓN Y GRAVAMEN.

La hipoteca del propietario, como objeto patrimonial independiente, puede ser transmitida con el carácter de deuda patrimonial o de hipoteca propiamente dicha, si no choca la transferencia contra alguna expectativa o derecho del acreedor.

Esta última condición viene impuesta por los desarrollos de la hipoteca de seguridad. En efecto, el que constituye a favor de un Banco, por ejemplo, una hipoteca en garantía de su cuenta corrien-

te, hace oscilar con las entregas de fondos y la expedición de cheques el contenido del derecho real de garantía : un día debe 100.000 pesetas y al siguiente, 30.000. Si suponemos que el maximum asegurado es de 150.000 pesetas y aplicamos las normas de la hipoteca del propietario, tendremos que en el primer caso, al lado de la hipoteca en garantía de 100.000 a favor del Banco, la hipoteca del dueño se extiende a 50.000 pesetas, mientras al día siguiente la hipoteca del Banco es de 30.000 pesetas y la del dueño, de 120.000. Permitir que el dueño operase sobre esta última libremente, equivaldría a anular los efectos de la garantía, y por eso, la doctrina, sin renunciar al sistema, traba la hipoteca del propietario con variadas construcciones jurídicas. Unos autores hablan de la hipoteca latente del propietario, otros de la hipoteca originaria, otros de una hipoteca provisional, expectante, transitoria, comprometida...

Fuera de estos supuestos, en cuyo estudio no podemos entrar, el propietario puede transmitir la *deuda territorial* o la *hipoteca*, previa inscripción a su nombre o mediante inscripción directa a favor del adquirente, total o parcialmente, con el mismo interés u otro (dejando a salvo los derechos de tercero), con el mismo deudor, si subsiste la antigua deuda personal, o declarándose deudor él mismo o garantizando la deuda de un tercero.

Conocidas son la precisión y brevedad de las fórmulas que los alemanes emplean en el Registro de la Propiedad. Para acreditar la conversión y la transferencia de la hipoteca, bastará consignar lo siguiente :

«La hipoteca... se ha convertido en una deuda territorial a favor del propietario, y esta deuda territorial ha sido transmitida a F. de T.»

«La hipoteca... ha sido transferida al propietario, que la ha cedido a F. de T.»

Cuando se ha emitido cédula, la transferencia puede tener lugar *fuera del Registro*, mediante cesión por escrito y entrega de la cédula.

El propietario está facultado para reclamar al acreedor un documento auténtico que acredite la transferencia legal.

Corriente en la práctica es la transformación de la deuda territorial que al propietario corresponde, en una hipoteca ordina-

ria. Para ello se necesita el acuerdo entre el propietario y el nuevo acreedor, así como la inscripción, haciendo constar, ex gr., que D. F. de T. ha entregado en préstamo al propietario la cantidad de 20.000 marcos al 4 por 100, pagadero por trimestres, reembolsable en tal fecha y a cuya seguridad se afecta el gravamen hipotecario que existe a favor del propietario.

En el caso de que el propietario constituyese hipoteca en garantía de la deuda de un tercero, es preciso que ante todo se transforme la deuda territorial del dueño en una verdadera hipoteca del propietario, mediante declaración hecha al Registrador. Tanto esta declaración como la que han de hacer los demás interesados, pueden consignarse en esta forma: «La hipoteca... se ha transformado en una deuda territorial a favor del propietario; la deuda territorial con un interés de 5 por 100 desde 1 de Enero ..., garantiza un crédito del propietario contra F. de T., y esta hipoteca se transmite a Z. de C.»

La hipoteca del propietario puede ser sujetada a la responsabilidad de un crédito, como una hipoteca cualquiera de libro o con cédula; es decir, puede ser subhipotecada. En el primer supuesto, la subhipoteca necesita del acuerdo entre el propietario y el acreedor, así como la inscripción en el Registro del nuevo gravamen, previa transferencia al propietario. En la segunda hipótesis, la garantía se constituye entregando la cédula o estableciendo una coposición sobre este título.

En manos del acreedor subhipotecario, la hipoteca se halla sujeta a las limitaciones que tendría si continuara inscrita pura y simplemente a favor del dueño.

En fin, la situación que estamos estudiando termina de un modo *relativo* cuando se separa la propiedad del derecho, y de un modo *absoluto* cuando se cancela voluntariamente o por mandamiento judicial.

IX

LA HIPOTECA DEL PROPIETARIO EN EL CÓDIGO CIVIL SUIZO.

A tenor del artículo 827 del referido Código, el propietario que no responda personalmente de la deuda hipotecaria, puede des-

gravar su finca en las mismas condiciones que hayan sido hechas al deudor para extinguir el crédito, y queda subrogado en los derechos del acreedor.

En su virtud, los comentaristas desenvuelven la transmisión del crédito y la transferencia de la garantía con términos y efectos análogos a los que emplean y deducen los autores alemanes.

El propietario adquiere el crédito personal cuando la deuda es de un tercero contra el cual tenga una acción de reembolso. No se subrogará, por ejemplo, en lugar del acreedor si el adquirente de una finca hipotecada, hubiera hecho deducir del precio el valor de la hipoteca, sin cargar personalmente con la responsabilidad.

En cambio, el dueño adquiere la hipoteca *ipso facto* y sin necesidad de inscripción en cuanto satisface al acreedor. Wieland afirma que el propietario puede realizar el derecho hipotecario por *sí mismo* o transferirlo a un tercero (1). Bien es verdad que en otro pasaje declara que el derecho hipotecario permanece en estado latente.

El artículo 859 del mismo texto legal, permite que las *cédulas hipotecarias* y las *cartas de renta* sean emitidas a nombre del mismo propietario.

En las antiguas legislaciones cantonales que lo prohibían, se habían introducido a la sombra de testaferros u hombres de paja los llamados «títulos de compadre» (*gottibrieze, titres a parrains*).

La *cédula hipotecaria* es de naturaleza personal, es decir, garantiza siempre una deuda de cualquier clase.

La *carta de renta* es una carga real del inmueble y tiene por deudor al propietario actual, sea quien sea. Únicamente los intereses se transforman en obligación personal en cuanto dejan de estar garantizados por la finca (pasados tres años).

Para la emisión de *cédulas hipotecarias*, el Código suizo no prescribe la tasación oficial de los inmuebles ni fija un máximo con relación al valor de los mismos, pero respeta las disposiciones de los Cantones que regulan la estimación facultativa u obligatoria.

Respecto de las *cartas de renta*, establece que sólo pueden ser

(1) *Les droits reels dans le C. c. s. II, 25.*

(2) *Ibidem, págs. 20.*

constituidas sobre fincas rústicas, casas y solares por una cantidad que no exceda, en los predios rústicos, de los dos tercios del valor de rendimiento del suelo más la mitad del valor de las construcciones, y en los urbanos, de los tres quintos de la media entre el valor en renta y el valor en venta. A tal efecto, los Cantones son responsables si la estimación no se ha hecho con todo cuidado.

Estas diferencias se explican sin más que tener en cuenta que en las *cartas de renta*, como en nuestro censo consignativo, no hay responsabilidad personal propiamente dicha, ni tales cargas pueden ser rescindidas o denunciadas por el perceptor de la renta, ni implican derecho de exigir el capital, salvo los casos de división perjudicial del predio, disminución de su valor por obra del propietario o falta de pago de tres pensiones, en los que el acreedor puede exigir el reembolso.

Tanto la *cédula* como la *carta* han de hallarse extendidas por el Registrador y firmadas por un magistrado, y son nominativas o al portador. De igual modo que nuestros títulos endosables o al portador, unen el crédito y la garantía al papel, y en su virtud ambos derechos se transfieren con la propiedad del papel mismo.

Para explicar la hipoteca del propietario, o mejor el derecho de prenda a favor de sí mismo en estos casos, los autores suizos habían adoptado la teoría de la parcelación del valor (*Wertparzellentheorie*), la del poder formal de disposición (*formale Dispositionsmacht*) y la de la garantía independiente (*verselbständigte Grundpfändes*), pero hoy combinan las normas de la hipoteca del propietario con las consecuencias que se deducen del sistema de puestos o casillas libres en el Registro.

Con más energía que los alemanes, distinguen aquéllos la *hipoteca revestida* de la hipoteca sin crédito.

En el primer supuesto, la hipoteca conserva las características ordinarias y el hecho de que el acreedor sea al mismo tiempo propietario, no le impide el ejercicio de todas las facultades que se derivan de su derecho de garantía. La situación resulta clara cuando la finca hipotecada se encuentra además gravada con derechos de rango inferior. Con el sistema del puesto o casilla libre, el propietario tan sólo tendría la facultad de colocar otra deuda en lugar de la pagada, pero mediante la llamada hipoteca del propietario mantiene sus pretensiones en caso de liquidación forzosa con

la preferencia correspondiente al puesto. Contra la norma alemana, el Código civil suizo autoriza al dueño para incoar el procedimiento ejecutivo y exigir la venta en subasta.

En la segunda hipótesis (hipoteca sin crédito), el derecho de garantía no es una verdadera hipoteca ni encierra una parte ideal del valor de la finca. Impide, es cierto, el avance de los acreedores posteriores en rango, permite al propietario reconstituir la situación hipotecaria con una simple transferencia de la cédula o de la carta, pero mientras el derecho permanece en sus manos, la acción ejecutiva queda paralizada, y no puede exigir que se le pague con el valor de la finca, ni evitar el reparto de la cantidad obtenida en la subasta provocada por otro, entre todos los acreedores de cualquier rango.

No obstante estas limitaciones, la garantía del propietario sobre su propia finca, le permite tratar con los Bancos o prestamistas en términos de mayor libertad y discutir el préstamo que intenta contraer como quien tiene preparada prenda suficiente y solvencia indiscutible. Por eso se afirma que la hipoteca del dueño es un compromiso del inmueble en garantía de una deuda futura y que el propietario titular de la cédula es el *representante* del futuro acreedor hipotecario, dotado de las facultades necesarias para salvaguardar la prelación y eficacia de la obligación no nacida.

JERÓNIMO GONZÁLEZ.

ERRATAS

En la primera parte de este trabajo se han deslizado las siguientes:

Página	Línea	Donde dice	Debe decir
176	30	Había de	habrá de
179	28	adquiriría	conservaría
180	25	sustitución	institución
181	8	entonce	ca entonce
181	9	desempeñar	empeñar
182	última	ecupretio	eo pretio

BANCO HISPANO-AMERICANO

CAPITAL: 100 000.000 DE PESETAS

Domicilio social:
Plaza de Canalejas, 1. MADRID Sucursal del Sur:
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, Gandia, Granada, Guadalajara, Huelva, Huesca, Jaén, Játiva, 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, Plasencia, 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, 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.—Dámite 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 teográfica: HISPA M E R

ERRATAS

En la primera parte de este trabajo se han deslizado las siguientes :

Página	Línea	Donde dice	Debe decir
176	30	Había de	habrá de
179	28	adquiriría	conservaría
180	25	sustitución	institución
181	8	entonce	ca entonce
181	9	desempeñar	empeñar
182	última	ecupretio	eo pretio

BANCO HISPANO-AMERICANO

CAPITAL: 100 000.000 DE PESETAS

Domicilio social: **Plaza de Canalejas, 1. MADRID** Sucursal del Sur:
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, Catayud, Caspe, Castellón de la Plana, Cartagena, Córdoba Coruña, Don Benito, Ecija, Egéa de los Caballeros, Elda, El Ferrol, Estella, Figueras, Gandia, Granada, Guadalajara, Huelva, Huesca, Jaén, Játiva, Jerez de la Frontera, Jumilla, La Palma del Condado, Las Palmas, Linares, Logroño, Mahón, Málaga, Medina del Campo, Medina de Ríoseco, Mérida, Monforte, Motril, Murcia, Olot, Onteniente, Orense, Palma de Mallorca, Pamplona, Plasencia, 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, Villargarcía, 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.——dime 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: HISPA M E R

El documento notarial

Tomado de la *Memoria* de la Junta Directiva del Colegio Notarial de la Habana.)

SEÑORES COLEGIADOS :

Cumplimos un deber reglamentario redactando la Memoria correspondiente al año que hoy termina, quincuagésimo segundo de la organización notarial como función independiente y separada de la que se ejerce por los Secretarios en las actuaciones de los Juzgados a que están adscriptos.

Teníamos el propósito de completar el tema que sirvió de objeto a la Memoria del anterior año, refiriéndonos en la presente a la competencia notarial por razón de la materia, como en aquellas discurremos sobre la jurisdicción notarial por razón del territorio o sea la denominada demarcación notarial de antiguo disputada, objeto de ensayos de distintas clases en España y aún no fijada definitivamente de modo satisfactorio ni en la antigua Metrópoli ni en nuestra propia República. Tal era nuestro propósito, cuando el ilustre catedrático de Derecho Procesal en nuestra Universidad, Dr. Ricardo Dolz, anunciando su conferencia pronunciada en el Círculo de Abogados de la Habana bajo el sugestivo título de «Documentos vivos», nos hizo pensar que nada más natural que referirnos nosotros a los Documentos públicos, como antítesis de los «Documentos vivos» toda vez que dentro de esa denominación se encuentran los documentos notariales, de tan gran importancia, que por autonomía son llamados públicos.

Nos limitaremos a tratar del documento notarial ya que nos dirigimos concretamente a los funcionarios encargados especialmente de redactarlos y autorizarlos.

Se emplea la expresión «actos entre vivos» y «actos de última voluntad» para indicar el hecho jurídico determinante de obligaciones, las cuales hayan de surtir efecto en el primer caso, entre vivos, y en el segundo por la muerte del otorgante; pero también se denominan «actos auténticos» a los documentos que dan testimonio fehaciente del hecho jurídico, es decir, al documento público, a diferencia del documento privado que toma tal nombre, porque está privado de la intervención del Poder público que es el que presta por medio de los funcionarios especialmente designados al efecto, la condición o garantía de autenticidad que se obtiene siempre que se hayan cumplido las formalidades y solemnidades prescritas por las leyes.

No resulta precisa en nuestro Derecho la expresión de acto auténtico como sinónima de documento público, dado que difiere el concepto gramatical del que jurídicamente se le da—aun éste un tanto imprecisamente—, lo que ha dado motivo a las encontradas opiniones de los juristas, entre ellos Covarrubias, Hevia, Viso, Sánchez Román, etc. Más bien cabría el uso dentro del Derecho italiano, puesto que se denomina al instrumento público «l'atto pubblico», pero en modo alguno es recomendable entre nosotros la expresión, ya que, a más de la indicada imprecisión del concepto de autenticidad, existe la confusión entre el «acto» que significa «otorgamiento» y el que constituye el hecho jurídico determinante, modificativo o extintivo de la relación jurídica.

Más racional parece el empleo de la palabra «instrumento» cuando se hace referencia al documento público, pero tampoco es aconsejable ya que comprende también el privado, como se observa en el Código civil cuando hace referencia a las pruebas (artículo 1.215) que menciona los instrumentos abarcando en ellos los documentos públicos y los privados.

En cuanto a los documentos notariales, la legislación especial los denomina indistintamente escrituras e instrumentos públicos, aunque a nuestro juicio fuera preferible la denominación última, toda vez que con arreglo a nuestro Derecho notarial los documentos se dividen en escrituras públicas y actas notariales y ambas clases de documentos quedan comprendidos en el concepto genérico de instrumentos públicos.

Es verdad que dentro del concepto de documentos notariales

están comprendidos los testimonios por exhibición y que por ello se pudiera estimar que son también instrumentos públicos, pero con un valor probatorio muy inferior a las escrituras y actas notariales y a sus copias expedidas con las formalidades legales.

Suele también hacerse uso, como sinónimas, de las palabras «título» e «instrumento», no obstante tener un significado bien distinto. El título es la causa del derecho que constituye la relación jurídica que se crea, modifica, extingue, etc., como el arrendamiento, la compraventa, etc.; mientras que el instrumento es el testimonio escrito del acto jurídico.

El Código civil se ocupa especialmente del documento público en el capítulo destinado a la prueba de las obligaciones y no como forma obligatoria de determinados contratos, dado el principio de espiritualidad imperante en nuestras instituciones privadas, que estima perfeccionado y existente el contrato cualquiera que sea la forma en que conste la concurrencia de los tres elementos esenciales: consentimiento, causa y objeto; puesto que existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras a dar alguna cosa o prestar algún servicio (artículo 1.254), y por tanto la escritura que lo contiene, como no esencial para su existencia, sólo la regularon los legisladores del 89 como elemento probatorio al igual que los Códigos francés, belga, portugués, italiano y chileno, entre otros, lo que en cierto modo resulta anormal, porque en ese concepto más que materia de derecho sustantivo es propia del derecho procesal como así lo considera el Código mejicano, pero en este caso como en muchos, la línea divisoria entre uno y otro Derecho se debilita y hasta se rompe.

El Código civil demanda, si bien no para la validez sí para poder exigir las prestaciones debidas, determinadas formalidades en el capítulo referente a la eficacia de los contratos. Deberán constar en documento público, dice el artículo 1.280, los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles; los arrendamientos de estos mismos bienes por seis o más años, siempre que deban perjudicar a tercero (los que se celebren anticipándose la renta de tres o más años—ley Hipotecaria, artículo 2.º, número 5.º modificado por la ley sobre Colonato y Refacción agrí-

cola de 2 de Marzo de 1922 en el sentido de comprender los arrendamientos que excedan de un año); las capitulaciones matrimoniales y la constitución y aumento de la dote, siempre que se intente hacerlo valer contra terceras personas; la cesión, repudiación y renuncia de los derechos hereditarios o de los de la sociedad conyugal; el poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero; y la cesión de acciones o derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública.

Teniendo en cuenta los preceptos de la legislación notarial sobre escrituras públicas y actas notariales y algunas leyes especiales como la de Colonato y Refacción agrícola, es deber inexcusable del notario no intervenir en los otorgamientos en que se requiera escritura pública, sino cumpliendo los requisitos y formalidades legales y abstenerse de autenticar las firmas de los documentos privados que, o bien contengan contratos que deban constar en documento público, o bien su autenticidad haya de ser sometida a la apreciación y fallo de los funcionarios del Poder judicial, toda vez que únicamente pueden reputarse auténticos ante los Tribunales de Justicia cuando ha intervenido el Notario ajustándose a las prescripciones del Derecho notarial, como lo requiere el Código civil en su artículo 1.217 y lo exigió la Base 19 de la ley de 11 de Mayo de 1888 y dando observancia asimismo a las modificaciones ulteriores de esa legislación que le sean aplicables.

Con motivo de iniciarse el uso de autenticar toda clase de documentos privados, debido a la influencia de la costumbre existente en los Estados Unidos de Norteamérica, tuvo esta Junta directiva que acordar que por el Decano se procediera a dirigir una circular a los señores Notarios, como se les dirigió en 23 de Octubre de 1922, recordándoles que si es posible en la vecina nación tal práctica por ser en ella los Notarios meros autenticadores, y sin facultad de formar ni custodiar archivos de instrumentos públicos, entre nosotros pudiera ser fuente de errores determinando daños y perjuicios de consideración y por otra parte resulta el acto del Notario en tales intervenciones contrario a la reglamentación y organización de la función notarial otorgando la fe extra-

judicial en forma ilegal, ya que el Notario para ejercerla tiene que cumplir los requisitos formales que exigen las leyes como necesarios para la autenticidad del acto, pues si el documento público se distingue del privado en que aquél produce por sí mismo la certeza y autenticidad por ministerio de la ley, produce esos efectos únicamente mediante el cumplimiento de los requisitos formales, sin los cuales no es cierto, ni auténtico, ni indubitable; en una palabra, no es documento público.

La Audiencia de la Habana, en sentencia número 371 de fecha 24 de Mayo último, ha reconocido la bondad de esta tesis, sin reserva ni limitación alguna.

El Notario no puede sustituir al Juez en la apreciación del documento privado. La mera autenticidad o legitimación notarial de las firmas no lo convierte en documento público y, por tanto, no es posible sustraer de la autoridad judicial el conocimiento de las pruebas relativas a su certeza, como son: el reconocimiento de la parte a quien ha de perjudicar, el cotejo de letra, declaración de testigos; en suma, la apreciación del resultado general de las pruebas que al imperio exclusivo de la autoridad judicial se halla sometido mediante el cumplimiento de las reglas procesales.

No merma este criterio la función del Notario; por el contrario, es útil para robustecer la fe a él encomendada, y, por ende, para aumentar su prestigio y autoridad, porque no permite que su fe se preste en forma ilegal, que nazca endeble y desmedrada para en su día ser desconocida y desautorizada.

El documento notarial como la prueba del hecho jurídico realizado mediante su otorgamiento, es de un valor privilegiado, dicho sea no como equivalente de prueba plena que ya el Código civil ha hecho desaparecer y que aun antes, sin temores ni recelos había borrado con su doctrina el Tribunal Supremo de España, entre otras por las sentencias de fecha 2 de Octubre de 1861 y 12 de Junio de 1878 que declararon que la prueba documental pública podía ser enervada por la de otros documentos, aunque sean privados y aun por la de testigos.

Desde antiguo, el criterio jurisprudencial de los Tribunales de Justicia se ha declarado en favor del principio muy humano de que a la arbitrariedad apriorística de la ley establecida en beneficio de determinado elemento probatorio, prevalezca el arbitrio

judicial induciendo del conjunto general de ellos el decisivo para resolver la cuestión controvertida.

Aunque no tenga el documento público el privilegio que parecía derivarse de la circunstancia de ser la prueba con motivo de la cual se da recurso de casación por error de hecho cuando el Tribunal de instancia no admite como probado un hecho evidentemente justificado con un instrumento público o declara probado un hecho manifiestamente antagónico al que resulta de documento público llevado al juicio con las formalidades legales, es indiscutible la importancia del documento público como medio probatorio.

Al par que elemento de prueba, es el documento notarial la forma obligatoria de determinados contratos, siendo éste, desde luego, en lo que a nuestra función respecta, el aspecto más interesante.

Nació bajo el imperio formalista y estricto del Derecho romano, la necesidad de adoptar las fórmulas terminantes prescritas por el Derecho civil «secundum notræ civatatis jura» para obtener eficacia legal en las convenciones.

Templándose fué en el propio Derecho de Roma el rigor de los primeros tiempos y así pasó al Derecho civil de España, permitiéndonos ver en las leyes de Partida, no obstante la influencia romana que en ellas se observa, mitigado un tanto el exagerado civilismo de las Instituciones de Justiniano, cuando dicen que la obligación es «ligamento que es hecho segund ley e segund natura», Ley 5.^a, título 12, Partida V. Pero lo que constituyó un paso marcado de avance en la independencia de la forma para la validez de las relaciones jurídicas en el Derecho privado, fué la ley única, título XVI, del Ordenamiento de Alcalá, que pasó a ser la ley primera, título I del Libro X de la Nov. Recopilación y que determinó nuestro artículo 1.254 del Código civil, que proclama el imperio del principio de espiritualidad en los contratos: «El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras a dar alguna cosa o prestar algún servicio».

No siempre hubo, desde el Ordenamiento de Alcalá, un criterio fijo, pues se recordará la ley 14, título XII, libro X de la Novísima Recopilación, que exigía para la validez y eficacia del con-

trato de venta de bienes raíces que se hubiera otorgado ante escribano de número o público, y ya sea por el propósito fiscal, que fué sin duda causa de esa disposición, o por la repugnancia que tal demanda producía en el pueblo español, como obligada forma que restringía su libre voluntad, es lo cierto que no se cumplía realmente.

Aun después de regir el Código y dado lo dispuesto en los artículos 1.279 y 1.280, hemos visto el paso inseguro de la jurisprudencia, pues la sentencia de 17 de Abril de 1897 exigió con una interpretación estilo justiniano la necesidad del ejercicio de la acción para obtener el otorgamiento de la escritura de venta como condición que ha de preceder al de la acción derivada del contrato. Criterio que no ha seguido el Tribunal Nacional ni tampoco el de España, como indican las sentencias posteriores de 4 de Julio de 1899, 1.^o de Octubre de 1901 y 21 de Diciembre de 1925, que definitivamente establecen la doctrina acorde con los principios que inspiraron los preceptos del Código civil.

Debemos aprovechar esta oportunidad para declarar que los Notarios no cumplen su ministerio cuando solamente se limitan a dar fe de lo que ante ellos sucede o de lo que manifiestan las partes. Su misión quedaría incompleta, limitada a su menos importante función.

Precisamente para procurar dar mayor fuerza al documento notarial, para que éste figure cada vez con mayor eficacia entre los demás medios probatorios, es indispensable que responda a las exigencias capitales, que son: fiel expresión de la voluntad de las partes; que esté redactado en forma clara y explícita, y que las estipulaciones produzcan los efectos jurídicos acordes con la intención de los contratantes. Y es, en estos respectos, donde ha de influir la competencia jurídica del Notario.

Dada la complejidad de las relaciones jurídicas, tanto entre dos personas como entre una persona y una cosa, es labor delicada y difícil la del profesional encargado de redactar el documento que contenga las convenciones determinantes de los efectos que se desean. Las leyes son preceptos abstractos, casi siempre verdaderas reglas hipotéticas que presuponen la existencia de determinadas circunstancias para derivar de ellas las consecuencias jurídicas que prescriben y reglamentan. La especificación de esas

circunstancias respetando la voluntad de las partes y ajustándolas a las reglas o preceptos del Derecho, es labor que no está exenta de dificultades, agravadas a veces por las manifestaciones tropo-sas de los propios interesados. Y mientras más felizmente se realiza esa labor, más fácil será en su día y más justa la del Juez, que, a la postre, no es otra cosa que traducir el precepto general en norma concreta que resuelva el caso especial. La verdadera dificultad está, ya para una u otra función, en que pocas veces el *caso práctico* se ajusta al supuesto legal: ajustarlo en todo lo posible guardando sagrado respeto a la voluntad de las partes es la misión más alta del funcionario notarial, y a nadie se oculta que para ello se requiere inteligencia, cultura jurídica y honradez profesional.

La parte más fácil de la actuación notarial es la referente a los requisitos extrínsecos o formales del documento público, para el cual rigen especialmente la ley del Notariado y su Reglamento orgánico, modificados por multitud de Ordenes militares, leyes y Decretos y por la Instrucción General para la redacción de Instrumentos públicos sujetos a Registro.

En nuestro Derecho notarial hay dos grupos de instrumentos: los denominados escrituras públicas y las actas notariales, como antes hemos indicado, que se distinguen entre sí, no sólo por lo que constituyen objetos especiales de unas y otras, sino también en cuanto algunos requisitos formales, esenciales en las primeras y no requeridos en las segundas.

También es preciso tener en cuenta, en cuanto a requisitos internos, los preceptos de leyes especiales, como el Código de Comercio en lo referente a sociedades, protestos, protestas, etcétera; la ley Hipotecaria y su Reglamento en lo referente a bienes inmuebles y derechos reales, etc., el Código civil en materia de testamentos, etc.

Mas donde es mayor la responsabilidad del funcionario notarial es en lo referente a la especificación de las convenciones y determinación consiguiente de los derechos y deberes de las relaciones jurídicas que aquéllas crean.

En nuestro Derecho cabe la clasificación de los preceptos legales en prescriptivos, prohibitivos y permisivos, que nos sirve para guiarlos en la redacción de los documentos.

En todo contrato, las convenciones, varias y múltiples, a consecuencia de nuestra actividad multiforme, deben ser especificadas en forma que no se opongan o caigan dentro de la órbita de las reglas imperativas del Derecho, o sean las preceptivas y prohibitivas, ya que ellas constituyen una limitación de la facultad creadora de derechos por parte del individuo, establecida por la sociedad en beneficio de todos. Este criterio es el que se ajusta a la terminante prescripción del artículo 4.^º, título preliminar del Código civil, que indudablemente contiene una trascendental disposición respecto a la validez de los actos jurídicos y marcó un derrotero nuevo en la tradición jurídica del Derecho civil español.

La ignorancia del Derecho es inexcusable en todos como principio *sine qua non* para el mantenimiento del orden jurídico en las relaciones privadas desde que cesaron el privilegio a ese respecto reconocido por el Derecho romano y las leyes de Partida en favor de algunos militares, pastores, etc., pero ello no significa que el conocimiento del Derecho esté al alcance de todos, y por eso es deber de los Notarios el vigilar atentamente que los términos de los contratos contenidos en las escrituras públicas no violen los preceptos legales imperativos y cuiden de ilustrar a los contratantes sobre los extremos que quedan bajo el imperio de su *poder jurídico*.

El incumplimiento de esa obligación por parte del Notario, le hace incurrir en una responsabilidad que en muchos casos determinan expresamente las leyes; ejemplos de ellos son los artículos 32 y 39 de la ley Notarial, 132, 705, 712 y 1.223 del Código civil, 4.^º, 20, 24 y 68 de la Instrucción General sobre documentos públicos sujetos a Registro, y 3.^º y 22 de la ley Hipotecaria. En otros es una consecuencia precisa de la ignorancia o negligencia que la inobservancia de ciertos preceptos supone. Una de las infracciones más frecuentes en los testamentos es la designación de uno de los herederos para contador partidor, que prohíbe terminantemente el artículo 1.057 del Código civil, y que la sentencia del Tribunal Supremo de España, de 13 de Junio de 1897, hace extensiva al cónyuge sobreviviente como heredero forzoso por el artículo 807; y también es corriente estipular en las sociedades mercantiles que continúe la sociedad aunque se declare la incapacidad

cidad de uno de los socios, contraviniendo el artículo 222 del Código de Comercio.

La responsabilidad del Notario por incumplimiento de sus deberes ha sido hasta ahora una fuente inexplotada de resarcimiento de daños y perjuicios por las partes perjudicadas, pero ello no significa que lo será en el futuro. Seamos previsores, y no sólo en provecho de los intereses sometidos a nuestro cuidado y dirección, sino también por nuestro propio prestigio y hasta por nuestro interés material. Siempre ha sido una de las más altas funciones sociales la administración de justicia, y en cierto modo en ella participa el funcionario notarial, aportando con los documentos públicos una de las pruebas más importantes para que se administre rectamente.

Contribuyamos en la medida de nuestro alcance a que cada vez sea mayor el crédito que se otorgue al documento notarial, en la seguridad de que con ello aumentamos también el prestigio de nuestra Institución.

El artículo 243 del Reglamento Notarial

Tuvo su entrada en la legislación notarial con el nuevo Reglamento de 7 de Noviembre de 1921, y según la exposición de motivos, su fundamento fué «evitar la *corruptela* en que han incurrido algunos notarios y que acaso, si no se previera con un precepto terminante, *tomaría carta de naturaleza* por lo que facilita la *contratación*».

Para examinar el alcance de este precepto reglamentario y del mal que quiso evitar, hemos de considerar :

- I. Los casos en que los Notarios incurrián en esta corruptela.
- II. Los aranceles judiciales para los casos de irregularidades en la vida familiar.
- III. Las modernas tendencias sobre la capacidad de la mujer casada.

Y veremos : I. Al hacer uso los notarios del precepto de los artículos 61 y 65 del Código civil, según los cuales : Son nulos los actos ejecutados por la mujer casada, encaminados a la disposición o adquisición por título oneroso o lucrativo de bienes o derechos, sin la licencia marital o poder del marido. Pero esta nulidad queda subordinada a que el marido, único capaz de ejercitar esta acción, haga uso de la misma dentro de los cuatro años (artículo 1.301), a contar desde que tuvo conocimiento del mismo, o sus herederos, dentro del mismo plazo de su defunción.

Al hacer uso los Notarios del juego de estos artículos, no me cabe duda alguna, en mi corta vida notarial, que se han encontrado en alguno de los casos siguientes : 1.º Ausencia del marido, las

más de las veces en terreno extranjero. 2.^º Separación o divorcio de hecho, sin haber seguido ningún trámite judicial. Y en ambos casos, se trataba de gente de escasa fortuna que hacía colocar sus pequeños ahorros en fincabilidad, o por las apremiantes necesidades, buscan vender los bienes propios con el máximo precio que tienen, pudiendo otorgar documento público, o bien se trata de aceptar pequeñas herencias de sus allegados.

II. Si relacionamos estos casos con los aranceles judiciales, veremos : 1.^º Una declaración de ausencia viene a costar un mínimo de 500 pesetas, y la habilitación a la mujer casada para disponer de sus bienes o adquirirlos, 100 pesetas por cada 2.000. 2.^º Una sentencia de divorcio viene a costar de 1.000 a 2.000 pesetas.

¿Qué han de decir los clientes al personarse en el estudio del Notario a consultar sobre lo que deben hacer para emplear 500 pesetas, ahorros de todo un año o de varios, y el Notario les diga que para poder emplear 500 pesetas han de obtener sentencia de divorcio que les costará 2.000 pesetas, declaración de ausencia y habilitación judicial que les costará 600 pesetas, y así sucesivamente ?

¿Qué ha de hacer la consultante al saber las trabas, inconvenientes, exigencias y... pesetas que le exige la ley para poder emplear con seguridad las 500 pesetas producto de sus ahorros ?

La solución es clara : acudirá inmediatamente a un secretario de Juzgado o Ayuntamiento, *sus otros notarios* (hábiles para todo menos para hacer testamentos, como me han dicho repetidas veces), que como no pondrán obstáculo ninguno a sus proyectos, no les exigirán ningún documento ni licencia judicial y... se lo harán más económico, resultará que *sabrán más* que el Notario de carrera. Y para ellos es título igual sano, pues pasan por el Registro (así llaman al pago de Derechos reales).

Hay, pues, que tener en cuenta que los medios supletorios a la licencia marital que nos da la ley de Enjuiciamiento civil, sólo están al alcance de las grandes fortunas, dejando al desamparo y rigor de la ley a los pequeños capitales, que son la mayoría, ya que sus fuerzas no alcanzarán a cubrir el coste de estas exigencias ni son suficientemente pequeñas para obtenerlas de oficio.

Hay que tener en cuenta también que la mayoría de los emi-

grantes españoles son también de la clase trabajadora y que un poder autorizado en Ultramar ante los cónsules, con sus legalizaciones, se acerca a 200 pesetas de coste...

III. En las nuevas tendencias legales, vemos que en el extranjero, la mujer puede disponer libremente del producto de su trabajo y se le conceden una serie de prerrogativas en contra de la esclavitud al marido, que absorbe su personalidad en el Derecho español hasta el extremo de inutilizar su vida cuando, por sus azares, en que la menos culpable es la mujer, se encuentra ésta sola y aislada dentro de la sociedad, sin poder obrar por sí en ningún aspecto, sin poder colocar a rédito sus pequeños ahorros en ningún Banco, que se cuidarán bien de no devolver una peseta de sus cuentas corrientes sin permiso del marido; sin poder emplear sus ahorros en fincabilidad con titulación sana o al menos convalidada su legalidad a los cuatro años...

¿ Todo esto es moral ? ¿ Es lógico ? ¿ Es viable ?

En España, por fortuna, también han entrado las nuevas ideas ; así vemos que puede la mujer tener cartillas de ahorros en la Caja Postal e Instituto de Previsión *sin licencia marital*.

¿ Por qué, pues, privarla de colocar sus ahorros en fincas, que le han de rendir más provecho ?

Estos días, que la prensa española hace tanta propaganda para obtener la igualdad ante la ley entre hombre y mujer, que se intenta y pide hasta la reforma del Código penal, está la cuestión latente y es llegado el caso de llamar la atención sobre este artículo 243 del Reglamento Notarial.

Finalmente, una ligera referencia a la legislación foral, que nos da un reflejo de lo que era la legislación antigua, principalmente la romana, mucho más práctica en algunos casos, sobre todo en lo referente a proteger a la mujer casada contra las arbitrariedades de su marido o el defecto *actual* de éste.

La costumbre IV de Tortosa, *hubrica de datis proniom et jure datis*, autoriza a la mujer para *disponer* libremente de sus bienes *parafernales* como dueña, sin licencia ni autorización de su marido.

La ley 22, tít. XXX, libro IV de las *Constituciones de Cataluña*, contienen análogo precepto.

¿Ha conservado el Tribunal Supremo en su jurisprudencia estas situaciones legales?

No; tendencia suya ha sido prescindir de la bondad y necesidad de la legislación foral, y lejos de conservar y ampliar estos preceptos, ha sido su jurisprudencia un ariete siempre preparado para demoler la legislación foral.

Para el caso que examinamos, ¿no es una solución la legislación foral? ¿No es un precedente en la legislación patria que nos indica el camino a seguir para reconstituir nuestro Derecho, enfermizo, minado por legislaciones extranjeras de las que, lejos de tomar los buenos preceptos, los que nos lleven a la equidad entre los cónyuges, sólo se tomaron los preceptos que ligan, esclavizan a la mujer al arbitrio de su marido?

Parafernales son los bienes propios de la mujer. Parafernales son las rentas y frutos de estos bienes en cuanto no se necesiten para levantar las cargas del matrimonio (Derecho romano). Parafernales son los productos de su trabajo, con la misma restricción.

A la Dirección general, que tan sano criterio ha demostrado siempre en la aplicación de las leyes, que tan sabiamente ha interpretado siempre la buena fe y necesidades reales de la vida. A ella me dirijo para que, profundizando en la realidad de la vida, y haciéndose cargo de que la labor notarial es labor de adaptación de la ley a la vida práctica, borre del Reglamento provisional este precepto del artículo 243 y deje que cause efecto la interpretación que daban los Notarios a los artículos reseñados del Código civil.

Que lejos de ser una corruptela del Derecho, es un adelanto a la igualdad de los hombres ante la ley.

JOSÉ PIÑOL.

Notario de Fuentelapeña.

Marzo, 1927.

Derechos civiles de la mujer

Desde principios de este siglo se han venido presentando a las Cámaras de la República Argentina radicales proyectos de ley sobre el régimen de la sociedad conyugal, emancipación civil de la mujer y organización de la familia en general.

Después de los proyectos de Drago, Argerich, Palacios, Valle Iberlucea, Asaga, Melo, Quirós y Bard, el doctor Mario Bravo ha conseguido ver cristalizados sus pensamientos en el dictamen de una Comisión especial de tres diputados y dos senadores, designada para el estudio y redacción de un proyecto de ley que borraría las desigualdades entre la capacidad jurídica de marido y mujer que el Código civil sancionaba.

Discutido por el Senado y la Cámara en los dos últimos años, quedó definitivamente sancionado el 22 de Septiembre último, en la forma siguiente :

Ley número 11.357.

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, reunidos en Congreso, etc., sancionan con fuerza de Ley :

Artículo 1.º La mujer mayor de edad (soltera, divorciada o viuda) tiene capacidad para ejercer todos los derechos y funciones civiles que las leyes reconocen al hombre mayor de edad.

Art. 2.º La madre natural tiene la patria potestad sobre sus hijos, con la misma amplitud de derechos y facultades que la legítima. La tendrá también el padre natural que voluntariamente hubiere reconocido a los hijos naturales.

Art. 3.^º La mujer mayor de edad, casada :

1.^º Conserva y ejerce la patria potestad de sus hijos de un matrimonio anterior.

2.^º Sin necesidad de autorización marital o judicial, puede :

a) Ejercer profesión, oficio, empleo, comercio o industria honestos, administrando y disponiendo libremente del producto de esas ocupaciones ; adquirir con el producto de su profesión, oficio, empleo, comercio o industria toda clase de bienes, pudiendo administrar y disponer de estos bienes libremente.

La mujer podrá hacer constar en la escritura de adquisición que el dinero proviene de alguno de esos conceptos. Esa manifestación importará una presunción «juris tantum».

b) Formar parte de asociaciones civiles o comerciales y de sociedades cooperativas.

c) Administrar y disponer a título oneroso de sus bienes propios y de los que le correspondan en caso de separación judicial de bienes de los esposos.

Se presume que el marido tiene mandato para administrar los bienes de la mujer, sin obligación de rendir cuentas por las rentas o frutos percibidos, mientras la mujer no haga una manifestación de voluntad contraria inscrita en un Registro especial o en el de mandatos donde no lo hubiere.

d) Administrar los bienes pertenecientes a sus hijos de un matrimonio anterior sin que los frutos naturales o civiles de los mismos pertenezcan a la nueva sociedad conyugal.

e) Aceptar o repudiar el reconocimiento que de ella hicieren sus padres.

f) Aceptar herencia con beneficio de inventario.

g) Estar en juicio en causas civiles o criminales que afecten a su persona o sus bienes o a la persona o bienes de sus hijos menores de un matrimonio anterior.

h) Ser tutora, curadora, albacea, testigo en instrumentos públicos y aceptar donaciones.

Art. 4.^º Durante el matrimonio, la mujer puede, con autorización judicial, disponer de los bienes propios del marido y de los bienes gananciales de la sociedad conyugal que el marido administre, para atender su subsistencia y la de los hijos menores de diez y ocho años cuando el marido se encuentre privado de la libertad

por condena definitiva que lo recluya por dos años o más y no tuvieran la mujer y los hijos otros recursos.

Art. 5.^º Los bienes propios de la mujer y los bienes gananciales que ella adquiera no responden por las deudas del marido, ni los bienes propios del marido y los gananciales que él administre responden por las deudas de la mujer.

Art. 6.^º Un cónyuge sólo responde con los frutos de sus bienes propios y con los frutos de los bienes gananciales que administre, por las obligaciones contraídas por el otro, cuando sean contraídas para atender las necesidades del hogar, para la educación de los hijos, o para la conservación de los bienes comunes.

Art. 7.^º La mujer casada menor de edad tiene los mismos derechos civiles que la mujer casada mayor de edad, con la salvedad de que para hacer actos de disposición de sus bienes, necesita la venia del marido, cuando éste sea mayor de edad.

Cuando el marido fuese menor de edad o se negare a acordar su venia, la mujer necesitará la correspondiente autorización judicial.

Art. 8.^º La tutela legítima de los hermanos menores podrá ser ejercida por sus hermanas, mujeres mayores de edad—sean solteras, casadas, divorciadas o viudas—, en el caso de que no pudieran ejercerla sus abuelos o sus hermanos varones.

La curatela legítima del padre o de la madre incapaces podrá ser ejercida por sus hijas mujeres mayores de edad—sean solteras, casadas, divorciadas o viudas—en el caso de que no pudieran ejercerla sus hijos varones.

Art. 9.^º Quedan derogadas las disposiciones del Código civil y de las leyes complementarias en cuanto sean modificadas o se opongan a la presente, la que formará parte de dicho Código.

Art. 10. Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Significado de la locución “Jus ad rem”

Puede decirse que el «*ius ad rem*», en su significación técnica y precisa, no es otra cosa que la construcción «realista» de la «obligación», o al menos de ciertas obligaciones.

Es muy distinta la significación de este término en los Derechos canónico y germánico de la que le dan los romanistas de los siglos XVII y XVIII y nuestros autores del pasado siglo que, empleándolo como sinónimo de la «*obligatio*»—como todavía ocurre en algunas Universidades y libros españoles—han significado con él todo un orden de relaciones jurídicas de contenido económico diferentes y opuestas a las que integran el círculo de los derechos reales, «*ius in re*», agotando ambos órdenes de relaciones el campo más extenso del derecho patrimonial («*ius circa rem*»). Esta distinción así entendida entre «*ius in re*» y «*ius ad rem*» fué, al decir del maestro Clemente de Diego (1), conocida y aun practicada por los romanos, pero sin que la formularan sistemáticamente ni crearan estas expresiones. Aparece formulada sistemáticamente por primera vez en la «*Methódica*», del jurisconsulto alemán Juan Apel, al separar el derecho patrimonial en dos grandes categorías: «*dominium*» y «*obligatio*», representando ésta frente a la otra un estado de imperfección.

Así se llevaron todas las obligaciones al campo de los Derechos patrimoniales y se denominaron «*ius ad rem*» poco felizmente, como observa Polacco (2), ya que no todas las obligaciones tienden

(1) «Derecho civil español común y foral». Tomo II, página 39.

(2) «Le obligazioni nel diritto civile italiano». Volumen I, part. I, pág. 20.

a la adquisición de una cosa por el acreedor. La dificultad se advirtió muy pronto, y a ello obedeció, sin duda, como han observado varios autores, el que Donello limitara esa inclusión a las obligaciones de dar, por ser imposible extenderla a otros tipos de prestación. Sin embargo, retorciendo las cosas, la jurisprudencia posterior incluyó de modo categórico en la definición de «ius ad rem» todas las obligaciones: *«ius ad rem est facultas iure competens quae ad rem prestandum, hoc est dandum aliquid vel faciendum aut aliquando patiendum personam ex suo facto obligatam habemus»* (1).

Es de todos conocido el alto prestigio alcanzado por esa clasificación o construcción sistemática de los derechos patrimoniales que, como afirma Aragio-Ruiz, no puede ser considerada como mera categoría histórica sino que, por un curioso fenómeno de supervivencia, constituye una de las bases del sistema de la mayor parte de los Códigos vigentes.

Frente a ella el racionalismo jurídico, impulsado por la libre observación de la realidad, somete éste y otros dogmas a una revisión crítica profunda, formulando serias objeciones al sistema anterior y ensayando construcciones nuevas.

Polacco (2) hace notar cómo se acentúa cada vez más la tendencia a construir el derecho de crédito como esencialmente encaminado a la adquisición de un bien económico, poniendo este carácter en primera línea y considerando al deudor como un intermediario, «e tal volta come un terzo incomodo», entre el titular del derecho y el bien perseguido por él.

Son interesantísimas, aunque un poco «cubistas», las polémicas de Polacco, Cornelutti, Rocco y Brunetti (3) sobre este problema y el referente a la adquisición de los derechos que está íntimamente ligado con él (4). Para unos, el contenido generalmente posi-

(1) Struve: «Jurisprudentia románico-germánica forensis».

(2) Op. cit., págs. 34 y siguientes.

(3) No será ocioso advertir, por si lo ignoran algunos profesionales españoles, que muchos de estos nombres, ilustres en la escuela y en la literatura jurídica, son a la vez grandes Abogados de Italia, donde la profesión se ejerce más técnicamente que en España.

(4) Precisamente al tratar de la adquisición de los derechos sobre las cosas se ocupa del «jus ad rem» nuestro docto especialista D. Jerónimo González en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO. Año I, núm. 2, págs. 85-86.

tivo que tenía la obligación en el sistema anterior se ha trocado en negativo, consistiendo en que el deudor deje tomar su cosa (obligaciones de dar) o en que deje tomar el resultado de su trabajo (obligaciones de hacer). Prescindiendo de examinar por ahora la exactitud de esta posición, lo cierto es que tanto éstos cuanto los que ven en el cumplimiento de la obligación una actuación positiva están acordes en considerar su contenido como un sometimiento del patrimonio a la ejecución forzosa caso de incumplimiento: el contrato encaminado a la adquisición de una cosa—se dice—concede inmediatamente al acreedor el derecho de apropiársela.

Es así, sacando a primer término la cosa objeto de la prestación, como va tomando cuerpo la idea de que existen dentro de los derechos patrimoniales otra serie de relaciones jurídicas, de difícil inclusión en alguno de los grupos de la división tradicional, mixtas o intermedias, entre los derechos reales y los de obligación. Son derechos personales de «vocación» a la cosa, ejercitables contra el deudor mientras ésta se conserva en su patrimonio y también contra los sucesivos adquirentes, ya contra todos, ya sólo contra los no legítimos, esto es, contra los que conscientes de la existencia de una precedente relación obligatoria que ligaba a su autor, adquirieron la cosa misma o un derecho sobre ella. Son algo así (y valga por un momento la contradicción «in terminis») como relaciones obligatorias con la garantía de acciones reales.

El «*jus ad rem*» así entendido ha tenido realidad en el Derecho territorial prusiano, pero no ha sido incorporado al Código alemán.

Precedentes históricos de esta categoría jurídica existen, según las modernas investigaciones, en el Derecho romano postclásico y justiniano, y aun en el Derecho clásico encuentra Mitteis (1) un caso cuya estructura es la de «*ius ad rem*», el del fideicomisario de «cosa cierta» que puede ser puesto en su posesión aunque la cosa haya sido transmitida del heredero a un adquirente de mala fe.

Pero es en los Derechos canónico y feudal donde tienen mayor difusión estas relaciones intermedias entre los derechos reales y los de obligación.

En el siglo XIII el jurista francés Jacobo de Ravanis se planteaba la cuestión de si el derecho del vasallo nacía de la investidura

(1) «Dir. priv. rom.» I, pág. 88.

o de la toma de posesión y la resolvía con estas palabras: «Pero ciertamente juzgo que aun por la investidura verbal y entrega del báculo (que como se ha dicho se llama abusiva) se adquiere el feudo antes de la entrega de la posesión (*feudum ese acquisitum etiam ante traditionem possessionis*), en cuanto el señor puede ser forzado a realizarla. Pues aunque el investido antes de haberle entregado la posesión no tiene un derecho real, tiene, sin embargo, un derecho a la cosa (*Licet enim ante traditam sibi possessionem investitus ius non habeat in re, habet tamen jus ad rem*). La declaración es terminante: el feudo se adquiere con solo la investidura por obra de una práctica jurisprudencial que da a la investidura por sí sola efecto real y al investido acción de tipo real; y tras de afirmación tan concluyente carece de valor práctico la aclaración que se añade de que el investido no tiene un derecho real, siendo evidente que aquella práctica abrió gran brecha en la doctrina tradicional y que esta investidura nada tiene ya de común con el contrato meramente obligatorio.

La distinción entre «ius in re» y «ius ad rem» se encuentra también en las fuentes del Derecho canónico, especialmente en el Sexto de las Decretales y en las Extravagantes.

El profesor D. Jerónimo González trae a colación con este motivo (1) los *Comentarios* de Jerónimo González, homónimo suyo que vivió en el siglo XVI y fué, como él, investigador curioso y docto escritor. Trata allí de la provisión de beneficios eclesiásticos en el caso en que la designación del candidato y la provisión no correspondan ambas al superior eclesiástico, como ocurre cuando la designación tiene lugar por derecho de patronato, y afirma que en tal caso el elegido o presentado goza de un «ius ad rem», mientras que cuando recibe la colación canónica tiene un «plenum ius in re». En el tiempo que media entre la designación y la provisión no es admitido a gozar del beneficio, pero tiene el derecho de pretender de la autoridad eclesiástica los actos necesarios para la colación y el de excluir a cualquier otro.

Así se introduce en el derecho patrimonial, entre la obligación y el derecho real, el «ius ad rem» de que venimos ocupándonos. Ni la Glosa ni nuestro inmortal Código de las Siete Partidas—es-

(1) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, Número y págs. cit.

cribe el Sr. González (1)—conocen el término técnico, y los jurisconsultos españoles del siglo pasado, que lo vulgarizaron, no parecían sospechar su especial densidad jurídica. Esta puede determinarse, añade, con cuatro afirmaciones fundamentales :

1.^a El «jus ad rem» es un lazo jurídico de origen obligatorio, que adquiere matiz real por virtud de su especial finalidad.

2.^a El ejercicio de la acción correspondiente se traduce en una ejecución real o en una actuación del derecho potencial, como si se tratase de algo inacabado que se perfeccionase.

3.^a El «jus ad rem» anterior vencía al «jus in re» posterior e incompatible, cuando éste hubiese sido adquirido del mismo autor con mala fe, es decir, con noticia de la primera adquisición, y

4.^a Igualmente era preferido el «jus ad rem» adquirido a título oneroso, al «jus in re» posterior adquirido a título lucrativo.

Conocemos ya el contenido propio del «ius ad rem» en su significación canónica y feudal, pero al trasplantarlo al ámbito del Derecho civil o al descubrir en él su existencia surge el arduo problema de su catalogación o inclusión en su sistema perfilando bien su naturaleza : ¿es derecho real ?, ¿crediticio ?, ¿intermedio ? Algunos han creído resolver el problema llamándole «derecho real relativo», pero tal expresión me parece violenta y disonante dentro del lenguaje jurídico. Acaso no sea mas que un momento de la trayectoria recorrida por el derecho de crédito hasta llegar al derecho real. La técnica habrá de pronunciarse sobre este complejo problema.

RAMÓN SERRANO SUÑER.

Abogado del Estado.

(De *Alfa-Beta.*)

(1) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO. Número y págs. cit.

La hipoteca, la deuda territorial y la renta inmobiliaria en Alemania

En Alemania se hace preciso distinguir entre la *hipoteca* y la *deuda territorial*: ésta puede constituirse bajo la forma de *renta inmobiliaria*.

Veamos una y otra a través del Código alemán:

La hipoteca, accesoria siempre de una deuda personal, no deja de existir porque el crédito se extinga; en el interín no se borre la inscripción en que se contenga la hipoteca, esta subsiste. El beneficiario será el propietario del inmueble, y, por lo tanto, la hipoteca se convierte en deuda territorial.

O sea que las hipotecas no cesan porque desaparezca una deuda anterior. Los acreedores posteriores no ascienden de rango por este hecho, ni tampoco pueden, en justicia, lamentarse de ello, ya que al contratar se contentaron con semejante lugar en la hipoteca estimando suficiente la garantía.

El artículo 1.120 del Código civil alemán, determina la extensión de la hipoteca «a los productos y a otras partes constitutivas separadas del inmueble, en cuanto por conveniencia de la separación, y en virtud de los artículos 954 a 957, no hayan pasado a ser propiedad de otra persona distinta del propietario o poseedor a título de propietario del inmueble; se extiende también a los accesorios del inmueble, con excepción de las piezas accesorias cuya propiedad no haya adquirido el propietario del inmueble.» Y el 1.123 añade que «cuando el inmueble está dado en alquiler o renta, la hipoteca se extiende a la renta o alquiler.»

El derecho alemán también admite otra hipoteca ordinaria, la *Buchhypothek* que el acreedor adquiere por la inscripción de su título en el libro territorial. Pero no es esta la hipoteca que pu-

diéramos llamar de derecho usual. En ésta, como dice el Código, «se entregará una carta, cédula hipotecaria.» Sin embargo, la expedición de ésta podrá suprimirse, y de haber sido entregada, el propietario puede, al pagar a su acreedor, exigir la devolución de dicha carta, y de los demás documentos necesarios para la cancelación de la hipoteca en el libro territorial. Y el artículo 1.117 añade: «Cuando no se prescinde de la expedición de la carta, el acreedor no adquiere la hipoteca, sino cuando la carta le ha sido entregada por el propietario del inmueble.» Es la *Briefhypothek*.

El propietario alemán puede, pues, constituir una *Buchhypothek*, o sea la mencionada hipoteca ordinaria, que también es conocida en Bélgica, o una *Briefhypothek*, la cual facilita sobremanera la cesión de los créditos hipotecarios por ser negociable por endoso como un título a la orden. Y además, según el artículo 1.198 de dicho Código civil, una hipoteca puede convertirse en deuda territorial, y una deuda territorial, en hipoteca. No se requiere el consentimiento de los derechohabientes de la misma o inferior categoría.

Como queda dicho, existe también en el derecho alemán la deuda territorial o *Grundschuld*, que se caracteriza por no ser accesorio de una deuda personal, como la hipoteca, si no que existe aun sin crédito, por el sólo hecho de su inscripción en el libro territorial. El juez territorial puede expedirle letras que negociará cuando le convenga y por el orden que estime conveniente, guardando, si le place, la primera o primeras como más fáciles de negociar. El inmueble, que es el deudor, sólo responde del pago de la deuda. Como quiera que la deuda territorial es una carga territorial, si en caso de expropiación del inmueble no alcanza el valor de éste a pagar a todos los acreedores, no pueden éstos repetir contra los demás bienes del propietario. Muerta la garantía, muerta la deuda.

Esta limitación de la garantía, su, por consecuencia, reducido alcance, la dificultad de determinar el verdadero valor del inmueble y otras causas que surgiere la lectura de lo dicho, han sido la razón de que sea la hipoteca, y no la deuda territorial, la forma ordinaria de acudir al préstamo en la legislación prusiana.

La deuda hipotecaria, hemos dicho más arriba, puede cons-

tituirse bajo la forma de renta territorial. Pero muchos agricultores alemanes se han pronunciado, por afecto al crédito territorial, en el sentido de pedir que la ley no reconociese más forma de gravar el suelo que la renta inmobiliaria, fundándose en que ni la hipoteca ni la deuda territorial son apropiadas a la índole especial de la tierra que no es más que un *Rentenfonds*, o sea un fondo que produce periódicamente cierta renta, y al cual, por tanto, solo se le puede gravar con un pago periódico, no con afeciones exigibles en cualquier momento.

O sea, lo que pedían los discípulos de Rodbertus, es que el propietario quede libre para poder rescatar la renta, y que se impida al acreedor exigir el capital de la renta, a lo que no sería lícito ni conveniente obligar al deudor puesto que su tierra no produce capital, sólo renta obtiene de ella.

Se discutió bastante esta idea en el seno de la Comisión encargada de la segunda lectura del proyecto de Código civil, oponiéndose los que creían que no se debía negar en absoluto al acreedor rentista el derecho a exigir el capital de la renta. Sin embargo, la mayoría de la Comisión—dice la Memoria—“opinó que no cabía resolver con certeza la cuestión de si en la forma propuesta la renta inmobiliaria respondería a las esperanzas concebidas. Pero como los principales interesados insistían y declaraban que precisamente esperaban de la renta inmobiliaria con capital no exigible las mayores ventajas para el crédito de los propietarios rurales, ha habido que organizar la renta territorial conforme a estos deseos, para hacer posible un ensayo leal.”

En su consecuencia, he aquí cómo el Código desarrolla estas ideas:

Artículo 1.199. «La deuda territorial puede constituirse pagando una determinada cantidad de dinero sobre el inmueble en términos periódicos (renta inmobiliaria). Al constituirse la renta territorial debe fijarse la cantidad que haya de pagarse para rescatar la renta: dicha cantidad debe indicarse en el libro territorial.»

Art. 1.201. «El derecho a la redención pertenece al propietario. No se concede al acreedor el derecho a pedir la redención.»

Art. 1.202. «El propietario sólo puede ejercitar el derecho de redención previo aviso. El plazo para el aviso es de seis meses, salvo pacto en contrario. Son admisibles las restricciones al dere-

cho de denuncia siempre que pasados treinta años, el propietario pueda denunciar, observando el plazo de seis meses.» Es lícito pactar, por lo tanto, que el propietario no puede redimir la renta «en los veinte primeros años (Preciad) ; o en los diez siguientes a la constitución de la renta (Baden).

A guisa de complemento de esta materia, veamos cómo el derecho alemán ampara el derecho de los acreedores anteriores por el principio de la *cobertura*, *Deckungsprinzip*.

Se basa esta protección en el reconocimiento del principio inscrito en la ley del Imperio, de que en el caso de que un acreedor persiga la ejecución del inmueble, si la cantidad ofrecida no basta, el inmueble no es adjudicado, y los gastos ocasionados serán de cuenta del ejecutante.

El propietario es siempre único propietario, con la natural limitación de no poder disponer de su inmueble hipotecado sino respetando el derecho con el que se haya ya gravado. Al nuevo acreedor no puede consentirle que ejecute con demérito del primero. Sólo él puede vender ejercitando el derecho de libre disposición. La ley, sin embargo, permite a los acreedores el ejercicio de la acción de expropiación de bienes del deudor para el reintegro de sus créditos ; pero este derecho no puede existir cuando no cabe lograr ese fin, y tal fin no se obtiene más que en el caso de que el precio ofrecido cubra a los acreedores que van antes que el demandante. Con todo ello se dificultan las ventas simuladas de que algunos acreedores se valen para adquirir los bienes de sus deudores.

* * *

Ocurre en España con estas figuras de derecho lo que con la mayor parte del contenido del sistema hipotecario alemán : que se halla aceptado en su parte fundamental, pero sin llevarlo a sus últimas consecuencias. Tal ocurre, por ejemplo, con la hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador que regula el artículo 150 de la ley Hipotecaria.

Ahora que esta hipoteca es muy poco conocida. Puede decirse que solo se utiliza por las grandes empresas y compañías ; el particular ignora su existencia, y el que la conoce teme las dificultades inherentes a falta de regulación. El Estado, un poco al margen

de estas cuestiones, no se preocupa, como acaso debiera, de este acto de indudable interés social, que, de ser aceptado y llevado a límites necesarios de sencillez, proporcionaría al propietario un medio fácil y cómodo de gozar del crédito adecuado a su garantía hipotecaria; instantáneamente podría adquirir medios económicos para atender a todas las necesidades de la vida; lo mismo en el orden familiar que en el industrial y mercantil, si a ellos quisiera llevar su actividad, con lo que aumentaría la riqueza, vendrían a la vida pública fuentes de prosperidad, y se movilizarían capitales de consideración que ahora se estean a la sombra pobre de un rentar mezquino.

Podría empezarse por crear un modo facultativo para valorar las distintas clases de fincas para su afección al pago de las deudas que con su garantía podían contraerse. Un máximum y un mínimo con arreglo a la clase de inmueble, cultivo, situación y otras circunstancias en las rústicas: renta, extensión, pisos, etc., en las urbanas.

Desde luego que esta tarea no es fácil, sobre todo si, como es natural, se ha de distinguir entre valor real y valor productor. Y, sin embargo, es algo básico si se ha de saber qué anualidad puede obligarse a pagar al propietario. Es preciso rechazar el valor real porque depende de circunstancias muy opuestas a la renta anual. Tampoco podrá acudirse a los trabajos catastrales, porque estos, al menos en la región en que trabaja el autor de estas líneas, es la obra más imperfecta y absurda que manos humanas han podido realizar.

Tendría que ser labor pericial, con todos los medios necesarios que el particular facilitaría con esmero, ya que no se trataba de acción fiscal, sino de algo que podría serle beneficioso, para obtener la renta neta de la finca, o sea lo que queda del producto bruto después de rebajados los gastos de producción.

La renta líquida se podría capitalizar multiplicándola por 20, si se considera que la propiedad territorial da una renta de 5 por 100; por 25, 28, 571 o 33, 333, si se calcula esa renta en 4, 3 1/2 a 3 por 100, y así sucesivamente. A este procedimiento lo designan los alemanes *Ertragtaxe* o *Wertraxe*, porque determina, con mucha aproximación, el valor productor de la finca.

Para mayor garantía, en Alemania algunas *Landschaften* ha-

cen a los peritos directamente responsables de las pérdidas imputables a su peritación.

El propietario, una vez obtenido el límite facultativo, podría inscribirlo en el Registro por nota al margen de la inscripción, con lo cual el tercero, que ya tuviera derechos gravitando sobre el inmueble, no sufriría perjuicio, sus derechos no podrían ser influídos por esta inscripción, y en cambio, dicho acto evitaría que la propiedad pudiera ser hipotecada más allá de dicho límite, pero pudiendo usar de todo él.

Ya conseguido esto, el dueño del inmueble podría crear unos títulos hipotecarios que fueran transmisibles por endoso o al portador, y a los cuales, por una ley general que sería preciso dictar, se les declarase completamente exentos de las causas de nulidad o extinción, trabas que se opondrían a su circulación fácil, declarando de antemano la permanencia de la inscripción de hipoteca, la que no podría extinguirse más que por la cancelación a consecuencia de la recogida de todos los títulos, o del depósito del valor de los que no se presentaren al cobro previos los anuncios oportunos y por un plazo a determinar.

Estos títulos, desde luego talonarios, se presentarían al Registrador, el que confrontando su total valor con el límite facultativo inscrito sobre la finca, y hallándolo igual o menor, extendería una nota marginal o inscripción del contenido del talonario, y en cada una de las hojas de éste pondría diligencia autorizando la circulación de los talones.

Estos títulos podrían sustituirse por los que antes emitían las *Landschaften* alemanas, o sea *Guterpfandbriefe* letras de garantía con afectación hipotecaria especial que eran títulos de crédito a cuya garantía estaba afecta una hipoteca sobre una finca determinada ; de aquí su nombre de letras de garantía : *Pfandbriefe*. En los estatutos de dichas *Landschaften*, los títulos inscritos en el registro hipotecario, se nombraban *Hipothekeninstrumente*, instrumentos hipotecarios.

Estas letras de garantía serían al portador, con lo cual se movilizaría extraordinariamente su circulación. El portador tendría hipoteca sobre la finca indicada en la letra. El propietario prestatario sería deudor personal del portador de la letra ; éste podría reclamar de aquel el pago regular del interés y el reembolso del

capital en los casos que se hubieran prefijado y en la forma y modo que se hubiera establecido por la ley o por la escritura de constitución de la hipoteca del propietario.

Se haría preciso regular con detenimiento y estudio, cuestiones complementarias, tales, entre otras, la del seguro contra incendios y pérdidas de los productos o rentas que entendemos debería ser obligatorio, mejor en asociaciones mutuas y, por tanto, sin prima fija, con las enormes ventajas que ello tiene sobre los hechos en las sociedades anónimas dedicadas a este negocio.

Otra es la amortización del capital, respecto de la que se nos ocurre pensar también en la obligatoriedad, porque de dejarse ello al libre albedrío del deudor, dada nuestra idiosincrasia, fácil sería que siempre se estuvieran parodiando los conocidos versos de Goethe : «Se heredan hipotecas como una enfermedad eterna ; se arrastran de generación en generación».

Lo serio en principio de amortización, lo que debe ser, es la fórmula del alemán Dr. Hecht : «Hay que reconocer universalmente como un principio fundamental, como un dogma económico y práctico, que es un deber no dejar deudas hipotecarias a los herederos ; que cada generación debe amortizar las deudas que haya contraído».

Quedan más cuestiones relativas a las obligaciones y derechos en cada caso de prestamista y prestatario, interés, reembolso del préstamo, consecuencias del incumplimiento de las obligaciones, acciones contra el inmueble, etc.

Los límites naturalmente cortos de un trabajo de esta índole, no permiten ir más allá de donde hemos llegado, y aun nos queda la presunción de habernos extendido en demasiá.

LUIS R. LUESO.

Registrador de la Propiedad.

Cláusulas testamentarias de residuo⁽¹⁾

Recensión.

Según habíamos anunciado, al terminar la recensión del discurso inaugural leído en la Universidad Central por el Sr. De Diego, que hemos insertado en el número 23 de esta Revista, el doctor catedrático, como Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia, nos ha dado en la sesión con que se inauguró el curso de 1926-1927 de la misma, una continuación tan documentada como la primera parte aludida, sobre la naturaleza jurídica de las disposiciones o cláusulas testamentarias de residuo.

He aquí sus principales afirmaciones y datos.

I

Fórmulas usuales.

«Hallándome sin herederos forzosos, instituyo y nombro por mi única y universal heredera usufructuaria de todos mis bienes, derechos y acciones a mi esposa, doña M. A. R., con la facultad de que pueda enajenarlos, si lo necesita, y con la condición de que no vuelva a contraer matrimonio. Para después del fallecimiento de mi mujer, nombro por heredero en propiedad de los bienes que

(1) Por motivos diversos, no nos ha sido posible publicar hasta ahora este interesante trabajo.

existan a mi sobrino M. S.» (Sentencia de 24 de Octubre de 1860.)

El marido instituyó a su esposa heredera universal de todos los demás bienes raíces, derechos y acciones..., a su voluntad, con la limitación de que lo fuere durante su vida y con la única obligación de que del todo o parte de sus bienes raíces que *conservase en el día de su muerte* hubiera de disponer precisamente a favor de uno o más de sus sobrinos carnales como quisiera. (Sentencia de 1.^o de Julio de 1871.)

El sacerdote D. M. S. instituyó heredera universal a su hermana doña M. S., para que los disfrutase en plena propiedad, sin limitación alguna, y del modo y forma que estimase conveniente, y «si al fallecimiento de aquélla existieran bienes procedentes del testador, entiéndase instituídos herederos de los mismos sus hermanos y sobrinos». (Sentencia de 30 de Abril de 1913.)

Don J. T. instituyó por heredera única y universal a su mujer, agregando en la cláusula 7.^a de su testamento: que los bienes que dejase a su muerte, de los así recibidos, serían heredados por tres sobrinos del otorgante. (Sentencia de 21 de Diciembre de 1918.)

B. instituyó a su mujer J. por heredera, disponiendo formalmente: «che essa possa vendere al suo bisogno e suo beneplácito e depoi la sua morte, voglio, quello che resterà de la possessione de Brusegana vada nel piu prossimo parente che si troverà di Bas-sanelli: non la potendo metter perragión di quello despensera».

«J'institue Pierre et le charge de rendre a Paul ce qui a son décès lui restera de mes biens». La costumbre de Bretaña, dice Dalloz, que prohibía las sustituciones, permitía, sin embargo, a los esposos donarse recíprocamente sus bienes, a condición de que lo que quedase a la muerte del superviviente, retornase a los herederos del premuerto.

Si el testador, dice el 2.137 del Código Civil alemán, ha instituido al heredero posterior *en lo que reste de la herencia* al abrirse la sustitución, esta disposición implica para el instituído o heredero anterior, la liberación de todas las obligaciones y restricciones mencionadas en el anterior, y esto debe entenderse, en caso de duda, cuando el causante haya dispuesto que aquél tenga la libre disposición de los bienes de la sucesión.

Las modalidades de estos llamamientos testamentarios son muchas; al instituído en primer término se le llama, o como heredero,

o como legatario, y se le faculta para disponer sólo *inter vivos*, ya libremente o a voluntad, cuando y como quiera, ya en caso de necesidad o después de consumidos los bienes propios o para su decoroso sostenimiento; a veces se le faculta también para disponer *mortis causa*; a veces se incorpora alguna condición, como si muriese sin hijos el primeramente llamado, o sin sucesión, o sin descendencia, y también se subordina la vocación del segundo a determinadas circunstancias: si no se casa o si desistiere de su matrimonio con tal persona, etc. Llamamientos o vocaciones testamentarias, al fin están sujetos a todas las circunstancias que los testadores quieran incorporar, conforme al orden del Derecho objetivo (artículos 658, 668, 763, 774, 790, 797... Código civil). Y aunque de ordinario el caso se ofrece en el supuesto de matrimonio sin hijos, también puede ofrecerse y se da en otros supuestos.

Ya puede el testador imponer al heredero o legatario primariamente nombrado la obligación de transmitir el *residuo* de la herencia o manda a los en segundo lugar designados o instituidos, y así sucede *ad exemplum* en el caso de la sentencia de 1 de Julio de 1871 y en el de la de 28 de Diciembre de 1923; ya puede no imponerle tal carga y mandarlo u ordenarlo por sí y directamente.

II

Antecedentes.

El fideicomiso de *eo quod supererit* o de residuo, antecedente de estas cláusulas, al nacer y desenvolverse en el seno de los fideicomisos y al participar en algún modo de su naturaleza, parece que implicaba el *deber de restituir o devolver*, no todo lo que se hubiere recibido hereditariamente, sino lo que quedase de lo recibido a la muerte del primer heredero.

El fideicomiso moderno de residuo no lleva consigo la obligación de conservar, teniendo como tiene el primer llamado ilimitada libertad para disponer de los bienes.

La ley de la sucesión basta en esta hipótesis para obtener el resultado, sin que para nada intervenga ni sea necesario ese fan-

tástico ente de la obligación del primer instituído de transmitir los bienes a los segundos o ulteriores destinatarios.

El fideicomiso de residuo siguió viviendo durante la Edad Media en todos los pueblos donde se extendió el uso del Derecho romano; los testadores recurrían con frecuencia a esta figura jurídica, por donde canalizaban sus deseos de última voluntad, y naturalmente fué tema puesto sobre el tapete de estudio y aplicación del Derecho. No fué tema meramente teórico y erudito, sino práctico y profesional. Los glosadores, siguiendo su enseñanza exegética, característica de su escuela, pudieron leer, no más, y poner en relación y paralelo los textos a él pertenecientes; pero los post-glosadores o comentaristas, padres verdaderos del Derecho civil, desplegando su bandera de acomodamiento de los textos escritos a las nuevas condiciones sociales y de la elaboración de las teorías civiles merced al consorcio de la Filosofía con la Jurisprudencia, dieron un paso más trayendo a reflexión, iluminando los aspectos y misterios que ofrecía esta figura jurídica, y así fué ésta recibida por la Escuela histórico-crítica y sus ilustres campeones Zasio, Cuñas, Donello, etc., produciéndose la nutrida literatura de que queda hecha mención en las páginas anteriores; el estudio alternó con las aplicaciones y fué materia de decisiones judiciales, valgan por todas las de la Rota Romana, y hasta llegó a preocupar a los legisladores como revelase *ad exemplum* en los Estatutos italianos y en el Código civil alemán. (Art. 2.137.)

En Richeri, Ritterchutti, De Luca, Peregrini, Fusario, Reichhart, que dedica al argumento una monografía (*De fideicomisso eius quod superfuturum erit*, Jena, 1785)..., pueden leerse las cuestiones más importantes que sugirió la institución antes del período de las codificaciones civiles. El fideicomiso de residuo iba cambiando de carácter porque ya no tenía el límite que la Novela 108 impuso a sus facultades dispositivas; el Derecho romano no tenía, por punto general, la autoridad del Derecho vigente, sino la que le prestaba su racionalidad y lógica interna, y, como ya advierte Pothier, entre el criterio de Justiniano y el que aparecía en los textos de Papiniano, referente a la *bona fides* y al *arbitrium boni viri*, era éste más razonable y, por tanto, preferible.

Como en los Códigos civiles, correspondiendo al movimiento que había surgido anteriormente contra las instituciones fideicomis-

sarias, éstas fueron abolidas, o limitadas a lo menos, en su duración y subsistencia ; el primer problema que suscitó el fideicomiso de residuo fué el de si contenía o no una sustitución fideicomisaria, si era o no un modo lícito de disposición de última voluntad o si envolvía una sustitución prohibida o era contrario a las reglas fundamentales y principios cardinales del derecho sucesorio.

Y como el antecedente preciso de tales cláusulas está en el fideicomiso de *eo quod supererit* de Derecho romano, se venía a confirmar o corroborar esa creencia.

Los escritores en general han consumido sus energías y agotado sus fuerzas inquisitivas en averiguar si contenía o no una sustitución fideicomisaria y han descuidado otros aspectos y apartándose de mirarla frente a frente.

Si se reputa que envuelve una sustitución fideicomisaria, la consecuencia es clara ; en las legislaciones, como la francesa e italiana, en que están enteramente prohibidas las sustituciones fideicomisarias, la cláusula de residuo no podrá permanecer y será nula y sin eficacia (1) ; en otras, como en la nuestra, en que sólo están reglamentadas y limitadas en su duración, habrán de someterse en términos hábiles a las prescripciones de la sustitución fideicomisaria entre nosotros a los artículos 781-789.

III

Características de la sustitución fideicomisaria.

Sustitución, de sub-institutio, es institución puesta debajo de otra y para otros es una institución condicional, consistiendo la condición en que el primeramente llamado no quiera o no pueda ser heredero (*si haeres non erit*).

Sustituir, para los glosadores, era llamar a una persona en lugar de otra para recoger, en su defecto o después de ella, la herencia o el legado.

(1) Esta nulidad lleva consigo la de la institución primera en Francia (en Italia no) por el diferente modo como se concibió la prohibición en una y en otra legislación.

La cuestión de si la sustitución fideicomisaria es o no propiamente una sustitución, *alteratio inter doctores*, que decía Lancelotto Polity, tiene mucho de nominal, porque, aun conviniendo en que lo era, a renglón seguido se exponían las diferencias cardinales que mediaban entre ellas.

«El testador podrá instituir un heredero de tal modo que lo sea solo después que otro lo haya sido», según los términos del Código civil alemán.

En la sustitución vulgar hay gradación, serie de llamamientos (por lo menos dos), pero no en orden sucesivo, sino subsidiario o supletorio, es decir, los llamados después dependen en su vocación de que los llamados antes no quieran o no puedan ser herederos, de modo que en todo caso el heredero efectivo es uno solo, y en vía inmediata con relación al testador (Bruggi); lo contrario pasa en la sustitución fideicomisaria.

Prescindiendo de la cuestión de si la sustitución fideicomisaria es o no una verdadera sustitución, y sin ahondar más en ella, porque legislativa y prácticamente así es tratada por la ley de Partidas y el Código civil, ¿la cláusula de residuo, es o implica una sustitución fideicomisaria?

El artículo 781 de nuestro Código caracteriza las sustituciones fideicomisarias y limita su concepto y reglamentación a aquéllas en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita la herencia o parte de ella a otra persona; anda no muy distante de las fórmulas empleadas en los Códigos civiles de Francia e Italia (artículos 896 y 899, respectivamente), en las cuales aparece también gravado el heredero (o legatario), con la obligación de conservar y restituir la herencia (o legado) a un tercero. Aquel encargo hecho por el testador a su heredero de conservar y transmitir la herencia a un tercero, como fórmula definidora de la sustitución fideicomisaria, exige dos personas llamadas a la misma herencia, una en pos de otra, obligada por ende la primera a conservarla y transmitirla a la última, deteniendo o truncando la trayectoria sucesoria que los bienes seguirían o hubieran seguido de no haber impuesto el testador el gravamen de su restitución o transmisión.

El doble llamamiento a favor de dos distintas personas con respecto al mismo objeto (herencia o legado), y en orden sucesivo, no meramente supletivo o subsidiario, el uno directo en pro del

instituído llamado fiduciario, el otro indirecto u oblicuo, para el sustituto llamado fideicomisario, después, generalmente, de la muerte del primero, constituye característica esencial de la sustitución fideicomisaria.

Si un primer heredero que disfrute la herencia y esté obligado a restituirla a otro, no hay sustitución fideicomisaria.

En este sentido, el llamamiento de una persona para el usufructo de los bienes y de otra para la propiedad de los mismos, no envuelve sustitución fideicomisaria.

Instituyendo heredero en el usufructo a uno, o dejándole el usufructo de los bienes para que a su muerte pasen éstos a otro, puede dudarse sobre si el testador ha querido constituir un mero usufructo a favor del primero o nombrarle verdadero heredero encargado de la restitución.

¿ Y qué diremos en el caso de que el testador autorice al usufructuario para enajenar ? Aquí los confines entre esas formas de disposición testamentaria parece que se confunden o esfuman, y el caso en rigor hace tránsito al tipo de cláusula *in id quod supererit* de que estamos tratando. Como no deja de ser usufructo por ese aumento de atribuciones, según se deduce de la definición de nuestro Código del usufructo en el artículo 467, la disposición no cambiará de naturaleza, salvo siempre la voluntad del testador, que es ley en la materia.

En la sustitución fideicomisaria, aun cuando la transmisión del primero al segundo de los llamados se hubiera subordinado a una condición, siempre habría dos instituciones que en orden sucesivo tienen que producir su efecto propio : el llamado segundo término recibe los bienes por el intermedio del primero, y a la muerte de éste comienza para él la sucesión (*ex nunc*).

A pesar de la verdad de esta diferencia fundamental, hay casos en los cuales una sustitución bajo condición resolutoria puede envolver y disimular una sustitución fideicomisaria. En tales casos, es difícil discernir una especie de otra. Los criterios dados por los escritores son : si la condición es de índole potestativa o tiene carácter de penalidad o de decadencia o, en otros términos, si el testador al adjuntar la condición demuestra haberse preocupado principalmente de que el instituído realice o no un cierto hecho (por ejemplo, contraer segundas nupcias tratándose del cónyuge

del causante), entonces la condición es netamente resolutoria ; si, por el contrario, parece que el testador se preocupó seriamente de la persona a quien habrían de ir los bienes al realizarse la condición, si ésta se refiere a un hecho que sólo pudiera realizarse a la muerte del primeramente instituído, y en circunstancias semejantes, entonces parece más bien que la condición puesta es un hábil artificio para disimular o enmascarar una sustitución prohibida.

Otras circunstancias pueden ponerse de relieve para llegar a distinguir una de otra especie. Por ejemplo : será condición resolutoria pura y no sustitución fideicomisaria, si al cumplirse la primera se devuelven los bienes a las personas que los hubieran habido en el caso de no haberse hecho la sustitución, como los sucesores abintestato ; será más bien sustitución, si el testador designa una persona extraña y constituye preocupación para él por las circunstancias el que a dicha persona extraña se transmitieran los bienes al cumplirse la condición.

La disposición testamentaria que tenga una cláusula penal que implique la decadencia del derecho sucesorio del instituído, y su atribución a otra persona (en el caso de que aquél no cumpla las obligaciones que le impone el testador), no contiene sustitución fideicomisaria, porque el instituído no tiene obligación de conservar y transmitir, y faltan las dos disposiciones distintas sobre los mismos bienes en propiedad que han de aprovechar a dos diversas personas.

Una sustitución fideicomisaria puede estar contenida en una disposición que mire a dar efecto al derecho de acrecer, en favor del coheredero supérstite después de la apertura de la sucesión ; por ejemplo : instituyo herederos a Cayo, Ticio y Sempronio, con el derecho de acrecer a favor del último supérstite (Pacifici)... Siendo incierto cuál de ellos será el superviviente y cuál, por tanto, habrá de conseguir toda la herencia, ninguno de ellos podrá enajenar su cuota, y en la especie no se trata propiamente de derecho de acrecer, que tiene lugar solamente por falta de uno de los coherederos al tiempo en que la sucesión se abre.

Si el testador impone al heredero la obligación de nombrar heredero a persona determinada o a una que elija entre varias ; por ejemplo, entre los parientes, se supone que el testador dispone de sus bienes encargando de la restitución al instituído.

Como según el artículo 781 de nuestro Código civil, en virtud de la sustitución fideicomisaria, se encarga al heredero que conserve y transmita el todo o parte de la herencia a un tercero, el segundo requisito esencial constitutivo, de referida sustitución, es la obligación de conservar y transmitir los bienes a una tercera persona... El encargo ha de ser productivo de la obligación de conservar y transmitir, y del derecho, por otra parte, del fideicomisario para reclamar la restitución. Por consecuencia del encargo, la herencia tiene en cuanto a su transmisión un gravamen, un modo, el de no ser enajenada y haberse de transmitir a la persona designada por el testador.

El artículo 781 se completa con lo dispuesto en los 783 y 785, toda vez que, según el primero, para que sean válidos los llamamientos de esta sustitución es menester que sean expresos, y, según el segundo, no surtirán efecto aquellas sustituciones que no se hagan de una manera expresa, ya dándoles este nombre, ya imponiendo al sustituído la *obligación terminante* de entregar los bienes a un segundo heredero.

¿Quid de la prohibición de enajenar impuesta en testamento al heredero? Impuesta tal prohibición en beneficio de una persona determinada (por ejemplo, instituyo heredero a Ticio, y quiero que, en interés de su hijo mayor, no enajene los bienes comprendidos en mi herencia), lleva consigo una sustitución fideicomisaria, pues la prohibición en tal caso, de la enajenación no puede tener otro significado que la conservación de los bienes, y que esta conservación aproveche a la persona designada. El conservar y restituir, dice Pacifici, son inherentes a la prohibición de enajenar establecida en ventaja de una persona determinada. El número 2.^º del artículo 785 de nuestro Código civil, contesta suficientemente en el propio sentido; no dice, como en el número 1.^º, «las sustituciones fideicomisarias», sino en términos más generales, «las disposiciones que contengan prohibición de enajenar», con lo que parece no atreverse a calificarlas de sustitución; pero somete las temporales al propio límite señalado en el artículo 781.

Si la prohibición de enajenar es genérica e indeterminada y no está impuesta en beneficio de una persona individualmente designada o por designar entre varias determinadas por el testador, no hay términos hábiles de sustitución fideicomisaria; la prohibición

sería un *nudum preceptum* sin carácter obligatorio para el heredero; ¿ quién tendría acción para exigir su cumplimiento?

La prohibición de enajenar los bienes hereditarios a personas extrañas a la familia o de enajenarlos a título gratuito o de disponer *mortis causa* de ellos, no implica sustitución fideicomisaria, según el más común sentir de los escritores, porque al fin la enajenación no está impedida de modo absoluto y no se produce el fenómeno de la vinculación.

El Código dice en el artículo 781, encargo de conservar y transmitir a un tercero el todo o parte de la herencia recibida; luego no hay sustitución fideicomisaria cuando el encargo se refiera a otros bienes distintos de los recibidos del fideicomitente por el fiduciario, por ejemplo, bienes propios de éste.

En la obligación de pagar una cierta suma o cantidad, renta o posesión de un tercero, impuesta por el testador al heredero para el momento de la muerte de éste, tampoco se ha visto una verdadera sustitución fideicomisaria, porque el gravado con ella no tiene que conservar y transmitir los bienes recibidos del testador, pudiendo disponer de ellos a su voluntad.

El tercer requisito necesario, según el común sentir de los autores, para que haya sustitución fideicomisaria, es el orden sucesivo, es, a saber, que el heredero primeramente llamado esté obligado a conservar *durante su vida* los bienes recibidos del testador para restituirlas al *tiempo de su muerte* al instituído.

¿ Es de necesidad que el momento de la restitución de la herencia sea el de la muerte del fiduciario para que haya sustitución fideicomisaria? En rigor, el Código civil no dice nada a este respecto.

El Sr. Sánchez Román, admitiendo la posibilidad de que ese momento de la restitución pueda caer en vida del instituído, entiende, con razón, que culmina la sustitución fideicomisaria y revela su esencia característica más bien cuando ese momento coincide con el de su muerte.

Aun sustraídas las disposiciones *mortis causa* a término del alcance de las sustituciones fideicomisarias, nadie duda que los plazos pueden estar dispuestos de modo tal que oculten una de éstas, en cuyo caso habrá de aplicárselas la prohibición o limitación de las mismas. Esto pasa en nuestro Código civil con el des-

doblamiento del usufructo y nuda propiedad, siempre posible *mortis causa e intervivos* (artículo 787 y 640 del Código civil). Podrá no haber verdadera sustitución fideicomisaria en ese desdoblamiento; así lo creemos nosotros y así lo estiman muchos (García Goyena, Díaz Ferrería y Pacifici...); pero al otorgar el usufructo a varias personas sucesivamente hay peligro de vinculación y de sustitución prohibida, y por eso el legislador español los somete a la propia limitación que impone a las sustituciones fideicomisarias en el artículo 781.

Cuando la restitución se subordine a una condición negativa que no pueda verificarse hasta la muerte del instituído, o cuya realización no se sepa con certeza sino hasta ese momento, se da el orden sucesivo al que nos venimos refiriendo. «Intituyo heredero a Cayo, y, si no se casa, quiero que restituya los bienes a Sempronio». En este supuesto, la institución es pura; la sustitución, condicional; pero como mientras vive el instituído puede casarse, en realidad, hasta el momento de su muerte no puede saberse de cierto si se ha realizado la condición; en ese momento, pues, habrá o podrá tener efecto la obligación de restitución.

IV

Las cláusulas de residuo, ¿implican una sustitución fideicomisaria?

Examinadas las notas esenciales de la sustitución fideicomisaria, fácil será orientarse respecto a si las cláusulas de residuo que venimos estudiando inciden o no en ellas. Si inciden, serán sustituciones fideicomisarias con todas sus consecuencias; si no, su naturaleza será otra y quedarán libres de éstas.

La sustitución fideicomisaria exige dos llamamientos entre sí, trabados de tal modo que el segundo se hace efectivo después del primero, para lo que sobre éste pesa la carga de conservar y transmitir la herencia a aquél, siguiendo la ley sucesoria trazada por el testador.

Esta urdimbre de los dos llamamientos con la obligación de conservar y restituir en el primer llamado para respetar el orden sucesorio dado por el testador es la que queda rota en la cláusula de re-

siduo, puesto que el llamado en primer término no tiene obligación de conservar, autorizado como está para enajenar.

La disposición testamentaria de residuo no parece estar comprendida en las sustituciones fideicomisarias del artículo 781 y complementarios de nuestro Código civil, en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el «todo o parte de la herencia», por la sencilla razón de que en aquélla, lejos de encargar que se conserve, se autoriza para enajenar y consumir; y si se enajena y consume todo lo recibido del testador, no hay residuo, y, por tanto, no hay términos hábiles tampoco de transmisión alguna.

Empero, si el heredero no dispone, los bienes no siguen la normal trayectoria sucesoria que seguirían por derecho común si no hubiere disposición de residuo; con ésta, se cumple el ulterior destino dado a los mismos por el testador, cual si el heredero llamado en primer lugar voluntariamente cumpliese el encargo de conservación y transmisión, colocándose en el lugar de un fiduciario.

Reflexionando sobre los requisitos de la sustitución fideicomisaria para ver si se dan en las cláusulas de residuo, hallamos lo siguiente. Sin duda, en éstas hay dos llamamientos o disposiciones testamentarias sobre los mismos bienes en favor de dos personas distintas en orden correlativo designadas; pero ya muestran su naturaleza peculiar en que el segundo llamamiento será solamente sobre el residuo, que es aquella suma de bienes de que no haya dispuesto el primeramente llamado. El designio del testador en la sustitución fideicomisaria es que ambos tengan efectividad íntegramente y en totalidad; en el residuo, sólo en la parte que quede por no haber dispuesto el primer llamado.

En estas cláusulas de residuo podrá haber el deber de restituir el eventual residuo, si llega a existir, y en la medida en que lo haya, pero de ningún modo la obligación de conservar, con lo que desaparece una nota esencial de la sustitución fideicomisaria, aquella por la que se pone más en contradicción con el sistema general de organización económica de la propiedad, que la estanca, que la inmoviliza, que la deja fuera del comercio.

No es éste, sin embargo, el parecer de muchos escritores; porque, si bien es verdad que en vida el instituído puede consumir toda la liberalidad, también es verdad que en muerte, lo que reste,

no puede dejárselo a otro y tiene que restituirlo (Ruggiero); porque si la sustitución de residuo no impone al gravado la obligación absoluta de conservar los bienes no enajenados, implícitamente le obliga a conservarlos en sentido relativo, esto es, en orden a su destino *mortis causa* (Losana); porque si expresamente no hay obligación de conservar, sí hay obligación de restituir el eventual residuo, y esto implícitamente lleva consigo la obligación de conservar; para las cosas de que se dispuso en vida no hay este deber de conservación; empero, sí para aquellas de que no se dispuso en cuanto que no puede disponer de ellas *mortis causa*, y tiene, por tanto, que restituirlas; esa obligación de conservar, por tanto, no se impone de modo absoluto, sino sólo condicional y limitadamente para el caso en que el instituído no enajene las cosas hereditarias y con respecto a las no enajenadas (Ricci); porque es indudable que el testador no pensó dejar en plena franquía al fiduciario para enajenar las cosas legadas, sino que más bien pensó que cuando a la muerte de éste quedasen en todo o en parte, después de haber usado y dispuesto de ellas en vida, *arbitrio boni viri*, como enseñaban los romanos, se debiese este residuo transmitir al fideicomisario que le hubiere sobrevivido. Y este eventual residuo es precisamente el objeto del fideicomiso y lo que por el primer sucesor nombrado debe ser conservado y transmitido al segundo. Este eventual residuo no comenzará a ser objeto de conservación mas que en el último momento de la vida del fiduciario, con el sólo efecto práctico de prohibir a este último disponer de él por testamento, en provecho de persona distinta del fideicomisario. Todo lo cual quiere decir que el fideicomiso en cuestión, además de ser eventual, difiere aún de los otros en que sus efectos, su jurídica consistencia, comienza no ya a la muerte del testador, sino en el último momento de la vida del fiduciario (Gabba).

Sommariva, apoyándose en Vitali, refuta elocuentemente estas apreciaciones. Decir que el fiduciario está obligado a conservar, en sentido relativo y condicional, los bienes a él dejados con la facultad de enajenarlos, es considerar equivalente el no hacer uso de una cosa, de un derecho, y la obligación de conservarla. La obligación de conservar que es una, por no decir la principal, de las notas esenciales de la sustitución fideicomisaria, debe entenderse en el sentido de obligación civil, jurídica que se impone a la vo-

luntad del gravado, el cual no puede distraer ninguna de las cosas a él llegadas porque todas intactas debe restituirlas al segundo llamado. En la disposición de residuo no hay nada de eso ; la restitución tiene lugar si el fiduciario no ha dispuesto de los bienes que ha recibido en herencia o legado y en tanto tiene lugar en cuanto no haya dispuesto, en cuanto no haya querido valerse de la facultad que el testador le concedió ; de aquí que el hecho de la restitución no sea consecuencia de la obligación de conservar, sino de la inacción del fiduciario, acto voluntario de éste que supone la facultad de la acción y del uso que excluye toda idea de carga o coerción. Ciento que no se puede restituir una cosa si no se la ha conservado, y el residuo, en efecto, no existiría si el fiduciario no le hubiera conservado ; mas esto no implica que el fiduciario estuviera obligado a conservarle, y la ley, por otra parte, no prohíbe el hecho voluntario de la conservación, sino la obligación de conservar que lleva consigo imprescindiblemente la prohibición de enajenar, disponer y comerciar con los bienes. La obligación de restituir implica la de conservar, y la mera obligación de restituir expresada puede inducir a veces, sobreentendida, la de conservar e incidirse con eso en sustitución fideicomisaria ; mas en el caso de residuo, esta obligación de conservar no puede sobreentenderse, porque expresamente es excluida por la libre facultad de enajenar concedida al fiduciario, y si éste se atempera a la obligación de restituir, lo hace voluntariamente en cuanto ha querido conservar todos o parte de los bienes recibidos.

¿Habrá en las cláusulas de residuo el orden sucesivo, que es el tercero de los caracteres esenciales de las sustituciones fideicomisarias ? Sin duda alguna, la doble disposición o el doble llamamiento que hemos visto contiene, trae aparejada la posibilidad de un orden sucesorio especial que discrepa del común o general que rige en las herencias.

Los bienes recibidos del testador no siguen la trayectoria sucesoria de todos sus demás bienes, trayectoria trazada por él en testamento o, en su defecto, por la ley, sino la marcada por el testador.

Mas si esto es cierto, también es verdad que la ley, en las legislaciones abolicionistas de esta institución, ha prohibido el orden sucesivo, en cuanto pudiere implicar la carga imperativa o virtual de conservar y restituir. La ley, dice a este propósito Sommariva, con

sus disposiciones se ha limitado a abolir algunos de los casos que implican orden sucesivo, y como *ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit*, es de presumir que haya querido excluir de la prohibición aquellos otros casos de disposición, aunque impliquen orden sucesivo y puedan aparecer incongruentes con el concepto mismo de testar.

Podrá haber en la disposición de residuo orden sucesivo, pero éste no es bastante a constituir una sustitución prohibida, requiriendo, además, el elemento capital de la obligación de conservar que justamente falta en aquel género de disposiciones.

Para nuestra legislación, que no es enteramente prohibitiva, como lo son la italiana y la francesa, sino sólo limitativa, como se cifra la esencia de la sustitución fideicomisaria en el encargo dado al heredero de conservar y transmitir la herencia a otra persona, no existiendo en la disposición de residuo encargo de conservar ni por ende de transmitir, no puede decirse que caiga en el supuesto de tal sustitución del artículo 781 y concordantes y complementarias del Código civil.

V

Residuo y fiducia.

Empero, si dogmáticamente esta clase de disposiciones de residuo puede haber roto el vínculo que históricamente la ligara con la sustitución fideicomisaria, son muchos los resabios que conserva reveladores de su origen, y por eso no nos extrañaría, lejos de eso, encontraríamos justificado que, cual sucede en el desdoblamiento de la propiedad y el usufructo, en la figura del usufructo sucesivo, este orden sucesorio de la disposición de residuo estuviese afectado por el propio límite del artículo 781 del Código civil.

En este respecto se ha sostenido por algunos escritores, Galdi y Cuturi, entre otros, que el fideicomiso de residuo es una fiducia en el sentido que se ha dado a esta palabra en el Derecho moderno; confiarle en el heredero mediante la obligación moral en éste de disponer del residuo a favor de la persona que le fué indicada por el testador.

En la fiducia, el testador indica secreta y confiadamente al heredero, nombrado en el testamento, la persona a quien quiere favorecer ; de fondo, éste es el verdadero heredero en la intención del testador ; el otro, el nombrado en el testamento, es un mero intermediario, un vehículo, un ejecutor de la última voluntad y distribuidor de la entera substancia hereditaria ; mas a los ojos de la ley, hacia fuera, el único verdadero heredero es el designado en el testamento. Ahora bien ; los peligros que llevan consigo estas disposiciones para el orden general de derecho y para la misma voluntad del testador, los principios que dominan en el derecho sucesorio, el de que la voluntad ordenadora de la sucesión es la manifestada *en testamento* (artículo 658 del Código civil español), de donde se deduce que la expresada de otro modo no tiene valor y el de que la expresión de la última voluntad ha de buscarse *dentro del testamento y no fuera* (artículo 675 del Código civil), inspiran el principio prohibitivo del número 4.^º del artículo 785 de nuestro Código, negando eficacia a las disposiciones que tengan por objeto dejar a una persona el todo o parte de los bienes hereditarios para que los aplique o invierta, según instrucciones reservadas que le hubiese comunicado el testador.

Comparada al fiducia con las disposiciones de residuo, hay evidentes diferencias entre ellas aunque no se niegue, porque sería cerrar los ojos a la luz, que en toda la sustitución fideicomisaria y en todos sus anejos y segregaciones hay siempre un fondo visible de confianza, de buena fe, de fiducia en sentido lato. Esas diferencias son las siguientes : en la disposición de residuo, ambos herederos, el anterior y el posterior, fiduciario y fideicomisario, son designados explícitamente por el testador en el testamento y no hay necesidad de que el primero haga manifestación alguna de fiducia para que el otro adquiera un derecho, garantido por su acción correspondiente, al residuo si existiere ; por el contrario, en la fiducia genuina, el verdadero destinatario de los bienes, al que quiera gratificar o beneficiar el testador por el intermedio del fiduciario, no está designado en el testamento, antes bien, está comunicado confidencial y secretamente a aquél, por donde el trámite previo para la efectividad de la voluntad testamentaria suele ser la manifestación del fiduciario, sin lo que generalmente se perdería en el vacío el designio del testador.

De otro lado, en la fiducia, el testador quiere que el fiduciario sea un simple ejecutor de su voluntad, mero instrumento de hacer llegar los bienes al otro, sin concederle ningún derecho de goce sobre los bienes que están destinados a favorecer exclusivamente a la persona secretamente indicada por él; mientras que en la disposición de residuo, el testador instituye heredero o legatario al fiduciario, para que disfrute la herencia, autorizándole, expresamente para enajenarla, pasando sólo lo no enajenado al segundo heredero o fideicomisario.

Claro que el enajenar o no los bienes depende, en buena parte, de la voluntad del fiduciario, en la disposición del residuo, y que si todo lo enajena, el residuo desaparece; pero de aquí no puede deducirse que esa disposición de residuo engendre sólo en el fiduciario una obligación meramente moral de restituir, porque al respecto del residuo es ineludible la obligación jurídica, no meramente moral de transmitirlo al fideicomisario, y éste tiene la acción oportuna para reclamarle de los herederos de aquél. Sin duda, también el testador, al hacer su disposición de residuo, confía en la buena fe del heredero, y se encomienda a su honradez, no creyendo que por capricho o mala intención malbarate su propósito, pero de esto a la fiducia propiamente dicha, hay larga distancia.

VI

Validez y licitud de las cláusulas de residuo.

Cuando se publicaron los Códigos civiles modernos, conteniendo, como contenían, la prohibición de las sustituciones fideicomisarias, fué cuestión muy debatida la de si el fideicomiso de residuo estaría comprendido entre éstas en aquella prohibición, y por ahí se pasó al examen de su validez y licitud en términos generales, ya que si podía salvarse, estimando que no estaba incluido entre las modalidades fideicomisarias, podría llevar en su seno alguna otra razón de nulidad. En cuanto al problema, tanto la doctrina como la Jurisprudencia, quedaron divididas, pues hay sentencias y opiniones en pro de las dos tesis contrarias, aunque jus-

to es confesar que prevalece la defensora de la validez de este género de disposiciones.

Las disposiciones de residuo, se dice, contienen una contradicción esencial, que las vicia desde el principio. Al llamar el testador al segundo heredero, al fideicomisario le hace concebir esperanzas legítimas de entrar en la sucesión; pero, como autoriza al primeramente llamado para enajenar los bienes y consumir la herencia, y aun a veces para disponer *mortis causa* de ellos, ¿no es verdad que el propio testador quita con una mano lo que había concedido con la otra, otorgando al en primer lugar instituído un medio sencillísimo de burlar y de hacer ineficaz el segundo llamamiento hereditario?

La institución de heredero, o no significa nada, o significa el llamamiento de una persona al señorío y titularidad, a la propiedad, dominio y pertenencia de las relaciones jurídicas, que, siendo transmisibles *mortis causa*, correspondan al testador en vida, y cuando llega a su efectividad significa subrogarse en lugar de éste, al respecto de esas relaciones, llegando a ser dueño o titular de la propiedad y derechos reales de la herencia, acreedor y deudor en el propio concepto en que lo fuera el causante. Y si éste autoriza al primer instituído, no obstante llamar a otro, en segundo término, al goce de la herencia, para el ejercicio de las facultades todas de disposición con respecto a todas las cosas de la herencia, sin limitación alguna, ¿qué queda para el segundo llamamiento? ¿Por dónde podrá entrar el sustituto a participar en la sucesión?

Se contestará que entrará a participar de la sucesión en lo que quede de la herencia a la muerte del primeramente instituído, en el residuo propiamente dicho, de que éste no haya dispuesto en vida ni en muerte si estaba autorizado para testar.

En la autorización para enajenar no va comprendida la de disponer *mortis causa*, como un motivo más de aliento a las esperanzas del fideicomisario, aquélla solamente se refiere a los actos *inter vivos*, quedándole prohibido al fiduciario la facultad de testar sobre aquellos bienes relictos que por voluntad del testador deben pasar al fideicomisario.

Que no se impone heredero a nuestro heredero, ni se dispone de su sucesión, es evidente, porque el testador, con la cláusula de

residuo, no hace más que disponer de su sucesión y nombrar un heredero para sí.

No para én esto sólo la enemiga contra estas cláusulas ; los mismos argumentos contra ellas aparecen bajo mil distintas formas. Si, como antes hemos dicho, estas cláusulas no autorizan al fiduciario para disponer *mortis causa* de los bienes que por voluntad del testador tienen ya un destinatario por él designado (en el supuesto de que aquél no hubiere dispuesto de ellos en vida) ; entonces, dicen los adversarios, se da el curioso fenómeno, que envuelve una terminante contradicción, de un propietario (el fiduciario, a virtud de su llamamiento y aceptación) que no puede disponer y de un no propietario o que dejó de ser propietario (el testador) que dispone efectivamente de bienes que ya no son suyos. Ricci, Borsari y Cuturi, con Losana, han aecptado la impugnación en este sentido.

VII

Naturaleza jurídica.

Supuesta la validez y licitud de las disposiciones de residuo, prosigamos la tarea de escudriñar su *naturaleza jurídica*. De la investigación que precede resulta que no se las puede encajar por completo en el molde de las sustituciones fideicomisarias ni asimilarlas a las aplicaciones de la fiducia propiamente dicha.

Inútil es insistir en que las cláusulas de residuo contienen una doble disposición, una dualidad de instituciones de heredero o de ordenaciones de legado o donación ; ¿cuál es, repetimos, la naturaleza o modalidad propia de ellas ?

El primer llamamiento ofrece la apariencia de una institución o llamamiento puro y simple de aquellos que no están afectados por circunstancia alguna que modifique sus anormales afectos. Mas esto no es el caso en las cláusulas de residuo, por el enlace que guarda este primer llamamiento con el segundo, ya que éste recae sobre lo que quede del primero o sobre aquello de que no haya dispuesto el llamado en primer término.

Una sentencia del Tribunal de Génova, anulada por la de 9

de Enero de 1877 de la Corte de la propia ciudad, consideraba la primera vocación como disposición dependiente de condición resolutoria. No puede aceptarse este punto de vista. La condición resolutoria extingue y resuelve el efecto del acto jurídico a que se incorpora en este caso, la institución de heredero, de un modo retroactivo.

De ser condición resolutoria, obra sólo parcialmente sus efectos respecto al residuo, cancelando, sin efecto retroactivo, la cualidad de heredero y propietario, dejando seguir a los bienes residuales el cauce que el testador les trazara.

El fiduciario en la cláusula de residuo es con certeza absoluta heredero o legatario por toda su vida, y la disposición en su favor no está sujeta a ninguna eventualidad que pueda hacerla venir a menos, sino que es pura y simple, atributiva de derechos absolutos y duraderos.

Vitali y Ricci se oponen a considerar que la primera institución esté afectada por condición resolutoria; más bien estiman que afecte a la segunda, o séase a la sustitución. El derecho de fideicomisario es de naturaleza resoluble, dice el primero, ya que se desvanece apenas haya enajenado el fiduciario las cosas de la herencia o del legado. Tampoco merece adhesión esta tesis. El derecho del fideicomisario durante la vida del fiduciario, dice Sommariva, existe, sí, pero en esperanza, no es aun cierto; tanto que no puede hacerlo valer; es eventual en cuanto ofrece la posibilidad de que el derecho adquiera toda su eficacia hasta el punto de que la ley tiene disposiciones que tienden a salvaguardarle en el intervalo, mas esa eficacia no la adquirirá hasta la muerte del fiduciario si queda algo de los bienes hereditarios, *si quid supererit*, pues de otro modo se esfumará aquel *tantum juris* que tiene el fideicomisario sobre los mismos bienes. Y porque la condición resolutoria no demora ni suspende la adquisición del derecho y si sólo afecta o amenaza su ulterior subsistencia, si fuera de esa índole la condición implícita en la sustitución o en el segundo llamamiento de las cláusulas de residuo, el fideicomisario llamado a éste, tendría desde la apertura de la sucesión un derecho perfecto, plenamente eficaz, hasta el punto de dar lugar a una acción para hacerlo valer en juicio, lo que ciertamente no corresponde a la posición jurídica del referido fideicomisario.

He aquí por qué estiman muchos que la modalidad a que está sometido el derecho del llamado al residuo es más bien una condición suspensiva. Esta hace depender la *perfección* del acto jurídico, en este caso la disposición testamentaria, de un acontecimiento futuro e incierto, *suspende* la eficacia de la disposición misma.

Nuestra antigua Jurisprudencia anda alrededor de esta concepción. La sentencia de 15 de Junio de 1868 declara que «la disposición testamentaria por la que es llamado un tercero al todo o parte de lo que reste de la herencia al morir el heredero contiene una especie de sustitución *condicional* en favor del llamado, a la cual son aplicables las leyes y disposiciones que rigen respecto de esta clase de instituciones».

En la sentencia de 10 de Julio de 1878 se trataba de un testamento de mancomún entre esposos, por el que (cláusula 5.^a) en el remanente de todos sus respectivos bienes, derechos y acciones se instituían y nombraban el uno al otro por heredero absoluto, y, muerto el último de ellos, se presacase lo primero la dote de 7.500 pesetas de la... esposa, y, si resultasen más bienes sobrantes, se dividiera por mitades iguales el valor del sobrante entre los parientes más inmediatos de cada uno de los otorgantes. Y las declaraciones que hace la sentencia coínciden completamente con las del anterior agregando, que ellas constituyan la *jurisprudencia admitida por los Tribunales*. La de 20 de Diciembre de 1866, relativa a otro testamento mancomunado entre cónyuges, por el que se instituían mutuamente herederos, pero haciendo con los bienes que el *último de los dos dejare* a su muerte lo que se disponía en una cédula que, de común acuerdo, habían suscrito como parte integrante del testamento, califica la institución que los cónyuges se hicieron, no de pura e incondicional, sino limitada a cierto tiempo durante la vida del que sobreviviese...

Declaraciones tan netas respecto a la calificación de las dos disposiciones que constituyen la cláusula de residuo, no hallamos en ninguna sentencia ulterior; antes bien, por punto general se prescinde del *dogma jurídico* que sea pertinente, y se aplican e invocan el art. 675 del Código civil y la doctrina establecida por la Jurisprudencia, según los cuales, las disposiciones testamentarias deben entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que

aparezca de un modo claro que fuera otra la voluntad del testador, en cuyo caso prevalecerá lo que más conforme a su intención resulte, según el tenor del mismo testamento, el conjunto de sus cláusulas y la relación que entre sí guarden. En este criterio y concepción queda la notabilísima Resolución de la Dirección general de los Registros, de 26 de Mayo de 1925, después de haberse asomado al amplio horizonte doctrinal que surgieren tales cláusulas y de haber trazado por modo magistral, los rasgos capitales históricos y dogmáticos relativos a las mismas.

Esta doctrina de la condición suspensiva inherente a la disposición de residuo en los respectos del fideicomisario, ciertamente muy razonable, no dejará de dar lugar a dificultades poco menos que insuperables por la retroactividad de la misma, por los derechos a ejercitarse por el beneficiario pendiente, la condición y luego de su cumplimiento... ; además de que comprendiendo y siendo aplicable al mayor número de casos que se ofrezcan en la vida, es difícil afirmar, por no decir imposible, que los comprende todos y a todos, y con respecto a todos, deba encontrar aplicación.

Laurent, cree, que la disposición a favor del fideicomisario, no es condicional, sino a plazo o término en cuanto sujeta a una de aquellas condiciones de que habla el art. 1.401 del Código francés, que suspenden solamente la ejecución de la disposición, según la voluntad del testador.

Nada más preciso y elocuente en contra de esta concepción, que lo expuesto por Sommariva, al que tanto hemos invocado en este trabajo. Basta, dice, mirar a la definición del término, a sus efectos comparados a los de la condición suspensiva, para comprender que esta disposición no es exacta. El efecto del término no es suspender la eficacia de la liberalidad testamentaria a que es inherente, sino marcar desde cuando o hasta cuando tal eficacia puede ser ejercitada. Difiere de la condición, porque mientras en ésta, por la incertidumbre del acontecimiento, es cierta la disposición, por el contrario, en el término, se tiene la certeza de la disposición, la cual deberá, seguramente, comenzar a tener ejecución o cesar el día fijado.

Vitali, en su famosa monografía, (núm. 99 y siguientes), dice, que la disposición de residuo se resuelve sustancialmente en una *disposición modal* que puede ser aún un legado o sublegado a fa-

vor de un tercero, cuyo modo consiste en la obligación del fiduciario, de consignar a éste aquel residuo de bienes subsistentes en el propio matrimonio el día de su muerte. Agrega el distinguido escritor, que esas disposiciones de residuo pertenecen a aquel género de disposiciones modales, cuya ejecución es remitida por el testador al equitativo arbitrio y a la conciencia del instituído, constituyendo para éste una deuda de conciencia, pero que puede hacer surgir en el beneficiado una acción jurídica...

Prescindiendo en esta última apreciación de la obligación de conciencia que hace nacer una acción jurídica, punto muy contradictorio y discutible, la afirmación capital del autor, de envolver la cláusula de residuo una disposición modal, es también muy discutible.

Entendido el modo en sentido muy general, como limitación impuesta a la actividad de una persona, en este caso al ejercicio del derecho adquirido por la liberalidad testamentaria, no hay duda que en la cláusula testamentaria de residuo hay un modo, una limitación para el fiduciario, pues en el caso más favorable sí puede enajenar y disponer *mortis causa*; el residuo no le transmite a sus propios herederos. Mas entendido en sentido técnico y preciso, no creemos que exista en tal disposición de residuo; primero, porque de ella no se deriva carga ni obligación de conservar ni de transmitir para el heredero; segundo, porque el efecto del modo incumplido, amenazando retroactivamente la existencia y efectos de la institución a que se agregue (art. 805 del Código civil), no se ve claro que tenga lugar en la cláusula de residuo; ya que está autorizado el fiduciario para enajenar, y puede enajenarlo todo sin que quede nada para el fideicomisario, ya también que la resistencia de los herederos de aquél a devolver o entregar el residuo no traería aparejada la aniquilación retroactiva de la institución misma.

Por la recensión,
A. DE L.

Jurisprudencia de la Dirección de los Registros y del Notariado

COMPROVENTA DE CASA EN LA QUE NO SE HACE EL OFRECIMIENTO AL
QUE TIENE EL DERECHO DE PREFERENCIA.

Resolución de 4 de Enero de 1927. (Gaceta de 1.º de Febrero de 1927.)

Falleció D. Fernando del Hoyo y Peraza, bajo testamento cerrado de 4 de Julio de 1874, ante el Notario D. Juan Navarrete, en el que instituye herederos a sus hijos, doña Adelaida y don Fernando del Hoyo y Alfonso, y lega una casa en usufructo a María Marichal, y, fallecida ésta, pasará con la propiedad al hijo de ella, Tomás Marichal, el que no podrá venderla mientras no cumpla veinticinco años, y, caso de hacerlo, «serán preferidos mis dos hijos ya citados por la cantidad de 30.000 reales vellón»; «advirtiendo, a la vez, que si el Tomás falleciere sin dejar hijos legítimos, pasará el legado de la casa a mis dos hijos ya citados».

Por escritura otorgada en San Cristóbal de la Laguna, el 29 de Octubre de 1884, ante el Notario D. Blas de Cabrera, doña Adelaida Alfonso y Guanche, asistiendo a su hija doña Adelaida del Hoyo y Alfonso, y como madre del otro heredero del causante, D. Fernando, reconociendo que la usufructuaría mencionada falleció antes que el testador, hacen entrega en la más solemne forma al legatario D. Tomás Marichal de la casa descrita en el primer particular de la escritura, transmitiéndosela en pleno dominio y posesión.

El mencionado legatario, por escritura otorgada en Santa Cruz

de Tenerife en 30 de Marzo de 1925, ante el Notario D. Antonio Rionegro Diez, vendió la finca legada, reservándose el usufructo vitalicio, y precio de 25.000 pesetas, a D. Juan Romero Sabina, y presentada en el Registro de la Propiedad de San Cristóbal de la Laguna, por el Registrador se puso en la misma la siguiente nota : «No admitida la inscripción del precedente documento porque habiendo adquirido el transferente la casa por legado, con la condición de que en caso de venderla, habrían de ser preferidos, por 30.000 reales vellón, doña Adelaida y D. Fernando del Hoyo y Alfonso, no aparece hecho el ofrecimiento de venta a estos interesados, ni consta la renuncia de los mismos a comprar la casa por la expresada cantidad, ni se presenta testimonio de la sentencia ejecutoria en que se declare que el titular del Registro, y a pesar de la condición expresada, puede vender en la forma que lo ha hecho. Y habiendo considerado insubsanable el defecto advertido, no puede tomarse la anotación preventiva».

En el recurso interpuesto por el comprador, el Presidente de la Audiencia confirma la nota del Registrador y la Dirección general revoca el auto apelado y declara que no existe el defecto contenido en la nota recurrida, sin perjuicio de la nueva calificación que puede formular el Registrador, por los siguientes razonamientos :

La nota calificadora origen de este recurso se refiere únicamente a la prohibición impuesta en el testamento otorgado por el Marqués de San Andrés, y deniega la inscripción de la escritura presentada por no aparecer hecho el ofrecimiento de venta, ni constar la renuncia de los hijos, doña Adelaida y D. Fernando, a los derechos que de aquella disposición testamentaria pudieran derivarse, ni acompañar testimonio de la sentencia en que se les declare decaídos de tales derechos ; y a estos particulares debe concretarse la resolución, dejando a un lado, por ahora, la verdadera condición de que D. Tomás falleciese sin dejar hijos legítimos, por muy relacionada que se halle con el resto de la cláusula.

El sentido literal de la primera parte de la cláusula discutida es que el legatario D. Tomás no podía vender la casa legada mientras no cumpliese los veinticinco años, y, *caso de hacerlo*, habían de ser preferidos los dos citados hijos del testador por la cantidad de 30.000 reales de vellón, por lo cual, si no aparece claramente que

fué otra la voluntad del testador, ha de estarse a la letra de la cláusula, conforme lo preceptuaba la ley de Partidas, hoy sustancialmente contenida en el artículo 675 del Código civil.

La primera objeción contra este literal sentido, fundada en la contradicción que encierra el negar por un lado al legatario, o a sus representantes, la capacidad de vender, y al admitir, de otra parte, que realice la venta prohibida, arranca de una confusión entre la capacidad y la facultad dispositiva, y queda desvanecida con la simple indicación de que basta que la ley o el testamento establezcan un régimen insertado en la validez del acto prohibido, para que éste produzca sus efectos; de igual modo que el artículo 45 del Código civil prohíbe en absoluto el matrimonio a ciertas personas, y el artículo 50 reconoce la validez del acto, no obstante tal prohibición, con ciertas sanciones.

Para entender la cláusula transcrita en el sentido de que el legatario no podía vender la finca de *ningún modo* mientras no cumpliese los veinticinco años, y caso de *hacerlo después*, habían de ser preferidos los dos hijos del testador, se necesita introducir en el contexto palabras y conceptos que no aparecen conciliables con la interpretación restrictiva que ha de darse a las disposiciones testamentarias que mermen las facultades correspondientes a todo propietario.

Contra la admisión de derechos reales modelados sobre el tipo de un derecho de preferencia, como el que se reconoce en el auto recurrido, militan gravísimas razones que imponen igualmente una interpretación restrictiva, como son: primero, el silencio de nuestra legislación Hipotecaria sobre tal *preemtio*; segundo, la duración indefinida que se le atribuye; tercero, los vínculos que impondría la propiedad frenando las mejoras y estimulando al abandono de las fincas, ya que el precio de venta no se fija en el mercado libre como en el tanteo, sino de una vez para siempre; cuarto, las dificultades que su desenvolvimiento judicial y extra-judicial presentaría, por la indeterminación de los plazos en que haya de hacerse la oferta, y de los efectos de las ventas realizadas sin aviso; quinto, el no responder la figura creada al criterio legal de reconstitución de la propiedad desmembrada o de parcelación agronómica, ni a la finalidad de evitar indivisiones o situaciones anormales de la propiedad, y, en fin, porque en la escritura

categorizada no se transfiere el pleno dominio de la casa, sino la nuda propiedad, con lo cual se plantea un nuevo problema de extensión de la aludida prohibición.

Aun en el supuesto de que el derecho de preferencia en cuestión fuese asimilado al tanteo ensíntetico y regulado en forma análoga, la inscripción de la venta no sería obstáculo para que los herederos del Marqués de San Andrés pudieran ejercitar las acciones de retracto correlativas, conforme lo ha resuelto este Centro en 6 de Diciembre de 1889 para los casos de aplicación del artículo 1.637 del Código civil.

En esta Resolución no se prejuzga la posibilidad de que los interesados hagan valer ante los Tribunales las acciones que pudieran corresponderles para obtener el cumplimiento de la voluntad del testador, si entendiesen que la enajenación se hace en fraude de sus derechos.

CAPITULACIONES MATRIMONIALES EN CATALUÑA. RESERVA DE DISPONER EN UN HEREDAMIENTO Y REVOCACIÓN POR EL POSTERIOR DE ACTOS ANTERIORES.

Resolución de 7 de Enero de 1927. (Gaceta de 5 de Febrero de 1927.)

En 4 de Enero de 1895, y ante el Notario de Villafranca del Panadés, D. José Ignacio Melo, los consortes D. Juan Puig y Boch y doña María Consejo Pascual y Amigó, otorgaron escritura de capitulaciones matrimoniales, estipulando un heredamiento preventivo en favor de los hijos e hijas, incluso póstumos, que nazcan del matrimonio, al uno después del otro, con preferencia los mayores a los menores, y los varones a las hembras, con derecho de representación para los hijos del que premuriera, y con facultad de disponer libremente de los bienes heredados, entendiéndose este heredamiento sin perjuicio de la facultad que ambos cónyuges se reservan de disponer en cualquier tiempo y forma de sus respectivos bienes.

Viudo el D. Juan Puig de su citada esposa, otorgó el 10 de

Mayo de 1902, ante el mismo Notario, testamento en el que instituye heredera universal a su hija mayor María Puig y Pascual, y, en su defecto, a sus otras hijas, una después de otra. El mismo D. Juan Puig, con ocasión del matrimonio proyectado con doña Juana Crusells y Fábregas, otorgó el 26 de Noviembre de 1902, ante el Notario del mismo Villafranca D. José Parés, escritura de capitulaciones en la que los futuros consortes, para el caso de fallecer sin haber hecho elección de heredero, *quieran y previeren* que entren en la sucesión de sus respectivos bienes los hijos nacidos y póstumos que dejaren al tiempo de su muerte (incluyendo, con respecto al primero, las hijas de su primer matrimonio), uno después de otro, con primogenitura y preferencia de varón.

Fallecido intestado el D. Juan Puig y Boch, su viuda instruyó en el Juzgado municipal de Aviñonet expediente de heredamiento preventivo para acreditar la primogenitura de su hijo menor de edad D. José Puig y Crusells, información que fué aprobada, y, en virtud de la cual, su referida madre otorgó, ante el Notario del referido Villafranca D. José Ignacio Melo, en 4 de Mayo último, escritura de inventario de la herencia de dicho causante, declarando la adquisición por su hijo del caudal de aquél.

Presentada esta escritura en el Registro de la Propiedad de Villafranca del Panadés, por el Registrador se puso la siguiente nota: «Denegada la inscripción del documento que precede por no resultar probado que el menor D. José Puig Crusells sea heredero de su padre D. Juan Puig Boch, puesto que existe otro heredamiento preventivo anterior, pactado en la escritura de capitulaciones matrimoniales de 4 de Enero de 1895 a favor de los hijos de otro matrimonio del causante, que no puede quedar ineficaz por el contenido de la escritura de capitulaciones de 26 de Noviembre de 1902, en que funda su derecho el José Puig, con la circunstancia, además, de que el causante otorgó testamento con fecha 10 de Mayo de 1902, la eficacia de cuyos documentos, de contradictorio contenido, debe ser determinada por los Tribunales de justicia competentes, no siendo suficiente a este efecto el auto del Juzgado municipal de Aviñonet que se acompaña, porque aparte de que en su resolución no ha tenido en cuenta sino uno de los indicados documentos, carecería en su caso de competencia para determinar la eficacia derogatoria de unos con respecto de los

otros. Y siendo insubsanable este defecto, no es admisible tampoco la anotación preventiva».

En el recurso interpuesto por el Notario autorizante de la escritura otorgada en 4 de Mayo último, el Presidente de la Audiencia la declaró bien extendida, y la Dirección general confirma el auto apelado, al considerar que el carácter mixto de los heredamientos hechos en capitulaciones matrimoniales, puesto de relieve por la Jurisprudencia y la doctrina, impone en la solución de los problemas correspondientes la ponderación de los elementos jurídicos peculiares de la contratación y de la herencia, como si se tratara de una verdadera sucesión contractual, que participara de la naturaleza de los actos *inter vivos* y de las transmisiones *mortis causa*.

La primordial consecuencia de este tipo híbrido, como decían los antiguos jurisconsultos, es la creación de una situación jurídica, cuya revocabilidad depende, en primer término, de las cláusulas contenidas en las mismas capitulaciones matrimoniales; en segundo lugar, de los actos de última voluntad propiamente dichos que con ellas concurriesen, y, en fin, de los efectos determinantes que la muerte de uno de los interesados pudiera provocar.

Como los testamentos y los contratos matrimoniales en cuestión tienen por común denominador el ser disposiciones *mortis causa*, cabe aplicar, para definir la respectiva vigencia, el principio de que el acto posterior anula o modifica al testamento anterior, por lo menos, en cuanto ambos sean incompatibles; mientras, por el contrario, atendido el carácter contractual de los heredamientos, ha de mantenerse su irrevocabilidad si los contratantes no se han reservado de una manera expresa la facultad de alterar, modificar o completar sus cláusulas, según la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo.

De la aplicación de tales principios, en que se inspiran las más novedosas corrientes a favor de la sucesión contractual, al caso estudiado resulta: primero, que en las capitulaciones matrimoniales hechas por D. Juan Puig y Boch y doña María del Consejo Pascual se autoriza a ambos cónyuges para disponer entre vivos o en última voluntad de sus respectivos bienes, con plenísimas facultades; segundo, que después de haber testado en 10 de Mayo de 1902, D. Juan Puig otorgó con doña Juana Crusells capitulacio-

nes matrimoniales en que llamaban a todos los hijos y póstumos que dejasesen (incluso, con respecto al primero, las hijas de su anterior matrimonio), siendo preferidos los varones a las hembras, y, tercero, que por auto judicial de 20 de Marzo de 1926, después de dar por acreditado el fallecimiento del referido D. Juan Puig, se declaró que el heredamiento preventivo contenido en los últimos capítulos matrimoniales se había purificado a favor de D. José Puig; de donde se deduce, dados el orden cronológico en que los distintos actos se han sucedido, la reserva de disponer contenida en el primero, el carácter revocable del testamento, y la preferencia estatuida en el último heredamiento, que la ley del contrato y de la sucesión concurren para demostrar, justificar y obtener la declaración judicial inscribible.

La afirmación hecha por algún autor regional de que los heredamientos preventivos no se pueden derogar por otro de igual naturaleza, sino por institución de heredero en testamento eficaz o por heredamiento puro hecho en capitulaciones matrimoniales en favor de distinta persona, sólo pueden tener valor como regla general, pero no cuando en los primeros capítulos se reservan facultades tan plenas a los cónyuges que basta su voluntad para que se tengan por no escritas las cláusulas fundamentales del primer heredamiento.

En cuanto a la necesidad de que sea expresa la revocación de un testamento para que la subsiguiente capitulación produzca efectos, los argumentos y decisiones citados por Fontanella (C. IV, Glosa XX, IX. Pars. V.) en apoyo de la posibilidad de la *revocatio tácita*, han encontrado eco preferente en las sentencias del Tribunal Supremo, que, partiendo de la doble naturaleza de los heredamientos, donaciones *inter vivos* y testamentos a la vez, declaran que «bajo este último aspecto puede sostenerse que el heredamiento revoca un testamento anterior cuando existe verdadera contradicción o antinomia entre sus respectivas disposiciones».

RECURSO GUBERNATIVO. PERSONALIDAD.

Resolución de 22 de Enero de 1927. (Gaceta de 18 de Marzo de 1927.)

En el Registro de la Propiedad de Balaguer se presentó por D. Raimundo Iglesias Nadal, en representación de doña Dolores Escoda, una instancia en la que se expone: que por escritura autorizada por el Notario de Lérida D. Ramón Gosé, doña Dolores Vives y Bacells constituyó hipoteca a favor de doña María Curía Teves, sobre cinco fincas, en garantía de un préstamo que ésta le hizo de 40.000 pesetas; que la misma María Curía subhipotecó este crédito en favor de la Caja de Ahorros de Lérida, en garantía de un préstamo de 45.000 pesetas, y por otro préstamo que la había otorgado doña Dolores Escoda, de 40.000 pesetas, la subhipotecó el propio crédito, habiendo sido adjudicadas las fincas a dicha Caja de Ahorros por débitos de contribución, solicitando la cancelación de la hipoteca de doña María Curía y de la subhipoteca en favor de la Caja de Ahorros por confusión de derechos, toda vez que esta última entidad había presentado su escritura de adjudicación, requisito bastante para que las cancelaciones se practicaran.

El Registrador de la propiedad calificó así la petición: «No admitida la cancelación por confusión a que se refiere el documento privado que antecede, por los siguientes defectos: falta de personalidad del instante, omisión de las diligencias de autenticidad y ratificación, omisión de las equivalencias al sistema métrico, y por afectar a derechos independientes a las fincas, por tratarse de subhipoteca que grava, no aquéllas, sino el derecho de hipoteca, y, principalmente, porque cancelando la subhipoteca a favor del Monte Pío (y Caja de Ahorros), que adquirió virtualidad real por posposición de otra subhipoteca preferente, que había agotado la capacidad económica del crédito hipotecario, que le sirve de garantía, se causaría perjuicio irreparable, dando vida hipotecaria a la subhipoteca pospuesta, de dudosa eficacia por el agotamiento indicado. Por último, por no concurrir razón jurídica que abone la pretensión del subhipotecario que en representación del Mon-

tepío presta su consentimiento expreso para la cancelación instada que le afecta directamente, con la concurrencia del documento público, y, en su defecto, si surge oposición, con las garantías de una ejecutoria recaída en el juicio ordinario correspondiente. Y no siendo, al parecer, subsanables los últimos defectos relacionados, no procede tomar anotación preventiva».

En el recurso interpuesto, el Registrador alegó la falta de personalidad en el recurrente, solicitando se le admitiera esa excepción, o, en su defecto, que se acordara que emitiese dictamen sobre el fondo del asunto. El Presidente de la Audiencia dictó auto admitiendo la excepción alegada por el Registrador, y la Dirección general declara que tiene el recurrente personalidad para entablar el recurso, por ser dos conceptos completamente distintos la facultad para interponer un recurso gubernativo y el derecho a obtener un asiento en los libros del Registro de la Propiedad, como el ejercicio judicial de una acción es posible y hasta lícito, a pesar de que el demandante carezca del derecho correspondiente o se halle éste desvirtuado por cualquier excepción, y en su virtud ha de examinarse previamente si D. Raimundo Iglesias Nadal tiene personalidad, según los términos que emplea el auto apelado, para entablar este recurso, sin entrar en el fondo del mismo.

A tenor del artículo 66 de la ley Hipotecaria, los interesados podrán reclamar gubernativamente contra la calificación del título hecha por el Registrador; y como por títulos entienden los artículos 45 y 46 del Reglamento, no sólo aquellos documentos en que funde su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse la inscripción, sino los que sirven de base al asiento practicable, se deduce que para resolver la cuestión planteada han de tenerse en cuenta los siguientes supuestos: primero, la presentación de un documento; segundo, el referirse su contenido a una operación hipotecaria; tercero, haber formulado el Registrador su calificación; y cuarto, tratarse de un interesado, bien como adquirente o transferente, bien en cualquier otro concepto que contra la misma recurre.

Respecto a los tres primeros momentos, el citado D. Raimundo, como apoderado de doña Dolores Escoda, presentó una instancia en la que, después de examinar ciertos antecedentes, solicitó que se hiciera constar en el Registro de la Propiedad la cance-

lación de la hipoteca constituida a favor de doña María Curía y de una subhipoteca vigente a favor de la Caja de Ahorros de Lérida, documento que fué calificado por el Registrador en la forma reglamentaria, sin que, por lo tanto, pueda ponerse en duda el hecho de la presentación, la existencia del documento y la redacción de la nota calificadora.

En cuanto al interés doña Dolores Escoda, desde el instante en que en el Registro aparece como acreedora subhipotecaria por un crédito de 25.000 pesetas, tiene un indiscutible interés en solicitar la extensión de asientos que puedan mejorar su rango hipotecario o puedan poner al Registro en consonancia con las relaciones jurídicas que a ella le afecten, y aunque en la instancia pide la cancelación de la hipoteca constituida a favor de doña María Curía y del asiento de subhipoteca extendido a favor de la Caja de Ahorros aludida, mientras en el escrito de interposición de este recurso se refiere tan sólo a esta subhipoteca, debe ser oída aquella interesada en cuanto al fondo del asunto que la afecta directa e inmediatamente.

LUIS R. LUESO.

Registrador de la Propiedad.

NUEVA BIBLIOTECA JURÍDICA

DE

MONOGRAFÍAS FUNDAMENTALES DE DERECHO CIVIL,
MERCANTIL, PROCESAL-CIVIL Y ADMINISTRATIVO

DE LOS MÁS REPUTADOS AUTORES EXTRANJEROS Y NACIONALES,
IMPREAS ESMERADÍSIMAMENTE EN PAPEL SUPERIOR

DIRIGIDA Y PATROCINADA POR LA

Revista de Derecho Privado

POZAS, 12. — APARTADO 4.047, MADRID. — TELÉFONO 13.713

SE HAN PUBLICADO HASTA EL DÍA:

SERIE A. I. **Demasiados Abogados**, P. Calamandrei, traducida y anotada por J. Xirau, Cat. de la Univ. de Barcelona. Tamaño 13 × 20,5, de XVI + 304 páginas, **7,50 pesetas**.

SERIE B. I. **La simulación de los negocios jurídicos** (actos y contratos), F. Ferrara, Prof. de la Univ. de Pisa (Italia). Traducción de R. Atard y J. A. de la Puente, oficiales de la Dirección General de los Registros, ex alumnos de la Univ. de Bolonia. Tamaño 15 × 23,5, de 468 páginas, **18 pesetas**.

II. **La interpretación de los negocios jurídicos**, E. Danz, profesor de la Univ. de Jena. Traducción del alemán y concordancias con el Derecho español, por W. Roces, Cat. de la Univ. de Salamanca. Tamaño 15 × 23,5, de 382 páginas, **15 pesetas**.

III. **La posesión de bienes muebles**, R. Saleilles, Prof. de la Universidad de París. Traducción de la REVISTA, notas y concordancias con la Legislación española y las hispanoamericanas, por J. Castán, Cat. de la Univ. de Valencia. Tamaño 15 × 23,5, de 448 páginas, **15 pesetas**.

IV. **Los contratos administrativos** (doctrina, legislación y jurisprudencia sobre esta importante materia, conforme a los nuevos Estatutos provincial y municipal). Obra importantísima para cuantos intervienen en la contratación con el Estado, la Provincia o Municipio, por R. Fernández de Velasco, Cat. de Der. Adm. de la Univ. de Murcia. Tamaño 15 × 23,5, de XIV + 426 páginas, **18 pesetas**.

EN PREPARACIÓN:

La condena en costas, G. Chiovenda. Traducción del italiano, por Juan A. de la Puente y Quijano, oficial de la Dirección general de los Registros, notas y concordancias con el Derecho procesal-civil español, por J. Xirau, Cat. de la Univ. de Barcelona.

Los daños civiles y su indemnización, H. Fischer. Traducción del alemán, notas y concordancias con el Derecho español, por W. Roces, Cat. de la Univ. de Salamanca.

El Derecho hipotecario alemán, A. Nussbaum. Traducción del alemán y concordancias con el Derecho español, por W. Roces, Cat. de la Univ. de Salamanca.

El usufructo (dos tomos), G. Venezian, Prof. de la Univ. de Bolonia (Italia). Traducción del italiano por la REVISTA, notas y concordancias con el Derecho español y los principales Códigos americanos, por J. Castán, Cat. de la Univ. de Valencia.

La compraventa civil y mercantil (dos tomos), C. Gasca. Traducción del italiano, notas y concordancias con el Derecho español y principales Códigos americanos.

De venta en todas las buenas librerías de España y América, y en la de **V. Suárez, Preciados, 48, Madrid**, quien las envía para España a reembolso.