

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XVIII

Julio de 1942

Núm. 170

Los artículos 12 y 13 del Código civil y las nuevas reformas de éste

I

CONSIDERACIONES GENERALES

Por la ley de Ausencia de 8 de septiembre de 1939 se sustituyen unos artículos del Código civil por otros nuevos (todo el título VIII del libro primero). Lo propio se ha hecho con el artículo 396, que ha dejado huéco a un nuevo artículo 396, de alcances y contenido totalmente diferentes. En 5 de diciembre de 1941 se inaugura un procedimiento acreditado y usado en la legislación de otros países, pero que era desconocido en España: se agregan con numeración doble ciertos artículos al Código civil (1863-73), por los que se incorpora al viejo cuerpo legal el instituto de la prenda sin desplazamiento.

En ninguna de estas disposiciones, ni en su articulado, ni tampoco en sus preámbulos, se puede leer nada que permita conocer el pensamiento del legislador acerca de si estas nuevas leyes han de regir en todo el territorio de la nación o si, como formando parte del articulado del Código civil, han de seguir el régimen que implantan los artículos 12 y 13 respecto a la subsistencia de las legislaciones forales en toda su integridad.

El problema no ha sido investigado a fondo, que sepamos, hasta ahora por nadie, pero sí ha sido aludido por D. Jerónimo González

en sus notas al artículo de López Torres en la REVISTA CRÍTICA (1), y esta alusión ha sido la inspiradora de estas líneas. Me voy a tomar la tarea de discurrir sobre el problema y defender la tesis de que tales leyes son de aplicación general a todo el territorio nacional, si bien en las condiciones que luego se expondrán.

Existe una razón en pro de la aplicación de los artículos 12 y 13 del Código civil a estas tres leyes, y una razón de importancia, cual es la de que habiendo seguido el legislador el camino de sustituir unos artículos por otros o el de agregar nuevos artículos, pero con numeración paralela y con inclusión en la sistematización del Código (títulos, capítulos, secciones), parece que quiere indicar su deseo de que sigan la misma suerte de los demás artículos del Código civil, y, por tanto, con exclusión del título preliminar y del título IV del libro I, ninguna parte más del Código tiene efectividad en todo el territorio nacional (salvo las interpretaciones de la jurisprudencia). Y si en vez de acudir a la voluntad del legislador (criterio interpretativo un tanto anticuado) nos fijamos en la voluntad de la ley y nos atenemos a un criterio realista, podremos, superficialmente mirado el asunto, seguir la misma opinión. Los artículos 12 y 13 imperan sobre los restantes del Código; poco importa que los demás sean los que existían al publicarse o sean otros nuevos que hayan venido a sustituirlos.

Pero no cabe duda que la inserción en el articulado puede justificarse por el deseo de una compenetración más íntima de las nuevas instituciones con las demás, produciéndose un flujo y reflujo de influencias de las nuevas normas en las viejas y de éstas en aquéllas. Piénsese, si no, en las muchas influencias de la legislación de ausencia sobre todo el Código civil (patria potestad, mandato, matrimonio, reservas, legados, etc.) o la analogía del derecho de tanteo con el que sin nombre se establece en la ley de 26 de octubre de 1939 sobre reforma del artículo 396, como puso de relieve Taulet (2) y repite Batlle (3), o en fin, la movilización de cosas inmuebles según el artículo 334, que puede servir para reforzar la opinión de algún autor (4) que ad-

(1) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO. Febrero de 1941.

(2) *La propiedad de casas por pisos y la Ley de 26 de octubre de 1939*, en "Revista de Derecho Privado". 1940. págs. 109 y sigs.

(3) *La reforma del artículo 396 del Código civil por la Ley de 26 de octubre de 1939*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia". 1942. págs. 243 y sigs.

(4) Valverde: *Tratado de Derecho civil*, tomo I, págs. 444 y sigs.

mite la posibilidad de pactar limitadamente sobre la condición mueble o inmueble de las cosas.

Puede justificarse también el procedimiento de reforma seguido por motivos de técnica legislativa.

Pero, en contra de la aplicación de los artículos 12 y 13 del Código civil, a las tres disposiciones que nos ocupan se puede decir que en ninguna parte de sus disposiciones ni en sus preámbulos o exposiciones de motivos aparece frase alguna que permita pensar en la idea de excluir a las regiones forales del progreso que suponen las nuevas instituciones. Por eso, tratándose de leyes posteriores a la publicación del Código civil, creemos deber sostener su general aplicación. La inserción de sus articulados en el cuerpo del Código civil no tiene más que un valor sistemático o de técnica legislativa, que no deja de tener su valor en las repercusiones que no faltarán en el restante articulado del Código.

Conocida es por todos la tendencia del Tribunal Supremo a la unificación legislativa en materias mucho más amplias que las contenidas en el título preliminar y en el título IV del libro I. Unas veces se aferra el alto Tribunal a que las materias pertenecen al contenido de dichos dos títulos (1); otras a que el Código trae instituciones nuevas (2); otras a que sustituye el precepto legislativo contenido en disposiciones generales anteriores (3). Pero no es ésta sola la única manifestación de la tendencia a la unidad legislativa, porque asombra la sutileza ideada por algunos autores (4) para introducir al Código civil como supletorio de leyes especiales aludidas por el artículo 16.

(1) Res. 22 agosto 1894, 28 noviembre y 6 diciembre 1898, 23 octubre 1899, 12 septiembre 1901, 24 mayo 1905, 14 noviembre 1906 y 18 agosto 1908. Sentencias de 13 diciembre 1913, 23 mayo 1916 y 29 abril 1926.

(2) Sent. 8 julio 1903, 4 abril 1904 y 14 diciembre 1905.

(3) Sents. 20 marzo 1893, 10 y 13 junio 1914, 7 julio 1915, 13 octubre 1919, 27 octubre 1920, 11 diciembre 1922, 24 junio 1925, 25 febrero 1926, 19 enero 1927, 17 diciembre 1928, 18 enero y 28 y 31 mayo 1930, respecto a sucesión *ab intestato* en sustitución de la llamada ley de Mostrencos. Sents. 12 junio 1894, 12 febrero 1897 y Res. 24 febrero y 4 marzo 1896 sobre aplicación de la tutela (títulos IX y X del libro I del Código) a las regiones forales en sustitución del régimen anterior contradictorio de la ley de Enjuiciamiento civil. Sent. 3 febrero 1896 sobre régimen de enfiteusis del Código en sustitución de la ley de Señorios de 1823. En sustitución de la ley de Matrimonio civil se aplican los alimentos entre parientes (Sents. 11 mayo 1897, 21 febrero 1898), la pérdida de la patria potestad por la madre viuda que contrae nuevas nupcias (Sent. 10 noviembre 1902) y la emancipación (Sents. 19 junio 1906 y 1 octubre 1910).

(4) Cfr. De Buen: *Introducción al estudio del Derecho civil español*, Madrid 1932, pág. 247; Valverde: *Tratado*, tomo I pág. 167.

Pues bien; en vista de esta tendencia arrolladora a la ampliación del ámbito legislativo de la legislación común, no puede extrañar a nadie que sostengamos la aplicación de las tres leyes aludidas al principio, a todo el territorio nacional. Y esto aparecerá aún más patente cuando agotemos el repertorio de razones en pro de nuestra tesis.

Cierto que existieron reformas del articulado del Código civil, como fueron la de la ley de 21 de julio de 1904, que modificó el artículo 688, suprimiendo el requisito del papel sellado del año del otorgamiento en el testamento ológrafo, o la del Real decreto-ley de 13 de enero de 1928, que modificó los artículos 954 a 957 y redujo los llamamientos en la sucesión *ab intestato* al cuarto grado, prescribiendo una determinada distribución de la herencia a establecimientos públicos en caso de que heredara el Estado (1); pero estas reformas de nuestro Código civil no nos ofrecen ningún precedente digno de aplicarse al caso presente, por cuanto que la que se relaciona con el testamento ológrafo se ampara, en orden a su general aplicación, a la jurisprudencia que extiende el ámbito del Código en las instituciones nuevas (2). En cuanto a la reforma de la sucesión *ab intestato*, sabido es que se suscitó una controversia en cuanto a la sustitución o no del derecho de las leyes generales anteriores por el Código civil. Mientras hubo quien (3) sostenía que el actual régimen jurídico que habían de conservar las regiones forales comprendía las leyes generales anteriores, aunque hubieran sido derogadas por el Código, Martí Miralles, en un meditado estudio (4), defendió que el actual régimen jurídico "que conservaran las regiones forales, *por ahora, en toda su integridad*", es su actual régimen jurídico foral; y el Tribunal Supremo, encontrando acertada semejante interpretación, en una jurisprudencia reiterada y que dió origen a viva polémica, introdujo la sucesión *ab intestato* del Código civil, en sustitución de la llamada ley de Mostrencos del año 1835. No existe, pues, precedente aplicable al caso que nos ocupa.

(1) Que fué modificada por R. O. de 1 de abril de 1931.

(2) Sent. de la Sala primera de lo Civil de la Audiencia de Barcelona de 22 junio 1900 sobre testamento ológrafo. Sents 8 julio 1903. 4 abril 1904 y 14 diciembre 1905 sobre retractos de colindantes y de comuneros.

(3) Sánchez Román *Estudios de Derecho civil* tomo I, pág. 585, interpretaba el giro del art. 12 "sin que sufra alteración su actual régimen jurídico escrito o consuetudinario" el cual "conservarán por ahora en toda su integridad" en el sentido de que del actual régimen jurídico de las regiones forales formaba parte el derecho contenido en las leyes generales anteriores y, por tanto, también esto debía quedar en vigor en toda su integridad.

(4) Martí Miralles: *Estudio sobre el artículo 12 del Código civil*

Pero es evidente que, si bien no se debe mantener otra postura que la de aplicación general en todo el territorio nacional, también lo es que no es legítimo desvirtuar otras instituciones forales por la introducción de las nuevas leyes en su ordenamiento jurídico, y por eso lo que procederá es insertar tales leyes en el ordenamiento foral, respetando su actual régimen jurídico, que no puede ser cambiado por ciertas disposiciones de referencia a otras materias; así, por ejemplo, no se cambia el régimen foral de derecho familiar o matrimonial por las indicaciones que en orden a ellos contenga la legislación de ausencia. Pero fuera de estas alusiones a otras materias de derecho, las nuevas leyes se aplicarán, aunque contradigan el derecho foral, por cuanto que se trata de leyes posteriores al Código civil de general aplicación.

II

LAS REFORMAS EN PARTICULAR

Agotadas, a nuestro juicio, las razones que, de orden general, pueden aducirse en pro y en contra de la aplicación de los artículos 12 y 13 del Código civil a las nuevas disposiciones, vamos a reforzar nuestro parecer con otras razones que no tienen esa amplitud, sino que contraen su fuerza probatoria de la tesis que defendemos a cada una de las tres disposiciones de referencia

La ley de 8 de septiembre de 1939 sustituye, como es sabido, el título VIII del libro I por otro título VIII con reglamentación totalmente nueva, más adecuada a las exigencias de los tiempos por "la facilidad de comunicaciones consiguientes a los nuevos inventos (que) iba imponiendo ritmo cada vez más rápido a la adquisición de noticias y toda suerte de relaciones inherentes a la vida social". Pero, además de esta consideración, tomada de la exposición de motivos, se puede añadir que "esta exigencia (la de reformar el título VIII de la ausencia) ha tenido en estos últimos tiempos especial agravación, por sumarse a los motivos ordinarios de la ley las circunstancias excepcionales por que ha pasado nuestra nación, con su secuela de muertes desconocidas, crímenes reprobables y persecuciones inhumanas, originando situaciones jurídicas inciertas que es preciso resolver urgentemente". Y estas dos razones, que figuran en el mismo preámbulo de la ley, son de aplica-

ción general a todo el territorio nacional, porque para todo él han avanzado en una misma medida la facilidad de comunicaciones y el ritmo acelerado de todos los órdenes de la vida social; en cuanto a la otra dolorosa razón de los crímenes reprobables y muertes desconocidas que no han podido ser sometidos al control del Registro civil, hay que reconocer que no han sido privativos de territorios de derecho común, pues también las regiones forales conocieron luctuosos episodios de los que relata la exposición de motivos.

La nueva legislación de ausencia tiene una analogía notoria con las disposiciones que sobre inscripción de fallecimientos contiene la ley de Registro civil y las concordantes con la misma. Ambas producen un idéntico resultado: provocar una inscripción que acredite el fallecimiento de una persona, y los efectos de una y otra inscripción son los mismos, salvo algunas diferencias en sentido limitativo de sus efectos, con relación a la inscripción de declaración de fallecimiento (1). Desaparecida una persona, bien en un crimen reprobable, o en una acción de guerra, o en cualquier catástrofe de la que no se haya hecho el correspondiente procedimiento judicial (2), con su consiguiente mandamiento de inscribir las defunciones ocurridas (catástrofe de Peñaranda, por ejemplo), los fallecimientos se pueden inscribir primero al amparo del decreto de 8 de noviembre de 1936 (3) que ha sufrido reiteradas prórrogas (4), y entonces nos encontramos ante una inscripción de defun-

(1) Art. 195, párrafo 3.º: "La declaración de fallecimiento no bastará por sí sola para que el cónyuge presente pueda contraer nuevo matrimonio" Art 196 párrafos 2.º, 3.º y 4.º: "Los herederos no podrán disponer a título gratuito hasta cinco años después de la declaración de fallecimiento." "Hasta que transcurra este mismo plazo no serán entregados los legados, si los hubiese, ni tendrán derecho a exigirlos los legatarios, salvo las mandas piadosas en sufragio del alma del testador, o los legados en favor de Instituciones de beneficencia." "Será obligación ineludible de los sucesores, aunque por tratarse de uno solo no fuese necesaria partición, la de formar notarialmente un inventario de los bienes muebles y una descripción de los inmuebles."

(2) La sentencia de 6 de abril de 1901 dice que los Tribunales pueden declarar la muerte cuando exista fundamento para afirmar que la desaparición se debe a haber sido víctima de un accidente desgraciado

(3) Por este Decreto, cuyo desenvolvimiento procesal está contenido en la Orden de 10 de noviembre de 1936, se permite la inscripción fuera de plazo de la muerte de personas ocurrida en circunstancias anormales, y si no es posible atestiguar el fallecimiento se consiente una declaración de desaparecido que a los cinco años se habría de convertir en presunción de muerte.

(4) Este Decreto ha sufrido sucesivas prórrogas hasta la de 1 de mayo de 1942, que prorroga indefinidamente el plazo de inscripción de fallecidos y desaparecidos. Esta prórroga indefinida desvirtúa en parte la argumentación que después trae el texto, pero sólo en parte, porque se pretende por el legislador armonizar este procedimiento anormal con el más técnico de la Ley de 8 de septiembre de 1939

ción como cualquiera otra, y, si no se hizo uso de este procedimiento, entonces cabe acudir a pedir una declaración de fallecimiento, que producirá los mismos efectos que las demás, pero con escasas limitaciones. Y cabe suponer que, con la aparición de la nueva ley de ausencia, esas disposiciones de circunstancia habrán quedado destituidas de vigor. Por tanto, resultaría anómalo pretender que una disposición técnica y durable que sustituye a normas transitorias sólo se aplicará en territorio de derecho común, dejando privadas a las legislaciones forales de todo medio de constatación de las defunciones no registradas debidamente. Unase esto a la consideración de que los preceptos de la ley de Registro civil son de aplicación general y deduciremos que los de la ley de ausencia, que son parecidos, también deben de tener una aplicación semejante.

Los preceptos de ausencia contienen nuevas instituciones, como la declaración de fallecimiento, que no se encuentra en el Código civil (tal como se publicó en 1889) ni en las legislaciones forales, porque no se da en Aragón, donde el Apéndice contiene una reglamentación raquítica, ni se encuentra en ningún otro Derecho foral, desconociéndose también en el Derecho romano, donde, salvo alguna opinión contraria (1), todos (2) coinciden en afirmar que el Derecho romano no contenía una reglamentación sistemática de la ausencia, si bien en él se daban decisiones de casos particulares. También es nueva la institución del Registro de ausentes, según afirmación reiterada de diferentes comentaristas (3). Ahora bien; conocemos que hay una jurisprudencia favorable a la introducción en el Derecho foral de las nuevas instituciones (4), y esta postura del Tribunal Supremo se legitima pensando que, de otra manera, el Derecho foral quedaría perennemente estancado en el punto en que estaba cuando los decretos llamados de Nueva Plan-

(1) Cossio. *Teoría general de la ausencia*, en "Revista de Derecho Privado", número 300, febrero 1942.

(2) *L'assenza nella storia del Diritto italiano*, en "Archivio Giuridico", 1866, páginas 477 y sigs; Fadda y Bensa: *Notas a las Pandectas de Winscheid*, tomo I, página 720; Masucci: *Voz Ausencia*, de la "Enciclopedia jurídica italiana", vol. I, parte IV, págs. 426 y sigs; Plaza en su Conferencia de 28 abril 1942 en la Universidad de Valladolid sobre "La nueva legislación de ausencia".

(3) Castán: *Notarías*, 1941, tomo I, págs. 164 y sigs.; Ogayar: *La novísima legislación sobre ausencia*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", mayo y julio-agosto 1941; Robles Fonseca: *La ausencia en el nuevo Derecho*, en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1940, págs. 263 y sigs.; Puig Peña: *Introducción al Derecho civil español común y foral*, Barcelona, 1942, págs. 274 y sigs.

(4) Comp la nota 10.

ta suprimieron, cegándolas, las fuentes de producción de nuevo Derecho foral.

Existe el párrafo final del artículo 196, que nos proporciona una nueva razón en pro de la tesis que defendemos. Dice así ese párrafo: "La declaración de fallecimiento no bastará por sí sola para que el cónyuge presente pueda contraer nuevo matrimonio." Esta regla se interpreta por todos (1) en el sentido de que se admite por el Código la doctrina que contiene la instrucción de 20 de julio de 1868 (2) de la Sagrada Congregación del Santo Oficio, que permite el nuevo matrimonio del cónyuge presente cuando existe un convencimiento moral acerca del fallecimiento del otro consorte, aun cuando no se haya comprobado con certeza su muerte. La relación de este párrafo último del artículo 196 con el artículo 52 del Código civil es evidente. Además de que el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges, hay que añadir que la declaración de fallecimiento, aunque no disuelva el vínculo matrimonial (3) sí habilita, en ciertos casos, para contraer un nuevo matrimonio, lo cual contradice el artículo 51 y el número 5 del artículo 83, en cuanto al matrimonio del cónyuge presente se refiere. Vemos, por tanto, que el precepto del artículo 196, aunque fuera del título IV del libro I, con él tiene una íntima conexión, y si el legislador ha querido que las normas sobre matrimonio sean uniformes en toda la Península, también habrá que aplicar el último párrafo del artículo 196 a todo el territorio nacional; mas, para que pueda aplicarse en todo el ámbito de la nación, es preciso que todos los españoles, aforados o no, puedan ser declarados fallecidos al amparo de la nueva legislación de ausencia.

Observamos que en las distintas legislaciones forales, salvo en la

(1) Castán, Puig Peña, Ogayar, Robles Fonseca, en los lugares citados.

(2) Existen otras concordantes (S. O. 27 abril 1887, R. S. C. I. 18 julio 1900, etcétera). Pero la citada de la Sagrada Congregación del Santo Oficio es la que tiene más completa la doctrina.

(3) Lo que se dice en el texto pone de relieve los preceptos que el nuevo precepto plantea: ¿Cuál es el estado civil del cónyuge presente? Desde luego que viudo; pero para todos los efectos, incluso para la condición de naturales de los hijos que durante su viudez pueda tener? Podría ampararse esta calidad de naturales cabalmente en la habilidad para contraer matrimonio del padre o madre (cónyuge del ausente declarado fallecido) al tiempo de la concepción, con dispensa o sin ella (artículo 119, párrafo 2.º del Código). Y si se presenta el ausente, ¿cuál matrimonio habría que declarar disuelto, el contraído con el ausente o con el nuevo cónyuge? El caso está resuelto con referencia al matrimonio canónico, pero no con referencia al matrimonio civil.

aragonesa (1), faltan disposiciones sobre ausencia, y que en aquellas en que con carácter supletorio rige el Derecho romano, éste no sirve para llenar las necesidades que exige una reglamentación sistemática de la ausencia y de la declaración de fallecimiento. El Derecho canónico carece de semejantes disposiciones. Atendidas estas consideraciones, sería impropio privar de un remedio legal a tantas situaciones de ausencia como se han de dar en la actualidad (y en el futuro también) en las regiones forales, pues precisamente los párrafos transcritos del preámbulo de la ley nos dicen que se trata de poner remedio a esas situaciones.

En el Apéndice foral aragonés hay unas pocas disposiciones sobre ausencia que, más que organizar un sistema propio y peculiar, se proponen adaptar la reglamentación de la ausencia de nuestro Código civil al sistema de derecho foral de referida región. Si ocurría esto en relación con el Código civil antes de reformarlo, con más motivo hay que mantener la aplicación de los nuevos artículos de ausencia. Esto es tanto más seguro cuanto que, según el artículo 13 del Código civil, éste es directamente supletorio del derecho foral aragonés, constituido en esta materia por los artículos 4.º al 7.º del Apéndice.

Todas estas razones, a nuestro modo de ver, no dejan lugar a duda acerca de la necesidad de aplicar la nueva ley de ausencia a las regiones forales, pero no en la misma manera que en las regiones de derecho común, porque no debe servir de amparo esto para que se produzcan trastornos jurídicos en el régimen familiar de esas regiones; nos referimos a patria potestad, poderes de la mujer casada, capacidad de los hijos para representar al ausente, etc. En los problemas que se relacionen con esto habrá que someter la ley de ausencia a las determinaciones especiales que contengan cada una de las legislaciones forales.

Pasemos a la reforma del artículo 396 del Código civil. Con relación a la nueva ley, tenemos que mantener idéntica postura que con respecto a la de ausencia.

Observamos, en primer término, la falta de disposiciones acerca de

(1) En Aragón, antes del Apéndice, se conocían dos clases de ausencia: la motivada por el servicio público y la debida a causas particulares. Respecto al primer caso regía el Fuero único "De privilegio absentium causa Reipublicae", de 1247, libro II, más tarde aclarado y ampliado por algunas Observancias. Respecto del segundo, estaban vigentes el Fuero Ut fratres de 1349, libro II y la Observancia 27 "De iure dotium".

la propiedad llamada horizontal (1) en el Apéndice y en las restantes legislaciones forales. Si consultamos a Batlle (2), nos enteraremos de que la institución no era desconocida a los romanistas, quienes, sin embargo, no estaban acordes en asignar a esta propiedad una naturaleza jurídica determinada. Sabemos que también se conoció la institución en ciertos países como consecuencia de la necesidad de aprovechamiento de los escasos solares edificables en el interior de los recintos amurallados en el interior de las fortalezas medioevales (3). Pero también sabemos que la propiedad horizontal, repudiada en el BGB. alemán y en el Código civil suizo como contraria a la claridad del Registro (se ampara, no obstante, en la legislación de los países (4) o de los cantones), no fué mal vista por el Código de Napoleón, de donde pasó al nuestro con una reglamentación inadecuada. Se le asignó la condición de ser una especie de copropiedad, y en cuanto tal, fué sometida por nuestro Tribunal Supremo a la amenaza de la "communi dividundo".

Precisamente la aplicación de la "actio communi dividundo" a la propiedad de casas por pisos ha sido lo que más enérgicamente ha actuado en favor de una reglamentación de esta propiedad especial.

Ha surgido con la ley de 26 de octubre de 1939 una figura de copropiedad en la que las participaciones en la comunidad (los elementos comunes en la ley) se mezclan con la propiedad individual en cada piso o parte de edificio: que sus titulares gozan de un derecho de tanto (y si éste ha de tener cumplido efecto, de un derecho de retracto (5) también), pudiendo inscribir su derecho en términos que salvan en lo accesorio el principio de especialidad hipotecaria después de

(1) Navarro Azpeitia en la Conferencia de Barcelona, publicada por el Colegio Notarial en 1942 con el título "Naturaleza y regulación de la propiedad de casas divididas por pisos o departamentos", págs 29 y sigs., prefiere hablar de parcelación cúbica.

(2) *La propiedad de casas por pisos*. Madrid, 1933, págs. 14 y sigs.

(3) Navarro Azpeitia, *Idem*, refiere además que es frecuente en aquellas ciudades asentadas en colinas, donde el desnivel del terreno consiente tener salidas los distintos pisos a la vía pública con independencia unos de otros.

(4) La ley de introducción del BGB contiene una fórmula relativa a propiedad por pisos en el art. 182, citado por Sanz Ibáñez en su Conferencia de Valladolid, "La propiedad de casas por pisos", el 28 de mayo de 1942.

(5) Cfr. Batlle: *La reforma del art. 396 del Código civil por la Ley de 26 de octubre de 1939*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", Marzo, 1942; Tauet: *La propiedad de casas por pisos y la Ley de 26 de octubre de 1939*, en "Revista de Derecho Privado", 1940, págs., 109 y sigs.

haberle destruído en lo principal y reducido a la nada el de unidad de la finca (1).

Ahora bien: una comunidad sin acción divisoria, con derecho de tanteo e inscribibles sus participaciones como finca independiente, no sólo es una institución nueva para el derecho foral, sino que también lo es para el mismo derecho común, donde el anterior artículo 396 ya se mantenía, aunque a disgusto, en los moldes de la comunidad romana. De la misma opinión participa el Notario de Barcelona Sr. Navarro Azpeitia (2). Ahora bien; si admitimos que es una institución nueva la propiedad de casas por pisos, habrá que aplicar la doctrina jurisprudencial que extiende a todo el territorio nacional los efectos de las disposiciones que contienen nuevas instituciones. Además, al no haber disposiciones en las legislaciones forales, se aplicará en Aragón y Baleares el Código civil (art. 13), y consiguientemente la ley de 26 de octubre de 1939, y en las demás regiones el derecho supletorio, que en Vizcaya será nuevamente el Código civil, y en Navarra y Cataluña también el mismo Cuerpo legal, porque ni el Derecho canónico ni el romano (aparte ciertos pasajes del Digesto) conocieron una reglamentación de las casas por pisos.

Debemos tener en cuenta que en conexión con la reforma del artículo 396 del Código civil se modifica el número 3 del artículo 8.º y se añade el número 11 al artículo 107, ambos de la ley Hipotecaria. Ahora bien: la ley Hipotecaria es una ley de general aplicación que derogó ciertas formas de derechos reales en las regiones forales por chocar con los principios en que la nueva ley se apoyaba (así las hipotecas tácitas ante el principio de publicidad y las generales ante el de especialidad); únase esto a que sus preceptos son de orden público, como referentes a la organización de la riqueza inmobiliaria, y se sacará la consecuencia de que aplicado lo adjetivo a toda la nación, debe aplicarse también a toda ella lo sustantivo, y que ni siquiera al amparo de la libertad contractual (3) al menos para los efectos registrales,

(1) Plantea la reforma de la ley Hipotecaria casos de doble registración (*Doppelbuchungen*): la hoja de la finca entera y las hojas de cada uno de los pisos. Ello trae problemas interesantes de fe pública.

(2) Op. cit.

(3) Cfr. Navarro Azpeitia, op. cit., y Jerónimo González en las *Observaciones a López Torres*, REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, febrero de 1941, que discurren sobre el carácter de normas imperativas o no de las disposiciones de la ley de casas por pisos. También puso de relieve la importancia del tema el Notario Sanz Ibáñez en la citada Conferencia de Valladolid.

podría tolerarse una forma de propiedad por pisos que violentara los cauces por los que discurre el nuevo artículo 8.º de la ley Hipotecaria.

Si se tiene en cuenta que la propiedad especial de casas por pisos accede frecuentemente al campo legislativo, particularmente en los últimos tiempos, desde la modificación del Código civil belga en 1924 (1), pasando por las leyes especiales de Rumania en 1927, en Bulgaria en 1933, para terminar en la de Italia de 15 de enero de 1934, a la que cronológicamente sigue la nuestra, se deducirá que se trata de unas necesidades sentidas por igual en los distintos países y en España. Y si esto es así, y además se observa que Zaragoza es de las ciudades en que más se extiende esta manera de propiedad (2), hay que mantener la aplicación a todo el territorio de una obra legislativa ordenada al fin de "abrir un cauce jurídico a la libertad contractual" (Exp. de motivos).

Abordemos, finalmente, la ley de 5 de diciembre de 1941, que se refiere a la prenda sin desplazamiento. Por ella se adicionan como duplicados los artículos 1863 a 1873, formando la sección 2.ª al capítulo II, título XV, libro IV del Código civil. Como indica la rúbrica de la nueva sección, se trata de constituir un derecho real de prenda, en el que la posesión no se transfiere del deudor al acreedor. Esta nueva forma de prenda, que Royo conoce con el nombre de hipoteca inmobiliaria, viene a coincidir con los antiguos desenvolvimientos del Derecho romano, que no conocía distinción entre prenda e hipoteca; así se lee en D. 20, 1, 5, 1: "Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonum differt", y con referencia a la acción reipersecutoria a que dan origen la prenda y la hipoteca, se lee en la "Instituta", 4, 6, 7: "Inter pignus autem et hypothecam quantum ad actionem hypothecariam attinet nihil interest". Mas con el tiempo, la palabra "pignus" se aplica al derecho de garantía con traspaso de posesión al acreedor, y la de hipoteca, a aquel en que no se traspasa la posesión, siendo indiferente que se trate de muebles o de inmuebles (D. 18, 7, 9): "Proprie pignus dicimus quo ad creditorem transit; hypothecam, cum

(1) Al decir de Navarro-Azpeitia (ob. cit.), la reforma española sigue fielmente las inspiraciones de esta ley belga.

(2) Cfr. Navarro-Azpeitia, eodem, y Palá Mediano: *La propiedad de casas por pisos o habitaciones*. Zaragoza, insertan en sus trabajos sendos modelos de escrituras de las que se usan en Zaragoza para el desenvolvimiento de esta figura especial de propiedad. Insistió también el Notario Sanz Ibáñez en la conferencia citada, en la parte importante tomada en la colaboración del concepto de propiedad por pisos por el Notariado de Zaragoza.

non transit nec possessio ad creditorem". Pero también en el Digesto aparece la tendencia a contraer el vocablo "pignus" a las cosas muebles, D. 50, 16, 238, 2: "Pignus proprie rei mobilis constitui".

El Apéndice foral aragonés carece de disposiciones sobre la prenda sin desplazamiento, y lo propio ocurre en las demás legislaciones forales. En Cataluña y Navarra, como es supletorio el Derecho romano, esta modificación de nuestro Código civil puede decirse que enlaza con los antiguos conceptos de prenda y de hipoteca, y que donde el Código dice ahora prenda sin desplazamiento, bien pudo decir hipoteca mobiliaria.

Repetamos aquí nuevamente el argumento de que se trata de una institución consagrada por las necesidades en todos los países bajo la forma de hipoteca hotelera, de ganado, de automóviles, prenda agrícola, etc. Y bajo esta última denominación también era admitida en nuestra Patria. De nuevo cabe afirmar la conveniencia de aplicar una ley que sirve a necesidades tan unánimemente sentidas en todas las naciones a todas las regiones españolas.

Pero hay una razón que abona claramente en favor de una aplicación general de la ley de 5 de diciembre de 1941. Copiemos de su Exposición de motivos el siguiente párrafo: "Novedad contractual que ganó insistentemente el asentimiento de los juristas y aparece consagrada en muchas modernas legislaciones. La nuestra, siempre reacia a la modificación de las leyes sustantivas, no pudo menos de recoger esta variación, que rompía en este punto la clásica distinción entre la prenda y la hipoteca, y así un Real decreto de 22 de septiembre de 1917, en uso de la autorización conferida por ley de 2 de marzo del mismo año, establecía y regulaba los préstamos con garantía de prenda agrícola sin desplazamiento, otro Decreto de 29 de noviembre de 1935 confería idéntico derecho a los tenedores de aceite, regulándose tales préstamos en el reglamento de 17 de enero de 1936, y a mayor abundamiento, una ley reciente, de 17 de mayo de 1940, autorizó al Instituto de Crédito para la reconstrucción nacional, a fin de que pudiera conceder préstamos a industriales con garantía pignoratícia y sin desplazamiento de su propia maquinaria cuando se hallase sita en inmuebles de propiedad ajena."

Hemos copiado este párrafo de la Exposición de motivos porque pone bien de manifiesto que existían precedentes de la ley de prenda sin desplazamiento, muy importantes por su doctrina y por las posi-

bilidades de combinaciones crediticias a que daba origen. Es cierto que la ley de 5 de diciembre de 1941 no contiene una norma derogatoria de disposiciones legales anteriores, pero en la propia Exposición de motivos se lee a continuación del párrafo antes transcrito este otro: "Todo ello patentiza la necesidad apremiante de cubrir un vacío de nuestro Código civil por medio de una disposición legal que satisfaciendo conjuntamente exigencias doctrinales, legislativas y prácticas, abarque la generalidad de los casos e incorpore al Código este contrato de prenda sin desplazamiento, también denominado de hipoteca mobiliaria, anticipado por el uso y hasta la fecha carente de verdadera definición en nuestros cuerpos legales."

Y aunque esto no es más que formulación de un deseo legislativo que no es de tener en cuenta a efectos interpretativos, sin embargo, se puede sostener la derogación de esos cuerpos legales (por lo menos, el Decreto de prenda agrícola) en lo relativo a la hipoteca mobiliaria, porque hay una forma de derogación tácita, o sea por incompatibilidad entre unas leyes y otras posteriores referentes a la misma materia legislativa.

Una vez adquirida esta seguridad de que la ley de 5 de diciembre de 1941 sustituye a las anteriores, y en especial a la de prenda agrícola de 1917, que era una ley de general aplicación, es pertinente hacer uso de la jurisprudencia que mantiene la extensión a todas las regiones españolas de los preceptos del Código que sustituyen a leyes generales, que es precisamente el caso de que nos ocupamos.

Después de este recorrido creemos justificada la opinión que estampamos al principio de que las reformas de la ausencia, de la propiedad de casas por pisos y de la prenda sin desplazamiento se aplican en todo el territorio nacional. La realidad, que tiene más fuerza que todos los razonamientos doctrinales, nos muestra que la ley de ausencia está siendo aplicada en esta forma; lo propio ocurrirá con la de casas por pisos y con la de prenda sin desplazamiento, sobre todo en cuanto a esta última, desde que se publique el Reglamento de ejecución a que alude el artículo adicional de la ley de 26 de octubre de 1939.

IGNACIO SERRANO

Catedrático de Derecho civil de Valladolid.