

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO
CIVIL Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XXXII

Mayo-Junio 1956

Núms. 336-337

El fideicomiso *si sine liberis decesse- rit* y el Código civil (*)

INTRODUCCIÓN

Los fideicomisos constituyen una institución jurídica bastante abandonada por los juristas modernos, lo cual guarda pleno contraste con la abundante literatura que produjeron en el Derecho intermedio.

Nuestros autores de tratados de Derecho civil han tenido que ocuparse de las sustituciones fideicomisarias, forzados por la necesidad de estudiar con mayor o menor extensión todas las instituciones jurídicas civiles; pero sobre fideicomisos no conocemos otra monografía que el libro *Institución de los fideicomisos y sus efectos en Cataluña*, del Notario señor SAGUER Y OLIVET, aparecido en 1918, aparte del magnífico discurso sobre la *Naturaleza jurídica de*

(*) Discurso leído por el Excmo. Sr. D. Ramón María Roca Sastre, el 30 de abril de 1956, en el acto de su recepción como Académico de número en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, que publicamos con autorización, que muy sinceramente agradecemos, de dicha Academia y del autor del trabajo.

las disposiciones y cláusulas testamentarias del residuo, del que fué eximio Catedrático de Derecho civil de la Universidad Central y Presidente de esta Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, don FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, pronunciado en esta Real Corporación, en la sesión inaugural de curso 1926-27, que tuvo lugar el 30 de noviembre de 1926.

Pero dicho libro de SAGUER Y OLIVET no era muy ambicioso en su contenido, ni el citado discurso de CLEMENTE DE DIEGO podía sobrepasar los límites de un discurso, dentro de su profundidad, aparte de que se orientaba primordialmente al estudio de los fideicomisos o cláusulas de residuo.

La ausencia de grandes tratados modernos sobre fideicomisos es seguramente la causa principal de que constituyan una de las materias más deficientemente elaboradas.

No es que yo pretenda ahora hacer un extenso estudio de los fideicomisos, pues es materia que exigiría muchas, muchísimas conferencias, ya que, sin duda, esta institución ultramilenaria del fideicomiso es la de mayor amplitud de todas las que integran el Derecho de sucesiones. Además, los límites naturales de todo discurso o disertación de la índole de la presente, obligan a no sobrepasarlos.

Son varias las razones por las cuales he preferido tratar en este acto solemne del tema de los fideicomisos. Entre ellas, las principales son: el tratarse, como queda dicho, de una institución modernamente poco estudiada; el ser materia difícil; el proceder, como procedo, de un territorio donde abundan los fideicomisos, y sobre todo los del tipo *si sine liberis decesserit*, lo que me ha hecho estudiar y dictaminar sobre los mismos con frecuencia en mis actividades profesionales, y, finalmente, el haber tenido que ocuparme recientemente de ellos por haber sido ponente de la parte sucesoria del anteproyecto de Compilación de Derecho civil especial de Cataluña, actualmente en examen en la Comisión de Códigos.

Acabamos de afirmar que la materia de fideicomisos es difícil y compleja, y ello es generalmente reconocido. Ya BARTOLO, en 1590, nos decía en su glosa que era materia *valde oscura et difficilis*, y para mejor orientación en ella recurrió al trazado de un gráfico, que denominó *arborum substitutionum*, formado por innúmeras ramas y derivaciones. El Cardenal DE LUCA calificaba a los fideicomisos de «metafísica del jurista». Y, en general, los tratadistas del

Derecho civil coinciden en estimar las sustituciones fideicomisarias como materia abstrusa, complicada, embrollada, enrevesada e intrincada.

AVERSIÓN GENERAL CONTRA LOS FIDEICOMISOS Y POSTERIOR REACCIÓN A SU FAVOR

La sustitución fideicomisaria ha sido una institución jurídica vejada, vilipendiada y maltratada desde mucho tiempo antes de la Revolución francesa.

Contra los fideicomisos se han dicho muchas cosas. Se arremetió contra ellos porque eran la base sobre la que sostenían las clases nobiliarias su poderío económico, así como su potencia social y política; porque inmovilizaban la riqueza del país al impedir la libre circulación de los bienes; porque eran fuente de desigualdades entre los miembros de una misma familia al quedar para uno solo de ellos todo el patrimonio señorial; porque restringían la libertad de testar, y porque, por su complejidad, eran fuente de litigios.

Nosotros no venimos esta tarde a hacer una defensa de las sustituciones fideicomisarias, sencillamente porque no la necesitan. Intentamos solamente, en esta especie de parte general del presente discurso, situar las cosas en su debido sitio.

La sustitución fideicomisaria es una fórmula jurídica de repercusiones tan intensas, que de ella debe hacerse un uso racional. Es como una droga que en varias situaciones proporciona ventajas, pero de la que no puede abusarse. Lo que ocurrió con anterioridad al siglo XIX fué, simplemente, que se abusó tanto de los fideicomisos, que éstos se trocaron en nocivos.

Como afirma TRIA (1), el fideicomiso se difundió de tal manera, que esta misma difusión aumentó los inconvenientes de esta institución jurídica. BÉSTA (2) dice que el fideicomiso se hizo socialmente más peligroso cuanto más en la práctica estaba difundido. Por ello, en el afán de encontrar argumentos contrarios a los fideicomisos, llegóse a decir que eran excesivamente utilizados.

(1) *Il fedecomesso nella legislazione e nella dottrina dal secolo XVI al nostri giorni*, 1945, pág. 64.

(2) *Le successioni nella storia del Diritto italiano*, 1935, pág. 162.

Pero, señores, no sólo el abuso de los fideicomisos, sino el de otras figuras jurídicas puede ser origen de grandes males. La hipoteca misma es un valioso instrumento para el crédito territorial, pero si en un país se llega a abusar tanto de ella que se llegue a la saturación, la hipoteca también ocasionará graves inconvenientes (3).

No existe fórmula jurídica alguna sustancialmente mala. Lo importante es utilizarla en los casos y en la medida exigida para la satisfacción de un interés lícito. La donación es una institución jurídica admirable, por ser expresión del ánimo de liberalidad; pero cuando, dos siglos antes de Jesucristo, llegó a abusarse de ella en Roma, la ley tuvo que someterla al control judicial.

Del abuso que, principalmente en los siglos XVI al XVIII, se hizo de las sustituciones fideicomisarias arrancaron en su mayor parte los daños que a las mismas se atribuyeron. Pero este abuso perjudicial provino más bien de las sustituciones fideicomisarias *cum liberis*, en el sentido gradual de generación en generación, o sea, las de tipo vertical o en línea recta descendente, las cuales sirvieron de base a los mayorazgos y vinculaciones, con su carácter eminentemente nobiliario, y que implicaban absoluta indisponibilidad de los bienes sujetos a los mismos. En cambio, las sustituciones *si sine liberis decesserit*, que eran de carácter horizontal o en línea transversal, y que fueron muy practicadas en dichos siglos, nunca dieron lugar a las severas críticas de aquéllas. Y se comprende que fuera así. Los fideicomisos *cum liberis* o verticales, sobre todo los perpetuos o de tipo de mayorazgo, comprometían fuertemente el porvenir. Incluso los fideicomisos temporales, inspirados en los principios del *fideicomisum familiae relictum*, limitados por la Novela 159 de Justiniano a cuatro generaciones, ofrecían por esta razón mayor peligro, pues al gravar el causante a su hijo con fideicomiso a favor de sus hijos, y a éstos, a su vez, de los suyos, y así sucesivamente, de generación en generación hasta el cuarto grado, acaparaban gran cantidad de tiempo, pues las cuatro generaciones entrañaban una vinculación de duración prolongada en la que eran llamadas personas que habrían de nacer, o sea *nascituri*, muchos de ellos muy remotos. Por el contrario, en los fideicomisos *si sine liberis decesserit*, la duración del gravamen era

(3) Ver NUSSBAUM, *Tratado de Derecho hipotecario alemán*, 1929, pág. 225

bastante reducida; ya que, especialmente en su forma simple, solamente son llamados al fideicomiso hijos del causante, o sea personas ya existentes al fallecer éste, de suerte que su duración máxima era la de una sola generación. Asimismo, en esta clase de fideicomisos, bastaba que el fiduciario—o cualquier fideicomisario que entrase en la herencia—falleciese dejando hijos, para que el fideicomiso desapareciera, y además, por su carácter condicional, sus bienes eran susceptibles de actos de enajenación o gravamen, los cuales, si bien tenían lugar con subsistencia de la carga del fideicomiso, en los casos en que el fiduciario tuviera hijos, prácticamente o de hecho se producía como si el fideicomiso no existiera.

Fueron, por tanto, aquellos fideicomisos *cum liberis* o de sentido vertical, tanto si abarcaban varias generaciones, como si por ser perpetuos abarcaban todas las posibles; los que originaron aquellos clamores contra las sustituciones fideicomisarias, que culminaron con la absoluta abolición, de toda clase de fideicomisos, proclamada por la Revolución francesa.

La corriente abolitiva de los fideicomisos arrastró a muchas naciones. Pero, en general, esta medida tuvo corta duración, ya que al cabo de pocos años se produjo un movimiento rehabilitador de la institución. En la misma Francia, pronto se reaccionó contra aquella medida prohibitiva. El Código Napoleón, en su artículo 896, proclamó que las sustituciones fideicomisarias estaban prohibidas, pero poco después en los artículos 1.048 y siguientes, de una manera disimulada y sin emplear las palabras «fideicomiso» ni «sustitución», fueron claramente admitidos, aunque dentro de ciertos límites.

Más, pronto o más tarde, las legislaciones que adoptaron el criterio abolitivo de los fideicomisos rectificaron tan radical medida; reinstaurando, dentro de más o menos estrechos límites, las sustituciones fideicomisarias. La legislación más reacia a la admisión de éstas ha sido la italiana, ya que hasta el vigente Código civil de 1942, privó en ella la norma prohibitiva de las sustituciones fideicomisarias, que había recogido el Código civil anterior.

Corregidos los fideicomisos en forma que no pudieran servir de base para conservar indefinidamente los patrimonios nobiliarios—que era el argumento fundamental de índole política del que se valían los que propugnaban por la supresión de los fideicomisos—

se vió que éstos eran aptos para satisfacer en ciertos casos los intereses de las clases burguesas; así como de las familias agrarias. Entonces estuvo en boga una especie de concepción democratizadora de los fideicomisos. Claro, que su admisión ofrecía la desventaja de tipo económico de constituir una restricción en la libre circulación de los bienes; pero habían ya surgido tantas restricciones a la propiedad que una más no importaba.

Asimismo, en el orden estrictamente jurídico, se comprobó que el fideicomiso, limitado a uno o dos grados, no tenía que repugnar en aquellas legislaciones en que era permitido que un testador instituyera herederos a los hijos de una persona determinada, aunque estuvieran por nacer. Y esto, con ventaja a favor del fideicomiso, pues en éste había, por lo menos de momento, un propietario conocido actual, que era el fiduciario, cosa que no ocurría en aquel otro caso.

En la corriente restauradora de los fideicomisos se ha llegado a hablar, incluso en textos de literatura oficial italiana, de que la sustitución fideicomisaria favorecía la política demográfica del país, ya que reforzaba económicamente el núcleo familiar, proporcionándole nueva forma de expansión.

Lo cierto es que si algunas legislaciones no rechazaron nunca en absoluto los fideicomisos y las que los habían proscrito han vuelto a admitirlos, ello constituye la más palpable demostración de que el fideicomiso es una fórmula jurídica útil. En estas naciones de tipo abolutivo de los fideicomisos, la experiencia ha demostrado una vez más que toda reacción violenta es excesiva, y que, más o menos tarde, se hace indispensable su rectificación. Como dice GANGI (4), el hecho de que con o sin limitaciones hayan sido admitidas las sustituciones fideicomisarias en varias legislaciones modernas es señal de que sirven para satisfacer exigencias individuales y sociales merecedoras de tutela. D'AMELIO (5) afirma que la evolución del fideicomiso a través del tiempo y de los climas políticos, demuestra su sustancial vitalidad, pues responde a una innata e inevitable tendencia del ánimo humano, y todavía es suscep-

(4) *La successione testamentaria nel vigente Diritto italiano*, 1952, II, página 280.

(5) *Codice civile. Libro delle Successioni per causa di morte e delle donazioni*, 1941, pág. 601.

tible de útiles efectos. Antes del vigente Código civil italiano, GALLANO (6) expresa que la historia demuestra que también el fideicomiso ha rendido inolvidables servicios a la pública economía, y la experiencia de cerca de un siglo de régimen prohibicionista ha demostrado el daño por él producido.

En la Relación de la Comisión real sobre el proyecto de lo que más tarde llegó a ser el Código civil italiano vigente se dice, que contra la rigurosa prohibición de las sustituciones fideicomisarias sancionadas en el antiguo Código, la conciencia social había procurado reaccionar, como resultaba notorio de la propia jurisprudencia, la cual secundaba los esfuerzos de los testadores para encubrir, bajo la forma de disposiciones válidas, algunas sustituciones fideicomisarias, como, por ejemplo, mediante la cláusula *si sine liberis decesserit*, puesta como condición resolutoria de la disposición, y ello con el loable propósito de mantener a salvo la constitución económica del núcleo familiar.

El empleo de esta fórmula, así como de otras, para eludir la norma prohibitiva de los fideicomisos y para superar los límites impuestos a los mismos en países de sistema excesivamente limitativo, ha suscitado tal discusión entre los tratadistas de Italia y de Francia, y ha producido tal volumen de litigios, que ello constituye la demostración más evidente de dicha vitalidad de la sustitución fideicomisaria.

La existencia de estos litigios conduce a la siguiente y curiosa observación. Los detractores de los fideicomisos esgrimían, entre varios argumentos, el de que por su complejidad, eran origen de muchos pleitos, pero la prohibición de los fideicomisos, o su excesiva limitación, también han originado los suyos, todo lo cual viene a demostrar que las sustituciones fideicomisarias, incluso muertas oficialmente o aletargadas, constituyen una institución jurídica que en la realidad no quiere desaparecer.

Actualmente la sustitución fideicomisaria es admitida, con más o menos limitaciones, en Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Grecia, Holanda, Italia, Suecia, Suiza, Portugal, así como en gran parte de los países hispanoamericanos, y en el Brasil, y en Ingla-

(6) *Le sostituzioni subordinata alla clausola «si heres sine liberis decesserit» e il fedecomesso condizionale* (separata de *Il Foro Italiano*), 1928, página 71.

terra, Canadá, y otros países de régimen jurídico inglés, y en algunos de los Estados Unidos de América:

Es de observar que en Alemania, una ley de 6 de julio de 1938 suprimió todos los fideicomisos, pero esta abolición no subsiste, al menos en Alemania occidental. Respecto de Portugal, su Código civil de 1867 reproducía el sistema del Código civil francés, pero el Decreto de 16 de diciembre de 1930; de revisión del Código civil, en su Exposición de Motivos, dice que la tradición francesa en esta materia no respondía ya a las condiciones de la vida moderna; que las sustituciones fideicomisarias podían ser objeto de un desenvolvimiento más útil, y que su prohibición tiene numerosos y serios inconvenientes para la familia y para la Sociedad. Méjico prohíbe de una manera absoluta los fideicomisos. Inglaterra conoce las sustituciones fideicomisarias familiares; en la figura jurídica de los *entailed interests* o *estates tail*.

Del conjunto de limitaciones establecidas por las legislaciones de estos países en relación a los fideicomisos, pueden formarse estos tipos distintos:

El sistema de tope máximo de grados o de llamamientos. Es el más antiguo. Establecido por Justiniano, fué implantado en Francia por la Ordenanza de Orleáns, del año 1560, que fijó el límite de dos grados, modificado hasta cuatro grados por la Ordenanza de Moulins de 1566, y vuelto al tope de los dos grados por la Ordenanza del Canciller de Aguesseau, del año 1747. Actualmente es el más seguido.

El sistema de exigir que sólo puedan ser fideicomisarios personas que vivan o estén concebidas al fallecer el causante. El Código civil de Venezuela sólo admite los fideicomisos dentro de este límite.

El sistema del plazo máximo de duración, a contar de la muerte del causante. Es el seguido por Alemania, con el plazo, en general, de los treinta años.

El sistema inglés de la convención, que consiste en que si el poseedor actual de los bienes se pone de acuerdo con el futuro sucesor en el fideicomiso, que sea mayor de edad, pueden dejar sin efecto la sustitución fideicomisaria, acto que se denomina *disentailment*.

Y ahora nos corresponde hablar de España.

España dió una nota de admirable serenidad frente al vendaval asolador de los fideicomisos que desencadenó la Revolución francesa. No es que aquí se hubiere dejado de abusar de las sustituciones fideicomisarias, sino todo lo contrario, pues abundaron éstas, y muchas de ellas tomaron la forma más odiada de mayorazgos y vinculaciones.

Lo que hizo España fué simplemente no dejarse arrastrar por dicho huracán, absteniéndose de adoptar simplísticamente la radical medida de prohibir en absoluto las sustituciones fideicomisarias; y en lugar de proceder ciegamente, como otras naciones hicieron, el legislador español prefirió discriminar entre los diversos tipos de fideicomisos y concretarse a suprimir únicamente los de tipo de mayorazgo o vinculación perpetuas. En el uso de la sustitución fideicomisaria no vió nada execrable, sino en el abuso de ella, principalmente en la forma que, aprovechando la dosis de vinculación que el fideicomiso por sí contiene, lo transformaba en una vinculación de carácter perpetuo.

Detractores de los fideicomisos no faltaron en España, como en los otros países; pero la prohibición solamente se aplicó a los fideicomisos perpetuos. En cuanto a los fideicomisos temporales, se adoptó el sistema de permitirlos hasta el segundo grado, sin contar la persona del instituido.

La ley desvinculadora de 11 de octubre de 1820, restablecida por Decreto del 31 de agosto de 1936, suprimió todos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualquiera otra especie de vinculación de bienes; pero siempre se estimó que se refería a los mayorazgos y vinculaciones perpetuas, quedando subsistentes los fideicomisos temporales. Así lo entendieron las leyes tributarias, la misma Ley Hipotecaria de 1869, el propio Tribunal Supremo en sus Sentencias de 21 de abril de 1866 y 21 de diciembre de 1867 y otras más, y la doctrina. Quizá influyó la idea de que los mayorazgos y vinculaciones eran una figura distinta de los fideicomisos. Pero esto era una idea errónea. MOLINA mismo (7), que se esfuerza en señalar diferencias entre mayorazgos y fideicomisos, no deja de reconocer el fondo fideicomisario que late en ellos.

Hasta que entró en vigor el Código civil quedaron en nebulosa

(7) *De primogeniorum Hispanorum*, 1749, lib. I, cap. 1.º, núm. 7.º v sigs.

los límites legales a los que en su duración estaban sujetas las sustituciones fideicomisarias temporales. Sin embargo, hay que considerar cierto que el Rey Fernando VII, en el año 1818, es decir, antes de la ley desvinculadora de 1820, firmó una Real cédula en la que establecía el límite de la segunda generación para los fideicomisos temporales. ESCRICHE (8) explica muchos pormenores sobre esta Real cédula, de la que dice se encontraba en el Ministerio de Gracia y Justicia bajo el siguiente epígrafe: «Civil. Indiferente general. 1818. Número 12. Archivo». Lo seguro es que, a pesar de la mucha tramitación que tal Real cédula ocasionó, no se encuentra publicada en colección alguna de Decretos, y que no llegó a publicarse en el periódico oficial. Varios autores la estimaron vigente, y en las Sentencias de 13 de febrero de 1874 y de 6 de junio de 1905 se alude a ella, pero no se le puede atribuir valor normativo.

Don FRANCISCO SILVELA, en su discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas del año 1887 (9), se ocupa de dicha Real cédula y explica que él quiso en una ocasión encontrar el original de la misma en el legajo correspondiente del Ministerio de Gracia y Justicia, según indicaba ESCRICHE; pero que después de abrir con curiosidad y respeto a la vetustez de la carpeta bajo la que debía reposar desde los tiempos de Fernando VII, no halló sino un sencillo volante, en el cual se indicaba que un distinguido jurisconsulto se la había llevado y que debía de tenerla en su casa.

El principio prohibitivo de fideicomisos perpetuos de la ley desvinculadora de 1820, así como la limitación al segundo grado de los fideicomisos temporales de dicha Real cédula de 1818, han pasado a los artículos 781 y 785 del Código civil, si bien a esta limitación del segundo grado se le ha añadido, en forma alternativa, la limitación de que los fideicomisarios sean personas que vivan al tiempo de fallecer el fideicomitente.

En la actualidad hay que citar a los patrimonios familiares, regulados por la ley de 15 de julio de 1952, desenvuelta por las Ordenes de 27 de mayo y 27 de julio de 1952, como una especie de

(8) *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, IV, pág. 76.

(9) Verlo en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, volumen 71, página 335.

vinculaciones por imposición legal, que asimismo existen en muchas naciones extranjeras.

POSICIÓN DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL ANTE EL FIDEICOMISO
«SI SINE LIBERIS DECESSERIT»

El concepto de fideicomiso *si sine liberis decesserit* es conocido. La Dirección General de los Registros y del Notariado, en su Resolución de 31 de marzo de 1950, da una noción general aceptable de este tipo de fideicomiso, si bien referido a un caso de Cataluña, donde es bastante frecuente. Dice que por él, «el testador instituye heredero al hijo primogénito, y para el caso de que éste fallezca sin hijos o que éstos no alcancen la edad de testar, llama a otro hijo, y así sucesivamente a los demás hermanos, imponiéndoles el mismo gravamen restitutorio, hasta que se purifique la sustitución en favor de alguno o, en su defecto, llegue a corresponder la herencia al último hijo, el cual será heredero libre; con lo que se establece una serie encañada de instituciones cuyo orden prefija el testador dentro de las normas legales».

Esta es la modalidad escalonada a base de heredero único sucesivo, del fideicomiso *si sine liberis decesserit*; pero cabe la de un solo llamamiento fideicomisario, y además existe otra modalidad, la recíproca, a base de varios herederos a la vez. En ésta, el testador instituye herederos a todos sus hijos, pero los grava recíprocamente de fideicomiso para el caso de fallecer cada uno sin dejar hijos.

Además, en ambas modalidades cabe la variante de que el testador, en previsión de que al abrirse la sucesión fideicomisaria por fallecer sin dejar hijos el fiduciario u otro de los instituidos que entraren en la herencia, hubiere premuerto alguno de los fideicomisarios, dejando a su vez hijos, dispone que éstos ocupen en el fideicomiso el lugar que su padre hubiere ocupado de no haber premuerto. Es la llamada *sustitución vulgar en fideicomiso*, que algún Notario califica equivocadamente de *derecho de representación*.

Nuestro Código civil no contempla específicamente el fideicomiso *si sine liberis decesserit*. Si lo hace, en cambio, aunque inci-

dentalmente, el Apéndice aragonés (en su artículo 31, núm. 4.º). No obstante, lógicamente hay que estimar que lo admite, y así lo entiende la jurisprudencia.

El Código civil no contempla este tipo de fideicomiso, porque, sobre todo en derecho sucesorio, y en especial respecto de fideicomisos, adolece de cierta pobreza normativa, pues a esta institución tan compleja de los fideicomisos destina solamente siete exiguos artículos, que dejan sin regular la mayor parte de la materia. Con razón dice MARÍN LÁZARO (10), que salta a la vista la notoria desproporción que existe entre la importancia que los fideicomisos han tenido en la historia de las instituciones jurídicas españolas y las pocas normas que constituyen el régimen para ellos establecido en el Código civil, la mayoría de las cuales obedecen a la preocupación del legislador de limitar el arbitrio de los testadores, a fin de reducir el alcance de la vinculación contenida en las sustituciones fideicomisarias:

En orden a los fideicomisos es donde el Código civil se resiente más de aquella moda que—quizá por ciega reacción a un antiguo exceso normativo—instauró el Código civil francés, cuya divisa fue «pocos artículos y breves», olvidando que el mejor método legislativo es que los Códigos dediquen a las instituciones que contengan ni demasiadas ni escasas normas, sino las necesarias que exija su discreta regulación. Del codificador francés ha dicho ROGUIN (11) que con su manía de textos laconicos había conseguido el peor de los resultados: el de la incertidumbre, y, por consiguiente, la inseguridad jurídica. Nosotros añadimos que este laconismo en varias materias, como la de fideicomisos, más bien ha coadyuvado a ahondar la diferenciación existente entre nuestro Código civil y algunas de las legislaciones denominadas forales.

Ante esta deficiencia normativa del Código civil, que se traduce en el silencio de la sustitución fideicomisaria *si sine liberis decesse-rit*, la tarea de encuadrar y explicar este tipo de fideicomiso dentro del ámbito de dicho cuerpo legal ofrece serias dificultades, las cuales solamente pueden ser superadas mediante completar los preceptos aprovechables del mismo con las reglas institucionales de

(10) El segundo grado en las sustituciones fideicomisarias, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 169, pág. 10.

(11) *Traité de Droit civil comparé*, 1912, IV, pág. 21.

esta figura fideicomisaria, positivadas en gran parte por el Derecho romano y recogidas por los autores de Derecho intermedio, prescindiendo de aquellas que sean de mero arbitrio legislativo o que respondan a una simple circunstancia histórica.

En el Código civil, el fideicomiso en general y, por tanto, el condicional *si sine liberis decesserit*, cabe en las instituciones hereditarias, así como también en los legados y en las donaciones, conforme resulta de los artículos 789 y 641. No obstante, para simplificar, nos referiremos generalmente sólo a los fideicomisos de herencia, y lo que se diga de ellos será de aplicación, en general, a fideicomisos impuestos en legados y en donaciones. Asimismo, y por la misma razón, en lugar del concepto de fideicomiso *si sine liberis decesserit*, usaremos preferentemente el de fideicomiso *sine liberis*, y si bien el fideicomiso puede imponerse igualmente a herederos que no sean hijos del testador, sino otros parientes o personas extrañas a él, sin embargo, nos referiremos solamente al fideicomiso a favor de los hijos del fideicomitente.

También para simplificar y por ser el más típico, nos concretaremos preferentemente a la primera modalidad antes indicada de fideicomiso *sine liberis*, o sea el escalonado a base de institución de heredero único sucesivo, y carente de la referida sustitución vulgar en fideicomiso.

El sistema legitimario del Código civil no opone grandes dificultades para la posibilidad del fideicomiso *sine liberis* que hemos escogido como prototipo. El testador puede instituir a uno de sus hijos y acumularle el tercio de libre disposición, el tercio de mejora y su cuota en el tercio de legítima y gravarle de fideicomiso *sine liberis* del expresado tipo escalonado a favor de sus demás hijos sucesivamente. Esto sobre todo si el testador fallece en estado de viudez y carece de hijos naturales. El tercio de mejora admite tal gravamen fideicomisario según el artículo 782 del Código civil, y en cuanto a la porción legitimaria del fiduciario, el testador puede obviar el obstáculo del principio de intangibilidad legitimaria por medio de la denominada *cautela o clausula Socini*.

EL FIDEICOMISO «SI SINE LIBERIS DECESSERIT» COMO FIDEICOMISO DE SUSTITUCIÓN

El fideicomiso *sine liberis* es por su propia esencia un fideicomiso de sustitución o sustitución fideicomisaria, debido a su carácter *post mortem*.

La noción general del fideicomiso es ser un llamamiento a la totalidad o a una cuota de herencia, legado o donación a favor de varias personas, pero no a todas juntas, sino *una después de otra*. Este entrar varias personas en una misma atribución, no a la vez o *simultáneamente*, sino *una después de otra*, o sea sucesivamente, puede tener dos directrices fundamentales distintas, que dan lugar a dos tipos diferentes de fideicomiso: el fideicomiso *puro* y el fideicomiso de *sustitución*, o sustitución fideicomisaria.

Con afirmar que el fideicomiso *sine liberis* es por su propia estructura una sustitución fideicomisaria y no un fideicomiso puro, sería suficiente, si no fuese que el artículo 781 del Código civil, al pretender dar un concepto de sustitución fideicomisaria, más bien se produce como si diese el concepto de fideicomiso puro, ya que expresa que en virtud de las sustituciones fideicomisarias *«se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia»*.

Este *encargo de transmitir* que dicho artículo 781 del Código destaca como nota característica de la sustitución fideicomisaria, constituye una expresión equivocada, porque el encargo de transmitir es nota típica del fideicomiso puro o disposición fiduciaria, mas no de la sustitución fideicomisaria, pues la nota típica de ésta es el *orden sucesivo* impuesto por el testador.

La existencia de esta característica diferencial entre el fideicomiso puro y la sustitución fideicomisaria es fácil de comprobar, no sólo desde el punto de vista puramente institucional, sino en el orden histórico.

En el Derecho romano, el fideicomiso puro apareció como una manifestación de la figura general de la *fiducia aplicada* a las disposiciones testamentarias, que en sus diversas variedades fué brillantemente examinada por la Sentencia de 30 de octubre de 1944,

de la que fué ponente nuestro eximio maestro don JOSÉ CASTÁN. La *fiducia* tiene sustancia de encargo. El fideicomiso puro es una disposición fiduciaria en la que el *encargo de transmitir*, que es la nota esencial fiduciaria, aflora visible en la disposición del testador, inversamente a lo que ocurre en el denominado fideicomiso secreto o confidencial. De estas dos clases de disposiciones fiduciarias surgió más tarde el tipo mixto de las designaciones testamentarias de heredero con el encargo de invertir los bienes con arreglo a las instrucciones reservadas dadas por el testador, cuya figura está proscrita por el número 4.º del artículo 785 del Código civil, pero que en forma de herencias de confianza perdura en el régimen vigente en Cataluña.

El juego íntimo del fideicomiso puro, con fuertes contactos con el antiguo *Salmann* germánico y con el vetusto *trustee* inglés, dió origen a la sustitución fideicomisaria, a través de una interesante evolución iniciada por el Derecho romano, continuada por el Derecho intermedio o común y consumada definitivamente en los Códigos actuales de Alemania y provincia canadiense de Quebec.

En la mecánica del fideicomiso puro, el entrar *una persona después de otra* en una misma herencia, se verifica gracias a aquel *encargo de transmitir* impuesto por el testador al fiduciario en beneficio del fideicomisario, que es el propiamente favorecido. Pero una vez consumada la evolución de la sustitución fideicomisaria, el entrar *una persona después de otra*—que es de esencia en todo fideicomiso—sirvió para favorecer no sólo al fideicomisario, sino primeramente al fiduciario, y después al fideicomisario, y sucesivamente a los fideicomisarios posteriores, llamados, a base de adquirir, de un modo autónomo cada uno después del otro, la herencia, no en virtud de aquel *encargo de transmitir*, sino por efecto del *orden sucesivo* estatuido por el testador al objeto de que quedaran sucesivamente beneficiados con la misma herencia.

Esta distinta función del común dispositivo fideicomisario en estos dos grandes tipos de fideicomiso es fuente de múltiples diferencias entre ambos.

En el fideicomiso *puro*, el fiduciario es un simple *minister* o *encargado*, una mera persona interpuesta, de la que se vale el testador para que la herencia la adquiera en definitiva el fideicomisario, que es al que quiere favorecer. El testador podía evitar este ro-

deo y llamar *directamente* al fideicomisario a la herencia; pero por los motivos que fueren, prefirió verificarlo *indirectamente*, mediante instituir heredero al fiduciario con el encargo de transmitir la herencia al fideicomisario, bien desde luego, bien al producirse determinada circunstancia, como, por ejemplo, al llegar el fideicomisario a la mayoría de edad, permaneciendo entretanto la herencia bajo la custodia del fiduciario, investido transitoriamente de la cualidad de heredero.

En cambio, en la sustitución fideicomisaria, el fiduciario no desempeña papel alguno de intermediario o de encargado de conservar y transmitir la herencia al fideicomisario, sino que es un verdadero heredero que adquiere como propios los bienes hereditarios y que goza y disfruta de ellos como suyos.

Claro que el fiduciario, en el fideicomiso puro, es heredero, y adquiere, en consecuencia, la propiedad de los bienes de la herencia, pero los adquiere en función de su encargo de transmitirlos, esto es, como medio o instrumento al servicio del fideicomisario, sin que regularmente pueda hacer suyos los frutos. Por el contrario, el fiduciario, en la sustitución fideicomisaria, no es un simple propietario medial, instrumental, circunstancial o *per accidens*, sino un propietario *per se*; o sea de verdad, sólo que gravado de temporalidad. Sería un propietario normal, como cualquier otro, pero sólo tiene una propiedad *ad tempus*, generalmente de por vida o vitalicia, debido a que por ser designio del testador favorecer con la misma herencia a una serie de personas, unas después de otras, es indispensable dejar libre en su día o caso la entrada en el fideicomiso al heredero que siga, conforme indique el *orden sucesivo*, que señala el curso o trayectoria de los bienes hereditarios impuesto por el testador y que pesa sobre ellos como *gravamen* de sucesividad, actuante al llegar el día o cumplirse la condición fijados por el testador.

En este segundo tipo de fideicomiso, la denominación no se aviene con su estructura, ya que, a diferencia del fideicomiso puro, no es exactamente un verdadero *fidei commissum*, pues no existe ningún encargo dejado a la fe o lealtad del fiduciario. Asimismo, la sustitución fideicomisaria no se desenvuelve sólo entre dos personas, el fiduciario y el fideicomisario, como en el fideicomiso puro, sino que cabe que a su vez el fideicomisario, para el caso de entrar en la

herencia, esté también gravado del mismo fideicomiso, y así sucesivamente hasta llegar al límite prescrito por la ley.

Estas y otras diferencias vienen a demostrar la existencia inconfundible de esas dos especies básicas de fideicomisos. Pero esta distinción es desconocida o aparece desdibujada en muchas de las legislaciones, que, al regular las sustituciones fideicomisarias, enturbian su verdadera configuración mediante expresiones más bien tomadas de los fideicomisos puros. Sin embargo, debemos hacer observar que tal distinción no pasó inadvertida por nuestro Reglamento del Impuesto de Derechos reales vigente. En sus artículos 32 y 33 son tratados fiscalmente ambas clases de fideicomisos, de acuerdo con su verdadera naturaleza jurídica, y así como en el fideicomiso puro únicamente ve una sola adquisición normalmente tributable, que es la del fideicomisario, prescindiendo de la del fiduciario, en cambio, en la sustitución fideicomisaria considera tributables la adquisición del fiduciario, desde luego, y las de los fideicomisarios sucesivos, a medida que ellas se produzcan.

Es indudable que en la actualidad el fideicomiso puro no tiene la utilidad que prestaba en Roma, donde la resistencia al expediente representacional, juntamente con otras causas, obstaculizaba el albaceazgo, que tanto se difundió después. Pero como puede aún ser útil en algún caso, no debían haberlo abandonado los modernos Códigos, pues el legislador debe proporcionar a los ciudadanos el mayor número de fórmulas jurídicas lícitas, y de haberlo recogido, probablemente se habría evitado el confusiónismo en que la mayoría de las legislaciones incurren al configurar las sustituciones fideicomisarias.

Con lo dicho no pretendemos afirmar que el legislador español ignorara la referida distinción fideicomisaria al confeccionar el Código civil. Con toda seguridad, lo que quiso fué emplear en su artículo 781 las palabras *encargo de transmitir* como equivalentes a las de «obligación... de entregar», que usa en sus artículos 783 y 785, palabras, por cierto, estas últimas que más o menos utilizan la generalidad de los Códigos, incluso el moderno de Italia. Pero tampoco esta fórmula es adecuada, según vamos a ver.

Puede afirmarse que, a excepción de algún Código civil, como el alemán y el de la provincia canadiense de Quebec, los demás que, naturalmente, admiten las sustituciones fideicomisarias, centran la

característica de las mismas en la *obligación de conservar y restituir* unos mismos bienes al fideicomisario, impuesta por el testador al fiduciario. El mismo criterio sigue en general la jurisprudencia y la doctrina de los respectivos países. Pero esta *obligación de restituir*—pues de la de conservar nos ocuparemos después—no puede ser tomada en sentido estricto, sino como expresión incongruente del fenómeno fideicomisario de sustitución o cambio de titularidad hereditaria, que viene perpetuándose por cómodo arrastre del fideicomiso puro romano.

Basta comprobar que el concepto «obligación» no se adopta en serio en esta fórmula, para llegar a la conclusión de la inexactitud rutinaria de la misma. Es indudable que no puede hablarse aquí de una obligación personal de entregar o restituir, porque si la posición del fideicomisario quedase reducida a la de un simple acreedor provisto de una pretensión para exigir su cumplimiento, sería muy fácil eludir éste, dejando reducido su derecho a una acción de indemnización de daños y perjuicios. El concepto de obligación no puede estar empleado aquí en sentido técnico o propio, ni siquiera en el sentido de obligación *ob rem*, y, por consiguiente, no puede servir para tipificar las sustituciones fideicomisarias.

El concepto de «obligación de entregar o restituir» es un concepto superado en las sustituciones fideicomisarias, y su persistencia en la mayoría de los Códigos civiles se debe a pura rutina, sostenida por la comodidad que alimenta una deficiente nomenclatura arrancada del fideicomiso puro. Lo demuestra la evolución sufrida por la sustitución fideicomisaria desde que se desprendió de aquél. La explicación de esta evolución excedería de los límites de este discurso, y por ello sólo la indicaremos a grandes trazos.

Con referencia al Derecho romano, nos dice BIONDO BRONDI (12) que la sustitución fideicomisaria presenta una evolución histórica y un régimen complicado, que es el resultado de un entrelazamiento de ordenamientos diversos y de la superposición de principios nuevos al viejo sistema, de suerte que su configuración dogmática, difícilmente puede encerrarse en una precisa formulación técnica.

Explica este autor (13) que antes del Senadoconsulto Pegasiano

(12) *Successione testamentaria. Donazioni*, en el *Tratato di Diritto romano*, dirigido por ALBERTARIO, 1943, X, pág. 479.

(13) *Ob. cit.*, X, pág. 483 y sigs.

se sentía ya la necesidad de liberar la adquisición del fideicomisario de la voluntad del fiduciario, al objeto de volverla automática. Al principio, como en todo fideicomiso, el fideicomisario no adquiriría más que un derecho contra el fiduciario para exigir la *restitutio hereditatis*; el fideicomisario solamente tenía una pretensión de carácter obligacional contra el fiduciario. Pero toda una evolución legislativa condujo a admitir efectos directos, independientes de acto alguno del fiduciario. En las Fuentes se habla siempre de *restituere* y de *restitutio hereditatis* como obligación del heredero; pero este acto adquiere un valor distinto, pues en los primeros tiempos, implicaba el cumplimiento de un acto traslativo, pero más tarde la relación hereditaria pasó de derecho al fideicomisario, y la *restitutio* determinó el transferimiento, no de la relación hereditaria, pues ésta se transmitía por la ley, sino de la situación de hecho correspondiente a la situación jurídica; dicho acto se concretaba a ser una mera inmisión en la posesión de la herencia, que podía incluso cumplirse por medio de una simple declaración de voluntad hecha por carta o por nuncio.

Y agrega dicho insigne romanista: se ha dicho que el fideicomisario universal adquiriría un derecho de crédito dirigido a la restitución de la herencia—y en este sentido cita a DERNBURG—, pero ello no es exacto sino para la fase más antigua del fideicomiso, ya que posteriormente en lugar de aquel efecto obligatorio, implicaba efectos directos, consistentes en el tránsito de la relación jurídica hereditaria, independientemente de acto alguno traslativo.

En el Derecho justiniano se había sustancialmente debilitado el significado del trámite de la *restitutio hereditatis*. En los textos del *Corpus* relativos a sustituciones fideicomisarias, continuaba pesando la idea de la *restitutio*, pero con un alcance muy diferente; en ellos no se emplea casi nunca el concepto de *substitutio*, pero POMPONIO, en sus comentarios a QUINTO MUCIO (Digesto, xxx-único, frag. 43, par. 2.º), sienta certeramente su característica básica. En el denominado fideicomiso de familia de la última época, la mayor relevancia del *ordo successivus*, fundamental en las sustituciones fideicomisarias, ayudó a oscurecer aún más la trascendencia que en el fideicomiso de sustitución romano desplegaba la *restitutio*.

En el Derecho intermedio, o Derecho común, al que cerró el período de codificación moderna; la idea de *obligación de restituir*

perduraba en el concepto de sustitución fideicomisaria, lo que ha hecho afirmar a BARASSI (14) que el fideicomisario no contaba sino con un derecho de crédito contra el fiduciario para la restitución de la herencia, quedando encomendada ésta a la lealtad de aquél. Pero esto no es exacto, pues más que como obligación se concibe como *gravamen restitutorio* y un examen a fondo de las obras de los grandes juristas clásicos sobre fideicomisos, como PEREGRINUS (15), FUSARI (16), MOLINA (17) y BONFINO (18), aparte de los autores de tratados generales en los libros dedicados a fideicomisos, como el Cardenal DE LUCA (19), CHIFFLETIUS (20) y otros más, conducen a la conclusión de que es la idea del *orden sucesivo* la que en definitiva domina decisivamente en la estructuración de la sustitución fideicomisaria.

Esto hace que nuestro GREGORIO LÓPEZ en su glosa a *Las Partidas* (ley 14, título 5.º, libro VI) afirma que «así que cede el fideicomiso, *pasa de derecho* la herencia al sustituto fideicomisario, sin necesidad de restitución real ni verbal», si bien, empero, para que éste obtenga la posesión de los bienes es indispensable la restitución de la misma. También PEREGRINUS (21), fundado en la glosa de BARTOLO, y con referencia a la sustitución fideicomisaria condicional y por ende a la *sine liberis*, sostiene que al advenir la condición, *dominium rei in fideicommissarium transit*, sin requerirse ninguna restitución.

Conforme indica GANGI (22), en la Edad Media la sustitución fideicomisaria asumió carácter propio diverso del que tenía en el Derecho romano, a lo que añade NICCOLAI (23) que al concepto de que el fiduciario era *rogatus restituere*—lo que hacía considerar al fideicomisario como un cesionario—, varios estatutos sintieron la necesidad de declarar que la herencia pasaba *ipso iure* al sustituto

(14) *Le successioni per causa di morte*, 1944, pág. 469.

(15) *Tractatus frequentissimus de Fideicommissis*.

(16) *Tractatus de Substitutionibus*.

(17) *De Primogeniorum Hispanorum*.

(18) *De Iure Fideicommissorum*.

(19) *Theatrum veritatis et institutae*, libro X, e *Il dottor volgare*, libro X.

(20) *Thesaurus Juris Romani*, de Orro, 1634, vol. V.

(21) *Ob. cit.*, art. 40, núm. 7.º

(22) *La successione testamentaria nel vigente Diritto italiano*, 1952, II, página 275.

(23) *La formazione del Diritto successorio negli Statuti comunali del territorio lombardo-tosco*, 1940, pág. 314.

por *fideicommissum*, sin precisar restitución por parte del fiduciario. BUSSI (24) pone de relieve que en el Derecho común más que a la obligación de restituir, se tenía en cuenta al orden sucesivo, quedando reducida aquella obligación para los Doctores clásicos, a la categoría de un elemento para decidir sobre la existencia de la sustitución fideicomisaria.

Todo esto representa en el Derecho común o intermedio un magnífico avance en el proceso evolutivo hacia la exacta concepción técnica en la sustitución fideicomisaria, que en su definitiva expresión legislativa han acogido los Códigos civiles de Alemania y de la provincia canadiense de Quebec.

El más expresivo es este último Código, el cual en su artículo 925 dispone que el efecto de la sustitución fideicomisaria tiene lugar en virtud de la ley y en el tiempo fijado por el testador, sin necesidad de tradición ni de ningún otro acto de parte del fiduciario. En el Código civil alemán, bajo el concepto de *heredero sucesivo* (*Nacherbe*)—tomada del Código austríaco—la sustitución fideicomisaria se hace efectiva *de derecho*, sin necesidad de entrega alguna, al llegar el día o cumplirse la condición prevista en el sentido de producirse la apertura de la sucesión fideicomisaria o sucesiva, de manera que, conforme al artículo 2.139 de dicho Código, llegado el caso de la sucesión sucesiva, cesa en la herencia el heredero fiduciario y se defiende la misma al heredero sucesivo o fideicomisario.

En estos Códigos, no se emplea para tipificar la sustitución fideicomisaria aquella obligación de restituir, sino el orden sucesivo impuesto por el testador, el cual, en su día o en su caso, opera automáticamente el tránsito de la herencia del fiduciario al fideicomisario, quedando reducida la obligación de restituir a la función puramente accesorio o secundaria de tener que verificar el fiduciario, o sus herederos, la entrega puramente posesoria de los bienes hereditarios al fideicomisario, al igual que ha de efectuarse el usufructuario al extinguirse el usufructo, el poseedor, vencido en juicio reivindicatorio y el heredero instituido bajo condición resolutoria una vez ésta cumplida. Esta entrega de bienes no es, por tanto, fundamental, pues puede no existir si el fiduciario o sus he-

(24) *La formazione dei dogmi di Diritto privato comune*, en *Studi di Diritto privato*, de RORONDI, 1939, vol. XXVII bis, pág. 213.

rederos, los abandonan y a veces pueden estos resistirla, a título de derecho de retención que la ley concede para garantizar el abono de mejoras, anticipos y demás derechos o créditos que el fiduciario ostentare contra el fideicomiso, y cuyo derecho de retención posesoria fué regulado para Cataluña por una Real cédula del Rey Carlos III de fecha de 27 de febrero de 1742.

Causa ciertamente verdadera extrañeza que los demás Códigos continuaran centrando el concepto de sustitución fideicomisaria en la *obligación de restituir*, especialmente el Código civil vigente en Italia, que en su artículo 696 establece que «la herencia se transfiere al sustituto en el momento de la muerte del instituido». Es inexplicable que estos Códigos no configuraran la sustitución fideicomisaria a base de la evolución realizada en la misma, en el sentido de que el tránsito o desplazamiento de la herencia del poder del fiduciario al del fideicomisario tenía lugar, no por obra del acto de entrega o restitución de los bienes de la misma, sino por el mero hecho de llegar el día o cumplirse la condición que para la actuación del *orden sucesivo* había establecido el testador.

Es perfectamente explicable que en el Derecho romano la cesación del fiduciario en la titularidad de la herencia, y la entrada en ella del fideicomisario, necesitare el expediente de la *restitutio hereditatis*, no sólo por ser la sustitución fideicomisaria un derivado histórico del fideicomiso puro, sino principalmente por su resistencia a la concepción de una propiedad *pro tempore*, o sea, adquirida sólo por durante un tiempo más o menos cierto y extingible *in rem*, para pasar después al fideicomisario, sin acto alguno de entrega o tradición.

Es sabido que en Derecho romano la propiedad o el dominio, por considerarlo de naturaleza perpetua, no admitía que pudiera adquirirse *ad tempus*, es decir, afectando temporal e intrínsecamente como gravamen al derecho de propiedad y quedando extinguido el dominio automáticamente al vencer un término o al cumplirse una condición. La actuación de este término o condición en una adquisición de propiedad sólo cabía por vía de pacto o negocio jurídico, del que nacía una *obligación* por parte del adquirente de cesar en ella y transmitirla o restituirla a otro al llegar el día o cumplirse la condición fijados. En una palabra, en cuanto a la propiedad adquirida, los efectos extintivos del término o condición es-

tablecidos, podían obrar *in personam*, o sea, con eficacia obligacional, pero no *in rem*, o sea con eficacia real. Este estado de cosas subsistía aún en tiempos del emperador Diocleciano, que proclamaba que *ad tempus proprietatis transferri nequiverit*, porque, como decía MOLINA (25), *dominium namque non potest manere in pendent*, si bien la mayoría de los intérpretes llegaron a sostener que la propiedad resoluble ya era admitida en el Derecho nuevo, a pesar de que en un escolio de las *Basílicas*, continuaba afirmándose que *nam temporalis proprietatis non datur*.

En Derecho intermedio fué francamente admitida la propiedad resoluble, o sea, la propiedad adquirida con la carga de un término o condición, que por actuar *in rem* daba lugar a la adquisición de un dominio *enfermo*. Y lo mismo ocurre en la mayoría de los Códigos civiles actuales, salvo aquellos que, como el alemán, siguen en este aspecto el criterio romano, por más que ello no ha sido obstáculo para la adopción de las sustituciones fideicomisarias, fundadas en el *orden sucesivo*.

Si en nuestro ordenamiento jurídico, como en otros análogos, es posible la existencia de la propiedad adquirida *ad tempus*, no se explica cómo los mismos todavía se empeñan en cimentar el concepto de sustitución fideicomisaria sobre aquella periclitada *obligación* de entregar o restituir. Pero la doctrina va poco a poco encaminándose hacia el verdadero concepto de la sustitución fideicomisaria, aunque no haya llegado todavía a su perfecta construcción, especialmente tratándose de fideicomisos condicionales, como los *si sine liberis decesserit*.

Así, en la misma Italia, un gran sector doctrinal, entre el que se encuentran GANGI (26), BARBERO (27), MESSINEO (28) y otros más, configuran la sustitución fideicomisaria como una combinación de dos adquisiciones de propiedad a término: una, a favor del fiduciario, que es una propiedad a término final, y la otra, a favor del fideicomisario, que es una propiedad a término inicial, ambas coincidentes en el momento de la apertura de la sustitución, calificando VENE-

(25) Ob. cit., lib. I, cap. 19, núm. 9.

(26) Ob. cit., II, pág. 318.

(27) *Sistema istituzionale del Diritto privato italiano*, 1949, II, pág. 793.

(28) *Manuale di Diritto civile e commerciale*, 1952, III, pág. 120.

ZIAN (29) y PIRAS (30) a la propiedad adquirida por el fiduciario de «*proprietà interinale*» o «*titularità temporanea*», debido a que a su favor se ha producido una «*trasmissione dilazionata*». Semejante postura adoptan varios tratadistas franceses, tales como POTHIER (31), DEMOLOMBE (32) y muchos otros, al definir la propiedad del fiduciario como una propiedad «*durable*» hasta que llega la efectividad de la sustitución, por adquirirla solamente por un tiempo determinado, surgiendo, por ende, una propiedad a término o a condición, es decir, una propiedad *ad tempus*.

LA CONDICIÓN «SI SINE LIBERIS DECESSERIT»

El fideicomiso *si sine liberis decesserit* es, sin género de duda, una sustitución fideicomisaria condicional, ya que el gravamen sustitutorio solamente llega a ser efectivo en el caso de que el fiduciario fallezca sin dejar hijos, o sea *si sine liberis decesserit*, o lo que es igual, *si absque liberis moreretur*.

Es una condición de signo negativo condicionante de la actuación del fideicomiso, ya que si el fiduciario o anterior llamado a la herencia fallece sin dejar hijos, queda cumplida la condición y opera la sustitución fideicomisaria, mientras que si fallece dejando hijos la condición queda incumplida y el gravamen fideicomisario se desvanece.

Esta es la forma corriente de formularse este fideicomiso, dado que es excepcional el supuesto que el Cardenal MANTICA (33) expone, que el hecho condicionante de no dejar hijos se refiera al tiempo de la muerte de una tercera persona.

Por Derecho romano, en virtud de la ley *Cum avus* (Digesto, xxxv-1, frag. 102, confirmada por el *Codex*, vi-25, ley 6, pár. 1.º, y vi-42, ley 30)—que recoge el Código civil alemán, así como el austríaco—, se sobreentiende, por razones de humanidad o piedad, que

(29) *Opere giuridiche*, 1925, pág. 89.

(30) *Sostituzione fedecommissaria nel Diritto civile italiano*, 1952, página 36 y sigs.

(31) *Traité des Substitutions*. VIII, *Ceuvres*, 1845-1848, núm. 191.

(32) *Traité des donations*, 1869, I, núms. 90 y 92.

(33) *Tractatus de coniecturis ultimarum voluntatum*, 1660, pág. 536.

la sustitución fideicomisaria a término impuesta por el testador a un descendiente suyo, a favor de otro pariente o de un extraño, es un fideicomiso *sine liberis*. Esta ley la ha aplicado el Tribunal Supremo en asuntos de Cataluña (Sentencias de 18 de junio de 1906 y 30 de junio de 1928). VOER (34) y otros autores clásicos, consideraban aplicable esta ley incluso si el fiduciario es hijo natural. No obstante, es opinión común entre los tratadistas antiguos, que esta especie de conversión legal de tipo de fideicomiso, no cabe conjeturarla cuando el fiduciario tenga hijos al disponer la sustitución fideicomisaria el testador, a menos que éste ignorase que existían.

Nuestro Código civil, al igual que la generalidad de los Códigos, guarda silencio acerca de esta ley romana, pero dado el alcance interpretativo de la misma, debería ser considerada aplicable.

El fideicomiso *sine liberis* es una figura fideicomisaria tan humana, que no sólo se presume en el caso anterior de la ley *Cum avus*, sino en otros. Así, por ejemplo, en los fideicomisos con pluralidad de llamamientos de fideicomisarios sucesivamente escalonados, si el fideicomiso impuesto al fiduciario es del tipo *sine liberis*, se presume repetido o reproducido en todos los llamamientos fideicomisarios sucesivos. Así lo aplican las Sentencias de 22 de octubre de 1889 y 18 de junio de 1906.

Los tratadistas clásicos establecían una serie de presunciones sobre la prueba del hecho de haber fallecido el fiduciario sin dejar hijos. MANTICA (35) llega a distinguir cinco hipótesis de fuerte trascendencia procesal.

El hecho base de la condición *si sine liberis decesserit* es no dejar hijos al fallecer el fiduciario, o el fideicomisario o fideicomisarios llamados y gravados a su vez, que lleguen a entrar en la herencia. Pero las cláusulas fideicomisarias a veces son poco correctas en orden al vocablo «dejar» hijos, por confundir la palabra «dejar» con la de «tener», ya que si esta última es empleada en su sentido estricto o literal, cambia por completo el tipo fideicomisario, pasando a ser un fideicomiso *si liberos suscepit*. Pero creemos que si no resulta ser otra la voluntad del testador, en la duda hay que tomar la palabra «tener» como si se hubiere querido decir «dejar»,

(34) *Commentarius ad Pandectas*, 1829, II, libro 36, núm. 17.

(35) Ob. cit., pág. 557.

por ser muchas veces ello producto de una irregularidad gramatical (36).

Otro problema interpretativo muy importante que el fideicomiso *sine liberis* plantea es el relativo al alcance que hay que atribuir a la palabra *hijos*, tanto más en la lengua española, en la que no existe el equivalente de la palabra *liberi*. Lo corriente en las cláusulas fideicomisarias es utilizar la palabra «hijos» sin expresar la calidad de los mismos. En la determinación de las clases de hijos que en ella se entienden comprendidos se extendían mucho los autores antiguos.

En lo que no se suscitaba discusión de clase alguna era en lo que decía SALA (37), esto es, que si el fiduciario fallece con «hijos legítimos y naturales» queda incumplida la condición y, en consecuencia, no puede el fideicomisario entrar en la herencia, por haberse extinguido el fideicomiso. Es de advertir que este autor habla de «hijos legítimos y naturales» en el sentido de que sean «hijos de legítimo matrimonio procreados», expresiones ambas con frecuencia utilizadas antiguamente. El concepto de hijo «natural» no es empleado en el significado canónico y que posteriormente le ha dado el Código civil, sino en el de hijo carnal del fiduciario, o sea como hijo *verus* o *non factus*, con lo que se quiere excluir a los hijos adoptivos.

La exclusión, a estos efectos, de los *hijos adoptivos* es *receptissima sententia*, según FUSARIO (38), el cual trata extensamente esta materia. Y esto es lógico, por la sencilla razón de que no debe poder depender de la simple voluntad del fiduciario el hecho de estar o no gravado por el fideicomiso.

La cuestión que ha dado lugar a diversos pareceres es la relativa a si hace incumplir la condición *si sine liberis decesserit la existencia de hijos legitimados por subsiguiente matrimonio*, principalmente cuando el testador ha puesto en condición sus hijos con la expresión de «hijos de legítimo matrimonio procreados», ya que los hijos que el posterior casamiento de los padres hace legítimos, son hijos procreados fuera del matrimonio de aquéllos. Hoy podemos prescindir de la amplia discusión originada en este punto, ya que

(36) Ob. cit., V, cap. XVII.

(37) *Digesto romano español*, 1856, libro XXXVI, pág. 73.

(38) Ob. cit., cuest. 316, núm. 1.

nuestro Tribunal Supremo, en Sentencias de 11 de junio de 1885 y 9 de octubre de 1906, ha declarado que los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio de sus padres, a no expresar otra cosa el testador, están equiparados, a estos efectos, a los legítimos.

En este tipo de fideicomiso que nos ocupa suele entenderse lógicamente que bajo el nombre de «hijos» están comprendidas las «hijas». Así se producen SURDUS (39), CASTILLO DE SOTOMAYOR (40), BARBOSA (41) y la mayoría de los tratadistas.

Muy discutido ha sido el problema de si los *hijos naturales* entran en la condición *si sine liberis decesserit*. MENOCHIVS (42) expone las diversas opiniones acerca de este problema. En un texto del *Digesto* (XXXVI, 1, frag. 17, pár. 4.º), ULPIANO dice que, según PAPINIANO, en el fideicomiso *sine liberis* establecido por un «libertino», la sobrevivencia de un hijo natural suyo hace que falte esta condición; pero ULPIANO opina que en esta cuestión hay que estar a la voluntad del testador, y en defecto de ésta, a la dignidad y posición social del mismo, lo que equivale a distinguir entre categorías de las personas. Pero hay que tener en cuenta que en Roma, el hijo natural era el nacido de concubinato o especie de matrimonio *de facto*, y que después perdió este significado. ANTONIO GÓMEZ (43) presenta tres tendencias producidas en este punto, inclinándose más bien por la segunda de ellas, que es la que por regla general estima que los hijos naturales no impiden la sustitución. Nosotros creemos que primeramente hay que estar a la voluntad del testador, y, en defecto de ella, actualmente hay que entender que los hijos naturales no están comprendidos en la condición *si sine liberis decesserit*, por la simple razón de que el hondo sentido familiar de este tipo de fideicomiso presupone siempre descendencia legítima.

Por este motivo hay que estimar que no existe cuestión acerca de los *hijos ilegítimos* propiamente dichos. FABER (44) expresa que los hijos espúreos, o sea los nacidos no de concubina, sino de *dam-*

(39) *Decisiones universae*, 1644, decis. LXVI núm. 2.º

(40) *Quotidianarum controversiarum iuris*, 1658, V, cap. 66.

(41) *Variae Tractationes iuris*, 1631, parte II, *appellativa* XCIX, número 48 y sigs.

(42) *De Praesumptionibus, coniecturis, signis et indiciis*, 1606, libro IV, presun. 88.

(43) *Variae resolutiones* 1761, cap. V, núm. 40.

(44) *Codex Fabrianus*, 1740, lib. VI, tit. 25, definición 2.º

nato coito, no evitan la actuación del gravamen fideicomisario, pues de lo contrario constituiría una invitación a la inmoralidad.

En otro aspecto, aunque en la condición se hable de «hijos», o sea en plural, es suficiente que el fiduciario deje sólo uno, sea varón o mujer, para que la condición quede incumplida y extinguido por tanto, el fideicomiso. Un texto del *Digesto* (xxxv-1, frag. 101, par. 1º) expresa que en nuestro fideicomiso «falta la condición según la voluntad, aunque únicamente se haya dejado un solo (hijo) sobreviviente»; y un texto de GAYO en el *Digesto* (L-16, frag. 148) afirma que no está sin hijos el que tiene por lo menos un hijo o hija, porque el concepto de hijos siempre se expresa en plural.

Asimismo diremos con VOET (45) y otros autores, que es indiferente que el fiduciario fallezca con descendientes de primero o ulteriores grados, o sean hijos, nietos o bisnietos, ya que de no resultar ser otra la voluntad del testador, dentro de la palabra «hijos» se entienden incluidos los nietos y demás descendientes, conforme determina el *Corpus (Digesto, L-16, frags. 84, 201 y 220, y en otros textos)* y acepta reiterada jurisprudencia (46).

También es indiferente—como afirma dicho mismo autor (47)—que los hijos o nietos puestos en condición estén ya *nacidos* al fallecer el fiduciario o sólo *concebidos*, porque en el *Digesto* (L-17, frag. 184) se dice que «si alguno dejó embarazada a su mujer, no parece que falleció sin hijos», siempre, claro está, que lleguen después a nacer en las condiciones legales. Y añade el propio autor que la condición del fideicomiso queda incumplida con tal que el hijo o nieto sobrevivan a su padre fiduciario, aunque fuese por *brevísimo tiempo*.

Esto es perfectamente admisible, pero es de observar que en Cataluña la sobrevivencia fugaz de un hijo no siempre hace inoperante el gravamen fideicomisario, ya que éste suele imponerse, no sólo para el caso de fallecer el fiduciario sin dejar hijos, sino que incluso dejándolos no tengan o no lleguen a la edad de testar, o sea a la pubertad. FONTANELLA (48) ya da en su tiempo como frecuente esta prevención, la cual es perfectamente admisible en el

(45) Ob. cit., lib. 36, tít. 1.º, núm. 15.

(46) Ver, entre recientes Sentencias, las de 7 de junio de 1950 y de 29 de febrero de 1952.

(47) Loc. cit.

(48) *De pactis nuptialibus*, 1752, tomo I, cláusula IV, glosa 24.

régimen del Código civil: Cuando esta prevención exista, en el caso no frecuente de que el fiduciario al fallecer deje solamente uno o más hijos impúberes o sólo concebidos, la sustitución fideicomisaria ha de quedar, mientras tanto, en suspenso hasta que el único o alguno de estos hijos alcance la pubertad, pues de fallecer todos impúberes, la condición se considerará cumplida. En este estado de suspensión, la Sentencia de 22 de marzo de 1905 tiene declarado que procede que entren en posesión de la herencia los hijos herederos del fiduciario.

El gravamen fideicomisario debe subsistir durante toda la vida del fiduciario, a menos que desaparezca la posibilidad de que le sobrevivan fideicomisarios o que todos, absolutamente todos, los fideicomisarios posibles, renuncien eficazmente a su derecho al fideicomiso. En uno y otro caso, lógicamente, el gravamen fideicomisario se extingue por faltarle destinatarios al fideicomiso.

Esta imposibilidad de fideicomisarios ya por no haberlos o por renunciar los que hubiere, es fácil de determinar cuando todos los fideicomisarios son personas individualmente conocidas, pero no cuando se trata de personas genéricamente designadas, como en el caso de que el testador haya llamado por fideicomisarios a los «hijos», sea directamente, sea mediante sustitución vulgar en fideicomiso.

Así, por ejemplo, en el supuesto de que el testador haya instituido heredero gravado de fideicomiso *sine liberis* a su hijo Ticio, y designado fideicomisarios sucesivos a sus otros hijos, Cayo y Julia, y a falta de éstos a sus respectivos hijos, por vía de dicha sustitución vulgar en fideicomiso, es jurídicamente inadmisib'e que quede extinguido el gravamen fideicomisario, aunque dichos Cayo y Julia renuncien eficazmente a su derecho al fideicomiso y que también lo hagan sus respectivos hijos y descendientes que a la sazón vivan, pues siempre cabrá la posibilidad de que al fallecer el fiduciario Ticio existan otros hijos o descendientes de Cayo y Julia distintos de aquellos que renunciaron al fideicomiso.

No falta quien haya pretendido que se declare jurídicamente extinto el fideicomiso, a base de querer probar con certificaciones médicas u otros medios que ni Cayo ni Julia pueden tener hijos o que no pueden tener más de los que tienen, debido a su avanzada edad o a otras circunstancias. Pero esta prueba no puede ser legalmente

definitiva. Basta con pensar que, si Cayo está casado; puede enviudar y contraer nuevo matrimonio con mujer más o menos joven y tener hijos del nuevo enlace, cuando no por resultado de la presunción legal de paternidad que establece el artículo 108 del Código civil, así como que Cayo y Julia pueden, mientras vivan, llegar a reconocer como hijos a los tuvieron juntos de solteros, y que por ser de condición naturales, el posterior matrimonio de sus padres los legitimó.

Esta misma cuestión puede plantearse respecto del hecho de dejar o no hijos propios el fiduciario gravado de fideicomiso *cum liberis*.

EL FIDEICOMISO «SI SINE LIBERIS DECESSERIT» Y LA CONDICIÓN RESOLUTORIA

Por ser el fideicomiso *sine liberis* una sustitución fideicomisaria *condicional*, son muchos quienes erróneamente consideran que el heredero gravado con este tipo de fideicomiso es un heredero instituido bajo *condición resolutoria*.

En la doctrina italiana, principalmente durante el Código civil anterior al vigente, esta cláusula *si sine liberis decesserit* originó tal discusión, que de ella dijo CALIENDO (49) que estaba «destinada a constituir el tormento de juristas y de prácticos». Esta discusión de pesadilla que produjo densa literatura jurídica en Italia, tiene su explicación en que en este país el Código civil de 1865 prohibía en absoluto la sustitución fideicomisaria, y como contra este rígido sistema—según expresan BRUNELLI y ZAPUILLI (50)—reaccionaba la conciencia social, se procuraba sortear el obstáculo mediante someter la institución de heredero a la cláusula *si sine liberis decesserit*, con designación de otro destinatario para el caso de cumplirse la condición.

La discusión se centró acerca de si el empleo de la condición *si sine liberis decesserit* daba o no lugar a una sustitución fideicomisaria prohibida por la ley. El problema se refería a todo fideicomiso

(49) *Della clausola «si sine liberis decesserit» posta all'istituzione di herede*, en *Giurisprudenza Italiana*, 1928, 1, 1.º, núm. 1.153.

(50) *Libro delle successioni e donazioni*, 1940, pág. 394.

condicional, pero más especialmente al fideicomiso *sine liberis*, debido a que en éste, por la índole de la condición, la efectividad o la purificación del gravamen fideicomisario se producía al fallecer el fiduciario, lo que imprimía más carácter fideicomisario.

ASCOLI (51), POLACCO (52), RUGGIERO (53) y otros más optaron por la tesis de que la cláusula *si sine liberis decesserit* puesta a una institución de heredero equivalía a imponer un fideicomiso prohibido por el Código, pues por referirse la condición al tiempo de la muerte del instituido, se lograba un resultado semejante al de una sustitución fideicomisaria. Otros autores sostuvieron criterio contrario, y no faltó tampoco la postura intermedia fundada en que se trataba de una *quaestio facti*, es decir, de un problema de interpretación de la verdadera voluntad del testador. La jurisprudencia italiana más bien se inclinó a favor de la tesis de la validez, o sea que en este caso no se incidía en una sustitución fideicomisaria.

En Francia también ha sido discutida esta cuestión, si bien sin tanta amplitud y con diferencias respecto de Italia, admitiéndose como cosa distinta de la sustitución prohibida por la ley, en cuanto exceda de sus límites, el denominado doble legado alternativo condicional. La jurisprudencia de dicho país, que antes veía en esta fórmula una sustitución, después mantuvo aquella tesis intermedia dirigida a auscultar la verdadera intención del testador.

En toda esta discusión, los argumentos esgrimidos son numerosos, pero, en nuestra opinión, la mayoría de ellos carecen de base, son erróneos, lo cual sólo es comprensible por el anhelo de superar la prohibición legal de los fideicomisos o las limitaciones impuestas a su ámbito.

Autores como LONGO (54), BUTERA (55) y tantos otros, así como la Sentencia de la Corte de Casación de Roma, de 12 de julio de 1923, estiman que la institución de heredero con sustitución fideicomisaria *si sine liberis decesserit* es cosa distinta de la institución de heredero bajo la condición resolutoria *si sine liberis decesserit*, con designación de otra persona llamada para recibir la herencia en

(51) *Rivista di Diritto Civile*, 1911, pág. 723 y sigs.

(52) *Delles successioni*, 1937, I, pág. 394.

(53) *Istituzioni di Diritto civile*, 1926, II, pág. 895.

(54) *Rivista di Diritto Civile*, 1922, pág. 401.

(55) La cláusula «*si cum vel sine liberis decesserit*» e la sostituzione fedecommissaria vietata, en *Il Foro Italiano*, 1929, I, pág. 129.

el caso de cumplirse esta condición, aunque, de cumplirse ésta, el primeramente llamado no tuviere que devolver los frutos percibidos, por quererlo así el testador. En la doctrina francesa son también varios los autores que, como SAVATIER (56) y COLIN y CAPITANT (57), sustentan el mismo criterio respecto de los legados.

En síntesis, esta tendencia doctrinal parte de una noción monista o excesivamente estricta de la sustitución fideicomisaria, al concebirla, en todo caso, como un doble o plúrimum llamamiento de varias personas por un testador, para que, conforme al orden sucesivo fijado y mediante aquella obligación de conservar y restituir, adquieran con *seguridad* todas ellas, la una después de la otra, la misma herencia relicta. En consecuencia—alegan tales autores—, la institución hereditaria bajo la condición resolutoria *si sine liberis decesserit* dispuesta alternativamente a favor de dos personas, es figura jurídica *distinta* de la sustitución fideicomisaria, ya que si la persona primeramente llamada fallece sin dejar hijos, se cumple la condición resolutoria con sus *efectos retroactivos* o *ex tunc*, los cuales, al aniquilar en absoluto el primer llamamiento, hacen que éste se haya de estimar como si no se hubiere efectuado y que el llamado en segundo lugar, que estaba sujeto a una condición suspensiva, inversa, se produzca al igual que si desde que falleció el testador hubiere sido heredero, y sucediéndole directamente, y no indirectamente por medio de un fiduciario interpuesto, y, por el contrario, si por fallecer con hijos el llamado en primer lugar queda incumplida la condición, éste es considerado como si desde el principio hubiere sido el único llamado, reputándose el otro llamamiento como si no hubiere llegado a formularse.

En uno y otro supuestos—agregan—, todo resulta de la misma manera que si no hubiere habido nunca el doble llamamiento de heredero, ni por ende el orden sucesivo, ya que no puede hablarse aquí de dos actos de liberalidad que sucesivamente se ejecutarán, así como tampoco propiamente de obligación de conservar y restituir, pues aunque no la repeliera la institución condicional de heredero, sería en todo caso una restitución eventual, por estar supeditada a un hecho futuro e incierto, y no hay que olvidar—afirma LONGO—

(56) *Cours de Droit civil*, 1951, III, pág. 464.

(57) *Curso elemental de Derecho civil*, 1951, VIII, pág. 176.

que eventualidad de restitución y fideicomiso son dos términos inconciliables.

A impugnar estas consideraciones se dirigen los argumentos de aquellos otros autores que sustentan el criterio opuesto de que la institución hereditaria bajo condición resolutoria *si sine liberis decesserit* implica siempre una sustitución fideicomisaria del tipo que examinamos, así como aquellos otros tratadistas que acogen una posición intermedia fundada en la estricta voluntad del testador.

Nosotros creemos que en estas diferentes opiniones—que han llegado a inspirar a DE DIEGO (58) y a IGLESIAS (59)—se esgrimen razonamientos que muchas veces son erróneos, por cuyo motivo se llega bastante a menudo a conclusiones equivocadas, solamente explicables por el referido afán de obviar la prohibición o excesiva limitación de los fideicomisos por las leyes.

Sostener que la institución hereditaria bajo la condición resolutoria *sine liberis* es figura diferente a la institución hereditaria con fideicomiso *sine liberis*, porque en ésta y no en aquella hay doble llamamiento hereditario, orden sucesivo y seguridad de que el segundo llamado o fiduciario será heredero efectivo, gracias a aquella pretendida obligación de conservar y restituir la herencia por parte del fiduciario, equivale a negar la posibilidad de los fideicomisos condicionales, lo cual desmiente la historia milenaria de la institución.

Asimismo, sostener que la institución hereditaria bajo condición resolutoria *sine liberis* envuelve o entraña siempre el tipo de fideicomiso que nos ocupa, es negar la diferenciación institucional que separa ambas figuras, incluso si el testador, en aquella primera figura; en previsión de que pudiese cumplirse la condición resolutoria, dispensare al primeramente instituido de devolver los frutos percibidos o le legase el usufructo de la misma herencia, ya que, en este caso, tampoco se incurría en fideicomiso, pues el fiduciario, sea o no condicional, mientras permanece suya la herencia, tiene mayores prerrogativas que un simple usufructuario o heredero amenazado de condición resolutoria.

Para salir de este embrollo, es preciso intentar un buen enfoque

(58) Ob. cit., pág. 89.

(59) *Sobre fideicomisos y sustituciones fideicomisarias*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1949, pág. 109.

de la cuestión, al objeto principal de completar la verdadera configuración del fideicomiso *sine liberis*, para su distinción de la institución condicional de heredero, entre cuyas dos fórmulas podrá elegir el testador, lo cual será el medio adecuado para lograr que la voluntad de éste prevalezca.

Es del todo evidente que la institución de heredero bajo condición resolutoria *si sine liberis decesserit*, con designación alternativa de destinatarios, es una figura jurídica completamente diferente de la institución de heredero con gravamen de fideicomiso condicional *si sine liberis decesserit*; al menos en cuanto esta condición pende y se cumpla. Y la diferencia consiste en que, así como en el primer caso la condición es resolutoria y retroactiva y afecta a la institución hereditaria en sí, de suerte que una vez se cumpla destruye la institución misma, así como destruye el tiempo intermedio, en cambio, en la segunda, o sea en el fideicomiso *sine liberis*, la condición no es de tipo resolutorio y retroactivo ni afecta a la institución hereditaria, sino tan sólo a la sustitución fideicomisaria, como tal, de manera que en caso de cumplirse la condición, todo se reduce a que el fideicomiso eventual se convierta en actual a partir de este momento.

Que en la institución hereditaria sujeta a condición resolutoria *sine liberis*, la condición recae sobre la institución hereditaria misma, y en la institución hereditaria con fideicomiso *sine liberis* recae no sobre la institución de heredero, sino sobre el gravamen fideicomisario, es tan evidente, que de las propias palabras o conceptos usados resulta que allí lo condicionado es la institución, y aquí lo condicionado es el fideicomiso o sustitución fideicomisaria. SAVERIO, MARTÍNEZ y AZZARITI (60), con cita a RICCI, VENZI y algunas Sentencias de la jurisprudencia italiana apuntan esta distinción.

A esta diversa expresión entre la *conditio institutionis* y la *conditio substitutionis* corresponde una profunda diferencia de efectos, sobre todo si se la combina con una condición resolutoria y retroactiva en aquella, y con una condición que se emplea sin más precisión en ésta, conforme resulta del modo de expresarse de los autores clásicos.

De esta diferencia, tanto respecto al punto de gravitación de la condición, como del sentido de ésta, en orden principalmente a su

(60) *Successioni per causa di morte e donazioni*, 1948, pág. 502.

cumplimiento, resultan con gran claridad las diferentes consecuencias que se producen en uno y otro caso.

En la institución hereditaria bajo condición resolutoria *sine liberis*, si esta condición se cumple por fallecer el instituido sin dejar hijos, el efecto retroactivo de la condición cumplida exterminará la institución hereditaria otorgada a favor del primeramente llamado, en el sentido de consideración como si nunca se hubiere verificado, pues se estimará que el llamado en segundo lugar fué el único heredero existente desde el primer día. En cambio, en la institución hereditaria sujeta a fideicomiso *sine liberis*, si el heredero fallece sin dejar hijos, todo se reduce a que entre en actuación efectiva el gravamen fideicomisario y, en consecuencia, la herencia haga tránsito al fideicomisario, el cual pasa a ser titular de la misma, pero tan sólo a contar del fallecimiento del fiduciario.

El alcance de la condición *si sine liberis decesserit* es, pues, muy distinto en uno y en otro caso para el heredero, siempre que esta condición sea contemplada durante su pendencia, y en caso de su cumplimiento, ya que en función de su incumplimiento, no llegan a ofrecer los dos supuestos sustanciales diferencias.

Lo peor que puede ocurrirle al heredero fiduciario en la sustitución fideicomisaria *sine liberis*—y en general en las de tipo condicional—es que, de cumplirse la condición por fallecer sin dejar hijos, cese, termine o caduque desde entonces su propiedad sobre los bienes o titularidad sobre la herencia fideicomitida para pasar ésta a la nueva titularidad del fideicomisario, pero sin que ello borre el hecho de haber sido el fiduciario heredero efectivo hasta este mismo momento, con todas sus consecuencias jurídicas, entre ellas la de no tener que devolver los frutos percibidos durante el interregno, por haberlos hecho suyos, no por concesión del testador o de la ley, sino por la lógica institucional de la sustitución fideicomisaria, todo lo cual contrasta fundamentalmente con las consecuencias del cumplimiento de la condición resolutoria *sine liberis* impuesta a la institución de heredero.

Se dirá que esta diferencia de efectos proviene de que en la sustitución fideicomisaria la condición *sine liberis* actúa *ex nunc*, o sea a partir del momento de fallecer el fiduciario sin hijos, mientras que en el otro caso opera *ex tunc*, o sea retroactivamente; pero hay que destacar que aquella actuación *ex nunc* del fideicomiso condi-

cional no es consecuencia de una cancelación de los efectos retroactivos de la condición cumplida, sino más bien mera secuela de la circunstancia de afectar la condición no a la existencia de la institución hereditaria, sino tan sólo a la del fideicomiso que eventualmente la gravaba.

Ade más, la retroacción no es una constante de toda condición cumplida, y la voluntad puede excluirla, así como ha dejado de ser necesaria en varias legislaciones modernas (Código federal suizo de obligaciones y Código civil alemán). Pero es que en las sustituciones fideicomisarias condicionales la propia estructura de las mismas repele toda idea de retroacción destructora de la fase de propiedad realmente ejercida, *medio tempore*, por el fiduciario, sobre los bienes hereditarios.

En la sustitución fideicomisaria a término, en la que fatalmente ha de llegar el día señalado por el testador para que la herencia haga tránsito al fideicomisario o a sus herederos, nadie habla de retroacción, porque la torna inútil la esencia misma de la sustitución, ya que ésta es un dispositivo que el Derecho pone a disposición de los testadores que quieren favorecer con seguridad en una misma herencia a dos o más personas, una después de otra, con arreglo al orden sucesivo preordenado, por cuya virtud el heredero fiduciario es propietario de los bienes de la herencia por durante el tiempo establecido por el testador, pero es propietario firme en tanto no vence el término, y una vez vencido siempre se considerará, a todos los efectos, que había sido propietario mientras duró el interregno.

En la sustitución fideicomisaria *sin liberis* y en todas las de carácter condicional, todo sucede de igual manera, salvo en cuanto a la incertidumbre del evento condicionante de gravamen fideicomisario hace insegura la actuación de éste, y, por tanto, problemática la entrada del fideicomisario en la herencia. Pero aunque la condición llegue a cumplirse, las cosas se desenvolverán del mismo modo que se ha dicho respecto de la sustitución fideicomisaria a término, sin que la circunstancia de que intervenga una condición aporte idea alguna de retroacción, como tampoco si se trata de una condición resolutoria o suspensiva, pues ello es indiferente.

La condición sólo interviene aquí para determinar si habrá o no sustitución fideicomisaria, como si en el fondo se dejase al evento de

fallecer con o sin hijos el fiduciario, la decisión de si el gravamen fideicomisario deberá o no actuar, de suerte que la incertidumbre juega un papel decisivo, pero tan sólo en cuanto a si habrá o no sustitución.

Esto es lo que ha querido decir GALGANO (61) cuando expresa que el hecho de poner una condición u otro elemento accidental en un negocio jurídico no cambia la naturaleza de éste, y por ello una compraventa condicional es una compraventa, al igual que un fideicomiso condicional es un fideicomiso, así como cuando el mismo autor, fundado en DE LUCA, afirma que en la sustitución fideicomisaria *si sine liberis decesserit* no nos encontramos frente a una verdadera y propia condición, sino ante un elemento accidental, que de la verdadera condición tiene algún elemento, cual es el evento futuro e incierto, mas no todos los elementos esenciales.

Las deficiencias de la nomenclatura jurídica plantean frecuentes problemas inútiles, y aquí hay uno, consistente en el significado del concepto «resolutorio». A nuestro entender, este concepto tiene dos acepciones diferentes, ya que cuando pensamos en una *condición resolutoria*, muchas veces vemos ínsita en ella el fenómeno de retroacción destructora que su cumplimiento provocará, mientras que al encontrarnos ante un *término resolutorio*, la idea de retroacción no aparece, por ver en este caso una simple cesación, terminación o caducidad de una determinada situación jurídica. Pues bien, en la sustitución fideicomisaria condicional, el cumplimiento de la condición coincide con estos efectos de la llegada del término resolutorio fideicomisario, y sólo en este sentido de coincidencia debe emplearse aquí el concepto de condición.

A este objeto, nos vemos obligados a no pasar en silencio a BOUZAT (62), el cual califica de cláusula de estilo y de explicación cómoda y rutinaria la tendencia que en Derecho francés pretende explicar el mecanismo de la sustitución fideicomisaria por el funcionamiento de una doble condición resolutoria y suspensiva, de efectos retroactivos.

En resumidas cuentas, en las sustituciones fideicomisarias se produce un juego semejante al que impone y regula el Código civil

(61) Ob. cit., págs. 9 y 43.

(62) Ob. cit., págs. 48 y sigs.

en materia de bienes reservables. En éstos interviene igualmente un evento, referido al tiempo de fallecer el reservista, que hará desplegar los efectos consiguientes con el alcance de una *conditio iuris* o elemento estructural del ordenamiento jurídico de la institución. No existen graves inconvenientes para afirmar lo mismo respecto de las sustituciones fideicomisarias *sine liberis* y condicionales en general.

Queda expuesta nuestra opinión acerca de la diferenciación entre la institución de heredero bajo condición resolutoria *sine liberis* y la institución de heredero con el gravamen de fideicomiso *sine liberis*, lo cual demuestra que tal distinción no es tan difícil como cree BEUDANT (63). Para ello nos hemos valido en gran parte de la consideración de que en este tipo de fideicomiso, a diferencia del otro caso, lo condicionado era precisamente la sustitución y no la institución, aunque MESSINEO (64) afirme, sin más, lo contrario.

Para robustecer aún más nuestra tesis en orden a la institución de heredero, nos permitiremos agregar lo siguiente:

Bastantes juristas—BARASSI entre ellos (65)—afirman que el Derecho romano, al admitir la sustitución fideicomisaria había infringido la regla *semel heres semper heres*, o sea el principio de perennidad del título de heredero, en virtud del cual, obtenida que sea la cualidad de *heres*, no se perdía jamás. Nosotros entendemos que no existe tal infracción. Y esto, simplemente, porque la sustitución fideicomisaria afecta solamente a los bienes, a la herencia, pero no al título de heredero.

El cambio de titular de la *hereditas*, que la efectividad del fideicomiso necesariamente implica, fué un obstáculo que se interpuso en plena evolución de la sustitución fideicomisaria en Roma y que ocasionó gran discusión en el Derecho intermedio. Dicha regla *semel heres semper heres* no era más que la expresión empírica del carácter personalísimo de la cualidad de heredero. Este carácter personalísimo e indeleble lo hacía intransmisible. Estaba adscrito a la persona, y por ello una vez obtenido no podía pasar a otro. Debido a esta intransmisibilidad, la actuación del fideicomisario, originaba el tránsito de los bienes de la herencia del fiduciario al fi-

(63) *Cours de Droit français*, 1934, VI, pág. 189.

(64) *Ob. cit.*, II, pág. 124.

(65) *Le successioni per causa di morte*, 1944, pág. 468.

deicomisario, pero la cualidad de *heres* no podía ser objeto de cambio de titular. Por ello, examinado a fondo el problema, el referido obstáculo no existió en definitiva, pues con la efectividad de la sustitución fideicomisaria lo que cambiaba de titular eran los bienes o la herencia como unidad patrimonial, pero no el título de heredero.

Las Fuentes revelan la verdad de esta discriminación. Un texto de PAULO (*Digesto*, xxxvi-1, frag. 42, par. 1.º) expresa que, restituida la herencia, permanecen en poder del heredero los *iura sepulcrorum*, o propiedad funeraria. PEREGRINUS (66), con el apoyo de éste y otros textos, afirma que el heredero fiduciario, después de verificada la restitución, continúa siendo heredero, y sienta como pauta que todo lo que no se refiera al *commodum pecuniarium* de la sucesión no hace tránsito al fideicomisario, sino que queda para el heredero, y que, en consecuencia, el heredero fiduciario conserva los derechos de carácter funerario, los de patronato eclesiástico y los *iura libertorum*, así como las dignidades, prerrogativas, honores, insignias y armas, como también las acciones que directamente sean inherentes a la persona del heredero fiduciario como tal, y que le hubieren provenido del fideicomitente. En nuestra patria, Antonio GÓMEZ (67) sigue lo expuesto por PEREGRINUS, si bien plantea cuestión acerca del derecho de patronato eclesiástico.

Conforme es de ver, en el sistema romano, así como en los inspirados en él, la sustitución fideicomisaria sólo atañe a los bienes, a la herencia, como patrimonio o complejo económico, o sea al *commodum pecuniarium* de la *hereditas*. La sustitución, una vez operada, solamente origina un cambio de titularidad del patrimonio hereditario, pero el heredero fiduciario conserva su título de tal, con todos los derechos y prerrogativas emanados del mismo. El fiduciario queda—si se me permite un símil funcionarista—en calidad de heredero excelente, conserva el título, pero no el emolumento.

Todo esto se aviene perfectamente con la concepción bonfantiana sobre el heredero romano, ya que si, según BONFANTE (68), en

(66) Ob. cit., art. 6.º, núm. 38.

(67) Ob. cit., cap. V, núm. 29.

(68) *L'origine dell' «hereditas» e dei «legata» nel Diritto successorio romano. Le critiche all' concetto dell' originaria eredità spurca e la sua*

el proceso sucesorio el heredero obtiene primeramente el título de *heres*, y sólo como consecuencia de este título adquiere la herencia, o sea, todo el conjunto jurídico-patrimonial, de ello resulta que de estar el heredero gravado de sustitución, ésta afectará únicamente a la herencia en sí.

De ahí surge otra diferencia—al menos en Derecho romano y legislaciones que siguen su tónica en orden a la institución hereditaria—entre la institución de heredero sujeta a condición resolutoria y la gravada con fideicomiso, ya que si ésta deja a salvo el título de *heres*, en aquélla lo destruye la retroacción de la condición cumplida.

En el campo de nuestro Código civil, la diferencia que explicamos existe, por cuanto, según hemos sostenido en otras ocasiones, a base del segundo párrafo del artículo 668 del Código civil y de la jurisprudencia (especialmente en las Sentencias de 18 de octubre de 1917 y 16 de octubre de 1940), para que exista una verdadera institución de heredero es preciso el requisito de que la institución no se concrete a cosas ciertas y determinadas, sino que recaiga sobre la herencia en general o cuotas de la misma, y además se exige el requisito de que haya sido voluntad del causante atribuir la consideración de heredero al designado, aunque no emplee materialmente esta palabra.

Lo que acabamos de exponer acerca de que la efectividad de la sustitución no aniquila el título de *heres* del fiduciario es aplicable a toda sustitución fideicomisaria, tanto a término como condicional, aunque ésta sea un fideicomiso *si sine liberis decesserit*, pues si bien cuando la sustitución haya de operar al fallecer el fiduciario, da la impresión de ser inútil aquella subsistencia del título de *heres*, no obstante resulta útil, pues aquellos derechos de propiedad funeraria, de patronato eclesiástico y otros que son derivación de él, siguen el libre curso hereditario de los bienes de plena disposición del fiduciario finado, y no la trayectoria o curso preordenado dispuesto por el fideicomitente.

riprova; *Teorie vecchie e nuove sull'origine dell' eredità*, en *Scritti giuridici varii*, I, págs. 101, 188 y 409; y *Corso di Diritto romano*, VI, pág. 70.

LA DISPONIBILIDAD DE LOS BIENES SUJETOS A FIDEICOMISO
«SI SINE LIBERIS DECESSERIT».

Es norma admitida en Derecho romano que en el fideicomiso condicional y, por ende, en el fideicomiso *sine liberis*, el heredero fiduciario pueda enajenar sin más los bienes fideicomitidos, quedando empero a salvo el gravamen fideicomisario. Las leyes *Sed quia* y *Sin autem*, de Justiniano (*Codex*, VI-43, ley 3, párs. 2.º y 3.º), son explícitas en este respecto, al establecer que los bienes dejados por fideicomiso puro o a término (*pure, vel sub certo die*) no pueden ser enajenados ni gravados, pues no es lícito afectar al derecho de otro como si fuese de su propio patrimonio; pero en cuanto a los bienes dejados por fideicomiso bajo condición o día incierto (*sub conditione, vel sub incerto die*), obrará ciertamente mejor si en estos casos se abstiene de realizar enajenación o gravamen, y si por afán de avaricia se hubiere lanzado a enajenar o gravar *con la esperanza de que no se cumplirá la condición*, sepa que, cumplida ésta, se hará nulo desde el principio el título. Por consiguiente, en la sustitución fideicomisaria condicional, el fiduciario podrá disponer de los bienes fideicomitidos, pero éstos circularán con la carga fideicomisaria, tal como en la Novela 41 de Justiniano se ordenó, es decir, que tales bienes anduvieran con su propia condición (*sed cum propria ambulare fortuna*).

En el Derecho intermedio ésta era una regla tan recibida, que sería extensísima la exposición de citas de autoridad para confirmarlo.

No obstante, en determinados casos—la mayoría de los cuales señalaba la auténtica *Res quæ* (*Codex*, VI. 43, ley 3, pr. 3.º)—eran posibles actos de disposición de bienes del fideicomiso en concepto de libres, tanto en fideicomisos a término como condicionales; por existir razones especiales que imponían disponer de ellos. DE LUCA (69) señalaba nueve de esos casos, y FUSARIO (70) se ocupa de varios más.

En el régimen de nuestro Código civil hay que llegar a la misma

(69) *Dottor Volgare*, cap. XXXI.

(70) Ob. cit., cuestiones 530 y sigs.

conclusión acerca de que, en el fideicomiso condicional, el fiduciario puede disponer de los bienes fideicomitidos, quedando a salvo el gravamen fideicomisario condicional. Y esto no sólo por lógica institucional, sino porque nuestro legislador hipotecario ha sentado este criterio.

Conforme explicamos en otra ocasión (71), el número 10 del artículo 107 de la Ley Hipotecaria vigente permite puedan ser hipotecados los bienes sujetos a condiciones resolutorias expresas, quedando extinguida la hipoteca al resolverse el derecho del hipotecante. Pero en la Ley Hipotecaria anterior, el artículo 109 era más explícito en este extremo, y se refería tanto a los actos de enajenación como a los de gravamen; así como, en su último párrafo, extendía lo en él dispuesto a los bienes poseídos en Cataluña con cláusula de sustitución pendiente, precepto éste que naturalmente se había de considerar aplicable a toda España.

Antes decíamos que, incluso por lógica constitucional, debía prevalecer este criterio, y esto es demostrable con sólo pensar que el fiduciario condicional, a diferencia del fiduciario a término, tiene la posibilidad de que no llegue a cumplirse la condición, quedando, en consecuencia, heredero libre. Esta fundamentación ya respira en dichas leyes *Sed quia* y *Sin autem* de Justiniano. La seguridad de la efectividad de la sustitución es indiscutible en el fideicomiso puro y en el a término, pues, aunque premuera el fideicomisario, transmite a sus herederos su derecho al fideicomiso, según así lo establece el artículo 784 del Código civil; pero en el fideicomiso condicional todo es distinto—conforme explica COVARRUBIAS (72)—, pues la esperanza de que el gravamen fideicomisario se desvanezca hace que el fiduciario sea más propietario que el fiduciario puro o a término. PEREGRINUS (73) entiende que la razón de esta disponibilidad, en el fideicomiso condicional, radica en que, mientras no llega el evento de la condición, el dominio de los bienes no puede permanecer en el fideicomisario, debido a que el *dies non cessit, nec venit*, ya que el dominio no puede permanecer *in pendentis*. Pero esto responde más bien al concepto romano clásico acerca del dominio o propiedad de los bienes.

(71) En *Derecho hipotecario*, 1954, IV, pág. 247

(72) *Opera omnia*, 1574, II, pág. 93.

(73) Ob. cit., art. 40, núm. 6.º

Especialmente, tratándose de las sustituciones fideicomisarias *sine liberis*, una razón práctica—que hemos vivido y vivimos realmente—confirma esta especial situación del heredero gravado de fideicomiso condicional *sine liberis*, en contraste con la del gravado con fideicomiso puro o a término. Parece, a primera impresión, que, si bien el heredero gravado de fideicomiso *sine liberis* puede disponer de los bienes fideicomitidos, no obstante, la circunstancia de persistir el gravamen del fideicomiso ha de significar un serio obstáculo para que encuentre quien quiera comprarlos, a no ser que los venda por precio vil, ni quien quiera prestar dinero sobre ellos. Pero no siempre es así; por el contrario, son muchas las veces en que tales bienes son comprados por su precio corriente o hipotecados normalmente en garantía de un préstamo. Esto ocurre cuando el heredero fiduciario tiene varios hijos, y sobre todo cuando alguno de ellos se halla casado y a su vez tenga hijos, y singularmente cuanto más avanzada sea la edad del fiduciario, ya que en esta situación se hace tan remota la posibilidad de que el fiduciario pueda fallecer sin dejar hijos, que, de hecho, dicho comprador o prestamista llegan a prescindir de la existencia del gravamen fideicomisario, produciéndose como si se tratase de bienes libres de todo fideicomiso, ya que consideran muy improbable que fallezcan tantas personas antes que el fiduciario.

Nuestra experiencia en la materia, así como la de la mayoría de los Notarios que ejerzan sus funciones en territorios en los que abunde el fideicomiso *sine liberis*, ha permitido comprobar que en estas situaciones, prácticamente—aunque no de derecho—, las cosas se desenvuelven como si la sustitución fideicomisaria no existiese, y por ciencia propia podemos decir que no son pocas las veces que el mismo fiduciario ha de hacer cierto esfuerzo para poder recordar que se halla gravado de fideicomiso *sine liberis*, ya que a fuerza de saber que sólo está gravado si fallece sin dejar hijos, la circunstancia de tener varios le ha imbuido de la seguridad, casi metafísica, de que la actuación del fideicomiso es prácticamente imposible.

El fiduciario en el fideicomiso *sine liberis* puede realizar, por tanto, todo acto de disposición de los bienes fideicomitidos, subsistiendo en éstos la carga del mismo; pero es conveniente advertir que si bien puede incluso realizar actos de extinción de derechos reales, no obstante la existencia actual del Registro de la Propiedad

inmueble, dotado en España de la fe pública que el artículo 34 y otros concordantes de la Ley Hipotecaria vigente confieren a los asientos registrales, impide que tales actos extintivos puedan tener acceso a dicho Registro y provocar asiento alguno de cancelación, fuera de los supuestos particularmente previstos por la ley.

Para completar esta materia referente a actos de disposición de bienes gravados de fideicomiso *sine liberis* es indispensable examinar la actuación del gravamen fideicomisario una vez la condición cumplida, respecto de los bienes que el fideicomisario hubiere enajenado o gravado en vida.

Existe cierta unanimidad en considerar ineficaces, en este supuesto, dichas enajenaciones o gravámenes; pero difieren los pareceres al tratar de determinar la clase de ineficacia que se origine, ya que se discute si consiste en una nulidad o en una resolución, y de ser una nulidad, si se trata de inexistencia, de nulidad absoluta o de anulabilidad.

Entendemos que más que de un caso de nulidad o de resolución se trata de un caso de cesación, caducidad o extinción de la titularidad por haber llegado a su fin, debido a que, al cumplirse la condición, ha entrado en funciones la sustitución fideicomisaria, cesando la propiedad del fiduciario para dejar paso a la propiedad del fideicomisario.

El fiduciario podía enajenar los bienes fideicomitidos, pero como ellos deambulaban llevando la carga del fideicomiso, el tercer adquirente los adquiriría en su propia condición de fideicomitidos, o sea, como dominio *enfermo*. Por tanto, si al fallecer el fiduciario sin dejar hijos hay bienes fideicomitidos, que ya no están en su poder, sino en el de un tercero que los compró, el fenómeno de cesación, terminación o extinción de titularidad sobre los mismos es lógico que se produzca igualmente, por más que se hallen en poder de tercero. Es la simple aplicación de la regla *resolutio iure concedentis, resolvitur et ius concessum*, atribuyendo siempre al concepto «resolución» su sentido minimalista de simple cesación, caducidad o extinción. En este sentido hacemos nuestras las palabras de POTHIER (74) cuando expresa que el gravado o fiduciario sólo puede transferir su derecho tal como lo tiene, es decir, sujeto a resolverse

(74) Ob. cit., VIII, núms. 160 y 191.

en provecho del sustituto por la apertura de la sucesión, y agrega que el tercero adquirió el derecho de propiedad tal cual lo tenía entonces el gravado, es decir, un derecho de propiedad *durable* hasta el tiempo del cumplimiento de la condición puesta a la sustitución, y del cual no puede ser despojado antes de ese momento.

Cumplida la condición, el tercer adquirente de los bienes fideicomitidos queda *ipso iure* simple poseedor sin título de tales bienes, por haberse éste desmoronado, y el fideicomisario podrá desde entonces, mas no antes, reclamar la devolución de la posesión de dichos bienes, así como reivindicarlos de quienes hayan entrado sin título en la posesión de estos u otros bienes hereditarios. Lo que no podrá el fideicomisario será reclamar los frutos percibibles por aquellos terceros adquirentes mientras tanto fueron propietarios, rigiendo, respecto de los frutos percibidos con posterioridad al cumplimiento de la condición, las normas relativas a la posesión de buena o mala fe.

Este resultado es bastante análogo, pero no igual, al que origina el cumplimiento de la condición resolutoria, así como demuestra que la obligación de restituir no es característica exclusiva de la sustitución fideicomisaria, sino mera relevancia accesoria de carácter general a todo poseedor sin título, ya por no haberlo tenido nunca, ya por haberlo perdido. Es muy frecuente querer explicar dicho resultado por medio del expediente de la retroacción de la condición cumplida, pero ya hemos visto que esto no es exacto, y PLANIOL y RIPERT (75) así lo reconocen.

Una cuestión que desde antiguo viene suscitándose en esta materia es si por resultar ser el fideicomisario heredero del fiduciario enajenante puede igualmente aquél reclamar a los terceros los bienes enajenados por éste al cumplirse la condición. Ha habido variadas opiniones y se ha llegado a distinguir según el fideicomisario hubiere aceptado la herencia del fiduciario con o sin el beneficio de inventario. Esta cuestión, como la mayoría de las cuestiones, haría posible mucho comentario, pero nos limitaremos a afirmar que, en nuestra opinión, la circunstancia de ser el fideicomisario heredero del fiduciario no puede representar obstáculo que impida a aquél reclamar de los terceros los bienes enajenados, y ello por razón de

(75) *Tratado práctico de Derecho civil francés*, 1935, V, pág. 870.

que, si bien es principio jurídico que el heredero ha de respetar, como propios los actos de su causante, esta vinculación solamente le afecta en cuanto pertenezca al ámbito de las actividades que el heredero desarrollare con el carácter de sucesor de tal causante, pero no respecto de aquellas actividades que pueda desenvolver en virtud de su carácter de fideicomisario y, por tanto, de sucesor del fideicomitente.

No se produce interferencia alguna entre ambas sucesiones, independientemente de si el fideicomisario aceptó con o sin el beneficio de inventario la herencia del fiduciario, ya que esta herencia nada tiene que ver con la relictá por el fideicomitente, al igual que nada tiene que ver el derecho de representación sucesoria con la aceptación o repudiación por el representante de la herencia del representado, conforme establece el artículo 928 del Código civil. Son dos sucesiones diferentes.

El único supuesto en que dicho fideicomisario podría reclamar los bienes enajenados por el fiduciario del cual sea heredero aquél, sería si este fiduciario le hubiere impuesto en testamento la obligación de poder impugnar tal enajenación y hubiere aceptado la herencia, según se desprende de la Sentencia de 12 de noviembre de 1948. Y aun en este caso, la referida obligación vincularía al fideicomisario heredero, pero no a los sucesivos fideicomisarios que pudieran surgir, tratándose de una sustitución fideicomisaria en cadena o con pluralidad de llamamientos.

No obstante lo que queda dicho, la enajenación o gravamen de los bienes sujetos a fideicomiso condicional no sería posible, ni con subsistencia de la carga, cuando el fideicomitente, por razones fundadas, como lo sería velando por la propia subsistencia del fiduciario, hubiere impuesto a este último una especial prohibición de disponer. En este caso, en orden a la indisponibilidad de los bienes, el heredero gravado de fideicomiso condicional se encontraría en situación semejante a la del heredero gravado de fideicomiso a término, y las enajenaciones que el mismo pretendiere realizar serían ineficaces en el sentido de inoperantes por falta de *ius disponendi*.

PEREGRINUS (76), al referirse al fideicomiso a término, opina que en éste *non valet venditio ipso iure*, ya que si la ley prohíbe

enajenar, *alienatio facta ius domini non transfert*; y de igual manera hay que proceder cuando la prohibición de enajenar proviene, no de la ley, sino *ex provisione hominis*.

Para terminar esta parte del presente estudio debemos hacer resaltar cuán cierto es que la llamada *obligación de conservar* no tipifica la sustitución fideicomisaria. Frente a la mayoría de los autores, que entienden que dicha obligación de conservar implica la alienabilidad de los bienes fideicomitidos, hay que oponer lo que llevamos dicho acerca de la disponibilidad de los bienes sujetos a fideicomiso condicional, de lo que resulta que lo fundamental en la sustitución fideicomisaria es que los bienes están afectos al gravamen real del fideicomiso. Esto es lo decisivo.

Ello no quiere significar que en la sustitución fideicomisaria no exista una obligación de conservar los bienes por parte del fiduciario, pero esta obligación es la de custodiar o conservar en buen estado los bienes fideicomitidos; y si el fiduciario ha enajenado bienes, responde de la conducta que en su conservación observe el adquirente de los mismos. Asimismo esta obligación del fiduciario, dirigida a conservar los bienes en buen estado, es igualmente aplicable al fideicomiso a término que al condicional, lo que demuestra que es independiente de la facultad de enajenar. Esto, sin contar con los casos en que la ley permite, y a veces impone, la enajenación de bienes en concepto de libres del fideicomiso.

EL DENOMINADO PROBLEMA DE LOS HIJOS PUESTOS EN CONDICIÓN

Nos ocupamos aquí de este punto para destacar que tal problema no existe en el régimen del Código civil, a diferencia de la gran importancia que tuvo en el Derecho intermedio y en aquellos países donde rige el Derecho romano. Por esto, CANCELA (77) califica esta cuestión de *quotidiana*, así como de *ardua y difficilis*, y Antonio GÓMEZ (78) dice de ella que es una cuestión *notabilis et subtilis*.

El problema de los hijos puestos en condición se da específica-

(77) *Variarum resolutiones*, pars I, cap. 1.º, núm. 78.

(78) Ob. cit., cap. 3.º, núm. 23.

mente en la sustitución fideicomisaria *sine liberis*, especialmente en la de tipo escalonado, o sea con varios fideicomisarios sucesivos. En ella, el primer fideicomisario adquiere la herencia si el fiduciario fallece sin dejar hijos, pero a su vez dicho primer fideicomisario, si llega a ser efectivamente heredero, está a su vez gravado de fideicomiso *sine liberis* a favor del segundo fideicomisario, y así sucesivamente hasta el último fideicomisario, que puede quedar heredero libre.

Como puede darse el caso de que el fiduciario fallezca sin hijos, cuando ya había fallecido anteriormente el primer fiduciario dejándolos, la cuestión consiste en determinar si estos hijos del fideicomisario premuerto al fiduciario entran en el fideicomiso en lugar de su padre; es decir, si en el hecho base de la condición *si sine liberis decesserit* los hijos *puestos en condición* son a la vez llamados al fideicomiso, en aquel supuesto. En rigor, se trata de la misma situación prevista en la representación sucesoria, así como en la sustitución vulgar del padre a favor de sus hijos.

La regla dominante según MOLINA (79), así como Antonio GÓMEZ (80), FONTANELLA (81), SALA (82) y tantos otros autores de Derecho intermedio, era que *fili positi in conditione non censentur vocati*, o que *positi in conditione, positi non sunt in dispositione*. No obstante, cuando existían determinadas hipótesis o conjeturas, la regla era la contraria, esto es, que *fili positi in conditione censentur vocati*.

La existencia de estas conjeturas se transformó en una cuestión principal dentro del problema, y muchos autores reconocieron tal cúmulo de conjeturas encaminadas a demostrar que el testador había querido llamar al fideicomiso a los hijos puestos en condición, que llegóse en Derecho intermedio a un punto de verdadera confusión, ya que había auto: como FUSARIO (83), que desarrollaba hasta cerca de setenta conjeturas, y otras tantas MENOCCHIUS (84).

Este problema estaba entroncado con otro más general, relativo a si en las sustituciones fideicomisarias procedía o no el derecho

(79) Ob. cit., lib. I, cap. 6.º, núm. 1.º

(80) Ob. cit., cap. 3.º núm. 23.

(81) Ob. cit., cláusula IV, glosa 23, núm. 2.º

(82) Ob. cit., lib. II, pág. 74.

(83) Ob. cit., cuestión 437.

(84) Ob. cit., lib. IV, pres. 76.

de representación sucesoria. La tesis que sostenía que los hijos puestos en condición estaban también puestos en disposición, era una manifestación positiva de la tendencia favorable a admitir dicho derecho de representación.

La ley 40 de Toro, aclarada por una Real pragmática de Felipe III, de fecha 5 de abril de 1615, estableció el derecho de representación en los mayorazgos, a no ser que el causante lo hubiere excluido con palabras claras y expresas (85). Asimismo, una ley de las Cortes de Pamplona del año 1580 (86) estableció lo mismo, más tarde. Pero estas leyes no se referían concretamente al problema de los hijos puestos en condición.

A este problema se refirió una ley de las Cortes de Tudela del año 1583 (87), y en ella se dispuso que «los hijos puestos en condición solamente, no se tengan por puestos en disposición ni llamados a la sucesión de los bienes, aunque haya una o muchas conjeturas en favor, sino cuando expresamente estén llamados». Esta ley, como la misma expresa, fué dictada para evitar «las muchas dudas y variedad de opiniones que hay, conforme al Derecho común». Por tanto, respondía al fin práctico y encomiable de evitar pleitos y dudas.

El Código civil ha seguido el mismo criterio, pero con carácter general. En su artículo 783 dispone que «para que sean válidos los llamamientos a la sustitución fideicomisaria, deberán ser expresas». Por consiguiente, según el Código, los hijos puestos en condición no se entenderán nunca llamados, por conjeturas que existan. Como declara la Resolución de 11 de junio de 1923, dicho precepto ha rechazado, en materia de fideicomisos, los llamamientos conjeturables.

Esta postura eminentemente práctica del Código civil hace más obligado, sobre todo a los Notarios, que exploren la voluntad del testador que quiera disponer un fideicomiso *sine liberis*, acerca de si quiere a no llamar a los hijos puestos en condición, por medio de la llamada sustitución vulgar *in fideicommissis*, advirtiéndole lo que podría ocurrir en la hipótesis antes indicada. Mediante ésta, y no por medio de la fórmula de la representación sucesoria, serán llamados dichos hijos al fideicomiso si ésta es la voluntad del fideicomitente; por bien que; cuando se emplea el concepto de representación; lo que

(85) *Novísima Recopilación*, lib. X, tit. 17, leyes 5.^a y 9.^a

(86) *Novísima Recopilación*, de Navarra, lib. III, tit. 13, ley 1.^a

(87) *Novísima Recopilación*, de Navarra, lib. III, tit. 13, ley 11.

se quiere, en el fondo, es la referida sustitución vulgar en fideicomiso.

Con todo, hay que observar que, si bien el uso de esta sustitución vulgar es justa, no obstante, no es del todo práctica, ya que al hacer entrar en el grupo de fideicomisarios a personas que a veces ni siquiera han nacido aún, le confiere tal fluidez, que es difícil para el fiduciario poder ponerse de acuerdo con todos los fideicomisarios que pueden llegar a serlo, para realizar con seguridad ciertos actos dispositivos del mismo (88).

LA LIMITACIÓN DE LLAMAMIENTOS FIDEICOMISARIOS EN EL FIDEICOMISO «SI SINE LIBERIS DECESSERIT»

Todos sabemos que el artículo 781 del Código civil exige, para que las sustituciones fideicomisarias sean válidas y surtan efectos, que se respeten estas dos limitaciones: «que no pasen del segundo grado, o que se hagan en favor de personas que vivan al tiempo de fallecimiento del testador».

Esta segunda limitación, que sepamos, no ha planteado dudas, pero sí la primera, debido al significado de la palabra «grado». Las Sentencias de 23 de junio de 1940 y de 6 de marzo de 1944, en contra de la de 6 de junio de 1905, tienen declarado que la palabra «grado» hay que entenderla en el sentido de «llamamiento» y no de «generación».

No deseamos explayarnos en esta cuestión, pero no es posible dejar de pronunciarnos en contra de dicho criterio de estimar que la palabra «grado» significa siempre «llamamiento».

Nos fundamos para ello no sólo en que la base 16.^a de la Ley de Bases del Código civil de 11 de mayo de 1888 adoptó la palabra «generación», al igual que lo hizo aquella Real cédula de 1818 de que hablamos antes, sino en que el tipo de fideicomiso cuya limitación por sus peligros obsesionaba al legislador, era el fideicomiso *cum liberis*, o sea el de generación en generación, o de grado en grado, en sentido vertical o línea recta descendente, que es el tipo que había

(88) Ver ROCA SASTRE, *El problema fideicomisario de los hijos puestos en condición*, 1948.

dado lugar a los antiguos mayorazgos. Seguramente el Código civil no pensó siquiera en los fideicomisos *sine liberis*, y mucho menos en los constituídos a favor de extraños, que son poco frecuentes.

La fórmula más procedente sería distinguir entre fideicomisos familiares y fideicomisos no familiares, o sea entre extraños, y a base de esta clasificación estimar que en los fideicomisos familiares se trata de grados en sentido de generaciones, y en los no familiares se trata de llamamientos.

Sentada dicha doctrina jurisprudencial acerca de la palabra «grado», veamos de adaptar aquellos dos límites legales a los fideicomisos *si sine liberis decesserit*.

Este tipo de fideicomiso generalmente se desenvuelve entre los varios hijos del fideicomitente, o sea entre hermanos. Pero, a veces por la misma razón de equidad que mueve al legislador para adoptar el juego del derecho de representación en la sucesión intestada y en las legítimas, el fideicomitente llama, por la referida sustitución vulgar en fideicomiso, en el lugar de sus hijos, a los respectivos hijos de éstos.

Pues bien. En el primer caso, o sea si el fideicomiso *sine liberis* es simple, sin dicha sustitución vulgar, no existe problema de limitación legal alguno, pues todos los llamados, por ser hijos del fideicomitente, hermanos entre sí, vivían al tiempo de fallecer su padre, y si alguno se hallaba tan sólo concebido, hay que considerarlo como ya nacido, siempre que llegue a nacer en las condiciones prescritas por la ley. En este fideicomiso pueden darse, por tanto, no sólo dos llamamientos fideicomisarios efectivos, sino tantos como hijos hubiere dejado al morir el fideicomitente, y éste hubiere llamado a la herencia fideicomitida.

En cambio, no siempre puede decirse lo mismo cuando en el fideicomiso *sine liberis*, además de los hijos del fideicomitente, éste llama, por vía de la expresada sustitución vulgar en fideicomiso, a sus nietos, o sea a los hijos respectivos de aquellos de sus hijos que hubieren fallecido antes del momento de deferírsele la herencia fideicomitida. En este caso, cuando los nietos llamados hayan nacido después de morir el fideicomitente, es difícil ensamblar o combinar aquel criterio jurisprudencial acerca de la palabra «grado» con la otra limitación de que los fideicomisarios vivan al tiempo de fallecer el fideicomitente, ya que ambas limitaciones no encajan entre sí, y

más bien parece que dichos nietos sobrepasan el límite de los dos «llamamientos» fideicomisarios, sobre todo si los hermanos son varios. Esto equivaldría a excluir, en el fideicomiso *sine liberis* escalonado, la sustitución vulgar en fideicomiso en favor de los nietos no nacidos después de fallecer el fideicomitente, a no ser que se estime lo peor, esto es, que todos los llamamientos fideicomisarios se estimen nulos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 786 del Código civil tal como lo ha interpretado la Sentencia de 29 de octubre de 1949, contraria a las de 8 de mayo de 1894, 6 de junio de 1905 y 9 de julio de 1927.

LA MOTIVACIÓN FINALISTA DEL FIDEICOMISO «SI SINE LIBERIS DECESSERIT»

Con bastante frecuencia se ha dicho que los testadores se valen de la sustitución fideicomisaria al objeto de satisfacer el deseo de asegurar la suerte de su patrimonio para un porvenir más o menos largo, a partir de su fallecimiento. Pero ésta no puede constituir la motivación finalista de las sustituciones fideicomisarias, ya que de ser ello su única finalidad, podría muy bien prescindirse de las mismas. El fin de las sustituciones fideicomisarias es más trascendente y variado, pues cada tipo básico de fideicomiso tiene su fin específico.

Concretamente al fideicomiso *si sine liberis decesserit*, en sus diversas modalidades, su finalidad es de orden familiar; pero esto no lo particulariza suficientemente, ya que también es de carácter familiar—y para WENDENSCHLEGL (89) es el propiamente familiar—el fideicomiso *cum liberis*, o sea aquel en que la herencia fideicomitada pasa de una persona a otra, de generación en generación, en línea recta descendente, y, en cambio, la finalidad de uno y otro es distinta. Y es que la razón familiar actúa diferentemente en ellos. En el fideicomiso *cum liberis* se prevé el hecho de la existencia de hijos, de suerte que, de dejarlos el fiduciario al morir, la sustitución tiene lugar a favor de ellos, mientras que en el fideicomiso *sine li-*

(89) *De Fideicommissis familiarum*, 1747, cap. 1.º, núm. 2.º

beris el hecho previsto es precisamente el contrario, o sea la inexistencia de hijos, de manera que, de no dejarlos el fiduciario al morir, la sustitución opera corrientemente a favor de hermano o hermanos de este último, y en su caso de los hijos del hermano premuerto.

Esto es debido a que el objeto perseguido por el fideicomiso *sine liberis* no es que la herencia pase rígidamente a los hijos del fiduciario y después de éstos a los hijos de estos hijos, sino tan sólo evitar que la herencia del fideicomitente vaya a parar a personas extrañas a la descendencia de éste, mientras existan personas de esta descendencia, considerándose a tales efectos como personas extrañas todas las que no pertenecieran a la estirpe de dicho fideicomitente.

Con todo, el fideicomitente *sine liberis* y el *cum liberis* no son incompatibles entre sí, ya que a veces se combinan, en el sentido de que si el fiduciario fallece con hijos, éstos serán sus sustitutos, y si fallece sin hijos, el sustituto será su hermano o hermanos.

De lo dicho resulta que la verdadera motivación finalista de la sustitución fideicomisaria *si sine liberis decesserit* es semejante a la que inspira la reserva lineal que regula el artículo 811 del Código civil

El Tribunal Supremo—en jurisprudencia que va desde la Sentencia de 30 de diciembre de 1897 a la de 4 de junio de 1955—tiene dicho que el artículo 811 del Código civil obedece a la *previsión de evitar que personas extrañas a la familia adquieran, por un azar de la vida, bienes que sin este azar hubiesen permanecido dentro de ella*. El fideicomiso *sine liberis* responde también a la previsión de evitar que personas extrañas a la descendencia del testador adquieran, por el evento de fallecer algún hijo suyo sin dejar hijos, bienes que, de existir éstos, seguramente hubieran permanecido dentro de tal descendencia. Ambas figuras jurídicas tienden, por consiguiente, a excluir de una sucesión a personas extrañas a la línea de donde los correspondientes bienes procedan, en la reserva lineal, y a personas extrañas a la descendencia del fideicomitente, en el fideicomiso *sine liberis*.

El testador, al imponer a su hijo o hijos, herederos suyos, el gravamen de una sustitución fideicomisaria sólo para el evento de que fallezcan *sine liberis*, no contempla el supuesto de que este heredero o herederos fallezcan *cum liberis*, al efecto de llamar a éstos como fideicomisarios de sus padres, ya que estima o espera que de morir

con hijos los mismos serán normalmente sus herederos, por vía de testamento o abintestato. Lo que el testador contempla, en el fideicomiso *sine liberis*, es el hecho posible de que su heredero o herederos fallezcan sin dejar prole, pues en este caso ve el peligro de que el fiduciario, por no tener hijos, disponga a favor de su esposa y que de ésta vayan a parar a los parientes de la misma o que dispongan a favor de otros, incluso de personas indeseables, y este resultado lo quiere evitar mediante ordenar este fideicomiso, por virtud del cual tales bienes pasarán preferentemente a los demás descendientes del testador, que fueron llamados por éste.

Esta es la verdadera *ratio* de la sustitución fideicomisaria *sine liberis*. Procurar que el patrimonio familiar se conserve o permanezca en poder de los descendientes llamados por el fideicomitente, pero no porque en todo caso hayan de sustituirse a su muerte los unos a los otros, sino tan sólo cuando el anterior o anteriores llamados fallezcan sin dejar hijos. al objeto de evitar que este hecho pueda servir de ocasión para que dicho patrimonio familiar o de sangre sea adquirido por personas ajenas a la descendencia llamada por el testador.

Esta *ratio* o motivación finalista tanto impera si el fideicomiso *sine liberis* grava recíprocamente, o de otra manera, a los varios hijos del testador a quienes éste haya instituido herederos por partes más o menos iguales, como si los grava escalonadamente en régimen de heredero único sucesivo. Pero en esta segunda modalidad de fideicomiso *sine liberis*, que por cierto es la más empleada desde antiguo, éste descansa además en una razón de equidad.

Esta razón de equidad es que con este tipo de fideicomiso, acoplado al régimen indicado de heredero único, se evita el injusto resultado de que los demás hijos del fideicomitente, hermanos del instituido heredero por éste, que han sido apartados del patrimonio familiar con el percibo de su legítima estricta, y a veces con menos, vean que por la circunstancia de fallecer sin hijos su hermano, el heredero, vaya a parar casi todo el referido patrimonio familiar a personas extrañas o ajenas a la descendencia o stirpe de su padre el testador, quedando postergados, sin compensación, a tales personas y estéril su sacrificio hecho en aras de la continuidad o subsistencia y unidad del patrimonio de la familia, en manos del hermano heredero, y fallecido éste, en manos de uno de sus hijos. En este caso

se daría el mismo irritante espectáculo «de aquellos hermanos [de] lote modestísimo» que viven «en la estrechez y tal vez en la miseria»; de los que nos habló ALONSO MARTÍNEZ (90), y que según él se quiso evitar con la introducción del artículo 811 del Código civil.

Lo que acabamos de explicar encaja más bien respecto de patrimonios heredados, de tipo solariego, que en relación a patrimonios formados por el propio testador. La distinción entre bienes *heredados* y bienes *ganados* tiene honda raigambre en España, y en aquellos primeros se produce el clima más propicio para esta clase de fideicomisos.

Hemos dicho que, a los fines del fideicomiso *sine liberis*, la calificación de personas extrañas a las que con el mismo se quiere excluir abarca incluso al cónyuge viudo del heredero fiduciario fallecido sin dejar hijos. Para suavizar la dureza de la medida, los Abogados y, principalmente, los Notarios, han de procurar aconsejar al testador que quiera establecer este fideicomiso—así como también si el fideicomiso es *cum liberis*—que permita que el fiduciario pueda legar a su esposa, por mientras permanezca viuda de él, el usufructo de todo o parte del patrimonio fideicomitido. Alguna vez, pocas, hemos visto testamentos en que se adopta esta previsión.

UTILIDAD ACTUAL DE LOS FIDEICOMISOS.

Las sustituciones fideicomisarias prestan y pueden prestar grandes servicios. También los prestaron antiguamente, incluso en la antigua forma de mayorazgos y vinculaciones perpetuas, ya que éstas, como instrumento perpetuador de los patrimonios nobiliarios, respondían a las necesidades de los tiempos y desempeñaban un papel político evidente. Lo que ocurrió fué que, cambiadas las circunstancias de Europa, aquellas vinculaciones perpetuas habían quedado arcaicas, desentonaban, y en consecuencia sobraban y tenían que suprimirse. Esta es ley continuada de la vida.

En la actualidad, las sustituciones fideicomisarias han perdido frecuencia y alcance, pero continúan siendo un mecanismo idóneo

(90) *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales.*

para satisfacer determinados intereses en ciertos casos. Subsiste, pues, su utilidad.

Respecto al fideicomiso *si sine liberis decesserit* ya hemos visto su finalidad verdaderamente útil, especialmente tratándose de patrimonios hereditarios de carácter familiar.

En cuanto al fideicomiso *cum liberis*, por el cual el testador grava a uno de sus hijos herederos de sustitución fideicomisaria a favor de los hijos de éstos, su utilidad es evidente cuando dicho hijo gravado de fideicomiso carece de las dotes de un buen administrador, bien por su insuficiente idoneidad para desenvolverse en la vida, bien por ser un despilfarrador o pródigo. Para estos casos, el fideicomiso constituye una medida de protección, no sólo para el gravado, sino para sus propios hijos. Claro que éstos contarían, para dicho segundo supuesto, con el medio de la incapacitación por causa de prodigalidad, pero éste es un remedio complicado, tardío y denigrante. Asimismo, tratándose de determinados bienes, el fideicomiso *cum liberis* puede prestar el servicio que proporciona su adscripción en determinados descendientes a finalidades de mantener el lustre de una familia u otro objetivo análogo (91).

En lo tocante al fideicomiso de *residuo*, particularmente el de finalidad de consumo o de subsistencia del cónyuge viudo de un matrimonio disuelto sin hijos, su utilidad es indudable. En estos casos de matrimonios sin hijos, los Notarios hemos comprobado en nuestros despachos la utilidad de esta clase de fideicomisos cuando uno de los cónyuges, supongamos el esposo, dueño de un patrimonio solariego, quiere hacer testamento, y en el mismo instituir heredera a su esposa, no sólo por el honor que ello representa, sino para que se desenvuelva con más libertad de movimientos. El testador quiere que a su esposa, heredera suya, no pueda faltarle nada, y que si para su subsistencia no fuesen suficientes los frutos que produzca la herencia relicta, pueda llegar a vender los bienes de la misma, para con su precio atender a sus necesidades. Lo que no quiere el consorte testador es que tales bienes puedan ir a parar a los parientes de su esposa, pues en lo que no los necesite, es su voluntad que hagan tránsito a la familia carnal del testador, generalmente algún sobrino suyo.

En el fondo, todos estos tres tipos de fideicomiso tienen como

(91) Nosotros sabemos de alguna sustitución fideicomisaria de determinado palco del Gran Teatro del Liceo, de Barcelona.

denominador común la finalidad de que, en lo posible, queden dentro de la familia consanguínea del testador los bienes de su herencia, procurando con ello asegurar el destino regular de los mismos.

Este anhelo tan humano, de que determinados bienes no pasen a manos ajenas de determinado círculo de personas, se observa incluso modernamente en las denominadas sindicaciones de acciones de las llamadas Sociedades mercantiles familiares, por las cuales, al someter tales acciones a un juego de adquisición preferente del tipo de tanteo, en cuanto no se transmitan a hijos y demás personas allegadas al accionista, constituyen verdaderas vinculaciones particulares.

La utilidad de las sustituciones fideicomisarias persiste, por tanto, en la actualidad. No obstante, creemos que para que puedan continuar prestando su función protectora de intereses en determinados casos, se requiere que en su regulación se introduzcan las reformas necesarias para armonizarlas con las necesidades de nuestros tiempos.

Estas reformas, en síntesis, y para terminar, son las siguientes :

En primer lugar, permitir la hipoteca refaccionaria, o sea que el fiduciario pueda hipotecar los bienes fideicomitidos en garantía de préstamos a largo plazo, destinados a invertir en mejoras de los propios bienes del fideicomiso, y previa autorización de la Autoridad judicial, en la que se establezcan las precauciones indispensables para asegurar la efectividad de la tal inversión.

En segundo lugar, facultar la subrogación real *ex voluntate*, o sea que el fiduciario, también previa autorización judicial y cumplimiento de determinadas garantías, pueda reemplazar bienes del fideicomiso por otros bienes determinados, sea por permuta, sea por venta con inversión del precio, siempre que ello resulte justificado por razones de mayor rentabilidad u otras de evidente utilidad.

En tercer lugar, que el propio fideicomitente, o la Autoridad judicial en su defecto, puedan nombrar un representante o curador **para aquellos** fideicomisarios que, en un momento dado, no estuvieren concebidos, o cuya personalidad como tales solamente fuere determinable por algún acontecimiento futuro, al objeto de defender sus intereses en la medida necesaria para que el fiduciario pueda actuar en determinados casos de una manera definitiva, adoptándose las necesarias garantías para dichos fideicomisarios.

Y en cuarto lugar, establecer las normas adecuadas relativas a

determinados bienes que puedan estar gravados de fideicomiso, como, por ejemplo, las relativas a valores mobiliarios, y su depósito, en garantía de los posibles intereses de los fideicomisarios, ya que, regularmente, los ordenamientos positivos están más bien pensados en que el fideicomiso afecte a bienes inmuebles.

Estos y otros retoques—algunos de los cuales no harían más que actualizar antiguas reglas caídas en desuso—proporcionarán a la institución jurídica de las sustituciones fideicomisarias una agilidad de que hoy carece y la adaptaría a las exigencias de la vida moderna.

RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE

Registrador de la Propiedad
y Notario de Barcelona

Comentarios a la Ley de Hipoteca Mobiliaria

SUMARIO. — I. Precedentes y crítica. — II. Definición y caracteres. — III. Elementos personales. Las limitaciones en la facultad dispositiva del hipotecante.—IV. Elementos reales. La cosa y el crédito.—V. Elementos formales. La escritura y la inscripción.—VI. Efectos. Con relación a la cosa, el crédito y a los terceros.

I. PRECEDENTES Y CRÍTICA

Concretándonos a los precedentes de esta figura jurídica dentro de nuestra patria, hemos de tener en cuenta que con ella se va volviendo al concepto tradicional de la hipoteca en el Derecho romano, caracterizado porque, mediante la misma, no se desplazaba la posesión de la cosa dada en garantía, siéndole indiferente la clase de bienes sobre la que recaía y, por tanto, él que éstos fuesen muebles o inmuebles, por ello hemos de señalar como primer antecedente de la presente institución, o mejor dicho, modalidad intermedia entre la hipoteca inmobiliaria y la prenda, el proyecto de ley sobre crédito agrícola, debido a Montero Ríos, que, como otros posteriores, no llegó a cuajar en la realidad legislativa, consiguiéndose únicamente la modalidad de la hipoteca naval de 21 de agosto de 1893, median-

te la ficción de considerar a los buques como inmuebles al solo efecto de su hipotecabilidad.

A principios del presente siglo hay una mayor activación en el intento de conseguir disposiciones legales que atendiesen a este problema, siendo de destacar, como dice Ramos Folqués en trabajo sobre «El Registro de Hipoteca mobiliaria» (REVISTA CRÍTICA, marzo de 1954), la labor de Ramos Bascuñana, no sólo por su obra «Prenda Agrícola o Hipoteca Mobiliaria» y otras varias relacionadas con esta materia, sino por las conclusiones presentadas en el Congreso Agrícola de la Federación de Levante del año 1907, que fueron las siguientes: 1.ª Reforma de los artículos 1.863, 1.865, 1.870, 1.872, números 5.º, 6.º y 7.º del 334, número 2.º del 1921 y número 3.º del 1926, todos del Código civil. 2.ª Modificación de los artículos 108, 110 y 111 de la Ley Hipotecaria. 3.ª Idem del 1.149 de la Ley de Enjuiciamiento civil. 4.ª Establecimiento del Registro de Prenda Agrícola; y 5.ª Establecimiento del seguro de las cosas dadas en prenda. Cuyas conclusiones, según el citado articulista, reflejan una aspiración social, que, pese a los años transcurridos, aún no había quedado bien planteada y resuelta por la legislación.

Con un ambiente cada vez más propicio para la regulación legal de este problema, se dicta la primera disposición sobre la prenda agrícola sin desplazamiento por el Real decreto-ley de 22 de septiembre de 1917, y la Real orden de 2 de octubre de 1918. Los cuales, si su finalidad era la de conseguir un estado de controversia doctrinal, hay que reconocer que lo consiguieron; pero si se trataba de que esa institución fuese utilizada en la práctica legislativa, tendremos que admitir que constituyó un fracaso.

La causa del mismo, en el orden práctico, es atribuida por la generalidad de los tratadistas a las deficiencias en el desarrollo de la organización, pero entendemos nosotros que ese fracaso hay que buscarlo en la realidad misma de la vida nacional, sin perjuicio de que también contribuyesen a él esas deficiencias, como pasamos a exponer.

Toda la vida agrícola es, por su misma naturaleza, una de las más atenuadas a la tradición, y difícilmente se logra el hacerla evolucionar con cierta rapidez, salvo con ocasión de algún cataclismo de orden social, el que también puede ocasionar una evolución en sentido retrógrado, por lo que en ella se van admitiendo con prefe-

rencia aquellas instituciones que ya han sido probadas como útiles en otros sectores de la vida nacional, y aún esto con cierta cautela. Ante esa realidad, el introducir una forma de garantía distinta a la tradicional de la hipoteca inmobiliaria, que había resultado tan fácil para casi todos los agricultores, cuando ésta no había desplazado aún a las anticuadas formas consistentes en las ventas a pacto de retro, e incluso en esas figuras híbridas entre las anteriores y la anticresis, que todavía subsisten, si bien completamente alejadas del campo doctrinal y del legal y atendidas a una antigua y vulgar interpretación, que ha de alejarlas cada vez más de toda legalidad, era llevar al fracaso a la institución que se creaba.

Por el contrario, en las esferas industrial y mercantil se está más propicio a adoptar cualquier institución nueva, y más cuando llene alguna laguna del ordenamiento jurídico aplicado en la vida diaria. Entre esas lagunas estaba la de posibilitar el que sirviesen de garantía los bienes muebles, sin necesidad de que para ello se privase de su uso al deudor, la cual era sentida cada vez con más apetencia, por el valor extraordinario que habían tomado esta clase de bienes, que llegaban a igualar, e incluso superar, al de los inmuebles. La consecuencia de ello, al darle carta de naturaleza a la nueva institución, traería a su vez, por efecto expansivo, la aún mayor de facilitar el que penetrase en la vida agrícola una vez probada su eficacia en la vida mercantil.

Quizá, por comprenderlo así, se trató de ampliar la esfera de esta institución, siendo dictado para ello el Decreto de 29 de noviembre de 1935 y el Reglamento de aplicación, de 17 de enero de 1936, relativos a los préstamos sin desplazamiento de la garantía a favor de los tenedores de aceites, y la Ley de 17 de mayo de 1940, sobre esta misma modalidad de préstamos, respecto a los industriales, con la garantía de su propia maquinaria.

Pero este sistema de evitar la reconstrucción parcial del «edificio» para acomodarlo a nuevos servicios, añadiéndole unas construcciones laterales sin atenerse al plan de estructuración del mismo, se reveló insuficiente y desordenado; por ello, y a fin de adaptar a estas nuevas funciones las partes necesarias de nuestro Código civil, nació la Ley de 5 de diciembre de 1941, que añadió al capítulo II del título XV del libro IV del mismo una sección segunda que tituló «De la prenda sin desplazamiento», comprendiéndose en ella

los artículos 1.863 bis al 1.879 bis, pero conservando, quizá para caso de emergencia, parte de aquella edificación lateral, ya que la aludida disposición no derogó expresamente el Real decreto-ley de 1917, que habría de considerarse vigente en lo que fuera compatible con la nueva disposición.

Refiriéndose a esta nueva disposición en que se añadía al Código una nueva sección, decía Sanz Fernández (*Prenda sin desplazamiento*. «Anales de la Academia Matritense del Notariado», año 1946): «La nueva Ley ha tratado, sin duda, de recoger una regulación amplísima de la prenda, comprendiendo en ella, tanto subjetiva como objetivamente, todas las personas y todas las cosas posibles y terminando con el carácter especialísimo que hasta ella habían tenido todas las regulaciones positivas. Quizá, por ello, en vez de seguir el criterio precedente de dejar la regulación para una ley especial que viviera fuera del Código civil, ha sido incorporada a éste. Esta novedad, que rompe el tradicional y plausible sistema de las leyes especiales, no puede considerarse muy acertada, pues aparte la anomalía que supone la existencia dentro del Código de un cierto número de artículos repetidos, cosa nueva en nuestro Derecho y poco elegante desde el punto de vista externo de los Cuerpos legales, la nueva Ley desencaja totalmente del contenido de nuestro auténtico Código civil, por dos razones: la primera, porque algunos de sus preceptos violentan y contradicen las normas de éste; la segunda, porque en ella se recogen, no solamente casos civiles, sino también típicamente mercantiles.»

Consideraba también dicho tratadista que esa disposición había dejado fuera de su regulación bienes de tal importancia como la Propiedad intelectual e industrial y las empresas mercantiles, en todos los cuales era muy necesaria una forma de garantía susceptible de serle aplicada.

Si a esos defectos unimos los de no haber satisfecho tampoco las acertadas conclusiones del Congreso antes aludido, las cuales son indispensables para un desenvolvimiento eficaz de esta institución en el orden práctico, tendremos que convenir en que era indispensable una nueva regulación de la materia que, corrigiéndolos, permitiese el que, a la vez que nacía esta institución a la vida legal, lo hiciese también a la vida práctica.

Todo ello podría haber sido conseguido mediante una nueva co-

dificación, que resultaba ya tan necesaria en este y en otros órdenes de nuestro actual Derecho civil. No obstante, la dificultad que ello entrañaría y la preocupación moderna de hacer para ahora y no para un largo período de tiempo, han motivado el que se acometa la solución en la forma de una nueva Ley independiente, más completa que las anteriores, cual es la vigente de 16 de diciembre de 1954, que al tener que recoger normas civiles, hipotecarias, mercantiles, procesales y notariales, ha de ser limitada en sus disposiciones, teniéndose que acudir como complementarias a las respectivas legislaciones, que, inspiradas en distintos criterios, motivará con frecuencia pugnas y contradicciones entre ellas, que no facilitarán la claridad en su aplicación. Complementando esa Ley, ha sido dictado el Reglamento de aplicación de 17 de junio de 1955, que forzosamente ha de adolecer de los mismos defectos, aunque más atenuados que la Ley, por su índole más concreta y limitada que aquélla.

Es de lamentar que la nueva Ley no haya recogido en su articulado a la hipoteca naval, habiéndola considerado como una más de las mobiliarias que en ella se especifican, al tener unas características tan análogas a la de las aeronaves que ahora se crea, redimiéndola así de la innecesaria ficción de tener que considerar a los buques como inmuebles al solo efecto de su hipotecabilidad, a la vez que hacía desaparecer la diversidad legislativa en este punto, la cual no es conveniente para un desarrollo eficaz de la institución.

Sin embargo, el inconveniente fundamental de esta nueva Ley radica en su vuelta a los anticuados sistemas de las Pragmáticas de 1539 y 1768, especialmente el instaurado por esta última, creadora de un Registro de gravámenes, que sustancialmente instituyó para los inmuebles un sistema análogo al que la presente estatuye para los muebles, como lo reconocen sus mismos redactores en la Exposición de Motivos, al decir: «Han sido objeto de meditación el alcance que deberá darse al nuevo Registro en el sentido de si sería procedente establecer un sistema de Registro de la Propiedad que, al modo de la propiedad inmueble, recogiera toda la historia jurídica de los bienes, incluso las transmisiones de dominio de los mismos, o un sistema de Registro de gravámenes, limitado a las finalidades de esta Ley. Aunque, en principio, se ha desistido de él en atención a las dificultades prácticas de su adaptación, toda vez que exigiría un cambio total y absoluto en el sistema de trans-

misión de propiedades y contratación de esta clase de bienes. Por esta razón se ha regu'ado solamente un Registro de gravámenes, si bien se estima procedente hacer constar el criterio favorable al Registro de la Propiedad de los bienes muebles, al menos para algunos de ellos, como los establecimientos mercantiles y los automóviles.»

Las razones del párrafo que transcribimos no pueden convencernos de la necesidad de volver a instaurar un Registro de gravámenes y, sobre todo, si analizamos el contenido del apartado final de dicho párrafo, que precisamente por lo que omite constituye una declaración positiva de que los razonamientos aducidos encubren a otros más reales, que constituyen la verdadera causa que ha impedido la creación de un Registro similar al de inmuebles, siendo quizá ellas no de orden jurídico, sino de oportunismo o coyuntura legislativa; pero aún así, no creemos que puedan ser suficientes para justificar la postura adoptada, pues, por el contrario, entendemos que es precisamente ahora cuando puede llegarse a ese Registro sin necesidad de pasar por el de gravámenes.

Si estudiamos la cuestión en las legislaciones de los países de ascendencia latina, más similares en su vida y costumbres al nuestro, veremos que el Libro VI del Código civil italiano, que está dedicado a la Tutela del Derecho, consagra el capítulo III a la inscripción de los actos relativos a algunos bienes muebles, recogiendo en su sección primera todo lo referente a las inscripciones de las naves, aeronaves y automóviles.

En el artículo 48 del Código de Comercio francés, que es el segundo de su sección primera, sujeta a inscripción en el Registro de Comercio a los establecimientos públicos de carácter industrial o comercial. Y esto ocurre en una nación de tan deficiente sistema registral como el vigente en la misma para los inmuebles.

Finalmente, la reciente Ley portuguesa sobre la organización de los servicios de Registro y Notariado, establece, en el artículo 8.º, un Registro Comercial a cargo de las Oficinas del Registro Predial, creando, por su artículo 9.º, un Registro de automóviles a cargo de los mismos funcionarios que aquél, el cual se establece en todas las poblaciones en que existan Direcciones de Vías Públicas y en el que deberá de inscribirse con carácter obligatorio la adquisición de todos los citados vehículos.

Esas referencias a otras legislaciones ponen de relieve, sin necesidad de razonamiento alguno, la posibilidad y conveniencia de establecer un Registro similar al de los inmuebles, para esta especial clase de bienes muebles, que constituye en la actualidad un grupo privilegiado y preferente a los demás.

Podrá haberse pensado que al instaurar un Registro de gravámenes se habituaria a sus usuarios, constituyendo así un primer escalón para un ulterior paso a un Registro más completo, evitando el cambio demasiado rápido en su actual organización y, sobre todo, en los requisitos de las transmisiones de todos esos bienes, que aparentemente quedan ahora en una situación de libertad; pero este razonamiento no está muy conforme con la realidad presente, como nos lo revela el más somero análisis de cada uno de ellos.

Las aeronaves no requieren siquiera el mencionado análisis, ya que está prevista su inscripción en una sección especial del Registro Mercantil cuando se desarrolle en un Código de navegación aérea la actual Ley de Bases dictada a tal fin.

La propiedad intelectual e industrial tiene una legislación y un Registro especial, que obliga a las mismas formalidades que podrían exigírsele por la creación del Registro que propugnamos.

El numeroso grupo de los vehículos de motor, acogido a otra sección del Registro Mercantil, hubiese quedado en una situación más eficaz y más cómoda a los usuarios que la vigente en la actualidad: el pago del impuesto de Derechos reales les es ahora más gravoso en relación con los demás bienes sujetos al mismo, por ser uno de los pocos que no tienen fijado un medio cómodo de comprobación, teniéndose que acudir al extraordinario y anormal de la tasación pericial. La transmisión se lleva a efecto generalmente con la intervención de una de las múltiples Agencias a ello dedicadas, para asegurarse así el adquirente el que han sido cumplidos todos los requisitos que su registración le va a exigir, y si ello podría llevar cierta similitud en el aspecto económico con la escritura notarial, en el jurídico no puede ni plantearse la comparación. Por último, habrá de acudir el adquirente al Registro Administrativo establecido para estos vehículos, y no podemos imaginar ninguna función del mismo, tanto público como privada, que no pueda ser llevada a efecto mediante el Registro Mercantil, además de conseguirse con

ello una seguridad en el tráfico jurídico y un aumento de su función crediticia que el actual Registro es incapaz de conseguir por su especial naturaleza.

En cuanto a los establecimientos mercantiles e industriales, parece que les será más forzada la implantación de un Registro, pero en la generalidad de los supuestos apenas supondría incremento alguno en los requisitos que en la actualidad requiere su transmisión. Si el establecimiento radica en un local arrendado, su transmisión o traspaso requiere el otorgamiento de escritura pública y, en consecuencia, la imposibilidad de que pueda ser ocultada la transmisión, razón final de muchas opiniones, con el fin de defraudar el impuesto correspondiente; por ello, el requisito de la inscripción queda sobradamente compensado con las ventajas que ella traería consigo. Si el establecimiento radicase en local propio, el problema es casi indiferente, pues bastantes de los elementos del negocio mercantil o industrial, quizá lo más valiosos, cual ocurre con las máquinas, ya son susceptibles de inscripción al incorporarlos en forma permanente al inmueble donde radique y, de ser objeto, juntamente con éste, de una hipoteca inmobiliaria, como determina el artículo 111 de la Ley Hipotecaria.

Queda por tratar solamente de la maquinaria industrial, considerada independientemente del complejo mercantil a que se encuentre afecta y del inmueble donde radique; pero, respecto de ella, estimamos, incluso, que ha sido impropio su designación como objeto de esta modalidad de hipoteca. En efecto, si pertenece al dueño del inmueble donde radique, éste disponía de la hipoteca mobiliaria del establecimiento, o de la inmobiliaria de la finca, como forma de garantía en la que incluir la maquinaria como medio de elevar esa garantía; si estuviese enclavada en local arrendado con facultad de traspasar, cabría su inclusión en la hipoteca mobiliaria del establecimiento, y únicamente si radicase en local arrendado sin facultad de traspasar es cuando sólo le quedaría a su titular la forma especial de la hipoteca mobiliaria de la maquinaria como garantía que pueda serle aplicable, pero para este caso únicamente no merecía el que se haya permitido desgajarla del establecimiento a que corresponde, pudiéndose haber suplido esta falta con la admisión de la prenda sin desplazamiento para este caso específico, ya que por lo poco jurídico de esta última figura de garantía no pue-

de haber obstáculo alguno en añadir un caso más a la concreta enumeración de las cosas susceptibles de ella.

Aparte de las razones que hemos venido exponiendo, la entrada en vigor de la nueva Ley hará que se plantee con frecuencia un problema jurídico de gran importancia, que incluso puede motivar el desuso de esta nueva modalidad de hipoteca y el cual no podría surgir si el Registro que se hubiese implantado fuese más completo que el de gravámenes. Nos referimos a ciertas tercerías de dominio.

Efectivamente, el número 3.º del artículo 85 de la presente Ley considera como causa de suspensión del procedimiento de ejecución judicial sumario, y lo mismo del extrajudicial ante Notario por aplicación al mismo de ese precepto, según dispone el artículo 88, la interposición de la demanda de tercería de dominio que esté fundada en un título de propiedad anterior a la fecha de la escritura de hipoteca, pero advirtiéndolo acertadamente que si los bienes fuesen susceptibles de inscripción en «algún Registro, dicho título habrá de estar inscrito también con fecha anterior a la hipoteca».

Conforme a este precepto, observaremos que la existencia de «un» Registro protege al acreedor contra toda posible tercería, ya que no le perjudicará la titulación no inscrita, e igualmente le ocurrirá respecto a la hipoteca a cualquier adquirente anterior, pues si se acogió a las seguridades que aquél le ofrecía, no pudo surgir la hipoteca y no tendrá siquiera la molestia, ni el gasto, de tener que interponer la tercería. Si no existe ese Registro, la postura del acreedor hipotecario, e incluso la del adquirente anterior por título fehaciente, es bastante precaria; el primero puede ver desaparecida su garantía por una escritura de transmisión que le era desconocida al aceptar la cosa en garantía de su crédito, a pesar de ser de fecha anterior, si el hipotecante obra de mala fe; el segundo, a su vez, estará obligado a interponer un juicio de tercería contra el acreedor, si su causante, también con dicha mala fe, hipotecase la cosa que le había transmitido, y los inconvenientes, gastos y dilaciones que todo ello puede originar en el tráfico jurídico, sin superiores a los que llevaría consigo la implantación de un Registro de carácter general que no esté limitado solamente a los gravámenes como el que ahora se establece.

Tratando de paliar las consecuencias perjudiciales de estos supuestos de mala fe, a fin de dejar a salvo de ella el mayor número

posible de casos, ha tenido necesidad el Reglamento, saliéndose del marco propio de él, de dictar una norma que hubiera tenido una mayor adecuación dentro de la Ley. Por ello, en el párrafo primero del artículo 13, considera como susceptible de motivar una inscripción en este Registro a las compraventas de bienes susceptibles de ser objeto de esta modalidad de hipoteca, cuyo precio aplazado hubiese sido garantizado mediante el pacto de reserva, o el de reversión, del dominio, siempre que este contrato conste en escritura pública. Y dando un paso más ha permitido, por el artículo 35, en relación con el 39, que abrán folio registral las anotaciones de demanda de propiedad relativas a estos bienes; resultando con ello, que mediante esa anotación de la demanda, puede obtener una protección más eficaz de su derecho el que «demanda la propiedad de la cosa», la cual puede que no le sea concedida en el juicio que aquélla inicia, que el que «adquiere» esa misma propiedad con evidente injusticia para este último.

II. DEFINICIÓN Y CARÁCTERES

Podríamos definir la hipoteca mobiliaria, siguiendo la tónica de la nueva Ley de 14 de diciembre de 1954, como el derecho real de garantía recayente sobre determinados muebles ajenos, de posible enajenación y susceptibles de especificación que, naciendo por su inscripción registral y sin necesidad de desplazar su posesión, los afecta al pago de la obligación garantida, a la vez que limita su enajenación al caso de que ésta sea consentida por el acreedor.

Analizando estos caracteres, tendremos, en primer lugar, el de que esta hipoteca constituye un verdadero derecho real, tanto desde el punto de vista doctrinal como desde el legislativo.

Desde este último se expresa con gran claridad por el artículo 16, que: «La hipoteca mobiliaria sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fué constituida.»

Y en la Exposición de Motivos de la Ley, al tratar de la naturaleza jurídica, la asimila en un todo a la hipoteca inmobiliaria, pues después de considerar la posibilidad, bien de equipararla a la hipoteca mediante la ficción sentada para la naval de considerar

los bienes hipotecados como inmuebles, al solo efecto de su hipotecabilidad; bien la de crear una modalidad de la hipoteca en la forma de hipoteca mobiliaria, o, finalmente, la de asimilarla a la prenda, opta por considerarla como una verdadera hipoteca, haciendo surgir con ello una nueva división de éstas en atención a la naturaleza mueble o inmueble del objeto sobre el que aquélla recaiga, al decir que: «Más que la instauración de dos figuras jurídicas nuevas, se trata de trasplantar ciertos bienes muebles que por su función económica lo merecen, y cuya perfección identificadora lo permiten, al régimen jurídico de la hipoteca de los inmuebles, de tan notorio desenvolvimiento técnico y económico en España, todo ello partiendo de la misma naturaleza y cualidades de las cosas muebles sin forzadas ficciones de asimilación a los inmuebles». Por esto, si, según lo que hemos transcrito, la identificación de esta hipoteca con la inmobiliaria es completa, sobre todo en cuanto a su naturaleza jurídica, es evidente que ésta es considerada por la legislación y, especialmente, por la legislación hipotecaria, como un derecho de naturaleza real, cuya calificación tendrá que aplicarse forzosamente a la que aquí tratamos.

Finalmente, la misma Ley que comentamos lo declara así de una manera explícita, pues al tratar por el artículo 12 de los bienes que pueden ser hipotecados, a la vez que exceptúa expresamente a otros, declara como no susceptible de ello el «derecho real» de hipoteca mobiliaria, o sea, la subhipoteca.

Desde el punto de vista doctrinal, también es predominante la estimación de la hipoteca inmobiliaria, a la que ésta se asimila, como un derecho real, pues si bien algunos autores como Carnelutti la consideran como un ente o figura procesal, poniendo de relieve que el derecho fundamental de ella, cual es el concedido al acreedor para instar su realización a fin de percibir una suma de dinero que extinga su crédito, no es otra cosa que un puro instrumento procesal; ello es consecuencia de superva'orizar uno solo de los caracteres de la hipoteca, mediante la elevación de las consecuencias a la categoría de principio rector, a la vez que se olvidan, quizá voluntariamente, los restantes caracteres, e incluso lo fundamental de esa misma característica en la que se apoya para su calificación.

Si para estudiar la cuestión desde sus fuentes consideramos los caracteres de las obligaciones, veremos que uno de los más funda-

mentales es el de su cumplimiento, bien sea éste voluntario o forzoso, y si nos concretamos a la modalidad del cumplimiento forzoso, tendremos que subdistinguir, a su vez, entre el derecho del acreedor a su cumplimiento, que es plenamente civil, y los trámites de ese cumplimiento, que es una cuestión de orden procesal.

El hecho de concederse al acreedor una preferencia o una prelación para el cobro de su crédito, no nos autoriza a sostener que ésta sea en sí un derecho civil, sin perjuicio de que pueda llevar consigo una modificación en el trámite procesal, ya que lo característico no será la modificación de este trámite, sino la concesión al acreedor de un privilegio para el cobro de su crédito, respecto a cualquier otro que no reúna ese requisito.

Finalmente, naciendo esa preferencia, bien de una disposición legal, bien de un contrato entre partes al que la Ley le reconoce esa virtualidad, la esencia del contrato será esa preferencia considerada en sí misma y no la forma en que ella pueda ser desenvuelta al ejercitarse en el caso de incumplimiento de la obligación. Con ella no se mira el aspecto procesal, sino a la mejora del crédito que supone, la cual se traduce a su vez en un mejoramiento para el deudor de las circunstancias económicas de la obligación, junto con una mayor facilidad para poderla contraer.

Si, por otra parte, nos fijamos en que el derecho de dominio contiene no sólo un cúmulo de facultades sino también una serie de cualidades, entre las que destaca la económica de aumentar el crédito de su titular, el derecho de hipoteca no será otra cosa que la afección de esa cualidad en favor de una obligación determinada, la cual prevalece frente a todos y llega casi a independizarse de las causas de la obligación en sí. Y esto constituirá un derecho real perfecto, que al ejercitarse gozará de preferencias y beneficios de orden procesal, pero que al constituirse, consistirá, como decimos, en una afección de cierta cualidad económica del dominio a la seguridad del cumplimiento de la obligación.

El segundo de los caracteres radica en ser un derecho de «garantía» y lo expuesto últimamente justifica el contenido del mismo, o sea, el de conceder una preferencia sobre esa cualidad económica del dominio o de un derecho real, cuya preferencia, si bien obra de hecho en el caso de cumplimiento forzoso de la obligación garantida, está protegiendo de derecho, y frente a todos, a esa obligación,

desde el momento en que ha quedado constituída válidamente la hipoteca.

Derivado de ese carácter, surge el de afectar los bienes sobre los que recae al pago de la obligación que ella garantiza, ya que precisamente consiste en ello la garantía y, por tanto, una de las condiciones esenciales de ella; pero sin que podamos llegar a una equiparación entre ambos términos, puesto que el de garantía es más amplio, comprendiendo, no sólo la seguridad para el acreedor de obtener mediante ella el cumplimiento forzoso de su derecho sobre los bienes específicos que a ese fin quedaron afectados, sino también un robustecimiento del crédito para el deudor, que al constituir el derecho real no parte de la base de que va a dejar incumplida la obligación y por ello persigue con esta afección de los bienes, el que aumentando las seguridades del acreedor puede él obtener de momento la ventaja económica de mayores plazos en el vencimiento y menores intereses en el crédito que los produzca, ya que la diferencia con los intereses aún mayores que se exigen a las obligaciones que carecen de esta afección constituye económicamente un seguro, que compensará al acreedor del tanto por ciento de obligaciones que le resultaren fallidas por insolvencia del deudor. Por ello podemos deducir que la afección de bienes concretos, que es lo que tipifica a esta forma de garantía, constituye su esencia y es la que lleva aparejada el mejoramiento del crédito, que es la finalidad que se propuso esta figura jurídica.

El carácter de ser un derecho que nace por su inscripción en el Registro, resulta con claridad de los párrafos 3.º y 4.º del artículo 3.º de la presente Ley, en los que se expresa que: «La escritura y la póliza, en su caso, deberán ser inscritas en el Registro que por esta Ley se establece.»

«La falta de inscripción de la hipoteca o de la prenda en el Registro privará al acreedor hipotecario o pignoraticio de los derechos que, respectivamente, les concede esta Ley.»

Ahora bien, si analizamos el contenido del párrafo 1.º de ese mismo artículo, introduciremos un elemento de confusión en esta materia, ya que en él se declara en forma terminante, que: «La hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento se constituirán en escritura pública.»

Este problema se planteó ya con motivo de las hipotecas inmo-

biliarias, al comentar los artículos 1.875 del Código civil y los 145, y 159 de la Ley Hipotecaria, respecto a los cuales ya dijo JERÓNIMO GONZÁLEZ que la inscripción de hipoteca es siempre una inscripción constitutiva, debiendo entenderse que el artículo 1.875 emplea el verbo «constituir» en dos sentidos diferentes: como formalización del título que va a ser inscrito y como nacimiento del derecho real.

Con esta interpretación doctrinal se han manifestado conformes la generalidad de los civilistas e hipotecaristas, como Morell, Castán, Pérez y Alguer, De Buen, Manresa, Roca, etc., si bien no han faltado contradictores, de entre los cuales vamos a detenernos en la opinión sustentada por Sanz, que ha exhumado y revigorizado una idea que ya fué iniciada por Navarro Amandi en su «Cuestionario del Código civil».

Decía este último: «Por lo que toca a las hipotecas, su constitución produce dos órdenes distintos de efectos: uno, entre los que la han constituido; otro, con relación a terceros. Ahora bien, el contrato no puede menos de ser válido desde que existe, esto es, desde que concurren las circunstancias esenciales para la constitución de la hipoteca. El mismo otorgamiento de la escritura pública no puede afectar a la validez del contrato, sino a la obtención de sus efectos; la inscripción en el Registro ni siquiera puede tener ese valor; sus consecuencias no deben referirse a los efectos del contrato entre las partes, sino a sus efectos respecto de terceros.» Y conforme Sanz con el contenido de esa teoría, salvo en la parte referente a las escrituras públicas, estima a su vez que la inscripción de la hipoteca es necesaria para que el derecho real desenvuelva su eficacia, pero quedando vinculada la fuerza ejecutiva a la escritura.

Como opinión intermedia podemos citar la expuesta por Apalategui en el tomo 29 del *Mucius Scaevola* (edición 1955), el cual califica a la escritura de requisito *ad solemnitatem* de tipo constitutivo, el cual provoca el nacimiento de la obligación, pero quedando estático este nacimiento hasta que se realice la inscripción. Sin embargo, no lleva esta tesis a todas sus consecuencias, pues posteriormente considera a la escritura y a la inscripción como dos requisitos constitutivos, y llegando aún más lejos en la evolución de su primera opinión, manifiesta, al referirse a la privación de los derechos que ocasiona la falta de inscripción de la hipoteca, que el no

poderse ejercitar esos derechos hasta que haya sido inscrita será «quizá porque no ha nacido.»

A nuestro juicio, no se ha hecho la debida separación entre la parte obligacional y la del derecho real en la génesis de la hipoteca. Dado que ésta no puede originarse en un hecho externo, pues, como dice JERÓNIMO GONZÁLEZ y afirma Roca, carece de expresión o exteriorización posesoria, hemos de limitar al contrato y a la Ley toda fuente posible de nacimiento de las hipotecas; pero los derechos reales requieren un respeto *erga omnes*, se necesitará para su nacimiento, no sólo la voluntad de los constituyentes (dejando aparte las hipotecas legales), sino un conocimiento real, o posib'le, del mismo por parte de todos, que al no ser éste un derecho susceptible de posesión, sólo podrá efectuarse: o mediante una notificación expresa, lo cual resulta evidentemente imposible, o por su consignación en una Oficina accesible a todos (el Registro de la Propiedad), ya que, como es obvio, la primitiva forma romana de publicidad, consistente en colocar en los bienes algún signo ostensible del gravamen, encerraba tales inconvenientes que había de ser desechada en el momento en que el derecho adquiriere cierto rigor científico.

Queda así la publicidad como la única que puede originar este respecto «*erga omnes*», que es anejo a todo derecho real, el que sin ella sería imposible de conseguir, y esta publicidad podrá obtenerse mediante la inscripción del contrato, sea este público o privado, pero con ciertas solemnidades de autenticación, e incluso mediante una declaración formal ante el mismo Registro que deba recogerla; pero como esta publicidad resultaría imposible de conseguir es mediante la exigencia de formas o solemnidades en el contrato mismo y en el momento de constituirse. Faltando la publicidad, no puede existir la hipoteca, pues si a su espalda se quisiese construir este derecho, además de la falta de criterio jurídico que ello supondría no se obtendría un derecho de garantía, sino, a lo sumo, y siguiendo la terminología moderna, un «arma secreta», destinada a herir al contratante de buena fe, en favor del que careciera de ella.

De todo lo expuesto podemos concluir diciendo que para el nacimiento del derecho real de hipoteca se requiere el que ésta sea inscrita en el Registro, o sea, que sea inscrito el contrato en que ella conste; pero como, por exigencia del artículo 3.º de la Ley Hi

potecaria, para que tengan acceso a él los actos o contratos susceptibles de ello, deberán constar en escritura pública o documento auténtico, con las únicas excepciones señaladas en ella, se requerirá que este contrato conste previamente en documento de esta clase para que pueda tener acceso al Registro y poder gozar de los efectos a ella atribuidos, o sea, para nacer a la vida jurídica. Por ello diríamos que el contrato encaminado a constituir el derecho real nace por la escritura, pero que el derecho real no surge hasta su inscripción.

El carácter de recaer sobre bienes ajenos susceptibles de ser enajenados apenas requiere justificación. Descartada en nuestro Derecho la hipoteca del propietario, que es admitida por el Derecho alemán, la calidad de ser ajenos, o sea, de no pertenecer al acreedor, resulta del espíritu de todo el articulado de la presente Ley. Además de ello, al establecerse en la disposición adicional tercera que deberá estimarse como derecho supletorio del presente las normas de la legislación hipotecaria que sean compatibles con la naturaleza de los bienes sobre los que recae esta modalidad de hipoteca y con las reglas sentadas en el articulado de la Ley, nos encontraremos con que en esa legislación supletoria ha sido considerada siempre la cualidad de ser ajenos los bienes como uno de los caracteres fundamentales de la misma, pues es tónica de nuestra legislación civil el que los derechos reales desmembrados del dominio, los limitativos de él y los de garantía, recaigan sobre cosa ajena, operándose su extinción por confusión al reunirse en una sola persona la titularidad del dominio y la del derecho real. Así ha sido reconocido, en cuanto a la hipoteca, por la Dirección General de los Registros en Resoluciones de 31 de marzo de 1879, 14 de diciembre de 1899 y 28 de mayo del mismo año, cuya doctrina está confirmada de una forma oficial por el número 15 del artículo 6.º del Reglamento del Impuesto de Derechos reales, que estima exentas del mismo a «la cancelación de hipoteca cuando el acreedor hipotecario adquiera el inmueble gravado». Poniendo así de relieve no sólo que la reunión de las titularidades de acreedor y propietario de la cosa gravada llevan consigo la extinción de esa garantía, sino también el que esa extinción se produce de pleno derecho, sin que para ello medie voluntad expresa de su titular, a lo que podríamos añadir y aun contra la voluntad del titular mismo.

La necesidad de que los bienes objeto de ella sean enajenables es tan indispensable que sin ello no podría existir la hipoteca, pues holgarían todos los preceptos referentes a los procedimientos de ejecución, e incluso el que los interesados tasaran la finca a efecto de servir de tipo en la subasta. Además de ello, quedaría incumplido el contenido del citado artículo 16. que declara la afección de los bienes, directa e inmediatamente, a la seguridad del cumplimiento de la obligación garantizada, sea cualquiera su poseedor. A pesar de todo lo expuesto, no ha querido la Ley, siguiendo la tónica de la legislación hipotecaria, dejar esta cuestión en una situación de contienda doctrinal, y así se ha expresado de una manera concisa y clara por el artículo 1.º, que tanto la hipoteca mobiliaria como la prenda sin desplazamiento tendrán que recaer sobre bienes «enajenables», cuyo criterio concuerda con lo dispuesto para la prenda y la hipoteca por el artículo 1.858 del Código civil.

Esta característica de la hipoteca no obsta para que los bienes sobre los que pueda recaer estén transitoriamente en una situación de imposibilidad de ser transmitidos, pues ello afectará únicamente a la fijación del momento en que puede ser ejercitada la hipoteca que sobre ellos recaiga. Así puede ocurrir cuando el vehículo hipotecado sea un automóvil adjudicado por el Sindicato correspondiente si se ejecutase la hipoteca antes de los dos años de su adquisición, salvo que se entienda que esta venta queda fuera de esa prohibición y, por tanto, de tener que obtener para ella la correspondiente autorización (la del artículo 1.º de la Orden de 29 de septiembre de 1942), pues en este u otros casos similares la hipoteca será perfecta, con la única limitación de que su ejecución quedará suspendida hasta que la cosa pase a la situación de libertad de enajenación.

Con el carácter de recaer sobre bienes muebles susceptibles de especificación, entramos en el que diferencia esta especie de hipoteca de la tradicional que recaía sobre inmuebles. La necesidad de la admisión de esta forma de garantía respecto de ciertos bienes muebles era una necesidad sentida ya en la práctica, por lo que, atinadamente, se dice en la Exposición de Motivos que la importancia adquirida por las cosas muebles al impulso del moderno desarrollo industrial y la aparición de nuevos bienes en el sentido jurídico, difícilmente catalogables entre las cosas muebles o inmuebles,

hacía necesario el encontrar una forma que hiciese viable la garantía real sobre ellos.

Demostrada la necesidad del establecimiento de una forma de garantía real sobre estos bienes y establecida como más eficiente la hipotecaria que tradicionalmente se aplicaba a los inmuebles, era necesario a su vez el precisar si ella debería serle aplicada a todos los bienes muebles o sólo a una especial clase de ellos, y calando los legisladores la esencia de la hipoteca sobre los inmuebles han determinado en la citada Exposición de Motivos que: «La acción real ha tenido siempre como elemento indispensable la identidad de la cosa; por eso, teóricamente, no ha sido posible constituir derechos reales perfectos sobre cosas genéricas ni sobre cosas futuras. El grado de perfección en cuanto a la identidad de la cosa y su reflejo consiguiente en documentos y Registros públicos ha llevado a la Comisión a distinguir dos grupos de bienes: los de identificación semejante a la de los inmuebles, y, por tanto, como éstos, claramente susceptibles de hipoteca, y los de identificación menos perfecta, y, por consiguiente, de un derecho de más difícil persecución, que quedan dentro de la figura clásica de la prenda, si bien sustituyéndose por la publicidad registral el requisito de desplazamiento de posesión.»

Con esta opinión había estado ya conforme Sánchez Román, que entendía que en estas hipotecas es necesario que no se eludan los principios de especialidad, determinación y publicidad, por lo que estimaba que sólo podría constituir un verdadero derecho de garantía la hipoteca sobre las cosas muebles cuando éstas sean susceptibles de plena y fácil identificación y de ser inscritas en un Registro público.

Apalátegni, en el tomo antes citado del *Mucius*, critica esta postura, estimando que resultan tan identificados los inmuebles hipotecados como los muebles que sean objeto de prenda desplazada, por lo que no debe fundarse en esa cualidad la diferencia entre ellos, ya que no es la cualidad de identificables o no identificables lo que hace que sean objeto de hipoteca mobiliaria unos bienes determinados, sino la voluntad del legislador. No creemos acertada la crítica, ya que no debe olvidarse que en lo que se fija el legislador para asignar a los muebles la cualidad de ser hipotecables no es en la de que sean fácilmente identificables, sino en que no puedan perder

esta cualidad «aun cuando permanezcan en poder del deudor»; por ello, cuando reúnan esa cualidad específica, se tendrá la seguridad de que no podrán ser sustituidos a su arbitrio por el deudor o el hipotecante en cuyo poder se encuentren, y por ello habrá una continuidad en el nexo constituido mediante la hipoteca entre el crédito y la cosa sobre la que recaía la garantía. Lo único que ha quedado al arbitrio del legislador es la facultad de calificar cuáles sean los bienes muebles en los que concurre esa cualidad de ser fácilmente identificables. Hasta aquí vemos lógica la postura del legislador; cuando ya no nos parece tal, y en lo que estamos conformes con el tratadista citado, es cuando justifica la prenda sin desplazamiento, sobre todo en su diferenciación con la hipoteca mobiliaria.

Nos queda por tratar de la prohibición de enajenar la cosa hipotecada, salvo con el consentimiento del acreedor, que se impone al hipotecante, cuyo carácter resulta del contenido del artículo 4.º de la Ley, en el que se expresa que «el deudor no podrá enajenar los bienes hipotecados o dados en prenda sin el consentimiento del acreedor».

Se justifica esta exigencia en la Exposición de Motivos alegando que no le será indiferente al acreedor la persona del tercer poseedor de los bienes muebles hipotecados, ya que éstos exigen un cuidado y un celo especial, muy superior al de los inmuebles, para asegurar su conservación y el mantenimiento de su valor; pero, en el fondo, es un problema de más envergadura, al que los legisladores no se han atrevido a dar una solución definitiva, dejando a la doctrina y a la jurisprudencia la misión de buscarla cuando se trate de acomodar esta Ley con la doctrina de la enajenación y prescripción de los muebles en general y de las mercaderías en particular.

La hipoteca mobiliaria, como toda hipoteca, sólo podrá ser eficaz si el acreedor puede perseguir los bienes hipotecados cualquiera que sea su poseedor o tenedor, y dada la falta de solemnidades para su transmisión, la rapidez de su prescripción y la instantánea para cierta clase de ventas mercantiles, habrá necesidad de estudiar los efectos que ha de producir esta nueva institución en relación con los artículos 464 del Código civil y el 85 del Código de Comercio.

Se establece por el artículo 85 del Código de Comercio una prescripción instantánea a favor del comprador respecto de las mercaderías adquiridas en almacenes o tiendas abiertas al público, y sería

alterar todo el sistema mercantil el introducir algún principio que se opusiera a ella; por tanto, al referirse el artículo 22 de esta Ley al supuesto de la hipoteca de un establecimiento mercantil en la que se haya pactado su extensión a las mercaderías destinadas a la explotación del mismo, declara expresamente la vigencia de ese artículo del Código de Comercio y limita la obligación del deudor no a una imposibilidad de vender esas mercaderías sin el consentimiento del acreedor, sino a la de tener en el establecimiento una cantidad y valor de ellas igual al superior que hubiese sido fijado para las mismas en la escritura de constitución de la hipoteca. Y al comentar en la Exposición de Motivos esa extensión de la hipoteca a las mercaderías y materias primas, en virtud de pacto al efecto, declara que había necesidad de respetar la norma del citado artículo 85 por ser fundamental para la vida mercantil, y por ello, a la disminución de esas mercaderías o materias primas, en cuanto a la cantidad prevista en la hipoteca, no se le daba otro efecto que el de autorizar al acreedor para darla por vencida, aunque no hubiese transcurrido el plazo fijado en la escritura.

Esto no obstante, como es corriente en la vida comercial la tenencia de mercaderías cuyo precio no ha sido abonado a la fábrica o almacén que las suministró, habrá de tenerse en cuenta que ellas, o la cantidad que de las mismas haya sido estipulada como comprendida en la hipoteca mobiliaria del establecimiento, deberán tener satisfecho el precio de adquisición en su totalidad, ya que, con carácter general, se dispone así por el artículo 2.º de la Ley, con la única excepción de que la hipoteca haya sido constituida con objeto de garantizar ese precio aplazado, y esta exigencia vuelve a repetirla en el artículo 22, refiriéndose a las mercaderías que quedan afectas a la hipoteca al tiempo en que ella se produzca.

El artículo 464 del Código civil dispone a su vez que: «La posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe equivale al título. Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea.» De los dos apartados que el mismo comprende, el segundo queda fuera de nuestro objeto, pues la venta de la cosa hipotecada que se realice por el deudor no puede ser estimada como pérdida o privación ilegal de ella, quedando así limitada al campo del presente problema, a la relación entre el contenido del primer apartado y el artícu-

lo 4.º de la presente. Concretado así, aún podremos efectuar otra limitación, ya que uno de los supuestos esenciales del artículo 464 es la exigencia de la buena fe, y por ello podremos limitar la cuestión a la determinación de si cabe o no la existencia de la buena fe del adquirente frente a la prohibición que envuelve la hipoteca mobiliaria debidamente inscrita en el Registro.

Deberá tenerse en cuenta en este sentido, y como antecedente a cualquier desarrollo de ella, que el artículo 433 del mismo Código reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir existe algún vicio que lo invalide, y precisando la definición de la buena fe se añade por el artículo 1.950 que la buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueña de ella y podía transmitirle su dominio, formando ambas definiciones un todo orgánico, por referirse la una al aspecto negativo de ella, y la otra, más amplia, al positivo.

Entrando en el estudio del presente problema, hemos de destacar que, conforme a la presente Ley, la inscripción de la hipoteca mobiliaria, además de sujetar directa e inmediatamente los bienes al cumplimiento de la obligación garantizada, cualquiera que sea su poseedor (art. 16), implica necesariamente una prohibición legal de enajenar la cosa sobre la que recae, salvo con el consentimiento previo del acreedor (art. 4.º), la cual no puede ser ignorada por un tercer poseedor, no sólo cuando se trate de hipoteca sobre automóviles u otros vehículos de motor, en que constará anotada, en cuanto a su constitución, en el permiso de circulación de ellos, sino incluso cuando recaiga sobre cualquier otra cosa susceptible de esta modalidad de hipoteca, pues la inscripción correspondiente necesaria para que ella produzca sus efectos destruye la buena fe de cualquier adquirente posible de esos bienes, y esa buena fe es indispensable para la recta aplicación del artículo 464 antes citado, o sea, para poder adquirir la propiedad de ellos, ya que, como apunta la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1941, el no cumplirse el deber moral de averiguación por parte del interesado ha de producir sus efectos en cuanto a la existencia de la buena fe. Coincidiendo con ella, hemos de repetir que no sólo no se cumple el requisito de la buena fe del adquirente que exige el artículo 464, sino que, al ser público el Registro donde consta la existencia de la hipoteca, no podrá ignorarse por el mismo el que en su título existe vicio que lo

invalida, como exige para esa posesión de buena fe el artículo 433, ni tampoco podrá llegarse por el adquirente a la «creencia» de que su causante era dueño de la cosa y podía transmitírsela, que es a su vez el requisito exigido por el artículo 1.950 para su concepto sobre la buena fe.

Sin embargo, como la inscripción de la hipoteca en el Registro correspondiente no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes, según dispone el artículo 3.º en su párrafo 5.º, cabrá la buena fe contra los pronunciamientos del Registro siempre que el adquirente conozca y demuestre esa nulidad. Y decimos que no basta conocerla, sino que es necesaria también la posibilidad de demostrarla, ya que, según expresa a continuación ese mismo párrafo, estos asientos de hipoteca están bajo la salvaguardia de los Tribunales, produciendo todos sus efectos mientras no se cancelen «o se declare su nulidad», requiriéndose para esa actuación de los Tribunales la oportuna prueba ante ellos que lleve al ánimo del juzgador el convencimiento de la existencia objetiva de esa nulidad de la hipoteca cuestionada.

La coherencia de esta doctrina sólo está limitada, en apariencia, por la regla 3.ª del artículo 29, en el cual, al exponer los casos en que la hipoteca mobiliaria recayente sobre un establecimiento mercantil podrá ser considerada como vencida por el acreedor, pese a no haber expirado el plazo estipulado en el contrato, estima como una causa de ello: «3.ª Enajenación por el deudor, sin el consentimiento del acreedor, de alguno de los bienes hipotecados, excepto las mercaderías, de conformidad con el artículo 22.» Resultando evidente de su lectura que la venta de alguno de los elementos que integran el conjunto de bienes hipotecados, salvo la excepción de las mercaderías y la de los que después indicaremos, es válida para el adquirente, produciéndose sólo el efecto citado de anticiparse al plazo de vencimiento que hubiese sido estipulado en el contrato de hipoteca.

Los redactores de estos preceptos, o sea, del artículo 4.º y de la regla 3.ª de artículo 29, debieron de ver entre ambos una concatenación y sentido que harían que ambos se estimasen como perfectamente compatibles; pero no habiendo sido feliz la redacción de ellos en el sentido de indicar ese proceso mental, nos toca ahora el tratar de reconstruir la idea de que partieron, para que los dos preceptos

resulten complementarios y no contrapuestos entre sí. Esta labor interpretativa será siempre un poco personal, con lo que tendremos así un problema jurídico más sobre el que surgirán opiniones contrapuestas, cuando tan fácil hubiese sido el perfilarlos lo suficiente para que sólo admitiesen una interpretación, independientemente de que surgiesen opiniones doctrinales favorables o adversas a la postura jurídica que en ellos se sostiene.

Iniciando la interpretación de esa concordancia, tenemos que destacar en primer lugar que el artículo 4.º del Código civil declara nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la Ley, salvo los casos en que la misma Ley ordena su validez. Por ello, al relacionar este artículo con el 4.º de la presente, tendremos que convenir que será nula la enajenación de los bienes sujetos a una hipoteca mobiliaria que pueda llevarse a efecto por el hipotecante sin el consentimiento del acreedor, cuya norma es de aplicación general, no sólo porque está contenida dentro del título I de la Ley, que es el dedicado a las disposiciones comunes a la hipoteca mobiliaria y a la prenda sin desplazamiento, sino por su contenido en sí, y, por tanto, el acreedor podrá obtener en virtud de ella la nulidad de la venta que haya sido efectuada contraviniendo esa prohibición, en tanto que la regla 3.ª del 29 concede no una nulidad de la venta, sino una posibilidad de ejecución anticipada, como ya hemos visto.

Podrían interpretarse ambos preceptos en el sentido de que en ese caso tendrá facultad el acreedor para optar entre pedir la nulidad de la venta o la ejecución de la hipoteca; pero entonces, ¿por qué iba a resultar de mejor condición la hipoteca recayente sobre un establecimiento mercantil que la que grave cualquier otro de los bienes susceptibles de ella? Y ¿por qué iba a producir efectos más variados y eficaces la venta de un objeto cualquiera del establecimiento mercantil que la de alguno de los elementos del motor de un vehículo cuando uno y otro estén gravados con una hipoteca? Ante una interpretación tan poco ajustada a la justicia, nuestra postura habrá de consistir siempre en rehuirla en tanto que sea posible cualquiera otra que esté más conforme con ella y con la equidad.

Otra objeción que puede hacerse a la anterior interpretación es la de que ella nos llevaría al absurdo de que la venta de una sola de las cosas o de los elementos del establecimiento mercantil produciría el doble efecto de poderse anular la venta o ejecutarse la

hipoteca, con carácter alternativo para el acreedor, en tanto que la venta de la totalidad del establecimiento mercantil sólo podría producir el de la nulidad de la venta.

Si esos preceptos los estudiamos desde el punto de vista de la práctica mercantil, su interpretación nos resultará de tal forma evidente que no será posible ninguna postura contraria, ni aún siquiera intermedia.

El artículo 85 del Código de Comercio establece una prescripción del dominio transmitido que opera junto a ella y en forma instantánea cuando se trate de mercaderías enajenadas en almacenes o tiendas abiertas al público. Pero el contenido del precepto es bastante amplio e impreciso, ya que a efectos del comprador, y pese a las definiciones doctrinales que tratan de perfilar el concepto, mercadería es toda cosa susceptible de ser vendida con carácter habitual en un establecimiento mercantil, y si nos fijamos en el concepto legal de almacenes o de tiendas abiertas al público, tendremos que entender, con el mismo artículo, que lo son tanto los establecimientos abiertos por los comerciantes inscritos como los que lo sean por los no inscritos siempre que hayan permanecido abiertos al público ocho días consecutivos o hayan sido anunciados por rótulos, muestras, avisos; etc., confirmándose con ello lo que antes dijimos de que el concepto de ambos es bastante amplio e impreciso.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que no existe ninguna disposición en el Código de Comercio por la que se limite la clase de mercaderías que pueden venderse en un establecimiento mercantil, según las distintas especies de ellos existentes en la práctica, y las reglas de esa clase contenidas en algunas disposiciones administrativas se refieren, a lo sumo, a contados establecimientos. La legislación fiscal si es más abundante en esta materia; pero ella está encaminada no a prohibir la venta de una clase de mercaderías en un determinado establecimiento, sino a que en él se vendan mercaderías para las cuales tenga fijada esa legislación un mayor tipo de tributación que aquel que corresponda a las mercaderías que se declararon como objeto de venta en el mismo; por ello sus normas van dirigidas contra el dueño del establecimiento, pero en ningún caso contra el comprador o compradores, respecto a los cuales su adquisición seguirá protegida por el artículo 85 del citado Código. Vistas esas especialidades y características de las ventas mer-

cantiles en los establecimientos públicos, debió de encontrarse el redactor de estos preceptos con que no podía prohibir la venta de las mercaderías a que se dedicase realmente un establecimiento, ni aun en el supuesto de que ellas se hipotecasen juntamente con él, puesto que ello equivaldría a paralizar la vida del mismo, y, por tanto, a destruir la finalidad perseguida con esta modalidad de hipoteca; por ello se fijó, no en las mercaderías como cosa determinada, sino consideradas como una unidad económica y de cantidad, y mientras se mantuviese la misma autorizaba la venta individual de ellas, sancionándose sólo la que no fuese seguida de una reposición de las mercaderías en cantidad o calidad, autorizando al acreedor, en ese caso, a que pueda ejecutar inmediatamente la hipoteca sin necesidad de esperar al vencimiento del plazo estipulado, con tal de que las mercaderías hayan disminuído en un 25 por 100 de su valor, no estando esto dirigido a castigar sólo los actos dolosos del deudor, sino también a evitar el que por una baja del precio en el mercado pueda anularse la solvencia de los bienes hipotecados por tenerse que esperar al vencimiento del plazo estipulado para hacer efectiva la hipoteca.

De otra parte, cuando se tratase del derecho de traspaso del local donde radica el establecimiento mercantil o del nombre comercial, rótulo, marcas distintivas y demás derechos de propiedad intelectual e industrial a él referentes, como no son objetos o mercaderías susceptibles de ser vendidas habitualmente en el mismo establecimiento mercantil, creyé que, al no estar regidas por lo dispuesto en el citado artículo 85, resultaría suficientemente protegido el acreedor por la prohibición de enajenarlas que se establecía por el artículo 4.º de la presente.

Finalmente, si bien la regulación de esos dos grupos de bienes parece lo suficientemente clara, no ocurre lo mismo cuando pasamos a las máquinas, utensilios y demás instrumentos de producción y trabajo, pues en este supuesto el problema que se plantea presenta una solución más difícil. Todos esos elementos son susceptibles de ser vendidos habitualmente en establecimientos abiertos al público, y a los efectos de cualquier posible comprador de ellos, su adquisición está amparada por la prescripción instantánea que se establece en el referido artículo 85, pues, como antes afirmamos, no existe disposición que limite la clase de mercaderías que puede vender al

público un determinado establecimiento; por tanto, las ventas que puedan efectuarse de los referidos artículos no estarán afectadas por la prohibición sentada por el artículo 4.º de la presente, pues éste no ha derogado el 85 del Código de Comercio, ni tampoco puede serle aplicado el artículo 22, referente a las mercaderías hipotecadas con el establecimiento y, por tanto, a su posibilidad de enajenación siempre que se realice su reposición con posterioridad; ante el presente estado legal de la cuestión, fué lógica la solución adoptada por el artículo 29 de autorizar al acreedor para que pudiese ejecutar la hipoteca como si ésta hubiese vencido, pero estimándolo como una facultad del acreedor y no como una obligación, con lo que se le daba una mayor flexibilidad a la institución que permitía el acomodarla a las circunstancias particulares de cada caso.

Resumiendo lo expuesto, podemos concluir: 1.º Que las ventas de mercaderías, incluso las que por pacto hayan sido hipotecadas juntamente con el establecimiento, se rigen por el artículo 85 del Código de Comercio, siendo perfecta su venta, pero teniendo derecho el acreedor a que se repongan las que hubiesen sido vendidas o, en caso contrario, así como en el de disminución fortuita de su valor en un 25 por 100, podrá pedir la ejecución de su hipoteca. 2.º Ventas de las máquinas, mobiliario, utensilio y demás instrumentos de producción y trabajo del establecimiento; resulta prohibida para el hipotecante, pero si a pesar de ello la efectúa, el adquirente estará protegido por el artículo 85 citado, quedándole al acreedor la facultad de instar la ejecución de la hipoteca como si estuviese vencida, sancionándose así esa venta indebida. 3.º Por último, venta del establecimiento en su totalidad, o traspaso del local, o venta del nombre comercial, rótulo, etc., así como la de la maquinaria de un establecimiento industrial, o la de un vehículo de motor, o la de los restantes bienes susceptibles de esta modalidad de hipoteca, en el supuesto de que estuviesen afectos a alguna de ellas, estas ventas quedan prohibidas por el artículo 4.º y a ellas no les será aplicable el contenido del artículo 85 del citado Código.

Parece que hemos dejado fuera del anterior resumen los casos de venta de uno de los elementos de una instalación industrial, de un automóvil, etc., que estén sujetos a alguna hipoteca mobiliaria y que se realice en un establecimiento dedicado a la enajenación de mercaderías análogas; pero este supuesto está incluido en el que

hemos expuesto en último lugar, ya que para que pueda efectuarse alguna de estas ventas se requerirá el que previamente haya sido transmitida la cosa de que se trate al titular del establecimiento por el hipotecante de ella, con lo que en ese momento estaremos en el supuesto previsto.

BUENAVENTURA CAMY SÁNCHEZ CAÑETE,

Registrador de la Propiedad

(Continuará.)

ESTUDIOS DE DERECHO HIPOTECARIO Y DERECHO CIVIL

POR

D. JERONIMO GONZALEZ Y MARTINEZ

Prólogo del Excelentísimo Señor Don José Castán Tobeña,
Presidente del Tribunal Supremo

Precio de la obra: 175 pesetas

Publicados los tres tomos.

Envíos contra reembolso, con aumento de dos pesetas.

Los pedidos a la Administración de

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

ALCALÁ, 16, 5.º, n.º 11 - MADRID

El ejercicio del derecho de voto en el caso de acciones sujetas a juicio universal sucesorio

El causante de una herencia deja, entre otros bienes, cierto número de acciones de una Sociedad Anónima. Los herederos no logran entenderse, en cuanto al modo de hacer la partición, y acuden a los Tribunales promoviendo el correspondiente juicio universal. Nombrado el administrador judicial de la masa relicta y antes de que los contadores realicen la partición, la Sociedad a que dichas acciones corresponden convoca a Junta general de accionistas, siendo entonces cuando surge la cuestión relativa a si el administrador judicial tiene o no facultades para poder asistir a dicha Junta y emitir en ella el voto inherente a los aludidos títulos.

Esta cuestión no se halla concretamente resuelta en la Ley de Sociedades Anónimas ni en la de Enjuiciamiento civil. Pero ello no quiere decir que constituya un problema insoluble o de difícilísima solución, para el que no haya otra salida que la de dejar en suspenso los acuerdos sociales mientras las acciones no resulten definitivamente adjudicadas, como creemos haber leído en alguna parte. A nuestro parecer, las diferencias y discrepancias que puedan producirse entre determinados herederos de acciones no deben, de ninguna manera, dar origen a que se paralice o entorpezca la vida de una Sociedad, extendiendo a ella y a los accionistas no beligerantes las funestas consecuencias de un conflicto al que son o deben de ser ajenos. Por eso, si los herederos no consiguen llegar a un acuerdo unánime con respecto al ejercicio del derecho de voto (acuerdo válido dentro del juicio universal, según el artículo 1.047 de la Ley de Enjuiciamiento civil), no parece que exista otro remedio que el de otorgar al administrador la facultad de asistir a Juntas y de

emitir el voto, única manera de que la Sociedad y los socios no sufran daños y perjuicios.

Mas nótese bien que hablamos de *otorgar* al administrador la facultad de votar, con lo que queremos significar que el administrador no disfruta de esa facultad en base a un precepto legal. El administrador no posee el voto por el hecho de haber sido nombrado para el desempeño del cargo, pero es la única persona a quien el Juez puede concedérselo mientras se tramita el juicio universal.

Para demostrarlo, debemos de empezar por ver la naturaleza del cargo de administrador de una testamentaria o de un abintestato. Los artículos 966 y 967 de la Ley de Enjuiciamiento civil le asignan la doble condición de administrador y depositario de los bienes hereditarios, y esta doble condición se mantiene después a todo lo largo de los restantes preceptos relativos a la administración de ambos juicios. Los autores y la jurisprudencia aún precisan más la esencia de este cargo. Manresa lo equipara al mandato: el administrador, para él, viene a ser un mandatario común y corriente, sujeto a los derechos y obligaciones que el Código civil establece en los artículos que tratan de este contrato. Lo que sucede es que no se trata de un mandato voluntario y contractual, sino de un mandato legal y, en cierto modo, forzoso, de contenido fijo y preordenado. El Tribunal Supremo, por su parte, califica al administrador judicial de *mandatario del Juez que le nombra*, y aunque esta calificación la aplica, en su Sentencia de 31 de mayo de 1886, al administrador de bienes embargados, no encontramos el menor inconveniente en extenderla al administrador de un juicio universal sucesorio, porque también en este juicio aparecen los bienes como bloqueados y sometidos a la superior tutela y control de la autoridad judicial.

Cual sea la extensión de este mandato es cosa perfectamente deducible de las facultades que la Ley de ritos confiere al administrador, siendo la principal de todas ellas la que pudiera considerarse como típica de este cargo: la de conservar y custodiar los bienes de la masa herencial con objeto de que experimenten menoscabo y rindan los frutos y utilidades que correspondan (arts. 1.016 y 1.017 de la Ley de E. c.), cuya facultad tiene como contrapartida la prestación de fianza, la rendición de cuentas y la posibilidad de revocación. Pero fuera de semejante cometido, de matiz exclusivamente

administrativo, todo lo demás que puede hacer el administrador por su propia cuenta y particular iniciativa es muy poco o casi nada, pues salvo la posibilidad de concertar arrendamientos de escasa importancia (lo que, por cierto, cae dentro del ámbito de los actos de administración), le está vedado al administrador enajenar los bienes inventariados (con excepción de los supuestos establecidos en el artículo 1.030 y con las formalidades consignadas en los artículos 1.031 y 1.032 de la Ley de E. c.) y arrendar las fincas mencionadas en el artículo 1.022 de la misma Ley adjetiva. Y; puesto que el administrador, según vemos, sólo puede administrar, estándole prohibido llevar a cabo actos de riguroso dominio, ya estamos en condiciones de poder asegurar que su mandato equivale al concebido en términos generales, con la extensión puramente administrativa que le asigna el artículo 1.713 del Código civil.

Así, definida la naturaleza jurídica del cargo de administrador de un juicio universal y delimitada la esfera de sus actividades y atribuciones, conviene examinar el extremo referente a si votar en Junta de accionistas envuelve o no un acto de administración. Es aquí donde radica el verdadero «quid» del supuesto que estamos contemplando, ya que por si votar se entendiera la acción o efecto de administrar, excusado sería continuar fatigando la atención de los lectores, pues ninguna objeción cabría oponer al administrador que pretendiera ejercitar semejante derecho. Pero el voto no es un derecho administrativo, sino un derecho político, lo cual se percibe claramente comparando la diferencia jerárquica y funcional existente entre accionistas y consejeros, toda vez que mientras aquéllos, debidamente constituidos en Junta, disponen del poder legislativo y lo utilizan por medio del voto correspondiente a las acciones de que son titulares, los consejeros, convenientemente reunidos en Consejo, únicamente disponen del poder ejecutivo o administrativo, usándolo por medio del voto personal. De aquí que la Ley de Sociedades Anónimas denomine «administradores» a quienes usualmente se conocen por «consejeros» del mismo modo que hubiera podido calificar de manera más significativa a quienes, como los accionistas, asumen la soberanía de la Empresa. Y siendo esto así, fácil resulta comprender, en términos generales, que si el «administrador» específico de una Sociedad Anónima carece como tal del voto político, y que si de esta parece de poder soberano ni siquiera pue-

de gozar y disfrutar el usufructuario de acciones (art. 41 de la Ley de 17 de julio de 1951), menos motivo habrá para atribuir esa trascendental facultad al administrador de un paquete de acciones en litigio, mandatario amovible no de los accionistas de la Sociedad, sino del Juez que le nombra para que vele por la conservación de un patrimonio hereditario. Por eso el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 25 de abril de 1933, negó el derecho de voto en Junta al administrador judicial de ciertas acciones embargadas, entendiendo que la peculiar naturaleza de éste excede normalmente de los actos de estricta conservación y custodia en que debe de inspirarse la actuación de quien desempeña dicho cargo. Luego parece incuestionable que la peculiar naturaleza del voto correspondiente al accionista extravasa la esfera puramente administrativa o ejecutiva, propia del administrador o consejero, y cae de lleno dentro del ámbito de lo dispositivo, reservado a los accionistas. Normalmente, éstos no realizan actos de administración, aunque puedan realizarlos, pues quien puede lo más puede lo menos; pero no sucede lo propio con los «administradores», ya que, normalmente, sólo se encuentran autorizados para administrar, necesitando expresa autorización de los mandantes en orden a la realización de actos de disposición o riguroso dominio. Es lo mismo que acontece con el mandato concebido en términos generales y el mandato expreso.

Ya podemos decir, pues, que el administrador de un juicio universal-sucesorio precisa siempre la autorización expresa de su mandante, el Juez, para poder emitir el voto político, o sea, el que lleva aparejada la facultad de decidir en Junta de accionistas los asuntos incluidos en el orden del día, que siempre serán, salvo casos excepcionales, asuntos de disposición o riguroso dominio. Generalmente, la Junta se convoca para resolver extremos no administrativos. Incluso la Junta general ordinaria de que habla el artículo 50 de la Ley de Sociedades Anónimas, Junta que, a primera vista, parece algo rutinario y de puro trámite, se sale por completo del radio de acción de lo administrativo, existiendo autores, como advierte Garrigues, que opinan en el sentido de que los acuerdos de dicha Junta aprobando las cuentas y el balance constituyen un negocio jurídico de fijación o determinación del patrimonio social y, además, un acto *dispositivo*, porque a través de la aprobación del balance se decide, al menos indirectamente, sobre la distribución de beneficios. Y si en

esta Junta ordinaria, de programa estereotipado, se da la posibilidad de que su contenido incida en el ámbito de los actos de disposición, ¿qué diríamos de la Junta convocada para otros fines, como los de disolución de la Sociedad o la ampliación de su capital, por ejemplo? ¿Es que podría sostenerse que un simple administrador judicial, que ni tan siquiera puede nombrar o disponer a los administradores subalternos del caudal hereditario (art. 1.034 de la Ley de Enjuiciamiento civil), se halla facultado legalmente para votar en Junta sobre la renovación del Consejo de Administración de una Sociedad Anónima?

Resultaría absurdo e inadmisibile que el administrador pudiera, por su propia autoridad y particular iniciativa, llevar a cabo los aludidos actos, que aún podrían revestir mayor gravedad y trascendencia si el paquete de acciones relictas representara las dos terceras partes del capital, porque, entonces, quedarían al pleno arbitrio de ese mandatario la vida misma de la Sociedad y los respetables intereses y derechos de todos sus socios, tanto de los interesados en el juicio universal como de los ajenos a la contienda.

Para que semejante catastrófico resultado no se produzca, y, al propio tiempo, no sufra un colapso la marcha social, sólo cabe la solución que propugnamos. Convocada una Junta general, el administrador deberá acudir al Juez solicitando que le autorice expresamente para poder asistir a ella con voz y voto, representando las acciones inventariadas, y el Juez, por analogía con lo dispuesto en el artículo 1.031 de la Ley de Enjuiciamiento civil, previa audiencia de los herederos reconocidos y detenido examen del orden del día fijado en la convocatoria, podrá conceder la autorización solicitada, precisando en ella, si las circunstancias lo aconsejaran, el sentido en que el voto deberá de ser emitido.

Por otra parte, esta fórmula, u otra sustancialmente similar, es la única que cabría adoptar para que no se considerase conculcado el texto del artículo 1.005 de la repetida Ley adjetiva, a cuyo tenor: «En todo juicio de abintestato se formará una pieza separada, que se llamará de administración, en la cual se actuará cuanto tenga relación con ella».

MANUEL R. LEZÓN NOVOA

Registrador de la Propiedad

Alcance del artículo 18 de la Ley de Censos de Cataluña

El artículo 3.º de la Ley de 31 de diciembre de 1945 dispone que dentro del plazo de cinco años, a contar desde que aquélla entre en vigor, todos los censos que afecten a varias fincas deberán ser divididos entre ellas. Vencido dicho período de tiempo, los Tribunales arbitrales, creados por dicha Ley, a instancia del censatario decretarán la cancelación de la inscripción de censos que no hayan sido objeto de división (art. 15, caso b) Cancelación que no lleva aparejada la extinción del derecho cancelado mientras no surja el tercer adquirente de la finca censada.

La *mens legis* de lograr la unidad de finca y censo la traza la Ley con mano firme en el artículo 15.

El 18 dispone que, transcurridos los antedichos cinco años, no se inscribirá segregación o división de finca afecta a censo sin que éste se divida en tantos nuevos censos como fueran las fincas resultantes. Tomada esta medida legal en sentido contrario parece que antes del vencimiento de dicho plazo la división de la finca llevada a cabo por el censualista es un acto legítimo y por ello inscribible. La contradicción entre el propósito de la Ley y la letra del artículo referido se halla bien patente. Al logro de su coordinación se encaminan estas breves líneas. Ante todo manifiesto que el contrato de censo o establecimiento catalán no es una institución muerta. Yo puedo decir, sobre todo a partir del mes de julio de 1955, que son muchas las escrituras de esa naturaleza en las que pongo mi actividad profesional; que son frecuentes en varios Registros de la región las inscripciones de censo impuesto sobre una sola finca susceptible de división material, y que, en menor escala desde luego, la unidad de finca y censo deviene del cumplimiento del artículo 3.º de la Ley.

Contempladas esas tres situaciones retrospectivamente, la letra del artículo 18 mantuvo a los censatarios en continuo sobresalto,

porque, dada la legitimidad de la inscripción de una segregación practicada en el Registro el 28 de diciembre del quinto año, impedía a aquéllos conjurar el peligro con que les amenazaba el artículo 15. Malamente podrían inscribir la escritura de división de censo en los tres días siguientes. La primera de las disposiciones transitorias dice que durante dichos cinco años podrán redimirse parcialmente censos, siempre que censalista y censatario determinen la parte proporcional de la pensión redimida, sin que ello obligue a los otros censatarios. Luego, a *contrario sensu*, dedúcese que, vencido dicho tiempo, no se ajustan a la Ley las redenciones parciales.

Queda dicho que, no obstante la cancelación de la inscripción del censo, el derecho del censalista subsiste mientras no haga presencia el tercer adquirente de la finca. Ello así, no se comprende el por qué la Ley no permite redenciones parciales posteriores a la cancelación o vencimiento de los cinco años.

El artículo 18 y la disposición transitoria contemplan, respectivamente, el vencimiento de los cinco años y el curso de los mismos por cuanto los tiene a su favor el censalista para otorgar la escritura de división. El artículo lo que realmente declara es que, una vez registrada la escritura otorgada por el censalista, cuando sea necesario su otorgamiento, ya no se puede inscribir la segregación sin que se divida el censo entre las nuevas fincas. Y la disposición transitoria que mientras no se cumpla el artículo 3.º se pueden otorgar redenciones parciales.

La citada disposición primera como transitoria que es no encuadra las divisiones de finca censada posteriores a la entrada en vigor de la Ley. Como no hay razón que impida su aplicación a esos casos, parece que aquélla debía figurar en el articulado. Deliberadamente se le dió carácter de disposición transitoria, porque el legislador, fija su atención en el criterio prohibitivo de parcelación o segregación, no esperaba que el censatario realizara dichos actos a partir de la vigencia de la Ley.

El Decreto-Ley de 2 de diciembre de 1955 prorroga el plazo del artículo 18. Ello se presta a abrir la brecha que la Ley se propuso carenar y a la continuidad de un plazo que el Decreto de 18 de diciembre de 1950 dejó consumado al no referirse al artículo 18.

ALFREDO REZA
Registrador de la Propiedad

Las anotaciones preventivas de embargo y el Impuesto de Derechos reales. ¿Convendría modificar el art. 17, § 1.º, del Reglamento del Impuesto?

El artículo 179, párrafo primero, del Reglamento del Impuesto de Derechos reales, que exige que todo documento que haya de causar una operación registral lleve una nota extendida previamente por la Oficina liquidadora del impuesto, en la que conste el pago o exención del tributo, reiterado por diversos preceptos hipotecarios, plantea un problema de difícil solución, cuando trata de hacerse efectivo en el supuesto de las anotaciones preventivas de embargo.

Porque es frecuentísimo el supuesto de que ordenada una anotación preventiva de embargo, en virtud de mandamiento judicial ó de agente ejecutivo, ésta no pueda practicarse por falta de previa inscripción de la finca, en cuyo folio registral debiera constar el embargo, o por adolecer de cualquier otro defecto subsanable o insubsanable el mandamiento que habría de originar el asiento.

Sin temor a equivocaciones puede afirmarse que es mucho más corriente ver en los títulos notas calificadoras que deniegan o suspenden la anotación, o a lo sumo conceden una anotación preventiva de suspensión de la de embargo, sobre las que indican haberse extendido el asiento ordenado.

Esto sentado, parece indudablemente irregular, desde un punto

de vista teórico, la práctica de las Oficinas liquidadoras que, en presencia de un mandamiento judicial o administrativo, ordenando la extensión de una anotación preventiva de embargo, proceden a liquidar el documento, haciéndolo pasar después por el Registro para obtener la correspondiente operación tabular.

Nos parece inadmisibile esta forma de proceder, porque, a la vista del mandamiento, el liquidador carece de base para hacer aplicación del párrafo primero, del artículo 17, del Reglamento. Y ello es así porque del mandamiento sólo puede extraerse la certeza del *embargo*, pero nunca la de la *anotación preventiva*. Es decir, que si en la lista de actos sujetos del artículo 5.º del Reglamento del Impuesto se incluyesen los embargos (los actos judiciales o administrativos de traba de unos bienes muebles o inmuebles para afectarlos a la seguridad del cumplimiento de una deuda dineraria), el proceder fiscal sería correcto. Pero, tal como están redactados los artículos 5.º y 17 del Reglamento, aludiendo siempre como acto tributable a la *anotación preventiva*, contradice a los conceptos jurídicos y fiscales la liquidación que en estos casos se practica.

Decimos que contradice a los conceptos jurídicos, porque la anotación preventiva es un asiento practicado en el Registro de la Propiedad, y como tal es inexistente mientras no conste en los libros.

Conviene insistir en que la anotación es cosa distinta del embargo, pues, conforme a la más reciente doctrina hipotecaria, la *anotación preventiva de embargo* constituye en sí misma un derecho real, completamente diferenciado del que pueda significar el embargo. Así, José M.^a Mazuelos, en artículo publicado en los números 330 y 331 de esta Revista, correspondientes a los meses de noviembre y diciembre del pasado año, después de reseñar la Resolución de la Dirección General de los Registros de 17 de diciembre de 1929, según la cual la anotación refuerza la posición jurídica del acreedor mediante la constitución de un *derecho registral de garantía*, sienta las siguientes conclusiones:

a) «La anotación es un derecho o acto absolutamente independiente y accesorio del crédito, aunque adherido a él, que refuerza y vigoriza la posición del acreedor, concediéndole poderes directos sobre la finca embargada que antes no tenía.»

b) «La anotación no es necesaria para la constitución del embargo, sino solamente es precisa para que éste pueda perjudicar a terceros hipotecarios, a tenor de lo dispuesto en el artículo 71 de

la Ley», pues, según demuestra el escritor en su documentado estudio sobre las anotaciones preventivas de embargo, y en torno a las palabras del artículo 43 de la Ley, no es obligatoria la práctica de la anotación preventiva para que el embargo esté válidamente constituido, sino que lo obligatorio es la expedición del mandamiento de embargo al Registro de la Propiedad (cfr. art. 1.409 de la Ley Procesal).

c) *«El embargo se entiende perfectamente constituido, según la interpretación que la doctrina y la jurisprudencia hacen de los textos legales, mediante la expedición del correspondiente mandamiento al Registrador de la Propiedad y la devolución por éste de uno de los ejemplares con la oportuna nota de calificación.»*

Si esto es así—y no insistimos en ello por no forzar el razonamiento—, lógico es concluir que sería más correcto fiscalmente, y dado que el embargo se estima perfectamente constituido sin necesidad de la anotación preventiva, considerar actos sujetos los embargos.

También decíamos que la práctica existente en las Oficinas liquidadoras contradice, asimismo, a los preceptos fiscales, y precisamente en un artículo tan importante como el 44 del Reglamento del Impuesto de Derechos reales, según el cual: «Para que sea exigible el impuesto se requiere la existencia de un hecho que jurídicamente origine el acto sujeto al impuesto, de una convención expresamente consignada por los contratantes o de otro acto que, con arreglo a los principios de derecho pueda, lógicamente y legalmente, deducirse de la intención o voluntad de las partes...». Y claro está, que no existiendo anotación preventiva—pues en virtud del mandamiento sólo hay, de momento, un embargo—falta el acto jurídico, cuya existencia sería presupuesto de la exigibilidad del impuesto, por producirse un acto de enriquecimiento del patrimonio del acreedor cual el que la garantía inherente a la anotación preventiva significa.

No podemos, sin embargo, culpar a los liquidadores del impuesto de estas prácticas irregulares, pues obran en cumplimiento de directrices emanadas del Tribunal Económico-Administrativo Central, el que, en Resolución de 1 de diciembre de 1942, declaró categóricamente: «El impuesto es exigible aunque las anotaciones de embargo no lleguen a practicarse». (La imposibilidad en el caso

de autos fué debida a figurar inscritas las fincas embargadas a nombre de tercera persona.)

Este desquiciamiento del artículo 17 del Reglamento del Impuesto—olvidando la letra del precepto que se refiere a la operación registral y no al simple acto de traba del embargo—es tan desorbitado que llega a desorientar a un tratadista tan autorizado como Bas y Rivas, el cual, comentando el artículo 17, arguye que, puesto que la verdadera garantía no está en la anotación (que, al decir de este escritor, sólo concede a los créditos la preferencia del artículo 1.923, 1.º, del Código civil), sino en el embargo, estas anotaciones preventivas no debieran tributar. Según esta teoría debieran tributar todos los embargos proceda o no la anotación.

Esta conclusión es correcta, considerada desde un punto de vista de «lege fêrenda», y es, más o menos, el mismo resultado que nosotros propugnamos; pero, forzoso es reconocer que extraída de la legislación vigente significa una separación de los textos legales, en los que, de una forma clara, se exige el impuesto por las *anotaciones preventivas de embargo* y no por el embargo en sí.

Para mantener su forzada posición de exigibilidad anticipada del impuesto, el Tribunal Económico-Administrativo Central se ve obligado, en Resolución de 6 de diciembre de 1932, a trastocar los preceptos aplicables, afirmando categóricamente que: «el mandamiento de embargo debe ser objeto de liquidación del impuesto de Derechos reales». Ante esta afirmación hemos de preguntarnos, con perplejidad, ¿cuál es el acto sujeto, la anotación preventiva de embargo o el mandamiento ordenando aquélla? No creemos que el Alto Tribunal pueda variar la legislación establecida, pues donde no hay precepto dudoso, donde no hay que conceder licencias a la interpretación, no pueden los organismos judiciales o administrativos modificar las leyes, ya que su misión se reduce a aplicar el derecho.

Es más acertado variar la legislación, cuando ésta aparece incompleta, que forzar los textos legales con retorcidas interpretaciones.

¿Cabe practicar anotaciones preventivas de embargo por consecuencia de pactos o contratos?

Aunque de pasada y antes de proseguir en nuestra argumentación, queremos destacar una idea errónea, contenida tanto en el

artículo 3.º como en el 17 del Reglamento del Impuesto de Derechos reales, que consideran sujetas al tributo las anotaciones preventivas de embargo practicadas en virtud de actos o contratos.

Como el embargo, y su consiguiente anotación preventiva, tratándose de bienes inmuebles, es un acto de afección de bienes a la seguridad de un crédito o para robustecer la efectividad de una condena dineraria, no se comprende fácilmente cómo la anotación preventiva pueda originarse en el ámbito contractual, pues los particulares no pueden influir en un procedimiento oficial en el sentido de alterar sus trámites, de establecer pruebas no admitidas, por la Ley, ni mucho menos en el de afectar bienes, por voluntad de uno de los interesados, contra el deseo del gravado por esta medida. Sin que por esto olvidemos que, mediando el consentimiento de las dos partes contratantes, pudiera surgir un acto de afectación; es el caso de la hipoteca.

No obstante, ni el haber invocado el ejemplo de la hipoteca, para la que reconocemos este origen contractual, ni la consideración de que, en definitiva, la anotación preventiva de embargo no es otra cosa que la antigua hipoteca judicial, pueden justificar la incorrecta dicción del texto reglamentario al referirse a las anotaciones preventivas que hayan de practicarse en virtud de pactos o contratos, puesto que la hipoteca judicial era acordada por la autoridad de este orden y no se originaba por convenciones particulares.

¿Qué remedios podrían arbitrarse para solventar las anomalías a que nos estamos refiriendo?

Antes de contestar a la pregunta hemos de dejar sentado que nos parece imprescindible adoptar una posición negativa frente a los mandamientos judiciales o administrativos, ordenando la práctica de una anotación preventiva, en virtud de la cual se suspenderá la liquidación del documento.

Se podrá objetar que del mismo modo se procede (es decir, se liquida el documento sin esperar a la constitución de la garantía registral) cuando se presenta en una Oficina liquidadora una escritura de constitución de hipoteca, y eso que este derecho real, como carente de contacto físico con la cosa, también necesita del refuerzo de la inscripción para estimarse plenamente constituido.

Sin embargo, conviene tener en cuenta que en la hipoteca es me-

nor el peligro de la falta ulterior de inscripción, puesto que en la misma escritura constitutiva, los Notarios, por preceptuarlo el artículo 174 del Reglamento notarial («se consignarán siempre que sea posible los datos del Registro: folio, tomo, libro y número de la finca y de la inscripción»), han de hacer constar la inscripción vigente a favor del hipotecante, con lo que el defecto subsanable básico que impide la constatación de las anotaciones preventivas—la falta de previa inscripción de la finca—desaparece en este supuesto. Es cierto que pudo haberse aludido con alguna mayor fuerza—aunque «a posteriori» se plantearía la misma dificultad que estamos denunciando por lo que respecta a las anotaciones preventivas de embargo—como acto sujeto a las *inscripciones de hipoteca*, porque este derecho real no puede existir sin inscripción.

Sin embargo, el legislador cambió los papeles y consideró sujetas las anotaciones preventivas de embargo, cuando, como hemos visto, hubiese bastado con afectar fiscalmente los embargos, y, por el contrario, obliga a tributar a las hipotecas, cuando lo verdaderamente jurídico sería sujetar al impuesto las inscripciones de hipoteca.

¿Qué remedio, pues, establece para impedir las mencionadas anomalías?

Creemos que el proceder correcto radicaría en no realizar la liquidación del impuesto hasta que se adquiriese certeza, en virtud de la nota puesta por el Registrador, de que la anotación preventiva se había practicado.

¿Qué hacer entonces? ¿Aplazar la liquidación o el pago de la liquidación?

Parece ser designio del vigente Reglamento del Impuesto no admitir aplazamientos en la liquidación. Así, en los artículos 132 y siguientes se contiene una doctrina general sobre los aplazamientos de pago, y, como supuesto de verdadera excepción, al principio de que no puede practicarse ninguna operación registral sin que conste previamente la nota de sujeción, exención o no afección al impuesto, se registra en el Reglamento el del párrafo tercero del artículo 179, que se refiere al caso de operaciones que se practiquen

en el Registro en procedimientos administrativos de apremio, supuesto en el que se aplaza el pago del impuesto sucesorio al solo efecto de conseguir la inscripción a favor de los herederos apremiados, y posteriormente la anotación preventiva de embargo.

La misma tónica favorable a los aplazamientos de pago se advierte en materia de las anotaciones preventivas de embargo, decretadas para hacer efectivas las costas causadas en un procedimiento judicial, respecto de las cuales el Reglamento vigente establece la necesidad de la liquidación, permitiéndose un aplazamiento del pago hasta que se haya conseguido la realización de la cantidad necesaria para su pago.

El cambio operado en relación con el anterior Reglamento del Impuesto es trascendental, puesto que el anterior texto legal establecía en estos supuestos un aplazamiento de la liquidación.

Por tanto, de la doctrina que se deduce de los preceptos anteriormente mencionados se llega a la conclusión de que a la tendencia del Reglamento actual es la de reconocer principalmente los aplazamientos en el pago del impuesto.

Sin desconocer que en algún supuesto excepcional, como el del párrafo noveno del artículo 16, se permite el aplazamiento de la liquidación. Por tanto, en esta posibilidad cabría apoyar una solución análoga para el caso de los mandamientos, ordenando la práctica de las anotaciones preventivas de embargo, como medio de solucionar las dificultades que plantea el problema que ocupa nuestro estudio.

La práctica actual, consistente en liquidar en todo caso de presentación de un mandamiento ordenando una anotación preventiva, lleva al resultado de tener que satisfacer el impuesto liquidado en el plazo taxativo de los quince días siguientes al de la notificación de la liquidación. Y —esto ocurrirá en la gran mayoría de los casos— se habrá satisfecho el impuesto donde no hubo acto sujeto al no practicarse la anotación preventiva por falta de previa inscripción o por la concurrencia de cualquier otro defecto subsanable o insubsanable.

Siempre cabe, sí, al contribuyente entablar la oportuna reclamación administrativa contra la liquidación, solicitando la devolución de lo indebidamente pagado. Sin olvidar que esto origina gastos y molestias, hay que reconocer que, aunque prosperase el expediente de devolución, ello significaría consagrar de antemano una

solución viciosa (la de haber de iniciar los expedientes de devolución por «errónea declaración de sujeción de un acto al impuesto» en todos los mandamientos ordenando anotaciones preventivas de embargo, considerado este supuesto como error de concepto por la Resolución del T. E. A. C., de 16 de diciembre de 1918), que, en un sistema de pureza legislativa, debe repudiarse categóricamente, aunque ello perjudique al Fisco.

Por ello, creemos que la única solución aceptable sería la de aplazar la liquidación hasta que devuelto el mandamiento por el Registrador se tenga la certeza de existir acto sujeto al impuesto, debido a la circunstancia de haberse extendido la oportuna anotación preventiva.

Es decir, obrar como si se tratase de un acto sujeto a condición suspensiva, supuesto para el cual el artículo 57 del Reglamento establece un aplazamiento de la liquidación hasta que la condición se cumpla, poniendo la oportuna nota al pie del documento.

Porque como el acto está afectado por la contingencia de la extensión o no de la anotación preventiva de embargo, mientras no se adquiriera certeza en uno o en otro sentido, no debe admitirse una calificación definitiva ni desde el punto de vista de la sujeción ni desde el de la exención.

Finalmente, diremos que el artículo 17 del Reglamento, pese a la oscura fórmula de su redacción, no da base para una solución progresiva. Porque las dificultades que plantea no se salvan por la forma perifrástica de expresarse el artículo, al aludir a las anotaciones preventivas que *hayan o deban de practicarse* en el Registro de la Propiedad. Ellos más bien demuestra, una vez más, la idea errónea del Reglamento de considerar que las anotaciones preventivas de embargo han de practicarse forzosamente en el Registro. Por ello sería más acertado el precepto si declarase sujetos «los mandamientos ordenando una anotación preventiva que haya de practicarse en el Registro de la Propiedad».

Pero al suprimir toda referencia a los mandamientos, al situar la importancia del precepto en las anotaciones preventivas, debió referirse a ellas (pues está regulando actos sujetos) no como algo que hubiera de verificarse, sino como algo que ya estuviese realizado; es decir, debió de sujetarlas cuando se hubiesen practicado en definitiva. De igual modo que no se hace tributar al comprador,

en un supuesto de venta, por los bienes que haya de adquirir, sino por los que efectivamente adquiere.

Por fin, hemos de destacar que de mantenerse la actual regulación, al forzarse al contribuyente a iniciar expedientes de devolución en los casos en que desease ser reintegrado de un impuesto indebidamente satisfecho (téngase en cuenta que también Bas y Rivas reconoce el derecho a la devolución en el supuesto de que el Registrador de la Propiedad deniegue el asiento solicitado, pues, dice, «que esa denegación equivale a una resolución administrativa que encaja en los preceptos del artículo 58 del Reglamento»), pueden resultarle de ello situaciones muy desventajosas, ya que la gran elevación de los tipos que se observa en la nueva Ley del Timbre repercutiría en los particulares que, por equivocaciones de la Administración, habrían de sufrir un nuevo y enojoso desembolso.

JOSE MENENDEZ

Registrador de la Propiedad

Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

¿PERMITE NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO LA CONSTITUCIÓN DE UN DERECHO DE PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO SOBRE NAVE MENOR EN VIRTUD DE LO ESTABLECIDO POR EL NÚMERO 7 DEL ARTÍCULO 1.864 BIS DEL CÓDIGO CIVIL?

EN CASO AFIRMATIVO, ¿PODRÍA INSCRIBIRSE TAL DERECHO EN EL LIBRO QUE SE LLEVA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN CUMPLIMIENTO DE LO ORDENADO POR EL DECRETO DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 1917, EN DEFECTO DEL PREVISTO PARA LA HIPOTECA MOBILIARIA EN EL ARTÍCULO 1.869 BIS, DEL MISMO CÓDIGO CIVIL?

Resolución de 22 de octubre de 1955 (B. O. de 11 de diciembre).

El 22 de diciembre de 1944, don Ignacio Nart Fernández, Notario de Laredo, autorizó una escritura, mediante la cual el Banco Mercantil, domiciliado en Santander, abrió una cuenta corriente de crédito por un máximo de 65.000 pesetas, al interés del cinco y medio por ciento anual, dos y medio por 1.000 de comisión trimestral y plazo de tres años, a favor de don Lorenzo Gutiérrez Ricondo, quien, además de obligarse solidariamente con don Ricardo Bustamante Sierra, constituyó a favor del acreedor segunda hipoteca sobre dos fincas de su propiedad y prenda sin desplazamiento sobre una motora de pesca, llamada «San Francisco de Asís, número 2», con un desplazamiento bruto de 9,65 toneladas, y neto 5,97, a la

véz que don Ricardo Bustamante constituyó, también, prenda sin desplazamiento sobre otra motora de pesca, llamada «Nuestra Señora de la Gracia», de 19,27 toneladas de desplazamiento bruto, y neto de 15,11; ambas motoras inscritas en la Ayudantía Militar de Marina del Distrito de Laredo.

Después de anotada la primera copia de esta escritura, en cuanto al gravamen impuesto sobre las embarcaciones en la Ayudantía Militar mencionada, e inscrita en el Registro de la Propiedad la hipoteca constituida en cuanto a dos fincas que se hipotecaban, fué presentada nuevamente en esta última Oficina para que fuera inscrita en el libro de Hipoteca Mobiliaria la prenda sin desplazamiento sobre las citadas embarcaciones, y se calificó con la siguiente nota: «No admitida la inscripción en el libro de Hipoteca Mobiliaria de la prenda sin desplazamiento, constituida sobre las embarcaciones descritas en el precedente documento, tal como la solicita el Notario autorizante al presentar nuevamente la escritura como mandatario verbal del interesado, por estimar que no procede efectuarla en dicho libro, ya que los preceptos del Código civil que regulan la prenda sin desplazamiento no se refieren concretamente a embarcaciones y los actos de transmisión y gravamen a ellas referentes deben ser objeto de inscripción en su correspondiente Registro, pero no en el de la Propiedad».

Interpuesto recurso por el Notario autorizante de la escritura, la Dirección ratifica el auto presidencial, confirmatorio de la nota del Registrador, en méritos de la doctrina siguiente:

Que el buque, cosa corporal compuesta, no obstante su naturaleza mobiliaria por su fácil identificación y valor, ha sido utilizado como objeto de derechos reales de garantía, que normalmente recaen sobre bienes inmuebles, y este criterio que inspira algunas legislaciones extranjeras se refleja también en la nuestra, en la que si el artículo 585 del Código de Comercio afirma que los buques siguen la condición jurídica de las cosas muebles, deja a salvo las modificaciones y restricciones legales, y en definitiva el artículo 1.º de la Ley de Hipoteca Naval, de 21 de agosto de 1893, les atribuye la cualidad de inmuebles.

Que en el derecho comparado se advierten normas diferentes, para regular las denominadas navegación marítima e interna, distinción

a que obedecen en nuestra legislación, la Real orden de 26 de noviembre de 1908, que estableció ciertas normas para las naves menores de treinta toneladas y eximió del requisito de la escritura pública sus transferencias de dominio, y la del Ministerio de Marina de 12 de junio de 1920, que reguló la forma de constituir el derecho real de hipoteca sobre esta clase de buques, junto con otras disposiciones posteriores, que aunque se estimasen que forman una legislación especial, cualquiera que sea la importancia económica que en la actualidad tienen las pequeñas embarcaciones, no autoriza para que se prescinda del debido acatamiento a las Leyes fundamentales ni a reducir el campo de aplicación de una de las Secciones del Registro Mercantil.

Que el derecho de prenda sin desplazamiento con garantía de un buque no se puede constituir al amparo del número 7.º del artículo 1.864 bis del Código civil, porque el criterio analógico empleado en este precepto debe referirse a aquellas personas que posean bienes muebles o semovientes susceptibles de ser utilizados como medios de garantía, que no hubieran sido ya suficientemente reglamentados por otras disposiciones, como sucede en el presente caso, en que por la Ley de Hipoteca Naval se desarrolló eficazmente el crédito marítimo, aparte de que tal criterio daría lugar a una dualidad de libros y de registros para las naves, que quedarían sometidas a regímenes jurídicos de distintos efectos con perturbación, además, del funcionamiento del principio de publicidad, y sin que se alcance a comprender los beneficios que todo ello podría reportar.

Que la aplicación de los artículos 1.863 bis y siguientes del Código civil, pendiente de que se dictase la disposición especial comprensiva de los preceptos formales para su desarrollo, no alcanzó plena efectividad, conforme fué declarado por este Centro directivo en la Resolución de 6 de noviembre de 1950, y en la actualidad los preceptos se encuentran modificados por la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de 16 de diciembre de 1954,

En consecuencia, el Centro directivo, al resolver el presente recurso, se declara que la aplicación de los artículos 1.863 bis y siguientes del Código civil, en el presente caso, no es aplicable.

Henos en presencia de una de las *ficciones* jurídicas que predominan en nuestra mente apenas pisamos las aulas universitarias: el buqué. Que si cosa simple o compuesta (conexun) o *personificada*:

responsabilidades y representación del buque (art. 582, C. c.), su imputabilidad en el abordaje (287 y 828) ... Es decir, el buque como sujeto de derecho y obligaciones. Como asimismo algunos le equiparan a un patrimonio comercial.

También y si considerado como *cosa* es mueble (criterio tradicional recogido por el art. 585 del C. de C.), por necesidades del crédito se conceptúa inmueble (art. 1.º, Ley de Hipoteca Naval). Y esto de antiguo, ya en nuestras Leyes de Partidas, como en Francia, cuya Ordenanza marítima de 1681 hizo extensivo a los buques el derecho de persecución (*droit de suite*).

Por tanto, no interesa aquí el concepto del buque, sino qué *naves* son susceptibles de garantizar el crédito naval mediante hipoteca.

Para el Notario impugnante, en su documentado escrito, sólo los buques de carga y embarcaciones y artefactos navales de desplazamiento superior a las 30 toneladas deben inscribirse en el Registro Mercantil. Las embarcaciones menores de esa cifra, que no se consideran buques de carga, no pierden a su juicio, el carácter de *cosa mueble* a los efectos de un gravamen real y pueden ser objeto de prenda sin desplazamiento.

La frondosa y anárquica legislación en la materia ha enturbiado un asunto que debiera ser claro. De unas notas para un posible estudio de esta cuestión que nos ha facilitado nuestro dilecto amigo y compañero Pedro Cabelló, deducimos que pueden hipotecarse:

a) Los buques mercantes, o naves comprendidos en los artículos 1.º y 16 de la Ley de Hipoteca Naval de 1893...

b) Las embarcaciones dedicadas a la navegación de cabotaje y altura y demás aparatos flotantes incluidos en el artículo 148 del Reglamento del Registro Mercantil

c) La flota mercante y pesquera, señalada como objeto de garantía hipotecaria por las Leyes de 27 de febrero y 2 de junio de 1939 y Reglamento de 15 de marzo de 1940, sin distinción de tonelaje, según Decreto de 23 de mayo de 1947, que requiere la autorización de la Subsecretaría de la Marina Mercante para la transmisión a título oneroso o lucrativo y «para cualquier acto de gravamen» de toda clase de embarcaciones o buques.

d) A efectos de los créditos de la Caja Central de Crédito Marítimo y Pesquero, «las embarcaciones inscritas en los Registros

de Buques de las Comandancias de Marina y en las Secciones de buques de los Registros Mercantiles», las cuales «conforme a nuestra legislación mercantil se consideran como inmuebles», con arreglo a lo dispuesto en el artículo 5.º de la Ley de 22 de diciembre de 1949.

Por ello, entiende Cabello que, apreciado el generoso espíritu que informa la legislación examinada para conceder los beneficios del crédito naval a las diversas clases de naves, especialmente a las pequeñas embarcaciones pesqueras, por el indudable aumento de valor económico y social que representan, no sólo es forzoso reconocerles el carácter de bienes inmuebles a los efectos previstos en el artículo 1.º de la referida Ley de Hipoteca Naval, sino que tampoco podría privárseles de tales beneficios, cuando del texto de los artículos 17 y 22 del Código de Comercio y 2 y 48 del Reglamento del Registro Mercantil, no se desprende que la inscripción en este Registro esté negada legalmente en algún caso, aunque es posible que no revista carácter obligatorio para toda clase de embarcaciones, según admitió la Real orden del Ministerio de Gracia y Justicia de 31 de diciembre de 1920, dictada en virtud de consulta del Ministerio de Marina.

Una vez aceptadas—concluye Cabello—por la doctrina y por la práctica las ventajas que para la seguridad del crédito y del tráfico ofrece un racional sistema de Registro, que garantiza los intereses de los adquirentes, acreedores y terceros interesados, en cumplimiento y desarrollo de lo dispuesto en los artículos 22, número 3.º, y 573, párrafo 1.º, del Código de Comercio, y 36 de la Ley Hipotecaria Naval, y que, descansando en el libro de presentación de documentos, consagra la trascendencia, incluso con repercusiones internacionales, según el Convenio firmado en Bruselas el 10 de abril de 1926, ratificado por España el 2 de junio de 1930, del principio de prioridad en el rango de los gravámenes inscritos en casos de ejecución, embargo, concurso o quiebra, no es aconsejable se favorezca la dualidad de Registros y libros que supondría la admisión de las naves como objeto de Hipoteca Mobiliaria, creada por la Ley de 5 de diciembre de 1941, pues al permitir que puedan someterse a diversos regímenes jurídicos, tan distintos en los efectos que se conceden a la inscripción, según se practiquen en el Registro Mercantil o en el Libro especial de Hipoteca Mobiliaria, perturbaría

la eficacia del principio de publicidad y las consecuencias jurídicas que se derivan de la uniformidad de preceptos, reglamentación material y formal y determinación del lugar u oficina donde se encuentra el folio registral que ha de contener las vicisitudes de la vida jurídica de la nave y los gravámenes que le afectan:

REGISTRO MERCANTIL.—PROBLEMAS QUE SE PLANTEAN EN TORNO A DETERMINADA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD MERCANTIL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA PARA LA EXPLOTACIÓN DE ESCOMBRERAS Y CONCESIONES MINERAS:

- 1.º SI PARA LA VALIDEZ DE LA APORTACIÓN DE ESCOMBRERAS, TERRENOS Y ESCORIALES EXISTENTES EN MINAS DIVERSAS EN EXPLOTACIÓN, SE NECESITA EL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS EXIGIDOS EN EL ARTÍCULO 119 DEL REGLAMENTO DE MINERÍA, POR TENER AQUELLAS LA CONSIDERACIÓN DE SUSTANCIAS DE LA SECCIÓN B.
- 2.º SI, EN OTRO CASO, POR HALLARSE TALES TIERRAS EN MINAS CADUCADAS E INCLUIRSE EN LA SECCIÓN A, DEBÍO ACOMPAÑARSE LA CERTIFICACIÓN DE LA JEFATURA DE MINAS QUE LO ACREDITASE.
- 3.º SI DEBÍO CONSIGNARSE EN LOS ESTATUTOS LA CLÁUSULA QUE LIMITE LA PARTICIPACIÓN DE EXTRANJEROS AL 25 POR 100, COMO ORDENA EL ARTÍCULO 30 DE DICHO REGLAMENTO, O BASTA CON LA EXPRESIÓN DE SER SOCIEDAD ESPAÑOLA Y DE CAPITAL ESPAÑOL, YA QUE TAL PROHIBICIÓN O LIMITACIÓN TIENE BASE LEGAL PARA EL FUTURO EN LA LEY DE PROTECCIÓN A LA INDUSTRIA NACIONAL, Y SI ADEMÁS DEBÍO CONSIGNARSE EL SOMETIMIENTO A LAS CONDICIONES ESTABLECIDAS EN LA CONCESIÓN, COMO ORDENA EL PÁRRAFO 7.º DEL MENCIONADO ARTÍCULO 119.
- 4.º SI SE HA INCUMPLIDO EL ARTÍCULO 3.º DE LA LEY DE 17 DE JULIO DE 1953 POR NO SER VÁLIDA LA APORTACIÓN REALIZADA SIN EL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS MENCIONADOS.

Resolución de 5 de noviembre de 1955 (B. O. de 16 de diciembre).

En 28 de enero de 1954, ante el Notario de Azuaga, don Alfredo Montes Alfonso, don Miguel Domenech Guerrero y don Luis del Campo Olavarría constituyeron una sociedad mercantil de responsabilidad limitada para la explotación de escombreras y con-

cesiones mineras, con capital de dos millones de pesetas, integrado solamente por dos partes de asociado, con un valor cada una de ellas de un millón de pesetas. En la estipulación quinta se dice que la sociedad es de nacionalidad española, son españoles los que la constituyen y es igualmente español la totalidad de su capital; y en la décima, que el capital social es suscrito, desembolsado y aportado íntegramente por los socios en la siguiente forma: cada uno de los socios aporta en metálico 500.000 pesetas y, además, como aportaciones «en natura», cada uno de ellos también, el aprovechamiento de terrenos y escombreras radicantes en distintas minas, adquirido por diversos títulos con un valor de 500.000 pesetas.

Presentado este documento en el Registro Mercantil de Badajoz fué calificado con la siguiente nota: Suspendida la inscripción del precedente documento por el defecto subsanable, del que no se toma anotación preventiva por no solicitarse, de no acompañarse certificación expedida por la Jefatura de Minas de la provincia de Badajoz, acreditativa de que son minas muertas o caducadas todas las enumeradas en los antecedentes tercero y cuarto de la escritura fundacional de «Escombreras de Azuaga, S. L.», de cuyas minas proceden los aprovechamientos de los terrenos («sic») o escombreras aportados a esta Sociedad por sus fundadores los señores Domenech y Del Campo, por lo que a tenor del artículo 21 del Reglamento de la Minería, de 9 de agosto de 1946, han de ser considerados tales terrenos o escombreras como sustancias de la Sección A —Rocas—, y de conformidad con su artículo sexto pueden sus dueños o arrendatarios ceder libremente a la Sociedad su explotación. Esta certificación se expedirá con referencia al Registro de explotaciones de sustancias de la Sección A, establecido en cada Jefatura de Minas por el artículo 22 del expresado Reglamento o a la vista de los antecedentes y documentos existentes en la de Badajoz. Si, por el contrario, resultase de la expresada certificación que las escombreras o terrenos proceden de minas vivas o no caducadas, habrán de ser considerados los aprovechamientos aportados a esta Sociedad como sustancias de la Sección B —Minerales—, y en consecuencia y de conformidad con el artículo 119 del Reglamento de la Minería, se necesita previamente solicitar y obtener de la Dirección General de Minas, por conducto de la Jefatura del Distrito Minero, la correspondiente autorización, para obtener la cual han

de ser presentados tres ejemplares del proyecto de contrato a realizar. Como ordena este precepto, sólo podrá formalizarse de un modo válido el contrato de aportación a esta Sociedad cuando la Jefatura comunique a los interesados la Orden de la Dirección General concediendo la "autorización," lo cual ha de acreditarse en el Registro Mercantil para inscribir la constitución de la Sociedad. Además, según dicho artículo 119, si el adquirente de concesiones de explotación fuera una Sociedad, deberá probarse documentalmente el cumplimiento de las condiciones exigidas en el artículo 30 del mismo Reglamento, el cual, cuando se trata de Compañías mercantiles cuyo capital no esté representado por acciones, como ocurre en este caso, exige que los Estatutos o escrituras de constitución contengan una cláusula que limite la participación de extranjeros al veinticinco por ciento de su capital social, cláusula omitida en la escritura calificada, en la que tampoco se hace constar, como ordena el párrafo séptimo del citado artículo 119, que la Sociedad adquirente se somete a las condiciones establecidas en el otorgamiento de la concesión de explotación, así como que se compromete al desarrollo de los proyectos aprobados para la misma. Por último, como los aprovechamientos de los terrenos o escombreras son aportados a la Sociedad por los señores Domenech y Del Campo en parte de pago del capital social, sobre la base de resultar de la certificación que las minas de donde proceden sean vivas o no caducadas, al no ser válida la aportación en tanto no se comunique a los interesados la Orden aprobatoria de la Dirección General de Minas, no resultaría totalmente desembolsado el capital social desde su origen, como exige el artículo tercero de la Ley de 17 de julio de 1953.

Interpuesto recurso, la Dirección, con revocación de la nota del Registrador, declara inscribible la escritura, mediante la razonada doctrina siguiente:

Que las escombreras, terreros o escoriales procedentes de minas caducadas o de fábricas abandonadas tienen la consideración de sustancias de la Sección A, por disposición del artículo 21 del Reglamento de Minería, y con el nombre de terrenos metalíferos de igual procedencia se hallan catalogados en dicha Sección en el artículo segundo de la Ley de 19 de julio de 1944, sin que aparezcan incluidos en la Sección B cuando aquellos terrenos radiquen en minas vivas

o en explotación, como sería lógico si tal fuera el pensamiento del legislador, por lo que no parece lícito argumentar «a contrario sensu» para incluirlas en tal Sección, como lo hace el Registrador, cuando poderosas razones evidencian lo contrario.

Que dichas escombreras, productos accesorios o secundarios de las minas, pertenecen, como los minerales extraídos del yacimiento, al concesionario de la mina, de las cuales puede disponer libremente, bien para beneficiarlas por sí mismo o para transmitir las a un tercero con igual objeto, y que aun en el caso de tratarse de minas caducadas y ser consideradas por la Ley como de categoría superior al incluirlas en la Sección A, también puede disponer de ellas libremente el propietario de los terrenos en que estuvieren enclavadas, como dispone el artículo cuarto de la Ley de Minas y quinto de su Reglamento, sin otra limitación que la de ponerlo en conocimiento de la Jefatura de Minas, acompañando Memoria acerca de las labores y el título a cuyo amparo se emprende la explotación, y ello cuando deba comenzar ésta; por lo cual es evidente que ni en uno ni en otro caso se requiere de autorización previa para transmitir las; ni, por tanto, se necesita la certificación que el Registrador exige en su nota ni deja de tener su razón de ser el artículo 21 de dicho Reglamento.

Que el artículo 119 del citado Reglamento hace referencia a la venta, cesión, arriendo o cualquier forma de transmisión de «concesiones de explotación»; pero no a las transmisiones de productos de la mina, ya sean principales o secundarias, por lo que no son de aplicación los requisitos exigidos en el párrafo segundo y siguientes de dicho precepto; siquiera parece necesaria la comunicación a la Jefatura del Distrito que exige el artículo 120, limitada a la transmisión de bienes inmuebles e instalaciones de toda clase y afectos a la explotación de la mina, porque las escombreras y terrenos metalíferos no tienen la consideración de inmuebles una vez que están separados del yacimiento según lo dispuesto en el párrafo octavo del artículo 334 del Código civil, ni pueden considerarse como instalaciones afectas a tal explotación; todo lo cual evidencia que si para la transmisión de inmuebles e instalaciones, elementos accesorios de la concesión, pero de indudable mayor importancia que las escombreras, no se requiere el cumplimiento de los requisitos del artículo 119, con mayor razón la transmisión de estas últimas ha de quedar excluida de su regulación.

Que si bien el artículo 30 del Reglamento de Minería establece que cuando se trate de Compañías mercantiles cuyo capital no esté representado por acciones, los Estatutos o escrituras de constitución deberán contener una cláusula que limite la participación de extranjeros al veinticinco por ciento del capital, participación que, excepcionalmente y por acuerdo del Consejo de Ministros, puede aumentarse cuando el interés nacional lo aconseje al límite máximo del cuarenta y nueve por ciento; el artículo sexto de la Ley de 24 de noviembre de 1939 consigna idéntica prohibición, sancionando con vicio de nulidad la transmisión a extranjeros de toda participación superior a la cuarta parte del capital social, por lo que no parece que la manifestación reglamentaria consignada en la escritura o en los Estatutos pueda tener mayor eficacia y trascendencia para el futuro que la misma prohibición legal, susceptible de reforma.

Por último, que el tercer defecto señalado en la nota del Registrador tiene por supuesto erróneo el de que las aportaciones realizadas no son válidas por faltarle el cumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 119 del Reglamento de Minas, y al no ser de aplicación este precepto es evidente que las aportaciones realizadas por los socios tienen validez jurídica y debe estimarse totalmente desembolsado el capital, sin perjuicio de las obligaciones que al aportante señala el párrafo segundo del artículo octavo de la Ley, de 17 de julio de 1953.

APROVECHAMIENTO DE AGUAS PÚBLICAS. ES PRECISO CUMPLIR CON EXACTITUD LO DETERMINADO EN LA REGLA TERCERA DEL ARTÍCULO 70 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO. EL VOLUMEN Y DEMÁS DATOS TÉCNICOS NO PUEDEN ESTIMARSE ACREDITADOS POR EL OTORGAMIENTO DEL ACTA. IMPOSIBILIDAD DE INMATRICULAR UNA CUOTA DETERMINADA POR PUGNAR CON LO DISPUESTO EN LOS ARTÍCULOS 228 Y 229 DE LA LEY DE AGUAS.

Resolución de 8 de noviembre de 1955 (B. O. de 20 de diciembre).

El 23 de septiembre de 1952; don Florentino Gómez Tornero requirió al Notario de Blanca, don José Baños Girónés, para acreditar por notoriedad la adquisición por usucapión de un aprovecha-

miento de aguas con destino a riegos, de un caudal de cinco litros seiscientos setenta y ocho milímetros por segundo, que representen ochenta y ocho participaciones indivisas del total caudal de doscientos litros por segundo, captados por las instalaciones electromecánicas de la Comunidad civil de regantes del motor «Resurrección» de Abarán. El requirente manifestó ser dueño de dos fincas en el término de Blanca, partida de la Espartosa, denominadas Cañada de los Almendros y Llano del Algibe, y añadió que ambas formaban parte de la zona regable por los motores de la Comunidad «Resurrección», desde su fundación en 1912, a la que el requirente pertenece como partícipe. Concretó el requerimiento al objeto «de acreditar el hecho de la pertenencia de las expresadas fincas a la Comunidad «Resurrección», y que para su riego les pertenece, del caudal de que dispone dicha Comunidad, la fracción correspondiente» antes indicada; invocó los artículos 70 del Reglamento Hipotecario y 209 del Notarial, y por su honor y bajo su responsabilidad aseveró: que desde la citada fecha se habían invertido en las fincas y consumido en riego, de modo quieto, pacífico e ininterrumpido, las aguas elevadas de la acequia de Abarán por las instalaciones de la Comunidad «con arreglo a las tandas, turnos y ordenación interna de la misma»; que así había adquirido por usucapión y tiempo superior a treinta años el caudal arriba expresado, «que representan las ochenta y ocho participaciones o cuotas indivisas de su pertenencia, que equivalen a cinco litros y seiscientos setenta y ocho mililitros por segundo, o treinta y cinco horas y doce minutos de riego en tanda de veintiocho días, para el riego indistinto de las referidas tierras»; añadió que el motor toma las aguas procedentes del río Segura, de la acequia del Molino, derivada de la de Abarán, e indicó los detalles de la captación general y la de las fincas en el partidor de la Asomada. Ante el Notario comparecieron tres testigos, vecinos y propietarios de Abarán, quienes aseveraron que les constaba la certeza de los datos expresados por el requirente; el Notario envió edictos para la publicación en el «Boletín Oficial» de la provincia y en el Ayuntamiento de Abarán, acreditándose por certificación municipal que no se presentó reclamación; el repetido Notario, el 24 de septiembre de 1952, se constituyó en la sala de máquinas de la Comunidad y apreció las circunstancias de la toma de aguas, que consignó, y en 5 de noviembre del mismo año estimó acreditados

suficientemente, por notoriedad, los hechos expuestos, dió por concluida el acta y la incorporó a su protocolo en igual fecha.

Presentada copia de dicha acta en el Registro de la Propiedad de Cieza fué calificada con la siguiente nota: «No admitida la anotación preventiva de suspensión que procede tomar del documento que antecede, por los siguientes defectos, de los cuales el último se considera insubsanable: Primero, no hacerse constar el régimen de distribución del aprovechamiento dentro de la Comunidad. Segundo, no darse cumplimiento a lo dispuesto por la regla tercera del artículo 70 del Reglamento de la Ley Hipotecaria, al constituirse el Notario sólo en el sitio del aprovechamiento. Según se desprende de la misma, el Notario se ha de constituir en el sitio del aprovechamiento acompañado del requirente y de dos o más testigos vecinos y propietarios del término municipal a que corresponda el aprovechamiento, para consignar en el acta, según resulte de su apreciación directa, de las manifestaciones del requirente y de los testigos, en cuanto fuera posible, las circunstancias que dicha regla expresa. Tercero, el citado artículo 70 del Reglamento de la Ley Hipotecaria se ha dictado para inscribir en su totalidad aprovechamientos de aguas tomadas de cauces públicos adquiridas por prescripción, y no para legalizar las cuotas o participaciones que en esos aprovechamientos tengan los que ostenten cualquier título para regar o para aprovechar. Además, los partícipes en los aprovechamientos de aguas públicas toman éstas de cauces contruídos artificialmente y no de cauces públicos, y las aguas, al entrar en cauces contruídos artificialmente, pierden su carácter de públicas para tomar el de privadas».

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, la Dirección confirma el auto apelado en cuanto declara existentes los defectos segundo y tercero de la nota del Registrador, mediante la ajustada doctrina siguiente:

Que en este recurso se discute si puede anotarse preventivamente en el Registro de la Propiedad, para incoar después el oportuno expediente administrativo, un acta de notoriedad, de las reguladas en el artículo 70 del Reglamento Hipotecario, relativa a determinada cuota en un aprovechamiento de aguas públicas que disfruta una Comunidad de regantes.

Que los aprovechamientos de aguas públicas pueden adquirirse por prescripción de veinte años, conforme a los artículos 409 del Código civil, 149 de la Ley de Aguas y concordantes, y los derechos y obligaciones de los mismos serán los que deriven del modo y de la forma en que se hubieren usado las aguas, las cuales podían figurar en el Registro de la Propiedad, bien como fincas independientes, bien como parte o pertenencia de los inmuebles en que se utilicen o a los que de modo inseparable hallen adscritas circunstancias que figurarán en cada caso en los títulos inscribibles y deberán reflejarse en los respectivos asientos.

Que el Registro administrativo de aguas públicas, creado por el Real decreto de 12 de abril de 1901, la Rcal orden de 12 de marzo de 1902 y complementarias, tiene exclusivamente, como expresa el preámbulo de la primera disposición citada, fines estadísticos para que la Administración conozca el estado de los aprovechamientos, y por disposición de los artículos 69 y 70 del Reglamento Hipotecario es necesaria la previa inscripción de las aguas en aquél, como requisito para que pueda practicarse en el Registro de la Propiedad, en el cual se extenderá anotación preventiva del acta antes de iniciarse el expediente administrativo, cuando se hubiera formalizado para justificar la adquisición.

Que las actas de notoriedad, establecidas en el citado artículo 70 del Reglamento Hipotecario, en sustitución de las suprimidas informaciones posesorias, tienen por finalidad fundamental justificar por notoriedad haber poseído las aguas en concepto de dueño por tiempo superior a veinte años, pero el volumen y los demás datos técnicos no pueden estimarse acreditados por su otorgamiento, conforme a los artículos 152 de la Ley de Aguas y 4 y 5 de la Real orden de 12 de marzo de 1902, en virtud de los cuales la modulación de los aprovechamientos debe hacerse por técnicos facultados para ello con arreglo a los trámites legales, por lo cual las actas podrán anotarse preventivamente, aunque no determinen con precisión tales datos, que, tomados de la certificación del Registro de Aguas, complementaria, se harán constar en el Registro de la Propiedad cuando aquélla se inscriba.

Que de los términos en que aparece redactada la regla tercera del repetido artículo 70, el Notario «constituído en el sitio del aprovechamiento» levantará el acta, «según resulte de su apreciación

directa, de las manifestaciones del requirente y de dos o más testigos vecinos propietarios del término municipal donde la toma de aguas se realiza», de lo cual se infiere que el fedatario concurrirá al lugar del aprovechamiento acompañado del interesado y de los testigos para hacer constar, como se indica en cuanto fuere posible, todos los requisitos legalmente exigidos.

Que la inmatriculación de determinada cuota en la Comunidad de regantes «Resurrección» de Abarán, que se pretende en este caso, pugna con lo dispuesto en los artículos 228 y 229 de la Ley de Aguas, que regulan los aprovechamientos colectivos con una misma toma de aguas y obligan a los usuarios a constituirse en comunidad y con la jurisprudencia de este Centro anterior a la reforma hipotecaria y no desvirtuada por ésta, que exige conste en el Registro inscrito en su conjunto el aprovechamiento, porque de lo contrario se introduciría confusión en los libros registrales y equivaldría a permitir que uno de los comuneros por sí solo hiciera constar en el Registro el cómputo del riego y la división a su arbitrio del caudal, con independencia de los derechos de los demás.

Que la inscripción de las aguas pertenecientes a una Comunidad, como señaló la Resolución de 24 de marzo de 1922, debe practicarse en el Registro en un asiento principal en que consten, además de los datos del aprovechamiento en sí, la regulación interna, las tandas, turnos de la Comunidad, la toma de aguas en cauce público que determina su condición jurídica —extremó éste que no aparece claro en el acta calificada— y las obras principales y accesorias de conducción y distribución, que bajo el mismo número se consignarán los derechos o cuotas de los distintos partícipes, en sucesivos asientos, extendidos mediante certificaciones expedidas con relación a los antecedentes que han de obrar en la Comunidad, según la Real orden de 25 de junio de 1884; y, por último, en los folios de las fincas que disfruten del riego se inscribirá también el derecho en virtud de los mismos documentos y se extenderán las correspondientes notas marginales de referencia para que las inscripciones aparezcan debidamente coordinadas.

* * *

Acaso el más elocuente ejemplo de la precipitación con que se procedió a eliminar de nuestro sistema el acceso de la Posesión—artículo 5.º, Ley Hipotecaria—, sea éste de la constatación en el Re-

gistro de los aprovechamientos de aguas públicas adquiridos por prescripción.

Dice Sanz—pág. 288, T. II, «Instituciones de Derecho Hipotecario»—que, suprimidas por dicha Ley las informaciones posesorias, no podían utilizarse éstas para el objeto expresado y quedaba como único medio idóneo para tal fin el *expediente de dominio*. Sin embargo, se estimó dudosa su procedencia y en la práctica hubo gran resistencia a su admisión, resistencia —reconoce— que tal vez *no tuviera un fundamento decisivo*.

Siendo dudoso—escribe asimismo Ramón de la Rica, «Comentarios», T. I, pág. 34— que el expediente de dominio fuese instrumento inmatriculador apto para esta finalidad —algún fallo judicial lo estimó inaplicable, señala—, el problema era agudo y sin solución hasta que se publicase el nuevo Reglamento.

Sin duda, que esa resistencia de que nos hablan Sanz y La Rica a la admisión del Expediente de Dominio por los Tribunales y Centros Administrativos respecto a los aprovechamientos de aguas públicas, sería precisamente por la falta de autenticidad dominical, en ese estadio indeciso de legitimidad o ilegitimidad que, en fin de cuentas, es la característica de la posesión en tránsito al dominio.

¿Y qué se arbitró para sustituir aquellas informaciones? Pues esas Actas Notariales del artículo 70 del Reglamento Hipotecario, acreditativas de *un hecho, del tiempo que en concepto de dueño se viene poseyendo*.

«Si el nombre no hace a la cosa», bien claro aparece, como dijimos al principio, la precipitación con que en esto, como en tantas cosas, se procedió en la reforma.

Como dice admirablemente Roca —«Derecho Hipotecario», T. II, página 134, edic. 5.^a—, el precepto sigue la técnica huidiza de nuestra legislación vigente, y aunque —señala en otro lugar, pág. 135— el artículo 3.^o del Real decreto-ley de 1927 alude únicamente a la información posesoria en caso de usucapión, ello no ha de entenderse en sentido limitativo, sino meramente enunciativo, o mejor dicho, como indicación del medio más sencillo o asequible para acreditar la posib'le usucapión del aprovechamiento y, por tanto, no *excluye otros medios*, que, como el *Expediente de Dominio* y la *Sentencia*, implican garantías superiores o tramitación más compleja.

Por cierto que fué un Abogado del Estado, don Cirilo Martín Retortillo, quien, con gran perspicacia, puso de relieve («Revista de Derecho Privado», pág. 375 y siguientes, año 1931) la paradoja que el Decreto-ley de 1927 suponía con respecto al artículo 62 del Reglamento de 1915, pues al exigir éste que para la inscripción de los aprovechamientos de aguas públicas obtenidos por concesión o por prescripción debía acompañarse a los respectivos documentos certificado en que constase *hallarse inscritos* en el Registro especial de aguas, resultaba que en el caso de informaciones posesorias éstas no eran calificadas por el Registrador de la Propiedad hasta que se hubiesen inscrito en aquel Registro especial de aguas.

¿Quién examinará y determinará —decía Retortillo— al inscribir en ese Registro especial de aguas, si esa *certificación posesoria* (¿) se ajusta o no a la Ley Hipotecaria?

¿Los ingenieros de la División Hidráulica?

Así podría ocurrir con esa dualidad de Registros que un mismo título mereciese dos calificaciones contradictorias, como sucedía si en la División Hidráulica, al presentarse la información posesoria, aún cuando ésta adoleciese de algún vicio hipotecario, inscribiesen en el Registro especial de aguas y presentado dicho documento en el Registro de la Propiedad, se denegase la inscripción por el defecto antes mencionado

Por eso sería lógico —señalaba— que, en primer término, se inscribiese la información posesoria en el Registro de la Propiedad, aún quedando por *consignar el volumen y características técnicas del aprovechamiento hidráulico*, hasta que fuesen determinadas por las Divisiones Hidráulicas, que, una vez realizara dicho servicio, expediría certificación detallada para que con ella se completase la inscripción posesoria del Registro de la Propiedad (*Inscripción de Aprovechamientos Hidráulicos*, revista citada).

La cuestión aparece hoy completamente aclarada por la regla séptima del artículo 70 del vigente Reglamento y, como dice muy bien La Roca —pág. 40, ob. c.—, así como antes la anotación del expediente posesorio era voluntaria, ahora parece que la anotación del acta es obligatoria, como trámite previo para iniciar el expediente adminis-

trativo regulado por el Real decreto-ley de 7 de enero de 1927 (1).

* * *

En aras a la brevedad —norma de estas glosas—, omitimos la copia de algunos —o casi todos— los considerandos de la magnífica Resolución de 24 de marzo de 1922, que por ser tan fundamental en la materia y su entronque directo con la que nos ocupa, debe estar presente en el estudio y análisis de ésta.

Y de las varias sugerencias que de ambas afloran es acaso la principal la determinación de la naturaleza que estas llamadas Comunidades o Heredamientos de regantes y aguas merezcan.

En febrero de 1930 se hacía la misma pregunta don Jerónimo González en estas páginas y venía a deducir que «si no son asociaciones particulares, sino Cuerpos que ejercen funciones especiales para administrar las aguas y distribuir las entre los regantes; si sus atribuciones, según la Ley, sólo tienden a esa administración común, se ve que no se dan en ellas los caracteres necesarios para que se las pueda estimar como personas colectivas, constitutivas de una personalidad propia, superior e independiente de sus individuos, que se funden en el cuerpo social, como ocurre en las Sociedades civiles y mercantiles, *sino que son meramente, como su nombre expresa, Comunidades, es decir, agrupación de intereses y derechos en comunidad, análogos a las comunidades de bienes, aunque con más atribuciones* por el carácter público de que la Ley las ha revestido».

Esto sentado y patente la dificultad de las inscripciones de aguas en general por la gran variedad con que se presentan, ¿cuáles serán las características de los aprovechamientos de las públicas?

Hemos visto que se trata de una Comunidad, pero de una Comunidad especial, sin acción de división posible, no por recaer sobre una cosa indivisible, como dice Roca —pág. 140, ob. y T. citados—, ya que el módulo, el turno, el día, la hora, implican de por sí divisibilidad y una cantidad de litros del volumen total sería siempre susceptible de segregar; sino porque son los individuos con su propia

(1) Como dijo Narciso Fuentes en su brillante Conferencia sobre la «Reforma Hipotecaria y la jurisprudencia registral» (en Centro de Estudios Jurídicos, 14 de marzo de 1955), este Decreto de 1927 fué derogado por el de 6 de mayo de 1931. Pero los autores del Reglamento Hipotecario le han vuelto a vitalizar.

personalidad, el dominio de sus tierras y las acequias de riego comunes lo que dan a estos aprovechamientos una fisonomía especial que entreveran la Comunidad romana con la germana o en mano común (ver art. 408 del Código civil).

Contrariamente a la facultad que a todo condomino le reconoce el artículo 278 del Reglamento Hipotecario, se les niega a tales comuneros la posibilidad de inmatricular su cuota (considerando 6.º).

Asimismo, como indica Morell—pág. 178, T. II, «Comentarios—, parece que, regulada la distribución de las aguas por las Ordenanzas, sólo determinadas tierras pueden aprovecharlas, sin que puedan regarse otras distintas con aquellas aguas. Esto se desprende asimismo del artículo 228 de la Ley especial. Así, pues, al inscribir la tierra, queda inscrito el derecho de riego, sin necesidad de otra cosa, como un derecho subjetivamente real.

Por último, su inscripción, no obstante la duda que siembra la citada Resolución de 1922, al decir «que si la inscripción a favor del regante se hubiera practicado con independencia y bajo número especial» (penúltimo considerando), se adaptará a la de la propiedad horizontal, conforme al apartado tercero del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria.

GINÉS CÁNOVAS

Registrador de la Propiedad

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL.

III.—Obligaciones y contratos.

SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 1955.—*Un casino es local de negocio a los efectos de elevación de la renta*

La razón es que las entidades que tienen por objeto proporcionar a sus socios, con exclusión de los que por no serlo son extraños a ellas, un centro de reunión y recreo, aunque por el espiritual entretenimiento dispongan de una reducida habitación, cual es el Casino C., si bien no tienen por definición ni por esencia jurídica un fin exclusivo de lucro, como lo tienen las Sociedades civiles y las mercantiles, tampoco puede afirmarse que no persigan un fin de lucro, como no lo pretenden las benéficas y las asociaciones piadosas que, con aportaciones de bienes o de actividades personales gratuitas, no onerosas, de las individualidades que las integran, atienden gratuitamente a las necesidades de terceros extraños o la colectividad, que nada exige a los beneficiados, o a las del cultivo de una idealidad o espiritualidad extraeconómica, fin que cumplen altruista, generosa, desinteresada, benéfica, piadosa o caritativamente mediante actos gratuitos, ninguno de los cuales es conmutativo u oneroso, espíritu que falta en aquéllas que egoístamente prestan sus servicios únicamente a sus propios miembros, a sí mismas, a los que las integran, con expresa eliminación de los extraños, a quienes radical y constitucionalmente no se les permite utilizarlos, y sirven a sus socios onerosamente en el doble aspecto de pago por éstos de una cuota de entrada y de las periódicas mientras lo sean para adquirir y conservar la cualidad de tales y el abono, siquiera

inferior a su precio en el mercado libre, de los servicios que excedan del uso en común de las cosas propias de la colectividad.

SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1955.—*Resolución del contrato de arrendamiento por transformación de local de negocio en vivienda.*

Un local destinado conforme a contrato al ejercicio de operaciones comerciales por una Sociedad y que, a su vez, es habitado por personas al servicio de la entidad, al abandonarlo, por traslado a otro inmueble, la Sociedad, con cese en el mismo de la actividad de negocio que en él se venía desarrollando y quedar allí sólo viviendo el dependiente con sus familiares, se produce la transformación de local de negocio en vivienda, que es causa resolutoria del contrato.

SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1955.—*El artículo 133 de la L. A. U. es aplicable de los arrendamientos de renta limitada a los de renta libre y a los de locales resultantes de modificación y anexión de otros contiguos.*

Una reiterada doctrina de jurisprudencia, al fijar el alcance del artículo 133 de la L. A. U., viene estableciendo que, dada su finalidad, es igualmente aplicable a los arrendamientos de renta limitada y a los de renta libre, porque en unos y otros el interés de la Hacienda es igual, o sea, evitar defraudaciones, y por ello es inexcusable que en todos se dé la perfecta adecuación entre las cantidades declaradas y las que, de no existir declaración, sirvieron de base al tributo; y, por consiguiente, si la norma precitada procede aplicarla a locales de nueva planta, con tanto mayor motivo debe ser pertinente para regular la renta desde el punto de vista fiscal a los locales resultantes de la modificación de estructura y anexión de otros contiguos, aunque, realmente, el establecimiento así transformado sea distinto de aquéllos.

SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1955.—*La reunión en una sola mano del capital de una Compañía mercantil no es causa de disolución de la misma; al disolverse y convertirse la Sociedad arrendataria en un comerciante individual hay variación en el titular arrendatario.*

Si bien es cierto que el artículo 116 del Código de Comercio requiere más de una persona para crear una Compañía mercantil, dicho cuerpo legal no establece como motivo de disolución de tales Compañías la reunión en una sola mano de todo el capital de las mismas, y el artículo 221 del mismo, aplicable a toda clase de Compañías, no comprende tal causa entre las que dan lugar a su disolución, como tampoco la comprenden los artículos 150 de la Ley de 17 de julio de 1951, reguladora de las Sociedades Anónimas, ni el 30 de la de 17 de julio de 1953 que establece el régimen jurídico de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, explicando la Exposición de Motivos de la primera de dichas leyes la existencia de tal omisión por la necesidad de poner en armonía el derecho legislado con

la realidad que ofrece el hecho de que, aun en los supuestos de reunión de acciones en una sola mano, no se produce la inmediata disolución de la Sociedad, por lo menos, mientras subsista la posibilidad de que la normalidad se produzca restableciéndose la pluralidad de los socios, consideraciones que son de aplicación a las Sociedades de Responsabilidad Limitada.

De conformidad con los principios expuestos, se impone declarar que, por el hecho de haber cedido o vendido su participación en la S. L. C. el socio D. J. D. D. a su otro socio D. V. A. S., pasando éste a ser único y exclusivo socio y dueño de dicha Sociedad, no se produjo la disolución de ésta, que continuaba subsistente al celebrarse entre ella y el actor y recurrente el contrato de arrendamiento verbal sobre el local en cuestión en julio de 1941, y por eso, al disolverse la Sociedad el 26 de marzo de 1948, adjudicándose su activo y su pasivo al demandado, quien pasó a ser comerciante individual y en tal concepto continuó en el uso y disfrute del local arrendado, es decir, que varió la persona del titular arrendatario, y la introducción de un tercero en un local arrendado por cualquier título, cesión, traspaso o subarriendo da lugar a la resolución del contrato de arrendamiento cuando no se han cumplido los requisitos legales o no se ha obtenido la autorización del arrendador.

SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1955.—*Retracto de colindantes: Requisitos de la conciliación para que produzca los efectos de tener por ejercitada en tiempo la acción; que se consigne el precio.*

Si bien es cierto que, a tenor de la doctrina del T. S. contenida en las Sentencias de 13 de junio de 1921, 4 de octubre de 1927, 21 de febrero de 1931 y 1 y 30 de abril de 1940, puede tenerse por ejercitada la acción mediante un acto de conciliación sin avenencia, la propia doctrina creadora de la tesis que en este sentido pudiera calificarse de extensiva ha señalado las condiciones de ese ejercicio excepcional, y, refiriéndose en concreto a la consignación, ha negado viabilidad para sus efectos al acto conciliatorio al que no se acompañe. (Sentencias de 12 de junio de 1936, 10 de marzo de 1945 y 27 de enero de 1950), precisando, sin embargo, en la de 21 de febrero de 1953, última recaída en esta materia, que la falta de consignación en el momento de promoverse el acto conciliatorio puede subsanarse para todos los efectos útiles si se hace en el plazo de nueve días, dentro del cual ha de ejercitarse la acción de retracto.

SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1955.—*Instalación de una clínica de odontólogo con taller de prótesis en el cuarto arrendado para vivienda por el odontólogo: no hay transformación en local de negocio.*

El artículo 1.º de la L. A. U. califica como locales de negocio aquellas edificaciones habitables cuyo destino primordial no sea la vivienda, sino el de ejercerse en ella una actividad de industria, de comercio o de enseñanza con un fin lucrativo; pero el ejercicio de una profesión de carácter científico, como es la de odontólogo, no constituye ninguna industria o

comercio, actividades cuya base la constituyen la elaboración, transformación o cambio de productos materiales, y por ello la instalación de una clínica en el cuarto arrendado para vivienda, de cuya clínica formaba parte integrante el taller o laboratorio de prótesis dental, en virtud de lo prevenido en el artículo 118 del Estatuto, Reglamento para la reorganización de los Colegios Oficiales de Odontólogos, de 13 de noviembre de 1950, que establece que los laboratorios o talleres de prótesis estarán instalados en la misma casa habitación o clínica del colegiado, para que todo trabajo que en ella se efectúe salga bajo la dirección o vigilancia del titular, ya que la ejecución de estos trabajos o su colocación en boca son atribuciones exclusivas del odontólogo o de quien ostenta título análogo, no constituye el establecimiento de un local de negocio en la casa habitación arrendada, sino la base para el ejercicio de una profesión facultativa, y por ello es aplicable a tal situación el artículo 7.º de dicha Ley, conforme al cual el contrato de inquilinato no perderá su carácter por la circunstancia de que el inquilino ejerza en la vivienda o sus dependencias una profesión, función pública o pequeña industria doméstica, aunque sea objeto de tributación.

No cabe, por tanto, el aumento de renta correspondiente a los locales de negocio.

IV.—Sucesión «mortis causa».

SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1955.—*Rescisión de partición por lesión.*

Hay que tener en cuenta el valor de cada lote al ser adjudicado.

Por ser la partición uno de los negocios jurídicos raros que por derogación del derecho común son sensibles a la lesión, establece el artículo 1.074 del Código civil que «podrán también ser rescindidas las particiones por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas», no determinándose, por tanto, la lesión respecto al valor singular de los bienes, sino en relación con el valor total de los incluidos en cada lote, habiendo declarado el Tribunal Supremo —Sentencias de 17 de abril de 1943 y 22 de diciembre de 1944— que hay que atenerse al valor de los bienes al ser adjudicados, y no al que tuvieran al fallecer el causante.

No siendo numerosas las Sentencias del T. S. referentes al artículo 1.074, es de interés cualquiera que a él se refiera, y esta que examinamos contiene la doctrina general de que hay que atenerse al valor de los bienes al ser adjudicados, y no al que tuvieran al fallecer el causante.

Empieza la Sentencia aludiendo a la rareza que supone en nuestro derecho común la acogida o reconocimiento de la lesión. En efecto, el artículo 1.293 del Código civil sienta la norma general de que ningún contrato se rescindirá por lesión fuera de los casos mencionados en los nú-

meros 1.º y 2.º del artículo 1.291, norma que difiere de las que hubo en nuestro Derecho antiguo, del Derecho romano y del foral catalán.

En el Derecho justinianeo el precio de la compraventa había de ser justo; si no llegaba a la mitad del valor de la cosa (laesio enormis) la venta podía rescindirse auctoritate iudice, a no ser que el comprador pagara el complemento para el justo precio, norma tomada de dos constituciones de Diocleciano: «Si tú o tu padre hubieseis vendido por menor precio una cosa de precio mayor, es humano que, o bien restituyendo tú el precio a los compradores recobres el fundo vendido, con la intercesión de la autoridad judicial, o bien, si el comprador lo prefiere, recibas lo que falta al justo precio. Se considera que el precio es menor si no se hubiese pagado ni la mitad del verdadero precio» (1). Como han advertido algunos autores, se observa en tales preceptos la influencia de la moral cristiana. En Las Partidas —ley 56, título V, partida 5.ª— tuvo acogida tal doctrina, y en el Derecho foral catalán constituye una causa de rescisión, la lesión ultra dimidium que se da en el contrato de compraventa (ventas con engany de mitges), y en los demás contratos onerosos, según algún autor. Puede ser de aplicación también en los territorios en que rige el Derecho romano como supletorio.

El Código civil restringió enormemente la posibilidad de rescisión por lesión para evitar los numerosos y complicados litigios nacidos de ella. Tal restricción o casi inexistencia tiene también su abolengo en nuestro Derecho, pues el Fuero Juzgo y el Fuero de Aragón no admitían la rescisión por lesión en la compraventa.

Es imposible configurar un principio general de la lesión contractual, dice el profesor Beltrán de Heredia (2), cuando existe en la Ley un concepto específico de la misma que es contrario a aquél. El concepto técnico de lesión es inaplicable, porque tal y como resulta regulada por nuestro Código civil en el artículo 1.291 en relación con el 1.293, sólo podrá existir en los supuestos de contratos celebrados por los tutores sin autorización del consejo de familia o por los representantes del ausente, ocasionando a los representados una lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas objeto de aquellos contratos. Además, fácilmente se comprende que se trata de una lesión originaria, es decir, que se produzca en el momento mismo de la celebración del contrato, no la lesión sobrevenida con posterioridad (laesio superveniens), que es un supuesto que no ha contemplado el Código civil.

Consciente el legislador de la trascendencia de este motivo, cuando lo reconoce, lo establece de un modo expreso que no deje lugar a dudas. Así, en la Ley de Contratación en zona roja, de 5 de noviembre de 1940, ve establece, en el artículo 7, la posibilidad de modificación de los contratos pactados antes del 18 de julio de 1936 o bajo dominio marxista solamente cuando circunstancias posteriores al contrato, derivadas de la revolución o de

(1) V. Arias Ramos, *Derecho romano*.

(2) El cumplimiento de las obligaciones.

la guerra, hubiesen determinado una grave desproporción que signifique una lesión de más de la tercera parte de su verdadero valor. Esta Ley excepcional demuestra el criterio legislativo de mantener los contratos en todos sus términos, salvo cuando acontecimientos extraordinarios justifiquen una medida de tipo legislativo, y viene a confirmar plenamente que no puede pretenderse, judicialmente, una modificación del contrato; tendrá que ser la propia Ley la única que pueda hacerlo.

Volviendo al caso de la lesión en las particiones, ¿a cuáles de ellas puede afectar la rescisión por lesión? A todas: a las hechas por el testador o por los herederos, o por contadores nombrados por aquél o por éstos, aprobadas o no por el Juzgado o por el consejo de familia, judiciales o extrajudiciales, ya se refirieran a todos los bienes o a una parte de ellos y subsista o no la indivisión con relación a algunos herederos, esto es, ya sean totales o parciales (1), con la excepción de lo dispuesto en el artículo 1.075.

La lesión ha de llegar a la cuarta parte del valor de los bienes hereditarios que realmente correspondan al heredero en la división. Por ello, para calcular el importe de la lesión, es necesario tener en cuenta: primero, el valor verdadero de todos los bienes de la herencia; segundo, la cuota del heredero, y con ella, el valor que deben tener los bienes que se le adjudiquen, y tercero, el valor real al tiempo de la partición de las cosas que se le adjudicaron, y, si se hizo pago con bienes colacionados por el mismo heredero, el que tenían estos bienes al tiempo de la donación.

Para apreciar el importe de la lesión, ha de atenderse, como dice la Sentencia que estudiamos, al valor de las cosas cuando fueron adjudicadas. Si después de hacerse la partición ese valor ha aumentado o disminuido por causa de la naturaleza o del tiempo o por actos del heredero, esta circunstancia es accidental y no debe ser tenida en cuenta.

Esta regla tiene una excepción natural. Al reconstituirse el valor de los bienes hereditarios para apreciar si existe o no lesión en más de la cuarta parte, han de tenerse en cuenta las donaciones colacionables. Ahora bien; sabido es que para apreciar los bienes comprendidos en estas donaciones se atiende a su valor, no en el momento de la partición, sino en la época de la donación. Luego, respecto a esos intereses, no ha de atenderse a su valor cuando fueron adjudicados en la división, sino al valor con que en ésta deben figurar con arreglo a la Ley, o sea, el que al tiempo de la donación tuvieron en realidad.

Análogas reglas, nacidas con lógica del principio de que el momento de la partición es el de la valoración, las encontramos en la doctrina alemana. En relación a la desvaloración monetaria, dice Kipp (2) que hay que hacer notar: Si un heredero obtuvo su participación según las relaciones de valor existentes en el momento de la partición, no le confiere un derecho de crédito suplementario el hecho de que las sumas que le fueron pa-

(1) Bonet, en la 6.^a edic. de Manresa; tomo 7.º, pág. 759 y siguientes.

(2) Derecho de sucesiones, tomo 5.º, vol. 2.º, del «Tratado de Derecho Civil», de Enneccerus, Kipp y Wolff.

gadas, o los documentos evaluados en dinero, hayan sufrido desvaloración. Si el importe ha sido calculado exactamente de acuerdo con la relación de valor existente en el momento del contrato de partición, pero ha sido pagado posteriormente en dinero desvalorado, hay que considerarlo sólo como un pago parcial, al titular le queda un crédito suplementario. La revaloración de los créditos derivados de la partición que, según lo que se acaba de exponer, no han sido pagados o lo han sido sólo en parte, debe tener, equitativamente, en consideración los intereses de todos los participantes, y, en especial, tener en cuenta si quedaron subsistentes los valores que recibieron aquellos que están enfrentados a acreedores de numerario.

En relación con el artículo 1.074, es de interés la Sentencia de 28 de febrero de 1930, que afirma que para que puedan ser rescindidas las particiones es necesario: primero, que exista lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas, y segundo, que éstas estuviesen adjudicadas, y por ello es patente que, aunque en unas operaciones particionales se hubiese omitido consignar alguna o algunas fincas, produciéndose una lesión en más de una cuarta parte, si falta el requisito de no haber sido las cosas adjudicadas, no habrá lugar a que se rescinda la partición impugnada, y, por tanto, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1.079 del Código civil, se completará o adicionará con los valores u objetos omitidos. También es interesante la Sentencia de 5 de mayo de 1920, que se ocupó del error consistente en haber adjudicado como bienes gananciales títulos de la Deuda Pública que eran privativos del finado, y declaró que este error no da lugar a la rescisión del artículo 1.074 y puede subsanarse acudiendo a otros medios legales.

SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1935.—*Sucesión en títulos y grandezas.*

Los preceptos de carácter fiscal no dan lugar a la casación por infracción de Ley.

Quando no se dispone cosa distinta en la concesión del título o grandeza, en su sucesión se tiene como norma lo que es tradicional en España, según se previene en el artículo 5.º del Decreto de 4 de junio de 1948, manteniéndose, por ende, lo dispuesto en las Leyes segunda del título 15 de la partida segunda del Código Alfonsino y en la 40 de Toro, en las que se rige el orden regular de primogenitura y representación, siendo preferidas: la línea anterior a las posteriores; en la misma línea, el grado más próximo al más remoto; en el mismo grado, el varón a la hembra; en el mismo sexo, el mayor al menor, y debiendo ser todos los parentescos consanguíneos.

El artículo 9.º del Real decreto de 28 de diciembre de 1846, que ordenaba que todo sucesor de grandeza o título que a los seis meses de heredado tuviera sin pagar el derecho establecido por este impuesto especial y sin sacar la correspondiente carta de confirmación, se entiende que ha renunciado por sí a su derecho a la grandeza o título, es de carácter fiscal y no puede dar lugar a la casación por infracción de Ley.

SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1955.—*Principio que informa la legislación sobre títulos nobiliarios.*

La legislación vigente sobre títulos nobiliarios está informada por el principio de que el mejor derecho a su uso y disfrute arranca del último poseedor legal de él y la consanguinidad con el mismo de las personas que lo pretendan o disfrutan, y así está manifestado en los artículos 6.º y 3.º, apartado g, del Real decreto de 8 de julio de 1922, y artículo 11 de la Real orden de 21 de octubre del mismo año, al limitar la necesidad del pretendiente para justificar su derecho a probar su descendencia del último poseedor legal, principio aplicado y desarrollado por las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1955, las de 25 de junio de 1952 y las que en ella se citan.

PROCESAL

I.—*Parte general.*

SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1955.—*Auxilio Social tiene personalidad jurídica independiente.*

Auxilio Social tiene personalidad jurídica independiente de la del Estado. Para accionar contra tal entidad no es necesario apurar la vía gubernativa.

SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 1955.—*Subsanación de defectos sobre personalidad.—Bastanteo que no corresponde a los autos.*

Es doctrina reiterada por el T. S. la de que los defectos sobre personalidad de las partes pueden ser objeto de subsanación oportunamente.

Aparece de los testimonios de las escrituras de poder aportadas en el interdicto a los fines de acreditar la representación del Procurador compareciente a nombre de la parte actora que el bastanteo en ellas realizado por el Letrado que la autoriza no corresponde por la fecha en que resulta estampado a los autos a que ha de surtir sus efectos, y siendo este trámite un requisito esencial y de carácter formal, exigido tanto por disposiciones históricas —Ley III, título III, libro XI, de la *Novísima Recopilación*— como posteriormente por las Ordenanzas de las Audiencias y Reglamento de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, y últimamente por la legislación vigente, artículo 3.º de la Ley de Enjuiciamiento civil, su omisión constituye un vicio fundamental y un defecto de orden preceptivo que obliga a declarar la procedencia del primer motivo del recurso, estimación ésta que hace innecesario el examen de los otros dos motivos alegados.

Es curioso observar cómo el T. S. no sólo mantiene con rigor la necesidad del bastanteo, en virtud de la vigencia del precepto legal invocado,

sino que exige que corresponda al litigio en cuestión, es decir, que viene a sancionar la práctica forense de que se bastan un poder tantas veces cuantas haya de servir para un litigio, a pesar de que la doctrina pone en duda la eficacia de tal diligencia, que sólo se justifica, como dice Guasp, en apariencia, por la necesidad de garantizar la validez del litigio contra posibles indicios de nulidad nacidos de un poder insuficiente.

SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1955.—Carácter necesario de las normas que regulan la competencia dentro de una misma jurisdicción. Para determinar la competencia hay que atenerse a los términos del contrato y a la acción entablada, y no a la transformación operada en el local arrendado por voluntad unilateral.

Tiene declarado la jurisprudencia del T. S. que son de carácter necesario las normas que dentro de una misma jurisdicción regulan la competencia de los respectivos Jueces y Tribunales en orden a la naturaleza del asunto, a su cuantía y a la jerarquía de aquéllos, las cuales no pueden ser derogadas por las partes, y, por tanto, cuando un Juez o Tribunal actúa contra tales normas, que le señalan la esfera en que necesariamente ha de desenvolverse, da origen a la nulidad radical e insubsanable de todas las actuaciones que con exceso de poder haya realizado y procedé hacer tal declaración, conforme previene el artículo 74 de la L. de E. c. en su último párrafo.

El T. S. ha declarado reiteradamente que para determinar la competencia hay que atenerse a los términos del contrato y a la acción entablada, y no a la transformación operada en el local arrendado por la voluntad unilateral de una de las partes con infracción de las normas legales y contractuales.

BARTOLOMÉ MENCHU.

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de
2 de marzo de 1954.*

Esta Resolución reitera, una vez más, la doctrina de que las ampliaciones de capital del Banco de Crédito Industrial no están exentas del Impuesto de Derechos reales a tenor de las disposiciones que cita, y especialmente la Ley de 8 de noviembre de 1941 y el contenido de los Estatutos del mismo, de fecha 17 de octubre de 1947. Otro tanto ocurre, dice, con los préstamos que otorgue.

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de
9 de marzo de 1954.*

Estudia el caso de la ampliación de capital de una Sociedad inmobiliaria acogida a la Ley de 16 de diciembre de 1940, y dice que tal acto no está exento del impuesto, porque si bien en las Leyes de 7 de julio de 1934 y 25 de junio de 1935, referentes a esa clase de Sociedades, se habla de exención para los actos de constitución, modificación, transformación y disolución de tales Sociedades, no puede nunca considerarse la ampliación de capital social como una modificación o transformación —supuesto el concepto de estos actos

en el apartado 14) del artículo 19 del Reglamento—, «que, en todo caso, lo sería de sus bienes sociales, siendo el aumento de su capital social, dentro del propio marco de los fines sociales, la demostración de una mayor prosperidad»; y, «por tanto, el auxilio económico de la exención de que se trata, al ampliarse a todas las sucesivas emisiones de capital, supondría una situación de verdadero privilegio en favor de estas Sociedades, extremo totalmente contrario al espíritu sostenido en la Ley de Reforma Tributaria de 1940».

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 2 de marzo de 1954.

LA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA DE UN ESPAÑOL, RESIDENTE EN LIVERPOOL Y ALLÍ FALLECIDO, POR LA CUAL NOMBRÓ EJECUTORES TESTAMENTARIOS A DOS CIUDADANOS INGLESES Y LEGABA, LIBRES DE TODO GASTO, DIVERSAS CANTIDADES A VARIAS PERSONAS DE NACIONALIDAD INGLESA PARA QUE, CON AMPLIAS FACULTADES, VENDIERAN TODOS SUS BIENES, INCLUSO LOS INMUEBLES, CONVIRTIÉNDOLOS EN DINERO, CON CARGO AL CUAL PAGARÍAN TODAS SUS DEUDAS, GASTOS DE TESTAMENTARÍA Y LEGADOS, Y EL RESTO DEL DINERO RESULTANTE LO DIVIDIRÍAN POR PARTES IGUALES ENTRE LAS TRES HERMANAS DEL TESTADOR, RESIDENTES EN ESPAÑA, O ENTRE LAS QUE DE ELLAS VIVIERAN. ¿DA LUGAR A LAS CORRESPONDIENTES LIQUIDACIONES POR IMPUESTO DE DERECHOS REALES?

Antecedentes: Además de lo antedicho, resulta que los ejecutores testamentarios realizaron su cometido e ingresaron en el Ministerio de Asuntos Exteriores, en concepto de depósito, 3.251 libras y 7 chelines y 8 peniques, que, convertidas en pesetas, produjeron 143.014,65 pesetas, y que las herederas presentaron escrito a la Abogacía del Estado, de Madrid, exponiendo los datos mencionados, haciendo constar que dicha cantidad era la herencia de su hermano, alegando que por haber satisfecho los impuestos en la Gran Bretaña y referirse en su mayor parte a inmuebles y derechos reales sitos en el extranjero era procedente la exención del impuesto español.

Con la instancia presentaron la documentación completa acreditativa de todo lo expuesto y especialmente de que los inmuebles y

créditos hipotecarios del causante habían producido 2.262 libras, 16 chelines y 6 peniques.

La Oficina Liquidadora giró liquidaciones a cargo de las herederas por derechos reales y caudal relicto.

No conformes aquéllas con la liquidación, la recurrieron invocando el artículo 3.º de la Ley del Impuesto, los artículos concordantes del Reglamento y los 10 y 11 del Código civil, entre otros preceptos, y diversos tratados internacionales, pidiendo, en definitiva, la anulación de las liquidaciones y la devolución de lo pagado por el tributo.

El Tribunal Provincial denegó el recurso por la razón sustancial de que en la relación de bienes presentada por los interesados, no se relacionaban bienes inmuebles y sí solamente un saldo en libras esterlinas, coincidente con lo que fehacientemente resulta de un oficio del Ministerio de Asuntos Exteriores.

Ante el Tribunal Central los contribuyentes alegaron: 1) El artículo 241 del Reglamento del Impuesto sobre el caudal relicto, según el cual ese tributo grava el conjunto de bienes y derechos situados en territorio nacional dejados a su fallecimiento por un español o extranjero, en concordancia con el artículo 263 y con los de los números 1, 2, 3 y 4 del mismo texto; 2) La exención prevista en el número 1 del artículo 3.º de la Ley y en el número 1 del artículo 6.º del Reglamento; 3) El artículo 45 de éste en relación con el artículo 334 del Código civil, que definen lo que se entiende por bienes inmuebles; 4) El contenido del Código civil sobre prueba de las obligaciones, del cual se deduce que la documental pública aportada e incluso por presunciones fundadas, que fué propiedad del testador el inmueble llamado «La Casita» y que fué enajenado por los gestores testamentarios, y en conclusión pidieran la revocación del fallo del inferior.

El Tribunal Central lo confirma y empieza por decir que aun partiendo de la validez formal del testamento que el causante, español y domiciliado en Inglaterra, otorgó en Liverpool, tal sucesión, a tenor del artículo 10 del Código civil, se regula por la Ley española, tanto respecto al orden de suceder, como a la cuantía de los derechos sucesorios, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren, y los beneficiarios de ella están sometidos a las obligaciones tributarias que nuestro derecho establece

con relación a los bienes materialmente sitos en territorio nacional o que, sin estarlo, se les considere a esos efectos como legalmente situados en España.

Eso supuesto, añade en cuanto al impuesto sobre el caudal relicto, que éste grava los bienes situados en territorio nacional, pero para determinar los que tienen esa condición —art. 43 de la Ley y 243 del Reglamento— hay que estar a lo que dictan los artículos 1.º al 4.º del mismo, y, según ellos, determinados bienes se consideran legalmente situados en España, aunque materialmente no lo estén; de ahí que, a estos y otros efectos, el 253, en relación con el 115, obligan al contribuyente a que su declaración fiscal exprese detalladamente cada uno de los bienes y derechos que constituyan el caudal relicto de manera que pueda determinarse su naturaleza, situación, etcétera. Esta exigencia quedó cumplida en la instancia presentada a la Abogacía del Estado diciendo que el caudal lo constituía una cantidad en pesetas, contravalor oficial de la transferencia a España, por los testamentarios de otra cantidad de libras esterlinas.

Estos bienes, por su naturaleza, sigue diciendo el Central, y en cuanto adquiridos por españoles, deben de considerarse como situados en territorio nacional y, consiguientemente, sometidos al impuesto del caudal relicto, sin que a ello sirva de obstáculo que del testamento y demás documentos presentados se deduzca que se trataba de bienes procedentes de la Gran Bretaña e incluso que en el caudal hereditario existieran bienes de naturaleza inmueble radicados fuera de España, porque tales documentos no podían dejar sin efecto el acto voluntario del contribuyente y porque, en cualquier supuesto, dichos documentos complementarios no podían llenar la exigencia reglamentaria de detallar circunstancialmente los bienes, a fin de que la Administración pudiera determinar y calificar su naturaleza, identificarlos y comprobarlos. En su virtud, la Oficina Liquidadora llegó consecuentemente a la conclusión de que el caudal relicto estaba constituido por la cantidad de dinero declarada y probada como adquirida a título hereditario por las hermanas recurrentes.

Con lo antecedente queda, en realidad, prejuzgada la contienda por lo que respecta a la segunda cuestión, o sea, sobre la posible exención del impuesto de derechos reales, y la Resolución discutida razona diciendo que, con arreglo al artículo 1.068 del Código

civil, solamente la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que les hayan sido adjudicados, y, por lo mismo, las hermanas accionantes adquirieron la propiedad del dinero que les fué adjudicada en la partición en pago de sus haberes, y no el dominio de otros bienes de la propiedad del causante y de lo que éste dispuso libremente. No existiendo, pues, acto o contrato del que resulte que las herederas adquirieron a título hereditario el dominio sobre bienes inmuebles determinados radicantes en el extranjero, y no es procedente la exención que se invoca al amparo del número 1.º del artículo 3.º de la Ley y artículos 1.º al 4.º y número 1.º del 5.º del Reglamento, criterio éste, termina diciendo la Resolución, proclamado en la Sentencia de 1 de julio de 1935, que dijo que la transmisión de metálico a título de herencia no está exenta, aunque para pagar el correspondiente haber hubieran sido vendidos inmuebles sitios fuera de España.

Comentarios.—El único que nos sugiere la precedente doctrina es que el problema, dadas las modalidades del caso, no existe en puridad, porque las hermanas legatarias no heredan o reciben del testador bienes inmuebles fuera de España, sino una cantidad en metálico, siquiera ésta proceda de la enajenación de fincas situadas en la Gran Bretaña, y, por consiguiente, no se da el supuesto de la exención prevista en el número 1.º del artículo 6.º del Reglamento, que se refiere a los bienes inmuebles situados en el extranjero, y se da, en cambio, la previsión del número 3.º del apartado 3) del artículo 1.º del mismo texto reglamentario al decir que el impuesto grava las transmisiones de bienes muebles adquiridos por españoles, aunque no se hallen materialmente en territorio español.

El caso analizado en la Sentencia de 1 de julio de 1935, citada en la Resolución que comentamos, guarda no poca analogía con el ahora estudiado: se trataba de un legado en pesos oro por testamento otorgado en Cuba. Para su pago fué necesario vender inmuebles situados en aquella Isla, y la Sala resolvió que era procedente la liquidación practicada a tenor del citado artículo 1.º

*Resolución del Tribunal Económico - Administrativo Central de
2 de marzo de 1954.*

Esta Resolución reitera el criterio de que solamente tienen acción para recurrir contra las liquidaciones los titulares de las mismas, aunque el recurrente no titular tenga realmente interés en ellas.

En el caso se trataba de la contrata de construcción de un buque, y la Oficina Liquidadora, aplicando el apartado 2) del artículo 59 del Reglamento, en relación con el apartado 5) del 18, liquidó por el concepto «muebles», a nombre de la Entidad constructora, ya que, siendo contratista de cosa mueble, ella es la que debe de satisfacer el impuesto, conforme al citado apartado 2) del artículo 59, y no la adquirente del buque, aunque de compraventa del mismo se trate y aunque con ello se rompa y contradiga la norma general que dice que el impuesto lo satisfará el adquirente de la cosa.

La Empresa que encargó la construcción y fué, por tanto, la adquirente, recurrió contra la liquidación alegando que en estas adquisiciones ella disfrutaba de la bonificación legal del 50 por 100, pero el Tribunal Central insistió en su criterio, el cual está en contradicción con el que sostiene la Sala 3ª en la Sentencia de 4 de octubre de 1944, reiterando en la muy reciente de 23 de abril de 1955 que fué comentada por nosotros en el pasado número de esta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO.

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de
2 de marzo de 1954.*

En ella se planteó el problema de si la amortización de obligaciones hipotecarias ha de considerarse realizada en el momento en que la Sociedad mercantil toma el acuerdo de recogerlas y pagarlas, aunque para la recogida de parte de ellas se fije una fecha posterior, y el Tribunal resuelve, por aplicación del apartado 3) del artículo 20 del Reglamento, que el plazo para satisfacer el impuesto arranca del momento en que la emisora toma el acuerdo de destinar cantidades al reembolso de tales titulares para recogerlos y retirarlos de la circulación.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 16 de marzo de 1954.

LAS LEYES SOBRE MORATORIA NO APROVECHAN MÁS QUE A LOS DOCUMENTOS QUE AL EMPEZAR LAS MISMAS A REGIR ESTABAN YA FUERA DEL PLAZO ORDINARIO DE PRESENTACIÓN.

Antecedentes.—En 8 de diciembre de 1951 se otorgó cierta escritura de compraventa, la cual fué presentada a liquidación el 29 de enero siguiente, fuera, por tanto, del plazo normal de presentación de treinta días establecido en el artículo 107 del Reglamento, apartado 1), para los documentos de esa naturaleza.

Entonces estaba vigente la Ley de 19 de diciembre de dicho año, que establecía que los contribuyentes que a partir de su fecha, y hasta el 31 de enero siguiente inclusive, presentasen a liquidación, no habiéndolo hecho dentro de los plazos reglamentarios, los documentos sujetos al impuesto, quedarían relevados de toda responsabilidad por multas y demora correspondientes al Tesoro.

La Oficina Liquidadora giró liquidación imponiendo, no obstante tal Ley de moratoria, las aludidas sanciones, y el interesado recurrió tachando de nula la liquidación por inaplicación de dicha Ley.

El Tribunal Provincial desestimó el recurso, y el Central confirma tal criterio, fundado en que, «aunque a primera vista la aludida Ley parece incluir aquéllos documentos que, no hallándose incurso en las responsabilidades que condona en la fecha de la disposición, incurren más tarde en ellos por dejar transcurrir los interesados los plazos legales de presentación, resulta evidente que tal interpretación aparece en abierta contradicción con el carácter legal de los perdones y moratorias en nuestro Derecho tributario...; interpretados siempre en su sentido estricto y con el propio espíritu de la disposición, puesto que no sólo se concedería perdón a los contribuyentes que con anterioridad a la Ley se habían hecho acreedores a la sanción, sino a aquellos otros que en esa fecha estuviesen dentro de la Ley, siendo así como una invitación a conculcarla, interpretación que resulta absurda si, además, se tiene en cuenta que el admitirla equivaldría a posibilitar una disposición legal contraria a sus propios fundamentos».

Por otra parte, continúa diciendo el Central, los beneficios de

la citada moratoria arrancan «a partir de la fecha de la publicación» para los actos y contratos sujetos al impuesto que «no hubiesen sido presentados dentro de los plazos reglamentarios», lo cual indica que se está refiriendo solamente a los actos y contratos sujetos, incursos ya en mora a partir de la publicación de la citada Ley; de tal manera que, como sentó ya la Resolución de 2 de febrero de 1943, «el plazo señalado para acogerse a la moratoria no es una prórroga para la presentación de los documentos sujetos al tributo, sino un plazo distinto e independiente dado con la finalidad de que los contribuyentes morosos puedan acogerse al perdón que se les concede, y no siendo prórroga, mal puede ser aplicado a los contribuyentes cuyo plazo de presentación está corriendo en el momento de publicarse la moratoria».

Comentarios.—No negamos que en una rigurosa interpretación pueda sostenerse la tesis contenida en los precedentes razonamientos de la Resolución que nos ocupa, pero, al mismo tiempo, nos parece que el texto de la Ley aplicada no establece la distinción que el Tribunal deduce de ella, puesto que escuetamente dice que a todo el que presente el documento en el plazo que media hasta el 31 de enero siguiente, no habiéndolo realizado en los plazos reglamentarios, se le releva de toda responsabilidad, y no hace distinción alguna entre los documentos de plazo vencido al publicarse y aquellos otros en que el plazo venza antes de dicha fecha.

Es cierto que el plazo de presentación del documento en cuestión no estaba vencido al aparecer la Ley y que venció en 8 de enero, antes, por tanto, del último día de la moratoria, que era el 31 de ese mes.; pero no es menos cierto que al ser presentado en 29 de tal mes de enero estaba fuera del plazo reglamentario y dentro de la moratoria, y, por lo mismo, acogido al texto del precepto transcrito, cuya generalidad hemos destacado. Por consiguiente, si *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, ¿por qué escurrir en su texto unas distinciones y matices que están claramente fuera de los términos claros en que está concebido?

Cierto es, asimismo, que tal Ley no es una prórroga propiamente dicha, aunque sus efectos equivalgan a ella; mas no es de desconocer, razonablemente, que el documento discutido estaba fuera de término de presentación, como cualquiera de los incursos en la misma falta legal al promulgarse la Ley, y, siendo ello así, no

parece inoportuno recordar aquella máxima de interpretación, además de la ya enunciada, que dice que donde hay la misma razón debe de imperar la misma disposición, y aquella otra jurisprudencial según la cual las disposiciones restrictivas, e incluso las fiscales, no deben de aplicarse con interpretación extensiva.

Añadiremos, por fin, que el mismo Tribunal, en un caso sustancialmente idéntico al reseñado, interpretó la Ley transcrita en la misma forma que acabamos de comentar en Resolución de la misma fecha que la comentada.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 23 de marzo de 1954.

LA CONCESIÓN O LICENCIA POR EL TITULAR DE PROPIEDAD INDUSTRIAL A OTRA PERSONA DEL APROVECHAMIENTO O EXPLOTACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS O DERECHOS CORRESPONDIENTES PARA SU UTILIZACIÓN POR TIEMPO DETERMINADO Y PRECIO CIERTO O CON BASES CONCRETAS, PARA SU FIJACIÓN, CONSERVANDO EL CEDENTE EL DOMINIO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, CONSTITUYE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO Y NO ES LIQUIDABLE COMO TRANSMISIÓN TEMPORAL ONEROSA DE BIENES MUEBLES.

Antecedentes.—En documento privado, una Empresa constructora americana concedió a otra española licencia exclusiva para la fabricación y venta en España y sus Colonias de aparatos eléctricos y material con arreglo a patentes determinadas, debiendo los aparatos y material llevar marcada la expresión de la patente y el nombre de la cedente, obligándose ésta, por su parte, a facilitar información y asistencia técnica a la Compañía española, la cual, en compensación, adquirió la obligación de abonar el 3.50 por 100 de la total producción comprendida en las patentes y licencias, junto con otras prestaciones, y estipulándose expresamente que todas las patentes, licencias, inventos, etc., permanecerán en la absoluta y legal propiedad de la Empresa americana, cesando la española en su uso a la terminación del contrato en 31 de junio de 1961, con determinadas prórrogas.

El contrato fué liquidado por el concepto «muebles», número 47

de la Tarifa, al 1,50 por 100, con un total de más de dos millones y medio de pesetas.

La liquidación fué recurrida, con cita de los artículos 1.543 y 1.544 del Código civil, varias Sentencias del Tribunal Supremo y de los artículos 16 y 24 del vigente Reglamento del Impuesto de 7 de noviembre de 1947, para deducir que el contrato es civilmente de arrendamiento y no de transmisión de propiedad, al que es aplicable el número 6.º de la Tarifa en relación con el artículo 16 de dicho Reglamento, y que las demás estipulaciones referentes a información y asistencia técnica implican típicamente un contrato de arrendamiento de servicios comprendido en el mismo número de la Tarifa.

El Tribunal Provincial dijo que el contrato encaja, mejor que en el contrato de arrendamiento, en el precepto de transmisión de bienes muebles y de patentes y marcas y demás distintivos de la propiedad industrial e intelectual, y, en su consecuencia, desestimó el recurso.

El Central lo acoge y anula la liquidación estimando que el concepto fiscal es el de «arrendamientos» y no el de «muebles».

Al efecto argumenta diciendo que, tanto la Ley del Impuesto —apartado VII de su artículo 2.º— como el segundo apartado del artículo 24 del Reglamento, gravan las traslaciones onerosas del dominio de duración limitada de los bienes muebles, así como la cesión o transmisión de los derechos dominicales de la especial propiedad industrial, transmisibles con arreglo al Estatuto que la rige, de 26 de julio de 1929, y cuya duración es temporal, según el mismo Estatuto; pero de ello no puede deducirse que a la «transmisión temporal de bienes muebles sujeta al impuesto en el citado art. 24 sea asimilable la concesión o licencia por el titular de propiedad industrial a otra persona del aprovechamiento o explotación de los procedimientos o derechos correspondientes a esa titularidad para su utilización en determinado territorio por tiempo también determinado y precio cierto o con bases igualmente ciertas para su determinación, conservando, por añadidura y con pacto expreso, el dominio de los derechos el titular de los mismos». Tal pacto engendra claramente, a tenor de los artículos 1.543 y 1.546 del Código civil, un contrato de arrendamiento de derechos específicamente previsto en los citados artículos de la Ley y Reglamento de 7 de noviembre de 1947.

Comentarios.—Nos parece tan clara la tesis del Tribunal Central, que nos limitamos a decir que la Resolución recurrida y la Oficina Liquidadora incurrieron en el error de dar al segundo apartado del artículo 24 del Reglamento un sentido que, bien leído, no tiene. Tiene o define dos conceptos distintos: uno, la transmisión temporal de bienes muebles, y otro, la *transmisión* —simplemente la transmisión, sin adjetivos ni adverbios— de los derechos nacidos de la propiedad industrial e intelectual «que por su naturaleza tienen condición de temporales», y los dos conceptos los grava como transmisión de bienes «muebles», lo cual quiere decir que esos derechos, especiales y temporales por su naturaleza, quedan gravados cuando se transmiten en su integridad y con toda su propia duración, pero no cuando ésta queda limitada o reducida y, por añadidura, con la especial condición, como en el caso ocurre, de establecer un canon anual y de reservarse el dueño el dominio de los derechos cedidos, con lo que resulta que lo que se transmite es el uso o disfrute por cierto tiempo y con una merced anual, engendrándose así claramente la figura jurídica del arrendamiento.

Comentario adicional.—En el caso examinado, había una particularidad, de la que no hemos hecho mención en los antecedentes, consistente en que el precio o merced del contrato se estableció en función de las ventas anuales de lo producido por el uso y disfrute de las patentes y materiales objeto de la concesión, y, como consecuencia, las liquidaciones eran anuales.

Se produjeron varias de estas liquidaciones anuales consentidas, y, ello no obstante, se recurrió la posterior a ellas, objeto de esta Resolución que comentamos.

Por ello se planteó el tema de si aquel consentimiento impedía el recurso contra esa posterior.

El tema es reproducción del abordado en la Resolución de 16 de febrero de 1954, y fué resuelto ahora en el mismo sentido que entonces, diciendo que si un determinado contrato causa liquidaciones anuales y una o varias de ellas han sido consentidas, ello no es obstáculo para recurrir una posterior en tiempo oportuno.

Tal Resolución de 1954 fué comentada en esta REVISTA en el número de enero-febrero de 1955 ampliamente, y a ese comentario nos referimos y remitimos a nuestros lectores.

Alrededor de las «deudas deducibles» y de la valoración fiscal de finca urba- na sujeta a las restricciones de la Ley de Arrendamientos

Los comentarios de «La Redacción» en los números de esta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO aparecidos en los números 328-29 (septiembre-octubre de 1955) y 330-31 (noviembre-diciembre del mismo año), relativos: el uno, a la deducción de una deuda nacida de un préstamo hecho por un Banco y, además, patentizado en una letra de cambio, y el otro, a la forma de valorar una finca urbana afectada por la Ley de Arrendamientos, son objeto de impugnación por el distinguido profesional del Derecho don Carlos Abraida, Notario, en el pasado número de esta REVISTA, bajo el enunciado de «Cargas deducibles». Y como tan ilustrado funcionario interesa de la «gentileza de la Redacción» una réplica para que le digamos si su impugnación es acertada, vamos a complacerle.

Primer problema:—Se trataba, en la liquidación de cierta herencia, de determinar si una deuda contraída por el causante, nacida de préstamo hecho por un Banco y patentizada en una letra de cambio con vencimiento posterior al fallecimiento de aquél, era o no deducible a tenor del artículo 101 del Reglamento del Impuesto de Derechos reales.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 28 de enero de 1955, comentada y aplaudida por nosotros en el número de esta REVISTA correspondiente a septiembre-octubre de 1955, dijo que tal deuda no era deducible, por no serle aplicable ninguno de los tres primeros

apartados del artículo 101 de dicho Reglamento: el apartado 1), porque en él se exige que la deuda se acredite «por medio de documento público o privado de indudable legitimidad que lleve aparejada ejecución en la fecha de la defunción del causante, a tenor de lo prevenido en el artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento civil; el apartado 2), porque éste requiere que el préstamo conste en póliza intervenida por Agente de Cambio o Corredor de Comercio, y el apartado 3) —que era el invocado por los actores—, porque, aunque se admita que el mismo se refiere a toda clase de deudas, incluso las reguladas en los dos apartados anteriores, lo cierto es que previene que la justificación de la deuda se ha de hacer a satisfacción de la Administración, revestida, al efecto, de facultades discrecionales.

El señor Abraida combate los razonamientos del Alto Tribunal, y sienta, en cuanto a la no admisión de la deducción de la deuda a causa de no llevar aparejada ejecución, al fallecer el causante, la letra de cambio en que el débito constaba, la teoría de que la Sala confunde «el que un título lleve aparejada ejecución con que el título tenga las circunstancias necesarias para que la ejecución pueda despacharse», y, ya en esta trayectoria, añade que el artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento civil, acotado en el 101 del Reglamento, «se refiere al primer caso, y no al segundo, que es objeto del artículo 1.435 de dicha Ley de Enjuiciamiento civil».

Así dice el señor Abraida, aunque a nosotros nos parezcan un tanto extrañas y completamente nuevas ambas afirmaciones: la primera, porque la distinción que en ella se hace es absolutamente inadmisibile, como lo demuestra la simple lectura de dicho artículo 1.429, que dice que «la acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución», y al añadir que «sólo tendrán aparejada ejecución» los títulos que a continuación enumera, y entre ellos las letras de cambio «respecto al aceptante que no hubiere puesto tacha de falsedad a su aceptación al tiempo de *protestar* la, letra por falta de pago». No hay, pues, la más remota posibilidad de la distinción ni de la confusión atribuida gratuitamente a la Sala; si el título lleva aparejada ejecución es porque reúne los requisitos exigidos por la Ley, y, por consiguiente, es absurdo pretender separar esos dos conceptos que, unidos, sirven de fundamento a la acción ejecutiva.

La cita que después hace el ilustrado preopinante del artículo 1.435 la estimamos perfectamente inoperante frente a la Sentencia impugnada, hasta el extremo de que no guarda la más mínima relación con el punto en discusión. Dice el artículo que sólo podrá despacharse ejecución por cantidad líquida o en especie computada a metálico y superior a mil pesetas, y esto, preguntamos nosotros, ¿qué tiene que ver con la cuestión debatida, si lo que ese artículo estatuye es, simplemente, que la acción o el juicio ejecutivo ha de referirse a una cuantía superior a mil pesetas?

Añade a continuación nuestro contrincante otras afirmaciones tan inadmisibles como las precedentes, y de ellas nos vamos a ocupar brevemente.

a) Después de afirmar que el número 4 del repetido artículo 1.429, según el que la letra de cambio tiene fuerza ejecutiva respecto al aceptante que no hubiera puesto tacha de falsedad a su aceptación al tiempo de protestar la letra por falta de pago, sigue diciendo: «Es decir, las protestadas sin tacha o *las que aún están en tiempo hábil para el protesto*», lo cual constituye una afirmación gratuita en plena contradicción con dicho número 4 y con los artículos del Código de Comercio: 469, que impone el *protesto* so pena de quedar perjudicada la letra; el 502, que también lo impone por falta de aceptación o de pago; el 515, que regula los derechos del portador de la letra una vez *protestada*, y el 521, que dice que la acción que nace de la letra de cambio es ejecutiva en vista de la misma y del *protesto*.

b) Formula a continuación el señor Abraida otros dos argumentos a favor de su tesis, que son: el uno, el contenido de la Sentencia de 11 de marzo de 1932 al afirmar que la deuda solemnizada en una letra de cambio negociada en el Banco de España es deducible aunque no contenga el protesto, y el otro, el nacido de que la Sentencia impugnada dice que al caso debatido no le es aplicable el apartado 3) del artículo 101 porque está comprendido en su apartado 2).

Al primero de esos argumentos oponemos que la disconformidad entre dicha Sentencia y la ahora combatida no supone que la primera esté en lo cierto y la segunda no —esto, aparte de que las circunstancias no eran idénticas—, y en cuanto al segundo argumento,

decimos que es completamente intrascendente para desvirtuar la doctrina impugnada, ya que lo que la Sentencia combatida dice es que el apartado 3) —que era el invocado por los demandantes— no tiene eficacia para la pretendida deducción porque ese párrafo no afecta a las deudas a que se refieren los apartados 1) y 2) y, además, porque, aunque se refiera a toda clase de deudas, tampoco es aplicable al caso, ya que exige unos requisitos tales como el de que la deuda se ratifique por los herederos en documento público y el de que, en su caso, conste también en documento público el pago de la misma, cuyos requisitos no concurren en el hecho debatido. Esto aparte, añade la Sentencia, de que la existencia de las deudas a que el apartado se refiere ha de justificarse a satisfacción de la Administración, es decir, discrecionalmente, lo cual implica que su decisión no puede ser revisada en la jurisdicción contencioso-administrativa.

Todo ello conduce, en definitiva, a la indiscutible conclusión de que los alegatos del segundo argumento de nuestro contendiente a que venimos refiriéndonos son inoperantes.

Por último, en cuanto a la primera parte de esta réplica, queremos hacer una sencilla observación: el alegato de nuestro contradictor está encabezado con el epígrafe de «Cargas deducibles», el cual nos sugiere esta pregunta: ¿No estaría mejor epigrafiado diciendo «Deudas deducibles», supuesta la sustancial diferencia entre ambos conceptos?

Segundo problema.—Es el de la valoración que fiscalmente haya de darse a una finca urbana afectada por la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Contestamos, en primer lugar, que es muy peligroso, al interpretar las leyes, el colocarse en el terreno del derecho constituyente, máxime si de leyes fiscales se trata. Y esto es lo que, al menos aparentemente, realiza el ilustrado contrincante al hacer la crítica de la Resolución del Tribunal Central de 24 de noviembre de 1953, y es peligroso porque el punto de mira se descentra y no ve el intérprete lo que la Ley dice, sino lo que a su juicio debiera decir.

Con esta elemental distinción ya tenemos más de medio camino andado para resolver la antinomia que pueda existir entre los preceptos especiales y tajantes del Reglamento del Impuesto y lo que

para casos concretos y a efectos puramente civiles determina la Ley de Arrendamientos Urbanos. Aquéllos facultan a la Administración para comprobar, en todo caso, y para emplear discrecionalmente el medio compratorio extraordinario de la tasación pericial cuando estime que los ordinarios no revelan, «a juicio de la Administración, el verdadero valor de los bienes» (artículo 81 del Reglamento), y la aludida Ley previene (artículo 67) que un arrendatario que tenga derecho a retraer el predio enajenado podrá impugnar el precio fijado si considera excesivo el consignado en la escritura de venta, y añade que se *presumirá* excesivo si rebasa la cantidad que resulte de capitalizar la renta pactada en el contrato de arrendamiento.

Eso supuesto, añade dicho artículo que si al arrendatario no le conviene retraer por el precio escriturado podrá pedir la anulación del contrato.

Con estos antecedentes, claramente se echa de ver que en tal precepto no se establece una valoración de la finca, sino una mera *presunción* de precio excesivo a favor del arrendatario; con opción para retraer precisamente en ese precio o pedir la anulación del contrato.

Y siendo esto así, ¿cómo enfrentar un precepto meramente civil dictado para favorecer, en particularísimos casos, al arrendatario, con una norma fiscal general protectora de los intereses del Tesoro? ¿Y cómo una valoración fundada en una presunción y, en parte, en una simple apreciación y conveniencia de un arrendatario puede estar por encima de una valoración pericial —que fué la combatida en el caso de la Resolución de 24 de noviembre de 1953— acordada por la Administración en uso de la facultad discrecional que la Ley fiscal le concede?

Diremos, para terminar, que con estos razonamientos no nos ofrece duda que la combatida Resolución interpretó rectamente las disposiciones vigentes, y diremos también que, incluso en derecho constituyente, nos parece que la solución no podría ser otra.

Queda complacido el distinguido e ilustrado preopinante, y a nosotros nos complacería también haber llevado a su ánimo nuestro convencimiento.

LA REDACCIÓN.