

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

Año II

Octubre de 1926

Núm. 22

Los títulos de valores y su garantía hipotecaria

Aunque la hipoteca es un derecho real que siempre puede contemplarse con independencia de la obligación que garantiza, tengo por indudable que muchas veces esta obligación influye sobre el derecho real que la protege, dándole, si no una naturaleza distinta, una modalidad diferente. Y es que la hipoteca, hablando en general, no funde y absorbe la obligación que garantiza con el derecho real protector; ambas cosas, obligación e hipoteca, aunque juntas, conservan su individualidad, porque el fin de la hipoteca no es transformar la obligación garantizada, sino protegerla en toda su integridad y asegurar su cumplimiento.

Por eso en el derecho alemán y suizo se regulan diferentes variedades de hipoteca, teniendo en cuenta las obligaciones o los grupos de obligaciones a cuya protección se destinan; y así existen hipotecas aptas para cobijar una deuda real, independientemente de toda obligación personal; otras en las que la obligación que garantizan se puede desenvolver ampliamente dentro de campo propio del derecho personal, quedando el derecho real de hipoteca reducido a su más estrecho concepto de accesoriedad, y entre estos dos extremos otra situación intermedia.

Esto no se distingue debidamente en la técnica que informa el sistema de la ley hipotecaria española, en donde sólo se dan reglas para ciertas hipotecas que resultan influidas por las obligaciones especiales que garantizan, como ocurre, por ejemplo, con la referente a cuentas corrientes y la que sirve para garantizar los títulos transmisibles por endoso y al portador.

La última de las indicadas va a ser el objeto de este artículo ; pero antes de examinar la materia dentro de la legislación española creo conveniente exponer algunas breves consideraciones sobre el objeto de esta hipoteca, o sea sobre los títulos de valores, y después examinar asimismo brevemente el instrumento de garantía inmobiliaria que la legislación alemana ofrece para esta finalidad.

A estos títulos se les suele llamar títulos de crédito ; sin embargo, estimo más comprensiva, por ser más general, la denominación de títulos de valores, ya que, como dice Tuhr (1), el derecho encarnado en ellas, aunque ordinariamente es un derecho de crédito, puede ser y es también a veces un derecho de otra índole.

Es antigua la idea de anudar a un documento una obligación ; más exactamente dicho, el derecho a la prestación, que se deriva de una obligación. No hay que buscar, sin embargo, la realización de esta idea en derecho romano. Sabido es que este derecho con dificultad llegó a concebir el objeto de la obligación, desligado de los sujetos de la misma, ni llegó a perfeccionar el pensamiento de la sucesión singular obligatoria ; mucho menos habían de pasar los romanos por el de hacer en cierto modo autónoma la obligación de sus sujetos, ligándola a un documento que sirviese de portadora de la misma.

Se atribuye generalmente al derecho germano la elaboración de la idea de los títulos de valores. Sin embargo, la opinión de que todo lo que no es derecho romano es derecho germano está sujeta a revisión. En el particular que examinamos hay autores, como Gino Segre (2), que atribuyen origen griego a los títulos a la orden y al portador, y su opinión se halla corroborada por la de algún autor alemán, como Goldschmidt.

A pesar de todo, no cabe desconocer la fuerza de las razones que se exponen para demostrar el origen germano de esta institución. Brunner (3) expone dos fundamentos para demostrarlo :

(1) Andreas v. Thur : *Parte general del Derecho civil*. Traducida por don Wenceslao Roces. Madrid, 1925.

(2) *Elementi elleno-orientali del diritto privato dell' alto medioevo in occidente*. Turín, 1924.

(3) *Die fränkisch-romanische Urkunde*.

uno perteneciente al derecho procesal, a saber, que el primitivo derecho germano no conocía sino excepcionalmente la representación en juicio, y otro principio perteneciente al derecho material o substantivo: la de que en tal derecho no era usada la transmisión de un crédito (*Übertragung einer Forderung*) (1).

De ahí se seguía la imposibilidad de entablar una demanda o de cobrar un crédito en caso de ausencia o enfermedad del titular del mismo, y para obviar estos inconvenientes se convenía en extender un documento en donde el deudor se obligaba no sólo para con el acreedor, sino para con un tercero portador del documento (*Tibi aut cui hoc scriptum in manu paruerit*), o bien simplemente al portador del documento (*ad hominem apud quem hoc scriptum in mano paruerit*), lo cual venía a ser una promesa a persona incierta, pensamiento fundamental del que arrancan los títulos al portador.

Otro fundamento del origen germánico se señala sobre todo para los títulos al portador, a saber: el derecho procesal germano partía de la idea del derecho y al mismo tiempo deber de defensa del demandado, no del derecho del demandante. En otro aspecto expresa el mismo pensamiento Kuntze (2) diciendo que los romanos ponían el acento sobre el acreedor, el derecho germano lo ponía sobre el deudor, considerando a éste como principal factor en la fundación de la obligación. Partiendo de esta última idea, claro está que se facilita la construcción de los títulos de valores, que parten de la base de dejar en una indeterminación más o menos grande a la persona del acreedor, fijando solamente la del sujeto pasivo, o sea del deudor. Otro fundamento del derecho germano que pudo contribuir a la elaboración de los títulos de valores es la tendencia que tuvo aquel derecho de anudar obligaciones o deudas a las cosas, principalmente y en grande extensión a la propiedad territorial, pero también, aunque en mucha menor amplitud, a las cosas muebles.

Schwind encuentra precedentes de los títulos de valores desde

(1) Esta última opinión es contradicha por Stobbe.

(2) Kuntze: *Die obligationem im römischen und heutigen Recht und das Jus extraordinarium der römischen Kaiserzeit*, pág. 228. Leipzig, 1886.

principios del siglo VII (1). Brunner encuentra en Alemania, desde el siglo IX, documentos extendidos a favor del acreedor y cualquiera otra persona que sea portador del mismo. Estos, desaparecidos por causa de la recepción del derecho romano, existen todavía en Inglaterra con la fórmula «to Mister X. or bearer».

Stobbe, Brunner y Salvioli hablan de documentos con simple fórmula al portador existentes en Italia desde el siglo X, y en Flandes y Alemania desde el siglo XIII. Los principios del derecho romano, según los cuales el presentante necesitaba justificar su derecho, influyen para hacer desaparecer los títulos al portador, que reaparecieron, en el siglo XIX.

Gierke expresa el concepto de título de valor (*Wertpapiere*) diciendo que es un documento por el que se determina el sujeto del derecho en él testimoniado (2). Añade que el documento no es simplemente medio de prueba, sino portador del derecho; que el derecho es no solamente expresado en el documento, sino anudado, incorporado a su existencia.

Brunner define el título de valor, diciendo que es «un documento sobre un derecho privado cuya realización es condicionada jurídicamente por la tenencia del documento».

La idea de mantener la realización del derecho contenido en el título vinculada a la tenencia de éste, que, como se ve, forma la esencia de esta definición, es seguida por Gareis y por Goldschmidt.

Para Gierke (3) la esencia del título de valor consiste en una característica unión entre una cosa corporal y otra incorporeal. El papel, como cosa corporal, permanece una cosa mueble y se somete al derecho de cosas; pero porque su valor no depende de la materia, sino del derecho a él incorporado, aparece como una cosa especial para la que no pueden tener aplicación todas las normas referentes al derecho de cosas. El derecho incorporado conserva su esencia inmaterial y está sometido a las normas que regulan los derechos de su clase; pero porque el derecho, en tanto está

(1) E. Schwind: *Deutsches Privatrecht*, t. II, pág. 364. Wien und Leipzig, 1921.

(2) Otto Gierke: *Deutsches Privatrecht*, t. II, Sachenrecht, pág. 105. Leipzig, 1905.

(3) Obra citada, t. II, pág. 106.

unido a la suerte del papel o título a que se incorpora, entra en la esfera de una cosa corporal, se somete al imperio de principios de derecho que no tienen aplicación a otros derechos de su clase no incorporados a un papel.

La determinación y limitación del concepto títulos de valores no es fácil, por la variedad grande que en ellos se encuentra. Según hace observar Brunner, el uso del lenguaje referente a esta materia es muy inseguro en las legislaciones; y si de ellas se pasa a la doctrina, tampoco hay unanimidad de criterio. Este último autor los clasifica en absolutos y relativos. Otros muchos, Gierke entre ellos, en perfectos e imperfectos. Prescindiré de estos últimos, que, según Gierke, son aquellos que no tienen la significación de títulos de valores, o por razón de su origen, o por la transmisión, o por el uso del derecho a ellos incorporados.

Como mi propósito es dar solamente una idea general de los títulos de valores, prescindiré también de desarrollar otras clasificaciones muy interesantes, como aquellas que distinguen los títulos en constitutivos y no constitutivos, o sea aquellos cuyo derecho se origina con el documento o procede de un negocio jurídico anterior independiente de la extensión del documento; las que distinguen los títulos por la índole del derecho en ellos contenido, según signifique éste la participación económica en una sociedad (*Personenrechtliche Wertpapiere*), como, por ejemplo las llamadas acciones, o el derecho sea de índole real, como un conocimiento de embarque, o el derecho sea puramente de obligación, dando facultad de obtener una cantidad de dinero, como un cheque, ya una cosa—ejemplo, un *warrant*—, ya un servicio, como un billete de teatro o de ferrocarril.

No se puede prescindir, sin embargo, por ser esencial, de aquella que distingue los títulos de valores en títulos nominativos, a la orden y al portador.

Son títulos nominativos los que designan a una persona determinada y solamente a ella como titular (1).

Títulos a la orden son los que designan como titular a una persona determinada y a toda aquella que ésta ordene se pague o cumpla (2).

(1), (2) y (3) Estas definiciones son de Gierke. Obra citada, págs. 132, 142 y 155 del t. II.

Título al portador es aquel que asegura a cualquiera tenedor del documento la realización del derecho a éste incorporado (3).

Prescindiré de los títulos nominativos, por no tener importancia para lo que es objeto de este artículo, o sea desde el punto de vista de su aseguramiento por medio de la hipoteca. Por lo demás, tampoco es grande dentro del concepto de títulos de valores, por no convenirles la mayor parte de las características esenciales que los autores atribuyen a aquéllos. Hay alguno, como Adler, que los excluye de este concepto.

Los títulos a la orden no puede decirse sean todos títulos perfectos. La legislación alemana sólo admite como títulos perfectos a la orden la letra de cambio y siete especies más de documentos mercantiles.

Los títulos al portador son los que concentran en sí aquellas características esenciales que he someramente expuesto, cuanto son verdaderos títulos al portador, es decir, cuando convienen con el concepto que de ellos da Gierke, o sea cuando reúnen aquellas dos elementos distintivos que expresa Bolaffio: incorporación del derecho en el título y autonomía en su ejercicio.

Muy discutida es la clase de negocio jurídico que origina la obligación contenida en los títulos de valores perfectos y constitutivos. Para explicar la naturaleza jurídica de aquél se han ideado diferentes teorías.

Para unos, el librador del documento lanza una promesa a persona incierta, que no produce la relación jurídica hasta que alguno la acepta tomando el documento. Esta es la teoría del contrato.

Enfrente de esta teoría está la llamada de la creación, ideada por Sachse y Bekker, y perfeccionada por Kuntze. Según ella, el derecho surge desde el momento que el librador, por un acto unilateral, pone su firma en el documento, aunque éste no salga de su tenencia. Aunque el documento o título se extravíe o sea transmitido por medios jurídicamente ineficaces, el derecho en él contenido produce sus efectos en favor del tenedor del mismo. Kuntze admite solamente en favor del acreedor la *exceptio doli*

contra el adquirente de mala fe. Gründhut exige siempre que la adquisición de la posesión del título sea de buena fe; otros, como Cosack, exigen reúna las exigencias jurídicas de la adquisición de la propiedad.

Una teoría intermedia entre la del contrato y la de la creación es la llamada de la emisión, que sostiene que la relación jurídica se establece por un acto jurídico unilateral; pero el complemento, el perfeccionamiento de este acto requiere la salida del título de poder del librador.

La legislación alemana acepta la teoría de la creación para los títulos al portador, según la reinante opinión.

Para evitar los perjuicios que traería una ilimitada validez del derecho contenido en títulos al portador en caso de pérdida, extravío o ilícito despojo, las legislaciones admiten la declaración judicial de suspender los efectos naturales de los mismos, ya con relación al tenedor, privándole de la facultad de transmitirlos o de hacer efectivo el derecho, ya con relación al deudor, ordenando la suspensión de pago del crédito total, o sus intereses, o mandando expedir un nuevo título en el que quede incorporado el derecho contenido en el antiguo, quedando éste completamente desvalorado.

La legislación española contiene preceptos que producen esos efectos en la sección segunda, título XII del libro II del Código de Comercio.

Los títulos de valores, al participar del carácter de cosas muebles, pueden ser objeto de prenda para garantizar una obligación cualquiera, y al llevar incorporado un derecho del cual emanan obligaciones por cumplir pueden ser objeto de garantía personal, prendaria o hipotecaria. De esta última he de tratar exclusivamente.

Antes que la doctrina y la legislación, la práctica y el tráfico abrieron camino a la hipoteca en garantía de títulos a la orden y al portador.

En Alemania esta hipoteca chocaba con el principio de determinación con relación al acreedor de la obligación garantizada, aún hoy sancionado en el párrafo 1.115 del Código civil de aquel país, constituyendo una excepción del mismo la hipoteca de que aquí tratamos.

Para obviar la imposibilidad legal se ideó primero el disfrazar esta hipoteca bajo la foma de una deuda territorial (*Grundschuld*), que se cedía en blanco.

Después, la práctica, sancionada por la jurisprudencia, introdujo, para garantizar empréstitos distribuidos en títulos, una hipoteca inscrita a favor de un Banco u otra persona como fiduciario (*Treuhänder*), representante de los tenedores de títulos, en relación con los principales efectos de la hipoteca. Pero esta hipoteca se constituía sobre la base del artículo 301 del Código de Comercio, y por consiguiente sólo valía para comerciantes.

El primer proyecto de Código rechazaba de plano tal hipoteca.

Fué la legislación de Baden (12 de Abril de 1892) la primera que permitió y reguló la hipoteca para títulos de valores, y después la de Baviera, en 18 de Marzo de 1896. La ley prusiana de 19 de Agosto de 1895 permitió también esta hipoteca, pero limitada a títulos condicionados y referentes a ferrocarriles particulares y pequeñas vías de hierro.

La segunda Comisión redactora del Código civil de Alemania admitió ampliamente esta hipoteca, que resulta regulada en los párrafos 1.187 a 1.189 y 1.195, referente este último a las cartas al portador de deuda territorial.

Esta hipoteca, en Alemania, sólo se establece en garantía de títulos a la orden y al portador perfectos, según el concepto que de ellos hemos dado. Están excluidos de ella, por esta razón, los títulos que, aunque extendidos al portador, son solamente documentos de legitimación, como aquellos a que se refiere el párrafo 807 del Código civil de Alemania. También están excluidos los que hace referencia el párrafo 808, o sean los extendidos a favor de persona determinada, pero con facultad para el deudor de librarse de la obligación pagando al portador del título, sin que éste tenga derecho a exigir la prestación. En cuanto a los títulos a la orden, tienen en la práctica un campo bastante limitado para esta hipoteca, por ser muchos de ellos de vida limitada y breve.

La hipoteca en garantía de obligaciones resultantes de títulos a la orden y al portador, en Alemania, es siempre una hipoteca de seguridad, aunque los interesados no lo expresen; es decir,

Lo es por imposición de la ley. Dos razones abonan esta norma legal. Primera, la indeterminación del acreedor y la determinación rigurosa del crédito. Fuchs expresa que esta hipoteca se inscribe, no para el acreedor, sino para el crédito, cualquiera que sea su titular (1). Parecidamente expone Endemann que aquí la hipoteca se establece en servicio del derecho-crédito subordinado al título. La segunda razón de imponerse a esta hipoteca el carácter de hipoteca de seguridad es que la obligación garantida se somete en sus accidentes y vicisitudes a las normas de derecho propias de los títulos de valores, con autonomía de las que rigen la hipoteca. Se diferencia esta hipoteca de la hipoteca de máximo en que en la primera el acreedor está indeterminado en la inscripción, y en la segunda, rigurosamente determinado. Si miramos a la obligación garantizada, ocurre lo contrario; en la de máximo está indeterminada, y en la hipoteca para títulos de valores, determinada. Las obligaciones que garantiza la hipoteca de máximo, al ser indeterminadas, al menos en cuanto a su extensión, no se prestan a la cesión y al tráfico de las mismas, a no ser de un modo aislado, hasta que su importe se fija, y entonces se transforma la hipoteca, desapareciendo su carácter de hipoteca de seguridad. Las obligaciones objeto de la hipoteca para títulos son contrariamente las más aptas para la cesión y el tráfico (2).

Otra diferencia entre la hipoteca para garantía de títulos a la orden o al portador y la de máximo se encuentra en los efectos de la cesión de la obligación objeto de la hipoteca. En la primera, el cesionario del título adquiere el derecho real de la hipoteca que lo garantiza; en esta situación aparece el título, según expresa Gierke (3), como portador de la obligación, aliándola con el derecho, contra la finca hipotecada y comunicando a éste su propia movilidad. En la hipoteca de máximo, cuando la obligación garantizada se transmite según las normas generales que regu-

(1) Eugen Fuchs: *Das materielle Grundbuchsrecht*, t. I, pág. 604. Berlín, 1902.

(2) Walter Schwaer: *Die Wertpapierhypothek im Bürgerlichen Gesetzbuch*, pág. 4.

(3) Obra citada, t. II, pág. 904.

lan esta transmisión, no se transmite con ella la hipoteca. (Apartado 4.º del párrafo 1.190 del Código civil de Alemania.)

La hipoteca en garantía de títulos a la orden y al portador tiene dentro de la legislación alemana, aparte de las particularidades expuestas, las siguientes:

En cuanto al acuerdo (*Einigung*) necesario para constituir la hipoteca, constituye una excepción al principio general, desde el momento que puede ser inscrita por un acto unilateral del dueño del inmueble. Esto se refiere solamente a la hipoteca por títulos al portador, no para la que garantiza títulos a la orden.

También es una excepción la hipoteca que examinamos al principio de la determinación del acreedor en la inscripción, ya que, como arriba se indicó, en esta hipoteca es una necesidad el omitirlo en cuanto garantiza títulos al portador. En aquellas que garantizan títulos a la orden es necesario que conste en el Registro el primer acreedor, lo cual hace inexacta la inscripción en cuanto tiene lugar el primer endoso o cesión. La hipoteca (afecta a todos los títulos) garantiza las partes de la obligación, distribuídas en títulos, de tal modo que los poseedores de éstas adquieren con la tenencia no sólo la obligación, sino también el derecho real.

Cuando la obligación o deuda está distribuída en muchos títulos, que es lo más frecuente, ha de constar en la inscripción, con el importe total, el número, importe y designación de las partes o títulos en que está distribuída.

Por no tener importancia sino dentro de la legislación de Alemania omito las discutidas cuestiones a que allí da lugar la procedencia o improcedencia de la inscripción antes de tener lugar la aprobación oficial que necesita la emisión de los títulos al portador librados dentro del país, en los que se promete el pago de una cantidad de dinero.

Otra excepción a la norma general tienen lugar en la cesión de las obligaciones contenidas en los títulos, la cual no necesita ser inscrita en el Registro, sin que por esto deje de ir acompañada del derecho real, como antes se dijo. Lo mismo ocurre con el gravamen de las mismas.

Muy importante es en las hipotecas que examinamos la cuestión de la realización de la misma por incumplimiento de la obli-

gación garantizada y las excepciones que en este caso puede oponer el deudor. La cuestión es muy interesante en sí y por su comparación con la manera como el derecho español la resuelve.

Para poder hacer efectiva una hipoteca en general, se necesita la realización de tres supuestos: 1.º, inscripción de la hipoteca y subsistencia de la misma; 2.º, existencia de la obligación garantida; 3.º, pertenencia de la obligación al actor o demandante.

En la hipoteca ordinaria basta la inscripción para probar la existencia de la obligación y la titularidad del actor.

En la hipoteca de seguridad ya no basta la inscripción para probar la existencia de la obligación garantizada.

Y dentro de las hipotecas de seguridad, en las que aquí examinamos, o sea en la que garantiza obligaciones contenidas en títulos a la orden o al portador, la inscripción tampoco prueba la titularidad del actor, ya que en ella no consta quién sea el acreedor, sino que éste se determina por la tenencia del título, en los que son al portador, y por el endoso en aquellos extendidos a la orden.

Apartando la atención de los detalles del procedimiento ejecutivo en Alemania, me fijaré en las excepciones que en él puede oponer el deudor del inmueble gravado o el propietario.

En primer lugar, éste puede oponer las que se derivan de la hipoteca, o sea de la inscripción. La segunda Comisión quiso limitar las excepciones que el propietario del inmueble gravado podía oponer, reduciéndolas a las que nacían del título o documento, o de la obligación en él contenida; pero este principio se abandonó, permitiendo también las nacidas de la hipoteca; incluso el propietario del inmueble gravado puede oponer al nuevo acreedor las que tuviere contra el anterior, consistentes en una relación jurídica que afecta a la hipoteca. (Párrafo 1.157 del Código civil de Alemania.)

Las excepciones que se originan de la obligación y del título o documento pueden surgir de la validez de la constitución o libramiento del título (*Austellung*), del contenido o texto del mismo y de las relaciones jurídicas inmediatas y directas entre el deudor y el tenedor del título.

A las excepciones que surgen de la validez de la constitución

del título pertenecen la falsedad de la firma del librador y la incapacidad del constituyente al tiempo de aquélla. En los títulos al portador, la falta de aprobación oficial. En los títulos a la orden, el ser lanzados a la negociación sin la voluntad del librador; esta excepción no vale para los títulos al portador, pues ya vimos que, según la teoría de la creación, sancionada por la legislación alemana, basta, para estos últimos títulos, la declaración del constituyente para que la obligación surja, sin que para su validez tenga influencia el que el título sea tomado y por consiguiente salga del poder del librador; por esta razón, no son tenidas en cuenta, en esta clase de títulos, las faltas de voluntad que suponen un sujeto receptor o aceptante, puesto que la obligación nace de un negocio jurídico rigurosamente unilateral.

A las excepciones nacidas del contenido o texto del título pertenecen: las condiciones, expresadas en el mismo, plazos y forma de pago de capital e intereses y otras análogas.

A las excepciones que surjan de las relaciones jurídicas existentes directamente entre el deudor y el tenedor del título corresponde: la compensación, transacción, convenio de aplazamiento de pago y otras análogas que de un modo inmediato les afecten, según las reglas generales. A ellas pertenecen también las que el deudor pueda oponer, por falta de titularidad, al ladrón tenedor del título, a sus cómplices y encubridores. No pueden oponerse aquellas excepciones que hubieran correspondido a los precedentes tenedores del título, salvo la *exceptio doli*. Es procedente esta excepción cuando el tenedor presente tenía conocimiento de la existencia de una excepción, oponible en derecho por el deudor, al acreedor o tenedor precedente.

Los dos primeros grupos de excepciones, nacidas de la constitución del título o de su texto, tienen carácter objetivo, y por consiguiente son oponibles a todo adquirente del título. Las del último grupo que acabamos de indicar, o sea aquellas que afectan a las relaciones jurídicas entre el deudor y el tenedor, tienen carácter subjetivo y sólo son procedentes entre las personas a quienes inmediatamente se refieren.

Una cuestión muy discutida en Alemania es si la hipoteca en garantía de títulos de valores puede transformarse en hipoteca de propietario. Optan por la afirmativa Förster y Turnau, Fuchs,

Oberneck, Plank y otros, siendo de la opinión contraria autores también de nota, como Endemann y Matthias. No falta quien insinúe una posición intermedia, como Erich Weck (1), afirmando que la confusión entre el acreedor y deudor propietario en una sola persona origina, no una hipoteca de propietario, sino una hipoteca especial no regulada por la ley.

Todos los autores alemanes que tratan de la hipoteca en garantía de obligaciones contenidas en títulos al portador, así como la parte del Código civil que las regula, se ocupan de una institución jurídica, tanto más interesante para nosotros cuanto que no se señala en nuestras leyes, y pocos de nuestros autores se han ocupado de ella. Me refiero al *Treuhänder*.

La institución pertenece al derecho tradicional germano, siendo sus predecesores el *provasallus* y el *Saalman*, y teniendo inmediato parentesco con los *trustees* del derecho inglés.

Su utilidad es manifiesta, pues el *Treuhänder* sirve de manera satisfactoria a coordinar el ejercicio de los derechos del deudor, del propietario del inmueble hipotecado en garantía de los títulos, cuando es persona distinta del deudor, y de los tenedores de éstos, o sea de los acreedores. Sin una persona o entidad que sirva de elemento de unión entre estas diferentes personas, la realización de sus derechos es muy dificultosa, porque en el caso corriente de estar distribuída la deuda en muchos títulos, el deudor no conoce a sus acreedores, ni éstos se conocen entre sí, y aunque se conocieran no sería fácil entenderse entre ellos para rendir las correspondientes declaraciones y acuerdos necesarios para el cobro de sus créditos.

Tratan de esta institución, aun cuando no le llaman *Treuhänder*, sino simplemente representante (*Vertreter*), la ley de 4 de Diciembre de 1899, referente a los derechos comunes de los poseedores de obligaciones (*Schuldverschreibungen*), la ley de Bancos de hipotecas y el párrafo 1.189 del Código civil de Alemania, que tiene su inmediato precedente en el artículo 21 de la ley bávara de 18 de Marzo de 1896, citada al principio de este trabajo.

Peró los representantes de que tratan estas leyes son de muy

(1) Erich Weck: *Die Wertpapierhypothek* (párrafos 1.189-1.189. B. G. B.), pág. 41. Dresden, Buchdruckerei Albert Hille, 1910.

diferente naturaleza y tienen un campo de acción diferente. Haremos algunas indicaciones para distinguirlos.

Los autores alemanes distinguen los siguientes: el representante contractual (*Vertragsvertreter*), el representante de la asamblea o junta de acreedores (*Versammlungsvertreter*)—de estos dos últimos trata la ley de 4 de Diciembre de 1899, antes citada—, el representante de los Bancos de hipotecas—éste es el creado por la ley que regula los mismos—y, finalmente, el representante al que se refiere el párrafo 1.189 del Código civil de Alemania.

Según este párrafo, en la hipoteca en garantía de títulos a la orden o al portador puede ser nombrado un representante de los acreedores eventuales, es decir, tanto presentes como futuros, con facultades para tomar determinadas disposiciones (*bestimmte Verfügungen*) sobre la hipoteca, para y contra todos los acreedores posteriores, y representar a éstos en la realización de la hipoteca. Si el propietario del inmueble gravado tiene derecho a exigir de los acreedores alguna disposición para la cual está facultado el representante, puede aquél exigirla de éste.

El establecimiento de este representante necesita de la inscripción en el Registro.

Por su carácter real y porque su nombramiento y facultades resultan de la inscripción, algunos llaman al representante del párrafo 1.189 del Código civil representante del Registro (*Grundbuchvertreter*).

El representante contractual (*Vertragsvertreter*) lo es de los acreedores; el *Treuhänder* del párrafo 1.189 del Código civil no puede decirse tenga este carácter exclusivamente. Las facultades del primero se extienden al ejercicio de los derechos relativos a la hipoteca y al crédito; las del segundo se extienden sólo al ejercicio de derechos relativos a la hipoteca.

El nombramiento del representante contractual tiene su fundamento y origen en el contrato de emisión, por estipulación con el mismo representante, o como formando parte de las condiciones del contrato. El nombramiento del del Código civil es ajeno a ese momento.

Existe la opinión, sostenida, entre otros, por Könige y Bonschab, que la existencia del representante contractual es incompatible con la del representante del Código civil; pero la práctica

rechaza esta opinión, haciendo a este último también representante contractual y completando de esta manera sus facultades, que por este medio se extienden también a ejercitar las acciones relativas a la obligación. A este resultado conduce el que la ley no determina detalladamente las facultades de uno y otro representante, ni afirma su incompatibilidad.

El representante de la asamblea o junta de acreedores se diferencia del del Código civil por el origen de su nombramiento y por su fin. El nombramiento del primero tiene lugar en la reunión de acreedores que trata el párrafo 1.º de la ley de 4 de Diciembre de 1899, varias veces citada; el segundo es enteramente ajeno a esta ley. El primero sirve sólo los intereses de los acreedores; el del Código civil representa a todos los interesados en la obligación. El nombramiento de aquél no puede ser inscrito en el Registro; el de éste debe serlo. Por lo demás, la existencia de ambos representantes es compatible, y el nombrado por la asamblea de acreedores puede ser dotado de la facultad de vigilar al nombrado, según el párrafo 1.189 del Código, para que cumpla con los deberes de su cargo.

El representante de que trata la ley de Bancos de hipotecas se diferencia aún más profundamente del del Código civil. No es un representante de los acreedores, sino un simple mandatario de las autoridades inspectoras. Así al menos lo concibe la opinión general, aunque hay autores, como Staudinger, que tienen de él otro concepto.

El representante regulado en el Código civil es el más interesante, desde el punto de vista de nuestro trabajo, pues es el único que tiene directamente facultades con relación a la hipoteca. El Código civil de Alemania, como antes se indicó, no delimita su campo de acción, ni determina su naturaleza jurídica. En ésta, como en otras materias, los autores del Código civil de Alemania parecen haber seguido la opinión de Kohler; es, a saber: que la ley no debe construir, sino declarar las consecuencias jurídicas.

Su naturaleza jurídica es muy discutida. Riezler la reputa como una de las más obscuras del derecho civil alemán. No es posible, dentro de los límites de un simple artículo de revista, seguir los razonamientos expuestos por los partidarios de las diferentes teo-

rías que sobre esto se han fundado; pero no puedo sustraerme a indicar las principales que sobre este punto se han ideado. Estas son las siguientes:

La que sostiene que el *Treuhänder* es un apoderado de los acreedores.

La que dice sea un representante legal de los mismos.

La que afirma que el *Treuhänder* es un mandatario del propietario, que al mismo tiempo obra como representante de los acreedores.

La que afirma que representa a la comunidad de éstos, de análoga manera que el presidente o gerente de una sociedad anónima representa a los accionistas.

La que sostiene que el *Treuhänder* es un representante por derecho propio. Esta teoría es sostenida quizá por la mayoría de los autores alemanes (Staudinger, Oberneck, Turnau-Förster, Gierke). Ella responde al concepto germano del *Salmann* o *Treuhänder*, que consiste en el ejercicio de un derecho propio en nombre propio, pero con la obligación de ejercitarlo, no en interés del *Treuhänder*, sino para el mejor cumplimiento del fin para el que se ha constituido. Las opiniones de los diferentes autores partidarios de esta teoría representan diferentes matices de la misma. Algunos, como Gierke y Turnau-Förster, encuentran la institución parecida al albacea o ejecutor testamentario.

A la teoría que sostiene que el *Treuhänder* es un apoderado de los acreedores se opone, entre otras razones, que cuando el nombramiento del mismo tiene lugar al mismo tiempo que la constitución de la hipoteca, cosa que ocurre casi siempre, sin una declaración de voluntad de aquéllos, falta el apoderamiento, sin que convenzan las razones de Fuchs (1) al decir que el establecimiento unilateral del *Treuhänder* descansa en último término sobre la voluntad de los acreedores, que lo aceptan como obligatorio al aceptar la hipoteca. Este consentimiento tácito y *a posteriori* se considera como una ficción.

Contra la teoría que considera al *Treuhänder* como un representante legal se objeta que la representación legal supone una incapacidad o limitación de la capacidad de obrar en los repre-

(1) Obra citada, t. I, pág. 612.

sentados, cosa que aquí no ocurre, pues los acreedores. no sólo son capaces, sino que conservan, a pesar del nombramiento del *Treuhänder*, las plenas facultades en el ejercicio de sus derechos.

Que sea el *Treuhänder* un mandatario del propietario del inmueble hipotecado, como indicó la segunda Comisión de las que intervinieron en la confección del Código, se contradice considerando que el *Treuhänder* no depende de la voluntad del propietario y que de un mandato de éste no podía seguirse un poder para los acreedores.

Se objeta contra la teoría que supone al *Treuhänder* como representante de la comunidad de acreedores el tener cada uno de éstos en todo momento su plena libertad de acción.

Tampoco faltan impugnadores a la teoría de la representación en nombre propio. Especialmente contra la opinión de que el *Treuhänder* sea una institución parecida al ejecutor testamentario se objeta que éste limita las facultades de ejercicio de derecho de los herederos con respecto a la herencia, cosa que no ocurre a los acreedores, aun cuando existe el *Treuhänder*.

Teniendo en cuenta estas objeciones que se exponen contra todas y cada una de las teorías ideadas para explicar la naturaleza jurídica del *Treuhänder*, no es de extrañar que algunos opinen que tal institución es completamente *sui generis*, que tiene analogías con otras maneras de representación, pero no se puede identificar con ninguna.

En ella resalta el carácter real, *erga omnes*, que le da la inscripción, a cuyos efectos han de someterse no sólo el deudor y el propietario del inmueble en su caso, sino también todos los acreedores, ya lo sean al tiempo de la inscripción, ya vengan a serlo posteriormente.

MARIANO RIBO.

(Continuará.)

Notas para el estudio del Derecho consuetudinario aragonés

El casamiento en casa

Nuestro Derecho aragonés, con la publicación del apéndice foral, ha salvado de hecho las fronteras de esta región.

Ya no tiene carácter misterioso, ni reservado; no puede haber *foristas cobdiciosos* que escondan envidiosamente libro alguno, *ni mulvías ni panditas* que se consideren depositarios exclusivos de tal Derecho; el Ducange ha desaparecido de nuestras mesas de trabajo, y en español correcto puede ahora estudiarse el Derecho aragonés, lo mismo en España que en el extranjero.

Sólo plácemes merecen los que han contribuido a enriquecer este nuestro importante derecho foral, con el tesoro de luz que le presta su inserción en la *Gaceta*, y, sobre todo, han impedido, o, por lo menos, limitado, que una jurisprudencia equivocada vaya poco a poco despojando a los aragoneses de su particular modo de vivir. Causa espanto sospechar el efecto que en nuestro Derecho hubieran producido algunas afirmaciones, como la de que la ley Hipotecaria rige en todas las provincias del reino, aplicada por la Jurisprudencia en la misma forma que se ha aplicado la ley de mostrencos.

El Derecho aragonés se ha mutilado mucho, se ha modificado bastante y se ha recuperado en algún punto concreto; sea cualquiera la opinión que se tenga de Apéndice foral, el contenido de nuestro Derecho escrito está en el articulado de la ley, y con un

poco esfuerzo de estudio puede conocerse. No sucede así en cuanto a instituciones de carácter puramente consuetudinario, por ejemplo, las que se citan en el artículo 6o, donde se relacionan tan sólo para ordenar que los pactos que las produzcan deben interpretarse y las omisiones que en ellas se noten suplirse con arreglo al uso local respectivo.

Respecto de estas instituciones dice con mucha razón D. Marcelliano Isabal que sería conveniente explicarlas, así como indicar las localidades donde sean más frecuentes (1). Este mismo estudio de explicación y determinación geográfica inicié yo en el *Boletín* del Colegio Notarial de Zaragoza (2), sirviéndome para ello el examen del Archivo Notarial de Boltaña, los documentos que allí veía y, sobre todo, las frases de los contratantes y las costumbres que de una manera tan intensa se advierten en el país. El tema no ha perdido su oportunidad, y con la base de aquellos materiales reunidos durante el tiempo, algo mayor de tres años que serví la Notaría indicada, no será superfluo conversar, siquiera sea brevemente, sobre el «casamiento en casa», uno de los pactos más característicos que la costumbre ha producido, poniendo de relieve cierta manera de aprovechamiento de los bienes, muy digna de estudiarse y de atenderse, mucho más hoy que se estudia oficialmente la modificación del derecho de propiedad de la tierra y se habla del patrimonio familiar agrario.

Expondré concretamente los hechos observados para apoyar en ellos mi concepto de la institución, conteniendo mi deseo de formular conclusiones de muy distinto aspecto y de compararla con otras históricas y actuales que tan celebrados son con justo motivo. Insisto en que el estudio y las afirmaciones que hago se refieren únicamente al distrito notarial de Boltaña.

El casamiento en casa, tal como yo lo entendía, conforme a la obra de Costa (3) y al inolvidable proyecto de ley que oficialmente

(1) Exposición y comentario del Cuerpo legal denominado «Fueros y Observancias del Reino de Aragón», pág. 406, nota.

(2) Meses de Septiembre y Noviembre de 1917 y Agosto y Noviembre de 1918. Los dos últimos son los más convenientes para este tema.

(3) Derecho consuetudinario. Tomo I, pág. 189. La libertad civil, página 280, nota.

se formó el 29 de Febrero de 1904 (1), es la facultad que para el caso de enviudar se reserva en las capitulaciones matrimoniales; el cónyuge forastero que contrae matrimonio con el heredero de una casa, de realizar otro matrimonio, sobre la casa y bienes de éste, sin perder el derecho de viudedad foral, que queda prorrogado en perjuicio de los herederos legítimos de dicha casa. Pero contrastada esta idea con aquella realidad, no la he encontrado cierta en ninguno de sus extremos.

Desde luego, evidente que no existe con aquella limitación. Con una diversidad grande de variantes, tanto respecto a la facultad de casarse (2) como a las condiciones de la persona que se ha de elegir por consorte (3), en los contratos he encontrado el casamiento concedido a los padres que nombran herederos de sus bienes, a los padrastrós, a los que contraen matrimonio con el heredero, a los que se casan en casa, o con alguno de la casa, a los acogidos, a los herederos que renuncian el derecho a la herencia (4). He visto un nombramiento de heredero en que el padre ordena a su hijo que guarde la mayor consideración a su tía, hermana de aquél, a quien concede el derecho de casar sobre la casa

(1) Proyecto de ley publicado a expensas de la Diputación provincial, página XXIX y art. 119.

(2) Berdié, 170-1860.—«Si hubiese hijo o hijos mayores de edad, no podrá casarse»=Berdié, 139-1862.—«Quedando sucesión de menor edad»=Berdié, 87-1861.—«podrá casar mientras no se cumplan catorce años que resida en la casa»=Armisen, 80-1871.—«con aprobación de un pariente el más cercano de cada parte»=Berdié, 35-1861.—«una sola vez»=Berdié, 56-1860.—«libremente hasta dos veces»=Berdié, 260-1862.—«él cuantas veces quiera, ella una sola vez»=Armisen, 240-1871.—«teniendo hijos y con aprobación de los herederos de la casa».

(3) Berdié, 139-1862.—«con persona conveniente»=Lascorz, folio 50-1846.—«con la condición precisa de que el que elija por esposo haya de saber leer y escribir»=Berdié, 57-1861.—«con persona proporcionada en edad y circunstancias que no tenga menos que tres años que el que enviude»=Berdié, 231-1861.—«con mujer que no sea de menor edad que él»=Lascorz, folio 3-184.—«con persona que tenga cumplidos treinta y cuatro años»=Berdié, 35-1861.—«con persona proporcionada y de su clase que convenga a la casa»=Armisen, 129-1871.—«con persona adecuada en edad y condición»=Berdié, 56-1860.—«con persona a propósito, de honor, honradez y buena reputación, que no tenga menos de treinta y ocho años de edad».

(4) Berdié, núm. 126, año 1860.

y bienes cuando lo tenga por conveniente. También he examinado un contrato en el que a cambio de cierta cantidad entregada al heredero se adquiriría el derecho de venir a la casa y casar en ella. Tan sólo he dejado de encontrar el casamiento en casa concedido a los donados; quizás por que mi estudio no sea lo suficientemente extenso o por que respecto a estas personas, en atención a la misión de criados que realizan, no convenga tal institución.

Véase un ejemplo importante, que podrá dar idea de lo que deba entenderse por casamiento en casa. Está tomado de un testamento, autorizado por el cura párroco, y por lo tanto, sin influir en él, las tendencias científicas y perniciosas que imprimimos los Notarios en aquellos contratos. Se protocolizó en la Notaría de don Joaquín Lascorz, al folio 45 del año 1841.

«Deseando asegurar mi conciencia... y que mi casa pueda ser amparada y sostenida después de mi muerte... Que después de mi muerte pueda mi marido... casarse o contraer matrimonio con pleno derecho de sobrebienes en mi casa y herencio, con la persona que mejor le pareciese a su voluntad y conocimiento y apoyo de mi señor padre... y de mis ejecutores que nombraré. Que mi hermano... pueda también igualmente casarse o contraer matrimonio con igual pleno derecho de sobrebienes, en mi casa y herencio, con la persona que mejor se le proporcione a su bien fundada y razonable inclinación, según el conocimiento y aprobación de mi señor padre... y de mis ejecutores. Que mi marido y mi hermano, si quieren efectuar su casamiento con el derecho de sobrebienes en mi casa y herencio, deban por siempre considerarse y perseverar unidos y vinculados en mi casa, con sus personas y sus oficios o empleos y con todas sus utilidades y todos sus bienes muebles o sitios que tengan habidos y que en adelante o sucesivamente adquieran y que tengan igual autoridad y administración, en mi casa y en todos mis bienes, para que con este vínculo de igual derecho y de su buena unión y amor recíproco, que yo tanto les deseo y encargo, puedan mejor sostener y amparar las obligaciones de mi casa y herencio y cumplir en todo los cargos y obligaciones que yo he tenido y tengo por la escritura de mi capitulación matrimonial... Que efectuado su respectivo casamiento de sobrebienes en mi casa no puedan ya en ningún tiempo separarse de ella ni convolar fuera para otro matrimonio, los expresados mi marido

y mi hermano, ni separarse, ni extraer, ni dividir parte alguna de sus bienes muebles y sitios, ni de los de mi casa y herencio, ni de sus utilidades y oficios, y que ambos cumplan con la buena educación cristiana y sostenimiento de mi único hijo, que vive, y me ha quedado de mi matrimonio, para que con su tiempo pueda servirles de consuelo, como heredero necesario que ha de ser de mi casa y de todos mis bienes y exonerador de mis cargas y obligaciones... Que en todos los casos de muerte que ocurran en mi casa, ya sea de mi marido o de mi hermano, después de haber contraído matrimonio en ella, como dejo expresado, y en los casos de muerte de sus consortes respectivas, quiero que tengan autoridad mis ejecutores y cura de esta parroquia, y en defecto de éstos los dos deudos o parientes más cercanos en sangre y el cura temporal de esta parroquia, para que con pleno derecho y facultad puedan disponer, si el consorte sobreviviente, viudo o viuda, de los expresados matrimonios, haya de contraer matrimonio en la casa, según lo consideren necesario o conveniente y siempre que esto ocurra, antes de haberse casado y colocado en ella mi heredero y expresado hijo único.»

Por todo esto, considero yo que el casamiento en casa no puede decirse que lo tiene el cónyuge forastero que viene a casarse con el heredero, sino que la costumbre lo otorga a todos los que pertenecen a la comunidad, sin privilegio hacia persona alguna.

Y es que ni en aquel derecho consuetudinario ni en la vida que refleja, pueden hacerse clasificaciones ni encasillados.

No creo pueda comprenderse bien la organización familiar más que partiendo de considerar *la casa* como entidad definida y perpetua, con nombre propio, en la mayoría de los casos, en la que hay personas y bienes.

Como personas, un heredero o jefe (1) que rige la comunidad, cargo no siempre grato, que he visto rechazar a algunos hijos en familias de gran posición, recae generalmente en un hijo del heredero anterior «si es útil y conveniente a la casa (2), nombrado por

(1) «Cabo de casa» se le llama en algunas escrituras de D. Joaquín Las-corz.

(2) Berdié, 254-1862=En una escritura de acogimiento: «Y es pacto que si los hijos (de matrimonio, jefe que acoge) fueran inútiles para heredar y gobernar dicha casa y bienes, en este caso, declarada la insuficiencia por los

los dos padres, por el sobreviviente de ellos o por la junta de parientes o de jefes de casas amigas, designados en capitulación anterior, y alrededor de aquél una serie de personas con diversos nombres y procedencia. Todos tienen el derecho de aprovechar en comunidad el patrimonio familiar, y si son hijos nacidos en la casa el de ser dotados al haber y poder de la misma, sirviéndoles en pago total o parcial de tal dote el caudal que ellos tengan por cualquier causa; como obligación, también común la de trabajar cuanto puedan en beneficio de la comunidad, trabajo que, en cuanto a los hijos, se tiene en cuenta para fijar su dote (1).

En cuanto a los bienes, el patrimonio familiar, inalienable (2),

interesados de ambas partes y el cura de la parroquia, será heredero uno del presente matrimonio (de los acogidos), y si el inútil cede por sí mismo el derecho, no se necesitará el asenso de nadie».

(1) Joaquín Santa María, folio 27-1850=«Considerando que si se fué y se separó de ella (de la casa) de diez años, sin que después haya vuelto, ni trabajado en beneficio de la misma, tampoco ha de percibir cosa alguna por dote o legítima».

Juan Julián, 1852=«que en atención a que el José no ha salido de la edad en que le corresponde ser quintado, si le tocase la suerte de soldado, como que durante este tiempo no puede trabajar en beneficio de la casa, el dote será únicamente de cuatro onzas (antes se les había ofrecido a cada uno de los tres hermanos siete onzas)».

Berdié, 12-1861=«Sin tener que dar nada (a hijo) por hallarse ausente hace muchos años y no haber asistido a la casa».

Berdié, 44-1861=«Si los contrayentes, por su capricho y sin motivo, se fueran de la casa a vivir a otra parte y reconociendo su mal proceder, no volviesen a ella dentro de un mes, perderán los mismos y sus hijos el derecho que tuvieron a la propia casa y bienes de que se nombra heredero al contrayente».

(2) Si el jefe se reserva el derecho de disponer por sí solo de algunos bienes, se expresa así en la escritura:

Juan Julián, 1850=«el donante (que instituye heredero) se reserva la facultad de disponer libremente del tanto anual que le produzca su conducta de cirujano».

Idem, 1850=«que el donante se reserva además el poder disponer libremente del retiro que cobra del Tesoro».

Idem, 1851=«se reserva el donante vender un cahíz de grano, del que saliese de la Artiga, llamada el Buerritón».

Idem, 1851=«se reservan el poder vender por una sola vez y caso de necesidad, por sí solos, hasta mil escudos, sin que puedan verificarlo de mayor cantidad sin consentimiento de los contrayentes».

si no es por voluntad de todos, perpetuo e indivisible y el capital que aceptan los forasteros, llamado dote, sea quien fuere el que lo aporta, que se asegura en la casa (1) y que es lo único que sale de ella, si el forastero se marcha, o recobra su casa nativa si muere sin hijos.

Dentro de este concepto, el casamiento en casa, como beneficio o respeto para persona determinada, para allegar brazos que trabajen en provecho de la comunidad, sustituyendo a ancianos cansados, llenando la faena de jóvenes que no pueden esforzarse en provecho común o por otra causa cualquiera, sólo las necesidades de la realidad pueden señalar; pero de hecho se puede conceder a todos los que formen parte de la familia. En ocasiones, no se concede el casamiento sobre todos los bienes de la casa, sino sobre fincas determinadas (2); a veces se renuncia tal derecho (3), y si es cierto que el heredero o jefe lo tiene sin necesidad de concesión especial, esto no puede decirse en absoluto, por que casos hay en que el tal heredero precisa para casarse la licencia de los señores mayores o el consejo de personas determinadas.

Por tanto, hay que conceder al casamiento en casa un horizonte mayor que comprenda toda la realidad y tratarlo como derecho que en contrato o en testamento se consiente a cualquiera clase de persona que pertenece a la sociedad familiar, de contraer matrimonio sobre la casa y bienes trayendo a su cónyuge a la vida colectiva y a la participación del trabajo y de los bienes comunes.

Concedido, por ejemplo, el casamiento en casa a los acogidos

(1) Berdié, 302-1861=«Trae el contrayente en dote, de propio caudal, trescientos duros plata..., y respecto a que el contrayente tiene más caudal propio suyo, éste no se entiende aportado al presente matrimonio o admitido en la casa de la contrayente, pero podrá manejarlo separadamente e invertirlo a su favor y a su arbitrio en lo que mejor le parezca».

(2) Berdié, 308-1861=«aparte de que muerto el contrayente, si se le diere mal vivir a la contrayente en dicha casa de... podrá la misma retirarse a vivir en el pedazo de dicha casa que es la cocina y el amacador, de arriba abajo y el campo de..., pudiendo también, en caso de separarse, a vivir en dicho pedazo de casa y campo..., casarse sobre el mismo pedazo y campo, que muerta la contrayente volverá a la casa».

(3) Joaquín Lascorz, folio 17, vto., 1847=«que el nombramiento de heredero se entienda con sujeción de que el padre del mismo no pueda volver a casar, porque de buen grado se ha privado de esta facultad, y así se ha convenido entre las partes».

dos (1) se ve claramente que este derecho no tiene relación con la viudedad foral. Pero aun prescindiendo de todo lo dicho, mirando sólo el casamiento con relación al cónyuge forastero, que viene a casar con el heredero de una casa, me parece muy dudoso considerarlo como prórroga de viudedad, por que en el modo de ser de aquella sociedad familiar no puede haber derecho de viudedad.

En la Crónica de San Juan de la Peña, de Briz Martínez, se afirma que en el Condado de Sobrarbe no existía el derecho de viudedad; Bardaxi, con relación a otros puntos, asegura lo mismo; esta manifestación la considero cierta en nuestro tiempo.

Aquel derecho, tal como lo conceden los fueros, es sobradamente conocido, como facultad que corresponde al cónyuge sobreviviente de usufructuar los bienes sitios que hubieran correspondido al premuerto en cuanto a la propiedad, y también los muebles, si a ellos se extendió por facto. Es una atribución peculiar del viudo, individual del titular de tal derecho, exclusiva de él, sin que baste a privarle de este carácter el deber que tiene por el Fuero primero de alimentis, de proveer competentemente a los hijos comunes de comida, bebida, vestido y calzado, si no tienen otros bienes; extensivo por el segundo de igual título a los entenados o hijastros, por que hay igual razón en ambos. Pero en aquella organización familiar ni a la viuda ni a ninguno de los que forman parte de ella puede atribuírsele propiedad parecida a la individual, además de que en los contratos no resulta nada de eso.

El derecho del forastero que contrae matrimonio con el heredero o jefe de una casa, se concreta en las capitulaciones, palabra más o menos, en esta forma:

«Es pacto que por muerte del contrayente (heredero) si la contrayente quiere permanecer viuda honesta en la casa de...de esta casa y de todos sus bienes, ha de quedar después de fenecido el señorío de los instituyentes (padres que nombran heredero) primera y principal señora mayor, gobernadora y administradora, trabajando en dicha casa, e invirtiendo el producto del usufructo en su sustento y en el de las demás personas de la casa (2).

(1) Bardié, 254-1862=Cerezuela, 4-1883=Armisen, 80-1871.

(2) Costa, en Derecho consuetudinario, pág. 185, presenta ejemplos parecidos al propuesto, llamándoles viudedad circunstanciada; pero estos no son viudedad.

Este derecho del cónyuge forastero no es viudedad, y por lo tanto no puede prorrogarse. Es tan sólo un derecho de sustentarse de los bienes comunes, el mismo que tienen todos los que forman parte de la comunidad; no se distingue de bienes muebles e inmuebles, ni a ninguno de ellos alude; a nadie se le ocurre que precise hacer inventario ni afianzamiento en cuanto a los muebles; lo tiene tan sólo en cuanto permanece en la casa (1); el aprovechamiento no es individual, y fuera de la preferencia en el señorío mayor o **dirección de la familia y la de que sus hijos sean nombrados herederos**, su situación respecto de los bienes no se diferencia en nada, si se la compara con la de las demás personas aseguradas en la casa.

Nuestros fueros no se relacionan para nada con esta organización familiar. En algunas escrituras se los rechaza expresamente (2). «Que para el matrimonio de... hacían los presentes capítulos matrimoniales no conforme a fuero de Aragón, ni otros, si es con los pactos siguientes». «Finalmente, que los dichos cónyuges renuncian los derechos de viudedad, lucro, aventajas y partición de bienes.»

Tampoco es cierto que el casamiento en casa perjudique a los hijos del heredero; al contrario, la institución tiende a favorecerlos. Fuera de algunos casos que puede constituir una manifestación de egoísmo, siempre favorece al jefe de la casa, y por tanto a la casa misma. En el testamento antes copiado se ve claramente la idea de la madre enferma al desear que vengan a la casa personas que trabajen «siempre que esto ocurra antes de haberse casado y colocado en ella mi heredero y expresado hijo único». El interés de la familia es lo que mira siempre la junta de parientes para con-

(1) «Y si tiene que salir de ella, se le señala alimentos individuales.»

Berdié, 231-1860=«que en el caso de que a la contrayente se le diere mal vivir en la casa de..., muerto que sea el contrayente podrá la misma quejarse a la justicia, y entre ésta y dos parientes más cercanos... determinarán lo que juzguen más conveniente para que a la contrayente no le falten los alimentos que le corresponden en la casa de..., pudiendo señalar a la contrayente lo que les pareciere justo si ésta tuviera que retirarse a su casa nativa.

Berdié, 272-1861=para el caso que se le diera mal vivir «el usufructo total y exclusivo según su necesidad del peado... sin perjuicio del usufructo general de los demás bienes».

(2) Joaquín Lascarz, folio 3, vto., 1841.

ceder aquel casamiento y la condición que por regla general impone el contrato (1).

Así entiendo yo el casamiento en casa. Y creo que nunca serán bastante estudiados (siempre que en el estudio se ponga aquella pureza de voluntad de que habla Spengler) estas instituciones, que forman el derecho producido por la costumbre, única manifestación verdadera de la vida real, que hoy encuentra en el Apéndice un apoyo tan débil.

LUCIANO ANTONIO EDO.

(1) Juan Julián, folio 30-1851=«por considerarlo así necesario para la crianza y educación de su familia y conservación del herencio».

Berdié, 129-1861=«conveniente que haya este casamiento... por la necesidad que hay de atender al cuidado de la casa y crianza de la familia, que en número de cinco menores le han quedado de la...»

Berdié, 8-1860=«Y si a éstos les pareciere muy conveniente o necesario para la casa y familia que el contrayente pueda casar en ella, aun cuando no tuviere sucesión, de este matrimonio, podrían permitírsele.»

El sujeto del Derecho: El sexo ⁽¹⁾

(Continuación)

Entre los germanos la mujer, según opinión de muchos tratadistas del derecho, se hallaba sujeta a *perpetua tutela*. Paul Viollet, por ejemplo, afirma «que la mujer germánica se halla en tutela perpetua»: *la femme germane est en tutelle perpétuelle*. (2). Letourneau, después de proclamar «que la mujer germana tiene ciertos derechos pecuniarios», añade: «que ello no obstante, siempre se le considera más o menos, en menor edad». *La femme germanique avait donc certains droits pécuniaires; mais elle n'en restait pas moins toujours plus ou moins mineure*. (3). Nuestro ilustre Hinojosa sostiene igual criterio que Viollet cuando afirma «que entre los germanos la mujer vivía constantemente bajo la potestad del padre, o, a falta de éste, de los parientes más cercanos, cuando era soltera o viuda, y por virtud del matrimonio pasaba a la del marido». (4). El erudito catedrático Sr. Minguijón, está de acuerdo también con Viollet y con Hinojosa, y, al efecto, escribe lo siguiente: «El derecho germano sujetó de nuevo a la mujer a tutela perpetua.» (5). El marido podía repudiar, empeñar y ven-

(1) Véanse los números 18 y 20 de esta Revista.

(2) *Histoire du droit civil française*. Lib. II, cap. V-I (287), pág. 312. París, 1905.

(3) *La condition de la femme dan les divers races et civilisations*. Capítulo XIX-II, pág. 466. París, 1903.

(4) *Discurso en la Academia de Ciencias Morales y Políticas*. Pág. 523. Madrid, 1912.

(5) *Historia del Derecho Español*. Cuaderno 5.º Zaragoza, 1923, Página 16.

der a la mujer en caso de necesidad, y aun castigarla corporalmente hasta darla muerte, mediante justa causa.

Sin embargo, por el espíritu guerrero del pueblo germánico, la mujer, dentro de la familia, gozaba de gran consideración y ascendencia. Quizá esta consideración ha hecho afirmar a uno de nuestros más preclaros historiadores del derecho, el Sr. Pérez Pujol, «que el poder marital era poder de protección y no de acción (1), y que Letourneau manifestara que «certains droits lui étaient reconnus; certains lois la protégeaient», «y que los viejos germanos, aquellos que habían creado la mitología de la raza, no despreciaban al sexo femenino» (2).

Este estado de protección marital, nacido del reconocimiento de esos derechos de los que nos habla Letourneau, donde se refleja más es en la familia germánica. La fortuna de la mujer casada la constituía la *dote*, equivalente a nuestras antiguas arras, y que era el precio satisfecho por el marido a los padres o parientes de la mujer por la cesión de la potestad sobre ella. Esta dote era designada por los padres con el nombre de *dos* y *pretium*, denominación esta última que ha dado origen a la doctrina de los que consideran el matrimonio germánico como una especie de compra, contra cuya teoría se levanta Huber diciendo: «No parece que pueda dudarse que, aun en tiempo de Tácito, se sabía distinguir entre la compra de un caballo y la celebración del matrimonio». Para los que siguen esta última doctrina este *pretium* no tiene otra significación que la compensación del valor económico de la hija y la indemnización a los padres de los gastos que hicieron para educarla y criarla, pues no cabe duda que en la familia germana la mujer era considerada como algo digno de veneración dentro de la autoridad que correspondía al marido en la esfera familiar. Así se explica que nos haya dicho Tácito (3) que Veleda y Aurinia fueron veneradas como números, y que César, sabedor de los augurios de las mujeres germánicas, obligase a Ariovisto a que combatiere antes de la época que aquellas mujeres habían señalado como más conveniente para obtener las victorias.

(1) *Historia del Derecho Español*. Explicaciones de cátedra tomadas por sus discípulos A. G. B. y A. A. B. Pág. 162

(2) Obra citada. Pág. 472.

(3) *Germania*, X.

Y llegó a ser tan general la consideración que se le tuvo a la mujer en este pueblo, que el marido la miraba como compañera de sus trabajos, y ella le acompañaba hasta en las guerras, curándole las heridas recibidas y llevándole alimentos para reponer sus quebrantadas fuerzas. Tácito nos dice al efecto (1) «que desde los carros formando círculos, y que los germanos llamaban *carrago*, las mujeres presenciaban las hazañas de sus maridos; los alentaban con sus aplausos, los contenían con sus gritos, con el llanto de sus hijos, y más de una vez sus exhortaciones a las huestes que ya cejaban les hicieron volver cara al enemigo y ganar la victoria.»

Como prueba de la gran influencia de la mujer en la sociedad germánica, podemos decir con Procopio (2) «que las mujeres de los ostrogodos increpaban y escupían a sus maridos al entrar Belisario en Rávena, por haberse dejado vencer de tan débiles enemigos». Por eso, sin duda, aquel poder ejercido sobre la mujer y conocido con el nombre de *mund*, no fué tan tirano ni déspota como la *manus* de los romanos, significando no sólo poder de protección, sino también boca, explicándose así que en algunos países, después de tener lugar la invasión, se decía que estar bajo la protección del Rey era *esse in sermone vel in verbo regis*.

En el orden económico-familiar, la fortuna de la mujer casada estaba formada por la dote, por la llamada *morgengabe* y por las pocas ropas, alhajas, vestidos y demás enseres que aportaba al matrimonio. La dote era, como ya hemos dicho, el precio de compra, en el sentido antes expuesto, del marido a la mujer, institución jurídica muy parecida a nuestras antiguas arras. La *morgengabe*, donación de la mañana, era el regalo otorgado por el marido a su mujer al día siguiente de haber contraído matrimonio, como prueba de su virginidad, y el cual regalo consistía en diez esclavos, diez esclavas, 20 caballos y varias joyas y adornos hasta el valor de 1.000 sueldos. En caso de disolución de matrimonio, la mujer recobraba los bienes aportados, y algunas veces aquéllos que constituían la dote y la *morgengabe*. Los bienes de la mujer se confundían, durante el matrimonio, con los del marido, quien, a pesar de su autoridad y potestad omnímoda, se consideraba como

(1) *Germania*, VII y VIII.

(2) *Goticæ Historiæ*. Lib. II, pág. 301. Edic., Grcocio.

administrador de los inmuebles, de los que no podía disponer sin el consentimiento de su mujer. Por lo mismo, y por el carácter colectivo de la propiedad familiar germana, la mujer tampoco podía disponer de los bienes propios.

En la sociedad de gananciales tenía lugar la división de los bienes que la constitufan, y que habían sido adquiridos por título oneroso. Esta división era consecuencia del concepto que se tenía de dichas adquisiciones, las cuales se suponían hechas en colaboración, por ambos esposos, excluyéndose de esta partición aquellos bienes que el marido adquiriría en la guerra, bien por sí o por medio de sus esclavos, haciendo también suyos, el marido, los que obtenía con el trabajo de los siervos, aunque éstos fuesen propiedad de la mujer, en atención a que era responsable de los daños causados por los mismos. Hacía suyos estos bienes en compensación a la responsabilidad de daños que tenía.

Claro es que no todos los pueblos de raza germánica tenían en sus leyes los mismos principios jurídicos. Varios casos de esta diferenciación pueden citarse. Mientras en algunas leyes germanas y como consecuencia de la tutela del sexo, correspondía al padre la facultad de prestar el consentimiento para casarse a sus hijos, en las leyes visigóticas semejante facultad era común al padre y a la madre, y los dos podían, indistintamente, ejercerla. Otro tanto ocurre en materia de repudiación y de divorcio, en las que el derecho germánico evolucionó en sentido progresivo, dando a la mujer una mayor libertad. Los antiguos germanos tenían el derecho absoluto de poder repudiar a sus mujeres; mas para evitar los abusos que en este sentido cometían los esposos, las leyes bávaras dispusieron: «que cualquiera que repudiase a su mujer por *pura envidia*, pagaría cuarenta y ocho sueldos oro a los parientes y devolvería la dote y todos los bienes de la mujer» (1).

Entre los escandinavos, en un principio, el divorcio estaba permitido únicamente al hombre, pero más tarde se acabó por autorizarlo también a la mujer, alegando como razón «la de que ningún cónyuge puede ser obligado a vivir en compañía de otro contra su voluntad». Declaración esta última, como sostiene Letourneau, memorable y que honra a los que la formularon, ya que reconoce y

(1) *Leyes bávaras*, XIX-I.

proclama la independencia conyugal de ambos esposos ; es decir, la igualdad de derecho en el matrimonio, rompiendo así con la práctica invariablemente seguida en el resto del género humano, desde los tiempos más antiguos hasta nuestros días» (1).

La participación de la mujer en los bienes de la comunidad matrimonial fué también evolucionando por distintas graduaciones al compás de la conversión, a derecho escrito, de las antiguas costumbres escandinavas. En Island, Suecia y Noruega, según el escritor Dareste (2), se estableció la sociedad de gananciales, mediante pacto expreso de los futuros esposos, pacto que, en caso de inexistencia, se presumía en Islandia existente a los tres años de celebrado el matrimonio, y en Noruega por el consentimiento tácito y por el transcurso de un lapso de tiempo, que variaba según las leyes, pues el mismo Dareste nos dice que para mediar la presunción de existencia de dicho pacto se necesitaban treinta años de matrimonio, según la ley de Borgonting ; veinte, según la de Gulating, y solamente un año según la de Frotating. Pero en las leyes de Dinamarca y en la de Vestrogotia, la comunidad matrimonial se presumía siempre por ministerio de la ley.

Se ha considerado a esta comunidad matrimonial o conyugal como una verdadera sociedad de gananciales. Y en realidad de verdad, esta consideración no carece de fundamento, porque si bien es cierto que una ley vestrogotia (3) obligaba a la mujer al pago de las deudas contraídas durante el matrimonio en la misma extensión que al marido, no lo es menos que a la disolución de dicho matrimonio la mujer participaba en las ganancias obtenidas, recibiendo la mitad en Dinamarca y la tercera parte en Suecia, Noruega e Islandia. Y a pesar de absorber en un principio el marido toda la potestad económico-familiar hasta el extremo de obtener como tutor la administración de los bienes de la sociedad conyugal, podía la mujer, no obstante y con el fin de atender a las nece-

(1) Obra citada, pág. 467.

(2) En un hermoso trabajo que publicó en el *Journal des Savants*, en los meses de Septiembre de 1880 y Agosto de 1881, titulado *Anciennes lois Suedoises de Danemarch, de la Norvege et de l'Islande*.

(3) Véase a Beauchet en sus trabajos publicados en la *Nouvelle Revue Historique du Droit*, titulados *Du Mariage dans le Droit Islandais*, 1885, y la *Loi de Vestrogotie*, 1887.

sidades diarias de la familia, adquirir y obligarse por pequeñas cantidades, que en Dinamarca no podían pasar de cinco sueldos y de un *hore* en Noruega y medio en Islandia. Quizá pudieramos afirmar que en estos preceptos se encuentra el origen de la doctrina jurídica que inspira al artículo 62 de nuestro Código civil, como que el contenido de este mismo artículo y del 65 del mismo Código tienen un remoto precedente en aquellas leyes visigóticas, y especialmente en las de la antigua Suecia, que declaraban igual nulidad, la cual podía reclamar el marido dentro del mes de haberse otorgado dichos actos, pasado cuyo plazo quedaba convalidado, por una ficción jurídica, lo que en un principio tenía vicios de nulidad por falta de capacidad subjetiva contractual.

¿Y no será también este precepto quizá, el origen histórico de la teoría de los actos anulables?

La doctrina jurídica acerca de la tutela, sufrió igualmente una transformación progresiva en favor de la mujer.

Ya sabemos que la mujer se halló en un principio sujeta a tutela perpetua. No podía, pues, tener representación tutelar alguna. La tutela sobre sus hijos no le era permitida. Pero este principio sufrió modificaciones posteriores, y es en Escandinavia, según las *Leges Barbarorum*, donde en defecto del padre la tutela se confiere a la mujer o a la madre. Consecuencia de esta concesión es la obligación por parte de la madre tutora de rendir cuentas, anualmente, de su administración a los más próximos parientes del menor, y en caso de contraer nuevas nupcias, el deber de practicar la partición de bienes con los hijos del anterior matrimonio. También evolucionó el derecho de la mujer para contraer matrimonio en un sentido o principio de mayor libertad, a su propia voluntad, pues en la *ley de Vestrogotia* la viuda puede contraer matrimonio por sí y sin el consentimiento e intervención de los parientes, administrar sus bienes, y solamente para el caso de enagenación necesita el consentimiento de aquellas personas que hubiesen ejercido la tutela.

En el derecho de sucesión se marca igualmente la evolución jurídica, siempre progresiva, en favor de la mujer, si bien marchando todo el evolucionismo familiar. Veámoslo.

Tácito apenas habla del derecho sucesorio. En tesis general nos dice : *Heredes tamen succedores cuique LIBERI : et nullum tes-*

tamentum. Si LIBERI non sunt, PROXIMUS GRADUS in possessione FRATRES, PATRUI, AVUNCULI (1).

No existía, pues, el testamento entre los germanos del tiempo de Tácito. Y siendo ello cierto, cabe preguntar : ¿ qué orden se sigue en la sucesión ? En primer término los descendientes *liberi*. Si no existen hijos, el grado más próximo excluye al más remoto. ¿ Pero heredan también las hijas ? Caso afirmativo ¿ en qué forma y porción ?

De que las hijas heredan cosa es que está fuera de toda duda. Tácito emplea la palabra *liberi*, y eset plural no tiene exclusivismos ni excepciones. Lo que dice este ilustre historiador romano es la extensión en que son llamados a heredar y si afecta o no la sucesión a toda clase de bienes.

Si nos fijamos en el carácter colectivo de la propiedad, fundado en el principio de agnación y admitimos este principio en toda su integridad, la mujer no pudo ni debió ser heredera, pues toda transmisión rompería en absoluto la reversión troncal. Sería un medio para pasar los bienes de una familia a otra distinta. Pero las leyes germanas, como todas las antiguas, reaccionaron en un sentido más liberal y amplio, y a la mujer le fueron concediendo paulatinamente derechos que en un principio no tuvo. « Las leyes bárbaras se explican perfectamente como una evolución igual a la de todos los pueblos arios, indios, griegos, romanos y celtas, que continuando en la tierra romana la obra empezada en tiempo de Tácito, prosigue con desigualdad de tiempo y de accidente, pero con igualdad de principio, el empeño de reconocer y asegurar el derecho hereditario de las mujeres (2).

La reacción, pues, aparece en las leyes germánicas, y es su primera manifestación el derecho de propiedad individual en medio de la colectiva que se le reconoce a la mujer en los bienes dotales. Si a más de esto se admite también a la mujer en los bienes adquiridos por actos intervivos ¿ qué razón hay para excluirla de los actos mortis causa ? ¿ El llamamiento a la sucesión ? No, porque a parte de que Tácito, como hemos visto, nos habla de *liberi* y esta voz no excluye a las hijas, añade : que a falta de *liberi* son

(1) *Germania*, X. X.

(2) Pérez Pujol, *Historia de las Instituciones Sociales de la España Goda*. Tomo I, pág. 552.

llamados *proximus gradus*, y en este orden de suceder tampoco se le excluye a la mujer. Además habla Tácito de hermanos (*fratres*), tíos paternos (*patrui*) y tíos maternos (*avunculi*), y sabido es que todas las leyes en las dichas expresiones, han comprendido los dos sexos.

Pero en donde la evolución hacia el derecho hereditario de la mujer se patentiza más es en las leyes de Vestrogotia (1).

En el Código antiguo los herederos son llamados por el orden siguiente :

- 1.º Los hijos y en su defecto *las hijas*.
- 2.º El padre y en su defecto *la madre*.
- 3.º Los hermanos y en su defecto *las hermanas*.
- 4.º Los nietos del hijo y en su defecto los hijos de la *hija*.
- 5.º Los sobrinos hijos del hermano y en su defecto los *hijos de la hermana*.
- 6.º El abuelo y abuela paterno y en su defecto el abuelo materno.
- 7.º *La abuela materna*.
- 8.º El tío paterno.
- 9.º El tío materno y la tía paterna.

Este orden de suceder en la herencia confirma lo que antes decíamos ; o sea que las palabras *liberi*, *fratres*, *patrui* y *avunculi* no excluyen a la mujer en la sucesión. Lo que sucede es que la postergan en consecuencia con el hombre, pero no la incapacitar ni imposibilitan para ser heredero, faltando éste. Más tarde, y ya en el *Codex retentior* se da un paso más, y la mujer es llamada a la sucesión hereditaria aun concurriendo con los varones, aunque en porción más pequeña.

El testamento aparece más tarde en la Ley Sállica, mediante una especie de institución de herederos por *contrato entrevivos*, llamada *aftomia*, y que en el fondo constituía una donación *mortis-causa*, de la que podía ser beneficiada también la mujer, según los términos y vocablos empleados por Ulfilas para fijar el concepto de esta creación jurídica (2).

(1) *Loi de Vestrogotie*, V-143. *Codex antiquior*.

(2) Antiguo y Nuevo testamento. Versión gótica editada en Leipzig en 1843. Epist. de San Pablo a los corintios, I, XV, 50. En el texto se designa con el nombre de *Arb* la herencia ; *Arbja*, el heredero, y *Arbjo*, la heredera.

La capacidad jurídica de la mujer va, pues, en aumento en el pueblo germánico, desde su anulación, en un principio, hasta llegar a una consideración familiar que le confiere un lugar preferente en el seno de la familia, dentro de la cual posee ya un peculiar particular que le permite ser término subjetivo en las relaciones jurídicas *intervivos* y *mortis causa*.

Y ya veremos en otro artículo cómo la progresión siempre ascendente, que con unidad de miras reacciona en favor de la mujer, no pudo tampoco pasar inadvertida al Cristianismo.

JOSÉ MARÍA MENGUAL.

Notario.

(Se continuará.)

BANCO HISPANO-AMERICANO

CAPITAL: 100 000 000 DE PÉSETAS

Domicilio social:

Sucursal del Sur:

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

SUCURSALES Y AGENCIAS

Albacete, Alcira, Alcañiz, Alcoy, Alicante, Almería, Antequera, Aranda de Duero, Badajoz, Barbastro, Barcelona, Béjar, Bilbao, Burgos, Cabra, Cáceres, Cádiz, Calahorra, Calatayud, Caspe, Castellón de la Plana, Cartagena, Córdoba, Coruña, Don Benito, Ecija, Egea de los Caballeros, Elda, El Ferrol, Estella, Figueras, Gandía, Granada, Guadalajara, Huelva, Huesca, Jaén, Játiba, Jerez de la Frontera, Jumilla, La Palma del Condado, Las Palmas, Linares, Logroño, Mahón, Málaga, Medina del Campo, Medina de Rioseco, Mérida, Monforte, Motril, Murcia, Olot, Onteniente, Orense, Palma de Mallorca, Pamplona, 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, Vivero, Zafra y Zaragoza.

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

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

Dirección telegráfica: HISPAMER

Un caso práctico

La escritura que se hace sirviendo en ella de testigo un escribiente del Notario es nula, según el caso segundo del artículo 27 de la ley del Notariado y el 59 de su Reglamento. (Legislación de Cuba.)—¿Es preciso la declaratoria de tal nulidad judicialmente, o, reconocida por las partes, pueden éstas, desde luego, otorgar otra escritura que recoja el mismo contrato sin ese vicio que la invalida?

Los preceptos de la ley del Notariado y de su Reglamento citados son claros y precisos. El artículo 27 de la Ley dice :

«Serán nulos los instrumentos públicos :

1.º»

2.º En que sean testigos los parientes de las partes en ellos interesadas en el grado que queda hecho mérito, o los parientes, **ESCRIBIENTES** o criados del mismo Notario.

3.º»

Y el artículo 59 del Reglamento consigna que

«Los impedimentos que para ser testigo en los instrumentos públicos establecen los artículos 31 y 37 de la Ley sólo se refieren a los *escribientes o amanuenses, estén o no estén retribuidos*, y a los criados ; no a los pasantes y alumnos que concurren al estudio del Notario, con tal que no estén retribuidos.»

No queda, pues, duda de que la intervención como testigo en una escritura de un escribiente del Notario que la autoriza, esté o no esté retribuido, es causa de nulidad del instrumento.

Ahora hay que ver cómo, cuándo y por quién se puede subsanar ese vicio que invalida—pues que lo anula—el título, siquiera

no dañe ni en lo más mínimo perjudique el contrato en él recogido.

Y asimismo importa examinar la naturaleza del título, pues no se ha de proceder del mismo modo en los no sujetos a inscripción que en los que lo estén, y en éstos mismos hay que observar si fueron ya inscritos o aun no lo han sido cuando el defecto se advierte y trata de subsanarse.

En los títulos no sujetos a inscripción, para nosotros no hay problema. Se repite el título con testigos que no tengan excepción legal para serlo, y nada más.

No creemos ni siquiera necesario mencionar en el nuevo instrumento el anterior defectuoso, nulo, que se trata de suplir, porque no teniendo trascendencia el caso, no afectando a tercero, como los inscribibles desde que lo sean, no hay para qué buscar sanción mas que en la voluntad de las partes y el Notario.

Pero no ocurre lo mismo con los títulos sujetos a inscripción, a los que es preciso, como antes se ha dicho, examinar según se hallen: inscritos ya, o por inscribir aún.

En cuanto a los que estén en este último caso, es decir, no inscritos aún, creemos que ha de procederse como hemos dicho se proceda con los no sujetos a inscripción, porque no habiendo llegado al Registro no han empezado a producir efectos contra terceros.

Mas si han sido inscritos, entonces cambia por completo el caso, y no puede—porque nada se lograría con ello, pues no habría Registrador que lo aceptase—subsanarse la nulidad con el otorgamiento de un nuevo título. Este no destruiría por sí al otro, al nulo, ni causaría efecto alguno su presentación en el Registro.

Entonces es preciso obtener la declaratoria judicial de la nulidad en un juicio declarativo en el que serían demandados todos los que por cualquier concepto intervinieron en la escritura.

Si están de acuerdo en la nulidad, les bastará allanarse a la demanda, facilitando así la sentencia que ha de hacer tal declaratoria de nulidad; y también, porque así se debe pedir en la demanda, se mandará otorgar nueva escritura que recoja el contrato que la otro nula recogió, y que con ésta se acuda al Registro de la Propiedad para que, cancelándose por nula la anterior inscripción, hecha a virtud del título suplido, se proceda a inscribir el nuevo, en el que se cuidará muy mucho de que sea insertada la

sentencia, con expresión de estar firme por no haberse interpuesto recurso alguno contra ella.

Hay quienes, más ortodoxos que nosotros, con quienes hemos tratado el punto, entienden que la demanda debe ser anotada y el Registrador proceder a la cancelación de la inscripción de la escritura nula sólo mediante mandamiento expreso del Juzgado en cumplimiento de la sentencia.

Nosotros no creemos necesaria ni una cosa ni la otra.

Parécenos bastante que, como hemos expuesto, en la nueva escritura se contenga la sentencia, que en certificación del secretario judicial que del juicio haya conocido debe ser protocolada, uniéndose a aquélla para que sea comprendida en el testimonio de primera copia que se expida y es el que ha de ir al Registro a ser inscrito.

Estos casos de intervenir como testigo en la escritura el escribiente del Notario no son frecuentes en la capital, pero sí los he podido observar mucho en Notarías locales. Y en verdad que merecían más atención muchos de los contratos contenidos en esos títulos nulos, ora por su cuantía, ya por su finalidad.

No pecaría de exagerado, a nuestro ver, quien aconsejara a tantos interesados en escrituras baldías e ineficaces como existen por ese motivo que las repitieran en una forma u otra de las explicadas, según su caso, para evitar que en un momento de necesidad del título para cualquier evolución en la propiedad hubiese quien se fijara en ello—como ocurrió en el caso que motiva este trabajo—y nada pudiera hacerse por ineficacia de aquél.

Un cliente nuestro, dispuesto a prestar cierta cantidad con garantía hipotecaria, pidió y obtuvo para su examen el título de propiedad de la finca que iba a garantizar la prestación. El primer defecto hallado en él fué ese de su nulidad por la intervención como testigo del escribiente del Notario autorizante. Y, nulo el título, nula la inscripción de él, hecha en el Registro de la Propiedad. Y finca sin inscripción a favor de quien proclama su propiedad no es la que puede garantizar obligación ninguna en lo absoluto. ¿Y quién dice cuándo ni cómo ni por quién se haría surgir el defecto, el vicio de nulidad, precisamente para echar a rodar por el suelo la hipoteca y crear una situación que se preste a tanto?

Comprendiendo entonces su falsa posición por tal título, el dueño de la finca quiso subsanarlo, y logró otorgar otra escritura; pero al acudir al Registro de la Propiedad se opuso rotundamente el Registrador a inscribir nuevamente con la escritura otorgada ahora, ya en legal forma, pero privadamente; porque él, «teniendo ya inscrita a nombre de la misma persona la finca, a virtud de otro título que no ha sido anulado judicialmente, no podía repetir la operación».

Ese es el caso, y absolutamente legal y justificado el parecer del Registrador de la Propiedad.

Y es también nuestra opinión constante y nuestro concepto, aquí sentado para ratificar aquélla.

No inscrito un título, puede repetirse—para limpiarlo de la nulidad del caso tercero del artículo 27 de la ley del Notariado y 59 de su Reglamento—privadamente, es decir, sin la intervención judicial; pero una vez inscrito es preciso que en un juicio declarativo se reconozca la nulidad, se ordene hacer el nuevo y se mande a inscribir, previa cancelación de la inscripción que determinó el título nulo.

DR. ANDRÉS SEGURA CABRERA.

Notario de Banta, provincia de la Habana (Cuba).

AVISO

Los señores suscriptores de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO en la República de Cuba, que, deseando colaborar en esta publicación, no quieran molestarse en remitir sus trabajos directamente a las oficinas de Madrid, pueden entregarlos a nuestro redactor honorario el Dr. Andrés Segura y Cabrera, calle de Escobar, 174, Habana.

Don V. A.,
nado para tal c
tablece: «En
le abona el Ay
cibir del contr
Instrucción.»

Anunciado
tral de 1926 co
servicios de Ha
surgido dudas
mientos, y en
por 100 como a
tes colectivos d
decretando el a
dación el segun
te, y hacer el a
por el contrario
do el 20 por 10
tamiento.

Los datos c
ta si el recaud
municipal, ni
tario de las con
el Ayuntamiento

Consulta

Don V. A., jefe de la recaudación de arbitrios de M., fué designado para tal cargo en escritura pública, uno de cuyos artículos establece: «En período ejecutivo, además del tanto por ciento que le abona el Ayuntamiento por la cobranza, tendrá derecho a percibir del contribuyente los recargos establecidos por la respectiva Instrucción.»

Anunciado el cobro del primer trimestre del ejercicio semestral de 1926 con arreglo al Real decreto-ley de reorganización de servicios de Hacienda de 2 de Marzo de 1926 (*Gaceta* del 3), han surgido dudas acerca de si aquél es aplicable o no a los Ayuntamientos, y en caso afirmativo si se ha de cobrar el recargo de 15 por 100 como anteriormente o el 20 por 100, esto es, si los expedientes colectivos deben continuarse tramitando en la forma establecida, decretando el alcalde el primer grado de apremio y el jefe de recaudación el segundo, con el 5 por 100 y el 10 por 100, respectivamente, y hacer el anuncio del cobro sólo por el plazo de treinta días, o, por el contrario, ha de atenerse el recaudador al Real decreto, cobrando el 20 por 100 e ingresando el 5 por 100 de las cuotas en el Ayuntamiento.

DICTAMEN

Los datos consignados en la consulta son muy someros: no consta si el recaudador ha sido nombrado antes o después del Estatuto municipal, ni el carácter de su función, es decir, si es un arrendatario de las contribuciones o si es recaudador y agente nombrado por el Ayuntamiento mediante fianza, o si se trata de un caso de gestión

directa por el Ayuntamiento con prestación de fianza por el gestor, conforme autoriza el artículo 553 del Estatuto municipal y el 78 del Reglamento de la Hacienda municipal; cada una de estas situaciones puede tener eficacia en sentido distinto. No consta tampoco la escritura íntegra de designación, sino una sola cláusula, insuficiente para decidir por sí sola las cuestiones que se presenten, aunque desde luego es importante.

Contestamos, pues, la consulta con las salvedades consiguientes por falta de datos.

Creemos que la cuestión fundamental la resuelven de un modo categórico los artículos 562 y 564 del Estatuto municipal en relación al 7.º de la ley de Contabilidad de 1 de Julio de 1911 y el 75 del Reglamento de la Hacienda municipal. Dispone el primero que las disposiciones que regulan las contribuciones e impuestos del Estado serán aplicables a las exacciones municipales, *no pudiendo los Ayuntamientos dictar reglas sobre los trámites y recargos de los procedimientos recaudatorios*, y las facultades de los agentes recaudatorios ejecutivos que excedan en rigor o amplíen la competencia de las que se hallen establecidas a favor de la Hacienda del Estado. El segundo, en relación a la ley de Contabilidad, declara que es aplicable para la cobranza de las contribuciones y arbitrios los procedimientos de cobranza del Estado, los cuales tienen carácter administrativo y se ejecutarán por los agentes de la Administración *en la forma que las leyes y Reglamentos fiscales determinen*. Y el último previene que los Ayuntamientos de capitales de provincia (como lo es M.) y los de más de 100.000 habitantes usarán para el cobro de sus arbitrios el mismo procedimiento que tenga establecido el Tesoro público para el percibo de sus contribuciones directas.

Es, pues, indudable que el procedimiento recaudatorio de los Ayuntamientos se ha de ajustar al que tiene establecido el Estado, en general y salvo precepto expreso del propio Estatuto municipal. No pueden los Ayuntamientos, según dispone terminantemente éste, modificar ni aun con relación a sus servicios los trámites ni los recargos establecidos por el Estado en su Instrucción de apremios. Es notorio que el Estado puede modificar ésta, y de ahí surge la cuestión principal de que nos hemos de ocupar, a saber: ¿Obligarán a los Ayuntamientos, desde luego, las modificaciones que acuerde el Estado en sus procedimientos de apremio, o, por el con-

trario, los Ayuntamientos habrán de atenerse y sujetarse siempre a la Instrucción que regía y que en parte sigue rigiendo cuando se dictó el Estatuto?

Ante todo es de notar que los preceptos de los artículos 562 y 564 del Estatuto municipal no son una novedad absoluta, pues en la antigua ley Municipal de 1877 estaban contenidas disposiciones análogas en los artículos 132 y 152, según los cuales los Ayuntamientos habían de aplicar para recaudar sus arbitrios los medios de apremio que la legislación tenía establecidos en favor del Estado, y había de estimarse siempre como vigente la ley de Contabilidad del Estado (que regula el procedimiento de apremio) en lo no proveído por la Municipal. Y estos preceptos nunca se interpretaron en sentido de que continuase en vigor simple para los Ayuntamientos la antigua Instrucción de apremios de 1869, vigente cuando se promulgó la ley Municipal de 1877, sino que, al contrario, se fueron aplicando sucesivamente las posteriores de 1888 y 26 de Abril de 1900, hoy en vigor, a medida que fueron promulgadas. Y el Real decreto de 31 de Diciembre de 1902 dictado para adaptar la Instrucción última a la administración municipal declara en su artículo 4.º que el embargo de bienes se hará con arreglo a los preceptos de la Instrucción *o los que en lo sucesivo se establezcan*, precepto que ha de aplicarse en casos análogos. Las dos disposiciones citadas del Estatuto municipal hacen relación en general al procedimiento establecido por el Tesoro público, sin que mencionen una Instrucción especial, sino que aluden a la que regule los trámites y recargos del Estado, cualquiera que sea, bien la actual, bien la que la sustituya, y por lo tanto, lógicamente, cualquier modificación que el Estado verifique en el procedimiento recaudatorio directo regirá forzosamente, a virtud de esos preceptos, para los Ayuntamientos.

Pero aunque el Estatuto mencionara concretamente una Instrucción determinada por su fecha, aun en ese caso habían de regir para los Ayuntamientos las modificaciones que en ella introdujera el Estado. Y la razón es bien obvia: la referencia a una ley es en el supuesto de que está viva; si se modifica o se deroga carece de virtualidad para obligar y la referencia caería en el vacío. Sería absurdo que se pretendiese aplicar un texto antiguo derogado sólo por el hecho de que una disposición aludiese a él cuando estuvo en vigor. Las leyes, según el artículo 5.º del Código civil, se derogan por

otras posteriores, y lo mismo ocurre con las disposiciones administrativas ; derogada una de ellas por otra nueva, no cabe ya su aplicación, ni en todo ni en parte. Las leyes aclaratorias, según sentencia del Tribunal Supremo de 1 de Marzo de 1881, forman parte de las aclaradas, y se entienden publicadas cuando ellas, y por tanto derogadas al mismo tiempo. Al desaparecer una ley viva, la citación ha de entenderse referida a la que la sustituya.

Se enlaza esta materia con la de la derogación y abrogación de la ley : Derogación es la revocación expresa de ésta por otra disposición del propio orden y del mismo legislador ; abrogación es la revocación tácita por otra ley que contradice la primitiva ; la derogación expresa puede ser especial si se hace mencionando la ley derogada o general referente a las leyes contrarias de los preceptos de la de que se trate, siendo esta forma inútil, pues aun sin tal declaración quedan derogadas. Es de notar que, según regla de hermenéutica legal, la ley general sólo deroga la ley general opuesta a ella, aunque omita algún precepto engranado en el conjunto general del sistema derogado ; pero las leyes especiales o privativas de persona determinada no pueden ser derogadas por leyes generales, sino por otra ley especial. Se podrían citar varios ejemplos, como la Real orden de 23 de Marzo de 1871, referente a Aranceles, el Real decreto-sentencia de Septiembre de 1888 que declaró subsistente la exención otorgada a una Compañía de ferrocarriles en su concesión, no obstante las leyes de Presupuestos que habían derogado en general el privilegio de que aquélla disfrutaba, y varias Reales órdenes de Hacienda declarando exentos del impuesto del Timbre y del de Derechos reales a los Sindicatos agrícolas, no obstante los preceptos generales de ambos impuestos, por tener aquéllos privilegio y ley especial, según la de 28 de Enero de 1906. Estas disposiciones estatutarias demuestran de una manera palmaria que los Ayuntamientos se han de sujetar para la exacción de sus arbitrios a la Instrucción de recaudación y apremio del Estado, y las razones alegadas acreditan, a nuestro juicio, que aquéllos han de acomodarse a las alteraciones que el Estado haga en la referida Instrucción o a otra nueva que promulgue, no pudiendo en modo alguno quedar ésta anquilosada y como un cuerpo de disposiciones inmutables y especiales para los Ayuntamientos, aunque el Estado modifique su sistema de apremio.

Dictado, pues, el decreto-ley de carácter fiscal de 2 de Marzo de 1926, ha de aplicarse a los Ayuntamientos en la parte referente a la recaudación y apremio de sus arbitrios, que es de lo que ahora nos ocupamos. Así, pues, según la base 9.^a del artículo 3.^o de este decreto, el período voluntario de cobranza comenzará el día primero del segundo mes del trimestre y termina el 15 del mes siguiente, cobrándose a domicilio los primeros treinta días y en cada zona recaudatoria los quince siguientes; en los anuncios de cobro voluntario se hará constar que si transcurre el día 15 del tercer mes sin pagar se incurre en apremio sin nueva notificación ni requerimiento; que si se paga en los diez días últimos de dicho mes se abona el 10 por 100 de recargo, que se eleva automáticamente al 20 por 100 el primero del trimestre siguiente; que el apremio (base 11) consta de un solo grado, que será de 10 por 100 si se abona en el plazo expresado en la oficina recaudadora, aumentado en otro 10 por 100 desde el primer día del trimestre siguiente; del primer recargo corresponde al Tesoro (es decir, al Ayuntamiento) el 5 por 100 de los débitos, y el otro 5 por 100 al recaudador, y el segundo recargo del 10 por 100, siempre al recaudador.

Determinada la aplicación de estos preceptos a los Ayuntamientos, son tan claros que no creemos sea preciso más que su exposición para contestar a la pregunta que se hace en la consulta.

Los preceptos de la Instrucción de apremios de 1900 (artículos 47, 66, 71 y otros) están abrogados, según la doctrina expuesta por el decreto-ley, y éste es el único aplicable tanto para el Ayuntamiento como para el Estado. El período, pues, de recaudación voluntaria es de cuarenta y cinco días. No hay primero ni segundo grado de apremio, sino uno solo, y el contribuyente que deja por satisfacer sus recibos el 15 del tercer mes del trimestre incurre en apremio sin más notificación ni requerimiento, debiendo advertirlo únicamente al empezar la recaudación voluntaria; el apremio comienza con la autorización del alcalde para penetrar en el domicilio de los deudores. Finalmente, estimamos que el recaudador tiene derecho a cobrar el 15 por 100, o sea el 5 por 100 de los débitos en el primer recargo y el 10 por 100 de los débitos en el segundo, sin que, no obstante la cláusula que se transcribe, tenga aquél el derecho a cobrar el 20 por 100 establecido en el decreto-ley. Y la razón, a nuestro juicio bien clara, es que, según el artículo 47 de la Instrucción de apremios,

tanto el recargo del 5 por 100 como el del 10 por 100 del primero y segundo grado de apremio correspondía percibirlo al encargado del procedimiento, y a eso alude al parecer la cláusula que se transcribe en la consulta ; pero aumentado en el decreto-ley ese recargo en otro 5 por 100 de los débitos con la prescripción de que ha de ser para el Tesoro (aquí para el Ayuntamiento), no puede ni debe comprenderse tal precepto como un beneficio para el recaudador mientras que no constase expresamente que tal había sido la intención del Ayuntamiento, y aquí no consta tal cosa, y aun en ese supuesto—que no se da—cabría discutir la legalidad. A falta de pacto expreso, y dada la relación del artículo 47 de la Instrucción con la cláusula copiada, hay que atenerse a la orden precisa y terminante del decreto-ley, que no atribuye ese 5 por 100 al recaudador, sino al Ayuntamiento ; el recaudador sigue cobrando lo que cobraba, y del mismo modo que no podrían disminuirse sus emolumentos y tendría derecho a rescindir el contrato si contra su voluntad se hiciera una baja del tanto por ciento en que consista su premio, no tiene derecho a aumentarlos sin el asentimiento del Ayuntamiento, aunque una ley los hubiera aumentado—que en realidad no los ha aumentado para él, sino para el Ayuntamiento—. Aplicando también la doctrina expuesta subsistiría su privilegio contractual aunque una ley general hubiera querido privarle de él ; pero, del mismo modo, él no puede aumentar su derecho privilegiado amparándose en una disposición general que aumenta el tanto por 100 del apremio no para él, sino para el Ayuntamiento, continuando aquél en idéntica situación.

Sostenemos, pues, que el decreto-ley es aplicable en el punto consultado a los Ayuntamientos y en especial al de M. en el caso consultado, y que el recaudador se ha de atener a sus preceptos, percibiendo, no obstante, nada más que el 15 por 100 del apremio y no el 5 por 100 de nueva creación de dicha disposición, porque ésta no se lo da y su pacto contractual no se lo atribuye.

Madrid, a 30 de Septiembre de 1926.

Jurisprudencia de la Dirección de los Registros y del Notariado

CONTRATO DE RETROVENTA. INNECESARIA LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL.
NECESIDAD DE LA PREVIA INSCRIPCIÓN.

Resolución de 27 de Mayo de 1926. (Gaceta de 25 de Junio de 1926.)

Por escritura otorgada en 3 de Abril de 1918 ante el Notario de Monzón, D. Antonio Ubeda Sarachaga, los hermanos doña Francisca, D. Angel, doña Delfina y D. Francisco Salazar Franca, vendieron tres fincas a D. Antonio Anrosa Torres, con pacto de retraer durante ocho años, escritura que se inscribió en el Registro de la Propiedad de Barbastro.

El comprador, D. Antonio Anrosa, falleció bajo testamento ante el Notario que fué de Monzón D. Anselmo Salamero, instituyendo heredera universal fiduciaria a su esposa doña Angela Dolader, a la que se adjudicaron dichas fincas, una mitad indivisa como gananciales de la sociedad conyugal, y la otra mitad en usufructo por su derecho de viuda sobre los bienes de su esposo, y en propiedad por su condición de heredera fiduciaria del mismo.

La misma doña Angela Dolader, usando de las facultades fiduciarias que la confirió su esposo, otorgó el 28 de Diciembre de 1921, ante el Notario citado Sr. Ubeda, escritura de adjudicación de bienes en favor de su hijo legítimo D. Jerónimo Anrosa Dolader, reservándose el usufructo de los bienes adjudicados, que lo fueron las referidas tres fincas en su mitad indivisa, reconociendo en el documento, de modo expreso, la existencia del derecho de retracto mencionado. En la misma fecha la doña Angela Dolader y su cita-

do hijo, en unión de los dueños del derecho de retracto, segregaron y vendieron de las fincas referidas una porción.

Fallecido el D. Jerónimo Anrosa, fué declarada su heredera abintestato su única hija legítima póstuma, la menor María Isabel Anrosa Ubeda, la que adquirió, entre otros bienes, la mitad indivisa del dominio revocable en los tres inmuebles expresados, en la proporción y forma en que a su padre pertenecieron.

Los vendedores primeramente citados, doña Delfina, D. Francisco y D. Angel Salazar Franca, éste como dueño también del derecho que correspondía a la otra vendedora, su hermana doña Francisca, ejercitaron su vigente derecho de retracto sobre las tres fincas que habían vendido, y en unión de doña Angela Dolader, como dueña de la mitad y usufructuaria de la otra mitad, y doña Carmen Ubeda, madre y legal representante de María Isabel Anrosa Ubeda, nuda propietaria de la mitad últimamente expresada, otorgaron el 3 de Septiembre de 1925, ante el Notario del repetido Monzón, don Vicente Jaén Gallego, escritura de retroventa, la que presentada a inscripción fué calificada por el Registrador en esta forma :

«No admitida la inscripción del precedente documento por observarse los defectos siguientes : primero, en cuanto a la mitad indivisa de fincas que retrovende doña Carmen Ubeda Nogués en nombre de su hija, menor de edad, impúber, según se deduce del documento, doña María Isabel Anrosa Ubeda, por no constar que para la retroventa se haya obtenido la autorización judicial que exigen los artículos 164 del Código civil y 231 del Reglamento hipotecario, y segundo : en cuanto a la otra mitad indivisa de fincas que retrovende doña Angela Dolader, por no hallarse inscrita a su nombre, como resultado de la liquidación de la sociedad conyugal y subsiguiente adjudicación, pues si bien la otra mitad se halla inscrita en favor de su nieta, la doña María Isabel Anrosa, la que enajena doña Angela Dolader aún se halla registrada a nombre de su finado esposo, quien compró la totalidad de tales fincas, con pacto de retro, durante su matrimonio con dicha señora, y pareciendo insubsanable el primero de los defectos observados no sería procedente la anotación preventiva aunque se solicitase.»

Interpuesto recurso por el Notario, alegando en cuanto al primer extremo, entre otras razones, la improcedencia de la autorización judicial, porque en la venta con retro el vendedor no enaje-

na a fin de transferir para siempre la propiedad, sino para obtener un precio que necesita y conservar la propiedad de lo vendido bajo condición suspensiva para él, y a su vez el comprador no adquiere el dominio irrevocable sino pendiente de condición resolutoria, no pudiendo, en modo alguno, el derecho del retrayente sobre lo vendido quedar afectado por la condición jurídica del adquirente; y en cuanto al segundo punto de la nota, que la Observancia 53 *de jure dotium* reconoce que la mujer lucra la mitad del inmueble que el marido adquiere a su nombre, sólo y con caudal común, debiéndose ahora practicar la inscripción de dicha mitad ya que así se solicita y existen en la escritura las circunstancias necesarias.

Defendió el Registrador su nota en el sentido de que en las ventas con pacto de retro se transmite la propiedad de las fincas vendidas al comprador, quien queda, por consiguiente, dueño de ellas, con la obligación de devolver esa propiedad al vendedor cuando éste devuelva el precio dentro del término, siendo evidente, por tanto, que el comprador con pacto de retro adquiere el dominio, todo lo condicionado que se quiera, pero dominio al fin sobre las fincas que adquiere; y si el vendedor hace uso de su derecho, el comprador le devuelve el dominio de los inmuebles que adquirió de un modo condicionado, con lo que transmite y pierde tal dominio, siendo, por tanto, evidente que la retroventa constituye un acto de enajenación de bienes inmuebles, siendo necesario, de ser el que retrovende menor de edad, que la madre obtenga autorización judicial, terminando por afirmar que no aparece de la escritura que se solicitara la inscripción en favor de la doña Angela Dolader de las mitades de fincas a ella pertenecientes por su propio derecho, hallándose sólo inscritas las mitades correspondientes a ella como heredera fiduciaria de su esposo, defecto que impide la inscripción de la escritura de retroventa.

El Presidente de la Audiencia confirma la nota del Registrador, y la Dirección confirma el auto apelado tan sólo en cuanto que la escritura en cuestión no puede inscribirse sin extender la previa inscripción en favor de doña Angela Dolader por la mitad correspondiente, por considerar que el pacto de retroventa, en cuya virtud, quien tiene urgente necesidad de metálico vende las cosas de su propiedad por un precio equitativo, sin perder irremisible-

mente la esperanza de readquirir lo vendido, aparece en el artículo 1.506 de nuestro Código civil como una verdadera causa de resolución, de suerte que al ejercitar su derecho el primitivo vendedor, dentro del plazo señalado, no perfecciona un nuevo contrato de compra con transferencia completa de propiedad, sino que provoca el desenvolvimiento de una condición establecida en el contrato primitivo, y coloca las relaciones patrimoniales en el mismo estado en que se hallaban cuando dicha enajenación se llevó a efecto.

Por estas razones los autores han negado al nuevo acto el nombre de recompra y el de rescate y aún la categoría de contrato, para reputarlo *dictratus* o resolución de la venta efectuada, sin necesidad de nueva tradición, como si el vendedor no hubiese transferido nunca la propiedad de la cosa; y tal concepto jurídico se halla exactamente incorporado a la denominación *retracto*, cuya etimología indica que mediante un acto material el antiguo vendedor vuelve a tomar posesión de la cosa (*rursus ad se eam trahit*).

Para modelar esta figura en la técnica civil moderna se ha dicho por eminentes jurisconsultos que el primitivo comprador se ha obligado directamente en la cláusula del anterior contrato a devolver la cosa adquirida, sin necesidad de nueva declaración de transferencia; por otros, que el primitivo vendedor acepta al retraer la oferta todavía vigente que de un modo implícito le había hecho el primer comprador; por algunos, que la condición resolutoria potestativa se cumple con la entrega de las cantidades correspondientes, y, en fin, hasta se ha llegado a asegurar que el ejercicio del retracto equivale a un negocio jurídico *unilateral* por el que se acredita al primer vendedor como comprador, y viceversa se transforma en vendedor al que era comprador en virtud de los poderes contenidos en el contrato primitivo.

En el fondo de estas sutiles construcciones yacen dos ideas fundamentales sobre el ejercicio del pacto de retroventa: primera: que la voluntad del antiguo vendedor, unida al reembolso del precio de la venta con los gastos hechos, pagos legítimos e indemnizaciones debidas, decide sobre la readquisición de la cosa vendida, si se manifiesta en tiempo oportuno; y segunda: que las declaraciones de la persona contra la que se ejercita el retro son, en cierto modo, accesorias, y no implican una transferencia hipotecaria, sino que acreditan el recibo de cantidades por persona autori-

ada para realizar cobros en nombre del primer comprador o de su causahabiente.

Consecuencia inmediata de la anterior discusión es que desde el momento en que doña Carmen Ubeda Nogués, madre con potestad paterna, está autorizada para recibir cantidades debidas a su hija doña María Isabel Anrosa por la mitad de las fincas, como si se tratara de un precio aplazado, dando carta de pago válida y eficaz, carece de base la afirmación hecha en primer término por la nota recurrida, y ha de declararse, en este particular, bien extendida la escritura autorizada por el Notario recurrente.

Considerando que D. Antonio Anrosa Torres, a cuyo nombre aparece extendida la inscripción de compraventa con pacto de retro, ha instituído heredera universal fiduciaria a su esposa doña Angela Dolader, y que, tanto por este concepto como por tratarse de fincas pertenecientes a la sociedad de gananciales y haberse otorgado escritura de manifestación y adjudicación de bienes entre los cuales se describe y atribuye a la misma señora la mitad proindivisa de los inmuebles objeto del retracto, resultan evidentes las facultades que ésta tiene de recibir en pago de su porción las cantidades correspondientes, y únicamente cabe discutir si se necesita la inscripción previa a favor de la nombrada doña Angela como requisito indispensable para inscribir la escritura de retroventa.

Si bien conforme a la repetida doctrina del Centro directivo los actos de extinción hipotecaria no necesitan estar apoyados en asientos de vida instantánea, siendo suficiente a los indicados efectos la justificación del tracto sucesivo y de la preexistencia del derecho en el patrimonio, tal doctrina es aplicable cuando el otorgante obra en nombre del titular y en el concepto de causahabiente del mismo, pero no en el supuesto de haberse practicado una adjudicación como la otorgada por la heredera universal y obrar en nombre propio, como dice la escritura calificada, por lo que se refiere a una de las mitades.

LUIS R. LUESO

Registrador de la Propiedad

Cuestiones notariales

Protestos

Especialísimas razones y circunstancias que no he de puntualizar, pero que se vislumbran más adelante, muévenme a quebrantar el voluntario apartamiento de actuaciones periodísticas, en que desenvuelvo mi vida profesional.

Con ocasión y por motivos que no he de referir, un muy competente y digno Notario y el que estas líneas escribe tuvimos la honra de ser comisionados de modo *semioficial* para redactar un proyecto de reforma de artículos del Código de Comercio concernientes a los protestos, con el plausible fin de armonizar el precepto legal con las manifestaciones mercantiles actuales, en forma tal. que el protesto tuviere la máxima efectividad y que al propio tiempo apareciesen garantidos los derechos del tenedor de la cambial o efecto protestable, los del librado y demás personas que intervengan en aquélla y los del Notario autorizante, sepultando, como consecuencia, y para siempre, los inevitables apresuramientos de lo que pudiéramos llamar *dinamismo notarial* del protesto, acompañado de las muy enojosas discusiones y de las viciosas prácticas, que por fuerza, y a veces hasta con pena, tiene que soportar el representante de la fe pública.

Antes de referir el resultado de la Comisión aludida, cúpleme hacer constar que, a mi juicio, siquiera sea muy modesto, tanto como sincero, y por ello ajeno a impertinentes adulaciones, el proyecto de reforma de los artículos del Código de Comercio concernientes a los protestos es digno de las mayores alabanzas, por el

espíritu de purificación legal que le informa, derogando preceptos que al presente imposibilitan concordar exactamente la verdad escrita bajo fe notarial con la realidad de los hechos. El Notariado ha contraído deuda de gratitud con las esferas gubernamentales, siquiera sea, no más, porque la reforma proyectada reafirma la intervención notarial, reconociendo terminantemente su importancia, tanto en el articulado como en la exposición de motivos.

Sin embargo de tales excelsitudes, la lectura del proyecto sugiere algunas dudas, que ciertamente se pondrán de relieve en las informaciones que se practiquen, y por seguro tengo que nacerán enmiendas que serán atendidas, porque bien es de notar que la reforma se ha publicado a ese fin.

Valga por lo que valiere, me permito señalar algunas de esas dudas por sí, iniciando el remedio, tuviere la suerte del acierto, beneficiando, en satisfactoria conjunción, los intereses y la integridad del Cuerpo notarial, ya que es de reconocer que el protesto no debe merecer desdenes, tanto porque beneficios no despreciables reporta a los Notarios cuanto también porque puede y debe practicarse con idénticas solemnidad y pureza que cualquier otro acto notarial.

Quiero consignar a la ligera, con el mejor fin y las naturales salvedades, que me honro en significar, como expresión del mayor respeto para la Superioridad, algunas deficiencias que, quizá por mi torpeza, encuentro en el proyecto.

En el número 1.º del artículo 59 se expresa que el protesto ha de practicarse en el día siguiente al vencimiento o en el subsiguiente hasta las doce del día. Pues bien: en el número siguiente se ordena que la cédula de notificación se presentará (no dice cuándo) y que se emplazará al obligado para que comparezca en el despacho del Notario hasta las siete de la tarde del indicado día del vencimiento o durante la mañana del que le siga hasta las doce.

Graves inconvenientes y torpes discusiones surgirán entre librados y Notarios, por no determinar horas de principio y fin de los términos legales; porque, de fijarse unos deben determinarse todos o, por el contrario, señalar únicamente días y no horas.

Además, si el Notario formalizase solamente un protesto, no se evidenciaría la dificultad; pero si, en vez de uno practica diez protestos, no hay duda de que por carecer del don de la ubicuidad, le

es imposible estar haciendo notificaciones, precisamente en las mismas horas en que ha emplazado a otros librados para que comparezcan en su despacho.

Sería también de gran conveniencia suprimir la obligación de recoger recibo, sencillamente porque en mi larga práctica tengo aprendido que, por desgracia, salvo muy honrosas excepciones, no es muy acogedora y atenta, precisamente, la conducta de los librados o protestados y seguro es que al pedir al notificado un recibo, se obtendría una poco agradable contestación en vez del resguardo.

Más bien entiendo, y perdón pido por si la idea de reforma se estima muy radical, que esa cédula de notificación debiera hacerse por el Notario personalmente, cuando así lo estimare, a su prudente arbitrio, o bien, por correo, en pliego certificado, a cuyo fin, y para el mejor cometido, podía organizarse un especial servicio postal. En el proyecto que más adelante inserto, no aparece esta innovación; pero bien pudiera meditar sobre tal *atrevimiento*, que, sin perjuicio de la legalidad, evitaría que el Notario, como ahora sucede con las letras en una cartera o, después, con sobres y notificaciones, se asemeje al recadero o *botones* recorriendo de punta a punta el término municipal.

Ahora y luego, en el despacho del poco afortunado Notario que autorice protestos, se repetirá mil veces la enojosísima discusión entre aquél y los protestados, sobre el *transcendental* hecho de si el Notario fué, si no fué, de si a tal hora estaba en casa, de si no estaba. Algo, en fin, que califico de horrible y molesto, al paso que baladí porque lo menos que se puede exigir a un librado es que tenga libro de vencimiento para sus obligaciones; pero es más cómodo agraviar al Notario, por no pagar a su debido tiempo, después de recibir aviso del librador, del tenedor del efecto y del Notario. Resuelva sobre este importante extremo quien pueda y deba. Para mi satisfacción, bástame esta insinuación.

Otro punto que pudiera reformarse es la supresión de testigos. Importante lo es, sin duda, el acta del protesto, pero no lo son menos las demás actas notariales, y sin testigos se autorizan bajo la garantía de la fe notarial.

Quédame, por fin, señalar que el Notario no debe admitir aceptaciones de letras, si no es conociendo al librado o identificándole

con testigos de conocimiento, que deberían firmar la aceptación, porque de no verificarlo así, se corre el riesgo de que el supuesto aceptante no sea el librado y se cometa una falsa y torpe diligencia.

Y aun me atrevo a indicar la supresión de conceder al librado la potestad de pedir copia simple.

Estimo que las aclaraciones que anteceden evitarían las corrup-telas que todos lamentamos y que la seriedad del funcionario res-plandecería.

Resta todavía, como *relleno* de mi pesada prosa, insertar el avance o proyecto de reforma a que aludo en el ingreso, que bien merece honores de publicidad, para desvanecer equivocadas referencias y para que se juzgue de lo bueno que el trabajo encierra debido a la mentalidad del querido compañero, mi colaborador, cuyo nombre no hace al caso, ni yo debo consignar, y también para que se signifiquen las deficiencias que por entero me atribuyo.

Antepongo que el proyecto de reforma que se nos encomendó llevaba el plausible intento de formular proposición, por si cabían términos de aceptación, y se limitaba a estrechos límites para una reforma *minima* del articulado del vigente Código de Comercio.

Tal proyecto puede muy bien ser hoy objeto de estudio, porque se acomoda al publicado oficialmente y, acaso, apartando pasiones de paternidad, sea de apreciar que los términos y continuidad en el diligenciado del protesto se expresen con mayor determinación.

El repetido proyecto era cual es, a saber :

ARTÍCULO 504.

Como diligencia previa de todo protesto deberá notificarse notarialmente al librado la comisión recibida, para formalizarle, mediante entrega de cédula, que se verificará durante el día siguiente hábil al en que se hubiera negado la aceptación o el pago del efecto objeto del protesto y se limitará a dejar el Notario un sucinto extracto de la letra o documento protestable, en términos suficientes para su identificación, y la indicación del domicilio del Notario autorizante del protesto, y de las horas durante las que, al siguiente día hábil, pueda formular su contestación el librado.

En el segundo día de tenencia del efecto sometido al protesto

el Notario, en su estudio y durante dos horas que, a tal fin, habrá señalado, admitirá la contestación, breve y concreta, que el librado o mandatario verbal suyo diere, sobre la falta de aceptación o de pago, o admitirá, asimismo, una u otro, si el librado resolviera aceptar o pagar.

Practicadas las diligencias anteriormente expresadas y también cuando no fuese posible efectuarlas, por no ser conocido el domicilio del librado, se procederá a la formalización del protesto; y para que éste sea eficaz deberá, necesariamente, reunir las condiciones siguientes: 1.^a Hacerse durante el tercer día, a contar desde el siguiente al en que, presentado el efecto mercantil protestable a la aceptación o al cobro, no fuere aceptado o pagado, descontando siempre en el cómputo de días los que, legalmente, sean inhábiles. 2.^a Autorizarse por Notario público. 3.^a Expresar que se ha notificado la diligencia preparatoria del protesto y la forma en que se ha efectuado, o consignar que no ha sido posible practicarla, por ignorarse el domicilio del librado. 4.^a Contener copia literal de la letra, de la aceptación, si la tuviere, y de todos los endosos e indicaciones comprendidos en la misma. 5.^a Reproducir, en su caso, la contestación dada por el obligado a la aceptación o al pago. 6.^a Hacer constar la conminación de ser los gastos y perjuicios a cargo de la persona que hubiere dado lugar a ellos. 7.^a Estar firmado por la persona a quien se haga el protesto, si al efecto quiere comparecer en la Notaría, y no sabiendo, no pudiendo o no queriendo firmar, bastará que el acta de protesto se autorice por el Notario conforme a la ley. 8.^a Expresar la fecha en que se ha practicado el protesto, y contener éste, además, todos los requisitos que la legislación determina para la autorización de actas notariales.

ARTÍCULO 505.

El domicilio legal para practicar las diligencias previas de protesto será el designado en la letra o efecto mercantil protestable, y en defecto de esa designación, el que se indique por el tenedor del documento al Notario comisionado. Será persona hábil para recibir la nota a que se refiere la diligencia previa de protesto cualquiera que se encuentre en el domicilio legal antes enunciado.

ARTÍCULO 506.

En el caso de que el librado acepte la letra o pague el importe del giro, quedará el Notario relevado de autorizar el protesto ; pero cobrará por las diligencias practicadas lo que corresponda, a tenor de sus aranceles.

El Notario solamente podrá admitir aceptaciones de letras de cambio cuando conozca al supuesto aceptante y, también, cuando éste presente dos testigos que le identifiquen, los cuales firmarán con el librado la aceptación, poniendo como antefirma la expresión de ser «testigo de conocimiento».

Con el proyecto de reforma que antecede no se pretendió nunca perfeccionar la práctica del protesto ; pero sí se intentaba consignar en el precepto legal un reflejo mejorado de la técnica seguida en la actualidad. Y, quizá, al presente, dándole a conocer por medio de la prensa profesional, sirva para que grandes mentalidades que, por fortuna y en no escaso número, pertenecen al Notariado, encuentren la mencionada perfección, a que nunca hubimos de aspirar sus autores, sobre todo el que suscribe.

JUAN MORENO,

Notario de Madrid.

Jurisprudencia administrativa del impuesto de Derechos reales

XLIII

Sustitución. La institución del legado de unos bienes a favor de una persona, con la condición de que si fallece sin sucesión legítima pasaran éstos a sus hermanos colegatarios, constituye una sustitución fideicomisaria, y los bienes se entienden adquiridos cuando se cumple la condición de morir sin sucesión el primer legatario y pasan los bienes a sus hermanos, y por ello la tarifa del impuesto vigente en ese momento es la aplicable y no la que regía cuando falleció el primitivo causante.

X. instituye un legado a favor de sus hermanos A., B. y de los hijos de su otro hermano C. (E., F. y G.) por terceras partes, con la condición de que si alguno fallece sin sucesión legítima pasará lo que herede a sus hermanos respectivos, por ser voluntad del otorgante que los bienes recaigan en su familia; fallecido X. en 1887, y hecha su testamentaria, se adjudicaron a E. determinados bienes por los que pagó el impuesto, los cuales disfrutó hasta que falleció sin sucesión legítima en 1922; en las operaciones testamentarias de E. se consignó como baja lo que adquirió de su tío X. por haber de ser transferido a sus hermanos F. y G., según la institución condicional; el liquidador giró una liquidación por la adquisición de esos bienes por F. y G., aplicando la tarifa hoy vigente; los interesados las impugnaron, sosteniendo debía regir la de 1881 en vigor en 1887, cuando murió X, porque la institución

de los primeramente llamados era una institución con condición resolutoria, y los bienes, por tanto, se adquirieron en 1887 conforme a los artículos 31 y 51 del Reglamento y Sentencia del Tribunal Supremo (civil) de 11 de Abril de 1905 y Resolución de la Dirección de Registros de 4 de Diciembre de 1905.

El Tribunal Central desestima la reclamación, declarando aplicables las tarifas hoy vigentes. El causante estableció una *sustitución*, puesto que primero instituye a sus sobrinos y después *sustituye* unos herederos a otros si alguno de ellos fallece sin sucesión legítima. Según el artículo 781 del Código civil y Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de Junio de 1913 y 29 de Enero de 1916, y Resolución de la Dirección de Registros de 8 de Mayo de 1926, dicha sustitución es: a) fideicomisaria, b) condicional, c) recíproca y d) familiar, porque: a) reúne las características de los fideicomisos, en los que cada heredero está instituido nominalmente y está obligado a conservar los bienes que reciba y a entregarlos a sus coherederos por disposición del testador, si aquél fallece sin sucesión legítima; b) porque la transmisión a los sustitutos depende de que el heredero fallecido deje o no sucesión; c) porque sustituye unos a otros; d) por ser voluntad de los testadores que recaigan los bienes en su misma familia, no pudiendo calificarse como vulgar porque, según el artículo 774 del Código civil, ésta no se da mas que cuando el instituido no adquiere la herencia, lo cual no ocurre aquí; que, según doctrina del Tribunal Supremo en sentencia de 25 de Marzo de 1913, la sustitución a favor de una persona para cuando otra fallezca sin sucesión es condicional, porque su efectividad depende del acontecimiento posible futuro e incierto previsto por el testador, no naciendo el derecho del sustituto ni pudiendo ejercitarlo hasta que el acontecimiento ocurra conforme al artículo 790 del Código civil; por lo tanto, según esta doctrina, la adquisición por F. y G. de los bienes que E. heredó de su tío, por estar sujeta por expresa voluntad del testador a la condición de que E. muriera sin hijos legítimos, no ha podido tener lugar hasta el momento en que esa condición se cumplió, lo cual ocurrió en Enero de 1922, y, por ello, la tarifa aplicable es la que regía en dicha fecha, que es cuando nació el derecho de los recurrentes y cuando se verificó la transmisión de los bienes; ahora no se trata de las transmisiones de X. a sus

sobrinos E., F. y G., que quedaron fenecidas y liquidadas en 1887, sino de la de los bienes que E. heredó de su tío y transmite a sus hermanos por haberse cumplido la condición de fallecer él sin hijos legítimos; no puede prosperar la tesis contraria de que la tarifa aplicable a la transmisión actual sea la que regía al fallecer X. en 1887—tesis fundada en que al adquirir por muerte de E., F. y G. los bienes que éste heredó de su tío los sobrinos heredan directamente de su tío, y conforme al artículo 51 del Reglamento, esa adquisición ha de entenderse hecha el día del fallecimiento del tío—, porque los preceptos del artículo 657 del Código civil y 51 del Reglamento del Impuesto no pueden interpretarse de un modo tan absoluto que conduzcan a deducciones imposibles, pues si una persona dispone que sus bienes los adquieran sus sobrinos, que los disfrutarán desde el día del fallecimiento de aquélla, según los mencionados artículos, los llamados en segundo lugar al disfrute de esos bienes, si los primeros fallecen sin descendencia legítima, no los adquieren también tal día, ya que desde el fallecimiento hasta el cumplimiento de la condición ha disfrutado esos bienes el instituido primero, siendo absurdo e imposible que dos personas distintas hayan adquirido los mismos bienes en años diferentes por los mismos hechos, y así lo ha declarado el Tribunal Contencioso en sentencia de 1 de Abril de 1916 en caso análogo. Conforme a los artículos 31 y 38 del Reglamento, en las sustituciones se pagará el impuesto con arreglo al parentesco en cada sustitución entre el sustituto y el causante, y si el fiduciario o persona encargada de transmitir la herencia puede disfrutarla temporal o vitaliciamente, pagará el impuesto en concepto de usufructuario, según el parentesco con el causante, y en este caso el fideicomisario, al entrar en posesión de los bienes, pagará lo que corresponda, no computándose lo pagado por el fiduciario, criterio aplicable a este caso. No lo es, en cambio, el artículo 784 del Código civil, que dispone que el fideicomisario adquiere derecho a la herencia desde la muerte del testador, porque eso es sólo aplicable a los fideicomisos puros y no a los condicionales, para los que ha de tenerse en cuenta el artículo 759 del Código civil y la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Julio de 1910. (Acuerdo del Tribunal Central de 16 de Marzo de 1926.)

XLIV

Competencia. La competencia del Tribunal Provincial se determina exclusivamente por la cantidad principal que haya constituido el acto administrativo sin recargos ni multas, y, por tanto, si la cuota reclamada es de 5.000 pesetas justas, el fallo del Tribunal Provincial pone término a la vía gubernativa, según se deduce del Reglamento de Procedimiento de 29 de Julio de 1924, artículos 41, 47, y ley de 22 de Junio de 1894, art. 11. (Acuerdo del Tribunal Central de 2 de Marzo de 1926.)

XLV

Reserva troncal y reserva del viudo que tiene hijos naturales. El viudo que ha heredado de un hijo de su matrimonio ciertos bienes que éste adquirió de su madre premuerta y tiene un hijo natural después de viudo, está obligado a reservar a los otros hijos del matrimonio TODOS los heredados del hijo a quien heredó y lo adquirido de su esposa por legado del quinto, debiendo incluirse TODOS los bienes incluidos en la herencia del hijo a quien heredó o su valor si se hubiesen enajenado, no siendo deducibles las mejoras que se dicen hechas por el viudo, por no estar probadas. El tipo de liquidación para los bienes del hijo premuerto es el correspondiente a hermanos y el de los bienes incluidos en el quinto el de hijos.

Las cuestiones planteadas, discutidas y resueltas en este caso, son las siguientes:

Si el capital reservable había de ser todo lo que el padre heredó del hijo o sólo los bienes que restaban después de las ventas hechas en vida por aquél; si las mejoras hechas por el padre reservista eran bienes suyos, transmisibles directamente a los hijos para formar las legítimas o debían formar parte de los bienes reservables; si los bienes reservables se entienden adquiridos como productos transmitidos del reservista o de la persona de quien proceden, y, por tanto, si el tipo de liquidación es el del paren-

tesco entre el reservista y el reservatario o el del que media entre el reservatario y dicha persona dueña primitiva de los bienes—el hijo que premurió, de quien heredó el padre—; si se trata de la reserva establecida en el artículo 811 o en el 968 y siguientes del Código civil; si es aplicable el artículo 811 a herencia causada en 1886, y, por último, si renunciado por la heredera legítima su derecho a reintegrarse del valor de los bienes reservables, ha de entenderse distribuido el capital entre los demás herederos como adquiridos por herencia del padre o tal renuncia es ineficaz a los efectos fiscales.

El Tribunal Central fija la siguiente doctrina. Según el artículo 980 en relación al 968 y 969 del Código civil, el viudo que en estado de tal tiene un hijo natural reconocido tiene obligación, desde que éste nace, de reservar la propiedad de los bienes adquiridos a título lucrativo de su cónyuge muerto o de otros hijos legítimos en favor de los demás habidos en su matrimonio; y en el caso del epígrafe se trata de esta clase de reserva y no de la troncal establecida en el artículo 811 del Código, como ha declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 21 de Enero de 1922; la reserva se extiende sin limitación a todos los bienes que tengan la procedencia indicada, y, por tanto, el viudo ha de entregar *todo el patrimonio recibido*, bien sean los mismos bienes, bien su valor si se hubiesen enajenado, siendo opuesta la tesis contraria a los artículos 974, 975 y 980, que si autorizan las enajenaciones antes o después de que nazca la obligación de reservar fijan siempre la obligación de asegurar el valor de los bienes, lo que implica la subsistencia del derecho del reservatario, y así lo ha declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de Abril de 1917, en que dice que la reserva ha de traducirse, cualquiera que sea el destino de los bienes reservables, *en el haber específico y originario* que el ascendiente hubiera heredado del descendiente y no en el mayor producto que provenga de negociaciones propias de la vida contractual, doctrina aplicable a la reserva del artículo 968 y siguientes, aunque directamente sólo haga relación al 811, según doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Noviembre de 1894, y, por tanto, la suma total que el padre heredó del hijo muerto es lo que ha de reservar a los que vivan, y ésa será la base liquidable; la renuncia de la hija legítima a reintegrarse de los

bienes reservables vendidos por el padre no puede reputarse válida en el orden fiscal, porque se causaría un perjuicio al Tesoro si debiendo satisfacerse, según el artículo 33 del Reglamento, el impuesto, según el parentesco entre el reservatario y la persona de quien procedan los bienes, y conforme a ese parentesco se ha de señalar el tipo de liquidación, se permitiese mediante esa renuncia que tales bienes viniesen a heredarse del padre y formasen parte de las legítimas hechas con el caudal y no del hermano premuerto, por lo que se paga tipo más elevado, y porque la renuncia por la reservataria después de fallecer el reservista y de consumarse la reserva a favor de aquélla, más que renuncia a un derecho constituye una cesión de la herencia del hermano, ya adquirida, a favor de otras personas, y sólo la renuncia hecha pura y simplemente conforme al artículo 30, párrafo 15 del Reglamento, y tercero del artículo 1.000 del Código civil en favor de los coherederos es *la que constituye acto no sujeto*, debiendo pagarse en los demás el impuesto correspondiente, como ocurre aquí, puesto que se le adjudicaron y aceptó parte de los bienes reservables; en cuanto al 5.º de los bienes (la herencia de la madre fué anterior al Código), como, si bien son reservables, por su procedencia materna, pagan igual tipo que los del padre, no es necesario a los efectos del impuesto marcar la distinción por tratarse de herencia siempre entre ascendientes y descendientes, y conforme a esta doctrina *se resuelve confirmar la liquidación hecha comprendiendo todo el capital reservable*. El Tribunal Provincial declaró que las mejoras alegadas no se probaron y por ello no se admite su deducción. (Acuerdo del Tribunal Central de 22 de Abril de 1926).

XLVI

Recurso interpuesto por liquidadores. El Tribunal Central, reiterando doctrina ya expuesta en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOVILIARIO de Junio de 1925 y Abril de 1926 declara conforme a los artículos 13 de la ley del Impuesto y 135 del Reglamento del Impuesto y 9 del de Procedimiento y acuerdo de 5 de Septiembre de 1910 y otros, que los liquidadores, como agentes de la Administración, carecen de personalidad para interponer recursos de apelación

contra las decisiones de la Administración misma, aun cuando se trate de expedientes de investigación anulados y se alegue por ellos que se infringe con esa anulación el derecho que les reconoce el artículo 137 del Reglamento a percibir una multa por la instrucción de los mismos por cuanto al anular el antiguo y ordenar de nuevo su tramitación con nuevas normas no se ataca directa ni indirectamente derecho alguno del funcionario, sino que se corrige un error padecido por el inferior al aplicar un precepto reglamentario. (Acuerdo del Tribunal Central de 16 de Marzo de 1926).

XLVII

Suministros. No constando si en las estipulaciones del contrato de suministro se fijó la parte del precio destinada al pago de jornales y la de los materiales, y pretendiéndose justificar con documento aparte se ha de aplicar el precepto reglamentario exigiendo el 2 por 100 de los $\frac{2}{3}$ y el 0,25 del otro $\frac{1}{3}$ del importe total del contrato sin perjuicio de que si se ha solicitado la liquidación antes de otorgarse la escritura pública se estime aquélla como provisional y se rectifique al hacer la definitiva, cuando se otorgue la escritura pública si en ésta constan auténticamente las cantidades destinadas en el contrato a dichos conceptos.

Según el artículo 24 del Reglamento, si en el contrato de ejecución de obras con suministro de materiales no consta especificado la parte de precio destinada al pago de las mismas y al suministro, se entenderá que el último comprende los $\frac{2}{3}$ y las primeras el $\frac{1}{3}$ restante; deduciéndose de ese precepto lógicamente que la distribución proporcional del precio se ha de estipular expresamente en el contrato mismo o ha de constar en documentos que formen parte integrante de él, y no en otros posteriores y extraños al mismo, y así lo ratifican las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de Febrero de 1922 y 28 de Marzo de 1923; no puede suplir, por tanto, la falta una certificación de una Comandancia de Ingenieros en que, con un criterio de aproximación numérica, se fija la proporción por mitad, faltando además el otorgamiento de la escritura pública para formalizar el contrato por haberse pedido la liquidación para no in-

currir en responsabilidad, aduciendo sólo dicha certificación y no dándose por ello el supuesto del artículo 24, párrafo 3.º del Impuesto; la liquidación tiene carácter provisional, debiendo hacerse la definitiva cuando se otorgue la escritura de adjudicación según el artículo 101, párrafo 4.º del Reglamento, y si entonces, a juicio del liquidador, se especificase la proporción del precio debidamente procedería rectificar la liquidación acomodándolo a las bases contratadas según el artículo 24, párrafo 3.º del Reglamento. (Acuerdo de 30 de Marzo de 1926.)

XLVIII

Beneficencia. La adjudicación de bienes a una Sociedad filantrópica extranjera, hecha a virtud de cláusula testamentaria en que se instituye por herederos por partes iguales, y a sus libres voluntades, a un Hospital y una Casa de Caridad españoles (de que no se trata) y a dicha Sociedad filantrópica, en cuyos estatutos consta que los socios de la misma son quienes perciben los beneficios que ella otorga, no con carácter gratuito, sino abonando diversas cantidades en metálico, no reúne los caracteres necesarios para tributar por el concepto especial de beneficencia, sino que debe pagar el impuesto como extraños.

Doctrina. Dejando aparte el examen de si las Sociedades de beneficencia extranjeras pueden gozar del tipo especial de favor del número 9 de la tarifa, las dos cuestiones a resolver son: 1.º Si la Sociedad filantrópica merece el concepto de benéfica; y 2.º, si aun teniéndole puede aplicársele dicho número 9 modificado por la disposición 2.ª de la ley de 19 de Abril de 1920. La primera se ha de resolver conforme a la legislación española, por que otra cosa significaría un trato de favor a los extranjeros sobre los nacionales; y dado el concepto que el Real decreto de 14 de Marzo de 1899 da de los establecimientos benéficos, o sea los dedicados a la satisfacción gratuita de necesidades intelectuales o físicas, creados y dotados con bienes particulares, cuyo patronato y administración se reglamentan por los fundadores o en nombre de éstos, y son confiados a corporaciones o autoridades o particulares, es evidente que son requisitos indispensables a) la gratuidad del servicio para

los favorecidos, y b) la administración por persona distinta de estos últimos, y por lo tanto que no concurren ninguno de esos caracteres cuando son los mismos socios de la sociedad benéfica quienes reciben sus beneficios, no con carácter gratuito sino pagando determinadas cuotas en metálico, y de consiguiente que según la legislación española no es benéfica ni tiene derecho al tipo privilegiado establecido en el impuesto para las que lo son. En cuanto a la segunda cuestión dada la forma de institución de herederos, tampoco es posible aplicar el tipo privilegiado, pues según el artículo 27 del Reglamento, para ello es preciso que aquélla sea a favor de la institución misma y no de personas, asociaciones o sociedades intermedias o interpuestas aplicándose en otro caso el tipo de la tarifa correspondiente a la transmisión respectiva; de donde se deduce que adquiridos los bienes no por un establecimiento benéfico sostenido por la Sociedad Filantrópica, sino por esta misma, se ha de tener en cuenta el párrafo último del artículo 27 del Reglamento; tanto más cuanto que la institución fué de heredero «a libre voluntad» por lo que aunque la Sociedad fuera benéfica podría destinar los bienes a fines que no justificasen el tipo especial y así lo ha declarado el Tribunal Supremo en sentencias de 22 de Abril de 1914 y 19 de Junio de 1919. (Acuerdo del Tribunal Central de 26 de Marzo de 1926.)

XLIX

Seguros. El pago de una póliza de seguros cuyas primas, según contrato celebrado por dos comerciantes, debían ser satisfechas por la Compañía constituida por ambos, y abonado el importe de la póliza por la entidad aseguradora al que de ellos sobreviviera, debe tributar al ocurrir el fallecimiento de uno de ellos por el número 37-3 de la tarifa como transmisión a extraños por el capital de la póliza, y además, sobre la misma base, el 5 por 100 por retiros obreros y no como extinción de Sociedad o constitución de otra nueva con el capital formado por las primas satisfechas por los dos comerciantes.

En la escritura de disolución de la Sociedad mercantil formada por los dos comerciantes y presentada a liquidar el mismo día que

la de la póliza de seguros, se manifestó por los herederos del premuerto y por el sobreviviente que el contrato de seguro se celebró para facilitar el pacto de constitución social, según el cual al disolverse la Sociedad por muerte de un socio se haría cargo del activo y pasivo el sobreviviente abonando a los herederos del muerto el haber de éste en metálico para disponer del cual en el momento del óbito se contrató el seguro cuyas primas se abonarían por los fondos sociales y por lo tanto el beneficiario hace suya la póliza no a título de tal, sino por consecuencia de una operación mercantil como utilidad obtenida en el tráfico de la Sociedad, y por virtud de lo expuesto *se solicitó no se exigiese el impuesto de la póliza de seguros en concepto de herencia por el tipo de parentesco entre el beneficiario y el asegurado, como por regla general determina el párrafo séptimo del artículo 30 del Reglamento, sino por el concepto más similar al contrato celebrado, que es el de extinción social, y a lo sumo debería liquidarse también la constitución de Sociedad por la aportación de las primas pagadas por la Sociedad; alegándose además por analogía el párrafo octavo del mismo artículo 30, que prescribe se estime como extinción de préstamo el pago de la póliza del seguro si se justifica aquél con escritura pública, los artículos 40 y 43 en cuanto prescriben se exija el impuesto conforme a la naturaleza jurídica del acto liquidable, y en defecto de uno designado en la tarifa por el más asimilable y la Real orden de 13 de Diciembre de 1919 que previene se exija el impuesto de las Sociedades tontinas conforme a los números 63 y 64 de la tarifa, siendo el actual casi idéntico a la Real orden. El Tribunal desestima la reclamación.* La liquidación de la póliza de seguros por el tipo correspondiente a herencia de extraños, como era el beneficiario respecto al asegurado, está perfectamente practicada conforme al mencionado párrafo séptimo del artículo 30 del Reglamento, y al artículo 46 del Real decreto de 21 de Septiembre de 1922 en cuanto a los retiros obreros, ya que no se da otra excepción que el caso de justificarse con escritura pública que el seguro es por extinción de préstamo, lo que no ocurre aquí, siendo indiferente para la Administración los motivos de celebración del contrato de seguros que no pueden ser tenidos en cuenta para desvirtuar en perjuicio de tercero, como lo es aquella un contrato firme, valedero y eficaz cual es el de seguros aludido, y si otra cosa se reconociera quedaría al

arbitrio de los contribuyentes variar el concepto y tipo de liquidación, lo que es inadmisibile ; lo es igualmente la petición de instrucción de un expediente de asimilación, pues en el artículo 30 está claramente fijado el concepto liquidable ; y asimismo lo es la pretendida equivalencia con las Sociedades tontinas para que el impuesto se exija por disolución social por ser notoria la disparidad entre éstas, cuya base es la mutualidad, y un contrato de seguros de vida en que no hay asociados, ni asociación ni aportaciones ; el pago de las primas por la Sociedad, aun estando probado, no modifica el seguro por no haberse consignado en el contrato que el pagador de las primas fuera persona distinta del asegurado y no constando nada en contra ha de entenderse que el pago de las primas era obligación del asegurado, lo que demuestra que se liquide como aportación a la Sociedad disuelta las cantidades pagadas por primas. (Acuerdo del Tribunal Central de 30 de Marzo de 1926.)

GABRIEL MAÑUECO,

Abogado del Estado.

Bibliografía

Revistas alemanas

Köllenreuter.—La discusión sobre los bienes de las familias que fueron reinantes en Alemania. (*Deutsche Juristen Zeitung*. Año 31, cuaderno 2, págs. 110-115.)

Un artículo muy sensato, escrito antes del referendum a que se sometió el caso, exponiendo las dificultades que ha suscitado para la recta solución del pleito, el haberlo planteado no como una cuestión de derecho y de derecho público, como en realidad es, sino como un asunto de opinión partidista. El no haberse llegado a una ley única que señale puntos de vista comunes a todos los territorios del antiguo imperio, es la primera dificultad con que se tropieza; el haberse dictado en algunos de aquellos leyes especiales, ya en forma de convenios, aprobados legislativamente, ya como leyes ordinarias, el haberse abandonado en otros el asunto a resoluciones judiciales, complican más la cuestión.

El autor se decide por el sistema de la ley general para todo el imperio, sin que se concierten pactos privados entre las antiguas dinastías y los gobiernos actuales, por entender que aquéllas carecen a la hora presente en Alemania de una representación de derecho público, de igual modo que antes la ostentaban incluso en relaciones jurídicas que mantenían sobre bienes; por la separación rígida entre el patrimonio que como personas privadas poseyeran y los bienes que disfrutaran como funcionarios investidos en cargos de la más alta jerarquía, limitando la indemnización o arreglo a es-

tos últimos bienes, y someter los pormenores concretos de tal arreglo a un Tribunal especial para todo el imperio, el cual debería ser nombrado por las autoridades constituídas en Alemania, sin aceptar, como algunos partidarios de los Hohenzollern insinuaban, una representación de las antiguas dinastías.

Engel.—La legislación austriaca durante el año 1925. (*D. J. Zeit.*, Año 31, cuaderno 3, págs. 195-199.)

Se refiere principalmente el autor a la reforma constitucional y de algunas instituciones administrativas, pero hay también reseña de actos legislativos interesantes para el Derecho privado, sobre todo en sus relaciones con la cuestión monetaria, como por ejemplo la obligatoriedad de los balances en oro para las Sociedades mercantiles.

Sobre tema análogo, en la misma revista. *Witmayer*, año 31, cuaderno 7, págs. 484-487.

David.—Sobre las ventas de inmuebles afectas de nulidad. (*D. J. Zeit.* Año 31, cuaderno 1.º, págs. 35-38.)

Es un alegato más en favor de las prescripciones de forma para la validez de los actos jurídicos por los que se transfiere el dominio de los bienes inmuebles y una censura del amparo que al puro contrato real de transmisión otorga el parágrafo 313 del Código civil alemán.

El caso más típico se presenta por rebajar inmoderadamente el precio al hacer el convenio de venta, judicial o notarialmente, completándolo en una estipulación separada, no pública; siendo el motivo de este recurso el burlar las cargas fiscales, da lugar a una complejísima figura jurídica de dos pactos relacionados, que obligarían a demostrar, caso de litigio, que el consignado en documento privado forma parte integrante del primero, según la voluntad manifiesta de las partes, y amenaza la validez de todo el acto jurídico.

Se acude con frecuencia al remedio que proporciona la *Auflösung* (investidura) como un contrato real en el sentido germánico,

para lo cual se requiere solamente el acuerdo de voluntades en cuanto a la transmisión, independientemente del contrato consensual.

Wilke.—Las reformas en el derecho sobre bienes y el derecho hereditario en Inglaterra. (*D. J. Zeit.* Año 31, cuaderno 1.º, páginas 52-56.)

Las siete leyes inglesas de 1925 sobre el régimen de los bienes inmuebles y sucesión en los mismos de un modo particular, han entrado en vigor a partir de 1 de Enero de 1926. Recogiendo mucho de leyes anteriores modernas, completando la fundamental de 1922, procurando asimilar en lo posible la contratación sobre inmuebles a la que regía para los bienes muebles, suprimiendo restos muy incrustados todavía en el sistema jurídico inglés, de edades pretéritas, estas leyes presentan un interés excepcional. Hacer un resumen de sus preceptos principales a través de la recensión anotada, carecería de interés, tanto más cuanto que está hecho de primera mano, con notable extensión y claridad por Nicolás Pérez Serrano en la *Revista de Derecho privado*, tomo de 1924.

Arrendamientos.—El «no uso» como «uso contrario a lo pactado». (*D. J. Z.* Año 31, núm. 4, pág. 310.)

Una sentencia del Tribunal Supremo alemán reconoce que el cesar en la utilización de un inmueble destinado a fábrica según las estipulaciones del pacto de arrendamiento, es motivo para el desahucio. El fundamento de este fallo por un lado está en una cláusula especialísima relativa a la merced a pagar (consistente en una cantidad fija y en una participación gradual en los beneficios de la fabricación), pero tiene puntos de vista más generales, como la doctrina de que el no uso del objeto del contrato para el fin a que se destina de común acuerdo entre arrendador y arrendatario, debe equipararse a un uso contrario a lo pactado (parágrafos 553 y 581 del Código civil alemán) en cuanto ese no uso puede, en definitiva, producir un perjuicio al arrendador tan grave o mayor que el uso contrario a lo pactado, en sentido estricto.

Legislación civil.—La Revista citada (número 6 del año 31, página 428) inserta la noticia de que la Asamblea nacional turca

reunida en Angora ha tomado el acuerdo de adoptar íntegramente la legislación civil suiza. Hachenburg, el autor de la crónica donde se consigna esta noticia, expresa sus dudas respecto a la posibilidad de adoptar, por vía legislativa, un Derecho extraño, y más, dada la inmensa distancia de cultura que separa ambos pueblos.

Bunge.—El procedimiento de compensación en el Tratado de Versailes, en conflicto con la legislación alemana sobre revalorización de las hipotecas (*D. J. Z.* Año 31, cuaderno 7.º págs. 491-95.)

Alude a una de tantas complicaciones como ha suscitado la cuestión de la *Aufwertung*, cuando se han pretendido acoger a las disposiciones sobre el caso súbditos extranjeros de países que fueron beligerantes, a pesar de que en el Tratado de Versailes se establecían las normas con arreglo a las cuales había de computarse la cuantía de esos créditos hipotecarios (artículo 296 letra e) a favor de extranjeros y en contra de alemanes. El autor se decide por la no aplicación a ellos de los preceptos sobre revaloración.

Marsson.—La fijación de los precios de arrendamiento en fincas urbanas y el tipo «arriendo en tiempo de paz». (*Deutsches Wohnungs-Archiv*. Año 1, cuaderno 4.º págs. 163-167.)

En todas partes suscita dificultades la aplicación de los preceptos jurídicos encaminados a regular lo que se ha llamado en Alemania régimen económico coactivo de las cuestiones relacionadas con la vivienda. La ley sobre arrendamientos, según el autor de este artículo, presenta como enquistadas, algunas reformas que se llevaron a su texto primitivo y que desdichan del sistema de éste, tal como aparecía en el proyecto. Así, por ejemplo, la posibilidad de corregir el precio de los arrendamientos, teniendo en cuenta los precios usuales en 1 de Julio de 1914, pero no limitando el uso a su significado de práctica social, sino refiriéndolo a lo que era practicado en una casa o edificio determinado, con lo cual podría resultar que un inquilino que tuviese un piso logrado a bajo alquiler podría verse constreñido a una elevación de la merced, si los restantes vecinos pagaban cantidades proporcionalmente mayores en la misma finca.

El autor señala otros preceptos, discutidos en la doctrina y en

la jurisprudencia, el importe de las rentas de todo el edificio, por ejemplo, cuando en aquél la mayoría de los que lo habitasen fuesen copropietarios y sólo hubiese un inquilino, en cuyo supuesto algunos Tribunales entendieron debía tomarse en consideración el valor asignable en 1 de Julio de 1914 a los locales ocupados por copropietarios, la necesidad de señalar en su resolución el Juzgado de inquilinatos al fijar cuál es el precio usual, los beneficios que haya tomado como tipos de comparación, etc.

Genthe. — El derecho aplicable a las nuevas construcciones (*D. W. A.* Año 1, cuaderno 7.º, págs. 313-18.)

La dificultad mayor para aplicar o no los preceptos de excepción en esos casos radica en la determinación del concepto de «edificio nuevo». Así, por ejemplo, la jurisprudencia alemana se ha inclinado a no hacer figurar en ese concepto y a someter, por tanto, al régimen especial de las leyes sobre arrendamientos los pisos añadidos a una casa existente y las viviendas que resulten de obras para hacer habitables partes de edificios que antes no lo eran. Otro supuesto de duda se encuentra cuando en un solo contrato, y por precio único, se arriendan habitaciones ya existentes, con otras nuevas; alguna sentencia de un Tribunal bávaro decide que en este caso habrá de atenderse al conjunto de habitaciones con mayor importancia para ver si es aplicable el régimen excepcional de las leyes sobre arrendamientos o las disposiciones del Código civil sobre esos contratos. El autor encuentra incorrecta esta interpretación desde el momento en que, terminantemente, esos locales nuevos están excluidos del régimen de aquellas leyes por precepto de ellas mismas.

Vertmann. — La consignación de un precio falso en la compra-venta. (*Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht.* Año 19, número 23.)

Wolpers y Custodis. — Para la adquisición de bienes inmuebles por las Comunidades eclesiásticas ¿se necesita la autorización del Estado? Resolución dictada por el ministerio de Justicia prusiano con observaciones de los Notarios. (*Zeitschrift für das Notariat.* Colonia. Año 71, número 2.)

Metzges.—*Laesio enormis* en las compras realizadas durante el período de inflación. (*Leipzig. Zeits. f. Deut. Recht.* Año 20, número 3.)

Halfen.—*Numerus clausus* (*Oesterreichische Anwalts-Zeitung.* Año 3.º, número 4.)

Roth.—El rango de la hipoteca del cedente. (*Juristische Rundschau.* Año 2.º, número 5.)

Ratzenhofer.—Las teorías jurídicas de Nussbaum sobre el dinero y las deudas de dinero. (*Gerichtszeitung.* Año 77, número 5.)

Daimler.—Contratos con vicio de nulidad y sus consecuencias. (*Zeitschrift des Bayerischen Notarvereins.* Año 3.º, número 2.)

ROMÁN RIAZA.

Profesor de Historia del Derecho.

ESPAÑA

Tratado de Derecho civil español, por el Dr. Calixto Valverde y Valverde, Rector y catedrático de Derecho civil en la Universidad de Valladolid.—3.ª ed. Talleres tipográficos Cuesta. Valladolid. Cinco tomos, en 4.º

I.—Parte general.—604 pág.—1925.

II.—Derechos reales.—795.—1925.

III.—Derechos personales o de obligaciones.—680.—1926.

IV.—Derecho de familia.—656.—1926.

V.—Derecho de sucesión *Mostricama*.—635.—1926.

Los arrestos juveniles del docto y veterano profesor de la Universidad de Valladolid no le permiten la simple reimpresión de su conocido Tratado, y aunque procura conservar las líneas generales de la exposición, no deja sin atento examen y minuciosa crítica las monografías y discursos de estos últimos años que se relacionen con los problemas o conceptos estudiados.

Fervoroso devoto de la regla de conducta *nulla dies sine linea*, acumula paulatinamente en las copiosas *notas* el resultado de sus lecturas y las ideas capitales de sus discusiones e investigaciones sobre el *derecho nuevo* y la legislación novísima.

Para dar una muestra del entusiasmo con que aborda los problemas, vamos a copiar los párrafos que dedica a la célebre cuestión del contrato consigo mismo que ha puesto sobre la mesa de estudio la Resolución de la Dirección general de los Registros de 29 de Diciembre de 1922.

Como es sabido, el Centro Directivo denegó la inscripción de una escritura en que el padre de unos menores de edad les donaba unos bienes y aceptaba en nombre de ellos la donación, por las siguientes consideraciones :

1.ª La cuestión fundamental planteada en la nota recurrida es la conocida en la técnica moderna con el epígrafe de autocontratación, contratación consigo mismo, o, como se ha titulado en nuestra patria, contrato sobre las varias personas de un solo sujeto, pues sin necesidad de resolver si la donación es un acto o un contrato o requiere la aceptación del donatario antes de ser inscrita, basta para aproximar este caso al indicado problema general, la circunstancia de que en la escritura autorizada por el Sr. M... se haya intentado consignar la concurrencia de dos declaraciones de voluntad, la del donante y la del donatario, con ánimo de engendrar obligaciones perfectas ;

2.ª A pesar de ser escasos los precedentes que en el Derecho romano se encuentran con motivo de los pagos que el tutor se hace en nombre de su pupilo, del mutuo con que el doble carácter de tutor y particular celebra y de la compra por sí en pública subasta de bienes de aquél, y aun siendo casi refractarias al último supuesto la ley 4.ª del título 5.º de la Partida 5.ª, y mucho más la ley de Don Alfonso XI, incluida en la Novísima Recopilación con el número 1.º del título 12, libro X, es necesario reconocer que en el número 4.º del artículo 275 del Código civil, y sobre todo en el 267 del Código de Comercio, se sientan los jalones para llegar a la especial figura jurídica en cuestión ;

3.ª Desechadas, por virtud del reconocimiento legal aludido, tanto las objeciones de orden psicológico como las de orden jurídico, basadas en la necesidad de que coincidan dos voluntades o

exista un acto bilateral para que surja el contrato, queda destruída igualmente la dificultad que en los casos estudiados nace al tratar de comprobar la existencia de un consentimiento interno, desde el momento en que la voluntad del compareciente, manifestada en su doble carácter de donante y donatario, se ha exteriorizado en una escritura pública que hace prueba contra terceros del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste;

4.^a El argumento tradicional de que la diferencia de aspiraciones e intereses que normalmente juegan en el cierre de un contrato impide que se atribuya eficacia jurídica a las decisiones de un solo sujeto como juez y parte, no ha impedido a la doctrina moderna admitir la posibilidad de que se contrate consigo mismo, cuando el representado dé para ello su autorización expresa, o la Ley la presuponga, cuando se trata de cumplir una obligación ya contraída, y, en fin, cuando la causa jurídica o la correspondencia de intereses de ambas partes aleje toda sospecha de lesión de una de ellas;

5.^a Si en atención a que las donaciones son actos de liberalidad cuyas consecuencias económicas se resuelven normalmente a favor de los donatarios y cuya forma no siempre se ajusta rigurosamente a los moldes contractuales, puede en principio autorizarse la concurrencia en un solo sujeto jurídico de la doble cualidad de donante y donatario, máxime cuando es el padre quien la asume, han de quedar fuera de esta autorización aquellos actos a título gratuito que, por envolver una posible contradicción de intereses o un peligro inmediato o remoto de los derechos pertenecientes a los hijos menores de edad, necesitan para su perfección la concurrencia de una persona especialmente encargada de evitar el perjuicio presente o futuro, la cual, en el régimen actual del Derecho familiar español, no puede ser otra que el defensor judicial a que se refiere el artículo 165 del Código civil; y

6.^a La escritura objeto de este recurso compromete a los donatarios en la transcrita cláusula cuarta a no estimar inoficiosa la donación ahora ni al abrirse la sucesión del donante, así como en quinta eleva tal deber a la categoría de obligación, que ha de ser exactamente cumplida por los hijos del donante, y ante la posibilidad de que los derechos legitimarios de cualquiera de los menores pudiera correr peligro por virtud de este compromiso, caso de que las citadas cláusulas no se estimen, con un criterio más riguroso, nulas por

implicar una renuncia o transacción sobre la legítima futura, ha de concluirse que dicho instrumento público es defectuoso en cuanto se refiere a la aceptación por el mismo donante y no se halla extendido con arreglo a las formalidades y prescripciones legales.

Frente a esta doctrina, el profesor Sr. Valverde despliega en batería la siguiente argumentación :

La nulidad del acto en cuestión la proclama la Dirección por las derivaciones y consecuencias que pudiera tener la validez del mismo en la legítima de los hijos, viendo en él un pacto de sucesión futura, cosa que está terminantemente prohibida por nuestro Código. A no ser esto, la Dirección da por supuesta la validez del autocontrato, y a mi juicio, esto no puede sostenerse sino con ciertas reservas y limitaciones, tanto más cuanto que ni la doctrina científica ni la legislación positiva están de acuerdo.

Cierto es que Römer explica el autocontrato por la concurrencia de dos voluntades de igual valor en la misma persona, una la voluntad suya y la otra la que el mismo representa ; que para Arnó entre otros, con la transformación de concepto de la obligación romana el contrato se distingue más que por ser una relación entre las personas, un enlace entre dos patrimonios y por tanto no repugna que una misma persona tenga a su disposición dos patrimonios, siendo por tanto el *selbstcontrahiren* un caso de representación directa de representante con el representado ; que Rümelin ve en la contratación consigo mismo más que un contrato un acto unilateral que produce efectos de contrato, siendo consecuencia del principio moderno que admite la representación directa permitiendo a una persona disponer de varios patrimonios, pero también es verdad, a mi juicio, que el *selbstcontrahiren* no concuerda con la noción clásica del contrato y que para ésta doctrina no puede admitirse la conclusión de un contrato por una sola persona.

Puede decirse que, en términos generales, los que admiten con estas amplitudes el contrato consigo mismo, confunden el contrato con el acto jurídico. Si éste crea, modifica o extingue una obligación y pone en relación varios patrimonios, le falta para que sea contrato el concurso de voluntades, el acuerdo o transacción de interés opuestos, pues el contrato más bien que diferenciarse de otros jurídicos por sus efectos se distingue de ellos por su formación, por lo cual dice bien Demogue, el contrato resulta, no de que las re-

laciones se establezcan entre dos patrimonios, cosa que tiene lugar también en los actos unilaterales, sino de que las relaciones se establecen entre varios patrimonios *por el intermedio de varias voluntades*. Para dar explicación jurídica a lo que muchos llaman auto-contratos, hay que ir a la doctrina de los actos unilaterales, y mientras la voluntad se mueva en este campo, bastará una sola declaración, pero cuando se requiera por el derecho la manifestación de una doble voluntad, no basta que una misma persona por sí y en representación de otra se realice, se precisa la intervención de otra voluntad o de algún otro requisito que complemente la declaración, pues como dice Plank, es necesario que el contrato se exteriorice, bien por una declaración ante testigos, o por una inscripción en algún Registro, por lo que opino con Endemann, que cuando el acto jurídico consigo mismo es permitido, aun cuando muchos autores lo llaman contrato, es simplemente un acto unilateral.

En los actos consigo mismo fuera del campo de la representación, tal ocurre con la hipoteca del propietario, estimo que no pueden llamarse contratos sino actos jurídicos unilaterales, por lo mismo que no hay colisión ni oposición de intereses de distintas personas, y la doble personalidad del emitente de la declaración, no hay inconveniente en admitirla y darla validez.

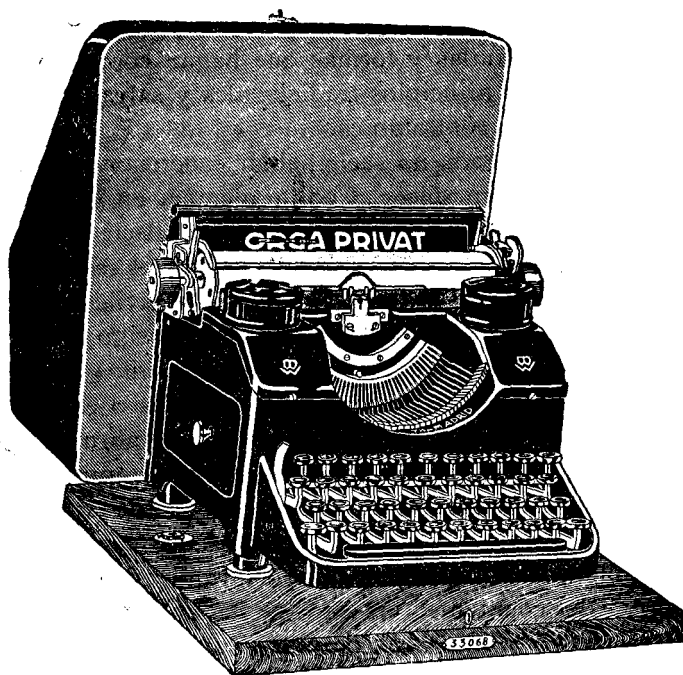
Pero la autocontratación, cuando opera en el campo de la representación, necesita de ciertas garantías: la voluntad doble de un sujeto para que el derecho la otorgue plena eficacia. En la representación voluntaria solamente cuando el mandatario esté autorizado expresamente para el *selbstcontrahiren* podrá realizar actos que tengan absoluta validez, y en la representación legal, la de los tutores y la de los padres, v. gr., el derecho deberá exigir o la autorización expresa de la Ley para simplificarles, o la ratificación de los actos por los representados, o la intervención de otras personas u organismos que ostenten la representación de los protegidos en estos casos, pues sólo así pueden estar garantidos los intereses de aquellos a quienes la ley otorga su función protectora. Más bien que un problema de doctrina científica que requiera por su propia índole modificar las bases en que se apoya la contratación, es la teoría del contrato consigo mismo de técnica jurídica, pues no fué desconocida en ninguna legislación ni por tanto puede decirse que es una figura jurídica nueva. Si por las complejidades de la vida moderna

es más frecuente su uso y la opinión científica, en parte, se inclina a dar validez a esos actos que el derecho clásico no permite, entendiéndose que no por eso se alteran las reglas y fundamentos de la contratación; antes bien, la función del legislador y de la jurisprudencia es la de buscar garantías y formas que hagan compatible la autocontratación con los principios tradicionales y salvaguarden los intereses de las partes contratantes.

El derecho comparado no suele hablar concretamente del contrato consigo mismo; tan sólo el Código alemán, en su artículo 181, lo reglamenta con tal nombre. Esto no quiere decir que en las demás legislaciones no haya preceptos aplicables al caso, antes bien, se ve muy claramente su criterio. Los Códigos civiles europeos son contrarios a la validez de los actos realizados consigo mismo por los representantes legales y adoptan garantías muchos de ellos para darles eficacia, hacen intervenir a otras personas o exigen requisitos especiales de forma, pero en general puede afirmarse que son opuestos a tales actos. Por lo que se refiere a la representación voluntaria, y más concretamente al caso del comisionista, hay dos criterios en las legislaciones: mientras que Alemania, Italia y Portugal les admiten, otras son opuestas a su validez salvo la autorización expresa del comitente; en estas se hallan Inglaterra, Suiza y España (puede verse las obras de Giorgi y Demogue, *Tratado de Obligaciones*, tomo I; Rümelin, *Das Selbstcontrahiren*; Römer, *Rechtsgeschäft des Stellvertreters*, etc., 1874; Gouget, *Contrat avec soi même*, 1903; Fadda, *Le esagerazioni della teorica dell'auto-contratto*, tomo III; Leone, *Rivista di Diritto civile*, 1916; Castan, Nota en la *Revista de Derecho privado*, de 1917).

A. DE L.

*A todos los Registradores de la Propiedad, Notarios,
:- Procuradores, Abogados, ES INDISPENSABLE :-*



Con su tapa de metal y su tablero.

LA ORGA-PRIVAT

POR SU PRECIO ECONÓMICO :- POR SU HERMOSA APARIENCIA
:- :- :- POR SU GRAN SOLIDEZ :- :- :-

Es una máquina de oficina de 12 kilogramos de peso.
Cabe el papel de barba.

PRECIO 700 PESETAS AL CONTADO

A plazos de	{	Medio año.....	750 pesetas.
		Un año.....	800 —
		Dos y medio años.....	900 —

DIRIGIRSE AL REPRESENTANTE GENERAL

ROBERTO WIRTH

Lealtad, S. = MADRID

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

Año II

Noviembre de 1926

Núm. 23

Los títulos de valores y su garantía hipotecaria ⁽¹⁾

Legislación española

Los títulos a la orden y al portador están regulados dentro de nuestra legislación en el Código de Comercio.

El título X del libro II de este cuerpo legal trata de la letra de cambio, documento a la orden por excelencia dentro de nuestra legislación, y el título XI del mismo Código trata de los otros efectos a la orden, nombrando a las libranzas, vales y pagarés a la orden y a los cheques. •

El efecto que según nuestra legislación caracteriza a los títulos a la orden es el endoso, cesión característica mercantil, que es un contrato abstracto en el que el cedente se obliga al afianzamiento del capital representado por el título si éste no fuere aceptado por el librado, y a su reembolso, con los gastos de protesto y de recambio, si no fuere pagado a su vencimiento (artículo 467 del Código de Comercio) (2), si se han observado las formalidades legales, salvo pacto en contrario.

El título XII del mismo Código regula los títulos al portador. Como ocurre cuando trata de los expedidos a la orden, no expresa su concepto, lo cual no es de criticar, sino que trata de caracterizarlos por sus efectos. Pero éstos no son los mismos para todos.

(1) Véase el número 21 de esta REVISTA.

(2) El proyecto de reforma del libro II del Código de Comercio acentúa en su artículo 544 el carácter abstracto del endoso, permitiendo la omisión del concepto en que el cedente se declara reintegrado por el tomador.